أثر شرط تسوية منازعات عقد الاستثمار على اختصاص المركز الدولي بناء على اتفاقية دولية

الأستاذ: قبايلي طيب
أستاذ مساعد قسم "أ"
كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية

مقدمة:

تتمثل الصورة العادية لانعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار -CIRDI- في تعبير الأطراف المتنازعة عن إرادتها للجوء إلى قضاء تحكيم هذه الجهة في الأداة القانونية التي تربطها، أخذا في الاعتبار الشروط المنصوص عليها في اتفاقية واشنطن[1]. إلا أنه وبالنظر إلى استخلاص الاجتهاد التحكيمي للمركز موافقة الأطراف على

[1]- أنشأ هذا المركز باتفاقية البنك العالمي في 1965/03/18 المعروفة باتفاقية واشنطن وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 1995/10/30 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 66 لسنة 1995.

التحكيم أمامه انطلاقا من الصور المستحدثة للتراضي، وبصفة خاصة استنادا إلى نصوص تسوية المنازعات الواردة في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار،[1] توسعت دائرة اختصاص المركز الدولي، بحيث أصبحت تمتد إلى كل حالات فض المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة سواء في إطار علاقة عقدية أو دونها.[2]

إذا كان اختصاص المركز بناء على الاتفاق الصريح للأطراف لا يثير أية إشكالية، فإن الصعوبة للقول باختصاصه من عدمه تكمن في الحالة التي تتضمن اتفاقية الاستثمار القائمة بين دولة المستثمر والدولة المضيفة نصا متعلقا بتسوية المنازعات، من خلاله يسند الاختصاص للمركز الدولي –CIRDI– في حين ينص عقد الاستثمار المبرم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة أو إحدى هيئاتها العامة على آلية

---

[1] ــ وذلك انطلاقا من قضية AAPL ضد حكومة سريلانكا وقضية SPP ضد جمهورية مصر العربية.

حول الموضوع راجع: د/ إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط3، القاهرة 2000، ص 115 و ما بعدها.

PRUJINER Alain : L'arbitrage unilatéral : Un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ?,
Revue de l'arbitrage N°1, 2005, P. 63 et S.

[2] – يرجع ذلك إلى العدد الهائل من الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار المبرمة بين مختلف الدول والتي تتضمن إمكانية اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي -CIRDI- استنادا إلى إيجاب الدولة المعبر عنه في نصوص تسوية المنازعات.

أخرى لتسوية المنازعات المتعلقة بهذا العقد، سواء باللجوء إلى القضاء الداخلي أو إلى تحكيم حر أو تحكيم مؤسسي غير المركز الدولي. فهل يعتد في هذه الحالة على بند تسوية المنازعات الوارد في عقد الاستثمار أم يسرى على ذلك نص الاتفاقية؟.

للإجابة على هذا التساؤل نتطرق إلى بيان موقف محاكم التحكيم المشكلة تحت رعاية المركز الدولي من خلال التمييز بين الحالة التي لا تكون الدولة المضيفة طرفا مباشرا في عقد الاستثمار، بل أحد مؤسساتها أو هيئاتها العامة وبين الحالة التي تعقد فيها الدولة المضيفة بصفة مباشرة عقد الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، لنخلص في الأخير إلى النتائج المترتبة عن قضاء المركز الدولي بشأن هذه المسألة.

أولا- حالة إبرام عقد الاستثمار مع إحدى الهيئات العامة التابعة للدولة:

انطلاقا من القضايا المعروضة على قضاء تحكيم المركز الدولي، ميزت المحاكم المشكلة في إطاره بين طلب التحكيم المؤسس على اتفاقية الاستثمار، التي تتضمن إحالة تسوية المنازعات على المركز الدولي وبين طلب التحكيم الذي يستند إلى الإخلال بالعقد المبرم بين المستثمر وإحدى هيئاتها العامة الذي يتضمن وسيلة أخرى لتسوية منازعات الاستثمار، بالتالي يتم، التفرقة بين منازعات الاتفاقية –Treaty claims- ومنازعات العقد –contract claims-.[1]

[1] – راجع حول هذه التفرقة في الطلبات:

1- قضية Salini Construttori و Italstrade Spa ضد المملكة المغربية:

أبرم عقد بين الشركة المغربية للطرقات (مؤسسة عامة) والشركتان الإيطاليتان Salini وItalstrade لتشييد الطريق السريع الرابط بين فاس والرباط. ثار نزاع بين الطرفين بشأن الحساب الختامي للأشغال، الأمر الذي أدى بالشركتين الإيطاليتين للجوء إلى تحكيم المركز الدولي للمطالبة بالتعويض على أساس م 08 من الاتفاقية الثنائية حول تشجيع وحماية الاستثمار المبرمة بين حكومة إيطاليا والمملكة المغربية، إذ تتضمن نصا متعلقا بتسوية المنازعات بموجبه وافقت الدولتان المتعاقدتان على اللجوء إلى المركز الدولي كأحد الوسائل المتاحة للمستثمر الأجنبي. بعد النظر في أسانيد وحجج الأطراف المتنازعة ، صدرت محكمة التحكيم قرارها في الاختصاص بتاريخ 2001/07/23. [1]

أثارت المدعى عليها دفعا بعدم اختصاص محكمة التحكيم للنظر في النزاع القائم بين الطرفين واستندت في ذلك على سببين رئيسيين: يتعلق السبب الأول بتنازل المدعي عن تحكيم المركز الدولي كأحد الوسائل المتاحة بموجب م 08 من الاتفاقية الثنائية، بحيث تم الاتفاق بمقتضى عقد المقاولة المبرم بين الطرفين على إسناد الاختصاص للفصل في المنازعات

FADLALLAH Ibrahim : la distinction « Treaty claims – contract ctaims » et la compétence de l'arbitre CIRDI: Faisons – nous fausse route ? , gazette du palais, Rec : Nov-Dec 2004, P. 3612 et s.

[1]- V. GAILLARD Emmanuel: le CIRDI, Chronique des sentences arbitrales, JDI N° 1, 2002, P.169.

الخاصة بتنفيذ أو تفسير هدا العقد للمحاكم الوطنية بالمغرب. أما السبب الثاني، فيتعلق باستناد المدعي في طلباته إلى الإخلال ببنود العقد ولا تتعلق هذه الطلبات بخرق الالتزامات الواردة في الاتفاقية، الأمر الذي يستوجب معه عدم جواز النظر في الإخلال المترتب عن العقد من طرف قضاء تحكيم المركز.[1]

رفضت المحكمة الأسباب المعتمد عليها من طرف المملكة المغربية للدفع بعدم الاختصاص، بحيث ردت على السبب الأول بأن أساس اختصاص المركز مستمد من التراضي الكتابي لأطراف النزاع، إذ نتج رضا الدولة المضيفة من التعهد المنفرد الذي عبرت عنه بموجب م 08 من اتفاقية المغرب مع إيطاليا وصادفه قبولا من جانب المدعي من خلال تقديم طلب التحكيم أمام المركز. كما اعتبرت محكمة التحكيم أن النص الذي يحيل إلى اختصاص المركز الوارد في الاتفاقية يعلو على ذلك الوارد في العقد الذي يتضمن اختصاص القضاء الداخلي، الأمر الذي أدى بالمحكمة إلى عدم اعتبار النص على شرط مانح للاختصاص ضمن بنود عقد الاستثمار تنازلا عن النص الذي يمنح المستثمر الخيار لتسوية المنازعات بموجب الاتفاقية الثنائية.[2]

1 - FADLALLAH Ibrahim: le fondement des demandes : contrat on traité ?, in « les nouveaux développements dans le contentieux transnational relatif à l'investissement international», colloque de L'IHEI Paris II du 03/05/2004, P.02.

