

## مفهوم "الاستثمار" في المادة 25 من معاهدة واشنطن 1965

يحيى إكرام بدر

### ملخص

يهدف هذا البحث إلى دراسة مفهوم "الاستثمار" الذي ورد في نص المادة 25 من معاهدة واشنطن 1965، وأهمية هذا البحث تأتي بأن المادة 25 هي التي تنظم حدود الاختصاص الموضوعي لمركز الأكسيد. وفي ظل غياب تعريف "الاستثمار" تباينت أحكام الأكسيد بين اتجاهين رئيسيين: الأول، هو الاتجاه الرضائي المحض الذي يرى أن مسألة التعريف متروكة لإرادة الأطراف دون قيد أو شرط، فتصبح كل ما يعده الطرفين منازعة متعلقة بالاستثمار ضمن الاختصاص الموضوعي لمركز الأكسيد. والاتجاه الثاني المقابل له وهو الاتجاه الرضائي المقيد يرى أن إرادة الأطراف ليست كافية لانعقاد الاختصاص الموضوعي لمركز الأكسيد، وإنما ينبغي أن تتوفر في النزاع بعض الخصائص الموضوعية ليصبح متعلقاً بالاستثمار على اعتبار أن واضعي نصوص معاهدة واشنطن 1965 كان لهم تصور محدد في أذهانهم لنوعية المنازعات التي يجوز عرضها على مركز الأكسيد. لكن كما تبين من هذا البحث أن كلا الاتجاهين غير قادرين على الوصول إلى تعريف منضبط "للاستثمار" لأسباب راجعة إلى طبيعة التحكيم كآلية لفض المنازعات تمتاز بضعابية مرجعيتها القائمة على هيئات ذات تكوين مؤقت غير دائم وإلى رغبة هيئات التحكيم في عدم التخلي عن النظر في الدعوى المعروضة خشية أن يكون ذلك سبباً في الإضرار بالمستثمر الذي سيضطر إلى اللجوء إلى وسائل أخرى، أقل فعالية وقوة لفض نزاعه من الدولة المضيفة للاستثمار كالحماية الدبلوماسية. فهيئات التحكيم بمركز الأكسيد أصبحت الآن تختص بنظر جميع الدعاوى التي يرفعها أجانب على الدول المضيفة للاستثمار. فلا يعد اختصاص المركز قاصراً على نظر منازعات مرتبطة باستثمار سواء بطريق المباشر أو غير المباشر.

الكلمات المفتاحية: الأكسيد – تعريف الاستثمار – تحكيم

[http://dx.doi.org/  
10.5339/irl.2014.2](http://dx.doi.org/10.5339/irl.2014.2)

Submitted: 15 May 2013  
Accepted: 16 January 2014  
© 2014 Badr YI, Licensee  
Bloomsbury Qatar Foundation  
Journals. This is an open access  
article distributed under the terms of  
the Creative Commons Attribution  
License CC BY 3.0 which permits  
unrestricted use, distribution and  
reproduction in any medium, provided  
the original work is properly cited.

## مقدمة

### غياب مفهوم محدد لمصطلح "الاستثمار"

لعب التحكيم دورًا هامًا في فض المنازعات الناشئة عن الاستثمار، من خلال مراكز التحكيم المتخصصة، بعد انطلاق حركة الاستثمار الدولي نتيجة نجاح جولة مفاوضات أوروغواي لتحرير التجارة في هدم معظم الحواجز التي كانت تقف حائلًا أمام حركة رؤوس الأموال بين دول العالم، وعلى الأخص دول العالم النامي. وتزامن ذلك مع تصاعد عدد الدعاوى المعروضة أمام التحكيم بين المستثمرين والدول المضيفة للاستثمار بسبب مزايا التحكيم العديدة كوسيلة لفض المنازعات بديلاً عن الوسائل التقليدية كالقضاء بنوعيه، الوطني والدولي، والحماية الدبلوماسية.

ويأتي على رأس هذه المراكز مركز فض منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي، والمعروف اختصارًا بالأكسيد (ICSID International Center for Settlement of Investment- Disputes)، ونشأ هذا المركز بمقتضى معاهدة واشنطن لعام 1965 تحت رعاية البنك الدولي، باعتبار مكانته الخاصة النابعة من دورها في تمويل المشروعات الإنمائية لدى الدول الأعضاء، وازدادت أهميته بعد إلزام المعاهدة الدول الموقعة عليها بتنفيذ أحكامه فور صدورها.

مع تكرار لجوء المستثمرين إلى المركز المشار إليه، ظهرت بعض المشاكل القانونية المتعلقة بتفسير وتطبيق نصوص معاهدة واشنطن لعام 1965 ولعل من أبرزها - وهو موضوع هذا البحث - هي مشكلة غياب مفهوم محدد لمصطلح "الاستثمار" الوارد بنص المادة 25 من المعاهدة، والذي تحدد على أساسه ولاية الأكسيد بنظر الدعاوى المتعلقة به مما فتح الباب واسعًا لجدل استمر منذ نشأة المركز ومن المتوقع استمراره في المستقبل المنظور على الأقل.

يهدف هذا البحث أولاً إلى التأكيد على أن غياب مفهوم محدد لمصطلح "الاستثمار" كان مقصودًا من أجل حماية المستثمرين عن طريق تدويل المنازعات المتعلقة بالاستثمار وصولاً إلى جلب الاختصاص بنظرها إلى المركز المذكور. وثانيًا إلى تنبيه دول العالم النامي - وعلى رأسها دول المنطقة العربية - إلى ضرورة تحديد مفهوم الاستثمار على نحو منضبط في كل تعاملاتها مع دول العالم المتقدم والمستثمرين الأجانب.

## تقسيم:

ولتفصيل ما تقدم، ستوزع هذه الدراسة على المباحث الثلاثة التالية:

المبحث الأول: تاريخ صياغة المادة 25 من معاهدة واشنطن لعام 1965

المبحث الثاني: محاولة تحديد مفهوم الاستثمار في المادة 25

المبحث الثالث: تحليل المحاولة و تقويمها

## المبحث الأول: تاريخ صياغة المادة 25 من معاهدة واشنطن لعام 1965

### تمهيد

سنتناول بالبحث أولاً الأسباب والدوافع التي أدت إلى صياغة المادة 25 على النحو الذي ظهرت به في معاهدة واشنطن لعام 1965. وتتمحور هذه الدوافع وتلك الأسباب حول قصر اختصاص مركز الأكسيد على نوعية محددة من المنازعات دون غيرها بغرض توفير بديل عن فكرة الحماية الدبلوماسية التي كانت لفترة طويلة الملاذ الوحيد لحماية المستثمر الأجنبي حال تعرض استثماره لاعتداء من قبل الدولة المضيفة للاستثمار (المطلب الأول). كما يعرض ثانياً للجدل الذي دار بين الدول المصدرة للرأس المال والدول المستوردة له حول مسألة تحديد اختصاص الأكسيد وأثر ذلك الجدل على صياغة المادة 25 (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: نصوص الأكسيد كبديل عن الحماية الدبلوماسية

### 1- الحماية الدبلوماسية ومثالبها

لقد تم صياغة القواعد المنظمة لعملية التحكيم بالأكسيد بطريقة تغني المستثمر عن اللجوء إلى طلب العون من بلده طبقاً لمبدأ الحماية الدبلوماسية المعروف في إطار القانون الدولي العام. فالحماية الدبلوماسية قائمة على فكرة أن الأجنبي المقيم بدولة يتمتع بحد أدنى من الحقوق لا يجوز المساس بها وإلا أثرت المسؤولية الدولية للدولة المضيفة للاستثمار<sup>1</sup>. وكانت الحماية تتمثل في مقاضاة المستثمر الأجنبي الدولة المضيفة للاستثمار أمام محاكمها للحصول على تعويض عن المساس بحقوقه. فإذا لم ينجح المستثمر في الحصول على تعويض مناسب من قبل قضاء هذه الدولة، يلجأ إلى دولته طالباً منها التوسط عبر الوسائل الدبلوماسية لدى الدولة المضيفة للاستثمار، فتقوم بدورها - نيابة عنه - بمطالبة الأخيرة بتعويضه<sup>2</sup>. وفي جميع الأحوال كان قانون الدولة المضيفة للاستثمار هو القانون واجب التطبيق على طلبات المستثمر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>Francisco Francioni, *Access to Justice, Denial of Justice & International Investment*, 20 European Journal of International Law, 731 (2009).

<sup>2</sup>Francisco Gonzales De Cossio, *Investment Protections Rights: Substantive or Procedural?*, 26 ICSID Review, 109 (2011)

<sup>3</sup>Amon Lehavi & Amir N. Licht, *BITs & Pieces of Property*, 36 Yale Journal of International Law, 121 (2011).

