الولاية التحكيمية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

Arbitration jurisdiction of the International Center for Settlement of Investment Disputes

طالب الدكتوراه/يوسف مفيصل *
جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر
youcef33dz@gmail.com
الدكتور/السعيد خويلدي
جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر
khouidis2005@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2018/12/15 تاريخ القبول للنشر: 2019/02/19

❖❖❖❖❖❖❖

ملخّص:

إن الاختصاص في الفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار يمكن أن يخرج من يد القضاء الوطني وينعقد للمركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار، ولكي تنعقد الولاية التحكيمية لهذا المركز، وجب ضرورة انضمام الدولة أو الدولة من جنسية المستثمر الأجنبي لاتفاقية واشنطن، إلا أن هذا الاتجاه خفف باعتماد قواعد التسهيلات الإضافية أمام المركز وصار بإمكان أطراف خارج اتفاقية واشنطن اللجوء إلى تحكيم المركز باعتماد تلك القواعد.

كما أن الاتفاق على اللجوء إلى المركز وتأهيل هيئة تحكيم المركز لتنعقد لها الولاية التحكيمية أخذ منحى جديداً، بحيث أن الاتفاق على التحكيم تجاوز التنصيص عليه في عقد الاستثمار أو في أي صيغة رضائية أخرى، ولم يعد مانعاً لاختصاص المركز، إذ يكفي أن يشار إلى تحكيم المركز في التشريعات الداخلية للدولة أو من خلال اتفاقياتها الثنائية أو الجماعية.

الكلمات المفتاحية: التحكيم؛ اتفاق التحكيم؛ اتفاقية واشنطن؛ قواعد التسهيلات الإضافية؛ المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

Abstract:

Jurisdiction in adjudicating disputes arising out of investment contracts can come out of the hands of the national judiciary and be held in the International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID). In order to convene the arbitration mandate of this Center, it has necessitated the need for the State or the State of the foreign investor nationality to join the Washington Convention. However, this trend has been mitigated by the adoption of additional facilitation rules before the Center, and parties outside the Washington Convention can resort to arbitration by adopting these rules.

The agreement to resort to the Center and the rehabilitation of the arbitration body of the Center to hold the jurisdiction of arbitration, takes a new twist so that the agreement on arbitration exceeded the reference in the investment contract or in any other consensual formula, and no longer precludes the Center competence. It is sufficient to refer to arbitration of the center in the internal legislation of the state or through its bilateral or collective agreements.

Keys words: *Arbitration ; Arbitration Agreement; Washington Convention; Additional facilitation rules; International Center for the Settlement of Investment Disputes.*

* المؤلف المراسل.

مقـدّمـة:

خوّلت الاتفاقية التي وضعها المديرون التنفيذيون للبنك الدولي سنة 1965 للمستثمرين في دولة أجنبية، الحق في تقديم إجراءات قضائية ضد تلك الدولة أمام هيئة تحكيم دولية. ولم يعد من الضروري أن يعتمد هؤلاء المستثمرون على حكوماتهم لكي يتولوا النظر في قضيتهم على المستوى المشترك بين الدول. وخولت لهم الحق في اللجوء المباشر لمقاضاة الدولة الأجنبية باسمهم وبالأصالة عن أنفسهم وهو الأمر الذي يمكن وصفه بالتطور الهام.

هذه الهيئة التحكيمية الدولية تجسدت في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الذي أُنشئ بموجب اتفاقية متعددة الأطراف، هي اتفاقية واشنطن لسنة 1965 بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى[1]، بحيث يقوم على إدارة إجراءات التوفيق والتحكيم بشأن المنازعات الاستثمارية التي يمكن أن تنشأ بين المستثمرين الأجانب والدولة المضيفة للاستثمار.

يدير المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلس إداري يتألف من ممثل عن كل دولة متعاقدة[2]، يضطلّع بجملة من المهام أهمها مباشرة جميع الإجراءات التي يراها ضرورية لتفعيل أحكام اتفاقية واشنطن لسنة 1965 وإدخالها حيز التنفيذ[3]. وبذلك اعتمد المجلس أنظمة وقواعد تكمل أحكام الاتفاقية، ويشار إلى هذه القواعد عموما بنظام وقواعد المركز، التي تخول لأمانة المركز إدارته، بحيث تضطلع بأهمية خاصة فيما تعلق بعرض طلب التحكيم على الأمين العام الذي يعمل على تسجيله، ما لم يجد، بناء على المعلومات الواردة في الطلب، أن النزاع خارج نطاق اختصاص المركز بوضوح[4]. فيتعين رفض تسجيله.

والتحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هو إجراء قائم بذاته، ويحكمه سندان قانونيان متلازمان بدرجة أولى، اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، وبدرجة ثانية قواعد التحكيم الصادرة عن المركز، وهذان السندان يحكمان في مجموعهما الجانب الشكلي لدعوى التحكيم أمام المركز، وبالإضافة إلى ذلك يحكم الجانب الموضوعي تعاهدات الدولة في مجال الاستثمار والقوانين الداخلية التي تعبر فيها الدولة عن جوازية التحكيم في المنازعات التي موضوعها الاستثمار، وهو الأمر المستوحى من المادة 25 من الاتفاقية، بحيث يختص المركز بالنظر في المنازعات الناشئة بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة

متعاقدة أخرى، المتفق كتابة على إحالتها على المركز، وتنشأ بصفة مباشرة عن مسائل قانونية تتعلق بعقود استثمارية. وهذه العوامل مجتمعة تمكن للمركز الولاية التحكيمية للنظر في المنازعة والفصل فيها.

وعليه، فإنه لانعقاد الاختصاص للمركز كهيئة تحكيمية وتتحقق لها الولاية في النظر في المنازعة، يجب أن يؤخذ بمعيار شخصي ينصب على طرفي الخصومة، ومعيار شكلي ينصب على اتفاق التحكيم، ومعيار موضوعي ينصب على موضوع المنازعة من حيث تعلقها بالاستثمار، ويعد هذا الأخير المعيار الأساس، ففلسفة إنشاء المركز حماية الاستثمارات رغم عدم تحديد مفهوم عالمي وموحد للاستثمار. ومن ثمة يثور الجدل حول ارتباط هذه المعايير وظيفياً أو استقلالها ذاتياً، لينعقد الاختصاص للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

ولبيان هذا الجدل وتحليله، نحاول في هذه الدراسة بيان أطراف الدعوى التحكيمية أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والشروط اللازمة فيها، ثم البحث في سند تأهيل المركز كهيئة تحكيمية، وختاماً تحليل الجانب الموضوعي لاختصاص المركز وبيان اختصاصه النوعي.

المبحث الأول

خصوصية الأطراف مظهر الولاية الشخصية

إن من متطلبات الدعوى القضائية تحقق الصفة لدى الأطراف، والأمر سيان بالنسبة للدعوى التحكيمية، وبالنسبة للدعوى المرفوعة أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فإن أطرافها يتمتعون بخصوصية وهو ما سنبينه من خلال المطلبين المواليين.

المطلب الأول: العضوية في المجلس الإداري الصفة في الدعوى التحكيمية

يتألف المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار من مجلس إداري وسكريتارية، ويحتفظ بقائمة تضم عدداً من الموفقين وأخرى تتضمن عدداً من المحكمين[5]، ويتكون المجلس الإداري من ممثلٍ عن كل دولة متعاقدة ويمكن لنائب هذا الممثل أو من يقوم مقامه أن يجلس باعتباره ممثلا عن هذه الدولة[6]، وبذلك فإن استيفاء الإجراءات الشكلية للتصديق على اتفاقية واشنطن تؤهل الدولة عن طريق ممثلها أن تكون عضواً في المجلس الإداري الذي يضطلّع بجملة من المهام من أهمها مباشرة جميع الإجراءات التي يراها ضرورية لتفعيل أحكام الاتفاقية وإدخالها حيز التنفيذ[7].