2- راجع: E. GAILLARD : Op. Cit., P. 202.

كما رفضت المحكمة السبب الثاني للدفع بعدم الاختصاص، بحيث ميزت بين الحالة التي تكون فيها الدولة طرفا في عقد الاستثمار أين يطبق نص تسوية المنازعات الوارد في الاتفاقية الثنائية، إذ ينظر المركز في جميع الإخلالات المنسوبة للدولة سواء كانت المنازعة متعلقة بالعقد أو الاتفاقية. أما الحالة الثانية، فتخص تلك التي لا تكون فيها الدولة المضيفة طرفا في العقد بل أحد هيئاتها العامة، فلا يختص المركز بالمنازعات الناشئة عن الإخلال بالعقد إلا إذا شكلت في حد ذاتها إخلالا بنصوص الاتفاقية المبرمة مع دولة المستثمر. في هذه الحالة تكون الدولة طرفا في إجراءات التحكيم أمام المركز لينظر في مسألة واحدة فقط تتعلق بمسائلتها عن إخلالها للالتزامات التي فرضتها عليها نصوص الاتفاقية. بالتالي خلصت المحكمة إلى التمسك باختصاصها للنظر في طلبات المدعي نظرا لاستنادها إلى نصوص الاتفاقية الثنائية بين إيطاليا والمغرب.[1]

2- قضية CAA و Vivendi Universal ضد حكومة الأرجنتين:

تتعلق وقائع هذا النزاع بإبرام عقد امتياز عام 1995 بين شركتي Compania de Aguas del Aconquija (CAA) و Compagnie générale des Eaux (CGE)، التي أصبحت تسمى شركة Vivendi،[2] من جهة وبين مقاطعة Tucuman الأرجنتينية من جهة أخرى، بشأن

---

[1]- لمزيد من الشرح أنظر: Ibid, P. 209

[2]- وهي شركة فرنسية تعمل في مجال المياه والصرف الصحي، أما شركة CAA فهي شركة محلية تابعة للشركة الأم Vivendi Universal.

استغلال نظام توزيع المياه في هذه المقاطعة. تضمن العقد نصا بموجبه يتم تسوية المنازعات المتعلقة بتفسيره أو تنفيذه أمام المحكمة الإدارية لمقاطعة Tucuman. لما ثار النزاع بشأن المستحقات المالية الواجب دفعها للمستثمر، رفع هذا الأخير دعواه أمام المركز الدولي استنادا إلى م 08 من الاتفاقية الثنائية للاستثمار المبرمة عام 1991 بين فرنسا والأرجنتين وصدر حكم محكمة التحكيم بتاريخ 2000/11/21.[1]

رغم دفع حكومة الأرجنتين بعدم اختصاص المحكمة لوجود بند تسوية المنازعات في عقد الامتياز الذي يسند الاختصاص لجهات القضاء الداخلي، إلا أن المحكمة رفضت الدفع المقدم وقضت باختصاصها استنادا إلى نص م 08 من الاتفاقية الثنائية القائمة بين الدولة المضيفة ودولة المستثمر. كما اعتبرت المحكمة أن شرط تعيين المحكمة المختصة في العقد لا يؤثر على إمكانية اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي للنظر في الإخلالات المنسوبة للدولة المضيفة بشأن التزاماتها الاتفاقية[2].

أخيرا، خلصت المحكمة إلى أن طبيعة الوقائع المعروضة لتدعيم طلبات المستثمر يستحيل معها تمييز الإخلال بالاتفاقية الثنائية عن عدم

---

[1]- يمكن الاطلاع على حكم التحكيم الصادر في الاختصاص والموضوع على موقع المركز: www.worldbank.org/icsid/cases

[2]ـ لمزيد من التفصيل حول أسانيد ودفوع الاطراف وموقف المحكمة منها، راجع: د/ حسين أحمد الجندي : النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص 34، 35.

تنفيذ عقد الامتياز إلا إذا تم، بصفة مسبقة، تفسير وتطبيق بنود هذا العقد، لتنتهي المحكمة إلى أنه كان على المستثمر أن يطلب بحقوقه الناشئة عن العقد أمام محاكم مقاطعة Tucuman طبقا لما تم الاتفاق عليه بين الأطراف المتنازعة، بالتالي رفضت المحكمة الطلبات المقدمة من المدعي في الموضوع تجاه حكومة الأرجنتين.[1]

أمام عدم وضوح الأسباب التي استندت عليها هيئة المحكمة في حكمها، طالبت الشركتان CAA و Vivendi إبطاله أمام اللجنة المؤقتة- Comité ad-hoc- التي ألغت الحكم جزئيا بموجب حكمها الصادر بتاريخ 2002/07/03. أكدت اللجنة المؤقتة أن تقسيم الاختصاص يكون بالنظر إلى أساس الطلبات، بحيث ميزت بين الطلبات المستندة إلى العقد وتلك المستندة إلى الاتفاقية. اعتبرت اللجنة في هذا الشأن أنه إذا كان السند الرئيسي للدعوى أمام المركز CIRDI هو الإخلال بالعقد، يتعين على هيئة التحكيم إعمال شرط تسوية المنازعات الوارد في ذلك العقد. أما إذا كان سند الدعوى الأساسي اتفاقية، فإن المركز يكون مختصا بالدعوى ولا يؤثر في ذلك وجود شرط لتسوية المنازعات في العقد المبرم بين المستثمر والدولة أو بينه وبين إحدى هيئاتها العامة.[2]

كما اعتبرت اللجنة المؤقتة أنه لا يمكن لهيئة تحكيم المركز، المختصة بموجب اتفاقية ثنائية للنظر في طلب مؤسس على نص فيها، أن

---

[1]– I. FADLALLAH : le fondement des demandes …, Op. Cit., P. 03

[2]- V. CREPET Claire: Treaty claims/Contract Claims, gazette du palais, Rec: Nov-Dec 2004, P.3631.

ترفض الدعوى استنادا إلى أنه كان يمكن أو يتعين رفعها أمام جهة قضائية وطنية. كما ترى اللجنة أنه لما كانت محكمة التحكيم محقة في التمسك باختصاصها للنظر في الإخلال بالاتفاقية الثنائية للاستثمار، فكان عليها الفصل في النزاع المتعلق بهذا الإخلال رغم أن ذلك سيؤدي إلى التطرق للعقد، فاختصاص المحكمة يمتد إلى العقد في الحدود اللازمة لتسوية مسألة الإخلال بالقواعد الموضوعية الواردة في الاتفاقية الثنائية :

«Il n'appartient pas à un tribunal CIRDI compétent en vertu d'un TBI pour connaître d'une demande fondée sur une disposition matérielle de ce TBI, de rejeter la demande au motif qu'elle pouvait ou aurait dû être examinée par une juridiction nationale .... en vertu du TBI, le tribunal compétent pour fonder sa décision sur le contrat de concession, à tout le moins autant que nécessaire pour déterminer s'il y avait eu une violation des règles matérielles du TBI»[1].

