المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع

المجلد ٢، العدد ١، ٢٠٢١

المسؤولية الدولية للدولة في إطار الاتفاقيات الدولية لحماية وتشجيع الاستثمار

معرف الوثيقة الرقمى (DOI) : 10.21608/IJDJL.2021.47512.1020

الصفحات ١٠٤ - ١٣٢

زكريا الغزاوي

الوكالة القضائية للمملكة وزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الادارة الرباط المملكة المغربية

المراسلة: زكرياء الغزاوي، رئيس مصلحة المنازعات التجارية - الوكالة القضائية للمملكة، أستاذ بكلية الحقوق القنيطرة - المملكة المغربية

البريد الإلكتروني: zlaghzaoui@gmail.com

تاريخ الإرسال: ٢٤ أكتوبر ٢٠٢٠، **تاريخ القبول:** ٠١ مايو ٢٠٢١

نسق توثيق المقالة: زكرياء الغزاوي، المسؤولية الدولية للدولة في إطار الاتفاقيات الدولية لحماية و تشجيع الاستثمار، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد ٢، العدد ١، ٢٠٢١، صفحات (١٠٤ - ١٣٢).

International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation

Volume 2, Issue 1, 2021

The International Responsibility of the State within the Framework of International Agreements to Protect and Encourage Investment

DOI: 10.21608/IJDJL.2021.47512.1020

Pages 104-132

Zakaria Laghzaoui

Judicial Agency of the Kingdom of Morocco Ministry of the Economy, Finance and Administrative Reform. Rebat Morocco

Correspondance : Zakaria Laghzaou, Judicial Agency of the Kingdom of Morocco Ministry of the Economy, Finance and Administrative Reform. Rebat Morocco.

E-mail: zlaghzaoui@gmail.com

Received Date : 24 October 2020, **Accept Date :** 01 May 2021

Citation : Zakaria Laghzaoui, The international responsibility of the state within the framework of international agreements to protect and encourage investment, International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation, Volume 2, Issue 1, 2021 (104-132).

الملخص

ينشأ عن اتفاقيات الاستثمار مجموعة من الحقوق لفائدة المستثمرين الأجانب «الحقوق الاتفاقية» و في المقابل تنشأ مجموعة من الالتزامات على عاتق الدولة المستقبلة للاستثمار، التي يتعين عليها احترامها وعدم المساس بها، إلا كانت مسؤولة عن جميع الأضرار اللاحقة بالمستثمر و بالتالي تحمل التبعات المالية المترتبة عن ذلک، و ترتيب المسؤولية الدولة للدولة.

والبحث عن مسؤولية الدولة في حالة مخالفتها لبنود اتفاقيات الاستثمار يتم من خلال تفعيل الشرط المضمن في هذه الاتفاقيات و المتعلق بتسوية المنازعات الناتجة عن الاستثمار، و يعتبر التحكيم إحدى هذه الشروط و أبرزها و الأكثر استعمالا.

و على الرغم من النجاح الكبير الذي عرفته اتفاقيات الاستثمار خلال سنوات التسعينيات من القرن الماضي، في جلب الاستثمار الأجنبي المباشر (IED)، فإن العديد من الفعاليات الدولية أضحت، اليوم، تنادي من أجل المطالبة بإعادة النظر فيها و تعديلها، نظرا للانتقادات التي تتعرض لها باعتبارها غير متوازنة و تميل الكفة فيها لفائدة المستثمر الأجنبي على حساب الدولة و أن الدولة في هذه الاتفاقيات تحتل مرتبة أدنى من هذا المستثمر، إذ أن مجرد التوقيع على هذه الاتفاقيات و المصادقة عليها يترتب عنها تنازل الدولة عن إثارة حصانتها في التقاضي، ليس فقط أمام المحاكم الدولية و إنما كذلک أمام محاكمها الوطنية، كما أن هذه الاتفاقيات تتضمن بنودا تعتبر أن قرارات هيئات التحكيم نهائية و إلزامية.

فماهي حدود مسؤولية الدولة في اتفاقيات الاستثمار و إلى أي حد استطاعت هذه الاتفاقيات تحقيق التوازن بين خلق مناخ ملائم للمستثمرين الأجانب و بين المحافظة على المصلحة العامة للدولة المستقبلة للاستثمار و حقها في اعتماد سياساتها العمومية..

الكلمات المفتاحية: مسؤولية؛ الدولة؛ اتفاقيات؛ الاستثمار.

Abstract

Investment agreements give rise to a set of rights for foreign investors “conventional rights” and in return a set of obligations for the host state, which must be respected and not compromised, except where the latter is considered responsible for all damages affecting the investor, it will therefore bear the related financial compensation, which engages the responsibility of the State.

The determination of the State’s responsibility in the event of violation of the terms of the investment agreements is conditioned by the recourse to the provision contained in these agreements concerning the settlement of disputes arising from the investment, in this case arbitration. as the most important and most frequently used provision.

Despite the great success of investment agreements during the 1990s in attracting foreign direct investment (FDI), many international players are now calling for their review and modification, taking into account the limits they present. Indeed, these investment agreements are seen as unbalanced and tend to respond to the concerns of the foreign investor to the detriment of those of the state. Likewise, it is deplored that the State occupies, in these agreements, a lower rank than that of the investor, given that the simple signature and ratification of these agreements entails the extinction of the judicial immunity enjoyed by the State. , not only before international courts, but also before its national courts. In addition, these conventions contain provisions which consider that arbitral awards are final and enforceable.

So what are the limits of state responsibility in investment agreements and to what extent these agreements have struck a balance between creating a favorable climate for foreign investors and preserving the public interest? the host country and its right to adopt its public policies?

key words: the responsibility, the state, Agreements, Investment.

مقدمة

اعتبارا لكون الاستثمار الأجنبي المباشر (IED) هو المحرك الأساسي للاقتصاد الدولي، فإن حمايته تتطلب البحث عن الوسائل والآليات القانونية الكفيلة بذلك. و تعتبر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية و تشجيع الاستثمار (اتفاقيات الاستثمار) أحد هذه الآليات التي تعنى بحماية حقوق المستثمرين الأجانب، التي وصل عددها سنة ٢٠٢١ إلى أكثر من ٣٢٠٠ اتفاقية دولية[١]، تتضمن ٢٨٥٢ اتفاقية ثنائية و الباقي اتفاقيات جماعية، كاتفاقية ALENA والاتفاقية المتعلقة بميثاق الطاقة (Traité sur la Charte de l'Energie).

و تهدف اتفاقيات الاستثمار إلى تحديد إطار قانوني يروم إلى معالجة تدفق الاستثمار بين دولتين أو مجموعة من الدول وذلك من خلال حصر حقوق المستثمرين في كل من هذه البلدان على حدى، و بالتالي فهذه الاتفاقيات تنشأ مجموعة من الحقوق لفائدة المستثمرين «الحقوق الاتفاقية» و في المقابل تنشأ مجموعة من الالتزامات على عاتق الدولة المستقبلة للاستثمار، التي يتعين عليها احترام و عدم المساس بهذه الحقوق و إلا كانت مسؤولة عن جميع الأضرار اللاحقة بالمستثمر، و بالتالي تحمل التبعات المالية المترتبة عن ذلك، ليظهر جليا أن الموقف التقليدي للقانون الدولي تم تعديله في مجال الاستثمار الأجنبي ليتم الرفع من مكانة الأفراد على المستوى الدولي إلى مصاف الدول[٢].

و تقوم مسؤولية الدولة في القانون الدولي عند قيامها بفعل أو امتناعها عنه مما يتعارض مع التزاماتها الدولية بموجب القانون الدولي، و تقوم بناء على ذلك بتعويض الطرف المتضرر[٣].

و المسؤولية الدولية للدولة بناء على اتفاقيات الاستثمار لا تقتصر فقط على علاقة الدولة المستقبلة للاستثمار بالمستثمر الأجنبي بل أن هذه المسؤولية تشمل كذلك العلاقة بين الدولتين الطرفين في هذه الاتفاقية([٤])، و ذلك في حالة قيام نزاع نتيجة عدم احترام أي من هاذين الطرفين لالتزاماته اتجاه المستثمرين، كمثال على ذلك رفض أحد الطرفين اللجوء إلى التحكيم أو رفضه تنفيذ الحكم التحكيمي، و في هذه الحالة فإن اتفاقية الاستثمار تتضمن شرطا يقضي بتسوية النزاع عن طريق التحكيم و ذلك بطلب من الطرف الآخر[٥].

و البحث عن مسؤولية الدولة في حالة مخالفتها لبنود اتفاقيات الاستثمار يتم من خلال تفعيل الشرط المضمن في هذه الاتفاقيات و المتعلق بتسوية المنازعات الناتجة عن الاستثمار، و يعتبر التحكيم إحدى هذه الشروط و أبرزها و الأكثر استعمالا.

أهمية الموضوع

لا تقتصر علاقة المستثمر الأجنبي بالدولة المستقبلة للاستثمار فقط على اتفاقيات الاستثمار بل تشمل كذلك العقد الرابط فيما بينهما الذي بدوره ينشأ مجموعة من الحقوق لفائدة المستثمر الأجنبي «الحقوق العقدية»، و التمييز بين الحقوق الاتفاقية و الحقوق العقدية يعتبر أمرا جوهريا لفهم التطور الحالي للمنازعة التحكيمية القائمة بين المستثمر والدولة المستقبلة للاستثمار و نظام حماية الاستثمار. ويثير التمييز بين هذه الحقوق عدة إشكالات و لا سيما فيما يتعلق بالبحث عن أساس و مصدر مسؤولية الدولة، إذ يعود للمستثمر الأجنبي، وحده، الحق في اختيار أي من الحقوق يمكنه المطالبة بالتعويض عنها، في حالة الاضرار بها،

---

[١] المصدر: الموقع الرسمي ل UNCTAD (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement) تاريخ زيارة الموقع ٠٩ أبريل ٢٠٢٠: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements

[2] Aishwarya Padmanabhan : « Relationship Between FDI Inflows and Bilateral Investment Treaties/International Investment Treaties in Developing Economies: An Empirical », 19 fevrier 2011, article publié sur le lien suivant: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1764342.

[3] B. Stern : « Répertoire de droit international, Responsabilité internationale », Dalloz 1998, §4.

[٤] جاء في الفقرة ٢ من المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين فرنسا و الشيلي ما يلي:

Si dans un délai de six mois à partir du moment où il été soulevé par l'une ou l'autre des Parties contractantes, le différend n'est pas réglé, il « est soumis à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante, à un tribunal d'arbitrage.

جاء في الفقرة ٢ من المادة ٢٧ من اتفاقية ميثاق الطاقة (Traité sur la Charte de l'Energie) ما يلي:

« Lorsqu'un différend n'a pas été réglé conformément au paragraphe ١ dans un délai raisonnable, chaque partie au différend peut [...] soumettre le différend à un tribunal d'arbitrage ad hoc en vertu du présent article» .

[5] Ch. Leben : «La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », Annuaire Français de Droit International, volume 50, 2004. p., 683.

هل الحقوق الاتفاقية أو الحقوق العقدية؟ و اختيار أي من هذه الحقوق تعتبر مسألة أساسية إذ يترتب عنها مجموعة من الآثار القانونية في مواجهة الدولة المستقبلة للاستثمار.

و إذا كانت غالبية اتفاقيات الاستثمار في الوقت الراهن تتضمن شرط التحكيم، فإن أول اتفاقية ثنائية للاستثمار المبرمة، سنة ١٩٥٩، بين ألمانيا الفيدرالية والباكستان لم تتضمن هذا الشرط، بحيث لم تظهر هذه الشروط إلا بعد صدور اتفاقية واشنطن و تبنيها من قبل الدول انطلاقا من سنة ١٩٦٥، و من ثمة فإن تحكيم الاستثمار لم يعرف الازدهار والتطور إلا في أواسط التسعينيات من القرن الماضي، مع نهاية الحرب الباردة و ظهور الليبرالية الاقتصادية[٦]، على خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي[٧]. فمثلا في الفترة الممتدة ما بين ١٩٦٥ و ١٩٩٧ لم تعرف تسجيل إلا ١٧ طلب تحكيم أمام CIRDI[٨].

و قد أدى العدد المهول للدول الموقعة على اتفاقية واشنطن، التي بلغ عددها ١٦٣ دولة سنة ٢٠٢٠ [٩]، إلى فتح الباب أمام المستثمرين الأجانب من أجل مساءلة مباشرة الدولة المستقبلة للاستثمار، مما انعكس على عدد القضايا التحكيمية المعروضة أمام CIRDI، إذ تم تسجيل ٨٠٣ قضية إلى حدود ٣١ ديسمبر ٢٠٢٠، مقابل ٣٨ قضية سنة ١٩٩٦ [١٠]، و من ثمة انعكس ذلك على حجم المبالغ المالية المتداولة في تحكيم الاستثمار الذي عرف ارتفاعا مضطردا، فخلال الفترة الممتدة بين ٢٠٠٩ و٢٠١٠، وصل مجموع مطالب الشركات المدعية ما لا يقل عن ١٠٠ مليون دولار أمريكي[١١]، مما قد ينعكس بشكل كبير على السلوكيات المستقبلية للدولة و ميزانيتها بالإضافة إلى درجة رفاهية سكانها[١٢].

و على الرغم من النجاح الكبير الذي عرفته اتفاقيات الاستثمار خلال سنوات التسعينيات «فترة الانتشار»، فإنه ابتداء من سنة ٢٠٠٧ بدأت مجموعة من الفعاليات الدولية بالمطالبة بإعادة النظر في هذه الاتفاقيات «فترة إعادة التوجيه»، وهي الفترة المستمرة إلى حد الآن، و الموسومة بظهور حركة على المستوى الدولي تبتغي تعديل هذه الاتفاقيات[١٣]، نظرا للانتقادات التي تتعرض لها باعتبارها غير متوازنة إذ تميل الكفة فيها لفائدة المستثمر على حساب الدولة[١٤] وأن وضعية الدولة في هذه الاتفاقيات أقل مرتبة من المستثمر[١٥]، إذ أن مجرد التوقيع على هذه الاتفاقيات و المصادقة عليها يترتب عنها تنازل الدولة عن إمكانية إثارة حصانتها في التقاضي، ليس فقط أمام المحاكم الدولية و إنما كذلك أمام محاكمها الوطنية، كما أن هذه الاتفاقيات تتضمن بنودا تعتبر أن قرارات هيئات التحكيم نهائية و إلزامية و يتعين تنفيذها طبقا للقانون الوطني للدولة[١٦].

و لم يقتصر موقف الدول من نظام تسوية المنازعات بين المستثمر و الدولة (RDIE) على الدعوة إلى إعادة النظر في اتفاقيات الاستثمار بل أن هناك من الدول من وضعت شروطا، في هذه الاتفاقيات، أمام المستثمر عند لجوئه إلى التحكيم، في حين أن هناك مجموعة من الدول استبعدت هذه الآلية و لم تنص عليها في اتفاقيات الاستثمار، كاتفاقية التبادل الحر المبرمة بين أستراليا و أمريكا

---

[6] R. A. Nasser, S. H. Nasser et N. S. Tiba Sato : « Arbitragem no novo modelo brasileiro de acordos de investimento », Revista Brasileira de Arbitragem, 2015, Volume XII Issue 47, p. 38.

[7] P. Lalive : «Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today? » Arbitration International, Volume 28 n° 24, LCIA 2012, p. 577.

[8] Julien Cazala : « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-Etat exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », JDI n١°, janvier ٢٠١٧, doctr. 3.

[٩] حسب التقرير السنوي لسنة ٢٠٢٠ الصادر عن CIRDI، المنشور في الموقع الرسمي لهذا المركز.

[١٠] حسب التقرير الصادر عن CIRDI تحت رقم ٢٠٢١-١ المتعلق بالقضايا التحكيمية / الاحصائيات، المنشور في الموقع الرسمي لهذا المركز.

[11] « Profiting from injustice, how law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom », CEO, Brussels , Amsterdam, novembre 2012.

[١٢] حسب التقرير الصادر عن منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي (OECD) سنة ٢٠٠٥، يرجى الاطلاع عليه على الرابط التالي: https://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/FR%20WP-2005_1.pdf .

[13] Rapport CNUCED sur « l'investissement dans le monde 2015: Réformer la gouvernance de l'investissement international », (https://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2015overview_fr.pdf)

[14] Charles Leben : « Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements, Louvain-la-Neuve, Anthémis », revue québécoise de droit international, volume 19-2, 2006, p. 359.

[15] Ph. Fouchard : « L›arbitrage et la mondialisation de l›économie in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? : Mélanges en l›honneur de Gérard Farjat", Paris, 1999, p. 391

[16] A. Ulaganathan Ravindran : « International Investment Law and Developing Economies: The Good, Bad and Comme Ci, Comme Ça », Indian Journal of Arbitration Law ; 2013, Volume II, Issue 1, p. 55.

المؤرخة في ١٨ ماي ٢٠٠٤ و كذلك بروتوكول الاستثمار المبرم بين أستراليا و نيوزيلاندا بتاريخ ١٨ ماي ٢٠٠٤.

في حين قامت بعض دول أمريكا اللاتينية بالانسحاب من اتفاقية واشنطن المنشئة ل CIRDI [١٧]، من بينها بوليفيا التي تعتبر أول دولة تنسحب من هذه الاتفاقية وذلك سنة ٢٠٠٧، و كذلك الأمر بالنسبة للإكوادور، بعد الرأي الذي تقدمت به المحكمة الدستورية بتاريخ ٢٥ نونبر ٢٠١٠ لما اعتبرت أن شروط التحكيم في المنازعات بين الدول و المستثمرين غير مطابقة للدستور[١٨]، كما انسحبت فنزويلا كذلك من هذه الاتفاقية سنة ٢٠١٢ [١٩].

ونتيجة انفتاح المملكة المغربية على محيطها الاستثماري والمكانة التي أصبح تحتلها كبلد مستقبل للرأسمال الأجنبي، نظرا لاستقرارها السياسي والاقتصادي و مسايرة منها للتطور الذي عرفه التحكيم كآلية لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار قامت الدولة المغربية بإدخال مجموعة من التعديلات على قوانينها الوطنية، خاصة قانون المرافعات المدنية (تعديل سنة ٢٠٠٧)، كما تفاعلت مع التطورات الدولية المرتبطة بالتحكيم عبر انضمامها إلى الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، خاصة اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية و تنفيذها واتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ المنشئة للمركز الدولي لفض منازعات الاستثمار CIRDI، هذا بالإضافة إلى إبرامها مجموعة من الاتفاقيات الدولية الثنائية و الجماعية المتعلقة بالاستثمار، الذي وصل عددها[٢٠] إلى ٧٥ اتفاقية ثنائية[٢١] بالإضافة إلى اتفاقية التبادل الحر مع الولايات المتحدة الأمريكية، أما على المستوى المؤسساتي فقد تم خلق مجموعة من المؤسسات التي تعنى بالاستثمار كالوكالة المغربية لتنمية الاستثمارات و الصادرات المعروفة اختصارا ب AMDIE و تعديل نظام المراكز الجهوية للاستثمار[٢٢].