والعضوية في المجلس الإداري المتوقف على المصادقة على الاتفاقية، يمكّن للدولة المتعاقدة المساهمة في اعتماد ووضع أنظمة وقواعد تكمل أحكام الاتفاقية، ويشار إلى هذه القواعد عموماً بنظامي وقواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

وقد أقرَّت اتفاقية واشنطن لسنة 1965، حق مواطني الدول الأخرى في الاستفادة من اختصاص المركز والإسهام في التحكيم كأطراف مباشرة مع الدول المضيفة للاستثمار، مع النّص على عدم السماح للدول بأن تتبنى دعاوى مواطنيها، مما ينفي الطابع السياسي عن المنازعات التي ينظر فيها المركز، ويجب أن تكون الموافقة على اللجوء إلى المركز كتابية ولا يجوز التراجع عنها فيما بعد أو سحبها بالإرادة المنفردة، كما تعني هذه الموافقة استبعاد أي طريقة أخرى للتسوية[8].

الفرع الأول: تحقق صفة العضوية وقت المنازعة

إن التمثيل في المجلس الإداري يقتضي مصادقة وانضمام الدولة لاتفاقية واشنطن لسنة 1965، الذي يمكّن للدولة ورعاياها الاستفادة من خدمات المركز، ومعه يعترف لها بالمقبولية التحكيمية بصفتها طرفا في المنازعة الاستثمارية أو يكون أحد رعاياها طرفا مع دولة أخرى، تكون هي أيضاً منضمّة، فلا يجوز أن تكون دولة غير مصادقة على الاتفاقية أو مستثمر أجنبي ينتمي بجنسيته لدولة غير مصادقة عليها أن يكونا طرفان في التحكيم أمام المركز، ولا يجوز أيضاً لمستثمر ينتمي بجنسيته إلى نفس الدولة المضيفة للاستثمار أن يكون طرفا في تحكيم المركز[9].

لقد أوكلت مهمة الفحص والتأكد من أن الدولة الطرف في النزاع هي دولة متعاقدة للأمين العام للمركز، لقبول تسجيل طلب التحكيم، وبذلك يمكن للدولة الطرف في النزاع أن تكتسب صفة الدولة المتعاقدة في التاريخ الذي يقبل فيه الأمين العام طلب التحكيم[10].

وقد يتفاوت وقت إبرام العقد الاستثماري مع الانضمام للاتفاقية، ومع ذلك تسري أحكام الاتفاقية وقواعد الاختصاص الشخصي للمركز على تلك التعاقدات إذا أثيرت بشأنها منازعات، ولا يدفع بعدم اختصاص المركز فيها، وهو الحكم الذي يمكن استخلاصه من الحكم التحكيمي في القضية الشهيرة التي كانت بين المملكة المغربية وشركة هوليداي أنز السويسرية، حيث أن هذه الأخيرة كُلّفت من الحكومة المغربية بإنشاء وبناء وتشغيل مجموعة من الفنادق في المغرب على أن تقوم بتمويل المشروع ومنح الشركة إعفاءات ضريبية وتسهيلات...، وفيما بعد نشب النزاع بين الأطراف، فتقدمت الشركة التابعة لهوليداي-انز بطلب تحكيم أمام المركز، ودفعت الحكومة المغربية بعدم اختصاص المركز، لأن كل من دولتي المغرب وسويسرا عند توقيع عقد الاستثمار لم تكونا في الاتفاقية المنشأة للمركز. وقد رفضت المحكمة ما جاءت به الحكومة المغربية من دفوع معتبرة أن التاريخ البات لاعتبار الاتفاقية نافذة في دولة ما، هو التاريخ الذي يقدم فيه طلب التحكيم للمركز[11].

وفي قضية ثانية بين شركة AMCO وجمهورية أندونيسيا[12]، اعتبرت هيئة تحكيم المركز أن التاريخ الحاسم لإضفاء صفة الدولة المتعاقدة هو تاريخ إحالة النزاع على المركز، حيث أن تاريخ إحالة طلب التحكيم على الأمين العام للمركز كان في 1981/01/18، بينما عقد الاستثمار بين شركة AMCO ودولة أندونيسيا كان في جويلية 1968، بينما انضمام أندونيسيا كان في 28 أكتوبر 1968، فقضت هيئة التحكيم بأنها مختصة بنظر النزاع إذ أن العبرة في تحديد العضوية هي بتاريخ طلب التحكيم.

وهناك العديد من القضايا المماثلة، لكن ما يلفت الانتباه هو تبني هيئات التحكيم لنظرة موسعة في تحديد مفهوم الدولة المتعاقدة، فقد تركت باب الانضمام مفتوحاً حتى تقديم طلب التحكيم إلى المركز، سعياً منها لتوسيع قاعدة الدول المنظمة للاتفاقية وجلب الاختصاص للمركز للفصل في أكبر عدد ممكن من القضايا المتعلقة بالاستثمار الأجنبي الخاص[13].

ولا يقتصر اختصاص المركز على الدول المتعاقدة بل يمتد أيضاً إلى المؤسسات والوكالات التابعة لهذه الدول، وحتى يتمكن المركز من بسط اختصاصه على النزاع فلا بد أن تقوم الدولة بتعيين الأجهزة والهيئات التابعة لها صراحة هذا بالإضافة إلى أن موافقة الهيئة التابعة للدولة المتعاقدة على انعقاد

اختصاص المركز يتطلب موافقة الدولة التابعة لها إلا إذا قامت الدولة بإخطار المركز بأن موافقتها السابقة غير مطلوبة، وطبقا للاتفاقية فإنه يجب على الدولة أن تقوم بعملية تعيين الأجهزة التابعة لها بالطريقة الرسمية وقبل ملء طلب التحكيم، وفي جميع الأحوال يكون لمحكمة المركز الاختصاص والسلطة في تمحيص مسألة إذا ما كانت الجهة المعنية هي في حقيقة الأمر مؤسسة أو هيئة تابعة للدولة من عدمه[14]. من ذلك ما أخذت به هيئة تحكيم المركز في قضية TOTO Costruzioni Generali S.P.A الايطالية ضد الجمهورية اللبنانية، حيث اعتبرت هيئة التحكيم أن العقد المبرم ما بين الشركة الإيطالية المذكورة ومجلس تنفيذ المشاريع الإنشائية ومن بعده مجلس الإنماء والإعمار من أجهزة الجمهورية اللبنانية واستندت محكمة التحكيم في ذلك على أن مجلس تنفيذ المشاريع الإنشائية أنشأ بموجب المرسوم رقم 6839 بتاريخ 1961/06/15 والذي يتضمن أن عمله يكون تحت إشراف وزارة الأشغال العامة وسلطة مجلس الوزراء وأنه خاضع للسلطة التأديبية للتفتيش المركزي وأن تمويله يتم رصده من ميزانية الدولة للمشاريع الإنشائية واعتبرته هيئة تحكيم المركز مؤسسة عامة إدارية مكلفة بممارسة بعض عناصر السلطة العامة، وكذلك الحال بالنسبة لمجلس الإنماء والإعمار الذي حلّ محله بحيث دمج مجلس تنفيذ المشاريع الإنشائية بمجلس الإنماء والإعمار بموجب القانون رقم 295 الصادر في 2001/04/05، الذي اعتبرته هو أيضاً يعمل كجهاز من أجهزة الدولة بصفته سلطة تنفيذية تابعة للحكومة اللبنانية، ومن ثمة فإنهما بوصفهما طرفاً في العقد مع الشركة الإيطالية يمارسان السلطة الحكومية العائدة للجمهورية اللبنانية وأن أفعالهما تعتبر أفعالاً صادرة عن الدولة اللبنانية وقضت محكمة التحكيم باختصاصها الشخصي في نظر القضية[15].