هكذا، يميز الاجتهاد التحكيمي للمركز الدولي بين الطلبات المؤسسة على العقد وتلك المؤسسة على الاتفاقية الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار[2]. بحيث تتمسك هيئات تحكيم المركز باختصاصها للنظر في منازعات الاتفاقية استنادا على نص تسوية المنازعات الوارد فيها، رغم أن النزاع قائم بين المستثمر وإحدى الهيئات العامة، وبغض النظر عن

---

1 - Cité par : LONCLE Jean – Marc : l'option de l'arbitrage des traités de protection des investissements : treaty claims VS contract claims, RDAI N° 1, 2005, P. 10.

2- استند المركز إلى ذات التفرقة في قضايا أخرى عديدة آخرها قضية Saipem ضد بانجلاديش، بحيث صدر الحكم فيها بتاريخ 2007/03/21 وتمسكت هيئة التحكيم باختصاصها رغم أن عقد الاستثمار مبرم مع هيئة عامة تابعة للدولة. يمكن الإطلاع على هذا الحكم على موقع المركز.

اتفاق الأطراف على آلية أخرى لتسوية المنازعات في إطار عقد الاستثمار، إذ لا يؤثر هذا البند على اختصاص المركز للفصل في الإخلال بنصوص الاتفاقية. أما منازعات العقد، فالأصل أنها تبقى من اختصاص الجهة القضائية المتفق عليها بين الأطراف ما لم يرقى الإخلال بالعقد إلى الإخلال بالاتفاقية، فهل يختلف الأمر إن كان عقد الاستثمار مبرما بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة ذاتها؟.

ثانيا ــ حالة إبرام عقد الاستثمار مع الدولة المضيفة:

لتوضيح موقف محاكم تحكيم المركز الدولي بشأن مدى اختصاصها للفصل في منازعات عقود الاستثمار التي تثور بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة رغم وجود بند تسوية هذه المنازعات يحيل الاختصاص بشأنها أمام جهة قضائية أخرى غير المركز الدولي، نستعرض أهم القضايا المطروحة على المركز لبيان تحليل محاكم التحكيم بشأن هذه المسألة.

1- قضية RFCC ضد المملكة المغربية[1]:

تتلخص وقائع هذه القضية في قيام الشركة العامة المغربية للطرقات بإبرام عقد مع كونسورسيوم إيطالي متكون من 05 شركات لتشييد جزء

[1] ــ تجدر الإشارة أن هذه القضية لا تخص عقدا مبرما من طرف الدولة بنفسها، إلا أن أهمية القرار الصادر في الاختصاص بشأنها ركز على الحالة التي تكون فيها الدولة طرفا مباشرا في عقد الاستثمار وعلى الأثر المترتب عن ذلك بالنسبة لنصوص تسوية المنازعات.

من طريق سريع بالمغرب. يتضمن هذا العقد بندا لتسوية المنازعات المتعلقة بتنفيذه أو تفسيره، يسند الاختصاص بشأنها بموجب م 52 من الشروط العامة إلى المحاكم الإدارية في المغرب. لما ثار النزاع حول الحساب الختامي للأشغال، قام الكونسورسيوم الإيطالي بتقديم طلب التحكيم أمام المركز الدولي استنادا إلى م 08 من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المغرب وإيطاليا والتي تتيح الخيار للمستثمر الأجنبي بين اللجوء إلى القضاء الداخلي أو التحكيم الحر أو طلب تحكيم المركز الدولي. تمسكت محكمة التحكيم باختصاصها للنظر في النزاع بموجب قرارها الصادر في 2001/07/17.[1]

دفعت الحكومة المغربية بعدم اختصاص المركز للنظر في النزاع لوجود شرط تسوية المنازعات في العقد المبرم بين الطرفين، الذي تضمن اختصاص القضاء الداخلي للدولة المضيفة، فموافقة المدعي على هذا الشرط هي بمثابة تنازل منه عن إمكانية اللجوء إلى التحكيم. كما تستند إدعاءات الكونسورسيوم الإيطالي إلى العقد فقط، الأمر الذي يتعين الفصل فيها تطبيقا لبند تسوية المنازعات الوارد في ذات العقد.[2]

رفضت المحكمة هذا الدفع مؤكدة ما توصلت إليه محاكم تحكيم المركز في اجتهادها حول هذه المسألة، إذ ذهبت إلى أن الاتفاق على

---

[1]ـ راجع القرار الصادر في الاختصاص بتاريخ 2001/07/17 في قضية RFCC c/Maroc (ARB/00/05) المنشور في موقع المركز: www. worldbank.org / icsid / cases

[2]ـ راجع الفقرة 30 من القرار السابق ذكره.

إسناد الاختصاص للمحاكم الإدارية للنظر في النزاع لا يعد توسيعا من نطاق اختصاص هذه الجهات القضائية ولا يؤثر ذلك على اختصاص المركز، بحيث يعلو ويتقدم قبول عرض النزاع أمام المركز الدولي على مضمون بند تسوية المنازعات الوارد العقد،[1] هذا من جهة.

من جهة أخرى لاحظت المحكمة أنه جاء نص تسوية المنازعات الوارد في م 08 من الاتفاقية الثنائية عاما، بحيث يشمل كافة المنازعات المتعلقة بالاستثمارات Différends relatifs à des investissements-، إذ جاء النص بالصيغة الآتية:

«Tous les différends ou divergences y compris les différends relatifs au montant de l'indemnisation à verser en cas d'expropriation, nationalisation au mesures analogues entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante ...»[2].

بناء على ما تقدم، اعتبرت المحكمة أن عمومية النص لا يستبعد المنازعات الناشئة عن العقد، إلا أن تطبيقه على المنازعات العقدية يفرض أن تكون الدولة طرفا مباشرا في العقد. أما إذا كان العقد مبرما بين المستثمر وإحدى الهيئات العامة، فإنه يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات الناجمة عن الإخلال بالاتفاقية، كما يمتد إلى المنازعات

---

[1] ــ راجع الفقرة 31 من نفس القرار.

[2] ــ نقلا عن: C. CREPET : Op. Cit., P. 3632

المترتبة عن الإخلال بالعقد إذا كان يشكل في ذات الوقف إخلالا بنصوص الاتفاقية.[1]

سببت المحكمة موقفها بحجة أن إيجاب الدولة المعبر عنه في الاتفاقية الثنائية يتعلق بالمنازعات الناجمة عن عقد أبرمته هيئة أخرى غير الدولة، ما لم يرقى هذا الإخلال بالعقد إلى إخلال بالاتفاقية الثنائية:

« L'article 08 oblige l'Etat à respecter l'offre de compétence à raison des violations de l'accord bilatéral et tout manquement à un contrat qui le lierait directement. L'offre de compétence de l'article 08 ne s'étend pas par contre aux violations d'un contrat auquel une entité autre que l'Etat est nommément partie »[2].

هكذا، اعتبرت محكمة التحكيم في قرارها الصادر في الاختصاص بشأن قضية RFCC ضد المملكة المغربية أنه ينعقد الاختصاص للمركز الدولي للنظر في المنازعات العقدية ولو لم تشكل إخلالا بنصوص الاتفاقية الثنائية إذا كانت الدولة طرفا مباشرا في عقد الاستثمار، دون أن يكون لشرط تسوية المنازعات ، الوارد في ذات العقد، الذي يحيل الاختصاص للقضاء الداخلي أي أثر على الاختصاص التحكيمي.

