مجلة جامعة تشرين – سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية

اسم المقال: العوائق التي تواجه تنفيذ احكام التحكيم ICSID
اسم الكاتب: د. شادي جامع، عمار محمد
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/library/5463
تاريخ الاسترداد: 2026/06/07 22:15 +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 تشرين – سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية – ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

Obstacles A La Mise En Œuvre De La Sentence Arbitrale CIRDI

Dr Shadi Jameh*
Ammar Mohammed**

(Received 15 / 6 / 2020. Accepted 15 / 7 / 2020)

□ ABSTRACT □

En fait, le concept d'investissement est si large que tout processus économique qui comprend une certaine période de temps réalisée dans un pays peut être soumis à l'accord de Washington. Entreprises de construction, concessions de service public, financement de projets industriels ou commerciaux, ou tout projet économique comportant une durée minimale et un risque pouvant tomber sous l'influence des traités bilatéraux d'investissement et de l'accord de Washington.

Personne ne sera surpris de voir que les investisseurs sont de plus en plus enclins à choisir la solution offerte par le BIT pour utiliser la voie d'arbitrage plutôt que par les tribunaux de la juridiction nationale du pays d'accueil. Il est également préférable de recourir à l'arbitrage CIRDI par rapport à toute autre institution d'arbitrage.

Est-ce une question distincte de déterminer s'il y a violation des règles du TBI et violation ou violation d'une des obligations contractuelles? L'arbitrage institutionnel peut-il remplacer l'arbitrage qui a été traité? Les caractéristiques d'un nouveau type d'arbitrage d'investissement ont-elles commencé à apparaître en public, parallèlement à l'arbitrage commercial traditionnellement connu? Toutes ces questions sont des questions légitimes auxquelles il faut répondre par ce que la justice et la jurisprudence ont établi.

***Professeur Assistant - Faculté De Droit - Université De Tishreen - Lattaquié - Syrie.**
****Étudiant A La Maîtrise - Faculté De Droit - Université De Tishreen - Lattaquié - Syrie.**

العوائق التي تواجه تنفيذ احكام التحكيم ICSID

الدكتور شادي جامع*
عمار محمد**

(تاريخ الإيداع 15 / 6 / 2020. قُبِل للنشر في 15 / 7 / 2020)

□ ملخّص □

الواقع أن مفهوم الاستثمار واسع للغاية بحيث أن أي عملية اقتصادية تنطوي على مدة معينة تتحقق في بلد ما مؤهلة لأن تخضع لاتفاقية واشنطن. شركات البناء، أو امتياز الخدمة العامة ، أو تمويل المشاريع الصناعية أو التجارية، أو أي مشروع اقتصادي يتضمن حد أدنى من المدة والمخاطر يمكن أن يقع تحت تأثير معاهدات الاستثمار الثنائية واتفاقية واشنطن.

لن يفاجأ أحد برؤية أن المستثمرين و بشكل متزايد يميلون لاختيار الحل الذي يقدمه لهم معاهدة الاستثمار الثنائية لاستخدام مسار التحكيم بدلاً من طريق محاكم الولاية الوطنية للدولة المستضيف للاستثمار. كما أنها مسألة تفضيل اللجوء إلى تحكيم ICSID أكثر من أي مؤسسة تحكيم أخرى.

هل يعتبر تحديد وجود انتهاك لقواعد معاهدة الاستثمار الثنائية وانتهاك أو خرق أحد التزامات العقد مسألتين منفصلتين؟ هل يمكن للتحكيم المؤسساتي أن يحل محل التحكيم الاتفاقي الذي جرى التعامل عليه ؟ وهل بدأت معالم نوع جديد من التحكيم الاستثماري تظهر للعلن الى جانب التحكيم التجاري المعروف تقليديا ؟ جميعها أسئلة مشروعة يجب الإجابة عنها من خلال ما استقر عليه القضاء والفقه التحكيمين.

* **أستاذ مساعد- كلية الحقوق- جامعة تشرين – اللاذقية – سورية.**
** **طالب ماجستير - كلية الحقوق- جامعة تشرين – اللاذقية – سورية.**

مقدمة :

التحكيم الاستثماري لا يمكن أن يبقى على هامش التطور العالمي للاقتصاد المعولم. سياسة القطاعات العامة مهمة، ولكن لا بد قبل النظر فيها من تغيير السياسات التي تقوم عليها الدولة للسماح للاعبين جدد للمشاركة[1]. وهذا ، نداء للقطاع الخاص للمشاركة في عملية البناء. يمكن أن تأخذ هذه المشاركة في الواقع عدة أشكال من بينها: شكل الخصخصة ، "الامتياز "، BOT (build – operate – tranfer) أو مرادف آخر للعديد من المجتمعات والمؤسسات الدولية[2].

واليوم شركات كبرى يقف وراءها دول ذات سيادة توقع أغلب عقود الأشغال العامة والتي تشكل مثالا يحتذى فيما يتعلق بالاستثمارات الأكثر أهمية على المستوى الدولي. الى جانب ذلك، وفقا للممارسة ستكون عقود البناء الدولية أمثلة الاستثمار الأكثر تكرارا[3].

إذا تم الاتفاق على أن القانون المطبق في حالة معاهدات الاستثمار الثنائية هو القانون الدولي وفي حالة عقد البناء الذي سيتم تنفيذه في إطار اتفاق "الامتياز " أو BOT هو القانون المطبق عليه العقد، يمكن للمرء أن يسأل: إلى أي مدى و ما هو المعيار الذي سيحدد تطبيق كل من هذه الاتفاقيات و العقود ضمن حدود ما جاء من اجل تنظيمه ؟ سنحاول الإجابة على هذه الأسئلة من خلال دراسة الصعوبات و التطورات التي تصادف التحكيم المؤسساتي من خلال دراسة بعض التطبيقات الخاصة لهذا التحكيم في قضايا عرضت عليه.

في الواقع، لا حاجة لإنكار ذلك، الصعوبات كثيرة. من خلال طرح بعض الأسئلة ذات الطبيعة الفنية والقانونية، يمكن استخلاص موضوعين أساسيين يثيرا الجدل.

التوفيق بين المحاكم المحلية والمحاكم ICSID وخيار الاختصاص القضائي الذي لا رجعة فيه في محاكم ICSID [4].

(Umbrella et Fork in the Road clauses)

---

[1] Weiss Dimitri, « Nouvelles formes d'entreprises et relations de travail », Revue française de gestion, 14/03/ 1994. يمكننا أن نذكر مراجعة دور الدولة بسرعة ومراجعة الروابط بين المنظمات المركزية والقطاعية ، فصل السياسة عن الإدارة والإبداع وكالات الإدارة ، الاهتمام الجديد للمواطن المستهلك إلخ.