ما يمكن استخلاصه مما تقدم، أن التعاقدات التي أبرمتها الدولة المستضيفة للاستثمار، قبل الانضمام لاتفاقية واشنطن 1965، تسري عليها نفس الأحكام التي تضمنتها الاتفاقية المذكورة إذا تحقق لدى الهيئة التحكيمية للمركز أن تاريخ إيداع طلب التحكيم لدى المركز لاحق لإبرام العقد الاستثماري. وما نفسره بالأثر الرجعي لنصوص الاتفاقية بعد المصادقة عليها على التعاقدات المبرمة، كما أنه في تحديد الاختصاص الشخصي وقيام عنصر الصفة في الدعوى التحكيمية أمام المركز، يأخذ بوضعية الأطراف عند عرض المنازعة وهو ما يؤسس معه أن العضوية في المجلس الإداري معيار لانعقاد الولاية التحكيمية للمركز.

الفرع الثاني: تحقق شرط جنسية المستثمر الأجنبي وقت المنازعة

لقد جاء في أحكام المادة 25 من اتفاقية واشنطن 1965، بيان الأطراف وهويتهم، فالدولة المتعاقدة هي الدولة بمفهومها الواسع والضيّق كطرف، وأحد رعايا مواطني الدول الأخرى كطرف، وينصرف تعبير مواطني الدول الأخرى الأطراف في النزاع إلى الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، التي تحمل جنسية الدولة المتعاقدة في التاريخ الذي يوافق فيه الطرفان على تقديم النزاع إلى التحكيم وإلى التاريخ الذي تم تسجيل فيه الطلب وفقا للمادة 36 من اتفاقية واشنطن، ولكن لا يشمل الأشخاص الذين كانوا، في ذلك التاريخ، من مواطني الدولة المتعاقدة في النزاع.

وقد حددت المادة 25 ف 2 من الاتفاقية، مفهوم عبارة مواطني دولة أخرى، على النحو التالي:

أي شخص طبيعي كان يحمل جنسية دولة متعاقدة غير الدولة الطرف في النزاع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على عرض النزاع للتوفيق أو طرحه على التحكيم، وكذلك أيضاً في التاريخ الذي سجل فيه طلب التوفيق أو التحكيم طبقا للفقرة (3) من المادة 28 أو الفقرة (3) من المادة 36 على أن هذه العبارة لا تشمل أي شخص كان يحمل أيضاً في أي من التاريخين جنسية الدولة الطرف في النزاع.

أي شخص اعتباري كانت له جنسية دولة متعاقدة غير الدولة الطرف في النزاع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على عرض النزاع للتوفيق، أو طرحه على التحكيم، وأيضاً أي شخص اعتباري كانت له في ذلك التاريخ جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، ولكن اتفق الطرفان على أن يعامل لأغراض هذه الاتفاقية كما لو كانت جنسية دولة متعاقدة أخرى، وذلك لوجود رقابة أجنبية مسيطرة عليه...

وقد طرحت أول قضية أحد أطرافها شخص طبيعي ودولة متعاقدة، كانت ما بين GHAITH R.PHAREON ودولة تونس[16]، كما تلتها قضايا مماثلة، وأثير بشأنها جدل في مكونات الجنسية بوصفها معياراً لتحديد اختصاص المركز لا سيما لمزدوجي الجنسية، فمدلول الجنسية، كما هو معترف به في المجتمع الدولي، هو ما أرسته محكمة العدل الدولية من مبادئ بمناسبة القضايا التي عرضت عليها، واعتبرت أن الجنسية ما هي إلا رابطة قانونية أساسها الصلة الواقعية والفعلية بمجتمع معين، فتقرير الجنسية يقوم على أساس الصفة الفعلية في الدولة وهو ما يطلق عليه بمعيار الجنسية الفعلية، وهو المعيار الذي اعتبره بعض الاجتهاد التحكيمي يتماشى مع أغراض الاتفاقية[17]. إلّا أن اتجاها آخر منه، يرفض الأخذ بهذا المبدأ[18].

وبذلك، يمكن للشخص الطبيعي أو الاعتباري المتمتع بجنسية أحد الدول الأعضاء في المجلس الإداري للمركز، أن يكون طرفاً في التحكيم أمام المركز في مواجهة الدولة المضيفة للاستثمار، شريطة أن يكون عند تاريخ اتفاق التحكيم أو عند تاريخ إيداع طلب التحكيم أمام المركز، له صفة الأجنبي عن الدولة المضيفة للاستثمار، وإذا ما ثبت للمستثمر الأجنبي أكثر من جنسية، فيجب أن تقترن الجنسية المتمسك بها بشرط عضوية الدولة في المجلس الإداري للمركز لانعقاد الاختصاص للمركز، وتبقى محل جدل مسألة أن يكون الشخص الطبيعي متمتعا بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار ودولة عضو بالمجلس الإداري للمركز، رغم أن نص المادة 25 من الاتفاقية لم يفصل حالات تعدد الجنسية، إلا أن الأمر قد لا يستقيم أدبياً أو قد يأخذ أبعاداً سياسية، لكن رغم ذلك كله جاء في حكم للهيئة التحكيمية للمركز، في قضية الشركة الانجليزية للفنادق WENA ضد الحكومة المصرية، حيث رافع رئيس مجلس الإدارة لشركة الفنادق المتمتع بالجنسية المصرية، على اكتسابه الجنسية البريطانية وقضى المركز باختصاصه في نظر المنازعة.

ويمكن القول، أن الاتفاقية أخذت بمفهوم واسع لعبارة مواطن دولة متعاقدة أخرى إذ يستوى أن يكون المستثمر الأجنبي شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، وذلك لتضييق اتخاذ الحماية الدبلوماسية كوسيلة لتسوية المنازعة، وتوسيعاً لنطاق اختصاص المركز.

وخلاصة لما تقدم، فيمكن القول، أن المركز لا يختص بالنظر في المنازعات التي تنشأ بين الدول لوجود هيئات قضائية دولية مختصة بالنظر فيها كمحكمة العدل الدولية أو محكمة التحكيم الدولية الدائمة، في حين تنظر الأجهزة القضائية الوطنية وهيئات التحكيم الخاصة كغرفة التجارة الدولية ومراكز التحكيم، في النزاعات التي تنشب بين أفراد القانون الخاص، وبذلك يختص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بالمنازعات المختلطة التي تكون أطرافها دولاً ومواطني دولة أخرى متعاقدة.

المطلب الثاني: تسهيلات المركز الإضافية عمومية الولاية التحكيمية

لقد مكنت المادتان 65 و66 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، من تعديل بنود الاتفاقية بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء المجلس الإداري، وبالرغم من ذلك فإن الاتفاقية لم تشهد أي تعديل، إلاّ أنّ نظام وقواعد المركز التي هي من اختصاص المجلس الإداري للمركز شملتها جملة من التعديلات، من بينها ما اعتمده المجلس الإداري في اجتماعه السنوي لسنة 1978، وبناء على اقتراح من أمانة المركز، بما يصطلح عليه بقواعد التسهيلات الإضافية للمركز.

وعند اعتماد قواعد التسهيلات الإضافية في عام 1978، قرر المجلس الإداري أنه بعد خمس سنوات (أي في عام 1983) سيتم استعراض عمل التسهيلات الإضافية لكي يقرر ما إذا كان سيواصل التسهيلات الإضافية أو لإنهائها مستقبلاً، وفي عام 1983، قرر المجلس إرجاء البت في هذه المسألة إلى الاجتماع السنوي لعام 1984، وفي ذلك الاجتماع وافق المجلس على توصية من الأمانة بمواصلة التسهيلات الإضافية إلى أجل غير مسمى، وأدخلت جملة من التعديلات المتعلقة بقواعد التحكيم وفقا للتسهيلات الإضافية للمركز آخرها كان خلال 2006.