إشكالية الموضوع

يأتي اختيار هذا الموضوع لما تثيره مسؤولية الدولة في إطار الاتفاقيات الدولية لتشجيع و حماية الاستثمار من إشكاليات تتعلق بحدود هذه المسؤولية و إلى أي حد استطاعت الاتفاقيات الدولية تحقيق التوازن الأمثل و المنشود بين لازمة خلق مناخ ملائم للمستثمرين الأجانب و بين ضرورة المحافظة على المصلحة العامة للدولة المستقبلة للاستثمار و كذا حقها التشريعي و ضمان مباشرة سياساتها العمومية.

منهجية البحث

سوف نعتمد في هذا البحث على دراسة تحليلية للاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية و تشجيع الاستثمار، سواء التي كان المغرب طرفا فيها (النموذج القديم والنموذج الجديد[٢٣] خاصة بالنسبة لنيجريا و اليابان و البرازيل) أو التي لم يكن طرفا فيها، مع الرجوع إلى موقف هيئات التحكيم الدولية من المسؤولية الدولية للدولة مع التركيز على بعض التجارب الدولية.

تقسيم الموضوع

إن الإجابة على التساؤلات المذكورة أعلاه يفترض تناول الموضوع من خلال مبحثين، المبحث الأول يتعلق بالنظام القانوني لمسؤولية الدولة في الاتفاقيات الدولية لحماية و تشجيع الاستثمار (المبحث الأول) ثم تحديد نطاق وحدود مسؤولية الدولة في المطالبات الاتفاقية والجهة المختصة للنظر في المنازعات الناتجة عن الاستثمار (المبحث الثاني).

---

[17] J. Cazala : «La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI », Annuaire Français de Droit International, volume 58, 2012. p. 551.

[١٨] الرأي المؤرخ في ٢٥ نونبر ٢٠١٠ تحت عدد DTC-CC-١٠-٠٤٣ في القضية عدد ٠٠١٣-١٠-٧١.

[١٩] قائمة الدول المتعاقدة والموقعة على الاتفاقية المتوفرة على مستوى موقع المركز والتي نشرت يوم ١٢ أبريل ٢٠١٩

[٢٠] حسب الموقع الرسمي ل UNCTAD (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement) تاريخ زيارة الموقع ٠٩ أبريل ٢٠٢٠: https:// investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/142/morocco

[٢١] - هذه الاتفاقيات تتضمن تلك التي وقع عليها المغرب ولم تتم المصادقة عليها أمام البرلمان المغربي

[22] A. Kairouani : « Aspects recents du droit marocain des investissements », Revue trimestrielle de droit africain, Ed. Juris Africa, n° 909, octobre – décembre 2019, p. 554.

[٢٣] - يتعلق الأمر بالاتفاقيات التي وقع عليها المغرب مؤخرا خاصة مع كل من نيجريا و اليابان و البرازيل,

المبحث الأول: أساس مسؤولية الدولة عند خرقها للاتفاقية الدولية لحماية و تشجيع الاستثمار

علاقة الدولة بالمستثمر الأجنبي لا تقتصر فقط على الاتفاقية الدولية المتعلقة بحماية و تشجيع الاستثمار (اتفاقية الاستثمار) المبرمة بينها و بين البلد الذي ينتمي إليه المستثمر بل تشمل كذلك العقد الرابط بينها و بين المستثمر، الأمر الذي يمنح للمستثمر الحق في متابعة الدولة، المستقبلة للاستثمار، عند المساس بحقوقه، سواء تلك المحددة في اتفاقية الاستثمار(الحقوق الاتفاقية) أو في تلك المحددة في العقد (الحقوق العقدية)، مما يجعل أساس مسؤولية الدولة و مسار الدعوى يختلف حسب طبيعة المطالبة المقدمة من قبل المستثمر، و هو ما يدفعنا إلى التساؤل حول ما إذا كان أساس المسؤولية يقتصر فقط على المطالبات المبينة على خرق الدولة لاتفاقية الاستثمار أم يشمل كذلك المساس بالحقوق العقدية ؟

الجواب على هذا التساؤل يتطلب، بداية، حصر المطالبات المبنية على خرق اتفاقيات الاستثمار و تمييزها عن المطالبات المبنية على المساس بالحقوق العقدية (المطلب الأول) و تحديد الجهة الموكول لها النظر في المطالبات الاتفاقية تفاديا للمخاطر التي يمكن أن تترتب عن تعدد المساطر (الإجراءات) القضائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نطاق المطالبة المبنية على خرق الدولة لبنود اتفاقية الاستثمار:

يترتب عن مخالفة الدولة لالتزاماتها المنصوص عليها في اتفاقيات الاستثمار قيام مسؤوليتها الدولية، و ذلك نتيجة مساسها بحقوق المستثمر الأجنبي، و هو ما يدفع هذا الأخير إلى متابعة الدولة و مطالبتها بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به جراء ذلك، غير أنه غالبا ما يقع الخلط بين المطالبات المبنية على خرق اتفاقية الاستثمار (المطالبات الاتفاقية) و تلك المبنية على خرق بنود العقد الرابط بين الدولة المستضيفة للاستثمار و المستثمر (المطالبات العقدية)(أولا) و إن كانت في بعض الحالات المطالبات الاتفاقية تشمل كذلك المطالبات العقدية و ذلك من خلال التنصيص في هذه الاتفاقيات على شرط المظلة (Clause parapluie)(ثانيا).

أولا: التمييز بين المطالبات الاتفاقية عن المطالبات العقدية و الآثار المترتبة عنه:

غالبا ما يقع الخلط بين المطالبات الاتفاقية و المطالبات العقدية، الأمر الذي يستوجب التمييز بينهما (١) مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية أمام هيئات التحكيم(٢).

١- تمييز المطالبات الاتفاقية عن المطالبات العقدية:

تختلف المطالبات الاتفاقية عن المطالبات العقدية في مجموعة من النقاط، التي يمكن إجمالها فيما يلي:

أ- مصدر الحق المطالب به:

يعتبر مصدر الحق المطالب به أساس التمييز بين المطالبة المبنية على اتفاقية الاستثمار و تلك المبنية على أساس العقد، فأساس المطالبة الأولى هي الحقوق المحددة في اتفاقية الاستثمار في حين أن أساس المطالبة الثانية يتمثل في الحقوق المحددة في العقد.

و يعتبر مصدر الحق المطالب به أساس التمييز بالنسبة للمطالبة الأولى دون أن يكون هناك تداخل ممكن مع المطالبة الثانية، فالحقوق المحددة في الاتفاقية لا يمكن أن تتمدد إلى العقد.

ب- موضوع الحق المطالب به:

يختلق موضوع المطالبات الاتفاقية عن المطالبات العقدية، فموضوع المطالبات الأولى تعتبر ذات طبيعة عامة ومحددة في القانون الدولي و هي تلك الحقوق الواردة في اتفاقيات الاستثمار، كالحق في المعاملة الوطنية و الحق في المعاملة الأكثر أفضلية و الحق في المعاملة العادلة و المنصفة و الحق في عدم مصادرة أو نزع ملكية الاستثمار، في حين أن موضوع المطالبات العقدية يشمل العمليات الاستثمارية المنصوص عليها في العقد ومحددة بمقتضى القانون الوطني للبلد المستقبل للاستثمار[٢٤].

و يمكن أن يتداخل موضوع المطالبات الاتفاقية مع المطالبات العقدية، فمثلا المستثمر الذي يستفيد من الحق في التعويض نتيجة مصادرة استثماره بناء على اتفاقية الاستثمار يمكن أن يستفيد كذلك من ذات الحق في العقد المبرم مع الدولة المستضيفة للاستثمار،

[٢٤] للمزيد حول العقود التي تبرمها الدولة على المستوى الدولي، المرجو الاطلاع على «فكرة العقد الإداري عبر الحدود»، محمد عبد العزيز علي بكر، الطبعة الأولى ٢٠٠٠، القاهرة، دار النهضة العربية.

فعندما مصادرة الاستثمار يمكن للمستثمر المطالبة بالتعويض بناء على خرق الاتفاقية وفي ذات الوقت يمكنه تقديم نفس المطالبة لخرق حقوقه المنصوص عليها في العقد.

و يمكن للدولتين الطرفين في الاتفاقية الثنائية للاستثمار الاتفاق على احترام الالتزامات المنصوص عليها في العقد المبرم مع المستثمر المنتمي للبلد الآخر، و هو يطلق عليه بشرط المظلة (Umbrelle clause)، و من ثمة يمكن اعتبار الحقوق المنصوص عليها في العقد المبرم بين المستثمر و البلد المستضيف للاستثمار بمثابة حقوق اتفاقية.

ج- أطراف المطالبة:

إن طرفي المطالبة المبنية على خرق الحقوق الاتفاقية هما البلد المستضيف للاستثمار والمستثمر الذي ينتمي إلى البلد الطرف الآخر في الاتفاقية الدولية للاستثمار.

و الدولة الطرف هي الدولة نفسها و ليست الولاية الفدرالية أو الجهوية أو أية جهة أو شركة الدولة، و يتعين في هذا الخصوص التمييز بين الاختصاص الشخصي ratione personae الوارد في الاتفاقية الثنائية للاستثمار و الاختصاص العام الوارد في الفقرتين الأولى و الثالثة من المادة ٢٥ من اتفاقية واشنطن المنشئة ل CIRDI التي نصت على التحكيم في منازعات الاستثمار بين المستثمر و كل مؤسسة أو جهة مكونة للدولة الطرف في الاتفاقية[٢٥]. كما ينطبق الأمر حتى في حالة عدم وجود أي ارتباط مباشر بين المستثمر و الدولة، إذ يمكنه متابعة هذه الأخيرة، مثلا، بسبب سوء المعاملة التي تعرض لها استثماره من قبل مؤسسة تابعة للدولة، و في جميع الأحوال، عندما يتقدم المستثمر الأجنبي بدعوى مبنية على خرق اتفاقية الاستثمار، من قبل سلطة حكومية غير الدولة (كالجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية أو شركات الدولة) فإنه يتعين عليه تبرير أن الدولة مسؤولة عن هذا التصرف طبقا للقانون الدولي، وبالتالي فإن مبدأ مسؤولية الدولة، أو الإجراءات المتخذة من قبل أجهزتها الداخلية، التي يمكن نسبتها إلى الدولة وفقا للقانون الدولي العام، غالباً ما تكون عنصرا أساسيا في تحديد المطالبة المبنية على خرق الاتفاقية.

وقد كانت مبادئ مسؤولية الدولة محل جدل و نقاش أمام لجنة القانون الدولي (CDI)، و في هذا الشأن فإن قضية Maffezini تعتبر مثالا للسؤال المطروح حول ما إذا كانت الدعاوى المقدمة في مواجهة وكالة جهوية تابعة للدولة يمكن أن تنسب إلى الدولة[٢٦].

و في المقابل فإن أطراف المطالبة المبنية على خرق بنود العقد هم أطراف العقد نفسه، و بالتالي فإذا أبرم مستثمر أجنبي عقد مع الدولة المستضيفة فإن الأطراف في المطالبة المبنية على خرق الاتفاقية هم نفسهم عندما يتعلق الأمر بالمطالبة المبنية على خرق العقد.

و مجمل القول، أن الدولة المستضيفة للاستثمار تكون، دائما، طرفا في المطالبة المبنية على خرق الاتفاقية، في حين لا تكون في المنازعة المبنية على خرق العقد إلا في حالة ما إذا كانت هي الطرف الموقع على العقد مع المستثمر.

د- القانون الواجب التطبيق:

يعد القانون الواجب التطبيق من بين المعايير التي تميز المطالبات الاتفاقية عن المطالبات العقدية، فالقانون الواجب التطبيق في المطالبات الأولى هي المقتضيات المنصوص عليها في اتفاقية الاستثمار ذاتها، كالقانون الوطني للبلد المستقبل للاستثمار أو المبادئ العامة للقانون الدولي[٢٧]، في حين أن القانون الواجب التطبيق في المطالبات الثانية هو القانون الوطني للبلد المستضيف للاستثمار أو القانون الذي تحدده الأطراف المتعاقدة.

---

[25] L'article 25 du Convention de Washington dispose que : «1- La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement…3- Le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un Etat contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit Etat, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire… ».

[٢٦] قضية السيد Emilio Agustín Maffezini ضد الدولة الاسبانية قضية CIRDI تحت عدد ٧/٩٧/ARB، حكم تحكيمي في الاختصاص بتاريخ ٢٥ يناير ٢٠٠٠ و حكم تحكيمي في الموضوع بتاريخ ١٣ نونبر ٢٠٠٠.

[٢٧] انظر في هذا الخصوص المادة ٥ من الاتفاقية الثنائية للاستثمار المبرمة بين اسبانيا والأرجنتين و المادة ٨ من الاتفاقية الثنائية للاستثمار بين فرنسا و الأرجنتين.

و بالتالي فإن هذا التمييز يهم على الخصوص دور القانون الدولي، فالمطالبات الاتفاقية سيتم مناقشتها من قبل محاكم التحكيم أخذا بعين الاعتبار الاجتهادين الفقهي و القضائي خاصة في ميدان القانون الدولي العام، في حين أن المطالبات العقدية يمكن مناقشتها وفقا لتشريع البلد المستضيف للاستثمار و لاسيما القوانين المنظمة للعقود الإدارية.

هـ- أساس مسؤولية الدولة المستضيفة للاستثمار:

يترتب عن تقديم دعوى بناء على خرق الدولة لبنود اتفاقية الاستثمار قيام مسؤوليتها في القانون الدولي، في حين أن تقديم دعوى في مواجهة الدولة بناء على خرق العقد يثير مسؤوليتها العقدية وفقا للقانون الوطني.

و يمكن أن تتداخل طبيعة مسؤولية الدولة سواء عند خرق بنود اتفاقية الاستثمار أو عند خرق شروط العقد، فمسؤولية الدولة عند خرق بنود العقد وفقا للقانون الوطني يمكن أن تثير في نفس الوقت المسؤولية الدولية للدولة عندما تكون مقرونة باستنفاد جميع طرق الطعن الداخلية و بإنكار العدالة.

و يعتبر بعض الفقه المقارن أن خرق الدولة لبنود «عقد الدولة» يمكن أن يرتب، في بعض الحالات، المسؤولية الدولية المباشرة للدولة[٢٨].

و فيما يتعلق بما إذا كان للمستثمر الحق في الاختيار بين المطالبات الاتفاقية أو المطالبات العقدية أو إمكانية اللجوء إليهما في ذات الوقت، فإننا نرى أنه يمكن اللجوء إلى هاتين المطالبتين في نفس الوقت، بناء على الشروط المحددة في المقتضيات المنظمة لتسوية المنازعات فيها، فكل من اتفاقية الاستثمار و العقد يعتبران مصدرين مستقلين و منفصلين للحقوق و المستثمر يمكنه استعمال كليهما، و هو ما أكده الحكم التحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية في قضية Vivendi ضد دولة الأرجنتين[٢٩].

٢- الأثار المترتبة عن الخلط بين المطالبات الاتفاقية و المطالبات العقدية:

يترتب عن الخلط بين المطالبات المبينة على خرق بنود اتفاقية الاستثمار والمطالبات المبنية على خرق العقد إلى اعتبار الحكم التحكيم باطلا، و هو ما جسده الحكم التحكيمي الصادر في قضية الشركة الفرنسية Vivendi ضد الأرجنتين[٣٠]، وبالرجوع إلى هذه القضية يتبين أن الشركة المذكورة تقدمت بطلب تحكيم أمام CIRDI بناء على كون الأرجنتين خرقت بنود اتفاقية الاستثمار الموقعة بين هذه الدولة و فرنسا (المادتين ٣ و ٥)، كما يربط الشركة المستثمرة عقد امتياز (Contrat de concession) مع ولاية Tucuman، و تمنح اتفاقية الاستثمار الحق للمستثمر في اختيار اللجوء إلى CIRDI من أجل تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار في حين أن العقد المذكور يشترط اللجوء إلى المحاكم الإدارية لولاية Tucuman للنظر في المنازعات التعاقدية.

هذا، و لم ترتكز الجهة المدعية، بصفة أساسية، في طلبها التحكيمي على التصرفات الصادرة عن الأرجنتين من أجل تبرير خرق مقتضيات المادتين ٣ و ٥ من اتفاقية الاستثمار بين الأرجنتين و فرنسا و إنما ارتكزت على التصرفات الصادرة عن ولاية Tucuman، و هذا لا يثير أي إشكال فيما يتعلق بمسؤولية الدولة، من منطلق أن في الدولة الفيدرالية تتحمل جميع التصرفات الصادرة عن الولاية التابعة لها، في القانون الدولي العام، تتحملها الدولة[٣١]، هذا بالإضافة إلى أن جميع التصرفات الصادرة عن الولاية المذكورة، التي تزعم أنها خرقت اتفاقية الاستثمار، ترتبط بعقد الامتياز، لدى فإن تحديد خروقات الاتفاقية يستلزم تقييم لسلوكيات أطراف عقد الامتياز.

---

[28] R. J. Jennings : « State Contracts in International Law », 37 British Yearbook, 1961, p. 156.

[٢٩] قضية شركة Vivendi ضد دولة الأرجنتين، ARB/CIRDI/٣/٩٧، الحكم التحكيمي الصادر عن الهيئة الحرة المكلفة بدعوى البطلان بتاريخ ٣ يوليوز ٢٠٠٢، إذ جاء في الفقرتين ٩٥ و ٩٦ ما يلي: «95. En ce qui concerne la relation entre la rupture de contrat et la violation du traité en l'espèce, il convient de souligner que les articles 3 et 5 du TBI ne se rapportent pas directement à la rupture d'un contrat municipal. Ils établissent plutôt une norme indépendante. Un État peut violer un traité sans rompre un contrat, et vice versa…. 96… la question de savoir s'il y a eu violation du TBI et s'il y a eu violation du contrat sont des questions différentes. Chacune de ces réclamations sera déterminée par référence à sa propre loi …propre ou applicable - dans le cas du TBI par le droit international; dans le cas du contrat de concession, par le droit propre du contrat »

[٣٠] الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI بتاريخ ٢١ نونبر ٢٠٠٠ في القضية عدد ARB/٩٧/٣.

[31] James Crawford : « The International Law Commission›s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries », Cambridge University Press, 2002, p.97.