2- قضيتي SGS ضد باكستان و SGS ضد الفيليبين:

تتعلق هاتين القضيتين بعقدين أبرمتهما الشركة السويسرية SGS، الأول مع دولة باكستان عام 1994 والثاني مع دولة الفيليبين عام 1991،

---

[1] ــ الفقرة 68 من القرار الصادر في قضية RFCC ضد المغرب

[2] ــ الفقرة 69 من نفس القرار.

بموجبهما تتولى الشركة بتقديم خدمات متعلقة بعمليات الإفراجات الجمركية للسلع المستوردة وعمليات الفحص والمراقبة التي تسبق الشحن والتصدير في الدول الأصلية للسلع، بهدف ضمان مطابقة تصريحات الاستيراد مع حقيقة السلع المستوردة والعمل على التقدير الدقيق للمستحقات الجمركية، بالتالي الرفع من فعالية مصالح الجمارك لدى الدولتين المضيفتين.[1]

يتضمن العقد الأول بندا لتسوية المنازعات المترتبة عن تنفيذه أو تفسيره يحيل الاختصاص إلى التحكيم الداخلي وفقا لأحكام القانون الباكستاني. بينما أسند الاختصاص لتسوية منازعات الاستثمار بصفة عامة بموجب م 02/09 من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين سويسرا وباكستان عام 1995 إلى المركز الدولي CIRDI . لما ثار النزاع بين الطرفين بسبب فسخ العقد من جانب الدولة المضيفة، لجأت هذه الأخيرة لإعمال شرط التحكيم الوارد بالعقد، إلا أن شركة SGS تقدمت بطلب التحكيم أمام المركز وصدر قرار محكمة التحكيم المشكلة تحت رعاية CIRDI بتاريخ 2003/08/06.[2]

---

[1]ـ راجع تفاصيل الوقائع التي أدت إلى نشوب النزاع بخصوص هذين العقدين :
GAILLARD Emmanuel : La jurisprudence du CIRDI, Pedon Ed, Paris 2004, PP. 828-865.

[2]– أنظر القرار الصادر في الاختصاص بتاريخ 2003/08/06: SGS (ARB/01/13) c/ Pakistan متاح على موقع المركز.

كما تضمن العقد الثاني المبرم مع الفيليبين بندا لتسوية المنازعات المتعلقة بالحقوق والالتزامات العقدية ينص على اللجوء إلى محاكم القضاء الداخلي . لما ثار النزاع بين الطرفين حول عدم تسديد بعض المستحقات المالية للشركة، لجأت هذه الأخيرة إلى تحكيم المركز الدولي استنادا إلى م 02/08 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين سويسرا والفيليبين عام 1997، بموجبها أجازت للمستثمر اللجوء إلى المحاكم الداخلية أو التحكيم الحر أو طلب تحكيم المركز الدولي وصدر قرار هيئة التحكيم في الاختصاص بتاريخ 2004/01/29.[1]

دفعت دولة باكستان في القضية الأولى بعدم اختصاص المركز لوجود اتفاق تحكيم بين الطرفين، طالبة الاعتراف بأولويته على التحكيم أمام المركز. رفضت المحكمة هذا الدفع معتبرة أن شرط التحكيم الوارد في العقد لا يؤثر على اختصاصها للنظر في مخالفة الالتزامات الدولية المترتبة عن الاتفاقية الثنائية بين سويسرا وباكستان. خلصت المحكمة بالتالي إلى اختصاص المركز بنظر المنازعات الناشئة عن الاتفاقية ولا تشاركه في هذا الاختصاص آلية أخرى لتسوية المنازعات.[2]

اعترفت المحكمة بعد ذلك أنه يختلف تكييف كل من المنازعات الناشئة عن الطلبات المستندة إلى الاتفاقية والمنازعات الناشئة عن

---

[1]ـ أنظر القرار الصادر في الاختصاص بتاريخ 2004/01/29: (02/06/ ARB) SGSc/Philippines، متاح على موقع المركز.

[2]ـ الفقرة 155 من القرار الصادر في الاختصاص بتاريخ 2003/08/06.

الطلبات المستندة كلية إلى العقد بأنها منازعات متعلقة بالاستثمارات «*Différends relatifs à des investissements*» وفقا للعبارة المعتمدة في صياغة نص م 09 من الاتفاقية الثنائية. مع ذلك، رأت المحكمة أن هذه العبارة وإن كانت تتضمن موضوع المنازعات، إلا أن الأساس القانوني لكل نوع من المنازعات يختلف عن الآخر. لذلك، خلصت المحكمة إلى أنه لا يمكن أن يستنتج من نص م 09 اتجاه إرادة أطراف الاتفاقية أنه يغطي الطلبات المؤسسة على الاتفاقية والطلبات العقدية الخالصة[1] وانتهت إلى عدم اختصاصها للنظر في طلبات شركة SGS المؤسسة على الإخلال بالعقد والتي لا تشكل في نفس الوقت إخلالا بالأحكام الموضوعية للاتفاقية الثنائية.

أما في قضية SGS ضد الفيليبين، قدمت هذه الأخيرة دفعا بعدم اختصاص المركز لأن النزاع يتعلق بطلبات ناشئة عن العقد، مما يتعين الفصل فيها وفقا لبند تسوية المنازعات الوارد في العقد والذي يمنح اختصاصا مانعا للجهات القضائية الداخلية. كما أسست الفيليبين دفعها بعدم جواز تطبيق نص تسوية المنازعات الوارد في الاتفاقية الثنائية نظرا لتعلقه فقط بالإخلال بالالتزامات الدولية، معتبرة أنه لا يمكن لهذا النص أن يتقدم أو يلغي بند تسوية المنازعات الوارد في العقد.[2]

---

[1]– راجع الفقرة 161 من القرار السابق.

[2]– راجع ملخص دفع المدعى عليها في:

E.GAILLARD : la jurisprudence du CIRDI …, Op . Cit., P. 865 .

قررت محكمة التحكيم، ردا على دفع المدعى عليها، عدم الأخذ بالتفرقة بين المنازعات الناشئة عن الاتفاقية وتلك الناشئة عن العقد، مستندة في ذلك إلى الصياغة العامة التي جاء بها نص م 02/08 من الاتفاقية الثنائية، إذ تنص على :"*المنازعات المتعلقة بالاستثمارات*"، بحيث قارنت المحكمة هذا النص مع صياغة نص م 09 من نفس الاتفاقية الخاص بتسوية "*المنازعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق أحكام هذا الاتفاق...*"[1] لتخلص إلى أنه إذا كانت إرادة الدول المتعاقدة قد اتجهت إلى تحديد نطاق التحكيم بين الدولة المضيفة والمستثمر على المنازعات الناشئة عن الإخلال بالقواعد الموضوعية للاتفاقية، لعبرت عن ذلك صراحة.[2]

كما لاحظت المحكمة، من جانب آخر، أن عمومية صياغة م 02/08 من الاتفاقية الثنائية التي تضمنت المنازعات المتعلقة بالاستثمارات يفتح المجال لمحكمة التحكيم النظر في جميع المنازعات، سواء كانت تخص الاتفاقية أو تعلقت بالعقد ولو لم تشكل هذه الأخيرة إخلالا بنصوص الاتفاقية، بحيث استندت المحكمة إلى نص م 1/25 من

---

[1] ــ وهو النص المتعلق بتسوية المنازعات بين الدولتين الطرفين في الاتفاقية الثنائية.