[2] BOT : تقنية تم تطويرها بشكل أساسي من خلال الممارسة الدولية ، يمكن تعريفها على أنها "تمويل وحدة اقتصادية قابلة للحياة على الخطة الاقتصادية والتجارية والمالية والتي يعتبر تدفقها النقدي كافياً لضمان ، مع هامش يغطي المخاطر ، خدمة الديون ، وتغطية المخاطر التشغيلية والعائد العادل على رأس المال. وبعبارة أخرى ، ينطبق هذا العقد على جميع العقود ، التي تسمى عقود BOT ، والتي بموجبها تُعهد الدولة أو سلطة محلية أو مؤسسة عامة أو شركة ذات أغلبية مشاركة عامة ، تُعرف باسم سلطة الترخيص ، إلى طرف ثالث ، يُعرف باسم مشغل المشروع. ، كل أو جزء من المهام التالية: تمويل البنية التحتية للمرافق العامة ، تصميمها ، البناء ، التشغيل ، الصيانة. قد تنص هذه العقود أيضًا على نقل البنية التحتية التي يقوم بها مشغل المشروع إلى السلطة المانحة أثناء أو في نهاية العقد. في ممارسة القانون الأنجلو ساكسوني ، غالبًا ما يكون المشروع جزءًا من عقد إطاري يسمى ، بشكل عام ، عقد BOT أو .CET في دول القانون المدني، وعندما يتم بناء البنية التحتية على الملك العام، أو كجزء من احتكار عام، فإن الاتفاقية BOT) أو (CET تأخذ شكل امتياز يجعل من الممكن تنفيذه وفقًا لمتطلبات القانون الإداري لنقل ملكية البنية التحتية إلى السلطات العامة.

[3] C. B. LAMM et A. C. SMUTNY: The Implementation of ICSID Arbitration Agreements, ICSID Review », Foreign Investment Law. Journal, 1996.

[4] محكمة العدل الدولية CIJ في القضية المتعلقة بحقوق مواطني الولايات المتحدة الأمريكية في ماركو، بعد فحص نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية MFN في معاهدة 1836 في الولايات المتحدة في المادتين 14 و 24 وجدت أن الغرض من البند هو تحقيق العدالة و المساواة في المعاملة من دون تحيز بين جميع الدول المعنية بالبند و المحافظة عليه.

L'Umbrella clause هي حماية إضافية لـ "المستثمر"

السؤال حول ارتباط الشكاوى التعاقدية البحتة وهذه التي تأتي نتيجة لانتهاك معاهدة والسلطات المختصة في هذا الشأن غير قابل للحل قريبا.

عقود المستثمر الأجنبي مع دولة أجنبية في مجال الاستثمار، والذي يعطي الاختصاص إلى المحاكم الوطنية لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد، الدولة المضيفة الاستثمار[5] ودولة المستثمر صدقت على ميثاق معاهدة الاستثمار الثنائية لتسوية المنازعات الناشئة في سياق تشجيع أو حماية الاستثمار، أو كجزء من تنفيذ العقد الوارد في معاهدة الاستثمار الثنائية. إذا عمل المستثمر على أساس العقد (contract claim) (مطالبة العقد) أو يمكنها أن تعمل على أساس القواعد المفروضة من قبل معاهدة الاستثمار الثنائية (مطالبة بموجب معاهدة) (treaty claim)[6]، أو يمكن أن تتكامل كلتا الوسيلتين من أجل تحويل التزامات العقد الى التزام بموجب القانون الدولي (انتهاك لقواعد معاهدات الاستثمار الثنائية) على أساس ما يسمى بعبارة "Umbrella clause" و على هذا الأساس يمكن إعطاء الاختصاص الى هيئة التحكيم المنشأة بموجب المعاهدة لتعريف هذا الشرط وتطبيقه[7].

هذه الشروط تحمل أهمية كبية في التطبيق العملي، إذ أن الغرض من هذا الشرط يتجلى في "إقامة والحفاظ على معاملة متساوية بدون تمييز في تطبيق شروط التحكيم بين مختلف البلدان المعنية. لذلك هذه البنود مهمة بالفعل في الممارسة وأشار البروفيسور **Gaillard** إلى أن هذا الاتجاه في ممارسة الكتابة الذي يمكن أن نتعرف عليه في الشرط « clauses with a mirror effect » يعرض بشكل لا يقبل الجدل نية الدول للتفاوض وصياغة مثل هذا البند الذي يسمح بالنظر الى الانتهاك التعاقدي وإمكانية ترجمته من خلال انتهاك بالمعاهدة[8].

---

[5] كمثال توضيحي ، يمكن للمرء أن يذكر قضية SGS. C /Philippines et SGS c. Pakistan, et l'affaire El paso c/L'Argentine etc. Dans l'affaire Joy Mining C. l'Égypte التي أصر فيها المدعي (joy mining) على الاستفادة من اللجوء إلى تحكيم .ICSIDأثناء معالجة السؤال المتعلق بشرط "Umberlla Clause" والتزام السلطات المصرية بإنشاء والحفاظ على إطار تحكيم قادر على ضمان المستثمرين. اعتبرت المحكمة أن IMC شركة تأسست بموجب القانون المصري (الهيئة العامة) – ملزمة باحترام البند الذي يمنح الاختصاص في العقد من حيث أنه ينص على اللجوء إلى إجراءات التحكيم الأونسيترال واحترام القرارات المتعلقة بالأسس الموضوعية التي يمكن للمحكمة أن تدعيها للبت في المسألة، وتلاحظ المحكمة أيضًا أن موافقة وزير الصناعة على العقد تشكل تعبيرًا عن موافقة الدولة المصرية على تحكيم الأونسيترال [.....] وتلاحظ المحكمة أيضا أن الدولة المصرية ملزمة بالتزام ذا طابع قانوني لتسهيل تنفيذ الحكم للتدخل في هذه القضية بقدر ما كان تدخل الدولة ضروريا ".

[6] وجد مفهوم مطالب المعاهدة treaty claim خلال تطبيق شرط تسوية المنازعات في العديد من معاهدات حماية الاستثمار، بشكل صريح . الغرض من البنود المصاغة بدقة هو على وجه التحديد توضيح أن تعيين هيئة التحكيم بموجب معاهدة هو اعتراف بأن المطالب ستكون ناجمة عن المعاهدة treaty claim.

[7] تتعامل العديد من المعاهدات على قدم المساواة مع الشكاوى المقدمة على أساس عقد أو إذن للاستثمار .هذا هو الحال مع المادة 9.2 من معاهدة الاستثمار الثنائية بين إيطاليا والأردن الذي يستثني المطالبات التعاقدية من اختصاص المحكمين . ومن الأمثلة الأخرى حالة المادة 24 (1) (أ) من نموذج معاهدة الاستثمار الثنائية الجديدة. اقتراح من الولايات المتحدة وشيلي الذي يعالج على وجه التحديد، فيما يتعلق بالمحكمين أصحاب الصلاحية بموجب المعاهدة، المطالبات التعاقدية والأخرى التي تستند إلى إذن الاستثمار. هذه الأحكام تعطي صراحة الاختصاص إلى هيئة التحكيم المنشأة بموجب المعاهدة لتقرير المطالبات تعاقدي .

[8] إن الفحص التاريخي لأصول التقيد ببنود التعهدات – "البنود ذات الأثر المرئي" – يوضح "بأوضح طريقة" أن نية الدول في التفاوض وصياغة مثل هذه الشروط هو السماح بتوصيف خرق العقد بشكل فعال على أنه خرق الدولة المضيفة لالتزام المعاهدة الدولية. تأثير البند هو أن يعكس على مستوى القانون الدولي ما يتم تحليله على مستوى القانون الخاص المنطبق باعتباره انتهاكًا تعاقديًا بسيطًا.