وفي حكمها التحكيمي الصادر بتاريخ ٢١ نونبر ٢٠٠٠ اعتبرت الهيئة التحكيمية أنه بالنظر إلى طبيعة النزاع القائم بين الشركة المدعية و ولاية Tucuman فإنه من الصعوبة تحديد ماهية التصرفات الصادرة عن الولاية بصفتها السيادية وتلك الصادرة باعتبارها طرفا في عقد الامتياز، و اعتبرت أن جميع مزاعم الشركة الفرنسية ترتبط بالعقد، و أن المحكمة التحكيمية للنظر في النزاع يتعين عليها تفسير العقد، و هو ما يخالف ما اتفق حوله الأطراف بمنح هذا الاختصاص للمحاكم الإدارية للولاية المذكورة، لتخلص الهيئة التحكيمية، في الأخير، إلى أن الجهة المخول لها النظر في النزاع الناتج عن العقد المذكور، طبقا للمقتضيات المنظمة لتسوية المنازعات الواردة في العقد المذكور، هي، بصفة استثنائية، المحاكم الادارية لولاية Tucuman [٣٢].

و من خلال استقراء الحكم التحكيمي السابق يتضح أن هيئة التحكيم كانت غير صائبة لوقوعها في خلط بين المطالبات المرتكزة على اتفاقية الاستثمار و المطالبات المبنية على العقد، إذ أن الشركة لم تتقدم بأية مطالب عقدية و إنما فقط مطالب ترتبط بخرق بنود الاتفاقية و البحث عن هذه الخروقات يستوجب القيام بتفسير لبنود العقد، و هو ما خلصت إليه هيئة التحكيم الحرة المكلفة بالنظر في دعوى البطلان المقدمة من قبل المستثمر في حكمها الصادر بتاريخ ٣ يوليوز ٢٠٠٢ التي قضت ببطلان الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ ٢١ نونبر ٢٠٠٠ [٣٣].

و يتبين مما سبق أن قضية شركةVivendi تعتبر مثالا حيا للخلط الذي يمكن أن تقع فيه هيئة التحكيم بين المطالبات الاتفاقية و تلك المبنية على خرق العقد، فالأولى تحدد بناء على مصدرها و موضوعها و القانون الواجب التطبيق عليها وطبيعة مسؤولية البلد المضيف للاستثمار و التي تختلف تماما عن المطالبات الثانية.

ثانيا: شمول المسؤولية الدولية للدولة المطالبات العقدية (شرط المظلة)

لا يعتبر التمييز بين المطالبات الاتفاقيات و المطالبات العقدية دائما ممكنا، خاصة عند تنصيص اتفاقية الاستثمار على شرط المظلة (Clause de parapluie)، و هو الشرط الذي يستعمل في الغالب من أجل منح حماية إضافية للمستثمر، و بناء على هذا الشرط تلتزم الدولة المستقبلة للاستثمار في اتفاقية الاستثمار باحترام جميع الالتزامات الناشئة عن العقود المبرمة مع المستثمر[٣٤]، و من ثمة فإن مخالفة الدولة لبنود العقد يرفعها إلى مصاف مخالفتها لبنود اتفاقية الاستثمار، ويطلق عليها شرط المظلة لأنها تضع الالتزامات التعاقدية تحت «مظلة» الحماية التي تمنحها اتفاقية الاستثمار للمستثمر و بمقتضى هذه الشروط فإن مخالفة العقد تصبح مخالفة لاتفاقية الاستثمار[٣٥]، و بذلك فإن هذا الشرط يعمل على توسيع النطاق الموضوعي للتحكيم المبني على اتفاقيات الاستثمار[٣٦] و بالتالي التوسيع من نطاق المسؤولية الدولية للدولة.

---

[٣٢] جاء في الفقرتين ٧٧ و ٧٩ من الحكم التحكيمي ما يلي: « ”77. …[The] actions of the Province of Tucumán on which the Claimants rely for their position attributing liability to the Argentine Republic are closely linked to the performance or non-performance of the parties under the concession contract. The Tribunal concludes, accordingly, that all of the issues relevant to the legal basis for these claims against [the Republic of Argentina] arose from disputes between Claimants and Tucumán concerning their performance and nonperformance under the concession contract… 79. Here it is clear that, given the nature of the dispute between Claimants and the Province of Tucumán, it is not possible for this Tribunal to determine which actions of the Province were taken in exercise of its sovereign authority and which in the exercise of its rights as a party to the concession contract considering, in particular, that much of the evidence presented in this case has involved detailed issues of performance and rates under the concession contract. To make such determinations, the Tribunal would have to undertake a detailed interpretation and application of the concession contract, a task left by the parties to that contract to the exclusive jurisdiction of the administrative courts of Tucumán.“

[٣٣] جاء في الفقرتين ١٠٢ و ١٠٥ من الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ ٣ يوليوز ٢٠٠٢ ما يلي: ”102. In the Committee’s view, it is not open to an ICSID tribunal having jurisdiction under a BIT in respect of a claim based upon a substantive provision of that BIT, to dismiss the claim on the ground that it could or should have been dealt with by a national court… 105. …[I]t is one thing to exercise contractual jurisdiction (arguably exclusively vested in the administrative tribunals of Tucumán by virtue of the concession contract) and another to take into account the terms of a contract in determining whether there has been a breach of a distinct standard of international law, such as that reflected in Art.3 of the BIT.“

[34] Anthony C. Sinclair : “The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection”, 20 Arb. Int., (2004), p. 411-434

[35] See Katia Yannaca-Small : « Improving the System of Investor-State Dispute Settlement », OECD Working Papers on International Investment, 2006/01 (OECD Publishing 2006).

[٣٦] حاتم محمد عبد الرحمان: «الإجراءات المتوازية في سياق تحكيم الاستثمار»، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، المجلد ٦٠، العدد ٢، دار المنظومة ٢٠١٨، ص: ٤١٠.

و من جملة هذه الشروط ما تضمنته الفقرة ١ من المادة ١٠ من معاهدة ميثاق الطاقة (Traité sur la Charte de l'Énergie) التي نصت على أنه يتعين على كل دولة احترام جميع التزاماتها التعاقدية التي أبرمتها مع المستثمر[٣٧].

و يثير شرط المظلة مجموعة من النقاشات الناتجة عن موقف هيئات التحكيم من تفسيره، فمن جهة، هناك بعض الهيئات التحكيمية التي تعتمد التفسير الضيق (in dubio mitius) لهذا الشرط، و ذلك بغية تفضيل الدولة عن المستثمر الأجنبي، من منطلق أن الدولة تتمتع بالسيادة[٣٨]، و في هذا الاطار فقد فسرت هيئة التحكيم في قضية شركة SGS ضد الباكستان شرط المظلة تفسيرا ضيقا معتبرة أنه يتعين على الجهة المدعية الادلاء بالتبريرات الواضحة و المقنعة بأن إرادة أطراف اتفاقية الاستثمار اتجهت نحو رفع المنازعات المتعلقة بالعقد موضوع النزاع إلى مصاف مخالفة الاتفاقية ، و أن شرط احترام الالتزامات الوارد في الاتفاقية لا يشير إلى العقود التي أبرمتها الباكستان و بما أن الجهة المدعية لم تدل بمبررات واضحة و مقنعة بذلك فإن هيئة التحكيم قضت برفض طلب الشركة المستثمرة الرامي إلى النظر في المنازعات المتعلقة بالعقد[٣٩]؛

و من جهة أخرى فإن بعض هيئات التحكيم اعتمدت التفسير الموسع لشرط المظلة إذ اعتبرت هذا الأخير يرفع المخالفات العقدية إلى مصاف المخالفات الاتفاقية و حسب هذه الهيئة فإنه يتعين التمييز بين احترام الدولة لالتزاماتها وتنفيذها كالعقود المبرمة مع المستثمر و بين موضوع و محتوى هذه الالتزامات فالمسائل المتعلقة بمحتوى هذه الالتزامات تبقى ذات طبيعة عقدية والتي يجب تسويتها وفقا للقانون الوطني الواجب التطبيق[٤٠].

---

[٣٧] جاء في الفقرة ١ من المادة ١٠ من معاهدة ميثاق الطاقة ما يلي: « … Chaque partie contractante respecte les obligations qu'elle a contractées vis-à-vis d'un investisseur ou à l'égard des investissements d'un investisseur d'une autre partie contractante ».

[38] M. Petsche : «Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Critical Analysis of Arbitral Case Law », Journal of International Arbitration, 2020, Volume 37 Issue 1, p. 1 .

[٣٩] جاء في الفقرتين ١٦٦ و ١٦٧ من الحكم التحكيمي في الاختصاص عن CIRDI في قضية شركة SGS ضد الباكستان بتاريخ ٦ غشت ٢٠٠٣ ما يلي: « Firstly, 166- textually, Article 11 falls considerably short of saying what the Claimant asserts it means. The "commitments" the observance of which a Contracting Party is to "constantly guarantee" are not limited to contractual commitments. (175) The commitments referred to may be embedded in, e.g., the municipal legislative or administrative or other unilateral measures of a Contracting Party. The phrase "constantly [to] guarantee the observance" of some statutory, administrative or contractual commitment simply does not to our mind, necessarily signal the creation and acceptance of a new international law obligation on the part of the Contracting Party, where clearly there was none before. Further, the "commitments" subject matter of Article 11 may, without imposing excessive violence on the text itself, be commitments of the State itself as a legal person, or of any office, entity or subdivision (local government units) or legal representative thereof whose acts are, under the law on state responsibility, attributable to the State itself. As a matter of textuality therefore, the scope of Article 11 of the BIT, while consisting in its entirety of only one sentence, appears susceptible of almost indefinite expansion. The text itself of Article 11 does not purport to state that breaches of contract alleged by an investor in relation to a contract it has concluded with a State (widely considered to be a matter of municipal rather than international law) are automatically "elevated" to the level of breaches of international treaty law. Thus, it appears to us that while the Claimant has sought to spell out the consequences or inferences it would draw from Article 11, the Article itself does not set forth those consequences. 167.Considering the widely accepted principle with which we started, namely, that under general international law, a violation of a contract entered into by a State with an investor of another State, is not, by itself, a violation of international law, and considering further that the legal consequences that the Claimant would have us attribute to Article 11 of the BIT are so far-reaching in scope, and so automatic and unqualified and sweeping in their operation, so burdensome in their potential impact upon a Contracting Party, we believe that clear and convincing evidence must be adduced by the Claimant. Clear and convincing evidence of what? Clear and convincing evidence that such was indeed the shared intent of the Contracting Parties to the Swiss-Pakistan Investment Protection Treaty in incorporating Article 11 in the BIT. We do not find such evidence in the text itself of Article 11. We have not been pointed to any other evidence of the putative common intent of the Contracting Parties by the Claimant. »

[٤٠] جاء في الفقرة ١٢٨ من الحكم التحكيمي في الاختصاص عن CIRDI في قضية شركة SGS ضد الفليبين في القضية عدد ٦/٠٢/ARB بتاريخ ٢٩ يناير ٢٠٠٤، ما يلي: « 128. To summarize the Tribunal›s conclusions on this point, Article X(2) makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments. But it does not convert the issue of the extent or content of such obligations into an issue of international law. That issue (in the present case, the issue of how much is payable for services provided under the CISS Agreement) is still governed by the investment agreement. In the absence of other factors it could be decided by a tribunal constituted pursuant to Article VIII(2). The proper law of the CISS Agreement is the law of the Philippines, which in any event this Tribunal is directed to apply by Article 42(1) of the ICSID Convention. On the other hand, if some other court or tribunal has exclusive jurisdiction over the Agreement, the position may be different. »

المطلب الثاني: تعدد المساطر (الإجراءات) القضائية عند البحث عن المسؤولية الدولية للدولة

يترتب عن تعدد الجهات المختصة للنظر في المنازعات الناتجة عن مخالفة الدولة لبنود اتفاقية الاستثمار كثرة فرص إثارة الدعوى ضد الدولة المضيفة للاستثمار أمام القضاء الوطني أو التحكيم الدولي من قبل أكثر من مساهم في ذات الشركة، و لو كان يمتلك سهما واحدا، بمناسبة ذات الموضوع المرتبط بذات الشركة، و ذلك استنادا لأكثر من اتفاقية الاستثمار دولية، قد تكون الدولة المضيفة أبرمتها مع دولة الجنسية لكل مساهم[٤١]، مما يخلق وضعيات متناقضة و تضاربة بين هذه الجهات القضائية[٤٢]، و ينعكس سلبا على الدولة مستقبلة الاستثمار، و بالتالي تشكل مخاطر عليها، الأمر يتطلب البحث عن الآليات الكفيلة بتجاوز هذه الصعوبات.

ولتجنب هذه المخاطر حاولت مجموعة من الاتفاقيات الدولية للاستثمار معالجة هذه المسألة وذلك من خلال التنصيص على أن للجهة المدعية الاختيار بين اللجوء إلى المحاكم القضائية أو التحكيم الدولي، أو التنازل عن جميع الطلبات أمام أيه جهة كيفما كانت، كشرط أولي، قبل اللجوء إلى التحكيم الدولي، غير أن هذه المقتضيات لم تستطع تفادي وتجاوز هذه المخاطر المتمثلة في تعدد المساطر (الإجراءات) القضائية لكونها لم تميز بين ما إذا كان الأمر يتعلق بالمطالبات المبنية على الاتفاقية أو تلك المبنية على العقد.

ونذكر من بين الشروط الواردة في اتفاقيات الاستثمار، سواء الثنائية أو الجماعية، شرط « fork-in-the-road clause»[٤٣] أو ما أطلقنا عليه باسم «شرط الشوكة» و الذي يعرف كذلك بمبدأ (Electa una via)، و ينص هذا البند على أنه بمجرد قيام المستثمر بعرض النزاع أمام المحاكم الوطنية فإنه لا يمكن له اللجوء إلى التحكيم الدولي، و العكس كذلك صحيح، و من ثمة فإن اختيار الجهة القضائية للنظر في النزاع يجب أن يكون نهائيا و لا يمكن للمستثمر بعد استنفاد الاختيار الأول اللجوء إلى الاختيار الثاني.

و الهدف من هذا الشرط هو تفادي و تجنب حالات عدم القدرة على التنبؤ التي يمكن أن تترتب عن نظام حل النزاعات، بالإضافة إلى هذا الشرط جاء تفعيلا لمبدأ عدم جواز المحاكمة على ذات الجرم مرتين (Ne bis in idem)، و ما يترتب عن ذلك من صدور أحكام متناقضة بخصوص نفس المسألة وبين نفس الأطراف.

و تفعيلا لهذا الشرط فإن هيئات التحكيم تعتمد على بعض المؤشرات التي تمكنها من معرفة ما إذا كان المستثمر قد قام باختيار نهائي وملزم للمحكمة، من جملتها أن تكون الإجراءات قد اتخذت أمام المحاكم الوطنية و ليس مجرد تدابير إدارية[٤٤]، و أن

---

[٤١] معتز محمد أحمد حسين: «دور اتفاقات الاستثمار الدولية في حماية الأبعاد غير التقليدية للأمن القومي»، مجلة التحكيم العربي، العدد ٢٣١- ديسمبر ٢٠١٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ص» ٥١.

[42] Ben Hamida Walid : « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », Annuaire Français de Droit International, volume 51, 2005. P., 564.

[٤٣] من بين شروط» fork-in-the-road clause» الواردة في اتفاقية الاستثمار، نذكر على سبيل المثال ما يلي: - الفقرة الثانية من المادة ٨ من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين فرنسا والأرجنتين المؤرخة في ٣ يوليوز ١٩٩١، التي جاء فيها ما يلي:

« 1 Tout différend relatif aux investissements, au sens du présent Accord, entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante est, autant que possible, réglé à l'amiable entre les deux Parties concernées.

2. Si le différend n'a pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des Parties concernées, il et soumis, à la demande de l'investisseur :

- soit aux juridictions nationales de la Partie contractante impliquée dans le différend ;

- soit à l'arbitrage international, dans les conditions décrites au paragraphe 3 ci-dessous.

Une fois qu'un investisseur a soumis le différend soit aux juridictions de la Partie contractante concernée, soit à l'arbitrage international, le choix de l'une ou de l'autre de ces procédures reste définitif. »

- المادة ١١٢١ من اتفاقية ELENA التي جاء فيها ما يلي:

1». Un investisseur contestant pourra soumettre une allégation à l'arbitrage, aux termes de l'article 1116, uniquement si:

a) l'investisseur consent à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord; et si

b) l'investisseur et une entreprise d'une autre Partie qui est une personne morale que l'investisseur détient ou contrôle directement ou indirectement renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant une juridiction judiciaire ou administrative aux termes du droit d'une Partie, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante que l'on allègue constituer une violation mentionnée à l'article 1116, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire, ne supposant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant une juridiction administrative ou judiciaire aux termes du droit de la Partie contestante. »

[٤٤] الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ARB/١٦/٦ بتاريخ ٢٧ غشت ٢٠١٩ في قضية شركة Glencore ضد كولومبيا (Chronique des sentences (arbitrales, B. Remy, JDI n°1, janvier 2020, chron, 1

تكون هذه التدابير قد اتخذت قبل تقديم طلب التحكيم، و أن تتعلق هذه الإجراءات بنفس سبب الدعوى والموضوع و بين نفس الأطراف، و بالتالي فإذا كان المستثمر يريد تقديم مطالبة تحكيمية بناء على خرق اتفاقية الاستثمار، فلن يتم استبعاد هذه المطالبة بموجب الشرط إلا إذا كانت المساطر (الإجراءات) الداخلية تتعلق أيضا بانتهاك مزعوم لحق مُنح للمستثمر في ذات اتفاقية الاستثمار، كما يجب أن تكون الدولة أيضا هي الجهة المدعى عليه أمام المحاكم الوطنية.

و مما سبق، و على الرغم من أن الاتفاقيات الدولية من خلال الشرط المتحدث عنه تحاول تفادي لجوء المستثمر إلى أكثر من جهة قضائية غير أن هذه المقتضيات تعد غير كافية و مبهمة إذ لم تحدد ما إذا كان الأمر يتعلق بالمطالبات الاتفاقية أو جميع الدعاوى المتعلقة بالنزاع أي كان مصدره، و بعبارة أخرى هل المقتضيات المتعلقة باختيار المحكمة تطبق فقط على المطالبات المبنية على خرق الاتفاقية أم يجب الاختيار النهائي و بدون رجعة بين المطالبات المبنية على خرق الاتفاقية وتلك المبنية على خرق العقد؟

و بالرجوع إلى المادة ٨ من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين فرنسا و الارجنتين يتضح أن المستثمر ملزم بالاختيار بين المحاكم الوطنية أو التحكيم الدولي بالنسبة ل «جميع النزاعات المرتبطة بالاستثمار»، مما يفيد أن المستثمر لا يمكنه اللجوء إلى محاكم مختلفة من أجل النظر سواء في الدعاوى المرتبطة بالاتفاقية أو تلك المرتبطة بالعقد و الناتجة عن نفس النزاع المرتبط بالاستثمار.