واعتمد المجلس الإداري للمركز قواعد تسهيلات إضافية، تأذن لأمانة المركز بأن تدير فئات معينة من الإجراءات بين الدول ورعايا الدول الأخرى التي تقع خارج نطاق اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار. تتمثل في إجراءات تقصي الحقائق، إجراءات التوفيق أو التحكيم لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الأطراف التي ليست دولة متعاقدة أو مواطنا لدولة متعاقدة، إجراءات التوفيق والتحكيم بين طرفين على الأقل دولة واحدة متعاقدة أو أحد مواطني دولة متعاقدة لتسوية المنازعات التي لا تنشأ مباشرة عن الاستثمار، شريطة ألا تكون المعاملة الأساسية لها ميزات تميزها عن المعاملات التجارية العادية[19]. وبذلك يسهم المركز في تسوية النزاعات القانونية التي تنشأ بين دولة غير متعاقدة ومواطن دولة أخرى غير متعاقدة من خلال ما يعرف بالتحكيم الخاص، إذ يسمح لأطراف النزاع بتقديم طلب لرئيس المجلس الإداري للمركز أو للأمين العام لتعيين موفقين أو محكمين، للفصل في النزاع وفقاً للشروط النموذجية للمركز لسنة 1993، حيث ينص الشرط 22 منها على ما يلي: (إن أي نزاع أو خلاف أو دعوى تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق بانتهاكه أو إنهائه، يجب أن تتم تسويتها عن طريق التحكيم وفقا لقواعد اليونيسترال وسلطة تعيين المحكمين يجب أن تكون للأمين العام للمركز الدولي لمنازعات الاستثمار)[20]، هذا وقد سجلت أول قضية تحكيم لدى المركز، وفقا لقواعد التسهيلات الإضافية عام 1997 بين دولة المكسيك وشركة METELCALAD CORPORATION ذات الجنسية الأمريكية، حيث أنّه وقتئذٍ وبعده،

لم تكن دولة المكسيك منظّمة إلى اتفاقية واشنطن بينما الولايات المتحدة الأمريكية كانت طرفاً في الاتفاقية، وقد قبل المركز طلب التحكيم المقدم من الشركة الأمريكية في 13 جانفي 1997[21].

وبذلك فقد تجاوزت قواعد التسهيلات الإضافية، الحدود التي رسمتها المادة 25 من الاتفاقية، وأصبح من الممكن بعد إبداء الأمين العام للمركز موافقته على طلبات الاستفادة من قواعد التسهيلات الإضافية للتحكيم أمام المركز، للنظر فيها، الأمر الذي وسّع من الاختصاص الشخصي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والذي يتبين أنه توسع مبرر ويعزز مبدأ سلطان الإرادة في الاحتكام إلى المركز ولو من دول أو رعايا دول غير متعاقدة، كما تبرره الضمانة القانونية الذي يوفرها المركز لحماية الاستثمارات، يضاف إلى ذلك أن التحكيم جوهره اتفاق الأطراف، شريطة أن يكون هناك عدم تجانس في مراكز الأطراف وبمعنى أدّق أن يكون أحد الأطراف يمثل دولة أو أحد كياناتها والطرف الآخر شخص ينتمي إلى جنسية دولة أخرى.

وبناء على ما سبق، فإن أساس المعيار الشخصي لانعقاد الولاية التحكيمية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وفقا لاتفاقية واشنطن المبني على المصادقة على الاتفاقية من الدولة الطرف في المنازعة وقت عرض المنازعة، أو الطرف الآخر من جنسية دولة متعاقدة، قد خُفِّف هذا الأساس باعتماد قواعد التسهيلات الإضافية للتحكيم أمام المركز، الأمر الذي ساهم في عالمية المركز من حيث الأشخاص.

المبحث الثاني

اتفاق التحكيم تأهيل تحكيم المركز

وفقا للقواعد العامة، فإنه لا يمكن سلب الاختصاص من القضاء والاحتكام إلى هيئة تحكيمية إلا من خلال سند اتفاقي، وهذا السند يدعى اتفاق التحكيم، ينشأ تعاقدياً يكون قبل نشوء المنازعة أو بعدها، ويمكن للهيئة التحكيمية من التمسك باختصاصها.

المطلب الأول: اتفاق التحكيم جوهر الولاية التحكيمية

لقد تعرض المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى شرط التحكيم على أنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم[22].

وقد عرّف المشرع المصري اتفاق التحكيم بقوله " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"[23]، وبذلك فإن اتفاق التحكيم يرتكز على تراضي الطرفين وتلاقي إرادتهما على اتخاذ التحكيم وسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن تلك العلاقة، وأن هذا الاتفاق يعطي للمحكمين سلطة الفصل في كل أو بعض المنازعات الناشئة عن علاقة قانونية[24]. وبذلك فهو يرسم حدود المنازعة وولاية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ويؤهل هيئة المركز للولاية التحكيمية على النزاع إذ يقتضي هذا التأهيل عملية إسناد شخص ما إصدار قرار يتصل به القضاء في نزاع، وأن اتفاق

التحكيم الناشئ عن إرادة الأطراف يخوّل السلطة لهيئة التحكيم من حيث جوهرها أو من حيث موضوعها المحدد بمضمون اتفاق التحكيم[25].

وبذلك فإن حدود الولاية التحكيمية للمركز على المنازعة يرسمها اتفاق التحكيم وما يعزز ذلك نص المادة 63 ف 2 من الاتفاقية التي تقتضي موافقة الأطراف على التحكيم الذي اعتمدت أغلب التشريعات المتعلقة بالتحكيم واشترطت أن يكون مكتوباً لإثباته أو لصحته[26]، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص: " يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تسند إليها".

ويستقل اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ويبقى عقداً قائماً بذاته لا يرتبط مصيره بالعقد الأصلي، فقد جاء في قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة، المادة 16 فقرة 1 منه، على أنه ينظر لشرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان شرطا مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم. وهو ما تبناه المشرع الجزائري في الفقرة الرابعة من نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الواقعة ضمن الفصل السادس المنظم للتحكيم التجاري الدولي حيث نصت "... لا يمكن الاحتجاج بعدم صحّة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحّة العقد الأصلي"، وما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يوفق في اختيار موضع النّص على ذلك، بحيث أن فلسفة اتفاق التحكيم واستقلاله عن العقد الأصلي هو ترجمة لإرادة الأطراف في اختيار وسيلة اتفاقية لحل المنازعة وكيفما كان نوع التحكيم داخلياً أو دولياً.

ومهما يكن من أمر، فإنه لانعقاد الولاية للمحكم لابد من وجود اتفاق التحكيم في شكله المكتوب مع تسمية المحكم أو طريقة تعيينه أو اختياره ليكون مختصاً لنظر المنازعة. فاتفاق التحكيم يتجسد معه مبدأ الاختصاص بالاختصاص، بحيث يمتنع القضاء من النظر في مسألة معروضة على تحكيم المركز أو تمسك أحد أطرافها بشرط التحكيم أو سبق وأن صدر بشأنها قرار تحكيم، ويمتنع المحكم من النظر في المسائل الخارجة عن اتفاق الأطراف تحت طائلة الطعن في القرار التحكيمي أمام القضاء بالبطلان.

وبذلك يتبين أنه وفقا لاتفاقية واشنطن والنظم القانونية الوطنيّة للدول، أن اتفاق التحكيم، أساس وجوهر الولاية التحكيمية، إذا يعتبر ركيزة سلب الاختصاص من القضاء الوطني للدولة، والاحتكام إلى هيئات تحكيمية دولية، وتتجسد فيه مثالية مبدأ سلطان الإرادة، ويوفر ضمانات قانونية أوفر للمستثمر الأجنبي حين المنازعة وصك عند تنفيذ الحكم التحكيمي بالطريق الجبري.