وصف **Christoph Schreuer بوضوح** و بطريقة صادمة بعض النتائج العملية للتفسير الموسع للبند المعروف تحت مسمى Umbrella clauses يمكن أن يكون هذا البند ..."يمكن أن تنشأ مشاكل إذا جنح المستثمرين لاستخدام *شروط Umbrella clauses* للتحول في حال قيام أي خلاف على عقد، مهما كانت أهميته، الى إشكالية يكون من اجلها التحكيم الدولي متاح"[9] . في مناسبات عديدة، واجهت هيئات التحكيم مسألة التمييز بين مطالبات المعاهدات و الشكاوى التعاقدية البحتة .في الحقيقة ، الصعوبة تكمن في حقيقة أن Umbrella clauses ليست مُصاغة دائمًا بالطريقة نفسها. كما تصر بعض قرارات التحكيم على اختلافات في صياغتها لتبرير الحلول المختلفة المعتمدة. وقد رتبت هيئات التحكيم التابعة لمركزICSID اختلاف حول هذه المسألة في حالة الانتهاكات المزعومة في العقود المبرمة بين مستثمر أجنبي ودولة طرف في معاهدة الاستثمار الثنائية. وهكذا تمت مناقشة هذا السؤال في الحالات التالية:

القضية [10] Lauder c. République Tchèque

قضية [11] Alex Genin et autres.C République d'Estonie

قضية L'affaire Compania de Aguas del aconquija SA et Vivendi Universal c./République d'Argentine

قضية Azurix C/ l'Argentine et par les comités ad hoc dans les affaires Vivendi et CMS

.[12]Wena hotels.C l'Égypte

قضايا SGS. C/ Pakistan et SGS Philippines مثالان حديثان آخران لهذه المناقشة[13].

في قضية الأرجنتين *Vivendi / C*، اللجنة المخصصة ***ad hoc*** لمركز ICSID[14] أكد على أن تقسيم الاختصاص يتم حسب أسس الدعاوى و المطالب بين محكمة التحكيم الدولية والقضاء المختص بالنظر بالعقد: لقاضي

E. GAILLARD: L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements, Revue de l'Arbitrage p.868, note 43.

[9] سيكون هذا هو الامر في قضية (كما هو موضح من قبل هيئة التحكيم CIRD تتكون من القضية EI باسو .ج / الأرجنتين (2005) مع تفسير واسع للبند الشامل .بواسطة على سبيل المثال ، تأخر بسيط في الدفع بسبب المستثمر والفائدة الناتجة عن ذلك إن التأخير يبرر مثل هذا التحكيم على أساس معاهدة الاستثمار الثنائية . كريستوفر Schreuer وجدت أيضا أن البند الشامل هو حماية بالنسبة للمستثمر "أضيفت البنود الشاملة إلى بعض معاهدات الاستثمار الثنائية لتوفير حماية إضافية للمستثمرين خارج المعايير التقليدية الدولية. غالبًا ما يشار إليها باسم "البنود الشاملة" لأنها وضعت الالتزامات التعاقدية تحت مظلة BIT الواقية .يضيفون الامتثال لعقود الاستثمار ، أو غيرها من تعهدات الدولة المضيفة ، إلى معايير BIT الموضوعية .بهذه الطريقة ، يصبح انتهاك مثل هذا العقد انتهاك لمعاهدة الاستثمار الثنائية
C. SCHREUER: Traveling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella clauses and Forks in the Road, J. World Inv (2004) pp.231-256.

[10] حكم الأونسيترال النهائية في 3 سبتمبر 2001.

[11] قضية ICSID حكم 2/99/ Arb n°25 يونيو 2001. متوفرة في

www.worldbank.org/icsid/case/genin.pdf

[12] L'affaire CIRDI n° Arb 98/4.

[13] GS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB 01/13, 18 ICSID rev.307 . SGS Société Générale de Surveillance v. Republicof the Philippines, January 29, 2004, ICSID Case No. ARB/02/6 [hereinafter SGS v. Philippines]; Judith GILL , Matthew GEARING, Gemma BIRT: Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties A Comparative Review of the SGS Cases JIA 21(5) 2004 p 397 et S .

[14] تنص المادة 25 ، 2 ، ب ، من اتفاقية واشنطن المؤرخة 18 أذار 1965 على ما يلي: (1) تمتد صلاحية المركز إلى النزاعات القانونية بين الدولة المتعاقدة (أو الهيئة العامة أو الهيئة التابعة) المعين من قبل الدولة في المركز) ومواطن دولة متعاقدة أخرى على صلة

العقد ، المطالبات على أساس انتهاك العقد ؛ و يعود الاختصاص إلى المحكم الدولي ، بالنسبة للمطالبات على أساس انتهاك المعاهدة ، على أن يكون مفهوما أن خرق المعاهدة قد ينتج عن خرق العقد، بحيث يمكن لهيئات التحكيم الدولية ان تكون على بينة و اختصاص بالنسبة لبعض الانتهاكات التعاقدية إذا كانت تشكل انتهاكا للمعاهدة. وخلصت اللجنة المخصصة لذلك ***ad hoc*** إلى أنه "في حالة قام فيها الإجراء أمام محكمة التحكيم الدولية على أساس انتهاك معاملة، ستنفذ المحكمة أي بند من بنود الولاية القضائية النافذة بالعقد"[15]

في قضية شركة CMS Gas Transmission Company .c/ République d'argentine

الصادر في أيار 2005 ، قضت هيئة التحكيم بما يلي: "مشيرا إلى هذه السوابق أن المطالبات التعاقدية مختلفة عن المطالبات المقدمة على أساس معاهدة ، نتيجة ذلك ، حتى لو كان هناك أو يوجد حاليا استئناف قبل المحاكم المحلية لخرق العقد، هذا لا يمنع تقديم مطالبات على أساس المعاهدة لمحكمة التحكيم ."

في قرارها النهائي ، وجدت هيئة التحكيم أن الأرجنتين مسؤولة دوليًا عن تطبيق "البند الشامل"

the umbrella clauses المنصوص عليها في المادة الثانية (2) (c) من معاهدة الاستثمار الثنائية في قضية الولايات المتحدة – الأرجنتين[16].

في قضية SGS ضد باكستان، وصلت هيئة التحكيم إلى استنتاج مفاده أنه ليس لديها اختصاص للاستماع إلى المطالبات ذات الطبيعة التعاقدية التي لا تشكل ولا تكون انتهاكا للأحكام الموضوعية لمعاهدات الاستثمار الثنائية ."المادة 11 من معاهدة الاستثمار الثنائية بين سويسرا وباكستان نصت على أن: كل من أطراف العقد يضمن الامتثال للالتزامات التي تعهد بها في جميع الأوقات لاستثمارات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر." قررت هيئة التحكيم أن هذا الحكم لا يمكن أن يكون تم التذرع به لتبرير مطالبة مستثمر مضرور بأن" خرق العقد ..... المبرم مع دولة (سؤال معتبر بشكل عام كمسألة من مسائل القانون المحلي وليس القانون الدولي) يتم "رفعها" تلقائيًا إلى مرتبة انتهاكات قانون المعاهدات الدولية ."