أما فيما يتعلق بالمادة ١١٢١ من اتفاقية ALENA التي اشترطت قبل اللجوء إلى التحكيم الدولي تنازل المدعي عن اللجوء إلى المحاكم الوطنية، تفاديا لازدواجية الدعاوى المقدمة أمام محاكم مختلفة للنظر في ذات النزاع، فإن بعض محاكم التحكيم، في تفسيرها لهذه المادة، اعتبرت أنه لا يمكن للجهة المدعية تقديم، في ذات الوقت، دعاوى لها نفس المصدر مما قد يترتب عنه بعض المخاطر المتمثلة في استفادة المدعي من امتياز مزدوج بخصوص التعويض و الفوائد[٤٥] و هو نفس التبرير الذي اعتمدته الهيئة التحكيمية، الموكول لها النظر في النزاع الذي كان قائما بين شركة Wast Management والمكسيك[٤٦]، لما استبعدت مطالب الجهة المدعية المرتكزة على كون مقتضيات المادة المشار إليها أعلاه لا تطبق على الدعاوى المقدمة أمام المحاكم المكسيكية بالنسبة للمطالب المرتكزة على خرق المكسيك للحقوق المرتبطة بالقانون الوطني.

المبحث الثاني: النطاق الموضوعي لمسؤولية الدولة عند خرقها لاتفاقية الاستثمار

يترتب عن مخالفة الدولة لالتزاماتها المحددة في اتفاقية الاستثمار قيام مسؤوليتها الدولية، و موضوع هذه المسؤولية يتحدد في مجموعة من الحقوق المحصورة في اتفاقية الاستثمار (المطلب الأول) مما يمكن المستثمر من اللجوء إلى الهيئات المختصة للمطالبة بالتعويض وفق المراحل المحددة في اتفاقية الاستثمار(المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحقوق المطالب بها عند قيام المسؤولية الدولية للدولة

قبل تحديد المستثمر للحقوق المطالب بها عند خرق الدولة لبنود اتفاقية الاستثمار (ثانيا) يتعين عليه اثبات أن العملية الاقتصادية موضوع النزاع تعتبر استثمارا وفقا لمضامين هذه الاتفاقية، الأمر الذي يستوجب البحث عن مفهوم الاستثمار (أولا).

أولا: مفهوم الاستثمار

تضع الاتفاقيات الثنائية للاستثمار الإطار القانوني لتدبير العمليات الاستثمارية، بما فيه تعريف العملية الاستثمارية و بالتالي تحديد طبيعة العمليات الاقتصادية التي تدخل في نطاق حماية اتفاقيات الاستثمار و كذا مجال الاختصاص النوعي للهيئة التحكيمية (Compétence ratione materiae).

و إذا كانت اتفاقيات الاستثمار وضعت تعريفا شاملا و عاما للاستثمار و ذلك من خلال وضع لائحة غير حصرية للاستثمارات فإنها اختلفت في تحديد عناصره[٤٧]، و مرد هذا الاختلاف سكوت اتفاقية واشنطن في هذا الخصوص و عدم وضعها لتعريف للاستثمار[٤٨] إذ حصرت الفقرة الأولى ١ من المادة ٢٥ من الاتفاقية المذكورة مجال اختصاص CIRDI في كل «المنازعات ذات الطابع القانوني

---

[45] 15 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 214 (2000) at pp.235–236.

[٤٦] الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI بتاريخ ٢ يونيو ٢٠٠٠ في القضية عدد ARB/٩٨/٢.

[47] D. Carreau : « Répertoire de droit international, Investissements», Dalloz 2020,§ 87.

[48] C. LEBEN : « Répertoire de droit international, Compétence CIRDI » Dallaz 2020, § 59.

الناشئة مباشرة عن الاستثمار»[٤٩]، ليتضح وبالرجوع إلى تاريخ صياغة الاتفاقية المذكورة فإنه و باستثناء المعاملات التجارية العادية، فإن المادة ٢٥ تشمل تقريبا جميع المجلات ذات النشاط الاقتصادي[٥٠].

و في ظل غياب تعريف اتفاقي للاستثمار فإن محاكم التحكيم بما فيها المؤسسة وفقا لنظام CIRDI اختلفت بل تضاربت حول مفهوم الاستثمار، معتمدة في ذلك على اتجاهين، الاتجاه الأول تبنى المعيار الموضوعي أو المستقل (critère objectif)(١) بينما الاتجاه الثاني تبنى المعيار الشخصي أو الاتفاقي (Critère subjectif)(٢).

١- المعيار الموضوعي

تبنت مجموعة من هيئات التحكيم المعيار الموضوعي في تحديد مفهوم الاستثمار، و هو المعيار الذي يقوم على أساس البحث في مضمون وموضوع العملية الاقتصادية موضوع النزاع و ذلك من خلال توفر مجموعة من العناصر الموضوعية التي تفيد «الاستثمار»، و هو ذات المعيار الذي تبناه متصرفي البنك الدولي (Les administrateurs de la Banque Mondiale)[٥١].

و من بين القرارات التحكيمية التي تبنت المعيار الموضوعي، القرار الصادر بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٩٩ في قضية شركة Antoine Goetz ضد جمهورية بروندي، والقرار الصادر بتاريخ ١٢ أبريل ٢٠٠٢ في قضية شركة Middle East Shipping and Handling ضد الدولة المصرية.

غير أن معالم مفهوم الاستثمار بدأت تتجلى، ابتداء من سنة ٢٠٠١ بمناسبة صدور حكم تحكيمي في الاختصاص (Décision sur la compétence) في قضية شركة «سالليني» ضد الدولة المغربية بتاريخ ١٦يوليو٢٠٠١ [٥٢] إذ حددت هيئة التحكيم العملية الاستثمار عند توفر أربعة عناصر موضوعية، و هي كالتالي:

I. حصص المستثمر (Les apports de l'investisseur)؛
II. مدة تنفيذ الاستثمار (Une certaine durée d'exécution)؛
III. المساهمة في مخاطر العملية (Participation aux risques de l'opération)؛
IV. المساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار (La contribution au développement économique de l'Etat d'accueil de l'investissement).

و قد تباينت محاكم التحكيم في الأخذ بهذه المعايير، فمنها من اعتمدها في مجملها، و نذكر من بينها الحكم الصادر في قضية شركة Bayindir ضد باكستان بتاريخ ١٥ نونبر ٢٠٠٥ و الحكم الصادر في قضية شركة Jan de Nul ضد مصر بتاريخ ١٦ يونيو ٢٠٠٦ و الحكم في الاختصاص الصادر بتاريخ ١ نونبر ٢٠٠٦ في قضية Patrick Mitchell والكونغو الديمقراطية والمقرر التحكيمي الصادر بتاريخ ١٧ ماي ٢٠٠٧ في قضية MHS ضد ماليزيا و القرار الصادر بتاريخ ٣١ يونيو ٢٠٠٧ في قضية Power Group L C ضد الاكوادور[٥٣]، و الحكم الصادر في قضية شركة Noble energy ضد الاكوادور بتاريخ ٥ مارس ٢٠٠٨، في حين أخذ البعض الآخر بالعناصر الثلاثة الأولى، من بينها الحكم التحكيمي الصادر سنة ٢٠٠٦ في قضية LESI ضد دولة الجزائر إذ استبعدت هيئة

---

[٤٩] جاء في الفقرة ١ من المادة ٢٥ من اتفاقية واشنطن ما يلي: (1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement

[50] Christoph Schreuer : « Commentary on the ICSID Convention », 11 ICSID Review–Foreign Investment Law Journal 318 (1996) p. 358.

[٥١] جاء في الفقرة ٢٧ من التقرير الصادر عن متصرفي البنك الدولي ما يلي: « Il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme « investissement », compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les Etats contractants peuvent, s'ils désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre(article 25(4)) »

[52] Emmanuel Gaillard : « La jurisprudence du CIRDI », Volume I, Editions A. Pedone Paris, Edition Alpha Beyrouth, 2011, p. 621).

[53] Walid Ben Hamida : « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI ? », Gazette du Palais, 15 novembre 2007, n° 349, p.33).

التحكيم العنصر المرتبط بالمساهمة في التنمية الاقتصادية في البلد المضيف للاستثمار لصعوبة اثباته[٥٤] وكذلك الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ ١٤ يوليوز ٢٠١٠ في قضية شركة Saba Fakes ضد تركيا[٥٥].

و قد صدرت مؤخرا أحكام تحكيمية عن المركز المذكور اشترطت في الاستثمار أن يكون مشروعا و قانونيا، و بالتالي فإن العملية الاستثمارية حتى تخضع لحماية اتفاقية الاستثمار يجب أن تتوفر فيها بالإضافة إلى العناصر السابقة عنصري احترام القانون و التشريعات الداخلية للبلد المضيف ثم أن تتم هذه العملية بحسن نية، و من بين الأحكام التحكيمية الصادرة في هذا الخصوص الحكم الصادر بتاريخ ١٥ أبريل ٢٠٠٩ في قضية شركة Phoenix Action ضد جمهورية التشيك[٥٦].

و يتضح من خلال استقراء الحكم الأخير فإن «الاستثمار» حتى يصبح مشروعا ويتمتع، بالتالي، بحماية الدولة المستقبلة له، يجب أن ينفذ وفق القوانين و التشريعات الوطنية المتعلقة بهذا الاستثمار[٥٧] وبحسن نية، و قد اعتبرت هيئة التحكيم أنه لا يمكن قراءة وتفسير القانون الدولي للاستثمار بمعزل عن القانون الدولي العام ومبادئه العامة، وبنت تحديدها لمفهوم الاستثمار طبقا لاتفاقية واشنطن و اتفاقية الاستثمار على مبادئ القانون الدولي، كما اعتبرت أن الاستثمارات «الشرعية» أو «القانونية» هي التي يمكن أن تستفيد من الحماية الدولية المخولة بمقتضى اتفاقية واشنطن[٥٨]، و من ثمة فإنه يتعين أن تستجيب العملية الاقتصادية موضوع النزاع إلى مقتضيات القانون الداخلي للبلد المضيف (Condition de la légalité interne)، و هذا الشرط يتماشى و المقولة القديمة «emo auditur propriam turpitudinem alleagans»[٥٩]، التي تفيد أنه لا يمكن لأي شخص أن يستفيد من دناءته من أجل اللجوء إلى القضاء، كما أن هذا الشرط يحيلنا على نظرية في القانون الدولي و هي «نظرية الأيادي النظيفة» كشرط لقبول المطالبات الدولية[٦٠].

أما بخصوص الشرط الثاني المتمثل في ضرورة القيام بالعملية الاقتصادية بحسن نية، فقد اعتبرت ذات محكمة التحكيم في قضية Phoenix) النقطة ١٠٦ من القرار) أنه لا يمكن اعتبار الدول خاضعة لنظام تسوية المنازعات المعتمد من قبل CIRDI بالنسبة للاستثمارات التي لم تنجز بحسن نية[٦١].

و أضافت هيئة التحكيم أن الاستثمارات المنجزة طبقا للمبدأ الوارد في القانون الدولي المتمثل في حسن نية هي التي يمكن أن تستفيد من نظام حماية الاستثمارات الدولية المعتمد من قبل CIRDI [٦٢].

و في نفس السياق نورد الحكم التحكيمي الصادر في قضية شركةHamster ضد غانا (ملف عدد ARB/٠٧/٢٤)[٦٣]، عندما قضت هيئة التحكيم برفض طلب الجهة الطالبة، لعلة أن المستثمر خالف القوانين الخاصة بدولة غانا، المتعلقة بالقانون الجنائي و قانون

---

(54) Affaire LESI SPA et Astaldi SPA c. Algérie, dossier CIRDI n° ARB/05/3, ordonnance de compétence datée de 12 juillet 2006, par. 72.

(55) Affaire Saba Fakes c. Turkie, CIRDI dossier n° ARB/07/20, sentence datée de 14 juillet 2010, par. 110-114.

(56) **Emmanuel Gaillard : « La jurisprudence du CIRDI », Volume I, Editions A. Pedone Paris, Edition Alpha Beyrouth, 2011, p. 621**

(٥٧) جاء في القفرة ١١٩ من الحكم التحكيمي ما يلي: «it would run counter to the object and purpose of investment protection treaties to deny substantive protection to those investments that would violate domestic laws that are unrelated to the very nature of investment regulation».

(٥٨) (النقطة ١٠٠ من القرار التحكيمي): (طبقا للترجمة إلى اللغة الفرنسية الواردة في المرجع السابق) « Le but du mécanisme international de protection des investissements par l'arbitrage CIRDI ne peut être de protéger les investissements effectués en violation des lois de l'Etat d'accueil ou les investissements qui ne sont pas réalisés de bonne foi, obtenus par exemple à la suite de fausses représentations, dissimulations ou par corruption ou s'analysant en un abus de système d'arbitrage international CIRDI. En d'autres termes, le but de la protection internationale est de protéger les investissements légaux et réalisés de bonne foi ».

(59) Adages du droit français, l'Hermes, 1986, p.579.

(60) Des « mains propres » comme condition de recevabilité des réclamations internationales, Jean Salmon, AFDI, vol. 10 1964, 225

(٦١) جاء في النقطة ١٠٦ من حكم التحكيم ما يلي: « Les Etats ne peuvent pas être considérés comme offrant l'accès au système des différends du CIRDI aux investissements qui ne sont pas réalisés de bonne foi, la protection de l'arbitrage international des investissements ne peut être accordée si une telle protection est contraire aux principes généraux du droit international, au rang desquels le principe de bonne foi est de première importance ».

(٦٢) جاء في الفقرة ١١٣ من الحكم التحكيمي ما يلي: « Le tribunal doit éviter l'utilisation abusive du système de protection des investissements internationaux en application de la convention CIRDI en s'assurant que seuls les investissements réalisés en conformité avec le principe international de bonne foi et qui ne tentent pas de faire un mauvais usage du système, sont protégés ».

(63) S. Manciaux : « Chroniques des sentences arbitrales », JDI, n°2, avril 2011, chron.5.

الشركات، واعتبرت أن الاستثمار غير شرعي، و بالتالي لا يمكنه الاستفادة من الحماية المنصوص عليها في اتفاقية الاستثمار[٦٤].

هذا و مما تجدر الإشارة إليه أن اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المغرب والسويد، اشترطت لصحة الاستثمار أن يكون مطابقا للقانون الوطني للبلد المستضيف له، إذ جاء في الفقرة الثالثة من المادة الأولى ما يلي:

« ويجب أن تتم هذه الاستثمارات وفقا لقوانين وأنظمة البلد المضيف»

٢- المعيار الشخصي

يتوقف تحديد مفهوم الاستثمار، حسب المعيار الشخصي، على ما اتفق عليه الأطراف في الاتفاقية الدولية للاستثمار TBI، و من ثمة فإن اختصاص المركز ينعقد بمجرد ما يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، صراحة أو ضمنيا، سواء في العقد أو في اتفاقية الاستثمار أو في القانون الوطني المتعلق بالاستثمار، و بمقتضى هذا الاتفاق يعتبر أطراف أن العملية موضوع النزاع تشكل استثمارا.

و في هذا الاطار نستحضر القرار الصادر عن محكمة التحكيم في قضية شركة Biwater ضد دولة تانزانيا التي اعتبرت أنه ليس هناك ما يلزم التقيد بالمعايير الخمسة المعتمدة في قضية Salini، و أن هذه المعايير غير قارة و غير ملزمة و لا وجود لها في اتفاقية واشنطن[٦٥].

كما اعتبرت الهيئة التحكيمية في قضية شركة Biwater أن المعايير المعتمدة في قضية Salini تثير مجموعة من الإشكالات إذ يجب لاعتبار عملية ما بمثابة استثمار و بالتالي تدخل في نطاق اختصاص CIRDI أن تتضمن هذه المعايير، ما من شأنه أن يبعد بطريقة «تعسفية» بعض المنازعات من اختصاص المركز المذكور، كما من شأن ذلك وضع تعاريف للاستثمار في مخالفة لما تم الاتفاق بين الأطراف، فمن غير المفهوم أن مجموعة من الاتفاقيات الدولية الثنائية وضعت تعريفا للاستثمار أكثر شمولية من التعريف الممنوح في قضية Salini و أن يتم قراءة تعريف الاستثمار في اتفاقية واشنطن بشكل ضيق و محصور.

و قد تم تأييد هذا الموقف من قبل لجنة الطعن التابعة ل CIRDI سنة ٢٠٠٩ في قضية شركة Historical Salvors ضد دولة ماليزيا[٦٦]، أما هيئة التحكيم في القرار الصادر عنها بتاريخ ٤ غشت ٢٠١١ في قضية شركة Abaclat ضد دولة الأرجنتين فقد اعتبرت أن المعايير المحددة من قبل هيئة التحكيم في قضية سالليني لم يتم التنصيص عليها في اتفاقية واشنطن، وبالتالي فإنها لا ترى أي مصلحة في الأخذ بهذه المعايير والتي لا يجب اعتمادها من أجل حصر مفهوم الاستثمار، و هو ما لم يحدده لا اتفاقية واشنطن و لا الأطراف المتعاقدة في الاتفاقية الثنائية للاستثمار[٦٧].

و يتبين مما سبق أن بعض هيئات التحكيم استبعدت المعايير المعتمدة في قضية Salini من أجل تحديد مفهوم الاستثمار و بالتالي استبعاد المعيار الموضوعي و فضلت الاعتماد على التعريف الوارد في الاتفاقية الدولية للاستثمار المطبقة في النزاع.

و في الأخير، و أمام عدم وجود تعريف اتفاقي للاستثمار و تضارب هيئات التحكيم في تحديده فإنه يقع على عاتق الجهة المدعية عبء اثبات عملية ما بمثابة استثمار، و بالتالي انعقاد اختصاص هيئة التحكيم[٦٨].

ثانيا: الحقوق الموضوعية للمستثمر في اتفاقية الاستثمار

يختلف تحكيم الاستثمار عن التحكيم التجاري الدولي التقليدي بشكل كبير، لكون الأول يرتكز على اتفاقيات الاستثمار المبرمة بين الدول، ثنائية كانت أو جماعية، أكثر من ارتكازه على العقود الخاصة كما هو الحال في التحكيم التجاري الدولي، وهذا الارتكاز الاتفاقي (اتفاقية الاستثمار) ومشاركة الدولة كطرف أساسي فيه يجعل من القانون الدولي العام اللبنة الأساسية في تحكيم الاستثمار.

و انطلاقا من كون اتفاقيات الاستثمار تهدف إلى حماية و تشجيع الاستثمار فإنها تتضمن مجموعة من القواعد المادية، التي تمنح للمستثمر مجموعة من الحقوق، و مخالفة الدولة لهذه القواعد يعتبر بمثابة مساس بالاستثمار، و تضمن هذه القواعد المادية

---

[٦٤] الفقرات ١٣٠و ١٣١ و ١٣٢ من حكم التحكيم.