30- قدمت المحكمة مثالا عن اتفاق التبادل الحر لشمال أمريكا (ALENA)، حيث اتفقت الدول الأطراف على تحديد نطاق شرط تسوية المنازعات بين أحد الدول الأطراف والمستثمر الأجنبي الناجمة عن الإخلال بنصوص الفصل الحادي عشر منه فقط . راجع : الفقرة 132 (أ) و(هـ) من القرار الصادر في الاختصاص بتاريخ 01/29/ 2004 في قضية SGS/الفيليبين.

اتفاقية واشنطن[1] التي لم تنص على هذه التفرقة ، مما يعني اختصاص المركز كذلك بنظر المنازعات الناشئة فقط عن عقد الاستثمار.

تتمثل المسألة الأخرى التي بحثت فيها محكمة التحكيم في مدى تأثير وجود اتفاق خاص بتسوية المنازعات في عقد الاستثمار، يسند الاختصاص للمحاكم الوطنية[2]، على محل الطلب المقدم أمام المركز؟.

ظهر للمحكمة أن بناء على بند تسوية المنازعات الوارد في عقد الاستثمار، يقع على عاتق الأطراف المتعاقدة التزاما باللجوء على إحدى الجهات المحلية المشار إليها لتسوية جميع المنازعات المتعلقة بالتزامات كل طرف من أطراف العقد. كما تبين للمحكمة أن أساس مطالبة شركة SGS، المتمثلة في طلب الوفاء بالمبلغ المستحق مقابل خدماتها، يخضع لمجال تطبيق بند تسوية المنازعات الوارد في العقد[3].

استنتجت المحكمة، من جهة أولى، ضرورة احترام بند تسوية المنازعات الوارد في عقد الاستثمار، معتبرة أنه لا يمكن لنص تسوية

31- تضمن نص م 25/ 1 من هذه الاتفاقية على عبارة :"*يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني ... والتي تتصل اتصالا مباشرا بأحد الاستثمارات*".

[2]ـ ينص عقد الاستثمار المبرم بين SGS والفيليبين في مادته 12 على ما يلي:
«Toutes les actions concernant les différends relatifs aux obligations de l'une ou de l'autre partie au présente contrat devront être soumises aux juridictions régionales de Makati ou de marsille . » Cité par :
E. GAILLARD : la jurisprudence du CIRDI ..., Op, Cit., P. 881.

[3]ـ راجع الفقرة 137 من القرار : SGS ضد الفيليبين.

المنازعات الذي تتضمنه الاتفاقية الثنائية أن يعلو أو يلغى البند الوارد في العقد مؤسسة ذلك على اعتبارين[1]:

1- يتعلق الاعتبار الأول بقاعدة "الخاص يقيد العام"-non derogant - generalia Specialibus بحيث يعتبر نص العقد نصا خاصا يقيد النص العام الوارد في الاتفاقية، إذ ترى المحكمة عدم أخذ الدول في الاعتبار، عند إبرام الاتفاقية، استثمارا أو عقدا معينا، بالتالي لا يمكن لنص عام أن يعلو أو يتقدم عن أحكام خاصة لعقود معينة.

2- أما الاعتبار الثاني، فهو ناتج عن طبيعة اتفاقات حماية الاستثمارات، إذ تعد اتفاقات إطار تقصد منها الدول الأطراف تدعيم وتكملة الشروط التي تم التفاوض بشأنها في إطار عقود الاستثمار المبرمة بين المستثمرين والدولة المضيفة، ولم تقصد استبدال هذه الشروط أو إلغائها بموجب نصوص هذه الاتفاقيات.

كما رفضت المحكمة، من جهة ثانية، إعمال قاعدة "النص اللاحق يلغي النص السابق" - lex posterior deroget legi priori- التي ستؤدي إلى تطبيق نص تسوية المنازعات الوارد في الاتفاقية بدلا من بند تسوية المنازعات الوارد في عقد الاستثمار[2]. أرجعت المحكمة ذلك إلى أن تطبيق هذه القاعدة يكون بين أدوات من نفس الطبيعة القانونية، الشيء

---

[1]ـ راجع تحليل المحكمة حول هذين السببين : الفقرة 142 من القرار السابق.

[2]ـ يرجع ذلك إلى أسبقية عقد الاستثمار المبرم عام 1991 عن الاتفاقية الثنائية باعتبارها النص اللاحق، حيث أبرمت بين سويسرا والفيليبين عام 1997.

الذي لم يتوافر في القضية المعروضة عليها، باعتبار أن الأمر يخص عقدا واتفاقية دولية، إذ ترى المحكمة:

«... La raison décisive est que le principe de la lex posterior ne s'applique qu'entre instrument ayant la même nature juridique. A l'inverse, nous avons ici un traité bilatéral qui fourni un cadre de droit international public aux investissements entre les deux Etats et un contrat spécifique régi par un droit national »[1].

هكذا، بعدما قررت محكمة التحكيم في قضية SGS ضد الفيليبين اختصاصها للفصل في المنازعات العقدية ولو لم تشكل إخلالا بنصوص الاتفاقية الثنائية، إلا أنها منحت أثرا لشرط تسوية المنازعات الوارد في عقد الاستثمار، بحيث أكدت على ضرورة احترام هذا الشرط. بالتالي، خلصت المحكمة إلى اعتبار مسألة وجود اتفاق آخر بين الأطراف المتنازعة لتسوية المنازعات متعلقة بشروط قبول الدعوى وليس باختصاص محكمة التحكيم، الأمر الذي جعلها تقضي باختصاصها مع وقف الفصل في الخصومة القائمة أمامها نظرا لعدم توافر شروط قبول الدعوى إلى حين الفصل في المبلغ المستحق للشركة من طرف المحاكم المختصة في الفيليبين وفقا لعقد الاستثمار[2].

ثالثا ــ النتائج المستخلصة من قضاء المركز الدولي :

---

[1] ــ أنظر الفقرة 143 من القرار السابق.

[2] ــ جاء ذلك في منطوق القرار الصادر عن المحكمة في الفقرة 177 منه.

يتجلى من خلال المواقف التي اتخذتها محاكم تحكيم المركز الدولي في القضايا الموضحة أعلاه، أنه لا أثر لبند تسوية المنازعات الوارد في عقد الاستثمار على اختصاص المركز، بناء على نص تسوية المنازعات الوارد في الاتفاقية الثنائية، للنظر في المنازعات الناشئة عن الإخلال بالقواعد الموضوعية التي تتضمنها هذه الاتفاقية[1]. أما الاختصاص بالنظر في منازعات العقد، فاشترطت أغلب الأحكام الصادرة عن المركز أن يشكل الإخلال بالعقد إخلالا بالاتفاقية الثنائية في نفس الوقت. يبقى الخلاف قائما بشأن الاختصاص بمنازعات العقد الخالصة، بحيث ذهبت محاكم التحكيم إلى إعطاء تفسيرات مختلفة أخذا في الاعتبار التفرقة بين حالة إبرام عقد الاستثمار من طرف إحدى الهيئات العامة وبين حالة وجود الدولة المضيفة طرفا مباشرا فيه.