وأضافت المحكمة أنه ... مع مراعاة التمييز من حيث المبدأ بين خرق العقد وخرق المعاهدة، المطالبات بناء على العقد لا يمكن أن تثار تحت القسم 11من المعاهدة الا في "ظروف استثنائية" ."النص نفسه من المادة 11 لا يشير إلى أن

مباشرة بالاستثمار واتفقت الأطراف خطيا على تقديمه إلى المركز. عند موافقة الأطراف على ذلك ، لا يجوز لأي منهم سحبها من جانب واحد. (ب) أي شخص اعتباري يمتلك جنسية دولة متعاقدة فيما عدا الدولة الطرف في النزاع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان تقديم النزاع إلى التوفيق أو التحكيم وإلى أي شخص اعتباري يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع في التاريخ الذي اتفق فيه الطرفان، بموجب أحكام هذه الاتفاقية، يمكن اعتباره مواطنًا لدولة متعاقدة بسبب الرقابة التي تمارس عليها من قبل المصالح الأجنبية.

[15] Claire CRÉPET: Treaty Claims / Contract Claims, op. cit . 3631.

[16] CMS v. Republic of Argentina, ICSID case No. ARB/01/8, Award 12 May 2005

اعتبرت محكمة التحكيم ان «الجوانب التجارية البحتة للعقد قد لا تكون محمية بموجب المعاهدة في بعض الحالات ، ولكن من المرجح أن تكون الحماية متاحة عندما يكون هناك تدخل كبير من قبل الحكومات أو الوكالات العامة في حقوق المستثمر . »« في حين أن العديد من هذه التدخلات ، إن لم يكن جميعها ، ترتبط ارتباطًا وثيقًا بمعايير الحماية الأخرى بموجب المعاهدة ، هناك على وجه الخصوص فقرتان لتحقيق الاستقرار في الترخيص لهما تأثير كبير عندما يتعلق الأمر بالحماية المقدمة إليهما تحت مظلة بند. الأول هو الالتزام بعدم تجميد نظام التعرفة أو إخضاعه لضوابط الأسعار. والثاني هو الالتزام بعدم تغيير القواعد الأساسية التي تحكم الترخيص دون موافقة خطية من « TGN

خرق العقد المزعوم من قبل مستثمر فيما يتعلق بعقد أبرمته مع دولة (و الذي يعتبر على نطاق واسع على أنه مسألة تتعلق بالبلدية وليس القانون الدولي) يتم "رفعه" تلقائيًا إلى مستوى انتهاكات قانون المعاهدات الدولي[17]."

لا تستبعد المحكمة إمكانية أن تقرر الدول في معاهدات الاستثمار الثنائية التي تجريها أن أدنى خرق لعقد بين الدولة و مستثمر، يسمح للمستثمر الأجنبي اعتباره على أنه انتهاك للمعاهدة، لكن هذا يجب أن يتم تحديده بشكل واضح ولا لبس فيه[18].

في قضية *شركة المراقبة العامة .SGS / الفلبين* ، التي كانت أسهل من حيث التميز بين المطالبات التعاقدية عن تلك القائمة على المعاهدة، أشارت المحكمة بعض جوانب من المطالبات التعاقدية للسلطات القضائية المحلية بينما الاحتفاظ بالولاية القضائية على المطالبات القائمة على المعاهدة .

في قضية El paso c . L'Argentine Décision بشأن الولاية القضائية في عام ٢٠٠٤. أكدت هيئة التحكيم ما يلي: <<على الرغم من *شرط البند الشامل* "Umbrella clause" يحول المطالبات التعاقدية إلى مطالبات على أساس المعاهدة، في المقام الأول "لكنها لا تحول مع ذلك مسألة مدى أو محتوى هذه الالتزامات الى مسألة يحكمها القانون الدولي "(القرار رقم 128) ، مما يعني أن" يجب تقييم المطالبات التعاقدية و المستندة إلى المعاهدة وفقا لقانون العقود الوطنية ، لا وفقا لمعايير المعاهدات. ثانيًا ، أن شرط "Umbrella clause" لا "تحل محل" تسوية المنازعات المحددة والحصرية المدرجة في عقد الاستثمار نفسه>> حكم رقم 155 .

في قضية Joy Mining Machinery Limited C. la République d'Egypte ، استنتجت هيئة التحكيم ما يلي: "يبدو واضحا من خلال حيثيات القضية أن الضمان المصرفي هو عنصر تجاري في العقد[....] حجة الشركة البريطانية المقدمة والتي تشير أن عدم تحرير الكفالة هو انتهاك للمعاهدة يصعب قبولها[.....] كما لا يحولها إلى استثمار أو نزاع يتعلق باستثمار ... في تطبيق المعاهدة، ما لم يكن هناك بالطبع انتهاك واضح لحقوق والتزامات المعاهدة أو انتهاك الالتزامات التعاقدية بالحجم الذي يؤدي إلى المساس بحماية المعاهدة، التي ليست هي القضية هنا، .... المحكمة بالتالي تستنتج أن عدم وجود مطالبة تمس تطبيق المعاهدة وإثبات أن جميع المطالبات، على العكس من ذلك ، تعاقدية يبرر القرار القاضي بعدم اختصاص هيئة التحكيم" . تبنت بعض محاكم التحكيم ICSID الحلول المقدمة من SGS c. Pakistan. من خلال التأكيد على جوانب معينة من القضية، أو من خلال تبني نهج عام.

وبالتالي في قضية .Salini Construttori S.P.A. and Italstrade S.P.A C. The Hashemite Kingdom of Jordan. (قرار بشأن اختصاص ٢٩ تشرين الثاني ٢٠٠٤، ردت المحكمة على السؤال بالنفي "لرفع" المطالبات التعاقدية الى مطالبات على أساس انتهاك معاهدات الاستثمار الثنائية، مع التأكيد على عمومية المصطلحات المستخدمة من قبل ما يسمى بالبند الشامل "Umbrella clause" من المادة 2.4[19].

---

[17] أضافت المحكمة ان "كانت العواقب القانونية بعيدة المدى إلى حد بعيد ومرهقة للغاية في تأثيرها المحتمل على الدولة "حيث يجب إثبات" دليل واضح ومقنع على مثل هذه النية لدى الأطراف ". لم يتم تقديم هذا الدليل وفقا للمحكمة. وجادلت أيضاً بأن تفسير المدعي "سيعني بالإشارة إلى عدد غير محدود من عقود الدولة" التي سيُعتبر انتهاكها "انتهاكاً للمعاهدة".

SGS Société Générale de Surveillance, S.A. v. Pakistan, ICSID case N° ARB/01/13, decision on Juridiction, 6 August 2003, 18 ICSID rev- F.I.L.J. 307 (2003).

[18] قرار رقم 173.