[65] Affaire société Biwater Gauff c. Tanzanie, dossier CIRDI n° ARB/05/22, sentence de 24 juillet 2008, par. 312-314.

[66] Affaire société Malaysian Historical c. Malaysie, dossier CIRDI n° ARB/05/10, décision datée de 16 avril 2009, par. 79.

[67] Affaire société Abaclat and others c.Argentine, dossier CIRDI n° ARB/07/5, décision datée de 4 aout 2011, par. 364.

[٦٨] الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI بتاريخ ١٤ يوليوز ٢٠٠٦ في قضية شركة Azurix ضد الأرجنتين

للمستثمر المعاملة الفضلى والمثلى لاستثماره ورفع جميع الصعوبات القانونية والسياسية التي من شأنها عرقلة تدفق الاستثمارات أو تعريضها للخطر، غير أن تحديد هذه القواعد المادية وحصرها يرتبط بالمصطلحات المستعملة في اتفاقيات الاستثمار، التي يختلف شكلها و موضوعها باختلاف الاتفاقيات الدولية لتشجيع وحماية الاستثمار.

و من خلال الاطلاع على اتفاقيات الاستثمار الدولية، فإن القواعد المادية محددة ومحصورة، ومخالفة هذه القواعد من قبل الدولة المستقبلة للاستثمار تشكل من الناحية العملية أساس المطالبات المقدمة من قبل المستثمر، كما أن الاجتهادات التحكيمية في تطور مستمر فيما يتعلق بالتوسع في مضمون ومغزى هذه القواعد.

و تمنح معظم القواعد المادية حقوقا للمستثمر، و هي الحقوق الموضوعية التي من بينها ما يلي:

١- الحق في المعاملة الأكثر أفضلية(Le droit au traitement de la nation la plus favorisée) والحق في المعاملة الوطنية (Le droit au traitement national):

نصت الاتفاقيات الدولية للاستثمار على الحق في المعاملة الأكثر أفضلية و الحق في المعاملة الوطنية، غير أن هناك بعض الاتفاقيات التي ضمنتهما في شرط واحد، كما هو الحال في بعض الاتفاقيات المبرمة من قبل المغرب كالاتفاقية المبرمة مع إيطاليا[٦٩] والاتفاقية المبرمة مع السويد[٧٠] في حين هناك اتفاقيات أخرى نصت على كل حق من هاذين في بند مستقل.

و نظرا للاختلاف بين هاذين الحقين سنقوم بعرض كل حق على حدى، و ذلك وفق الشكل التالي:

أ- الحق في المعاملة الوطنية

يقوم هذا الحق على أساس عدم تمييز الدولة المستقبلة للاستثمار بين المستثمرين بناء على الجنسية، و يقوم هذا الحق على أساس التزام الدولة المستضيفة لاستثماره بمنح المستثمر الأجنبي نفس المعاملة التي يستفيد منها مستثمري هذه الدولة، و هذا الالتزام يمنح المستثمر الأجنبي حماية ضد بعض التصرفات التي من شأنها وضع المستثمر الأجنبي في وضعية تنافسية أقل بالمقارنة من المستثمر الوطني.

و مراقبة ما إذا كان الحق في المعاملة الوطنية الممنوحة للمستثمر قد تمت مخالفته ام لا، يمر من مرحلتين:

بداية يتعين التأكد ما إذا كان المستثمر الأجنبي و المستثمر المحلي موضوع المقارنة يمكن أن يكونا فعلا موضوع المقارنة ذاتها، و من أجل ذلك يتعين البحث ما إذا كان المستثمرين يمارسان نفس النشاط أو أن مجال معاملاتهما متقارب بما يكفي لإجراء هذه المقارنة.

---

[٦٩] جاء في المادة ٣ المعنونة ب شرط الدولة الأكثر رعاية والمعاملة الوطنية من الاتفاقية المبرمة بين المغرب و إيطاليا المؤرخة في ٢٦ سبتمبر ١٩٩٠ (ج.ر عدد ٤٨١٨ بتاريخ ٣ غشت ٢٠٠٠ ص ٢١٢٨)، ما يلي:

«١- على كل طرف متعاقد أن يمنح فوق اقليمه استثمارات وعائدات المستثمرين من الطرف المتعاقد الآخر معاملة لا تقل عن تلك التي يمنحها لاستثمارات و عائدات المستثمرين التابعين له و لاستثمارات و عائدات المستثمرين التابعين لأي دولة ثالثة.

٢- على كل طرف متعاقد أن يمنح فوق إقليمه لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر فيما يخص الإدارة، والصيانة والانتفاع، والتمتع أو التصرف في استثماراتهم، معاملة لا تقل رقاية عن تلك التي يمنحها للمستثمرين التابعين له أو للمستثمرين التابعين لدولة ثالثة.

٣- لا يجوز لمستثمري الطرفين المتعاقدين الاستفادة من المعاملة الوطنية فيما يخص الانتفاع من الإعانات والقروض والتأمينات والضمانات التي تقدمها حكومة أحد الطرفين المتعاقدين حصرا إلى رعاياها أو لشركاتها في إطار أنشطة برامج التنمية الوطنية.

٤- لا يجوز لمستثمري الطرفين المتعاقدين الاستفادة من المعاملة الممنوحة لمستثمري دولة ثالثة من قبل الطرفين المتعاقدين في نطاق اتحاد جمركي أو سوق مشتركة أو منطقة للتبادل الحر أو اتفاقية جهوية أو شبه جهوية أو اتفاق اقتصادي دولي متعدد الأطراف أو اتفاق مبرم بين أحد الطرفين. المتعاقدين وبين دولة ثالثة من أجل تجنب الازدواج الضريبي أو من أجل تسهيل التجارة على الحدود.»

[٧٠] جاء في المادة الثالثة من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المغرب والسويد بتاريخ ٢٦ سبتمبر ١٩٩٠ (ج.ر عدد ٥٧٤٣ المؤرخة في ١٥ يونيو ٢٠٠٩ ص: ٣٣٠٤)، ما يلي:

«١- لا يجب أن تخضع الاستثمارات المنجزة من طرف رعايا أو شركات أحد الطرفين المتعاقدين فوق تراب الطرف المتعاقد الآخر لمعاملة أقل أفضلية من تلك التي تمنح للاستثمارات التي تنجز فوق تراب هذا الطرف من قبل رعايا أن شركات دول أخرى.

٢- بالرغم من مقتضيات الفقرة ١، إذا أبرم طرف متعاقد معاهدة مع دولة أو عدة دول تتعلق بإنشاء اتحاد جمركي أو منطقة للتبادل الحر أو معاهدة لإرساء اتفاق للتعاون الاقتصادي الموسع قائم على اعتبارات خاصة سيكون حرا في منح معاملة أكثر أفضلية للاستثمارات المنجزة من طرف رعايا أو شركات الدولة أو الدول المنظمة لهذا الاتفاق كذلك أو من طرف رعايا أو شركات بعض هذه الدول. كما يكون كل طرف متعاقد حرا في منح معاملة أكثر أفضلية للاستثمارات المنجزة من طرف رعايا أو شركات دول أخرى، إذا كانت هذه المعاملة منصوصا عليها في اتفاقيات ثنائية أبرمت مع هذه الدول قبل تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق.

٣- لا ينبغي أن تؤول مقتضيات الفقرة ١ من هذه المادة بشكل يجبر أحد الطرفين المتعاقدين على تمتيع مستثمري الطرف المتعاقد الآخر بأية معاملة أو تفضيل أو امتياز مترتب عن اتفاقية ما أو تسوية دولية تتعلق كليا أو في معظمها بالضريبة أو عن تشريع وطني معين يتعلق كليا أو في معظمه بالضريبة.»

و بعد ذلك يتعين أن يكون التصرف الصادر عن البلد المستضيف للاستثمار قد وضع المستثمر الأجنبي في وضعية أقل أفضلية من وضعية المستثمر الوطني.

و قد اختلفت هيئات التحكم في تحديد ما إذا المستثمر ملزم بالإدلاء بما يفيد نية الدولة في اتخاذ الاجراء التمييزي، بين مؤيد لذلك[٧١] وبين رافض له[٧٢]، و في جميع الأحوال يمكن للدولة أن تبرر أن اتخاذ هذا الاجراء كان لأسباب شرعية ولارتباطها بالمصلحة العامة، وهو ما قضت به هيئة التحكيم في قضية شركة Gami ضد المكسيك[٧٣].

ب- الحق في المعاملة الأكثر أفضلية

يعتبر شرط المعاملة الأكثر أفضلية أو شرط الدولة الأكثر رعاية من الشروط التقليدية و الكلاسيكية في قانون الاتفاقيات، و يضمن هذا الحق للمستثمر الأجنبي معاملة لا تقل أفضلية عن تلك الممنوحة من قبل البلد المستضيف للاستثمار لباقي المستثمرين الأجانب الآخرين و إن كانوا ينتمون إلى بلد آخر ما دام أن البلد تربطه اتفاقية استثمار مع البلد المستضيف للاستثمار، و بعبارة أخرى، في حالة ما إذا كانت اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة «أ» و الدولة «ب» (الاتفاقية ١) تتضمن شرط المعاملة الأكثر أفضلية و أن الدولة «أ» أبرمت اتفاقية استثمار مع الدولة «ج» (الاتفاقية ٢) التي تتضمن مجموعة من الامتيازات أكثر من تلك الواردة في الاتفاقية ١، فإن المستثمرين المنتمين للدولة «ب» يمكنهم الاستفادة الامتيازات الواردة في الاتفاقية٢ في مواجهة الدولة «أ»، و الاستفادة من الامتيازات يشمل جميع الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة «أ» بما في ذلك الاتفاقية الجماعية.

و على خلاف الأمر بالنسبة للحق المتمثل في المعاملة الوطنية فإن هذا الحق يمنح حماية للمستثمر الأجنبي ضد بعض التصرفات التي من شأنها وضعه في وضعية تنافسية أقل من باقي المستثمرين الآخرين.

و مما سبق فإنه بناء على شرط المعاملة الأكثر أفضلية يمكن للمستثمر أن يستفيد من المعاملة العادلة و المنصفة المنصوص عليها في اتفاقية أخرى الموقعة بين البلد المستضيف لاستثماره و بلد آخر[٧٤]، كما يمكن بناء على هذا الشرط أن يستفيد المستثمر من طريقة احتساب التعويض عن مصادرة استثماره الأكثر أفضلية الوارد في اتفاقية استثمار أخرى طرفها الدولة المستضيفة للاستثمار[٧٥].

٢- الحق في المعاملة العادلة و المنصفة (Le droit à un traitement juste et équitable)

الحق في المعاملة العادلة و المنصفة يعتبر من الحقوق الأكثر شيوعا في الاتفاقيات الدولية للاستثمار، و يثير هذا الحق مجموعة من النقاشات في تحكيم الاستثمار تتمحور حول حدود و نطاق المعاملة العادلة و المنصفة التي يمكن أن يستفيد منها المستثمر الأجنبي، إذ اعتبرت بعض هيئات التحكيم أن المقصود بهذا الشرط هو أن تتعامل الدولة مع المستثمر بحسن نية و بكل شفافية[٧٦]، في حين اعتبرت لجنة التبادل الحر ل ALENA أن الشرط المذكور يساوي المعيار الأدنى لحماية الأجانب في القانون الدولي، و هو الأمر الذي يجعل مفهوم المعاملة العادلة و المنصفة مفهوما مرنا[٧٧] مما يسمح بإدخال مجموعة من التصرفات الصادرة عن الدولة في سلة خرق هذا الحق، لذلك فلا عجب أن نجده من بين الوسائل الأكثر استعمالا من قبل المستثمر في دعاواه التحكيمية.

و قد تضمنت اتفاقيات الاستثمار التي أبرمها المغرب هذا الشرط، كمثال على ذلك المادة ٢ من اتفاقية الاستثمار المبرمة مع ايطاليا بتاريخ ٢٦ سبتمبر ١٩٩٠ [٧٨]، التي جاء فيها ما يلي:

١. يقوم كل طرف متعاقد بتشجيع المستثمرين التابعين للطرف المتعاقد الآخر للقيام بالاستثمارات فوق اقليمه، و يرخص بهذه الاستثمارات وفق قوانينه وأنظمته الجاري بها العمل.

---

[٧١] الحكم التحكيم الصادر عن CIRDI في القضية عدد ٨/٠٢/ARB بتاريخ ٦ فبراير ٢٠٠٧ في قضية شركة Siemens ضد الأرجنتين.

[٧٢] الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ٢/٩٩/ARB بتاريخ ٢٥ يونيو ٢٠٠١ في قضية شركة Genin ضد استونيا.

[٧٣] الحكم التحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية الحرة وفقا لقواعد اليونسترال و NAFTA بتاريخ ١٥ نونبر ٢٠٠٤ في قضية شركة Gami ضد المكسيك، و في نفس النهج الحكم التحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية الحرة وفقا لقواعد اليونسترال و NAFTA بتاريخ ١٣ نونبر ٢٠٠٠ في قضية شركة Myers ضد كندا.

[٧٤] الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر عن CIRDI بتاريخ ١٤ نونبر ٢٠٠٥ في القضية عدد ٢٩/٠٣/ARB بين شركة Bayindir ضد الباكستان.

[٧٥] الحكم الحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية الحرة وفقا لقواعد اليونسترال بتاريخ ١٤ مارس ٢٠٠٣ بين شركة CME ضد التشيك.

[٧٦] الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية ع§دد ٢/٩٩/ARB بتاريخ ٢٥ يونيو ٢٠٠١ في قضية شركة Genin ضد استونيا.

[٧٧] الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ٣/٠٠/ARB بتاريخ ٣٠ أبريل ٢٠٠٤ في قضية شركة Waste ضد المكسيك.

[٧٨] هذه الاتفاقية منشورة في الجريدة الرسمية عدد ٤٨١٨ بتاريخ ٣ غشت ٢٠٠٠ ص ٢١٢٨:

٢. يتعين على كل طرف متعاقد أن يضمن معاملة عادلة و منصفة لاستثمارات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر. و يجب على كل طرف متعاقد أن يكفل لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر فوق اقليمه إدارة استثماراته و صيانتها و الانتفاع و التمتع بها و التصرف فيها ضد كل تدبير غير عادل أو تمييزي».

و يتضح من خلال الاطلاع على الأحكام التحكيمية الصادرة في هذا الشأن أن التصرفات الصادرة عن الدولة و التي يمكن اعتبارها مخالفة للمعاملة العادلة و المنصفة يمكن إجمالها في صنفين: التصرفات الصادرة عن الدولة التي تمس مباشرة بأموال أو مصالح المستثمر الأجنبي (١) و التصرفات التي تمس بالانتظارات المشروعة للمستثمر(٢).

أ- التصرفات التي تمس مباشرة بالمستثمر الأجنبي

يتبين من خلال الاطلاع على مجموعة من الأحكام التحكيمية، أن هيئات التحكيم كيفت التصرفات الصادرة عن الدولة والماسة مباشرة بأموال أو مصالح المستثمر تعتبر مخالفة لشرط المعاملة العادلة والمنصفة لمساسها، و من لين هذه التصرفات إنكار المحاكم الوطنية للعدالة أو عدم احترامها لقواعد المحاكمة العادلة[٧٩] ومتابعة المستثمر في إطار دعوى قضائية غير شفافة لعدم تبليغه بها[٨٠] وقيام السلطات العمومية ببعض التصرفات التي يمكن تصنيفها كأنها تحرش إداري[٨١] السحب غير المبرر للترخيص[٨٢] مخالفة الدولة لالتزاماتها التعاقدية اتجاه المستثمر[٨٣].

ب- الانتظارات المشروعة للمستثمر

بناء على شرط المعاملة العادلة و المنصفة يمكن للمستثمر الأجنبي أن يطالب الدولة بالتعويض لمساسها بانتظاراته المشروعة[٨٤]، وقد تعددت حالات الانتظارات المشروعة للمستثمر بين عدم تحقق انتظاراته المبنية على دراسات توقعية اعتمد فيها على إطار قانوني ومؤسساتي الذي كان ساريا في البلد المستضيف للاستثمار قبل الاستثمار فيه[٨٥] وبين عدم احترام الدولة المستضيفة للاستثمار لالتزاماتها أو تصريحاتها التي قدمتها الدولة من أجل جلب الاستثمار الأجنبي[٨٦].

٣- الحق في الحماية ضد المصادرة أو نزع الملكية (Le droit à une protection contre l'expropriation)

تتضمن اتفاقيات الاستثمار بندا بمقتضاه تلتزم الدولة المستضيفة للاستثمار بحماية المستثمر الأجنبي ضد مصادرة أو نزع ملكية الاستثمار، ومثال على هذا الشرط ذلك الوارد في المادة ٥ من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المغرب و إيطاليا، التي جاء فيها ما يلي:

١. لا يخضع مستثمرو الطرفين المتعاقدين لأي إجراء دائم أو مؤقت يحد من حق الملكية أو الحيازة أو الرقابة أو الانتفاع باستثماراتهم إلا إذا كانت تسمح به القوانين و الأنظمة الجاري بها العمل أو كان ذلك ناتجا عن قرار قضائي.

٢. لا يمكن لاستثمارات الطرفين المتعاقدين أو استثمارات مستثمريها أن تؤمم أو تنزع ملكيتها أو تخضع لتدابير ذات أثر مماثل للتأميم أو نزع الملكية فوق إقليم الطرفين المتعاقدين إلا إذا كام ذلك:

- من أجل المنفعة العامة؛

---

[٧٩] الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ٣/٩٨/ARB بتاريخ ٢٦ يونيو ٢٠٠٣ في قضية شركة Loewen ضد أمريكا.

للاطلاع أكثر على مسؤولية الدولة لإنكارها العدالة المرجو الاطلاع على: L. C. Delanoy et T. Prtwood : « La responsabilité de l'Etat pour déni de justice dans l'arbitrage d'investissement », Rev., Arb., 2005-3, p.603.

[٨٠] الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ٦/٩٩/ARB بتاريخ ١٢ أبريل ٢٠٠٢ في قضية شركة Cement ضد مصر.

- الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI وفقا لقواعد NAFTA في القضية عدد ١/٩٧/ARB(AF) بتاريخ ٣٠ غشت ٢٠٠٠ في قضية شركة Talbot ضد كندا.

[٨١] الحكم الحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية الحرة وفقا لقواعد NAFTA بتاريخ ٢٩ ماي ٢٠٠٣ بين شركة Techmad ضد المكسيك.

[٨٢] الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ٢/٠٠/ARB بتاريخ ١٢ أبريل ٢٠٠٢ في قضية شركة Cement ضد مصر.