قبل التعرض لتقييم موقف قضاء تحكيم المركز الدولي حول مسألة أثر شرط تسوية المنازعات الوارد في عقد الاستثمار على اختصاص المركز، يتعين في البداية التطرق إلى نطاق نص تسوية المنازعات الوارد في اتفاقيات الاستثمار وما رتبه من خلاف في قضاء التحكيم والفقه.

1- نطاق تطبيق نص تسوية المنازعات الوارد في اتفاقية الاستثمار:

تتضمن أغلب اتفاقيات الاستثمار الثنائية نصا عاما متعلقا باختصاص المركز الدولي للنظر في جميع المنازعات المتعلقة بالاستثمار

[1]- V. FILL – LAMBIE Olivier LONCLE Jean – Marc : l'arbitrage dans les grands projets en concession de service public, RDAI N°1, 2003, P. 31 et 32.

بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، إلا أن هذه الصياغة العامة أثرت على موقف محاكم المركز بشأن تفسير هذا النص.

بالفعل، أكدت بعض هيئات التحكيم أن الصياغة العامة لنص تسوية المنازعات في الاتفاقيات الثنائية، تسمح لها بالنظر في منازعات العقد نظرا لعدم استبعادها بموجب نص الاتفاقية من نطاق تطبيقه. إلا أن هذه الهيئات وضعت شرطا لذلك يتمثل في ضرورة أن تكون الدولة في هذه الحالة طرفا مباشرا في عقد الاستثمار، هذا ما تم تجسيده في قضيتي Salini ضد المغرب و RFCC ضد المغرب[1].

كما اتجه قضاء المركز في قضية Vivendi ضد الأرجنتين في القرار الصادر عن اللجنة المؤقتة إلى التمييز بين الطلبات المستندة إلى عقد الاستثمار والتي تخضع لاختصاص القضاء المحدد في بند تسوية المنازعات الوارد فيه، وبين الطلبات التي تستند إلى الاتفاقية والتي يطبق بشأنها نص تسوية المنازعات الذي تتضمنه وإن كان من الضروري النظر في الإخلال بالعقد للتحقق من وجود مخالفة لقواعد الاتفاقية. بالنتيجة، إذا كان طلب المستثمر مؤسس على اتفاقية ثنائية يتطلب التعرض لمسألة الإخلال بعقد الاستثمار، فإن محكمة التحكيم مختصة للنظر في جميع الإخلالات، تلك المتعلقة بالعقد وتلك الخاصة بالاتفاقية،

39ـ داليا عبد المعطي حسين علي : التراضي كأساس لاتفاق التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة (د تا)، ص 457 .

رغم اختلاف آلية تسوية كل منهما ومهما كانت طبيعة المتعاقد مع المستثمر[1].

أما فيما يخص قضيتي SGS ضد باكستان و SGS ضد الفيليبين، فأكدت المحكمة في القضية الأولى عدم اختصاصها بمنازعات العقد ما لم يقضي على خلاف ذلك نص تسوية المنازعات الوارد في الاتفاقية أو ما لم يرقي الإخلال بالعقد إلى إخلال بالاتفاقية. على عكس ما توصلت إليه هذه المحكمة، خلصت محكمة التحكيم في القضية الثانية إلى اختصاصها بالنظر في منازعات العقد ولو لم تشكل إخلالا بأحكام الاتفاقية نظرا لعمومية نص تسوية المنازعات، إلا أنها أعطت الأولوية لبند فض المنازعات الوارد في العقد احتراما لإرادة الأطراف.

هكذا لم تتخذ محاكم المركز موقفا موحدا بشأن مسألة مدى اختصاصها بمنازعات العقد، في الوقت الذي يتضمن فيه عقد الاستثمار بندا لتسوية المنازعات المترتبة عنه يسند الاختصاص لجهة أخرى غير المركز الدولي. في حين لم تقضي أية محكمة بعدم اختصاصها للنظر في منازعات الاتفاقية.

انتقد الأستاذ I. FADLALLAH موقف محاكم تحكيم المركز بشأن التفرقة بين منازعات العقد ومنازعات الاتفاقية، حيث يعتبر أن الصياغة العامة لنص تسوية المنازعات التي تعتمدها أغلب الاتفاقيات الثنائية، تشير إلى "جميع منازعات الاستثمار" التي تثور بين الدولة المضيفة والمستثمر.

[1]- V. J- M. LONCLE : Op. Cit., P. 10.

بالتالي يحدد نص تسوية المنازعات اختصاص المركز انطلاقا من موضوع النزاع وليس بالنظر إلى طبيعة (نزاع عقدي أولا) أو بموجب أساس الطلب (إخلال بالعقد أو إخلال بالاتفاقية). لهذا السبب يرى هذا الأستاذ أن:

« La distinction entre les demandes fondées sur le contrat et les demandes fondées sur le traité, si elle peut avoir quelque intérêt dans l'examen du litige au fond, apparaît radicalement artificielle au regard de la compétence » [1].

يتمثل الحل الذي تقدم به الأستاذ I. FADLALLAH للقول بعدم وجود تعارض بين نص تسوية المنازعات الوارد في الاتفاقية وبند التسوية الوارد في العقد إذا كانت الدولة طرفا فيه، في أن الاتفاقية تمنح للمستثمر عدة خيارات لفض منازعته مع الدولة المضيفة بما في ذلك الآلية المتفق عليها في العقد، فإذا أرادت الدولة رفع الدعوى ضد المستثمر فتلتزم بالآلية المنصوص عليها في العقد، بينما يكون للمستثمر الخيار بين الوسائل المتاحة له بموجب العقد والاتفاقية[2].

انتقد الرأي السابق من قبل بعض الفقه والشراح، إذ يرى الأستاذ E.GAILLARD أنه يتعين التفرقة بين نص تسوية المنازعات الوارد في الاتفاقية والذي يتضمن نطاقا ضيقا بهدف حصر مهمة محكمة التحكيم في فصل منازعات الاتفاقية فقط، وبين صياغة هذا النص بصفة عامة، إذ

1- I. FADLALLAAH : la distinction « Treaty claims – Contract claims …, Op. Cit., P. 3614.

2- لتفصيل أكثر انظر : Ibid , P.3615

يمتد نطاقه إلى تسوية جميع منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي. بالتالي، خلص الأستاذ E. GAILLARD إلى ما يلي:

«L'existence de ces deux familles de clauses au regard du champ de compétence des arbitres fait apparaître d'emblée qu'il est inexact d'affirmer qu'aucune distinction entre les réclamations fondées sur le traité (treaty claims) et celles fondées sur le contrat par lequel l'investissement est réalisé (contract claims) ne figure dans les traités de protection des investissements .... La notion de treaty claims se trouve au contraire au cœur de la clause de règlement de différends de nombreux traités, et ce, de manière explicité»[1].