وغني عن البيان أن تلك الحماية الدبلوماسية لم تكن فعالة في الكثير من الأحوال في حماية المستثمر من تعسف الدولة المضيفة للاستثمار لسببين رئيسيين هما: أولاً: أنه لم يكن هناك معيار واضح في القانون الدولي العام يحدد متى يعد تصرف الدولة المضيفة للاستثمار اعتداءً غير مقبول على حق الملكية الفردية للأجانب يستوجب مساءلتها عن هذا الاعتداء. أيضاً لم يكن هناك تعريف واضح لفكرة الحماية الدبلوماسية كضمانة للمستثمر تحميه من ممارسة الدولة المضيفة للاستثمار لسلطاتها على أموال الأجانب الموجودة بها<sup>4</sup>. فالالتزام بحماية ممتلكات الأجانب بالدولة المضيفة للاستثمار وضرورة عدم معاملة المستثمر الأجنبي معاملة سيئة كان التزاماً ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، أي أنه لا يقع على عاتق الدولة المضيفة للاستثمار التزامات محددة تجاه المستثمر الأجنبي تمكنه من مساءلتها حال عدم احترامها لهذه الالتزامات؛ ناهيك عن عدم وجود إطار قانوني واضح المعالم يحدد أسس تلك المسؤولية<sup>5</sup>. وكان من أثر ذلك ظهور الخلاف بين الفقهاء حول الأساس القانوني للمطالبة بالتعويض عن المساس بممتلكات الأجانب: فذهب فريق إلى اشتراط توافر أركان المسؤولية من خطأ الدولة المضيفة للاستثمار وضرر يلحق بالمستثمر الأجنبي لعقد مسؤولية الدولة المضيفة والزامها بالتعويض. وهو ما كان يصعب تحقيقه في ظل عدم وجود تحديد واضح للالتزامات الدولة المضيفة للاستثمار كما سبق القول. وذهب فريق آخر إلى افتراض مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار عما يصيب المستثمر الأجنبي من أضرار نتيجة تصرفاتها بمجرد قيام المستثمر بإثبات ما وقع عليه من أضرار دون الحاجة إلى إثبات ركني الخطأ وعلاقة السببية<sup>6</sup>. ثانياً: أن القانون الدولي العام لا يعرف بعد فكرة المحاكم الدولية التي تبسط ولايتها على الدول بصورة تسمح لها بإصدار أحكام إلزام، بدفع تعويض مالي أو برد أموال المستثمر، ضد الدول المضيفة للاستثمار<sup>7</sup>. وهو ما يعني، في التحليل الأخير، عدم قدرة المستثمر الأجنبي على مساءلة الدولة المضيفة للاستثمار قضائياً عن سلبه استثماراته وممتلكاته سواء على المستوى المحلي - نظراً لاستطاعة الدولة المضيفة للاستثمار إصدار تشريعات تحصن قراراتها أو التأثير على مسار التقاضي داخل محاكمها - أو على المستوى الدولي لغياب فكرة القضاء الملزم<sup>8</sup>. بل حتى لو نجح المستثمر في دفع دولته إلى رفع دعوى تعويض نيابة عنه أمام محكمة العدل الدولية فإن العواقب غير مضمونة ولعل خير مثال على ذلك قضية Barcelona Traction التي رفضت محكمة العدل الدولية سماح دعوى تعويض أقيمت من مساهمين بلجيك ضد الحكومة الإسبانية لتأميمها لشركة مرافق عامة، بجوزون جزءاً من أسهمها، تأسست في كندا وكانت حاصلة على عقد امتياز تشغيل شبكات الكهرباء في مدينة برشلونة. وكان سبب رفض الدعوى من قبل المحكمة أن الضرر الذي وقع على الشركة نفسها لكونها وحدها هي صاحبة الحق في طلب التعويض وليس المساهمين فيها باعتبارها شخصاً قانونياً له ذمته المالية المستقلة عن ذمم المساهمين<sup>9</sup>.

ولكن عقب الحرب العالمية الثانية، وبعد شيوخ حالات تأميم الشركات الأجنبية بواسطة دول العالم الثالث عقب استقلالها - كشركة قناة السويس الأنجلو-فرنسية في مصر وشركات الكهرباء الفرنسية في تونس وغيرها من حالات التأميم في العالم النامي إبان الخمسينات والستينات - حدثت تطورات هامة انعكست على حماية الاستثمار الأجنبي. إذ بدأت دول العالم النامي في انتهاج مسلك لا يتفق وقواعد القانون الدولي الخاصة بحماية الاستثمار، آنذاك هدفت من ورائه تحقيق مصالحها من خلال التوسع في استخدام الحق في تأميم ممتلكات الأجانب دون مساءلة قانونية أو استعداد لتعويض المستثمرين الأجانب بصورة مناسبة. واستندت في تبرير هذا المسلك إلى عدم مشاركتها في صنع قواعد القانون الدولي المتعلقة بحماية ممتلكات الأجانب لعدم تمتعها بالاستقلال وقت نشوء هذه الممتلكات<sup>10</sup>.

## 2- الحماية عن طريق الاتفاقيات الثنائية وعقباتها

ورغبة منها في حماية مصالحها بدأت دول العالم المتقدم في إبرام اتفاقيات ثنائية مع دول العالم النامي تهدف إلى حماية استثمارات مواطنيها في هذه الدول الأخيرة، وتُعرف تلك الاتفاقيات باتفاقيات الحماية المتبادلة للاستثمار. وكانت تلك المعاهدات تشترط قيام الدولة المضيفة للاستثمار بمعاملة الاستثمارات الأجنبية بها معاملة عادلة ومنصفة بما لا يسمح بالاستيلاء عليها دونما سند قانوني واضح ومع تقديم تعويض مناسب عما يلحق المستثمر من ضرر<sup>11</sup>. وترافق ذلك مع تطور الفكر القانوني من تبني نظرية الحصانة القضائية المطلقة للدولة - التي تحول دون مقاضاتها طلباً للتعويض عن استيلائها على أموال المستثمر الأجنبي - إلى تبني فكرة الحصانة القضائية المقيدة للدولة والتي تسمح بمقاضاتها طلباً للتعويض عن استيلائها على أموال المستثمر للمستثمرين الأجانب قدرًا من الحماية ضد سياسة التأميم التي اتبعتها دول العالم النامي. فأصبح بمقدور المستثمر الأجنبي مساءلة الدولة أمام القضاء عند استحوذها على أمواله نتيجة استخدام حقها في التأميم<sup>12</sup>. بقيت هناك عقبة وحيدة قائمة لم تفلح الاتفاقيات الثنائية للحماية المتبادلة للاستثمار في تجاوزها وهي غياب المحكمة صاحبة الولاية القضائية الملزمة التي يمكن بواسطتها توفير الحماية القانونية للمستثمر الأجنبي حال اعتداء الدولة المضيفة للاستثمار على استثماراته وتحويل الالتزامات الموجودة داخل المعاهدات إلى واقع ملموس.

<sup>4</sup>John G. Spranking, *The Emergence of International Property*, 90 North Carolina Law Review, 501 (2012).

<sup>5</sup>Dominique Carreau & Patrick Juillard, *Droit international economique*, (3rd edition, Dalloz, 2007), 496.

<sup>6</sup>Malcom N. Shaw, *International Law*, (4th ed, Cambridge University Press, London, 1997) 543.

<sup>7</sup>Gary Born, *A New Generation of International Adjudication*, 61 Duke Law Journal, 821 (2012).

<sup>8</sup>*Supra* n. 3 at 122.

<sup>9</sup>*Supra* n. 6 at 566.

<sup>10</sup>*Supra* n. 5 at 471.

<sup>11</sup>*Supra* n. 3 at 121.

<sup>12</sup>*Supra* n. 7 at 821.

<sup>13</sup>Adeage Akinsanya, *International Protection of Direct Investment in the Third World*, 36 The International & Comparative Law Quarterly, 60 (1987).

### 3- مساعي البنك الدولي وولادة مركز الأكسيد

ولقد سعى البنك الدولي إلى تخطي تلك العقبة من خلال تدخله المتكرر لحل المشكلات القانونية والمالية الناتجة عن تأميم دول العام النامي لشركات أجنبية موجودة بها، كشركة قناة السويس في مصر وشركة كهرباء تونس<sup>14</sup>. وكان هذا التدخل نابغاً من رغبة البنك الدولي في إيجاد صيغة ملائمة لحلول منصفة للمستثمرين الأجانب الذين تضرروا من عمليات التأميم توفر لهم تعويضاً مناسباً عما تكبدوه نتيجة ذلك من خسائر مادية حتى لا يهجمون عن الاستثمار مرة أخرى في تلك الدول بما يستتبعه ذلك من الحد من قدرة البنك الدولي على الحصول على رؤوس الأموال من أسواق المال الدولية بغرض توفير التمويل اللازم لإقامة المشروعات في العالم النامي<sup>15</sup>. ورغم أن البنك الدولي كان يستغل مكانته كمصدر لتمويل المشروعات لدى الدول النامية لحث الأخيرة على تقديم تعويضات عادلة للمستثمرين الأجانب المتضررين من عملية التأميم، إلا أنه رأى من الأفضل ضرورة أن يتم حل مشكلة حماية الاستثمارات الأجنبية حلاً مؤسسياً من خلال هيئة لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين المستثمرين والدول المضيفة وتكون أحكامها ملزمة وواجبة النفاذ<sup>16</sup>.

ومن هنا ولدت فكرة إنشاء مركز الأكسيد لتصبح أداة لتحقيق الحماية القضائية المنشودة للاستثمارات الأجنبية تقوم على أساس قانوني وهو الاتفاق المسبق أو اللاحق بين كل من المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بما تتمتع به هذه الوسيلة من مزايا لم تتوافر من قبل للمستثمر الأجنبي. و تتبلور هذه المزايا فيما يلي: أولاً: إن لجوء المستثمر الأجنبي إلى الأكسيد لتسوية نزاعه مع الدولة المضيفة للاستثمار لن يثير الحساسيات بين الدول كالتالي يثيرها طلب الحماية الدبلوماسية من بلده إذ كثيراً ما يُنظر إلى تدخل دولة المستثمر في المنازعات القائمة بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار - طبقاً لفكرة الحماية الدبلوماسية - على أنه اعتداء على السيادة وتدخل في الشؤون الداخلية للدولة المضيفة<sup>17</sup>. ثانياً: أن المستثمر الأجنبي سيتمتع بالصفة في رفع دعوى التعويض عن الضرر الذي يلحق به نتيجة تصرفات الدولة المضيفة للاستثمار دون الحاجة إلى تدخل دولته نيابة عنه طبقاً لمبدأ الحماية الدبلوماسية، وهو الأمر الذي يتيح له حرية الحركة والمرونة عند طلب الحماية القضائية لاستثماره وفقاً لما تملبه عليه ظروفه دون الحاجة للانتظار تدخل دبلوماسي من قبل دولته وما قد يعوق هذا التدخل من محاذير سياسية ودبلوماسية خارجة عن إرادته<sup>18</sup>. ثالثاً: أن المستثمر الأجنبي سيتمكن من حسم النزاع بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار مباشرةً بواسطة طرف ثالث يتمتع بالحياد والاستقلال عن كلا الطرفين، وهي هيئة التحكيم. فلن يقتصر الأمر - كما هو الشأن في ظل الحماية الدبلوماسية - على التفاوض غير المباشر عبر الوسائل الدبلوماسية بين الدولة المضيفة التي ترغب في تحقيق ما يتفق ومصالحها، ولو على حساب المستثمر الأجنبي، وبين دولة المستثمر التي تتدخل لحمايته دون مراعاة لأي أبعاد أخرى في النزاع الدائر بينهما، وهو ما قد يتسبب في عدم حسم النزاع واضطرار الدولتين إلى اللجوء إلى محكمة العدل الدولية لحسم الخلاف بينهما<sup>19</sup>. رابعاً: أن المستثمر الأجنبي سوف يقدم على رفع دعواه ضد الدولة المضيفة للاستثمار استناداً إلى أسباب قانونية محددة كمخالفة الدولة المضيفة للاستثمار لعقد تم بين الطرفين أو عدم احترامها لاتفاقية أبرمتها مع دولة المستثمر ترتب عليها المساس بمصالح هذا الأخير<sup>20</sup>. فلن يرتكز المستثمر إذاً إلى مبادئ قانونية عامة، كالحق في طلب التعويض أو الحق في طلب معاملة عادلة ومنصفة كما هو الحال في ظل مبدأ الحماية الدبلوماسية، بل سوف يؤسس دعواه أمام مركز الأكسيد على أسباب قانونية بحتة<sup>21</sup>. خامساً: وأخيراً يمتاز التحكيم أمام مركز الأكسيد بسهولة تنفيذ أحكامه حيث يتم معاملتها معاملة الأحكام الصادرة عن درجة التقاضي الأخيرة لدى جميع الدول الموقعة<sup>22</sup>. وبهذا تكون معاهدة واشنطن لعام 1965 قد انحازت إلى التطور الذي طرأ على الفكر القانوني في مجال التحكيم حيث تم هجر فكرة الحصانة المطلقة للدولة ضد تنفيذ الأحكام واستبدل بها فكرة الحصانة النسبية ضد التنفيذ التي لا تسمح للدولة المضيفة للاستثمار بالامتناع عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها<sup>23</sup>.