[٨٣] الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI وفقا لقواعد NAFTA في القضية عدد ٢/٩٩/ARB(AF) بتاريخ ١١ أكتوبر ٢٠٠٢ في قضية شركة Mondev ضد أمريكا.

- الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ٦/٠٠/ARB بتاريخ ٢٢ ديسمبر ٢٠٠٣ في قضية شركة RFCC ضد المغرب.

[٨٤] أول حكم تحكيمي قضى بالتعويض بناء على المساس بالانتظارات المشروعة للمستثمر الحكم الصادر عن CIRDI في القضية عدد ٢/٠٠/ARB بتاريخ ٢٩ ماي ٢٠٠٣ في قضية شركة Tecmed ضد المكسيك.

[٨٥] الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ٨/٠١/ARB بتاريخ ١٢ ماي ٢٠٠٥ في قضية شركة CMS ضد الأرجنتين؛ الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ١/٠٢/ARB بتاريخ ٣ أكتوبر ٢٠٠٦ في قضية شركة LG&E ضد الأرجنتين.

[86] W.M Reisman et M.H Arsanjani : « The question of unilateral Governmental statements as applicable law in investmnt disputes », rev. CIRDI, 2004, p.328.

- وعلى أساس غير تمييزي ووفق إجراء قانوني؛
- ومقابل تعويض سريع، عادل و مناسب.

و المادة الرابعة من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المغرب و السويد التي جاء فيها ما يلي:

١- لا ينبغي لأي أحد من الطرفين المتعاقدين اتخاذ إجراءات التأميم أو نزع الملكية أو أي إجراء له نفس المفعول يجرد بشكل مباشر أو غير مباشر، رعايا أو شركات الطرف المتعاقد الآخر من الاستثمار أو مداخيل مرتبطة به أو ايراد ناتج عن تصفيته راجع للمستثمر إلا في حالة توفر الشروط التالية:

- أن تتخذ هذه الاجراءات في إطار المصلحة العامة و وفق الشكليات التي يتطلبها القانون؛
- أن تكون هذه الإجراءات غير تمييزية؛
- أن تكون هذه الإجراءات مصحوبة بالأداء المعجل و المناسب و الفعلي لتعويض يكون قابلا للتحويل طبقا لمقتضيات المادة ٥ الواردة أسفله.

٢- إذا تعرض مستثمر و أحد الطرفين المتعاقدين لخسارة استثمار فوق تراب الطرف المتعاقد الآخر من جراء حرب أو نزاع مسلح أو حالة طوارئ وطنية أو ثورة أو تمرد أو شغب فإنهم يمنحون فيما يخص أي إرجاع أو تعويض أو مقاصة أو تسوية أخرى، معاملة لا تقل أفضلية عن التي تمنح لمستثمري دولة ثالثة. و ستكون الأداءات المترتبة عن ذلك قابل للتحويل طبقا لمقتضيات المادة ٥ المشار إليها أسفله.

و يتضح مما سبق أن البنود المنظمة لعدم المصادرة أو عدم نزع الملكية لا تمنع الدولة عن اتخاذ هذه الإجراءات بل يتعين عليها، فقط، احترام الشروط المحددة في اتفاقية الاستثمار، و من ثمة ففي حالة مصادرة استثمار أجنبي (مباشرة كانت أو بطريقة غير مباشرة) أو نزع ملكيته لسبب يتعلق بالمصلحة العامة وغير تمييزي فإنه يتعين على الدولة و الحالة هاته تعويض المستثمر تعويضا عادلا و مناسبا.

و التأكد من مدى توفر المصلحة العامة من اختصاص هيئات التحكيم في إطار سلطتها التقديرية[٨٧].

المطلب الثاني: مراحل تسوية المنازعات الناتجة عن خرق الدولة لاتفاقية الاستثمار

يتبين من الرجوع إلى غالبية البنود التي تحدد نظام تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات و الواردة في اتفاقية الاستثمار أن هذه التسوية تمر عبر مرحلتين أساسيتين[٨٨]، المرحلة الأولى تتمثل في التسوية الودية للنزاع عن طريق التشاور و التفاوض (ثانيا) في حين المرحلة الثانية تتمثل في اختيار الجهة التي سيعرض أمامها النزاع (ثالثا).

وقبل الحديث عن الاختيارات المفتوحة أمام المستثمر من أجل مقاضاة الدولة، فإنه حري بنا أن نتطرق إلى الحماية الدبلوماسية التي يمكن أن تمنحها الدولة لمواطنها المستثمر عندما يلحقه ضرر نتيجة عمل غير مشروع صادر عن الدولة المستقبلة لاستثماره (أولا).

---

[٨٧] الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ٣/٩٥/ARB بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٩٩ في قضية شركة Goetz ضد البوراندي.

[٨٨] من بين هذه الشروط نجد المادة ٨ من الاتفاقية المبرمة بين المغرب و إيطاليا، بتاريخ ١٨ يونيو ١٩٩٠، حول تشجيع و حماية الاستثمارات على وجه التبادل (ج.ر عدد ٤٨١٨ بتاريخ ٣ غشت ٢٠٠٠)، التي جاء فيها ما يلي:

«١- كل أنواع المنازعات أو الخلافات، بما في ذلك المنازعات المتعلقة بمبلغ التعويض الواجب أداؤه عن نزع الملكية أو التأميم أو الإجراءات المماثلة، التي تنشأ بين أحد الطرفين المتعاقدين ومستثمر عن الطرف الآخر فيما يتعلق باستثمار خاص بالمستثمر المذكور فوق إقليم الطرف المتعاقد الأول، تتم تسويتها قدر الإمكان، بالتراض؛

٢- إذا لم تتم تسوية مثل هذه المنازعات بالتراضي في غضون ستة شهور من تاريخ طلب التسوية، يمكن للمستثمر المعني أن يعرض النزاع على:

أ) المحكمة المختصة للطرف المتعاقد المعني بالأمر؛

ب) محكمة تحكيم لهذا الغرض وفقا لنظام التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي؛

ج) المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من أجل تطبيق إجراءات التحكيم المنصوص عليها في اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى ومواطني الدول الأخرى الموقع عليها في واشنطن بتاريخ ١٨ مارس ١٩٦٥.

٣-يمتنع الطرفان المتعاقدان عن معالجة كل مشكل يتعلق بالتحكيم أو بمسطرة (إجراءات) قضائية جارية بالطرق الدبلوماسية، ما داكت هذه الإجراءات لم تنته بعد، و ما دام أحد الطرفين المعنيين لم يذعن لحكم محكمة التحكيم أو لمحكمة عادية تم اختيارها، ضمن آجال التنفيذ المحددة في الحكم أو ضمن الآجال التي يتم تحديدها على أساس نظام القانون الدولي أو الوطني المطبق في مثل هذه الحالة».

أولا: الحماية الدبلوماسية للمستثمر الأجنبي

تلعب الحماية الدبلوماسية دورا مهما في تفعيل مسؤولية الدولية للدولة، إذ أنه في حالة مساس دولة ما بحق من حقوق شخص أجنبي يمكن للدولة التي ينتمي لها هذا الأخير أن تباشر دعوى في مواجهة الدولة الصادر عنها الفعل غير المشروع وتحل محل مواطنيها، و ذلك عن طريق الحماية الدبلوماسية.

و قبل ١٩٥٩ سنة ظهور أول اتفاقية استثمار[٨٩]، لم يكن بإمكان الأجنبي مقاضاة الدولة المتسببة في الضرر، على الصعيد الدولي، إلا أمام المحاكم الوطنية أو طلب الحماية الدبلوماسية من الدولة التي ينتمي إليها[٩٠]، طالما أن المجتمعات السياسية كانت ترفض الاعتراف بالقدرة القانونية للشخص الأجنبي على متابعة الدولة، فقد كان يعامل الأجنبي و كأنه عدو[٩١].

و قد تم تكريس هذه الحماية الدبلوماسية في الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية سنة ١٩٢٤ في قضية Mavrommatis [٩٢]، فالدولة تتبني قضية أحد مواطنيها، من خلال تحريكها لإجراءات دبلوماسية أو قانونية دولية، مؤكدة بالتالي على حقها الخاص في حماية مواطنيها الذين لحقهم ضرر نتيجة خرق القانون الدولي.

و يبقى للدولة السلطة التقديرية في منح الحماية الدبلوماسية لمواطنيها، و هي السلطة التي تقوم في بعض الأحيان على أساس الملاءمة السياسية، إذ أن الدولة في بعض الحالات تفضل عدم تعويض أحد مواطنيها الذي لحقه الضرر على أن تدخل في نزاع قانوني مع دولة صديقة[٩٣]، غير أنه لا يوجد ما يمنع الدولة من منح حمايتها الدبلوماسية لمواطنيها، كما أن الدولة يمكن أن تمنح حمايتها الدبلوماسية لمواطنيها على الرغم من اشتراطهم في عقود الاستثمار التنازل عن هذه الحماية، فهيئات التحكيم لا تمنح أي أثر قانوني لمثل هذه الشروط التي يطلق عليها «شرط Calvo»، فلا يمكن مواجهة الدولة بهذا الشرط، فلا يمكن للشخص التنازل عن هذا الحق الذي لا يملكه و إنما هو ملك للدولة.

ولا يتم احتساب التعويض الذي يمكن أن تحصل عليه الدولة بناء على الضرر المعنوي اللاحق بها، و إنما بناء على الأضرار اللاحقة بالشخص المتضرر، و هو الأمر الذي أكده القاضي Morelli، في رأيه الفردي، الصادر بتاريخ ٥ فبراير ١٩٧٠ في قضية Barcelona Traction [٩٤].

و بصدور اتفاقية واشنطن، التي وضعت نظاما لتسوية منازعات الاستثمار بالإضافة إلى أن الحماية الدبلوماسية لا تعد مصدر اطمئنان للمستثمرين الأجانب[٩٥]، فقد أصبح من حق المستثمر الأجنبي متابعة الدولة مستقبلة الاستثمار مباشرة، و هو ما تم تكريسه من خلال الاتفاقيات الدولية لتشجيع و حماية الاستثمار، إذ أصبح التحكيم، و الحالة هاته، يجري بدون أي شكل من أشكال التدخل من قبل دول المستثمرين، و لا سيما التدخل عن طريق الحماية الدبلوماسية[٩٦].

ثانيا: مرحلة التسوية الودية عن طريق التشاور و التفاوض

تشترط بعض اتفاقيات الاستثمار عند قيام نزاع بين المستثمر الأجنبي و الدولة المستقبلة للاستثمار أن يتم تسوية هذا النزاع عن طريق التفاوض و الاستشارة، و ذلك في إطار الوقاية من المنازعة، و تعتبر هذه المرحلة مهمة و ضرورية إذ تحاول خلالها الأطراف،

---

[٨٩] يتعلق الأمر بأول اتفاقية ثنائية للاستثمار المبرمة، سنة ١٩٥٩، بين ألمانيا الفيدرالية والباكستان

[90] Andrés A. Cervantes Valarezo : « Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Arbitraje de Inversión », Spain Arbitration Review, 2017, Volume 2017 Issue 30, p. 81.

[91] Andrew Newcombe and Lluís Paradell: " Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment", Kluwer Law International, 2009, p. 4.

[92] CPJI, 30 août 1924, Grèce c/ Royaume-Uni, en Palestine, Rec. CPJI , série A, no 2

[93] Aishwarya Padmanabhan : « Relationship Between FDI Inflows and Bilateral Investment Treaties/International Investment Treaties in Developing Economies: An Empirical », 19 fevrier 2011, article publié sur le lien suivant :
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1764342.

[٩٤] يتعلق الأمر بالدعوى التي تقدمت بلجيكا في مواجهة اسبانيا أمام محكمة العدل الدولية، في إطار الحماية الدبلوماسية لمواطنيها، الحكم الصادر بتاريخ ٥ فبراير ١٩٧٠.

[٩٥] فاضل حاضري: «نظرات وملامح في إجراءات التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار»، مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس والعشرون- يناير ٢٠١٥، السنة السابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص: ١٧٣.

[٩٦] فاروق فهمي الحسيني: «التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول في العالم العربي ما بين الحاضر و المستقبل»، مجلة التحكيم العالمية، العدد ٤١، يناير ٢٠١٩، السنة ١١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص: ١١٥.

بحسن نية، التفاوض فيما بينها من أجل إيجاد حل ودي للنزاع أو البحث عن وسيلة ودية أخرى للتسوية كالتوفيق أو الصلح و تعتبر هذه المرحلة كإجراء أخير من أجل ايجاد حل و دي للنزاع و المحافظة على العلاقة فيما بين الأطراف قبل اللجوء إلى التحكيم الدولي، و على الرغم من أنه في غالب الأحوال لا تؤدي هذه المرحلة إلى التسوية الودية للنزاع.

و الجدير بالتذكير أن أغلب اتفاقيات الاستثمار المبرمة من قبل المغرب تنص على ضرورة تسوية النزاع مع الدولة المستقبلة للاستثمار مباشرة بالتراضي كمرحلة تسبق اللجوء إلى سواء إلى المحاكم الوطنية أو هيئات التحكيم[٩٧]، في حين أن الجيل الجديد من هذه الاتفاقيات اشترطت قبل اللجوء إلى التحكيم ضرورة المرور عبر مرحلة التفاوض و التشاور و ذلك عن طريق لجنة مشتركة، و نذكر على سبيل المثال الاتفاقية الموقعة مع نيجريا بتاريخ ٣ ديسمبر ٢٠١٦، إذ نصت في المادة ٢٦ منها على أنه في حالة قيام نزاع بين الطرفين يتعين حله عن طريق الاستشارة و التفاوض بواسطة هيئة مشتركة، وفق مجموعة من الشكليات المحددة في هذه المادة وأن اللجوء إلى التحكيم الدولي لا يكون إلا بعد مرور ٦ أشهر من تاريخ تقديم الطلب أمام هذه الهيئة دون حصول صلح و بعد استنفاذ جميع المساطر (الإجراءات) أمام المحاكم الوطنية للبلد المستضيف للاستثمار[٩٨]، و نفس المقتضيات نصت عليها الفقرات ٢ و ٣ و ٤ من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين المغرب و اليابان بتاريخ ٨ يناير ٢٠٢٠ [٩٩].

---

[٩٧] جاء في الفقرة ١ من المادة ٨ من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المغرب و إيطاليا ما يلي: «١- كل أنواع المنازعات أو الخلافات، بما في ذلك المنازعات المتعلقة بمبلغ التعويض الواجب أداؤه عن نزاع الملكية أو التأميم أو الإجراءات المماثلة، التي تنشأ بين أحد الطرفين المتعاقدين و مستثمر عن الطرف المتعاقد الآخر فيما يتعلق باستثمار خاص بالمستثمر المذكور فوق إقليم الطرف المتعاقد الأول، تتم تسويتها قدر الإمكان، بالتراضي؛»

[٩٨] جاء في المادة ٢٦ من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المغرب و نيجريا لسنة ٢٠١٦ (للإشارة هذه الاتفاقية لم يتم المصادقة عليها أمام البرلمان المغربي)، ما يلي:

«١) Before initiating an eventual arbitration procedure, any dispute between the Parties shall be assessed through consultations and negotiations by the Joint Committee.

2) A Party may submit a specific question of interest of an investor to the Joint Committee:

a) To initiate the procedure, the Party of the interested investor shall submit, in writing, its request to the Joint Committee, specif Ying the name of the interested investor and the encountered challenges and difficulties;

b) The joint Committee shall have 90 days, extendable by mutual agreement by 60 additional days, upon justification, to submit relevant information about the presented case;

c) In order to facilitate the search for a solution between the Parties, whenever possible, the following shall participate in the bilateral meeting:

- Representatives of the Investor;

- Representatives of the Parties or non-party entities involved in the measure or situation under consultation.

d) The procedure for dialogue and bilateral consultation ends by the initiative of any Party upon presentation of summarized report in the subsequent Joint Committee meeting, that shall include:

- Identification of the Party;

- Identification of the Investors;

Description of the measure under consultation; and

- Position of the Parties concerning the measure.

3) The Joint Committee shall, whenever possible, call for special meetings to review the submitted matters.

4) The meeting of the Joint Committee and all documentation, as well as steps taken in the context of the mechanism established in this Article, shall remain confidential, except for the submitted reports.

5) If the dispute cannot be resolved within six (6) months from the date of the written request for consultations and negotiations, the investor may, after the exhaustion of local remedies or the domestic courts of host State, resort to international arbitration mechanisms. »

[٩٩] جاء الفقرات ٢ و ٣ و ٤ من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المغرب و اليابان بتاريخ ٨ يناير ٢٠٢٠ (للإشارة هذه الاتفاقية لم يتم المصادقة عليها أمام البرلمان المغربي)، ما يلي:

« 2. Subject to subparagraph 6(b), nothing in this Article shall be construed so as to prevent an investor who is a party to an investment dispute (hereinafter referred to in this Article as “disputing investor”) from seeking administrative or judicial settlement within the Territory of the Contracting Party that is a party to the investment dispute (hereinafter referred to in this Article as “disputing Party”).

3 .Any investment dispute shall, as far as possible, be settled amicably through consultations and negotiations conducted in good faith between the disputing investor and the disputing Party (hereinafter referred to in this Article as “the disputing parties”). To this end, the disputing investor shall deliver to the disputing Party a written request for consultations setting out a brief description of facts regarding the measure or measures at issue. The consultation shall be commenced no later than thirty days after the date of its receipt by the disputing Party. Nothing in this paragraph precludes the use of nonbinding, third party procedures, such as good offices, conciliation or mediation.

4. If the investment dispute cannot be settled through such consultations within six months from the date of the receipt by the disputing Party of a written request for consultations pursuant to paragraph 3, the disputing investor may, subject to subparagraph 6(b), submit the investment dispute to one of the following international arbitrations:.. »

و تتميز هذه المرحلة بمجموعة من الشكليات التي يتعين على الجهة الطالبة احترامها كتوجيه كتاب إلى البلد المستضيف تعبر فيه عن رغبتها في تسوية المنازعة عن طريق التراضي طبقا لمقتضيات اتفاقية الاستثمار و ذلك داخل أجل محدد، وهو الأجل الذي تختلف مدته من اتفاقية إلى أخرى، و التبليغ يجب أن يكون بالطرق الرسمية غير أن بعض هيئات التحكيم اعتبرت أن مجرد توجيه خطاب يكفي لاعتباره تبليغا[١٠٠].