كما انتقدت الأستاذة داليا عبد المعطي ما انتهى إليه الأستاذ I. FADLALLAH من إتاحة كافة الخيارات للمستثمر، بحيث ترى أن ذلك سيؤدي إلى انعدام التوازن بين الدولة المضيفة والمستثمر، بوضع هذا الأخير في مركز أفضل بكثير من مركز الدولة التي لا تملك إزاء إخلال المستثمر بالعقد إلا اللجوء إلى الوسيلة المنصوص عليها فيه، هذا من جهة. كما لا تملك الدولة ، من جهة أخرى، حق المبادرة باللجوء إلى المركز الدولي طبقا لنص تسوية المنازعات الوارد في الاتفاقية نظرا لعدم اكتمال ركن التراضي من جانب المستثمر وفقا لنص م 1/25 من اتفاقية واشنطن. ضف إلى هذا، انه بالرغم من لجوء الدولة إلى الوسيلة التي يتضمنها العقد، فإنه يمكن للمستثمر اللجوء إلى المركز وفقا لنص الاتفاقية

---

[1] ــ قدم هذا الأستاذ بعض الأمثلة عن نصوص تسوية لمنازعات في الاتفاقيات الدولية التي تستبعد من نطاقها منازعات العقود وتلك تدمج ضمن مجال تطبيقها هذه المنازعات. راجع :

GAILLARD Emmanuel : le CIRDI, Chronique des sentences arbitrales, JDI N°1, 2005, PP. 207 -208.

ولا يمكن لمحكمة التحكيم في هذه الحالة الحكم بعدم الاختصاص عملا بالمادة 26 من اتفاقية واشنطن التي ترتب على التراضي بتحكيم المركز الدولي استبعاد كافة طرق التسوية الأخرى، الشيء الذي يؤدي إلى اعتبار بند تسوية المنازعات الوارد في العقد دون جدوى أو وظيفة[1].

لم يتوقف المستثمرون الأجانب وكذا قضاء التحكيم عند التفسير الواسع لنصوص تسوية المنازعات الواردة في الاتفاقيات الثنائية قصد إسناد الاختصاص لمحاكم المركز للنظر في منازعات العقد، بل تم اللجوء إلى الاعتماد على شرط احترام التعهدات Clause de respect des engagements- الذي تتضمنه أغلب الاتفاقيات الدولية في مجال الاستثمار[2]، بحيث يقصد من وراء ذلك وضع إلتزام الدولة المضيفة بتنفيذ العقد المبرم مع رعية دولة أخرى ضمن الالتزامات الدولية، هذا ما يعرف بشرط المظلة -Umbrella clause- بمعنى أنه بموجب شرط احترام التعهدات تتحول الالتزامات الخاصة الواقعة على الدولة في مواجهة المستثمر الأجنبي، في إطار عقد الاستثمار، إلى التزامات دولية حقيقية . مما يؤدي إلى اعتبار إخلال الدولة بالالتزام العقدي بمثابة إخلال بأحكام

[1] ـ داليا عبد المعطي حسين علي : المرجع السابق ، ص 459 .

[2]- V. BEN HAMIDA Walid : la clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissements, in «nouveaux développements dans le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement international», colloque de L'IHEI Paris II du 03/05/2004, P. 02 et S.

الاتفاقية وبالنتيجة مساءلة الدولة عن هذا الإخلال عن طريق قضاء التحكيم المختص المنصوص عليه في ذات الاتفاقية[1].

لقد تم الإشارة بوضوح إلى أثر شرط احترام التعهدات الوارد في الاتفاقية الثنائية للاستثمار في القرار الصادر في الاختصاص عن المركز الدولي في قضية Salini و Italstrade ضد المملكة الأردنية. بحيث رأت المحكمة أنه بموجب شرط احترام التعهدات الوارد ضمن أحكام الاتفاقية الثنائية، تتحول الالتزامات العقدية إلى التزامات دولية تطبيقا لأحكام الاتفاقية، مما يؤدي إلى انعقاد اختصاص قاضي الاتفاقية للنظر في خرق هذه الالتزامات تجاه المستثمر الأجنبي.[2]

2- تقييم اتجاه محاكم تحكيم المركز الدولي :

تميز محاكم التحكيم المشكلة تحت رعاية المركز الدولي -CIRDI- بين منازعات العقد ومنازعات الاتفاقية بناء على الأساس القانوني لكل نوع منها، إلا أن أغلب هذه المحاكم تستند إلى النصوص الواردة في الاتفاقية الدولية قصد بسط اختصاصها على منازعات العقد رغم اتفاق أطراف عقد الاستثمار على آلية أخرى لتسوية المنازعات المترتبة على الالتزامات العقدية، وبالتالي عدم تأثير هذا البند على اختصاص قضاء التحكيم المؤسس على النصوص الاتفاقية.

---

[1]- V. TEYNIER Eric : Les «Umbrella clauses», gazette du palais, Rec Nov–Dec 2004 , P. 3635.

[2]–E. GAILLARD : le CIRDI … , JDI N° 1, 2005 , Op. Cit. , P. 21.

قصد منح بند تسوية المنازعات الوارد في عقد الاستثمار أثره الطبيعي ومن أجل ضمان التوازن بين مصالح الأطراف المتعاقدة، يجب التمييز بين حالة وجود الدولة طرفا في العقد وبين حالة إبرام العقد من قبل إحدى الهيئات العامة.

إذا كان عقد الاستثمار مبرما مع الدولة المضيفة ذاتها وكان العقد سابقا على الاتفاقية المبرمة بين هذه لأخيرة ودولة المستثمر، فإن بند تسوية المنازعات الوارد في العقد أولى بالتطبيق من شرط التسوية الوارد في الاتفاقية نظرا لوجود قاعدة الخاص بقيد العام، إذ يعد نص العقد هنا نصا خاصا يقيد النص العام الوارد بالاتفاقية ، فضلا عن ضرورة احترام المبدأ المتعلق بعدم رجعية المعاهدات.

أما إذا كانت الاتفاقية سابقة عن عقد الاستثمار، فإن الأسبقية تكون كذلك لبند تسوية المنازعات الوارد في العقد احتراما لإرادة الأطراف المتنازعة من جهة، كما يعد هذا الاتفاق الجديد حول وسيلة تسوية المنازعات، من جهة أخرى، بمثابة عدول الدولة عن إيجابها الوارد في الاتفاقية المبرمة مع دولة المستثمر، بحيث يفيد اتفاق أطراف العقد على آلية معينة لتسوية منازعاتهم استبعاد عرض الدولة للجوء إلى التحكيم الوارد في الاتفاقية.

إن القول خلاف التفسير السابق بأن بند تسوية المنازعات يضيف خيارا للمستثمر وفي جميع الحالات يمكنه اللجوء على المركز الدولي بناء على نص الاتفاقية للنظر في الإخلالات المنسوبة للدولة للقواعد

الموضوعية الخاصة بالحماية التي تتضمنها[1]، يشكل إهدارا للإرادة المشتركة للمتعاقدين ويفرغ بند تسوية المنازعات الوارد في العقد من أي معنى، إذ يصبح في هذه الحالة دون جدوى ولا يؤدي أية وظيفة . فإذا اتفق أطراف العقد على وسيلة لفض منازعاتهم أخذا في الاعتبار وجود اتفاقية ثنائية بين الدولة المضيفة ودولة المستثمر حول تشجيع وحماية الاستثمار تتضمن نصا لتسوية المنازعات ، فما الفائدة من تخصيص هذا البند في عقد الاستثمار علما أن الغالبية العظمى من الحالات تكون الوسيلة التي يتضمنها العقد لتسوية المنازعات من بين الوسائل التي تتضمنها الاتفاقية؟. نجد الإجابة عن هذا التساؤل لا محالة عن طريق كشف الإرادة المشتركة لأطراف العقد وتطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، هذا من جانب أول.

من جانب ثان، لا يمكن لنا أن نتجاهل القاعدة المنصوص عليها في م 26 من اتفاقية واشنطن، إذ جاء فيها ما يلي :"*موافقة أطراف النزاع على طرحة على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية يعتبر، ما لم ينص على غير ذلك ، تخليا عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية...*".