ونتيجة لتلك المزايا اشترطت معاهدة واشنطن على المستثمر الراغب في مقاضاة الدولة المضيفة أمام مركز الأكسيد عدم اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية لحسم النزاع الدائر بينهما احتراماً لإرادتهما في اختيار اللجوء إلى الأكسيد كطريق لفض النزاع<sup>24</sup>. فالتحكيم أمام مركز الأكسيد، شأنه شأن جميع صور التحكيم، مبني على اتفاق الطرفين على حسم المنازعات بينهما بواسطته. وتأكيداً على ضرورة وجود هذا الاتفاق، كشرط أساس لا غنى عنه للجوء إلى التحكيم أمام المركز، تم النص على أن تصديق الدولة المضيفة للاستثمار على المعاهدة لا يكفي بذاته لكي يعد موافقة صادرة من قبلها على اللجوء إلى التحكيم أمام المركز المشار إليه، بل فلا بد من صدور موافقة من الدولة المضيفة للاستثمار على مثل هذا اللجوء<sup>25</sup>.

<sup>14</sup>Ibrahim F. I. Shihata, *The Settlement of Disputes Regarding Foreign Investments: The Role of the World Bank with Particular Reference to ICSID & MIGA*, 1 Arab Law Quarterly, 267 (May, 1986).

<sup>15</sup>*Supra* n. 14 at 267.

<sup>16</sup>*Id.*

<sup>17</sup>Susan D. Frank, *The ICSID Effect? Considering Potential Variations in Arbitration Awards*, 51 Virginia Journal of International Law, 825 (2011).

<sup>18</sup>Julian Davis-Mortenson, *The Meaning of 'Investment': ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law*, 51 Harvard International Law Journal, 264 (2010).

<sup>19</sup>Joseph M. Boddicker, "Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges to the Term 'Investment' in ICSID Arbitration", *American University International Law Review*, Volume 25, Issue 5, (2010), page 1033

<sup>20</sup>*Id.*; *supra* n. 19 at 1036.

<sup>21</sup>*Id.* at 1037.

<sup>22</sup>نص المادتين 53 و54 من معاهدة واشنطن 1965

<sup>23</sup>Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 331 Recueil Des Cours, 349 (1972).

<sup>24</sup>نص المادة 27 من معاهدة واشنطن 1965

<sup>25</sup>*Supra* n. 23 at 352; John P. Given, *Malaysia Historical Salvors Sdn., Bhd v. Malaysia: An End to the Liberal Definition of Investment* in *ICSID Arbitrations*, 31 Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review, 1473 (2009).

## المطلب الثاني: غياب تعريف "الاستثمار" في معاهدة واشنطن 1- فشل محاولات تحديد مفهوم "الاستثمار"

كان من المفترض أن تأتي نصوص معاهدة واشنطن بتعريف واضح ومحدد لمصطلح الاستثمار ولكنها لم تفعل. فنص المادة 25 من المعاهدة التي تحدد اختصاصات مركز الأكسيد بقضي بأن "ولاية هذا المركز تشمل أي منازعة قانونية بين دولة متعاقدة ومواطن دولة متعاقدة أخرى تثار بصورة مباشرة بسبب استثمار". فهذه المادة تقصر اختصاصات المركز على الفصل في المنازعات القانونية المتعلقة بالاستثمار دون غيرها، ولكنها في ذات الوقت لا تضع تعريفاً لمصطلح "الاستثمار". وقد أدى غياب تعريف الاستثمار باعتباره المعيار الرئيسي لتحديد اختصاصات مركز الأكسيد، إلى تضارب الأحكام الصادرة عن هذا الأخير تبعاً لاختلاف الاتجاهات الفكرية في تعريف الاستثمار كما سنرى. فبينما قضت هيئات تحكيم باختصاص المركز بنظر منازعات معينة نظراً لتعلقها بالاستثمار، اتجهت أخرى إلى الحكم بعدم اختصاصات المركز بالفصل في منازعات من ذات النوع، مما خلق حالة من عدم اليقين حول تطبيق نصوص معاهدة واشنطن على المنازعة المعروضة أمام مركز الأكسيد. فما الذي دعى واضع نصوص المعاهدة إلى مثل هذا التصرف؟

الذي دعى إلى ذلك أن القانون الدولي يخلو من تعريف موحد لمصطلح "الاستثمار"، سواء في المواثيق الدولية أو في الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية<sup>26</sup>. كما أن التصويت أثناء إعداد نصوص المعاهدة كان قائماً على تبني النص إذا حظي بإجماع جميع الدول المشاركة في إعداد معاهدة واشنطن<sup>27</sup>، وهو ما تسبب في نشوب خلاف كبير عندما حاولت لجنة الخبراء صياغة تعريف للاستثمار يرضي جميع الأطراف لكي يتم تبنيه بالإجماع<sup>28</sup>. فلقد رأى البعض من دول العالم النامي أنه لا بد من وضع تعريف واضح ومنضبط لكلمة استثمار، الواردة في صلب المادة 25، من أجل رسم حدود واضحة لاختصاصات مركز الأكسيد الموضوعي حتى لا يتوسع في تفسير اختصاصاته تحت مظلة تلك المادة ويبسطه على دعاوى لا تتعلق بالاستثمار، وحتى لا يتم تحويل منازعات قانونية لا ترغب تلك الدول، بل وإن شئنا الدقة، نتخوف من حسمها بواسطة التحكيم<sup>29</sup>.

وعليه أقرح تعريف الاستثمار بأنه "إسهام بالمال أو بالأصول ذات القيمة الاقتصادية لمدة غير محددة أو لمدة محددة لا تقل عن خمس سنوات"<sup>30</sup>. غير أن هذا الاقتراح لم يلق قبولاً عاماً بين الدول المشاركة لاشرطه حداً أدنى لممارسة النشاط الاقتصادي حتى يتم تكييفه كاستثمار. فقدم اقتراح آخر مفاده أن الاستثمار هو "أي التزام بتقديم رأسمال من قبل مواطن دولة متعاقدة في دولة متعاقدة أخرى بمقتضى اتفاق يُبرم بين الدولة والمستثمر وفقاً لإجراءات خاصة لا تتطلبها العقود العادية المبرمة من قبل تلك الدولة". إلا أن هذا الاقتراح بدوره قد تم استبعاده من قبل بعض من الدول المشاركة والتي رأت أن تطلب إبرام العقد وفقاً لإجراءات غير عادية من شأنه أن يؤدي إلى انحسار اختصاصات مركز الأكسيد بالعديد من المنازعات المتعلقة بالاستثمار<sup>31</sup>، وفضلت ترك مسألة تعريف الاستثمار للاجتهاد حتى تستطيع هيئات التحكيم التصدي لجميع صور الاستثمار التقليدية والمستحدثة<sup>32</sup> مع التركيز على ضرورة اشتراط قصر نظر مركز الأكسيد على المنازعات ذات الطبيعة القانونية المتعلقة بالاستثمار<sup>33</sup>.

وعلى أثر ذلك حاولت الدول النامية تدارك الأمر فاقترحت وضع حد أدنى لقيمة الدعاوى التي يجوز رفعها أمام الأكسيد شريطة ألا تقل عن عشرة آلاف دولار أمريكي. لكن هذا الاقتراح قوبل بالرفض لصعوبة وضع معايير موضوعية يتم من خلالها تقدير قيمة الدعاوى قبل رفعها أمام المركز<sup>34</sup>. فعاودت الكرة مرة أخرى من خلال اقتراح يشترط ديمومة النشاط الاقتصادي محل المنازعة لمدة زمنية لا تقل عن خمس سنوات، إلا أن هذا الاقتراح لقي مصير سلفه من الرفض لكونه يفيد بشكل مبالغ فيه من اختصاصات الأكسيد الموضوعي نظراً لما يترتب عليه من استبعاد العديد من الدعاوى المتعلقة بالاستثمار التي قد لا تستكمل فترة الخمس سنوات لخلاف بين المستثمر والدولة المضيقة للاستثمار أو لتعثر الاستثمار لأسباب اقتصادية قد تكون خارج إرادة المستثمر الأجنبي<sup>35</sup>.

## 2- اقتراح المملكة المتحدة لتحديد مفهوم الاستثمار

ونظراً لاحتدام الخلاف حول هذه المسألة بين الوفود المشاركة في مؤتمر واشنطن تقدم وفد المملكة المتحدة باقتراح مفاده عدم وضع تعريف محدد لمصطلح الاستثمار والاكتفاء بالنص على ضرورة اتصاف المنازعة المعروضة أمام الأكسيد بالصفة

<sup>26</sup>Supra n. 5 at 403.

<sup>27</sup>Thomas Kuchenberg, *The World Bank: Arbitr Extraordinaire*, 2 Journal of Law & Economic Development, 263 (1967).