في *قضية* Noble ventures c. Roumanie الحكم الصادر في ١٢ تشرين الأول٢٠٠٥ ذكرت هيئة التحكيم بشكل عام أن: "يُفهم *البند الشامل* بشكل عام على أنه حكم يحول التزامات القانون المحلي إلى التزامات مباشرة معترف بها من قبل القانون الدولي[20] " المحكمة ، على الرغم من أنها تعتبر أن *البند الشامل* هو استثناء لمبدأ القانون الدولي الراسخ الذي يعتبرأنه: في ظل الظروف العادية خرق العقد وحده لا يفترض وحده قيام المسؤولية الدولية للدولة [....] مثل أي استثناء للقواعد العامة للقانون المعمول به ؛ تحديد حكم باعتباره بندا شاملا "Umbrella clause" لا يمكن أن ينتج إلا من تفسير صارم ،ومقيد بالمصطلحات المستخدمة." وقد تم انتقاد هذا النهج من قبل هيئة التحكيم التي أنشئت **في قضية *El paso c. l'Argentine*** وفقا لهذا الأخير، لا يمكن اعتباره معيارا يمكن الاستناد اليه : " أن المستثمر الأجنبي لديه عقد تجاري مع كيان حكومي مستقل أو لديه اتفاقية استثمار مع الدولة" حيث تظهر هذه "البنود غير محددة وفق القانون العام." في كلتا الحالتين ، إذ من المرجح في بعض الحالات أن يكون المستثمر قد فعل ذلك. نوع من إدراج آلية تسوية المنازعات في العقد، عادة، في عقد تجاري بحت، هذه الآلية سوف تكون التحكيم التجاري أو المحاكم الوطنية، في حين اتفاقية الاستثمار، عادة ما تكون آلية التحكيم فيها دولية مثل ICSID.

وبعبارة أخرى، هناك ما يسمى عقود الدولة وعموما هي محمية بما يسمى "عملية قانونية يكفلها القانون الدولي" ، ثم أنه في العقود التجارية البحتة التي يحكمها القانون المحلي، فإنه لا يوجد سبب لتوافر هذه الآلية، وهو ما لاحظه القاضي **Schwebel** عندما وجد: "... أنه من المسلم به اليوم أن الدولة بقدر ما تسمح بالوصول إلى ولايتها القضائية بقدر ما تكون غير مسؤولة دوليا وبشكل مباشر عن الأفعال التي تنطوي على المخالفات التعاقدية إلا عندما لا تكون هذه المخالفة بسيطة، أي يجب أن تحتوي المخافة على عنصر تعسفي أو إجرامي كي تستوجب استحضار مسؤولية الدولة الدولية.[21]

في هذه القضية **El Paso Energy International Company C.l'argentine**[22]، رفضت المحكمة الحجج التي قدمتها *الولايات المتحدة* *El Paso Energy International Company* بهدف تحويل الالتزام التعاقدي إلى التزام دولي) من خلال توصيف الخروقات العقدية بين الشركة و دولة الأرجنتين بأنها خروقات لمعاهدة الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين ..... (ينص البند الشامل "Umbrella clause" على أن " يلتزم كل طرف بتطبيق ما تعهد به من التزامات فيما يتعلق بالاستثمارات ."

وجدت هيئة التحكيم الحالية أنه "حتى تلك التي تم صياغتها بطريقة عامة أو على نطاق واسع، شرط الامتثال للالتزامات "Umbrella clause" الذي يظهر في معاهدة حماية الاستثمار لا يعطي الاختصاص لهيئة التحكيم المنشأة على أساس المعاهدة إلا من أجل معرفة اتفاقيات الاستثمار".

في الختام ، قررت هذه المحكمة ما يلي: "إنه من الواضح وبشكل لا يقبل الشك أن شرط "Umbrella clause" لا يمتد إلى المطالبة التعاقدية طالما كانت هذه المطالبة لا تستند إلى انتهاك لأحد معايير حماية معاهدة الاستثمار

---

[19] لاحظت المحكمة أيضاً أن المادة 2.4 من المعاهدة بين إيطاليا والأردن تمت صياغتها بعبارات مختلفة للغاية عن الأحكام المطبقة في القرارات والأحكام التي استشهدت بها الأطراف "قرار الاختصاص رقم 126 .

[20] الحكم رقم 53 .

[21] "التحكيم الدولي: ثلاث مشاكل بارزة : "مطبعة جامعة كامبريدج ، 1987 ، ص .111 .كما استشهدت بهيئة التحكيم ICSID المنشأة في قضية إل باسو جيم– الأرجنتين .

[22] هذه القضية هي واحدة من حالات كثيرة ولدت من الأزمة الاقتصادية والمالية التي مرت بها الأرجنتين منذ نهاية عام 2001 .

الثنائية، مثال هذه المطالبات: المعالجة وطنية للمطالبة العقدية، أو تطبيق بند قانون الدولة الأكثر رعاية، أو المعاملة المنصفة من خلال حماية عادلة وكاملة وآمنة، أو حماية ضد التدابير التعسفية أو التمييزية، أو الحماية ضد المصادرة أو التأميم، المباشر أو غير المباشر، ما لم تكن هناك شروط أو مطالب غير مقنعة[23]."

في قضية Salini c/ Marco، قضت المحكمة بما يلي: " نستخلص من القرار بشأن الاختصاص أنه لا يقع ضمن اختصاص المحكمة الحكم في مخالفة العقد الذي يربط بين المدعي بشركة ADM إلا إذا كانت هذه الانتهاكات تشكل انتهاكات للاتفاق الثنائي الإيطالي . المغربي .إلا أنه، تبين للمحكمة بعد فحص تلك الوقائع التي يدعيها المدعي، حتى لو تم إثباتها، لا تشكل خرق للاتفاقية الثنائية التي التزم بها المدعى عليه. أخيرا، تم رفض طلبات Consortium .

في الختام، أصبح من الواضح أن هناك العديد من الأحكام التحكيمية وُجدت أمام تقاطع في التطبيق المعاهدات والعقود .هي – مما لا شك فيه – تتقارب فيما بينها من خلال سعيها جميعها لإيجاد حلول معينة، نهجها قد يكون متناقض أحيانًا، وتزداد الصعوبات تعقيدًا أحيانا أخرى. مع ذلك، فإن التمييز الدقيق للأساس الذي يتم إنشاء الشكاوى على أساسه يجب ان يدرس في كل حالة على حدة، اعتمادًا على قدرات كل من الأطراف المعنية، طبيعة الانتهاك و أحكام المعاهدة والشروط التعاقدية، وطبيعة الشكاوى وخيارات الاختصاص وكذلك مبدأ حسن النية. على أي حال، فإن مسألة ما يسمى بشرط "Umbrella clause" التي لم تحل في اغلب الأحيان قسمت أراء الفقهاء والممارسين و لا يزال غير ثابت في اجتهادات التحكيم الدولية.

تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية MFN كآلية لتسوية المنازعات

يمكن أن نتحدث عما إذا كان التحكيم يؤدي حصريًا إلى تعزيز التفاهم والتواصل بين الأطراف، أو إذا كان بالإمكان الاستفادة من الأحكام الأكثر ملاءمة المعروفة في القانون الدولي[24]؟

ماذا يقول بند الدولة الأولى رعاية؟

يرد بند الدولة الأولى بالرعاية **MFN** في العديد من معاهدات حماية الاستثمارات. وهو البند الذي تتعهد بموجبه كل دولة أن يستفيد مواطنو الدولة الأخرى ليس فقط من الحقوق المنصوص عليها في المعاهدة نفسها، ولكن أيضا من تلك الحقوق التي منحت لمواطني الدول الأخرى طالما كانت هذه الحقوق أكثر ملاءمة[25].