و بتبليغ الكتاب إلى البلد المستضيف، يتعين على المستثمر انتظار مرور هذه المدة قبل اللجوء إلى المرحلة الموالية، وخلال هذه المرحلة يمكن أن تجرى مفاوضات و مشاورات بين الطرفين المتنازعين، ففي حالة نجاح هذه المرحلة و ذلك من خلال إيجاد حل ودي للنزاع فإن هذا النزاع يوضع له حد نهائي و لا يمكن للمستثمر مباشرة أية متابعة سواء أمام المحاكم القضائية أو هيئات التحكيم، طالما أن عقد الصلح يتضمن شرطا ينص على تنازل المستثمر عن جميع المتابعات المرتبطة بالاستثمار موضوع الصلح.

أما في حالة عدم نجاح أو عدم التوصل إلى صلح طيلة المدة المحددة في اتفاقية الاستثمار فإن المستثمر يمكنه اللجوء إلى المرحلة الموالية.

ثالثا: مرحلة اختيار المحكمة التي سيعرض أمامها النزاع:

في حالة عدم نجاح المرحلة الأولى أو مرور أجلها حسب ما هو محدد في الاتفاقية فإن المرحلة التالية تتمثل في اختيار المحكمة أو الجهة التي سيلجأ إليها المستثمر لعرض نزاعه أمامها، و غالبا ما تنحصر أوجه الاختيار المعروضة أمام المستثمر بين المحاكم الوطنية للبلد المستضيف للاستثمار و هيئات التحكيم[١٠١].

و مما سبق فإن للمستثمر الحق في الاختيار الجهة التي سيعرض أمامها النزاع و الذي غالبا ما يكون الاختيار في التحكيم الدولي، سواء كان تحكيما خاصا Ad Hoc أو تحكيما مؤسساتيا، و في الحالة الأخيرة يتعين تحديد مركز التحكيم.

و من الناحية العملية، فإن غالبية اتفاقيات الاستثمار تشترط التحكيم المؤسساتي أمام CIRDI، و هو ما لا يثير الاستغراب ما دام أن هذا المركز انشأ خصيصا لتنظيم المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى، كما يمكن هذه الاتفاقيات أن تتضمن إمكانية اللجوء إلى التحكيم الحر وفقا لنظام التحكيم المعتمد لدى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المعروفة اختصارا ب CNUDCI أو وفقا لقواعد التحكيم المعتمدة من قبل غرفة التجارة الدولية بباريس CCI.

في حين أن بعض اتفاقيات الاستثمار تمنح للمستثمر الاختيار بين التحكيم المؤسساتي أو التحكيم الحر مع اعتماد قواعد التحكيم أو منح الأطراف المتنازعة الحق في الاختيار بالتوافق فيما بينها.

و اختيار المستثمر للتحكيم كآلية لتسوية المنازعات الناتجة عن اتفاقيات الاستثمار يتوقف على تحقق شرطين، الأول يتمثل في عدم وجود بند في اتفاقية الاستثمار يشترط اللجوء بداية إلى المحاكم الوطنية و استنفاذ المساطر (الإجراءات) القضائية المحلية (١)، أما الشرط الثاني فيتعلق بموافقة الدولة على اللجوء إلى التحكيم، و هو ما يعتمد على مضامين اتفاقية الاستثمار (٢).

١- اللجوء الأولي إلى المحاكم الوطنية

عرفت سنوات السبعينات و الثمانيات من القرن الماضي ظهور نوع جديد من البنود في اتفاقيات الاستثمار تشترط على الجهة المدعية، قبل اللجوء إلى التحكيم، تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات عن طريق المحاكم الوطنية للبلد المستضيف[١٠٢]، و ذلك تماشيا مع المادة ٢٦ من اتفاقية واشنطن التي تنص على أنه يمكن للدولة أن تشترط للموافقة على اللجوء إلى التحكيم أن يتم

---

[١٠٠] الحكم في الاختصاص الصادر عن CIRDI في قضية شركة Burlington ضد الاكوادور في القضية عدد ARB/٠٨/٥ بتاريخ ٢ يونيو ٢٠١٠ (الفقرة ٣٣٧).

[١٠١] كمثال على ذلك المادة ١٠ من اتفاقية تشجيع و حماية الاستثمار على وجه التبادل المبرمة بين فرنسا و الأرجنتين الموقعة بتاريخ ٣ يوليوز ١٩٩١ (ج ر عدد ١٢٨ بتاريخ ٥ يونيو ١٩٩٣ ص. ٨١٦٤)، التي جاء فيها ما يلي:

Les investissements ayant fait l'objet d'un engagement particulier de l'une des Parties contractantes à l'égard des investisseurs de l'autre» Partie contractante sont régis, sans préjudice des dispositions du présent Accord, par les termes de cet engagement dans la mesure où celui-ci «.comporte des dispositions plus favorables que celles qui sont prévues par le présent Accord

[١٠٢] Joachim Pohl, Kekeletso Mashigo & Alexis Nohen : « Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey », OECD Working Papers on International Investment, 2012/02.

بداية استنفاذ جميع المساطر (الإجراءات) الإدارية و القضائية الداخلية[١٠٣]، غير أن هذه الامكانية لم تستعمل بشكل كبير من قبل الدول[١٠٤].

و قد اختلفت اتفاقيات الاستثمار في تحديد الحالات التي يمكن فيها للجهة المدعية عرض النزاع على المحاكم الوطنية قبل اللجوء إلى التحكيم الدولي، و التي يمكن تحديدها في ثلاثة حالات، و هي كما يلي:

١. بعض الاتفاقيات تسمح للمستثمر اللجوء إلى التحكيم الدولي في حالة عدم صدور حكم عن المحاكم الوطنية داخل أجل محدد، و من بين هذه الاتفاقيات نذكر على سبيل المثال اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الأرجنتين وهولاندا المؤرخة في ٢٠ أكتوبر ١٩٩٢، إذ جاء في الفقرة ٣ من المادة ١٠ على أنه بعد مرور ١٨ شهر من تاريخ عرض النزاع على المحاكم الوطنية طبقا للفقرة ٢ و لم يصدر حكم قضائي نهائي أو أن الأطراف لا زالت في النزاع، يمكن للمستثمر اللجوء إلى التحكيم الدولي[١٠٥].

٢. بعض الاتفاقيات لا تسمح للمستثمر باللجوء إلى التحكيم الدولي إلا في حالة ما إذا كان الحكم القضائي الصادر عن المحاكم الوطنية لم يتمكن من الفصل النهائي في النزاع، من بين هذه الاتفاقيات، الاتفاقية المبرمة بين استراليا و الفلبين لسنة ٢٠٠٢، إذ جاء في الفقرة ٣ من المادة ٩ على أنه في حالة استمرار النزاع بين الأطراف بعد مرور ستة أشهر يمكن للمستثمر أن عرضه نزاعه على التحكيم الدولي[١٠٦].

٣. في حين هناك بعض اتفاقيات الاستثمار التي تشترط قبل اللجوء إلى التحكيم أن يكون الحكم القضائي الصادر عن المحاكم الوطنية مخالف لمبادئ القانون الدولي أو غير عادل بشكل صارخ أو يشكل انكارا للعدالة، و من جملة هذه الاتفاقيات، الاتفاقية المبرمة بين إيطاليا و الأوروغواي المؤرخة في ٢١ فبراير ١٩٩٠، إذ جاء في الفقرة ٣ في المادة ٩ على أنه في ما إذا أصدرت المحكمة الوطنية، المشار إليها في الفقرة ٢، حكما مخالفا للقانون الدولي أو غير عادل أو يشكل إنكارا للعدالة، ففي هذه الحالات تكون هيئة التحكيم هي المختصة للنظر في النزاع[١٠٧].

---

[١٠٣] جاء في المادة ٢٦ من اتفاقية واشنطن ما يلي: « Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un Etat contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés. »

[104] C. Schreuer, Calvo's Grandchildren : "The Return of Local Remedies in Investment Arbitration : The law and Practice of International Courts and Tribunals", 2005, spéc. p. 16.

[١٠٥] جاء في الفقرتين ٢ و ٣ من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الأرجنتين و هولاندا ما يلي: « 2) If such disputes cannot be settled according to the provisions of paragraph (1) of this article within a period of three months from the date on which either party to the dispute requested amicable settlement, either party may submit the dispute to the administrative or judicial organs of the Contracting Party in the territory of which the investment has been made.

3) If within a period of eighteen months from submissions of the dispute to the competent organs mentioned in paragraph (2) above, these organs have not given a final decision or if the decision of the aforementioned organs has been given but the parties are still in dispute, then the investor concerned may resort to international arbitration or conciliation. Each Contracting Party hereby consents to the submission of a dispute as referred to in paragraph (1) of this Article to international arbitration. »

[١٠٦] - جاء في الفقرة ٣ من المادة ٩ من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين استراليا و الفليبين ما يلي: « If such a dispute between an investor of one Contracting' Party and the other Contracting Party continues to exist after a period of six months, the investor shall be entitled to submit the case either to: (a) international arbitration of the International Centre for Settlement of Investment Disputes established pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States opened for signature at Washington D.C. on 18 March 1965 (ICSID Convention), or (b) an arbitrator or international ad hoc arbitral tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)." »

[١٠٧] جاء في الفقرتين ٢ و ٣ من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين إيطاليا و الأورغواي ما يلي: «2. Se una controversia non potra' essere risolta, ai sensi del comma 1 del presente Articolo, entro il termine di sei mesi a partire dalla data in cui una delle parti interessate l'abbia promossa, essa sara' sottoposta a richiesta di una delle parti medesime, ai competenti Tribunali della Parte Contraente nel cui territorio l'investimento sia stato effettuato. Qualora entro il termine di 18 mesi a partire dalla data nella quale la controversia stessa sia stata sottoposta ai predetti Tribunali, non sia stata emessa una sentenza, l'investitore interessato potra' ricorrere ad un tribunale arbitrale, che avra' competenza a risolvere tale controversia. 3. L'investitore interessato potra' ricorrere ad un Tribunale arbitrale nel caso che il competente Tribunale di cui al comma 2 del presente Articolo, abbia emesso una sentenza che si consideri essere in contrasto con norme di diritto internazionale, con i contenuti del presente Accordo, ovvero manifestamente ingiusta o configurare ipotesi di un diniego di giustizia. In tali casi il Tribunale arbitrale sara' competente a conoscere,

و بالتالي فإنه يتعين على المستثمر قبل اللجوء إلى هيئات التحكيم البحث عن تسوية المنازعات أمام المحاكم الوطنية وذلك داخل أجل معين .

و في هذا الاطار نجد المادة ٥ من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين اسبانيا و الأرجنتين التي اشترطت تسوية النزاعات التي تنشأ ضمن شروط هذه الاتفاقية أمام المحكمة المختصة للطرف المتعاقد الذي تم الاستثمار في إقليمه و ذلك قبل اللجوء إلى التحكيم الدولي[١٠٨].

و قد أكدت هيئة التحكيم في قضية شركة Maffezini ضد اسبانيا هذه المقتضيات، إذ اعتبرت في حكمها التحكيمي الصادر بتاريخ ٢٥ يناير ٢٠٠٠ أن بتضمين الاتفاقية هذا الشرط فإن الدولتين يتوخيان منه منح محاكمهما مكنة تسوية النزاع المتعلق بالاستثمار، و ذلك داخل أجل ١٨ شهر، قبل عرضه على التحكيم الدولي[١٠٩].

و مما تجدر الإشارة أن المغرب اتخذ نفس الإجراءات المتعلقة باشتراط اللجوء إلى المحاكم الوطنية قبل اختيار التحكيم الدولي، و ذلك في بعض الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، خاصة الاتفاقية المبرمة مع نيجريا بتاريخ ٣ ديسمبر ٢٠١٦ [١١٠].

و يثير الشرط المتعلق بضرورة استنفاذ جميع المساطر (الإجراءات) أمام المحاكم الوطنية قبل اللجوء إلى التحكيم بعض النقاشات، خاصة و أن هذه المساطر (الإجراءات) قد تدوم لسنتين أو أكثر، و لأجل ذلك فإن هيئات التحكيم حصرت آثار هذا الشرط في حالة ما إذا كان هذا الشرط لا طائل منه و أنه لن يؤدي سوى إلى تعطيل اللجوء إلى التحكيم، و في هذا الاطار نستحضر الحكم التحكيمي الصادر في شركة Abaclat ضد الأرجنتين بتاريخ ٤ غشت ٢٠١١ إذ اعتبرت الهيئة التحكيمية أنه، من الناحية العملية، يجب أن تكون هناك إرادة حقيقية من قبل المحاكم الوطنية على أنها ستقوم بمعالجة المسألة بشكل تؤدي إلى التسوية الفعالة للنزاع[١١١].

«.nella sua globalita', della controversia insorta

[١٠٨]جاء في المادة ٥ من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين اسبانيا و الأرجنتين ما يلي:

« ١- Disputes which arise within the terms of this Agreement concerning an investment between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party shall, if possible, be settled amicably by the parties to the dispute.

2. If the dispute cannot thus be settled within six months following the date on which the dispute has been raised by either party, it shall be submitted to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made.

3. The dispute may be submitted to international arbitration in any of the following circumstances:

(a) at the request of one of the parties to the dispute, if no decision has been rendered on the merits of the claim after the expiration of a period of eighteen months from the date on which the proceedings referred to in Para.2 of this Article have been initiated, or if such decision has been rendered, but the dispute between the parties continues;

(b) if both parties to the dispute agree thereto.

4. In the cases foreseen in Para.3, the disputes between the parties shall be submitted, unless the parties otherwise agree, either to international arbitration under the March 18, 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States or to an ad hoc arbitral tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

If after a period of three months following the submission of the dispute to arbitration by either party, there is no agreement to one of the above alternative procedures, the dispute shall be submitted to arbitration under the March 18, 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, provided that both Contracting Parties have become parties to the said Convention. Otherwise, the dispute shall be submitted to the above mentioned ad hoc tribunal.'

[١٠٩]الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ARB/٩٧/٧.

[١١٠]هذه الاتفاقية لم يتم المصادقة عليها من قبل البرلمان المغربي.

[١١١]جاء في الفقرة ٥٨٢ من الحكم الصادر عن CIRDI في قضية شركة Abaclat ضد الأرجنتين بتاريخ ٤ غشت ٢٠١١ ما يلي: «This question in turn requires a of its work Argentina in being given the opportunity to address the dispute through the frame weighting of the interests of the Parties, i.e., of resolution mechanism. Thus, the Tribunal is of the view domestic legal system, and of Claimants in being provided with an efficient dispute litigation requirement can only be considered incompatible with the system of Article 8where it unduly that the disregard of the 18 months hits domestic legal system. In this respect, the Tribunal considers deprived the Host State of a fair opportunity to address the issue through Host State, through its not only be a theoretical opportunity, but there must be a real chance in practice that the that this opportunity must effective resolution of the dispute courts, would address the issue in a way that could lead to an».

٢- موافقة الدولة على اللجوء إلى التحكيم

يتطلب التحكيم المبني على اتفاقية الاستثمار موافقة الدولة الطرف على اللجوء إلى التحكيم. وذلك لأن، كمبدأ عام، يقوم التحكيم على الموافقة المتبادلة بين أطراف التحكيم، كما أن المادة ٢٥ من اتفاقية واشنطن تشترط الموافقة الكتابية للأطراف على عرض نزاعهم أمام CIRDI، هذا بالإضافة إلى أن تنفيذ قرارات التحكيم بموجب اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ يتوقف على اتفاق تحكيم صحيح. الأمر الذي يطرح التساؤل حول شكليات قبول و موافقة الدولة على اللجوء إلى التحكيم طبقا لاتفاقية الاستثمار؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تختلف من اتفاقية إلى أخرى بحسب الصياغة المعتمدة في كل واحدة منها، فمن وجهة نظر المستثمر فإن اتفاقيات الاستثمار تنقسم إلى قسمين، الأولى الاتفاقيات التي توافق فيها الدول مبدئيا و صراحة على اللجوء إلى التحكيم (I)، في حين القسم الثاني تتعلق بالاتفاقيات التي تتحفظ فيها الدول صراحة أو ضمنا على اللجوء إلى التحكيم، و بما أن التحكيم يتوقف على الموافقة الصريحة للطرفين على اللجوء إلى هذه الآلية بعد قيام النزاع (II)، فللمستثمر الحق في اللجوء إلى التحكيم مباشرة بالنسبة للاتفاقيات الأولى في حين في الحالة الثانية لا يمكنه ذلك ما دام أن الدولة تحفظت على اللجوء إلى هذه الوسيلة ضمنا أو صراحة.

أ- الموافقة الصريحة للدولة

بالنسبة للفئة الأولى هناك مجموعة من الاتفاقيات التي تتضمن شروط تنص صراحة على موافقة الدولة على تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، من بينها مجموعة من الاتفاقيات التي وقع عليها المغرب[١١٢].

و تكون موافقة الدول الأطراف في هذه الاتفاقيات صريحة و مقدمة مسبقا، و الموافقة المبدئية للدول لا تهم مستثمر واحد و من ثمة فإن اتفاق التحكيم يتضمن دائما موافقة المستثمر الذي يعبر عنها من خلال تقديمه طلب التحكيم، و قد اعتبرت الهيئة التحكيمية في قضية الشركة الأمريكية AMT ضد الزائير (سابقا) في حكمها التحكيمي الصادر بتاريخ ٢١ فبراير ١٩٩٧ [١١٣] أنه بعد الاطلاع على المادة ٧ من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين أمريكا و الزائير فإن موافقة الأطراف على اللجوء إلى تحكيم CIRDI تستنتج ببساطة من اتفاقية الاستثمار. لذلك فإنه يتعين تبيان أن هناك أيضًا اتفاق بين الطرفين المتنازعين، و بما أن شركة AMT عرضت النزاع أمام CIRDI فإنها عبرت عن اختيارها دون أي لبس أو غموض، و بالتالي يترتب عن موافقة الزائير المعبر عنها في المادة ٧ المشار إليها أعلاه، ينتج الموافقة المطلوبة و الضرورية لقيام اختصاص CIRDI.

و نستحضر في هذا الاطار الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر في قضية الشركة الأمريكية Lanco ضد الأرجنتين الصادر بتاريخ ٨ ديسمبر ١٩٩٨ [١١٤]، التي تقدمت بطلب التحكيم أمام CIRDI بناء على المادة ٧ من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الأرجنتين و أمريكا التي تمنح للمستثمر الاختيار بين اللجوء إلى المحاكم الوطنية الأرجنتينية أو التحكيم الدولي، و قد اختار المستثمر التحكيم، علما بأن الطرفان يجمعهما عقد امتياز الذي يتضمن شرطا يمنح اختصاص النظر في النزاع للمحاكم القضائية لولاية Buenos Aires.

و قد دفعت الأرجنتين بعدم الاختصاص لعدم موافقتها كتابيا على اللجوء إلى التحكيم طبقا لمقتضيات المادة ٢٥ من اتفاقية واشنطن ما دام أن الأطراف اتفقت على تسوية المنازعات الناشئة عن العقد أمام المحاكم الأرجنتينية.