لقد تم صياغة معاهدة واشنطن 1965 على ثلاث مراحل. الأولى كانت مشروع مسودة أعدت بواسطة خبراء البنك الدولي أما المرحلة الثانية كانت مناقشة تلك المسودة في سلسلة من اللقاءات الإقليمية ثم المرحلة الأخيرة وهي إقرار النصوص النهائية في مؤتمر عقد في مدينة واشنطن عام 1965 انظر مزيد من التفاصيل، supra n. 18 at 281.

<sup>29</sup>Paul C. Szasz, *The Investment Disputes Convention – Opportunities and Pitfalls (How to submit Disputes to ICSID)*, 5 Journal of Law & Economic Development, 25 (1970).

<sup>30</sup>Alejandro A. Escobar, *Dispute Settlement: International Centre for Settlement of Investment Disputes*, 2.5, Requirements *ratione materiae*, Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment & Intellectual Property, UNCTAD, 13 (2003).

<sup>31</sup>W. Michael Tump, *Case Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, 35 International and Comparative Law Quarterly, 816 (1986).

<sup>32</sup>Supra n. 14 at 270.

<sup>33</sup>Supra n. 18 at 285.

<sup>34</sup>Supra n. 29 at 35.

<sup>35</sup>Supra n. 25 at 474.

القانونية، كما هو الحال الآن في نص المادة 25 من المعاهدة، مع السماح للدول الموقعة على المعاهدة بإرسال خطابات إلى أمانة البنك الدولي تتضمن التعريف الذي تحدده كل دولة موقعة لهذا المصطلح وتبين المنازعات التي لا ترغب في نظرها أمام الأسيدي مع تكليف أمانة البنك الدولي بإبلاغ باقي الدول الموقعة بمضمون تلك الخطابات حال تلقيها، على أن تتضمن صياغة المادة 25 هذا الاقتراح<sup>36</sup>. أو بعبارة أخرى، أن الدولة التي ترغب في وضع تعريف معين لمصطلح الاستثمار الوارد في المادة 25 من المعاهدة وترغب في استبعاد نوعية معينة من المنازعات من نطاق الاختصاص الموضوعي للمركز تستطيع أن ترسل خطاباً بذلك إلى أمانة البنك الدولي ويصبح هذا التعريف هو المعمول به عندما يثور نزاع بين تلك الدولة ومستثمر من دولة أخرى.

لكن للأسف صدر تقرير اللجنة القانونية للبنك الدولي المصاحب لنصوص المعاهدة دون أي إشارة لما سبق من محادثات ومناقشات حول صياغة المادة 25 من معاهدة واشنطن، الأمر الذي ترتب عليه إهمال السياق التاريخي لصياغة المادة 25 والدور الذي لعبه الاقتراح المقدم من المملكة المتحدة في تقريب وجهات النظر بين الدول النامية التي كانت راغبة في وضع تعريف محدد لمصطلح الاستثمار والدول المتقدمة التي رفضت هذا الاتجاه<sup>37</sup>. فمما لا شك فيه أن إغفال ذكر ما سبق ذكره قد حرم هيئات التحكيم من الاستفادة من تلك الخلفية التاريخية للمادة 25 في تفسير مفهوم الاستثمار وساعد على استمرار الغموض بشأنه مما أدى إلى تضارب الأحكام الصادرة عن مركز الأسيدي بسبب تبني اتجاهات مختلفة في تعريف الاستثمار.

## المبحث الثاني: محاولة تحديد مفهوم الاستثمار في المادة 25 اتجاهان

حددت المادة 25 من معاهدة واشنطن اختصاص مركز الأسيدي واشترطت لثبوته أن تكون المنازعة المعروضة عليه للفصل فيها ذات طبيعة قانونية متعلقة بالاستثمار. لكن نصوص المعاهدة، بما فيها نص المادة المذكورة، جاءت خلواً من أي تعريف لمصطلح الاستثمار، مما أدى إلى اختلاف الفقه وهيئات التحكيم بالمركز حول تحديد المفهوم الصحيح لهذا المصطلح. ويمكن حصر هذا الخلاف في اتجاهين: الأول، ويتبنى الاقتراح الذي قدمته المملكة المتحدة، في المؤتمر الذي انبثقت عنه معاهدة واشنطن، بشأن الوصول إلى تعريف لهذا المصطلح. وهذا هو الاتجاه الرضائي المحض (المطلب الأول). والثاني، يقرر عدم كفاية منطوق الاتجاه الأول فيما يخص تعريف الاستثمار، وبالتالي تحديد اختصاص مركز الأسيدي، بل لا بد من توفر عناصر موضوعية أخرى لا غنى عنها لتحديد هذا التعريف. وهذا هو الاتجاه الرضائي المقيد (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الاتجاه الرضائي المحض

#### 1- مضمون هذا الاتجاه

يقوم الاتجاه المحض على فكرة مؤداها أن تعريف الاستثمار مسألة متروكة لمحض إرادة الأطراف. فما تقرره الدولة المضيفة بإرادتها من تعريف لمصطلح الاستثمار هو الذي ينبغي التعويل عليه عند تفسير هذا المصطلح الوارد بالمادة 25 من معاهدة واشنطن لعقد الاختصاص لمركز الأسيدي. ويستوي بعد ذلك أن يرد هذا التعريف في خطاب موجه إلى أمانة البنك الدولي بمعرفة ذوي الشأن، أو في عقد مبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، أو في اتفاق تحكيم بينهما ضمنه هذا التعريف، أو في اتفاقية للحماية المتبادلة للاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر، أو في تشريع داخلي صدر من الدولة المذكورة<sup>38</sup>.

ومن تطبيقات هذا الاتجاه دعوى *Cemex v. Venezuela*، المتعلقة بنزاع دب بين مجموعة *Cemex* المكسيكية والحكومة الفنزويلية إثر قيام الأخيرة بتأميم شركة تابعة للأولى<sup>39</sup>. دفعت الحكومة الفنزويلية بعدم اختصاص مركز الأسيدي بنظر الدعوى استناداً إلى أنها لم توافق صراحة أو ضمناً سواء في الاتفاقيات المبرمة بين فنزويلا والمكسيك، أو بين الحكومة الفنزويلية والمستثمر المكسيكي على اللجوء إلى التحكيم بخصوص الدعاوى الناشئة عن تأميم الاستثمارات الأجنبية<sup>40</sup>. رفضت هيئة التحكيم هذا الدفع، وأسست اختصاصها بنظر الدعوى على نص المادة 22 من قانون تشجيع الاستثمار الفنزويلي الذي يسمح باللجوء إلى التحكيم في جميع الخلافات التي تنشأ بين الحكومة والمستثمرين الأجانب<sup>41</sup>، مقررّة أن ذلك النص كافٍ بذاته للتدليل على موافقة فنزويلا على اعتبار مثل هذه المنازعة منازعة تتعلق بالاستثمار، ومن ثمّ يثبت الاختصاص بنظر دعاها لمركز الأسيدي<sup>42</sup>.

منطوق هذا الاتجاه قائم إداً على أن القصد من عدم تعريف الاستثمار في نصوص معاهدة واشنطن هو إتاحة أكبر قدر من المرونة للدولة المضيفة للاستثمار في تبني التعريف الأنسب لمصطلح الاستثمار طبقاً لظروفها الاقتصادية مع إمكان تغيير هذا التعريف كلما دعت حاجتها إلى تبني تعريف آخر، سواء كان هذا التعريف مخالفاً للتعريف محل التغيير في نطاقه من حيث التوسعة أو التصيق<sup>43</sup>. فمثلاً إذا رأى الطرفان، المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار، أن يتضمن عقد بناء طريق سريع داخل

<sup>36</sup>Supra n. 18 at 294.

<sup>37</sup>Ole Kristian Fauchald, *The Legal Reasoning of ICSID Tribunals- An Empirical Analysis*, 19 The European Journal of International Law, 330 (2008).

<sup>38</sup>William Rand, Robert Hornick, Paul Friedland, *ICSID's Emerging Jurisprudence: The Scope of ICSID's Jurisdiction*, 33 New York University Journal of International Law & Policy, 19 (1986); P.F. Sutherland, *The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, 28 International and Comparative Law Quarterly, 386 (1979).

<sup>39</sup>ICSID Case No. ARB/08/5, December 30, 2010, paragraph 31.

<sup>40</sup>*Id.*, paragraph 57.

<sup>41</sup>*Id.*, paragraph 139.

<sup>42</sup>*Id.*

<sup>43</sup>Supra n. 18 at 302.

الدولة المضيفة للاستثمار بنذاً ينص على كون العقد يعد استثماراً، فعلى الهيئة احترام إرادتهما على اعتبار أن ذلك يحقق مصالحهما المشتركة. فالدولة المضيفة تريد جذب الاستثمار الأجنبي، والمستثمر الأجنبي يريد ضمانته التقاضي أمام الأكسيد حماية لمشروعه الاقتصادي.<sup>44</sup>

ويرى أنصار الاتجاه الرضائي المحض أن الإصرار على تبني مفهوم معين للاستثمار يضر بالمصالح الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار والمتمثلة في جذب جميع أنواع الاستثمار الأجنبي إليها من خلال حزمة من الضمانات يأتي على رأسها أحقية اللجوء إلى الأكسيد حال وقوع خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار. فلا داعي للتشدد في تحديد اختصاص مركز الأكسيد بنظر المنازعات من خلال فرض تعريف محدد لمصطلح الاستثمار الوارد في المادة 25 بحجة التطبيق الموضوعي لنصوص معاهدة واشنطن. كما أن طرح التعريف المتفق عليه بين أطراف التحكيم جانباً من شأنه الإخلال بالتوقعات المشروعة للأطراف، خصوصاً المستثمر الذي ارتكن على هذا التعريف وعلى حق اللجوء إلى الأكسيد كضمانة لحماية استثماراته ثم يفاجأ أن هيئة التحكيم ترفض دعواه بحجة أنها ليست متعلقة باستثمار وفقاً للتعريف الموضوعي للاستثمار.<sup>45</sup>