يطرح السؤال بوضوح عندما لا تتضمن المعاهدة الأساسية بند تسوية المنازعات بين المستثمرين والدولة المضيفة للاستثمار بينما يعترف *الطرف الثالث بالمعاهدة* بحق المستثمرين بالتصرف مباشرة ضد الدولة المضيفة .

في قضية Maffezini c. Espagne صدر القرار في 25 كانون الثاني 2000، وافقت هيئة التحكيم على النظر في "وجود أسباب موضوعية لاستنتاج أن آليات تسوية المنازعات هي اليوم مرتبط ارتباطًا وثيقًا بحماية المستثمرين الأجانب " وأنها " ضرورية لتوفير حماية كافية للحقوق التي كان من المفترض أن تضمنها ".

كما خلصت المحكمة إلى ما يلي: " إذا تضمنت معاهدة دولة ثالثة أحكام تسوية المنازعات التي ستكون أكثر ملاءمة لحماية حقوق ومصالح المستثمرين من تلك المنصوص عليها في المعاهدة الأساسية، يجب أن تمتد هذه الأحكام إلى المستفيد من بند الدولة الأولى بالرعاية لأنها متوافقة تماما مع قواعد "*ejusdem generis*"[26]

---

[23] **SCHREUER: The ICSID Convention : a Commentary, 2001, p. 123.**

[24] **محكمة العدل الدولية CIJ في القضية المتعلقة بحقوق مواطني الولايات المتحدة الأمريكية في ماركو ، فحص نطاق وأشار شرط الدولة الأولى بالرعاية في معاهدة 1836 بين الولايات المتحدة في المادتين 14 و 24 أن الغرض من البند هو "إقامة والحفاظ على معاملة متساوية بدون التمييز بين مختلف البلدان المعنية.**

[25] **Peter DRUCKER: *Theory of the Business,* Harvard Business Review, Sep. 1994.**

إلا أنه في **قضية l'affaire Salini C. Jordanie** المُدعون، الشركات الايطالية دعمت في مطابتها المبدأ القائل، أن بند الدولة الأكثر رعاية يمتد و يتضمن كل حق ذو طبيعة إجرائية. كما انهم احتجو أن المادة التاسعة من معاهدة 2 تموز 1997 بين الأردن و الولايات المتحدة والمادة 6 من معاهدة 10 تشرين الاول 1979 بين الأردن و المملكة المتحدة تمنح المستثمرين الأمريكيين والبريطانيين " آلية حل النزاع الأكثر ملاءمة من تلك المنصوص عليها في المادة 9 من المعاهدة الأردنية الإيطالية "وبالتالي وبناءا على تطبيق هذه الأحكام، يحق للمستثمرين الأمريكيين والبريطانيين أن يقدموا إلى محاكم التحكيم ICSID جميع النزاعات الناشئة عن البناء ." ...

جادل الأردن بأن بند الدولة الأكثر رعاية لا يطبق في هذه القضية على الالتزامات الإجرائية. يعتمد الأردن في هذا الدفع على القرارات الصادرة عن محكمة العدل الدولية. هي جادلت أيضا أن " حتى لو اعتبرنا أن بند قانون الدولة الأولى بالرعاية يمكن تطبيقه، من الناحية النظرية، كألية لتسوية المنازعات، فيجب أن يأخذ بعين الاعتبار ما يقتضيه احكام النظام العام"

خلصت هيئة التحكيم إلى أن: " ... المادة 3 من المعاهدة المبرمة بين الأردن وإيطاليا لا تحتوي على أي حكم يوسع نطاقها لينطبق على تسوية المنازعات. وبالتالي لا يمكن تطبيق هذه الالية في حل النزاعات على " جميع الحقوق أو جميع الأمور التي تغطيها هذه الاتفاقية " بالإضافة إلى ذلك، المدّعون لم ينتجوا شيئًا قادرًا على إثبات النية المشتركة للأطراف لتمديد شرط القانون الأكثر رعاية او ملاءمة كألية لتسوية المنازعات. على العكس من ذلك، النية أعرب عنها في المادة 9.2 من المعاهدة كان لاستبعاد من اختصاص محاكم تحكيم ICSID المنازعات التعاقدية بين المستثمر وكيان مستقل للدولة الطرف بالمعاهدة بحيث يمكن تسوية مثل هذه النزاعات بالامتثال للإجراءات المنصوص عليها في اتفاقيات الاستثمار. في النهاية، لم يذكر المُدعون أي تطبيق سابق أو حالي في الأردن أو إيطاليا لدعم مطالباتهم "... المحكمة تستنتج مما سبق أن المادة 3 من المعاهدة لا تنطبق عليها بنود المتعلقة بتسوية المنازعات .وبالتالي، النزاعات المنصوص عليها في المادة 9.1 من المعاهدة بين الأردن وإيطاليا يجب أن تحل وفقا لأحكام هذه المادة. في الفرضية التي مقتضاها، وهو ما عليه الحال في هذه القضية، أن النزاع ذو طبيعة تعاقدية، يجب على الأطراف وفقًا للمادة 9.2 أن يبحثوا عن الحلول محترمين الإجراء المنصوص عليه بموجب اتفاقية الاستثمار .والمحكمة لا تملك الاختصاص لمعرفته". في **قضية *Siemens. C Argentina*** 2004 المحكمة خلصت إلى أن: الوصول إلى آلية تسوية المنازعات مفتوح للمستثمر "كجزء من الحماية التي توفرها المعاهدة. الذي يشمل معالجة الاستثمارات الأجنبية وكذلك الامتيازات الممنوحة بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية **MFN**". المحكمة ترفض الحجج التي تقوم على التمييز بين حماية "الاستثمار" المستهدف من قبل شرط الدولة الأولى بالرعاية والذي لا يمتد إليه آلية تسوية المنازعات وحماية " المستثمرين " الذين سيكون أوسع .وأضافت المحكمة أنه "من أجل تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية، لا ينبغي إعطاء معنى خاص لاستخدام مصطلحات المستثمر والاستثمار الموجودة في المعاهدة ."

في الواقع، مسألة تطبيق الدولة الأكثر رعاية على آليات تسوية المنازعات يتم تقليصها إلى مسألة تفسير المعاهدة التي يحتج بها المستثمر[27].

---

[26] القرار ، رقم 56 "القاعدة " ejusdem generis "هي أن الحكم هو اقترضت ، عبر شرط الدولة الأولى بالرعاية ، من معاهدة ذات طبيعة مختلفة عن المعاهدة الأساسية." Gaillard، مرجع سبق ذكره .ص 161 .