المطلب الثاني: التحكيم بدون اتفاق إيجاب الدولة المفتوح

إن انضّمام الدولة لاتفاقية واشنطن المنبثق عنها المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار، لا يلزمها بالضرورة باختصاص المركز فلها الحريّة في إبداء رأيها في اللجوء إلى المركز، أو إخضاع منازعاتها المتعلقة بالاستثمار الحالية أو المستقبلية لتحكيم المركز أو خدماته الأخرى، وللمستثمر الأجنبي الحرية

أيضاً في عرض النزاع على المركز أو غيره، ولكي ينعقد الاختصاص للمركز فلابد من وجود إرادة مشتركة واتفاق مكتوب لكي ينعقد الاختصاص للمركز وفقا لما تضمنته اتفاقية واشنطن.

ولما كان أساس اللجوء إلى التحكيم إلى المركز الدولي لتسوية منازعة الاستثمار وانعقاد الولاية التحكيمية لهيئة التحكيم، وجود اتفاق تحكيم، فقد خلّفت بعض السوابق التحكيمية أثراً تولد عنه إمكانية انعقاد الاختصاص للمركز الدولي دون اتفاق التحكيم وفي غير صيغة، أوّل ما يؤاخذ عنه أنه تجنٍ على إرادة الأطراف، وسيادة الدول، وكثيراً ما تتضرر منه الدولة بوصفها طرفا في العقد الاستثماري.

ويبرر المركز ولايته التحكيمية في المنازعات المتعلقة بالاستثمار دون صيغة وخارج الشكليات المألوفة، استناداً على النصوص التشريعية الداخلية للدولة المضيفة للإستثمار، فيخول قانون الاستثمار[27] للمستثمر الأجنبي حق اللجوء إلى التحكيم بناءً على اتفاق الأطراف أو وفقا للاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف، وكذلك الحال في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[28]، وبذلك فإن كانت صورة النصوص القانونية على أنها تشريعات داخلية فإن تحمل أبعاداً دولية كون أغلب الاتفاقيات الثنائية تحيل على المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار للفصل في المنازعات[29]. ونجد ذلك في نص المادة 08 من الاتفاقية الثنائية ما بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجلس الفدرالي السويسري حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات[30] حيث خولت للمستثمر السويسري الخيار في اختيار تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

وتعتبر قضية Southern Pacific Propretés ضد دولة مصر، أول قضية أثيرت فيها مسألة اختصاص المركز استناداً للتشريعات الداخلية، حيث قبل المركز ولأول مرة أن يقوم شخص بإقامة دعوى تحكيمية استناداً إلى تشريع داخلي لهذه الدولة تحيل على تحكيم المركز[31].

وفي قضية Manufactures Hanovres Trust Company ضد الدولة المصرية، أصرت الشركة الأجنبية المدعية على اختصاص المركز وتمسكت بالمادة 08 من قانون الاستثمار المصري، والذي في نظرها يمثل إيجاباً ملزماً صادراً عن الحكومة المصرية ويتحقق الرضا وحده دون حاجة إلى اتفاق لاحق على الخضوع لتحكيم المركز، وذلك بمجرد قبول المستثمر للتحكيم، وهو الرأي الذي انتهت له هيئة التحكيم في القضية[32].

وبذلك فإن تمسك المركز باختصاصه حيثما وجد نص تشريعي أو اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف لحماية الاستثمارات، وفي ظل جمود تلك العلاقات والنصوص القانونية التي يجري العمل بها لمدد طويلة جداً ويحد من تعديلها أو إلغائها العقبات القانونية والمجاملات الدولية لجذب الاستثمارات أو تزيين مناخ الاستثمار قد ينعكس سلباً في ظل التنامي المتسارع والمتواصل في إبرام العقود الاستثمارية الدولية، وتفتح المجال واسعاً للمستثمر الأجنبي في التحاكم أمام المركز وما يزيد الطّين بلّة، هشاشة قوانين الدولة (خاصة النّامية منها)، في مواجهة المتغيرات القانونية الدولية وضعف الأداء في صياغة العقود الاستثمارية الدولية، الأمر الذي ساهم في تقوية المركز القانوني للمستثمر الأجنبي.

المبحث الثالث

المنازعة القانونية المرتبطة بالاستثمار صمام الولاية الموضوعية للمركز

نصّت المادة 25 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، أن اختصاص المركز يكون في موضوع المنازعات ذات الطابع القانوني المرتبطة بالاستثمار، وعموم المعنى يشكل الاختصاص الموضوعي لانعقاد الولاية التحكيمية للمركز، إلاّ أنه وبتحليل النّص يتبين أن الاختصاص الموضوعي للمركز يقتضي وجود منازعة ذات طابع قانوني من جهة، واتصال المنازعة اتصالا مباشراً بالاستثمارات من جهة ثانية.

المطلب الأول: توسيع الاختصاص الموضوعي للمركز

يعد وجود نزاع بين الطرفين حجر الأساس لأي تسوية قضائية، إذ تنص المادة 1/33 من ميثاق الأمم المتحدة على أنه "يجب على أطراف أي نزاع....."، كما تنص المادة 1/38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أن "وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً للقانون الدولي"، ويمتد الأمر كذلك إلى التحكيم إذ تنص المادة 7 ف 1 من قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 على: "... أن يحيل الطرفان إلى التحكيم جميع، أو بعض ما نشأ، أو قد ينشأ من نزاعات قانونية..."، كما نصت المادة الأولى من قواعد محكمة التحكيم الدولية بباريس بقولها "... إن وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات الاقتصادية ذات الطابع الدولي، وفقاً لقواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية" وتبعاً لذلك تضمنت المادة 25 الفقرة الأولى من اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات لانعقاد الاختصاص للمركز.

الفرع الأول: مدلول النزاع القانوني

تعرّف المنازعات القانونية بأنها: "المنازعات التي تتعلق بوجود أو مدى أو كيفية احترام حق ما عن طريق تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق، ومن ثم تتميز المنازعات القانونية بانطلاقها أساسا من الاعتبارات القانونية المحضة، كالنزاع على تفسير غامض في عقد الاستثمار"[33].

أما على الصعيد الدولي، فلم تحدد المادة 65 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المقصود من المسألة القانونية، إلاّ أنه يمكن الاعتماد على التعريف السلبي المقّدم من طرف هذه المحكمة والذي مفاده أن " المسألة القانونية هي التي لا تعتبر مسألة سياسية، وبالرغم من أن أيّة مسألة قانونية يمكن أن تتعلق بوقائع ذات طبيعة سياسية فإن المحكمة لا تعّلق كثيراً على الجانب السياسي في المسألة المطلوب الإفتاء فيها، فالمهم هو أن يكون الموضوع محل طلب الإفتاء هو من المسائل القانونية التي تخضع لمبدأ الاختصاص"[34].

ورغم عدم اشتمال اتفاقية واشنطن على تعريف "للنزاع القانوني"، إلاّ أن التقرير الملحق بالاتفاقية يتضمن عدّة عناصر لتحديد دلالة العبارة، حيث جاء في الفقرة 26 منه[35]، أن النزاع الذي يدخل ضمن اختصاص المركز هو النزاع القانوني المتعلّق سواء بوجود حق أو التزام أو بتحديد مداه، سواء تعلّق بتحديد طبيعة أو نطاق الإصلاحات التي يقتضى إجراؤها نتيجة لما حصل من إخلال لالتزام قانوني. وهذا هو المفهوم الذي تّم الأخذ به إلى يومنا هذا في إطار الأحكام الصادرة عن المركز بشأن تحديد الطابع

القانوني للنزاع. ويؤيد جانب من الفقه هذا موضحا أنه يشمل اختصاص المركز كذلك المسائل المتعلقة بالواقع مثل ما تم التصريح به أو لا أو ما تّم التعهّد به لآخر أو لا، إذ يمكن أن تتصل بحق أو التزام قانوني[36].