فإذا تحقق شرط وحدة الأطراف والمحل والسبب في النزاع القائم بين الدولة والمستثمر، فإن الاتفاق على بند خاص بتسوية المنازعات في العقد هو بمثابة اتفاق مخالف لإرادة الأطراف على اللجوء إلى قضاء تحكيم المركز الدولي، الأمر الذي يجيزه واضعو اتفاقية واشنطن وهذا هو

O. FILLE – LAMBIE, J- M. LONCLE : Op. Cit., P. 32.

التفسير الذي يحترم روح ونص هذه الاتفاقية التي أولت الأهمية القصوى لإرادة الأطراف المتنازعة[1].

أما إذا كان عقد الاستثمار مبرما مع إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة، فالأصل أن المركز لن يكون مختصا بنظر منازعات هذا العقد ولو تم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم أمامه ما لم تتوافر الشروط الخاصة بوجود هذه الهيئات العامة أطرافا في إجراءات التحكيم أمام المركز تطبيقا لنص م 4/25 من اتفاقية واشنطن، المتمثلة في تعيين الدولة لهذه الأشخاص العامة لدى المركز وإقرارها لرضا هذه الأشخاص للجوء إلى التحكيم.

وفي حالة ما تضمن العقد بندا خاصا بتسوية المنازعات يحيل الاختصاص لجهة أخرى غير المركز، فإنه يجب التقيد بذلك فيما يخص الدعاوى المرفوعة على تلك الهيئة لأنه لا يمكن الاستناد إلى إرادة الدولة التي عبرت عنها في اتفاقية الاستثمار الثنائية لرفع دعوى التحكيم ضد الهيئة المتعاقدة لإخلالها ببنود عقد الاستثمار. كما لا يمكن رفع دعوى التحكيم ضد هذه الهيئة بشأن الإخلال بنصوص الاتفاقية الثنائية، فضلا

[1]- V. SILVA ROMERO Eduardo : Quelques Brèves observations du point de vue de la cour international d'arbitrage de la CCI , in « nouveaux développements dans le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement internationale », colloque de L'IHEI paris II du 03/05/2004, P.10.

عن عدم جواز مباشرة إجراءات التحكيم ضد الدولة بشأن منازعات عقد الاستثمار التي لا تتضمن إخلالا بنصوص الاتفاقية[1].

أما فيها يخص اتجاه بعض الفقه وعدد من محاكم تحكيم المركز إلى رفع الالتزامات العقدية للدولة إلى مرتبة الالتزامات والتعهدات الدولية بموجب "شرط المظلة" -Umbrella clause- أو ما يسمى بشرط احترام التعهدات، فإننا نرى أن الهدف من ذلك مزدوج : يتمثل الأول في السعي وراء استبعاد بند تسوية المنازعات الذي يتضمنه عقد الاستثمار، ذلك عن طريق اللجوء إلى قضاء التحكيم بناء على عرض الدولة المفتوح الوارد في الاتفاقيات الثنائية، مما يسمح بتدويل منازعات الاستثمار. يتعلق الثاني، بتوسيع مجال تطبيق النصوص الحمائية التي تتضمنها الاتفاقيات الثنائية، بالنتيجة إلقاء العبء الكبير على عاتق الدولة المضيفة عن طريق فرض التزامات عليها لم تكن تتوقعها حال إبرامها لعقد الاستثمار، إذ أن اعتبار أي إخلال بالعقد يشكل إخلال بالاتفاقية الدولية يغني محكمة التحكيم من إثبات خرق الدولة للالتزامات الجوهرية الواردة في الاتفاقية، بحيث تكتفي لتقرير ذلك مجرد المساس بالعقد.

إذا عمم واستقر هذا الاجتهاد مستقبلا، في إطار قضاء المركز الدولي، فإنه سيؤدي حتما إلى إيجاد قواعد قانونية دولية في مجال حماية الاستثمارات الأجنبية لن تعكس هدف اتفاقية واشنطن من إنشاء المركز الدولي. من شأن هذه القواعد أن يؤدي بالدول المضيفة للاستثمارات،

[1] ــ داليا عبد المعطي حسين علي: المرجع السابق، ص 459.

خاصة النامية منها، إلى إعادة النظر في موقفها من تحكيم المركز الدولي، بل ومن انضمامها إلى اتفاقية واشنطن[1].

خاتمة:

يتبين مما سبق أنه قصد استبعاد بنود تسوية المنازعات الواردة في عقود الاستثمار، يعتمد المستثمرون الأجانب باستلهام المفاهيم والمعاني التي من شأنها أن تؤدي إلى إسناد الاختصاص لقضاء التحكيم، بالخصوص قضاء المركز الدولي CIRDI، انطلاقا من النصوص التي تتضمنها الاتفاقيات الثنائية للاستثمار. كما يعتمد قضاء التحكيم للتمسك باختصاصه رغم اتفاق الأطراف على وسائل أخرى لتسوية المنازعات ضمن العلاقة التي تربطهم، على المرونة والتوسيع في تفسير نصوص تسوية المنازعات الواردة في الاتفاقيات الثائية للاستثمار -TBI-، لا لشيء إلا لإضفاء الحماية القصوى لمصالح المستثمرين الأجانب عن طريق تدويل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار المبرمة مع الدول المضيفة.

من أجل الحد من هذا المسلك الذي ينتهجه قضاء التحكيم، نوصي بالعمل على صياغة جيل جديد من الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار والتحديد فيها بصفة دقيقة وصريحة على أن يخول لقضاء التحكيم المخطر بالنزاع، بين المستثمر التابع لإحدى الدول المتعاقدة والدولة المضيفة

[1]- راجع حول انسحاب بعض دول أمريكا اللاتينية من اتفاقية واشنطن: www.unctad.org/section/press/docs

الطرف المتعاقد الآخر، النظر في المسائل المتعلقة بالالتزامات الواردة في الاتفاقية دون غيرها. بالتالي يكون نص تسوية المنازعات في هذه الحالة واضحا، بحيث لا يمتد نطاق تطبيقه إلى منازعات العقد التي تبقى، بطبيعة الحال، خاضعة لاختصاص الجهة المحددة من قبل الأطراف في بند تسوية المنازعات، هذا من جهة.

من جهة أخرى، قصد بقاء خضوع الالتزامات العقدية للنظام القانوني الذي يخضع له عقد الاستثمار دون رفعها إلى مرتبة الالتزامات الدولية الواقعة على الدولة المضيفة، يجب السعي وراء صياغة شرط احترام التعهدات الوارد في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار بشكل يمتد نطاق تطبيقه بالنسبة للتعهدات الاتفاقية فقط.

هكذا أفرز استخلاص رضا الدولة بالتحكيم أمام المركز الدولي انطلاقا من عرضها العام الوارد في الاتفاقيات الدولية، مشاكل عديدة لم يتفق الفقه ولا أحكام التحكيم في إعطاءها حلا موحدا. إلا أن المتفق عليه هو أن مصدر كل هذه المشاكل يكمن في صياغة وتفسير الاتفاقيات التي تبرمها الدولة مع غيرها، وأن الهدف الوحيد الذي يرغب قضاء التحكيم بلوغه يكمن في توسيع دائرة اختصاصه في مجال تسوية منازعات الاستثمار.