[27] لتجنب أي غموض حول هذا الموضوع، مشروع التجارة الحرة للأمريكتين تشتمل اتفاقية التجارة الحرة التي تم التفاوض بشأنها من قبل الولايات المتحدة على حكم مماثل لما تنص عليه المادة 1103 من اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية ومذكرة توضيحية بهذا

تطبيق هذا البند يمكن أن يطرح العديد من المشاكل:

الطبيعة التقنية: يمكن للمرء أن يتساءل عن إمكانية تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية عندما يكون المستثمرون مواطنين من عدة دول. على سبيل المثال إذا كان مستثمر (بلده قد صدقت على اتفاقية واشنطن[28]) قد أبرم معاهدة لحماية وتعزيز الاستثمارات مع الدولة المضيفة بينما بلد مستثمر آخر لم يبرم مثل هذه المعاهدة. وبعبارة أخرى، يتساءل المرء عن نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية في صناعة البناء عندما يتعلق الأمر بحالة الاستخدام البديل للتعاقد من الباطن الدولية ومجموعة شركات، والتي تهم أيضا كبار المقاولين الذين يكونون مدعوون للعب دور المقاول الرئيسي أحيانا، أو للعب دور المقاول بالباطن **consortium** أحيانا أخرى. وإن كان معروفا، على الصعيد الدولي، أن تكتلات الشركات الكبرى تسترشد أكثر فأكثر بالشركات المحلية[29].

من جانبنا، الإجابة على سؤال قابلية تطبيق بند الدولة الأولى بالرعاية يجب أن يأخذ في عين الاعتبار خصوصية وتنوع عقود البناء الدولية، أيضا الترتيبات الاتفاقية المبرمة بين الأطراف والآليات المتخصصة التي توفرها المؤسسات المختصة (مثل FIDIC) لحل النزاعات التي من المرجح أن تثار في العقد البناء الدولي[30].

في هذا السياق من الضروري تقدير واعتماد المنطق الذي أنشأته محكمة ICSID في قضية *Maffezini ضد إسبانيا* " المستفيد من شرط (الدولة الأولى بالرعاية) لا ينبغي أن يجعله في موقف مخالف مع ما تقتضية قواعد النظام العام. وذلك إذا كان من شأن تبني الأطراف المتعاقدة هذا البند كشرط أساسي لقبولهم الاتفاق المعني، خاصة إذا كان المستفيد مستثمرًا خاصًا، كما سيكون الامر في أغلب الأحوال"

نلاحظ، علاوة على ذلك، أن التفسير المعقول والمتسق، المنطقي والعادل، لكل حالة معزولة سيكون من خلال طريقة تسوية المطالبات المطروحة[31]. لا توجد قاعدة صارمة تمنع هيئات التحكيم من النظر بالنزاع، ولكن أي قاعدة يجب أن تكون تتكيف مع الظروف الخاصة بكل حالة .

المعنى .لذلك لوحظ فيما يتعلق بالمادة 5 المتعلقة ببند الدولة الأولى بالرعاية MFN التي "يلاحظ الطرفان القرار الذي أصدرته هيئة التحكيم في قضية المملكة إسبانيا ضد مافيزيني الأرجنتينية مؤخراً، والذي وجد توسعًا بشكل غير عادي لبند الدولة الأكثر رعاية في الاتفاقية بين الأرجنتين وإسبانيا لتشمل إجراءات تسوية المنازعات الدولية .... على النقيض من ذلك، فإن المادة المتعلقة ببند الدولة الأكثر رعاية – محدودة في هذه الاتفاقية صراحةً في نطاقها على الامور "فيما يتعلق بتأسيسها أو حيازتها أو توسيعها أو إدارتها أو إجرائها وبيعها أو التصرف فيها بطريقة أخرى" "يتشارك الطرفان في الفهم والنية بأن هذا البند لا يشمل الآلية الدولية لتسوية المنازعات مثل تلك الواردة في القسم C.2.b (تسوية النزاعات بين طرف ومستثمر من طرف آخر) من هذا الفصل وبالتالي لا يمكن أن تؤدي بشكل معقول إلى استنتاج مماثل لقضية مافيزيني" بالمقابل، هناك معاهدات معينة تحرص على تحديد أن معظم شروط الدولة فالأولى بالرعاية عامة جدا وأنها تحتوي على "يمتد إلى آليات تسوية النزاعات" . على سبيل التوضيح ، المادة 3.3 من نموذج معاهدة الاستثمار الثنائية الإنجليزية المتعلقة بالمعاملة الوطنية ونص بند الدولة الأولى بالرعاية على ما يلي : "أو تجنب الشك ، تم التأكيد على أن المعاملة المنصوص عليها في الفقرتين 1 و 2 أعلاه تنطبق على أحكام المواد من 1 إلى 11 من هذه الاتفاقية".

[28] Ibrahim FADLALLAh: La distinction "Treaty claims- Contract claims" et la competence de l'arbitre, G.P. – R. Nov-Déc 2004.

[29] ويفسر هذا الاتجاه من خلال رغبة المصدرين في البناء لجعل عرضهم أكثر جاذبية للعملاء وتسهيل العمل في الموقع.

A.H. GAEDE: International Construction: Practising Law Institute, Real Estate Law and Practice Course Handbook Series, PLI Order N° 000P, Apr. 1998, pp 211 et s.

[30] يتبع تحكيم غرفة التجارة الدولية بموجب بند الفيديك مجموعة أخرى من الإجراءات ADRأو غيرها من اتفاقات ما قبل التحكيم لتسوية المنازعات إجراء مثل إجراء مجلس التحكيم في المنازعات DAB أو .DRB الأول DRBفي مشروع بناء نفق أيزنهاور في كولورادو (1975– 1981) تم تطوير مفهوم DRBفي جميع أنحاء العالم (خاصة من قبل جمعية المهندسين المدنيين الأمريكي).

نلاحظ أيضًا أن بعض المستثمرين لديهم عدة عوامل قوة اقتصادية ودولية (رجال الأعمال) الذين يجب أن يعاملوا على قدم المساواة من قبل الدولة الطرف المتعاقد (الدولة التجارية) في الشؤون الدولية بالمعنى المقصود للعولمة واقتصاد السوق .كما ان هذا التفسير الموضوعي بكل تجرد من الظروف الشخصية يلزم رجل الأعمال بشكل معقول أن يحيط بكل الوقائع أو الظروف السابقة أو المعاصرة التي تحكم السوق، فضلا عن المخاطر والشكوك المرتبطة بعمليات البناء، والتي غالبا ما تلعب دور هام في إجراءات تحديد هوية الطرف الاخر في عقد الاستثمار، وتقييمه، والتخفيف أو توزيع التزامات المتعاقدين بالاعتماد على قدرات كل من الأطراف المعنية في العقد بعد تقييمها ومراقبتها وادارتها.

أخيراً، افتراض أن صاحب المشروع الأجنبي هو الطرف الأقل حماية في سياق العولمة أمر غير مقبول. كذلك، الاستفادة من خيارات التحكيم من قبل بعض رجال الأعمال الأجانب يجب ألا يؤدي الى تحويلها إلى *سلاح تهديد* ضد المتعاقد الاخر. التحكيم التجاري (*الكلاسيكي*) في هذا الصدد، ليس فقط استخدامًا وفقًا للتقاليد الأنجلو ساكسونية ، فهو ومع ذلك ، آلية قانونية استثنائية خاصة بالنسبة للكثير من البلدان التي تسعى إلى حجب أي نزاع مع الدولة المتعاقدة من اختصاص المحاكم الداخلية لهذه الأخيرة.