وتعطي محاكم تحكيم المركز الدولي معنىً واسعاً في مسألة تحديد معنى النزاع ذي الطابع القانوني، بحيث يشمل كافة المسائل التي تحتوي على مضمون قانوني مهما كان مصدر القاعدة القانونية، فالمهم هو ربط ادعاءات المستثمر بأحد القواعد القائمة فعلى سبيل المثال، تضمن الحكم الصادر بتاريخ 2005/01/10 في القضية القائمة بين Consorzio groupement L.E.S.I–DIPENTA ضّد الجزائر أن عبارة "النزاع ذات الطابع القانوني" يجب أن تفهم وفقا لمعناها الواسع، فهي تخص كل المسائل المرتبطة بطلبات مؤسسة على حقوق دائنية يدعيها طرف في مواجهة الآخر بمقتضى قواعد قانونية، عقدية كانت أو غيرها، وهي مسائل تختلف عن النزاعات ذات الطابع السياسي أو الاقتصادي[37].

وقد حاول المديرون التنفيذيون للمركز أن يزيلوا الغموض الذي يعتري مصطلح النزاع القانوني في تقريرهم بالقول (... إن عبارة "نزاع قانوني" قد استخدمت للتوضيح بأن النزاع حول الحقوق يدخل في اختصاص المركز، في حين أن مجرد تعارض المصالح لا يختص به المركز. فالنزاع يجب أن يتعلق بوجود نزاع، أو نطاق حق، أو التزام قانوني أو حول طبيعة، أو مدى التعويض نتيجة انتهاك التزام قانوني)[38].

إن النصّ على اختصاص المركز في المنازعات ذات الطابع القانوني، يستبعد معه سلب ولاية المركز في التحكيم في المنازعات ذات الطابع التجاري والسياسي، فالمنازعة القانونية التي تدخل في اختصاص المركز تتصل بحق أو التزام قانوني، يتعلق بتطبيق بنود العقد الاستثماري، أو بتفسيره، أو يتعلق بالاعتداء على حق تحميه اتفاقيات الاستثمار[39]، بمعنى أن المنازعة القانونية تتعلق بالإخلال بالالتزامات التعاقدية أو الاختلاف في تفسير العقد، ويضاف إلى ذلك تصرفات الدولة المضيفة بالإرادة المنفردة عن طريق التأميم أو الاستيلاء[40].

الفرع الثاني: ارتباط المنازعة بالاستثمار

بالإضافة لأن يكون النزاع قانونياً، يجب ارتباطه ارتباطاً مباشراً بالاستثمار، وبالتمعن في نصوص اتفاقية واشنطن لسنة 1965 وكذا نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا نجد تعريفًا واضحاً للاستثمار، وبذلك يفتح المجال واسعا للأطراف لاعتبار ما يدخل في فئة الاستثمارات أو الاتفاق على عرض المنازعات المرتبطة بالعقود الاستثمارية على المركز، لكن خلو العقد المبرم ما بين الطرف الأجنبي والدولة بما يمكن تكييفه على أنه عقد يتعلق بالاستثمار، يفتح الباب واسعاً للأطراف لتأويل العقد ويفتح مجالاً أوسع للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار للقضاء بولايته التحكيمية في الفصل في المنازعة.

وقد عرفت الأعمال التحضيرية لاتفاقية المركز جدلاً في تحديد المقصود بالاستثمار حيث اعتبرته كل مساهمة بالمال، أو أصول أخرى ذات قيمة اقتصادية لمدة غير محددة، وإذا وجب تحديد هذه المدة فلا تقل عن خمس سنوات، والتعريف الذي رفضه ممثلو الدول لافتقاره للدقة، خاصة فيما يتعلق بمفهوم المساهمة وتحديد عنصر الوقت، وتم تقديم مقترحات بديلة تؤكد جانب الربح، حقوق الملكية، تنمية الدولة المضيفة، لكن هذه الاقتراحات لم تكن مقبولة أيضاً[41].

كما قدمت الأمانة العامة للمركز تعريفاً آخر للاستثمار، شمل اكتساب حقوق الملكية أو الحقوق العقدية للتأسيس، أو إدارة مشروع صناعي، أو تجاري أو زراعي أو مالي، أو خدماتي، أو تقديم مساهمات، أو أسهم في أي مشروع، أو أن يكون في شكل التزامات مالية لكيان عام، أو خاص وليس الالتزامات الناشئة عن التسهيلات البنكية، أو الائتمانية قصيرة الآجل[42].

واختلفت الدول في تحديد مفهوم ومدلول الاستثمار، وأن أي محاولة لوصف الاستثمار قد تؤدي إلى عدم اليقين، ولم يدرج مدلول الاستثمار ضمن الاتفاقية على اعتبار أن اللجوء إلى المركز ذو طابع اختياري، وأن ذلك يضفي على اتفاقية المركز طابع المرونة والتكيف واستيعاب أنماط جديدة للاستثمار لم تكن متوقعة، وهذا ضمانة لحماية الاستثمارات الأجنبية[43].

وفي نص المادة الثانية من القانون 16-09 المتعلق بتطوير الاستثمار[44] فقد اعتبر المشرع الجزائري استثماراً كل اقتناء لأصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، وتوسيع قدرات الإنتاج و/أو إعادة التأهيل، وكل مساهمة في رأسمال الشركة. وهذا المفهوم بدوره غير دقيق ومقتضب بالمقارنة مع بعض التشريعات الأجنبية فالقانون القطري مثلاً اعتبر استثماراً ما يستثمره المستثمرون الأجانب من أموال نقدية أو عينية أو حقوق لها قيمة مالية في دولة قطر.

ولتلافي الاشكالات المتعلقة بتحديد مدلول الاستثمار أصبحت هيئات التحكيم تعتمد على الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بحماية الاستثمارات، ففي اتفاقية الجزائر مع دولة البرتغال[45]، حدد مدلول الاستثمار في المادة الأولى حيث اعتبرت استثمارًا كل الأرصدة كالممتلكات، الحقوق بكل أنواعها، وكل عنصر من الأصول له علاقة بالنشاط الاقتصادي، ويدخل في ذلك الأموال المنقولة والعقارية والحقوق العينية، الأسهم والحصص في الشركات، الخدمات ذات قيمة اقتصادية وحقوق الملكية الفكرية.

وتدفع الكثير من الدول بعدم اختصاص المركز لانتفاء صفة الاستثمار على المنازعات المرفوعة أمام المركز، لعدم شمول الاتفاقية المنشئة للمركز على تعريف واضح ودقيق للاستثمار، وهو ما أثير في القضية المنشورة ما بين الجمهورية اللبنانية و شركة TOTO contruzioni S.P.A[46]، وقد تأصل لدى المركز وكحل للدفوع المتعلقة بتحديد مفهوم الاستثمار تم اعتماد اختبار SAFINI كقاعدة ترجيحية، وقد انبثقت هذه القاعدة أول مرة في النزاع المرفوع ضد دولة المغرب من طرف شركة SALINI، أين ادعت المغرب أن عقد إنشاء الطريق السريع الرابط بين الرباط وفاس المبرم مع شركة SALINI الإيطالية لا يشكل استثماراً، فأشارت هيئة التحكيم إلى أنه بالرغم من عدم تحديد الاتفاقية لمفهوم الاستثمار، إلا أن هناك بعض المعايير العامة لتحديد الاستثمارات المحمية بموجب اتفاقية المركز، وتتمثل هذه المعايير في وجود مساهمة من طرف المستثمر الأجنبي، ومدة معينة، والمخاطرة، بالإضافة إلى مساهمة العملية في تنمية الدولة المضيفة، وأكدت أن هذه المعايير هي مستقلة عن بعضها البعض، فإذا غاب أحدها فقدت العملية صفة الاستثمار، وبالتالي ترفض هيئة تحكيم المركز طلب التحكيم أمامها، وتقضي بعدم اختصاصها[47].