## 2- نقد هذا الاتجاه

والاتجاه الرضائي المحض كان مثار انتقادات عديدة يمكن حصرها فيما يلي: أولاً: أن اتفاقيات الحماية المتبادلة للاستثمار المبرمة بين الدول النامية والدول المتقدمة كثيراً ما تحتوى على مفاهيم فضفاضة لمصطلح "الاستثمار" يتسع معها نطاق الاختصاص الموضوعي لمركز الأكسيد بحيث ينسبط على منازعات لا تتعلق بالاستثمار الأجنبي داخل الدولة المضيفة وهو ما يناقض الهدف الأساسي من وراء إنشاء هذا المركز. ومن أمثلة هذه المنازعات الخلاف حول تقدير الضرائب الواجب على المستثمر الأجنبي أداءها للدولة المضيفة أو حول منح تراخيص تشغيل المنشآت السياحية.<sup>46</sup> ولا شك في أن مثل هذه التوسعة في الاختصاص من شأنها أن تؤدي إلى انحسار اختصاص القضاء الوطني لحساب قضاء التحكيم أمام هذا المركز، وبالتالي إضفاء الصفة الدولية على منازعات عادية هي بحكم اللزوم من اختصاص القضاء الوطني، وهو ما كانت تخشاه الدول النامية أثناء مفاوضات إقرار معاهدة واشنطن.<sup>47</sup> ناهيك عما سبترتب على التوسعة في مفهوم "الاستثمار" من إرهاب هيئات التحكيم بالمركز بالعديد من الدعاوى التي ما كان لها الفصل فيها لولا هذه المفاهيم الموسعة، والتي سترد بعد ذلك في التعويل عليها كأساس لقبول اختصاصها.<sup>48</sup>

ولعل المثال الأبرز لما سبق هو الأحكام التي صدرت ضد الأرجنتين عقب قيامها بالتدخل من ربط عملتها بالدولار الأمريكي بسعر ثابت، على أساس دولار أمريكي لكل بيسو أرجنتيني، لإنقاذ عملتها من الانهيار عقب الأزمة الاقتصادية التي مرت بها عام 2000. ففي قضية *Azurix Corp. v. Argentina Republic* رفعت شركة أمريكية حاصلة على امتياز تشغيل شركة المياه في مدينة بيونس آريس دعوى ضد الحكومة الأرجنتينية لعدم التزامها بما اتفق عليه من بيع المياه استناداً إلى السعر الثابت للدولار الأمريكي أمام البيسو الأرجنتيني.<sup>49</sup> دفعت الحكومة الأرجنتينية بعدم اختصاص المركز لكون المنازعة منازعة عقدية عادية تدور حول تفسير بند تسعير المياه في عقد الامتياز الموقع بين الطرفين والذي لا يتضمن نصاً على اللجوء إلى التحكيم أمام مركز الأكسيد.<sup>50</sup> رفضت هيئة التحكيم هذا الدفع استناداً إلى نص معاهدة حماية الاستثمار الأرجنتينية - الأمريكية التي عرفت الاستثمار بكونه "حق يمنحه القانون أو العقد للمستثمر"، ولما كان النزاع يدور حول حق المستثمر في تلقي ثمن المياه وفقاً للسعر الثابت للدولار الأمريكي أمام البيسو الأرجنتيني،<sup>51</sup> وهو حق نابع من عقد الامتياز، فمن ثم يصبح هذا النزاع الذي يدور حول تفسير بند من بنود العقد نزاعاً متعلقاً بالاستثمار يدخل في اختصاص الهيئة!! ونفس الشيء تكرر في قضية *CMS Gas Transmission Co. v. The Republic of Argentina* والتي كانت فيها الشركة تعمل في مجال توريد الغاز الطبيعي ودار النزاع أيضاً حول بند تسعير خدمة بيع الغاز الطبيعي وتوصيله في الأرجنتين وفقاً للدولار الأمريكي ومتوسط أسعار المنتجين في الولايات المتحدة الأمريكية.<sup>52</sup>

تلك المنازعات كانت تدور حول إجراءات طارئة اتخذتها حكومة الأرجنتين بغرض إنقاذ اقتصادها من الانهيار الكامل بسبب السياسات النقدية القائمة على تثبيت سعر العملة الوطنية أمام الدولار الأمريكي، ولم يدر بخلها أنها ستعرض للمساءلة القانونية

<sup>44</sup> *Autopista Concesionada De Venezuela v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, September 27, 2001 paragraph 101.

<sup>45</sup> Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2010), 190.

<sup>46</sup> Americo Beviglia Zampetti & Pierre Sauvé, *International Investment*, in *Research handbook in international economic law* (Andrew Guzman & Alano O. Sykes eds., 2007) 231; انظر أيضاً تعريف الاستثمار في المعاهدات التي وقعها مصر مع دول العالم المتخلفة كالمادة (1) في معاهدة الحماية المتبادلة للاستثمار الموقعة بين مصر وأستراليا الموقعة يوم 2001/5/3 والمادة (1) في معاهدة الحماية المتبادلة للاستثمار الموقعة بين مصر والنمسا الموقعة يوم 12 إبريل 2001 والمادة (1) في معاهدة الحماية المتبادلة للاستثمار الموقعة بين مصر وكندا بتاريخ 13 نوفمبر 1996 والمادة (1) في معاهدة الحماية المتبادلة للاستثمار الموقعة بين مصر وفرنسا بتاريخ 22 ديسمبر 1974 والمادة (1) في معاهدة الحماية المتبادلة للاستثمار الموقعة بين مصر والولايات المتحدة بتاريخ 11 مارس 1986.

<sup>47</sup> Velimir Zivkovic, *Contractual Rights as Protected Investments in International Investment Law*, Oxford Student Legal Research Papers, No. 08/2011 (2011), 28; *Malaysian Historical Salvors v. The Government of Malaysia*, ICSID case no. ARB/05/10 (May 17, 2007), paragraph 55; *Alpha Projectholding GmbH v. Ukraine*, ICSID case no. ARB/07/16 (August 11, 2010) paragraph 310.

<sup>48</sup> Alex Mills, *Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration*, 14 *Journal of International Economic Law*, 479 (2011).

<sup>49</sup> ICSID case no. ARB/01/12 (December 8, 2003) paragraph 22.

<sup>50</sup> *Id.*, paragraph 59.

<sup>51</sup> *Id.*, paragraph 62.

<sup>52</sup> ICSID case no. ARB/01/8 (July 17, 2003) paragraph 20.

أمام مركز الأكسيد بسبب تضرر المستثمرين الأجانب من قرارها بفض الارتباط بين تسعيرة خدمات المرافق العامة والدولار الأمريكي. فالأمر يبدو للوهلة الأولى ضمن التصرفات الطبيعية لحكومة دولة تحاول الحفاظ على المصلحة العامة ولا تقصد بها الإضرار بالمستثمرين عن عمد، ومع ذلك فقد اضطرت حكومة الأرجنتين إلى مواجهة دعاوى تطالبها بدفع تعويضات عن الأضرار التي لحقت بهؤلاء المستثمرين<sup>53</sup>. وهو مثال لتدويل النزاعات التي كانت الدول النامية تخشى من تحققه.

ثانيًا، أن هذا الاتجاه ينحرف عن الهدف الأساسي لمعاهدة الأكسيد ألا وهو حماية الاستثمارات الأجنبية. فالإتجاه الرضائي المحض يؤدي إلى صنع مركز قانوني خاص لحقوق الملكية التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي تحت مظلة معاهدات الحماية المتبادلة ومنحه مزايا خاصة - منها اللجوء إلى الأكسيد - خصوصًا وأن حركة الاستثمار الأجنبي بدأت في التحول من الاستثمار في إقامة المشروعات الاقتصادية طويلة الأمد، سواء كانت مشروعات صناعية أو خدمية، إلى الاستثمار في عمليات المضاربة قصيرة الأمد في الأسواق المالية والعقارية للدول النامية<sup>54</sup>. هذا التطور دفع هيئات التحكيم إلى تجاهل الربط بين تعريف "الاستثمار" وإقامة مشروعات طويلة الأمد لمصلحة التوسع في تعريف مصطلح "الاستثمار" استنادًا إلى فكرة "حقوق الملكية"<sup>55</sup>. أي أن الأمر لم يعد متعلقًا بحماية نشاط اقتصادي طويل أو متوسط الأمد داخل الدولة المضيفة للاستثمار، بل أصبح الأمر فرض حماية قانونية مميزة للأموال الأجنبية بغض النظر عن كونها استثمارات أم مجرد أموال يتم المضاربة بها في الأسواق المالية والعقارية لتحقيق أرباح سريعة.

ولعل خير مثال يدلل على ذلك دعوى *Fedax v. Republic of Venezuela*، والتي أقيمت بغرض تحصيل قيمة سندات أجنبية بالدولار الأمريكي طرحت من قبل إحدى الهيئات الحكومية في فنزويلا لتمويل مشروعات بنية تحتية<sup>56</sup>. فعلى الرغم من أن شركة *Fedax* قد انتقلت إليها تلك السندات عن طريق التظهير من خلال تداول تلك السندات في سوق المال المحلي ولم تكن هي المستفيد الأصلي منها ولم تضح أموالاً داخل الاقتصاد الفنزويلي، أو يكون لها أي نوع من الاستثمار بهذه الدولة، فإن هيئة التحكيم اعتبرت هذه المنازعة منازعة من منازعات الاستثمار<sup>57</sup> بحجة أن كلمة "استثمار" التي وردت في الاتفاقية الهولندية - الفنزويلية جاءت مطلقة بحيث تشمل "المطالبات بأداء مبالغ نقدية، الأصول والالتزامات ذات القيمة الاقتصادية..."<sup>58</sup> ومن ثم يندرج تحت هذا المفهوم السندات الأجنبية لأنها مطالبة بأداء مبلغ من المال، خاصة وأن حكومة فنزويلا لم تستعمل حقها في وضع تعريف محدد لكلمة "استثمار"، كما هو منصوص عليه في معاهدة واشنطن<sup>59</sup>.