و قد اعتبرت هيئة التحكيم أن موافقة الأرجنتين على اللجوء إلى التحكيم المعبر عنه في اتفاقية الاستثمار بين الأرجنتين و أمريكا بمثابة عرضا مفتوحا لفائدة مستثمري البلد الآخر، و أن هذا العرض قبلته الشركة الأمريكية من خلال تقديمها طلب التحكيم أمام CIRDI.

يثير الطابع الملزم لهذا النوع من العروض جدلا، على اعتبار أن إبرام الاتفاقية يكون بين دولتين أو أكثر. في حين أنه موافقة الدولة الواردة في تشريعها الوطني يمكن تفسيره على أنه فعل انفرادي للدولة، والذي قد ينطوي على مسؤوليتها، في حين أن بموجب العرض الوارد في الاتفاقية فإن الدول تتعهد بالتزامات متبادلة فيما بينها والتي ربما ينبغي تطبيقها فقط في مواجهة الدول

[١١٢] نذكر على سبيل المثال الاتفاقيات الثنائية التي أبرمها المغرب مع كل من نيجريا (٢٠١٦) و اليابان (٢٠٢٠) و البرازيل (٢٠١٩).
[١١٣] الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ARB/٩٣/١ بتاريخ ٢١ فبراير ١٩٩٧.
[١١٤] الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر عن CIRDI في القضية عدد ARB/٩٧/٦.

المتعاقدة نفسها[١١٥] ومن ثمة فإن المستثمر في هذا الحالة يعتبر طرفا ثالثا مستفيدا من حماية الاتفاقية، بما في ذلك الحق في اللجوء إلى التحكيم في منازعات الاستثمار مع الدولة المضيفة.

ب- الموافقة المشروطة للدولة

أما النوع الثاني من اتفاقيات الاستثمار فإنها لا تعتمد التحكيم كوسيلة للتسوية إلا بعد الموافقة، الصريحة أو الضمنية، للدولة أو بعد ابرام اتفاق تحكيم مستقل بين الدولة و المستثمر، و في هذا الخصوص نصت الفقرة الأولى من المادة ٩ من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين ماليزيا و السويد على أنه في حالة قيام نزاع بين مستثمر أحد البلدين و البلد الآخر فإنه يتعين، بعد اتفاق أطراف النزاع، اللجوء إلى التحكيم أمام CIRDI [١١٦]، و كذلك المادة ١٠٧ من اتفاقية الشراكة الاقتصادية المبرمة بين اليابان و الفليبين بتاريخ ٩سبتمبر ٢٠٠٦ [١١٧] والمادة ١١,١٦ من اتفاقية التبادل الحر بين أمريكا و أستراليا المؤرخة في ١٨ ماي ٢٠٠٤ [١١٨].

من خلال استقراء هذه الشروط يتبين أن الدولة تحتفظ لنفسها بالحرية في اتخاذ القرار، و مسطرة (إجراءات) التحكيم لا يمكن تفعليها إلا بعد موافقة الدولة، و من ثمة فإن هذا الشرط لا يعتبر موافقة تلتزم بمقتضاه الدولة على اللجوء إلى التحكيم بل إن الأمر يتطلب من أجل قيام اختصاص CIRDI أن يتم إبرام اتفاق تحكيم بين كل المستثمر و البلد المستقبل لاستثماره[١١٩].

و يتضح، مما سبق، أن هذه الشروط و إن كانت تدعم التحكيم باعتباره الطريقة المناسبة و المثلى لحل منازعات الاستثمار، فإنها تحتفظ للدولة باستقلالها السيادي عند التعامل مع منازعات الاستثمار على أساس كل حالة على حدى. ومن ثمة، فإن هذه الشروط تتشابه و آلية اللجوء المسبق إلى المحاكم الوطنية المذكورة أعلاه، باستثناء أن الآلية الأخيرة تمنح للمستثمر حقًا ملزمًا في التحكيم، على الرغم من تأجيله و ارتباط تحققه بمجموعة من الشروط، في حين أن شرط رفض الموافقة لا ينشأ أي حق في التحكيم، فكفة التوازن أضحت تميل لفائدة الدولة، التي تتمتع بامتياز قبول أو رفض التحكيم كآلية لتسوية نزاع الاستثمار في حالة ما إذا اختار المستثمر هذا الخيار، ولكنها غير مجبرة على قبوله.

و في الأخير فإن التساؤل يطرح حول مصير مسطرة (إجراءات) التحكيم الدولي في حول لجوء المستثمر إلى التحكيم الدولي مباشرة دون احترام الشروط المتعلقة باستنفاذ المساطر (الإجراءات) القضائية؟ و هل هذه الشروط تعتبر تقييدا لإرادة المستثمر أم تتعلق فقط بشروط إجرائية أو عدم القبول؟

يتبين من خلال الاطلاع على بعض الأحكام التحكيمية أن الرأي الغالب يتجه نحو إمكانية تجاوز مرحلة التسوية الودية[١٢٠]، وأن

[115] Jan Paulsson : « Arbitration Without Privity », 10(2) ICSID Rev. (1995).

[١١٦] جاء في الفقرة الأولى من المادة ٩ من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين السويد و ماليزيا و المؤرخة في ٣ مارس ١٩٧٩،ما يلي: "In the event of a dispute arising between a national or a company of one Contracting Party and the other Contracting Party in connection with an investment in the territory of that other Contracting Party, it shall upon the agreement by both parties to the dispute be submitted for arbitration to the International Centre for Settlement of Investment Disputes established under the Washington Convention …"

[١١٧] جاء في المادة ١٠٧ من اتفاقية الشراكة الاقتصادية المبرمة بين اليابان و الفليبين ما يلي: « ١. The Parties shall enter into negotiations after the date of entry into force of this Agreement to establish a mechanism for the settlement of an investment dispute between a Party and an investor of the other Party. 2. In the absence of the mechanism for the settlement of an investment dispute between a Party and an investor of the other Party, the resort to international conciliation or arbitration tribunal is subject to mutual consent of the parties to the dispute. This means that the disputing Party may, at its option or discretion, grant or deny its consent in respect of each particular investment dispute and that, in the absence of the express written consent of the disputing Party, an international conciliation or arbitration tribunal shall have no jurisdiction over the investment dispute involved."

[١١٨] جاء في المادة ١١,١٦ من اتفاقية التبادل الحر بين أمريكا و أستراليا المؤرخة في ١٨ ماي ٢٠٠٤ ما يلي: « If a Party considers that there has been a change in circumstances affecting the settlement of disputes on matters within the scope of this Chapter and that, in light of such change, the Parties should consider allowing an investor of a Party to submit to arbitration with the other Party a claim regarding a matter within the scope of this Chapter, the Party may request consultations with the other Party on the subject, including the development of procedures that may be appropriate ».

[119] Dolzer et Stevens : « Bilateral Investment Treaties », The Hague, 1995, p.132.

[١٢٠] من بين هذه الأحكام التحكيمية نذكر على سبيل المثال ما يلي:

- الحكم في الاختصاص الصادر عن CIRDI في قضية شركة Wena ضد مصر في القضية عدد ٤/٩٨/ARB بتاريخ ٨ ديسمبر ٢٠٠٠؛
- الحكم الصادر عن هيئة تحكيم حرة وفقا لقواعد اليونسترال في قضية شركة Lauder ضد التشيك بتاريخ ٣ سبتمبر ٢٠٠١؛

هذه المرحلة تعتبر بمثابة إجراء مسطري بدلاً من كونها إلزامية وقضائية في طبيعتها، ومن ثمة، لا يعتبر الامتثال لمثل هذا البند شرطًا أساسيًا لقيام اختصاص الهيئة التحكيمية[١٢١].

كما اعتبرت هيئة التحكيم في قضية شركةAbaclat ضد الأرجنتين أن استنفاذ المساطر (الإجراءات) الداخلية يعتبر بمثابة الزام مسطري الذي لا يهم سوى الطريقة التي يتعين من خلالها على الأرجنتين التعبير عن إرادتها، و بناء على ذلك فإن الشرط الأولي قبل اللجوء إلى التحكيم لا يمس السؤال الجوهري المتعلق بمعرفة ما إذا كانت الدولة قد منحت موافقتها على اللجوء إلى CIRDI [١٢٢].

و على خلاف ما سبق فقد اعتبرت هيئة التحكيم في قضيةMaffezini ضد اسبانيا أن التقادم المتعلق باستنفاذ المساطر (الإجراءات) الداخلية بمثابة تقادم قضائي و اعتبرت كأنه شرط الزامي قبل الموافقة، ففي حالة عدم احترام المستثمر لهذه الإجراءات فإنه يتعين على محكمة التحكيم رفض النظر في النزاع لعدم اختصاصها و لعدم وجود أساس آخر يسمح بقيام هذا الاختصاص[١٢٣].

خاتمة

نظرا للمكانة التي أصبحت تحتلها الاتفاقيات الدولية لحماية و تشجيع الاستثمار و الفعالية التي أضحت تتسم بها، سواء كأداة لتشجيع وحماية الاستثمار أو كآلية لتحقيق التنمية المستدامة، فإن التجربة والممارسة التحكيمية أبانت، بعد مرور أكثر من ٥٥ سنة على دخول اتفاقية واشنطن حيز التنفيذ ووجود أكثر من ٣٣٠٠ اتفاقية دولية للاستثمار عبر العالم، عن مجموعة من الملاحظات خاصة في مجال مسؤولية الدولة، باعتبار هذه الاتفاقيات مصدر من مصادر هذه المسؤولية، مما استدعى طرح مجموعة من الخلاصات المنبثقة عن تناول موضوع «المسؤولية الدولية للدلة في إطار الاتفاقيات الدولية لحماية و تشجيع الاستثمار» ، التي من جملتها ما يلي:

- الأحكام التحكيمية الصادرة في المنازعات الناتجة عن الاستثمارات، لا سيما الصادرة عن CIRDI، وسعت من نطاق المسؤولية الدولية للدولة المبنية على خرق الاتفاقيات المذكورة؛

- هذه الأحكام التحكيمية خلقت نوع من عدم التوازن بين حقوق المستثمرين و مصالح الدولة، سواء تعلق الأمر بعدم التوازن الشكلي، إذ يحق للمستثمر اللجوء إلى التحكيم لمجرد أن الدولة المستقبلة للاستثمار طرفا في اتفاقية الاستثمار حتى في ظل غياب موافقة صريحة من قبل الدولة، أو بعدم التوازن الموضوعي لوجود التزامات عامة و غير محددة لفائدة المستثمرين في مقابل التزامات محصورة في مواجهة المستثمر وإن لم نقل التزامات غائبة؛
- اعتبار الدولة المستقبلة للاستثمار «طرفا ضعيفا» في الدعوى التحكيمية المبنية على اتفاقيات الاستثمار، و مرد ذلك إلى الصياغة المعتمدة في الاتفاقيات المبرمة في تسعينيات القرن الماضي وفق النموذج المحدد و المفروض من قبل الدول مصدرة رؤوس الأموال و الفكر الذي كان رائجا آنذاك القائم على اعتبار أن الاتفاقيات مجرد «قطعة ورقة»[١٢٤].
- نظام تسوية المنازعات الناتجة عن اتفاقيات الاستثمار وصل إلى مرحلة الأزمة، الناتجة عن تعدد وكثرة الاتفاقيات الدولية للاستثمار (أكثر من ٣٠٠٠ اتفاقية) و ما ترتب عن ذلك من صدور أحكام تحكيمية متضاربة و غير متجانسة؛

- الحكم في الاختصاص الصادر عن هيئة تحكيم حرة وفقا لقواعد اليونسترال وقواعد NAFTA في قضية شركة Ethyl ضد كندا بتاريخ ٢٤ يونيو ١٩٩٨؛
- الحكم الصادر عن CIRDI في قضية شركة Biwater ضد تانزانيا بتاريخ ٢٤ يوليوز ٢٠٠٨.

[١٢١]الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في قضية شركة SGC ضد الباكستان تحت عدد ARB/٠١/١٣ بتاريخ ٦ غشت ٢٠٠٣.

[١٢٢]جاء في الفقرة ٤٩٦ من الحكم الصادر عن CIRDI في قضية شركة Abaclat ضد الأرجنتين بتاريخ ٤ غشت ٢٠١١ ما يلي: « The Tribunal is of the opinion that ١٨ the negotiation and months litigationrequirements relate to the conditions for implementation of Argentina's consent to ICSIDjurisdiction and arbitration, and not the fundamental question of whether Argentinaconsented to ICSID jurisdiction and arbitration. Thus, any non-compliance with suchrequirements may not lead to a lack of ICSID jurisdiction, and only – if at all – to a lack ofadmissibility of the claim, and (will thus be addressed when dealing with issues ofadmissibility (see §§ 567 et seq. below ».

[١٢٣]الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر عن CIRDI بتاريخ ٢٥ يناير ٢٠٠٠ في القضية عدد ARB/٩٧/٧.

[١٢٤]حسب التعبير الذي منحته الحكومة الألمانية، على لسان مستشارها (Theobald von Bethmann-Hollweg)، للمعاهدة الدولية التي ضمنت حياد بعض الدول الأوروبية خلال الحرب العالمية الأولى (١٩١٤-١٩١٨)، وذلك يوم ٨ غشت ١٩١٤، و الذي اعتذر لاحقًا لقوله هذه الكلمات. (حسب ما جاء في المقال التالي: (Arnoldo Wald : «A New Approach to International Investment Agreements (IIAS) in Brazil », in Miguel Angel Fernandez-Ballester and David Arias .Lozano (eds), Liber Amicorum Bernardo Cremades, Wolters Kluwer España, La Ley 2010, p. 1183)

و بما أن القانون الاقتصادي الدولي أصبح، في ظل التطورات الاقتصادية و التكنولوجية التي يعرفها العالم، أكثر فعالية، كقانون يساعد و يحفز على التفاوض و الأكثر استعمالا في مجال تسوية المنازعات، بغية الوصول قدر المستطاع إلى حلول عادلة و منصفة و سريعة، كما أضحى هذا القانون حافزا قويا للتجارة الدولية و للاستثمارات الأجنبية و عنصرا هاما لضمان التنمية المستدامة، فإن الاتفاقيات الدولية للاستثمار، باعتبارها مصدرا من مصادر القانون الاقتصادي الدولي، تعد الأداة الأكثر ملاءمة لحماية وتشجيع الاستثمارات.

وحفاظا على مكانة هذه الاتفاقيات في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية ومكانة الدولة كمستقبلة لهذه الاستثمارات، فإننا نتقدم بمجموعة من الاقتراحات القمينة بالبحث عن حلول واقعية ومرنة للإشكالات التي طرحها تبني التحكيم كآلية لتسوية المنازعات الناتجة عن الاستثمارات، والتي من بينها:

- دعوة الدول إلى تبني نظرة أكثر واقعية لسياساتها التشريعية في أفق تحصين وضعيتها القانونية قبل إثارة مسؤوليتها الدولية في مواجهة مجتمع تحكيمي دولي، محصور بين الشركات القانونية الكبرى و محكمين محددين و محصورين، هدفه الأول الدفاع عن مصالح الخاصة للمستثمرين قبل المصلحة العامة للدولة وتشجيع إقامة الدعاوى في مواجهة البلدان التي تمر من أزمات اقتصادية كما حدث في الأرجنتين (سنتي ٢٠٠١ و ٢٠٠٢) أو أندونسيا أو فينزويلا،

- من الضروري أن تكون الدول أكثر وعيا بالتزاماتها الدولية المنصوص عليها في اتفاقيات الاستثمار وذلك بغية التقليص من احتمالات المطالبات الاتفاقية و التدبير الأمثل للدعاوى التحكيمية، إذ أبانت الممارسة التحكيمية حجم الآثار القانونية و المالية التي يمكن أن تترتب عن اتفاقيات الاستثمار و العواقب السياسية المترتبة عن التدفق المستمر للدعاوى التحكيمية، فمصلحة المستثمرين والدول على حد سواء تدعو إلى البحث عن تحقيق توازن في العمليات الاستثمارية، فنجاح و فعالية هذه الأخيرة يتوقف على خلق نظام ملائم وفعال ومحايد لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العمليات الاستثمارية.

- تفاديا للتضارب بين الأحكام التحكيمية و بين المصالح، يتعين البحث عن «آلية متعددة الأطراف» تتوخى تسوية المنازعات الناتجة اتفاقيات الاستثمار، كما هو الحال بالنسبة للمشروع المقدم من قبل الاتحاد الأوربي المتعلق بإنشاء محكمة دولية دائمة لفض منازعات الاستثمار، غير أن البحث عن هذه الآلية لازالت مجرد «فكرة» مطروحة أمام المهتمين في مجال تحكيم الاستثمار وتتطلب سنوات من الدراسة و التمعن، قصد بلورتها على أرض الواقع؛

- إعادة النظر في الاتفاقيات الدولية لحماية وتشجيع الاستثمار وذلك من خلال رسم حدود مسطَّرة (مقننة) ومحددة تبعا لموضوع الاستثمار شريطة احترام هذه الاتفاقيات للسياسات الداخلية للدولة وضمان حقها السيادي في التشريع، خاصة في مجالات البيئة والصحة والشغل و كذا احترام حقوق الانسان و السياسة النقدية؛

- ضرورة انخراط المجتمع الدولي المعني بتحكيم الاستثمار في هذا النقاش، كالمؤسسات الدولية CNUDCI وOECD و مراكز التحكيم الدولية خاصة CIRDI و CCI، بالإضافة إلى فقه تحكيم الاستثمار، و في هذا الخصوص فقد فتحت مجموعة من الأوراش على المستوى الدولي تهدف إلى إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين و الدولة (RDIE) و تعديل أنظمة التحكيم بالنسبة لبعض مراكز التحكيم كما هو الشأن بالنسبة ل CIRDI.

ولا يسعنا في الأخير إلا أن نشيد بالمجهودات التي تقوم بها مجموعة من الدول المرتبطة بتعديل اتفاقياتها الدولية للاستثمار، بشكل يسمح بخلق توازن بين مصلحتها العامة و المصالح الخاصة للمستثمرين و البحث عن التناسق بين أحكام التحكيم، ومن بين هذه الدول نجد المغرب[١٢٥] وجمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأمريكية و كندا. غير أن التساؤل الذي يظل مطروحا: هل هذه التعديلات قمينة من أجل إعادة النظر في المسؤولية الدولية للدولة في اتفاقيات الاستثمار في ظل فقدان الثقة في تحكيم الاستثمار وارتفاع الأصوات المتسائلة حول شرعية (légitimité) وفاعلية نظام تسوية المنازعات بين الدول والمستثمرين؟

[١٢٥] نذكر على سبيل المثال الاتفاقيات الثنائية التي أبرمها المغرب مع كل من نيجريا (٢٠١٦) و اليابان (٢٠٢٠) و البرازيل (٢٠١٩).