وخلاصة لما تقدم، يتجلى أن مسألة وجود نزاع قانوني يتعلق بالاستثمار كشرط مانع لاختصاص المركز لانعقاد ولايته الموضوعية، قد لاقى انتقادات من الدول الأعضاء اتفاقية واشنطن لعدم تحديد صريح لمدلول النزاع أو مدلول الاستثمار، ولرفع الحرج المفروض على اختصاص المركز من الناحية الموضوعية من جهة، ولتوسيع اختصاصه من جهة أخرى أوجدت بعض السوابق التحكيمية لتأصيل أعماله واستمرارها واعتمد على تعريف تعاقدي أو منصوص عليه في الاتفاقية المتعلقة بحماية الاستثمارات الثنائية منها أو الجماعية للاستناد إليها في تحديد مدلول النزاع القانوني أو الاستثمار وبالنسبة لهذا الأخير أخذ المركز بقاعدة ترجيحية لإضفاء صبغة الاستثمار على العقود الدولية عرفت بقاعدة ساليني التي تعتمد على معايير لا يكاد يخرج عنها أي عقد دولي، وبذلك توسع الاختصاص الموضوعي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

المطلب الثاني: امتيازات السلطة العامة تقييد لاختصاص المركز

لقد أتاحت اتفاقية واشنطن المنبثق عنها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، للدول ورعايا الدول الأخرى التحاكم أمام المركز، إلاّ أن ذات الاتفاقية وبموجب المادة 25 ف 4 التي نصّت على أنه "... 4- تستطيع كل دولة متعاقدة عند تصديقها أو انضمامها إلى هذه الاتفاقية أو في أي وقت لاحق، أن تبلغ المركز بنوع من أنواع المنازعات التي تقدر أنه يمكنها أو لا يمكنها طرحها على المركز لتسويتها بالتوفيق أو التحكيم، وعلى السكريتير العام أن ينقل فوراً هذا التبليغ إلى جميع الدول المتعاقدة الأخرى، ولا يشكل هذا التبليغ الموافقة المطلوبة وفقا للفقرة الأولى"، هذا وقد نصت الفقرة الأولى من ذات المادة على : "1- يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالاً مباشراً بالاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها أمام المركز، ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده...".

ويتضح من هذا النص أن اتفاقية واشنطن أتاحت للدول الأعضاء في اتفاقية واشنطن إمكانية تخصيص المنازعات التي يرتبط بها الاختصاص الموضوعي للمركز، وتبليغها للأمين العام للمركز، وقد يطرح مصطلح "نوع أو أنواع المنازعات التي يمكنها أو لا يمكنها تسويتها عن طريق التوفيق أو التحكيم"، ذات الإشكال الذي سبق تناوله والمتعلق بتحديد النزاع القانوني المتعلق بالاستثمار، وما دام النّص جاء على الإطلاق وللدولة سلطة التقدير فلها ووفقا لما يتوافق واتجاهاتها الاقتصادية أو السياسية وحتى الاجتماعية، تسجل تبليغها لدى أمانة المركز، المتضمن إخراج بعض المنازعات من اختصاص المركز وهو ما نعتبره ضمن التقدير الإيجابي للدولة، أو حصر المنازعات التي يختص بها المركز وهو ما نعتبره ضمن التقدير السلبي للدولة. وهذا كله وفقا لفلسفة الاتفاقية وأعمالها التحضيرية. وقد تؤخذ بعين الاعتبار في ذلك المنازعات المرتبطة ببعض الأنشطة المتعلقة بالقطاعات الحساسة والمرتبطة بسيادة الدولة أو فيما يدخل ضمن النظام العام للدولة، ونرى أنه تستبعد أي محاولة لتضييق مفهوم نوع أو أنواع المنازعات والذي من شأنه الحد من سلطة الدولة في تقديرها.

ولا يخضع التبليغ للموافقة المسبقة، سواء من أمين عام المركز، أو المصادقة من طرف الجمعية العامة للدول الأعضاء في الاتفاقية لعدم الشرعية وانعدام أي نص ضمن الاتفاقية أو ضمن قواعد التحكيم والتوفيق أمام المركز، وعلى الأمين العام للمركز القيام بما أمر به القانون المنظم له بتبليغ لائحة المنازعات التي تدخل أو تخرج من ولاية المركز الموضوعية لباقي الدول الأعضاء، والتي لها أساليب الرفض أو القبول حسب المبادئ المتعارف عليها في القانون الدولي العام كمبدأ المعاملة بالمثل.

ومن المنطقي، ولتلافي أي استعمال غير مشروع لفحوى الفقرة 4 من المادة 25 من اتفاقية واشنطن، فإنه لا يمكن الإبلاغ عن منازعات قائمة أو محتملة تم الاتفاق مسبقاً على إحالتها على تحكيم المركز، أو جارٍ فيها التحكيم أمام المركز أو سبق وأن تم الفصل فيها بأحكام تحكيمية أمام المركز، ذلك أنه وفي نظرنا يبقى اتفاق التحكيم قائماً في المنازعات القائمة أو المحتملة وأن تصرف الدولة بالتبليغ بنوع من المنازعات المشمولة باتفاق تحكيم يعد من قبيل الانحراف بالسلطة أو التصرف بالإرادة المنفردة للتحلل من شرط أو مشارطة التحكيم. ويمس بمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، أما إذا كان التبليغ لاحقاً لصدور أحكام تحكيمية فتحتفظ أحكام التحكيم بحجيتها في مواجهة الدولة أو أحد رعايا الدول الأخرى ولا يمكن الاحتجاج بالتبليغ لعدم نفاذها.

الخاتمة:

إن الولاية التحكيمية للمركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار، تقتضي توافر معيار شخصي ينصب على خصوصية أطراف النزاع المعروض عليه بحيث أوجبت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 أن تكون الدولة متعاقدة أو الدولة جنسية المستثمر الأجنبي متعاقدة في آن واحد، وأن الأمر لا يتعلق بوقت التعاقد لانعقاد الاختصاص الشخصي للمركز وإنما يتعلق بتاريخ إيداع طلب التحكيم أمام الأمين العام للمركز، وقد خفف هذا المعيار من خلال اعتماد قواعد التسهيلات الإضافية للمركز بحيث أتيحت الفرصة للتحكيم أمام المركز لأطراف خارج الاتفاقية بناءً على طلب يقدم للأمين العام للمركز ويبقى اختصاص المركز وفقا لهذه القواعد رهن موافقة الأمين العام وقبول تسجيله.

كما تقتضي الولاية التحكيمية للمركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار، توافر معيار موضوعي، يتحقق بوجود اتفاق للتحكيم أمام المركز، والذي يعد جوهر الولاية التحكيمية للمركز، إذ أن الاتفاق هو ما يؤهل هيئة المركز للتحكيم للنظر والفصل في المنازعة سيما وأن أحد أطراف العقد دولة ذات سيادة، إلاّ أن التوسع في تفسير المادة 25 من اتفاقية واشنطن خول للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار النظر في المنازعات التي تعرض عليه دونما اتفاق تحكيم عقدي يحيل عليه بشكل مباشر، وأصبح جار البحث والتفتيش عن أي نص قانوني ضمن المنظومة الداخلية للدولة أو في اتفاقياتها الثنائية مع الدولة جنسية المستثمر الأجنبي ليتم التأسيس عليها انعقاد الولاية التحكيمية على النزاع. وهذا التوجه للتحكيم أمام المركز، وخروجه عن التعبير الصريح للأطراف لاختصاص المركز بالتحكيم، يمكن أن تستمر النزاعات المفصول فيها أمام المركز بدون اتفاق تحكيم إلى منازعات أخرى تتعلق بالاعتراف أو تنفيذ أحكام التحكيم.

ولاختصاص المركز من الناحية الموضوعية، وفي ظل الضبابية في تحديد مفهوم للمنازعة القانونية المرتبطة بالاستثمار، واعتماد معايير قد لا يخرج عن نطاقها العقود المبرمة ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مكن المركز من بسط ولايته على العديد من المنازعات المعروضة عليه، رغم إمكانية إخراج الكثير منها بتفعيل أحكام اتفاقية واشنطن.