لكن هذا يتجاهل الفارق الكبير بين حماية "الاستثمار" وحماية "حق الملكية" عمومًا، بما يتطلبه من صياغة مركز قانوني خاص لحق الملكية التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي. فالهدف من الحماية القانونية لحق الملكية هو فرض احترام الكافة لسلطات المالك على ماله سواء كان هذا المال مخصصًا للاستثمار، كمصنع للأقمشة، أو مخصصًا لاستعمال المالك الشخصي كمصيف داخل منتجع بدولة أجنبية<sup>60</sup>. أما الحماية القانونية للاستثمار التي جاء الأكسيد ليحققها فهي التي تنصب على حماية النشاط الاقتصادي للمستثمر الأجنبي الذي يتم داخل الدولة المضيفة للاستثمار. فعندما يسعى المستثمر الأجنبي إلى إنشاء مصنع للأقمشة فإنه في سبيل تحقيق هذا الهدف يقوم بشراء قطعة أرض، ليقوم عليها المصنع، ويشترى مستلزمات الإنتاج من خيوط وآلات ومعدات لتشغيل المصنع. ولكن الحماية القانونية التي أتت معاهدة واشنطن لعام 1965 لتحقيقها تشمل كل ما سبق باعتبارها جزءًا من مشروع اقتصادي محل الحماية.

لكن الإتجاه الرضائي المحض يؤدي إلى التوسع غير المبرر في الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي بحيث تنصب على حماية أملاك المستثمر الأجنبي، سواء كانت جزءًا من استثمار في مشروع اقتصادي طويل الأمد أو مضاربة قصيرة الأمد في سوق المال أو السوق العقاري، من خلال الربط بين تعريف مصطلح "الاستثمار" وفكرة "الملكية"، يصبح كل ما هو مملوك للمستثمر الأجنبي استثمارًا<sup>61</sup>. وهذا ليس هو الهدف من إنشاء مركز الأكسيد لأن تعريف حقوق الملكية يتم وفقًا لقانون الدولة المضيفة للاستثمار طبقًا للمادة 41 من معاهدة واشنطن لعام 1965<sup>62</sup>. فلا تأثير حقوق الملكية العائدة للمستثمر الأجنبي مشكلة في التعريف، لكن الإصرار على الربط بينها وبين مصطلح "الاستثمار"، بحجة تعريف الأخير، من شأنه أن يستبدل بالتعريف الموجود في قانون الدولة المضيفة لحقوق الملكية داخل نظامها القانوني، وما يرتبط بهذا التعريف من حماية قضائية لحق الملكية في محاكمها، التعريفات الموسعة لمصطلح الاستثمار داخل اتفاقيات الحماية المتبادلة للاستثمار، لتصبح الحماية القضائية لتلك الحقوق هي اللجوء إلى مركز الأكسيد.

## المطلب الثاني: الإتجاه الرضائي المقيد الحديث

### 1- ضرورة توفر عناصر معينة في النشاط لاعتباره استثمارًا

يرى هذا الإتجاه أن الرضاء المحض لا يكفي بذاته لتحديد مفهوم الاستثمار بل لا بد من توفر عناصر موضوعية أخرى بجانب هذا الرضاء<sup>63</sup>. وكانت قضية *Salini* هي التي أسست لهذا الإتجاه. فالمسألة هنا مرتبطة بتطبيق المعاهدة التي تنظم الاختصاص

<sup>53</sup> *Azurix Corp. v. Argentina Republic*, ICSID case no. ARB/01/12 (December 8, 2003) paragraph 22; *CMS Gas Transmission Co. v. The Republic of Argentina*, ICSID case no. ARB/01/8 (July 17, 2003) paragraph 20.

<sup>54</sup> *Supra* n. 3 at 129.

<sup>55</sup> *Supra* n. 5 at 407.

<sup>56</sup> ICSID case no. ARB/96/3 (July 11, 1997) paragraph 1.

<sup>57</sup> *Id.*, paragraphs 39-41.

<sup>58</sup> *Id.*, paragraph 31.

<sup>59</sup> *Id.*, paragraph 24.

<sup>60</sup> *Supra* n. 3 at 131.

<sup>61</sup> ICSID case no. ARB/96/3 (March 9, 1998) paragraphs 30-31.

<sup>62</sup> *Supra* n. 45 at 400.

<sup>63</sup> *Supra* n. 30 at 14.



الموضوعي لمركز الأكسيد من خلال نص المادة 25 والتي يتعين استيفاء شروطها، ومن بينها كون المنازعة المعروضة منازعة قانونية متعلقة بالاستثمار، قبل أن تتصدى هيئة التحكيم للفصل في النزاع ولا تترك للأفراد حرية وضع التعريف الذي يناسبهم ليشمل منازعات لا علاقة لها بالاستثمار<sup>64</sup>. وإذا كان أصحاب هذا الاتجاه لم يتفقوا على تعريف محدد للاستثمار، فإن بعض الأحكام - التي تدور في فلكه - قد تطلبت توفر مجموعة من العناصر في النشاط حتى يصدق عليه وصف الاستثمار ويخضع النزاع بشأنه لأحكام المادة 25 من معاهدة واشنطن لعام 1965<sup>65</sup>.

ولعل أبرز تلك الأحكام الصادرة عن مركز الأكسيد، المعروف بحكم سالييني، والذي وضع عدة معايير موضوعية لتصنيف النشاط الاقتصادي على أنه استثمار في عرف معاهدة واشنطن. وصدر هذا الحكم فصلاً في دعوى رفعت من قبل شركة مقاولات إيطالية *saline constructori* ضد الحكومة المغربية بخصوص النفقات المستحقة للشركة عن تنفيذ عقد إنشاء طريق سريع بين مدينتي الخميسات ومكناس<sup>66</sup>. دفعت الحكومة المغربية بعدم اختصاص المركز على أساس أن الدعوى غير متعلقة باستثمار، لأنها تدور حول خلاف بخصوص عقد المقاول الذي تم توقيعه بين الطرفين وهو عقد لتقديم خدمات، بينما تمسكت سالييني بكون المنازعة متعلقة باستثمار وفقاً لنصوص معاهدة واشنطن لعام 1965<sup>67</sup>.

وحسباً لهذا الخلاف، طلبت هيئة التحكيم توفر أربعة عناصر في النشاط الاقتصادي محل المنازعة لكي يصبح استثماراً ينعقد الاختصاص بالفصل في منازعاته للمركز. وتتحصر هذه العناصر فيما يلي: (أ) تقديم إسهامات نقدية أو عينية، (ب) ديمومة النشاط لمدة زمنية معينة، (ج) تحمل المستثمر القائم على المشروع للمخاطرة، ومساهمة النشاط في، (د) تنمية اقتصاد الدولة المضيفة للاستثمار<sup>68</sup>. وعلى ضوء هذه العناصر الأربعة فصلت هيئة التحكيم في النزاع المعروض عليها مقرر الآتي: أن العنصر الأول، الخاص بالإسهامات النقدية والعينية، تمثل فيما قدمته سالييني من فروض وضمانات مصرفية حصلت عليها من بنوك عدة لتمويل عملية إنشاء الطريق، فضلاً عن المعدات اللازمة لتنفيذ هذه العملية بالإضافة إلى الخبرة الفنية التي يتمتع بها مهندسو الشركة الإيطالية المدعية. وقالت أن هذا العنصر هو الذي يميز المستثمر عن المضارب<sup>69</sup>: فالأول يتحمل أعباء إقامة مشروعه الاستثماري من خلال ما يبذله من جهد ويضخه من مال وينفقه من وقت بينما لا شيء من هذا القبيل بالنسبة للثاني<sup>70</sup>. وفي عبارة موجزة تتميز الدورة الاقتصادية للمال المستثمر بطول الفترة الزمنية بالنسبة للمستثمر بينما هي قصيرة وسريعة بالنسبة للمضارب<sup>71</sup>.

أما العنصر الثاني وهو ديمومة النشاط الاقتصادي لمدة زمنية معينة - تتراوح بين عامين وخمسة أعوام - فقد توفر كذلك في حق الشركة المدعية إذ استغرقت عملية إنشاء الطريق ستة وثلاثين شهراً<sup>72</sup>. وهذا العنصر هو أحد السمات التي تميز الاستثمار عن المضاربة إذ الأخيرة لا تعد استثماراً نظراً لقصر المدة الزمنية اللازم فواتها للحصول على عائد منها، على خلاف الاستثمار الذي يحتاج لفترة زمنية ليست بالقليلة قبل الحصول على عائد يغطي تكلفته<sup>73</sup> كالاستثمار، مثلاً، في شراء فندق قائم وتجديده لتحقيق الأرباح من خلال تشغيله<sup>74</sup>. بل تأكيداً على أهمية عنصر ديمومة النشاط الاقتصادي، كمعيار للتمييز بين منازعات الاستثمار الخاضعة لمعاهدة واشنطن لعام 1965 والمضاربة، ذهبت بعض الأحكام إلى اشتراط تحقيق المشروع الاقتصادي للعوائد والأرباح بصفة دورية لاعتباره استثماراً بحسبان أن ذلك لن يتحقق إلا من خلال استمرار المشروع لفترة زمنية ليست بالقصيرة<sup>75</sup>.

ويتمثل العنصر الثالث في تحمل المستثمر للمخاطر غير التجارية التي يعترض لها استثماره، كعدم نجاح المشروع من الناحية الاقتصادية بسبب اضطرابات سياسية أو نتيجة لتغيير التشريعات.... الخ<sup>76 77</sup>.

<sup>64</sup>Campbell McLhachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, (Oxford University Press, 2007) 165; *Generation Ukraine v. Ukraine*, ICSID case no. ARB/00/9, (September 16, 2003), paragraph 8-10; *Joy Mining Machinery v. Arab Republic of Egypt*, ICSID case no. ARB/03/11 (June 8, 2004) paragraph 49.

<sup>65</sup>*Supra* n. 2 at 1041.

<sup>66</sup>*Salini Constructori S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, Award on Jurisdiction, ICSID case no. ARB/00/4 (July 23, 2001) paragraph 5. 1965. مستلهمة تلك العناصر من محاولات التي تمت لتعريف الاستثمار وقت صياغة أحكام اتفاقية واشنطن لعام 1965.

<sup>67</sup>*Id.*, at paragraph 38.

<sup>68</sup>*Id.*, at paragraph 52.

<sup>69</sup>*Id.*, at paragraph 53.

<sup>70</sup>*Supra* n. 18 at 272; *Jan de Nul v. Arab Republic of Egypt*, ICSID case no. ARB/04/13 (June 16, 2006) paragraph 92;

<sup>71</sup>*Supra* n. 25 at 483; *Alpha Projectkholding GMBH v. Ukraine*, ICSID case no. ARB/07/16 (August 11, 2010) paragraph 322.