الاستنتاجات و التوصيات:

منذ ظهور التحكيم على أساس قانون داخلي أو لمعاهدة الاستثمار، دور التحكيم العابر للدول تطور بشكل كبير. لم تعد سلطات المحاكم قائمة على أساس بند تحكيم مدرج في عقد ملزم بين الدولة المضيفة مباشرة والمستثمر الأجنبي، التحكيم العابر للدول خرج من النطاق التعاقدي ليصبح " نوعًا من الأدوات لمراقبة امتثال الدول للشرعية في المجال الاقتصادي[32]"

تظهر الممارسة الدولية جاذبية الأمن التي يقدمها مركز ICSID لأسباب معروفة جيدا من فقهاء الصف الاول، في مقدمتها قابلية التنفيذ في كل دولة متعاقدة للحكم التحكيمي وغياب إجراء أو دعوى البطلان أمام محاكم التي ينفذ فيها الحكم التحكيمي. تكلفة الإجراءات عالية جدا، تماما مثل التعويضات التي يطلبها الشركات متعددة الجنسيات التي غالبا ما تطالب بتعويض ما فاتها من كسب بسبب الإخلال بالعقد[33].

ومع ذلك، من قراءة قرارات التحكيم تحت رعاية ICSID يمكن أن يُلاحظ بسهولة تنوع قرارات التحكيم. يشهد هذا التنوع على اختلاف ما يسمى التحكيم "الاستثماري" بسبب تنوع المعاهدات والمحكمين وثقافاتهم ووجهات النظر الأكاديمية، والمصالح التي يمثلونها، وحتى بلدانهم الأصلية.

من حيث التطور أعلاه، من الواضح أن مصادر القانون الدولي الجديدة للاستثمار اليوم تتطور في سياق سياسي واقتصادي على شكل طفرة. وإذا كان تطوير القانون التجاري وقانون الاستثمار الدولي في المقام الأول نتيجة عمل ممارسين خبراء في هذا المجال، ومع ذلك يلعب المحكمون دور المنشئ لهذه القوانين في الدرجة الأولى .الحضور الإيجابي للمحكمين الذين يمثلون كل المناطق والنظم القانونية الرئيسية في العالم سوف تسمح بتسليط الضوء على

---

[31] سيتم الاحتفاظ فقط بالتفسيرات المنطقية والمتماسكة بهذه الطريقة، مما يؤدي إلى التنفيذ الطبيعي والعادي للإجراء الخاص الملتبس أو الغامض أو المعيب.

[32] Claire CRÉPET: Treaty claims / Contract claims., GP.- Rrc. Nov.- Déc. 2004. P 3631.

[33] على سبيل التوضيح ، ذهبت Bechtel إلى حد المطالبة بمبلغ 25 مليون دولار للتعويض عن "فوات الأرباح المستقبلية"، على الرغم أن الشركة كانت استثمرت فقط 500 ألف دولار خلال الأشهر السبعة التي استمر الامتياز فيها في بوليفيا. ملخص لمحاضرة في مؤتمر قدمه T. Cruise ، نائب عن الحكومة البوليفية في تشرين الاول 2007 خلال المنتدى الإنساني الأمريكي اللاتيني الثاني، في لاباز، بوليفيا.

الاختلافات في النهج القضائية التي يمكن أن تتواجد و تراقب تطبيق معايير العدالة العالمية، وذلك من أجل تجنب تحويل مركز ICSID إلى منصة سياسية واقتصادية أو أكاديمية من الدول أو من مكاتب المحاماة الكبيرة. لعزل العلاقة المباشرة بين مركز ICSID وبقية مجموعة البنك الدولي[34]، لأنه ليس هناك أدنى شك أن الغرض من اتفاقية واشنطن هو تشجيع الاستثمار الدولي الخاص وليس حماية الممتلكات الأجنبية بما تشكله هذه الممتلكات.

كما نعتقد أن واجبنا كمواطنين ومحامين (المجتمع المدني) يملي علينا التحيز من خلال الإصرار على أفضل وسيلة لحماية مصالح شعوبنا (المستهلكين) ونسعى لحمايتهم في قوانين البيع الحديث في مواجهة ما يسمى البائع المحترف[35].

References:

WEISS DIMITRI, « *Nouvelles formes d'entreprises et relations de travail* », Revue française de gestion, 14/03/ 1994.

C. B. LAMM et A. C. SMUTNY: *The Implementation of ICSID Arbitration Agreements, ICSID Review* », Foreign Investment Law. Journal, 1996.

SGS. C /Philippines et SGS c. Pakistan, et l'affaire El paso c/L'Argentine etc. Dans l'affaire Joy Mining C. l'Égypte

E. GAILLARD: *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*, Revue de l'Arbitrage p.868, note 43.

C. SCHREUER: *Traveling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella clauses and Forks in the Road,* J. World Inv (2004) pp.231-256.

حكم الأونسيترال النهائية في 3 سبتمبر 2001.

قضية ICSID حكم n°Arb /99/2 متوفرة في 25 يونيو 2001.

www.worldbank.org/icsid/case/genin.pdf

L'affaire CIRDI n° Arb 98/4.

GS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB 01/13, 18 ICSID rev.307 . SGS Société Générale de Surveillance v. Republicof the Philippines, January 29, 2004, ICSID Case No. ARB/02/6 [hereinafter SGS v. Philippines]; Judith GILL , Matthew GEARING, Gemma BIRT: Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties A Comparative Review of the SGS Cases JIA 21(5) 2004 p 397 et S .

CLAIRE CRÉPET: Treaty Claims / Contract Claims, op. cit . 3631.

CMS v. Republic of Argentina, ICSID case No. ARB/01/8, Award 12 May 2005

SGS Société Générale de Surveillance, S.A. v. Pakistan, ICSID case N° ARB/01/13, decision on Juridiction, 6 August 2003, 18 ICSID rev- F.I.L.J. 307 (2003).

SCHREUER: *The ICSID Convention : a Commentary*, 2001, p. 123.

Peter DRUCKER: *Theory of the Business,* Harvard Business Review, Sep. 1994.

IBRAHIM FADLALLAh: La distinction "*Treaty claims- Contract claims*" et la competence de l'arbitre, G.P. – R. Nov-Déc 2004.

A.H. GAEDE: *International Construction: Practising Law Institute, Real Estate* Law and Practice Course Handbook Series, PLI Order N° 000P, Apr. 1998, pp 211 et s.[1] Claire CRÉPET: Treaty claims / Contract claims., GP.- Rrc. Nov.- Déc. 2004. P 3631.

[34] بالطبع ICSID ليست محكمة البنك الدولي، كما لا يمكن الاعتقاد أن الدول هي الخاسرة دائمًا في هذا القضاء أي مركز ICSID. ولكن تشير الإحصائيات إلى: في 109 نزاعات عالجها ICSID حتى شباط 2007 ، 74٪ من المتهمين من دول نامية. في 36٪ من القضايا حكم ICSID لصالح المستثمرين و 34٪ من القضايا كانت النزاعات تحل خارج المركز ولكن مع تعويضات للمستثمرين و الشركات.

[35] ونتيجة لذلك، يكون التزام البائع بشكل عام أكثر صرامة بكثير بالنسبة للمدين، إلى الحد الذي تم فيه تطوير عقد البيع في معظم القوانين الغربية (هذا النموذج من البائع المحترف)، وأخيرًا هذا النهج يسمح بالاستفادة من الضمانات التعاقدية للأداء السليم التي يقدمها المقاول الأجنبي بعد البيع.