ومن ثمة، نستنتج أنه يكفي لانعقاد الولاية التحكيمية للمركز وجود اختلاف في صفة الأطراف، الدولة من جهة ورعايا دولة أخرى منظمة إلى اتفاقية واشنطن وهو أساس المعيار الشخصي والذي يحقق كفايته الذاتية لاختصاص المركز، بينما باقي المعايير يمكن تجاوزها في ظل قبول المركز لمنازعات ينعدم فيها اتفاق التحكيم واعتماده على معايير لانعقاد اختصاصه الموضوعي تشمل أغلب العقود الدولية المبرمة ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

ولتلافي الإشكالات المطروحة عن عرض منازعات ناشئة عن عقود استثمار دولية، وجب الأخذ بعين الاعتبار صياغة بنود تسوية المنازعات صياغة قانونية محكمة ومنها شرط التحكيم، بحيث تخول للمركز الدولي لتسوية المنازعات اختصاصه بنظر المنازعة أو تنفي ذلك، بحيث لا تدع مجالاً للتأويل فمجرد القول بأن تسوى المنازعات عن طريق التحكيم لا يفي بالغرض، بل يستوجب معه تعيين المؤسسة التحكيمية المختصة بنظر الدعوى كغرفة التجارة الدولية بباريس أو المركز الإقليمي بالقاهرة أو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وغيرها.

كما يؤخذ بعين الاعتبار ضرورة تقدم الدولة بتخصيص نوع من المنازعات وتبليغها للأمين العام للمركز الدولي لتسوية المنازعات، لإخراجها من اختصاص المركز الموضوعي كإجراء احترازي ووقائي.

الهوامش:

(1) الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى، المنعقدة بمدنية واشنطن في 18 مارس سنة 1965، هذه الاتفاقية المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار انضمت إليها الجزائر بموجب الأمر 95-04 المؤرخ في 1995/01/21، وصادقت عليها بموجب المرسوم الرئاسي 95-346 المؤرخ في 1995/10/30، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 66 صادر في 05 نوفمبر سنة 1995.

(2) المادة 4 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، مصدر سابق.

(3) المادة 6 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، المصدر نفسه.

(4) المادة 36 ف 3، من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، المصدر نفسه.

(5) المادة 3 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، مصدر سابق.

(6) المادة 4 ف 1 اتفاقية واشنطن لسنة 1965، مصدر سابق.

(7) المادة 06 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، مصدر سابق.

(8) المادتان 26 و27 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، المصدر نفسه.

(9) ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2009،ص 128

(10) المادة 36 ف 3 من اتفاقية واشنطن، المصدر نفسه.

(11) مصلح أحمد الطروانة، فاطمة الزهرة محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، الجزء الأول، دار وائل للنشر، ط1، 2013، الأردن، ص ص23-24. وأيضاً : لما كوجان، التحكيم في العقود الاستثمار، منشورات زين الحقوقية، 2008.

(12) مصلح أحمد الطروانة، مرجع سابق، ص24.

(13) المرجع نفسه، ص 26.

(14) طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008 ص ص373-374.

(15) إبراهيم فضل الله، تعليق على الحكم التحكيمي ما بين شركة S.P.A Generali Costruzioni TOTO الايطالية ضد الجمهورية اللبنانية قضية الأكسيد رقم ARB/07/12 قرار حول الاختصاص مجلة التحكيم، مجلة فصلية، العدد السادس، أفريل 2010، السنة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ص 617-660.

(16) Ghaith R.Phareon V. Republic Of Tunisia, ICSID CASE N°.ARB/86/1 https://icsid.worldbank.org على الموقع:

(17) MARVIN ROY FELMAN KARPA V.UNITED MEXICAN SATATES , ICSID CASE N°.ARB/99/1 https://icsid.worldbank.org

(18) مصلح أحمد الطراونة، مرجع سابق، ص ص 66 وما بعدها.

(19) المادة الثانية من القواعد التي تحكم التسهيلات الإضافية لإدارة الإجراءات من قبل أمانة المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار أنظر الموقع: http://icsidfiles.worldbank.org/ICSID/ICSID/StaticFiles/facility/facility-en.htm.

(20) مصلح أحمد الطراونة وآخر، مرجع سابق، ص 30.

(21) طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية المعاصرة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص ص:348-350.

(22) المادة 1007 من القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 صادر في 23 أبريل سنة 2008.

(23) المادة الأولى الفقرة الأولى من قانون التحكيم المصري الصادر سنة 1994.

(24) أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006، ص ص 130-131

(25) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، دراسة عملية تأصيلية مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، سنة 2008، ص ص 228-230.

(26) المادتان 1008 و 1012 من الأمر رقم 08-09، مصدر سابق.

(27) المادة 24 من القانون 16-09 المؤرخ في 2016/08/03 المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية عدد 46 صادر في 3 غشت سنة 2016.

(28) المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50 صادر في 20 سبتمبر سنة 2015.

(29) حسيني يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار، رسالة لنيل شهادة الماجيستر في القانون فرع القانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2011/12/08، ص ص 69-70

(30) الاتفاق ما بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجلس الفدرالي السويسري حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة ببيرن بتاريخ 2004/11/30 والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-235 بتاريخ 2005/06/23، الجريدة الرسمية عدد 45 صادر في 29 يونيو سنة 2005..

(31) حسيني يمينة، مرجع سابق، ص 73.

(32) بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 465.

(33) علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص 245.

(34) زهير الحسيني، مفهوم النزاع القانوني في ضوء فتوى محكمة العدل الدولية في 1988/04/12، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد47، القاهرة،1991ص 35.

(35) "Soit l'existence ou l'étendue d'un droit ou d'une obligation juridique, soit la nature ou l'étendue des réparations dues pour rupture d'une obligation juridique"; "Le rapport des administrateurs de la BIRD présentant la convention de Washington précise que "l'expression différend d'ordre juridique a été utilisée pour montrer que si les conflits de droit relèvent d la compétence du centre, il n'en est pas de même des simples conflits d'intérêts" doc/CIRDI, V. Annexe1, Para 26/1.

(36) V- REDFERN Alain, HUNTER Martin : Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, Traduction de (E) ROBINE, 2eme éd, LGDJ, Paris 1991, P 59.

(37) قضية DIPENTA – L.E.S.I groupement Consorzio ضد الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مسجلة تحت رقم (ARB/03/08) حكم بتاريخ 2005/01/10 متاحة على الموقع www.ita.law.uvic.ca

(38) مصلح أحمد الطراونة وآخر، مرجع سابق، ص 249.

(39) فؤاد محمد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010، ص 447

(40) إبراهيم شحاتة، دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية الخاصة، المجلة المصرية للقانون الدولي، 1985، المجلد 41، ص9.

(41) Mortenson, Julia, davis, the meaning of "investment" : ICSID Travaux and the domain of international investment law, havard international law journal, vol 51, number 1, (winter 2010),p 286.

(42) مصلح أحمد الطروانة وآخر، مرجع سابق، ص 261.

(43) المرجع نفسه، ص 263.

(44) القانون رقم 16-09، مصدر سابق.

(45) الاتفاق بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية البرتغالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بلشبونة بتاريخ 2004/09/15، المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 05-192 المؤرخ في 2005/05/28،الجريدة الرسمية عدد 37 صادر في 29 مايو سنة 2005.

(46) قرار حول الاختصاص مؤرخ في 2009/09/08، في الدعوى المرفوعة من شركة TOTO contruzioni S.P.A ضد الجمهورية اللبنانية قضية الأكسيد رقم ARB/07/12، منشور بمجلة التحكيم، مجلة فصلية، العدد الخامس، السنة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، جانفي 2012، ص ص 618-684.

(47) مصلح أحمد الطروانة، مرجع سابق، ص 270.