<sup>72</sup>*Salini Constructori S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, Award on Jurisdiction, ICSID case no. ARB/00/4 (July 23, 2001) paragraph 55; *Alpha Projectkholding GMBH v. Ukraine*, ICSID case no. ARB/07/16 (August 11, 2010) paragraph 320.

<sup>73</sup>*Joy Mining Machinery v. Arab Republic of Egypt*, ICSID case no. ARB/03/11 (June 8, 2004) paragraph 31; *Malaysian Historical Salvors v. The Government of Malaysia*, ICSID case no. ARB/05/10 (May 17, 2007) paragraph 112.

<sup>74</sup>*Alpha Projectkholding GMBH v. Ukraine*, ICSID case no. ARB/07/16 (August 11, 2010) paragraph 322.

<sup>75</sup>*Malaysian Historical Salvors v. The Government of Malaysia*, ICSID case no. ARB/05/10 (May 17, 2007) paragraph 108; *Alpha Projectkholding GMBH v. Ukraine*, ICSID case no. ARB/07/16 (August 11, 2010) paragraph 322.

<sup>76</sup>*Salini Constructori S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, Award on Jurisdiction, ICSID case no. ARB/00/4 (July 23, 2001) paragraph 55; *Alpha Projectkholding GMBH v. Ukraine*, ICSID case no. ARB/07/16 (August 11, 2010) paragraph 320. وإن اشتركت المضاربة مع الاستثمار في تعرضهما للمخاطر غير التجارية إلا أن درجة المخاطر بالنسبة للأولى أقل منها بالنسبة للثانية التي تستغرق دورة اقتصادية ممتدة زمنياً. انظر في هذا الشأن:

<sup>77</sup>*Joy Mining Machinery v. Arab Republic of Egypt*, ICSID case no. ARB/03/11 (June 8, 2004) paragraph 31; *Malaysian Historical Salvors v. The Government of Malaysia*, ICSID case no. ARB/05/10 (May 17, 2007) paragraph 112.

أما العنصر الرابع فهو مساهمة الاستثمار في تنمية اقتصاد الدولة المضيفة بحسبان أن ديباجة معاهدة واشنطن لعام 1965 قد نصت على أن الغرض من المعاهدة العمل على تنمية اقتصاد دول العالم والعمل على توثيق العلاقات الاقتصادية بين بعضها البعض<sup>78</sup>. وانتهت هيئة التحكيم إلى اعتبار الخلاف الدائر بين شركة ساليبي والحكومة المغربية نزاعاً متعلقاً باستثمار يدخل في نطاق اختصاص مركز الأكسيد<sup>79</sup>.

## 2- نقد هذا الاتجاه

وتعرض هذا الاتجاه، خاصة فيما يتعلق بالعناصر المتطلبية في النشاط لاعتباره استثماراً على نحو ما تقرر في قضية ساليبي، لنقد حاد من جانب بعض الفقهاء، بل ولم تنتبه بعض هيئات التحكيم بمركز الأكسيد. ويتحصل هذا النقد فيما يلي:

أولاً: أن اشتراط تحقيق النشاط محل المنازعة الربح بصورة منتظمة لاعتباره استثماراً، من باب التأكيد على أن النشاط المعني ليس مجرد عملية مضاربة، يتجاهل طبيعة بعض المشروعات الاقتصادية التي يتأخر تحقيق الأرباح بها لعدة سنوات ومثال ذلك الصناعات الدوائية حيث يحتاج تطوير اللقاح والدواء إلى سنوات طويلة من التجارب والبحث قبل طرحه تجارياً. فالعبارة، إذًا، هي بكون النشاط يهدف بالأساس إلى تحقيق الأرباح رغم أن ذلك قد لا يتحقق لأسباب اقتصادية أو سياسية خارجة عن إرادة المستثمر الأجنبي<sup>80</sup>.

ثانياً: أن اشتراط مساهمة النشاط محل المنازعة في تنمية اقتصاد الدولة المضيفة للاستثمار من شأنه أن يؤدي إلى حرمان المستثمرين من اللجوء إلى الأكسيد بسبب أن نشاطهم الاقتصادي لم يساهم في إحداث تنمية اقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار وفقاً لما تراه هيئة التحكيم. وخطورة هذا الشرط تكمن في أن خضوع النشاط لاختصاص مركز الأكسيد لن يتم وفقاً لمعايير موضوعية محددة، كما هو المفترض بشأن ضوابط الاختصاص عموماً، بل سيتوقف على السلطة التقديرية المطلقة لهيئة التحكيم بحسبان أنها وحدها هي صاحبة القرار في اعتبار النشاط مساهماً في تنمية اقتصاد الدولة المضيفة للاستثمار من عدمه، ومن ثم يصبح تحديد الاختصاص بنظر الدعوى متروكاً لتقدير هيئة التحكيم.

فمفهوم المساهمة مفهوم مطاط لا يسهل الوقوف عليه ولا يمكن قياسه بمقاييس موضوعية. فهو مفهوم واسع وفضفاض يختلف باختلاف ظروف وملابسات كل دعوى على حده، وبالتالي لا يصح الأخذ به كعنصر من عناصر تعريف مصطلح الاستثمار كضابط لاختصاص مركز الأكسيد: فالمساهمة التي يقدمها مشروع ذو رأسمال كبير في اقتصاد دولة صغيرة نامية ذات ناتج محلي متواضع غير تلك التي يقدمها المشروع ذاته في اقتصاد دولة كبيرة متقدمة ذات ناتج محلي ضخم<sup>81</sup>. وإذا كانت فكرة المساهمة في التنمية الاقتصادية قد وردت في ديباجة معاهدة واشنطن، لا في النصوص ذاتها، باعتبار أن التنمية الاقتصادية هي أحد الأهداف التي دعت إلى إنشاء مركز الأكسيد، فإن هذا لا يعد بذاته دليلاً كافياً لحمل هيئات التحكيم على ضرورة اشتراط المساهمة لاعتبار النشاط استثماراً ينعقد الاختصاص بنظر منازعته لمركز الأكسيد<sup>82</sup>.

فالتنمية الاقتصادية تعتمد على تراكم الثروات والخبرات على نحو يصعب معه نسبتها إلى مشروع اقتصادي واحد مهما بلغت ضخامة رأسمال المستثمر فيه. فضلاً عن أن هناك عدة عوامل تقف وراء نجاح المشروع الاقتصادي منها ما هو متعلق بالظروف السياسية والاجتماعية للدولة المضيفة للاستثمار والتي لا علاقة للمشروع الاقتصادي بها. فقد ينجح المشروع في تحقيق أهدافه الاقتصادية ولكن لا يظهر أثر ذلك على اقتصاد دولة غير مستقرة سياسياً أو ذات ناتج محلي ضخم، بل من الوارد ألا تظهر آثار هذا المشروع إلا على إقليم معين. فالتنمية الاقتصادية أشمل من أن يتم حصرها في مشروع اقتصادي واحد أو في نتائج عملية استثمار بعينها في قطاع اقتصادي معين<sup>83</sup>.

كما أن من الخطورة بمكان ترك معرفة ما إذا كان النشاط الاقتصادي الذي يبشر في دولة أجنبية يساهم في التنمية الاقتصادية للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم أم لا، ولنا مثال في دعوى *Mitchell v. Congo* حيث رفضت هيئة التحكيم اعتبار نشاط المدعي الاقتصادي المتمثل في فتح مكتب للمحاماة بالكونغو استثماراً، على اعتبار أن نشاط المكتب الاقتصادي لم يساهم في تنمية الاقتصاد الكونغولي، لأن الغالبية العظمى من عملائه كانوا أجانب وكانت الاستشارات القانونية وغيرها من الخدمات القانونية تؤدي إليهم في الخارج<sup>84</sup>.

ومثال آخر هي قضية الإنقاذ الماليزية. وفيها قامت الشركة الإنجليزية بمقاضاة الحكومة الماليزية إثر خلاف نشب بينهما حول اقتسام العوائد الناتجة من عمليات الإنقاذ البحري للسفن الغارقة من القرن السابع عشر والثامن عشر قبالة السواحل الماليزية والتي اشترك الطرفان في إجرائها. تمسكت الحكومة الماليزية بعدم اختصاص الأكسيد بنظر الدعوى لعدم توفر شرط مساهمة استثمار الشركة الإنجليزية، المتمثل في الإنقاذ البحري، في تنمية الاقتصاد الماليزي<sup>85</sup>.

وفي المقابل دفعت الشركة الإنجليزية بأنها قامت في أثناء تنفيذ مشروع الإنقاذ البحري بتدريب وتوظيف عمالة ماليزية لتصبح عمالة ذات خبرة فنية متخصصة في أعمال الإنقاذ البحري، بالإضافة إلى دعم مجموعة مقتنيات المتحف القومي

<sup>78</sup> *Salini Constructori S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, Award on Jurisdiction, ICSID case no. ARB/00/4 (July 23, 2001) paragraph 56.

<sup>79</sup> *Id.*, at paragraph 58.

<sup>80</sup> *Supra* n. 25 at 480; *Supra* n. 47 at 3.

<sup>81</sup> *Supra* n. 19 at 1055.

<sup>82</sup> *Supra* n. 25 at 477.

<sup>83</sup> *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID case no. ARB/07/16 (August 11, 2010) paragraph 312.

<sup>84</sup> *Mitchell v. Congo*, annulment proceedings, ICSID case no. ARB/99/07 (February 9, 2004) paragraph 31; *Jan de Nul v. Arab Republic of Egypt*, ICSID case no. ARB/04/13 (June 16, 2006) paragraph 92.

<sup>85</sup> *Malaysian Historical Salvors v. The Government of Malaysia*, ICSID case no. ARB/05/10 (May 17, 2007) paragraph 11.

الماليزي بتحف تم العثور عليها أثناء عملية الإنقاذ مما يمثل إضافة قوية إلى موجودات المتحف، فضلاً عن حصول الحكومة الماليزية على مبالغ مالية كبيرة مكنتها من البحث عن سفن أخرى غارقة مستخدمة ذات الكوادر التي تم تدريبها بواسطة الشركة الانجليزية<sup>86</sup>.

لم تر هيئة التحكيم فيما سردته الشركة الإنجليزية مساهمة في تنمية الاقتصاد الماليزي لكونه مجرد عمليات فرعية تلحق أي مشروع، فضلاً عن أن العمالة التي قامت بتدريبها تمثل نسبة بسيطة للغاية من إجمالي قوة العمل في الاقتصاد الماليزي. وبناءً على ذلك رفضت نظر الدعوى وقضت بعدم الاختصاص<sup>87</sup>. ولقد تشدد هذا الحكم في تقدير أهمية عنصر مساهمة الاستثمار في تنمية الاقتصاد الماليزي: فمما لا شك فيه أن تدريب الكوادر المؤهلة واستعادة آثار غارقة في البحر و توليد عوائد مالية تقدر بأربعة ملايين دولار أمريكي تعتبر مؤشرات على أن هناك استثماراً، وإن كان عائدته على الاقتصاد الماليزي بسيطاً لكنه يظل محسوساً.

ونتيجة للانتقادات السابقة لما سبق، فقد اتجهت بعض هيئات التحكيم إلى رفض الأخذ بهذا العنصر كأحد العناصر اللازمة لتكثيف النشاط الاقتصادي كاستثمار. ففي قضية *Fackes v. Republic of Turkey* والتي دفعت فيها الحكومة التركية بعدم اختصاص مركز الأكسيد بنظر دعوى مرفوعة ضدها من مستثمر هولندي نظراً لأن الاستثمار الذي قام به – والمتمثل في شراء ثلثي أسهم شركة "تلسيم" التركية، أكبر شركات الاتصالات التركية، بمبلغ أربعة آلاف دولار أمريكي - لم يسهم في تنمية الاقتصاد التركي وبالتالي لا يعد استثماراً وفقاً لنصوص معاهدة الأكسيد<sup>88</sup>. وقد رفضت هيئة التحكيم قبول تلك الحجة قائلة بأن عنصر المساهمة في التنمية الاقتصادية هو الهدف المنشود من جذب الاستثمارات الأجنبية ولكن ليس بلازم أن يتحقق وإلا ترتب على ذلك استبعاد عدد كبير من الاستثمارات من نطاق اختصاص مركز الأكسيد، ومن ثم فلا يعد من عناصر تعريف مصطلح الاستثمار بمعاهدة واشنطن لعام 1965<sup>89</sup>.

ثالثاً: العناصر سالفة الذكر وحدها لا تعتبر النشاط استثماراً تنبسط عليه الحماية المقررة بمقتضى معاهدة واشنطن لعام 1965، بل لا بد من توفر عنصر آخر يتمثل في كون هذا الاستثمار قد تم بطريق مشروع. ولقد أثبتت تلك المسألة لأول مرة في قضية *World Duty Free v. Republic of Kenya* حيث رفضت هيئة التحكيم نظر الدعوى بسبب سوء نية المستثمر وعدم مشروعية استثماره وكانت الدعوى مرفوعة من شركة *World Duty Free* ضد حكومة كينيا بسبب قيام الأخيرة بفسخ عقود امتياز استغلال محلات السوق الحرة التي حصلت عليها الشركة في مطاري مومباسا ونيروبي<sup>90</sup>. دفعت الحكومة الكينية بعدم اختصاص الأكسيد بنظر الدعوى نظراً لأن الامتياز الذي حصلت عليه شركة *World Duty Free* قد تحقق عن طريق ما قدمته من رشوة إلى الرئيس الكيني وقتئذ<sup>91</sup>. وبعدها تحققت الهيئة من صحة ما سبق رفضت نظر الدعوى وقضت بعدم اختصاصها على أساس أنه لولا الرشوة التي قدمت ما تمكنت شركة *World Duty Free* من الحصول على عقود امتياز تشغيل محلات السوق الحر وبالتالي أصبح استثمارها قد تم بطريقة غير مشروعة ولا يحظى بالحماية في ظل نصوص معاهدة واشنطن<sup>92</sup>. فعدم المشروعية في هذه القضية سببه مخالفة الاستثمار منذ نشأته لنصوص القانون الكيني الذي يحظر تقديم الرشاوى إلى موظفي الدولة.

من ناحية أخرى اعتبرت بعض الأحكام ممارسة المستثمر للغش أو التدليس - للحصول على تسهيلات أو مزايا لصالح مشروعه من الدولة المضيفة للاستثمار- سبباً كافياً لأن ينزع عن نشاطه الاقتصادي صفة الاستثمار المشمول بنصوص معاهدة واشنطن لعام 1965. ففي قضية *Inceysa Vallisolentana v. Republic of San Salvador* كان النزاع يعود إلى قيام الحكومة السلفادورية بفسخ عقد امتياز بناء وتشغيل محطات الفحص الفني للسيارات الممنوح لشركة *Inceysa* الإسبانية بسبب التحايل الذي وقع منها في مرحلة إرساء العطاءات<sup>93</sup>. والمتمثل فيما قدمته من بيانات مزيفة خاصة برأس مالها الذي قدرته بعدة ملايين من اليورو، وبمئاته مركزها المالي، وذلك على خلاف ما هو ثابت في السجل التجاري من تواضع حجم رأس مالها الذي لم يتعد بضعة آلاف من اليورو<sup>94</sup>، بالإضافة إلى خداع الشركة للحكومة السلفادورية عندما ادعت بأن لها شريكاً استراتيجياً آخر يملك خبرة عريقة في مجال إدارة محطات الفحص الفني للسيارات في حين أن الواقع غير ذلك<sup>95</sup>. قضت الهيئة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى لأن استثمار شركة *Inceysa* كان مبنياً على الغش والخداع من خلال تقديم مستندات غير صحيحة، وهو بذلك استثمار قد تم بطريقة غير مشروعة لا يستحق معها الحماية في ظل نصوص معاهدة واشنطن.

وتكرر الأمر ذاته في قضية "ماليكورب" حيث فسخت سلطة الطيران المدني المصري عقد بناء وتشغيل مطار رأس سدر الذي أبرم مع شركة "ماليكورب" بعدما تبين قعود الشركة عن الوفاء بالتزاماتها نتيجة ضالة رأسمالها الذي لم يتجاوز ألف جنيهها إسترلينياً. خلافاً لما قرره بمسنداتها المقدمة للوزن بالعطاء من تجاوزه لمبلغ مائة مليون جنيهها إسترلينياً<sup>96</sup>، الأمر الذي دفع هيئة التحكيم إلى الحكم بعدم اختصاص بنظر الدعوى لكون الاستثمار قد تم بسوء نية.

<sup>86</sup>*Id.*, paragraph 55.

<sup>87</sup>*Id.*, paragraph 138.

<sup>88</sup>*Fackes v. Republic of Turkey*, ICSID case no. ARB/07/20 (July 14, 2010) paragraph 84.

<sup>89</sup>*Id.*, paragraph 111.

<sup>90</sup>*World Duty Free v. Republic of Kenya*, ICSID case no. ARB/00/07 (October 4, 2006)

<sup>91</sup>*Id.*, paragraph 72.

<sup>92</sup>*Id.*, paragraph 167.

<sup>93</sup>*Inceysa Vallisolentana, v. Republic of El-Salvador*, ICSID case no. ARB/03/26 (August 2, 2006) paragraph 34.

<sup>94</sup>*Id.*, paragraph 56.

<sup>95</sup>*Id.*, paragraph 231.

<sup>96</sup>*Malicorp v. Arab Republic of Egypt*, ICSID case no. ARB/08/18 (7 February, 2011) paragraph 134.

ومع ذلك، فلقد رفض الكثير من الفقهاء والحكام اعتبار حسن النية عنصرًا من عناصر تعريف الاستثمار: فمن ناحية لم تأت نصوص معاهدة واشنطن بأي ذكر لحسن النية لا فيما يتعلق بالاستثمار أو فيما يتعلق بباقي نصوص المعاهدة. وكما أشارت إحدى الأحكام الصادرة عن مركز الأكسيد فإن حسن النية ومشروعية الاستثمار هما من الخصائص الذاتية للاستثمار ذاته.<sup>97</sup> ولا علاقة لهما بالاختصاص الموضوعي لمركز الأكسيد. فقد يكون الاستثمار غير مشروع وتقضي الهيئة برفض قبول الدعوى بشأنه، ولكن ذلك لا يعني عدم اختصاصهما بنظر المنازعة من الناحية الموضوعية<sup>98</sup>. كما أن مبدأ حسن النية يلعب دوره في حالة تفسير غموض نصوص المعاهدات والعقود باعتباره موجهًا للكيفية التي يتم بها تفسير نص غامض في عقد أو في معاهدة يحتمل التأويلات المختلفة لكنه لا يلعب هذا الدور في مجال الاختصاص الموضوعي في التحكيم الذي يستند بصفة مباشرة إلى اتفاق الأطراف على اللجوء إليه لحسم النزاع<sup>99</sup>. فالاختصاص الموضوعي في التحكيم مبناه على توافق رضاء الطرفين به كوسيلة لفض المنازعات في الحدود الموضوعية المرسومة لها في اتفاق التحكيم المبرم بينهما، لا مشروعية أفعالهما.

### المبحث الثاني: تقييم الاجتهاد القضائي

نأتي إلى تقييم الاجتهاد القضائي حول تعريف الاستثمار. و نلاحظ في هذا الصدد أن هذا الاجتهاد لم يصل بصورة مرضية إلى وضع تعريف واضح ومحدد لكلمة "استثمار" التي وردت في نص المادة 25 من معاهدة واشنطن لعام 1965 وذلك لسببين رئيسيين: السبب الأول يرجع إلى عملية التحكيم ذاتها كآلية لفض المنازعات والتي تقتقد إلى مرجعية واضحة ترسم ملامح الطريق لإصدار سلسلة متواترة من الأحكام التي تتبنى تعريفًا واضحًا ومحددًا للاستثمار (المطلب الأول). أما السبب الثاني فهو سعي هيئات التحكيم لخلق نظام جديد للائتميازات الأجنبية، بدلاً من حماية الاستثمار ذاته، عبر مد اختصاص الأكسيد إلى نظر منازعات قانونية قد لا تتعلق بالاستثمار مباشرة الأمر الذي يدفع نحو تبني تعريفات شديدة الاتساع لكلمة الاستثمار بغية تحقيق هذا الامتداد تحت مظلة نصوص معاهدة واشنطن عام 1965 (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: غياب مرجعية التحكيم

إذا نظرنا إلى الخلاف الذي احتدم حول تعريف الاستثمار سنجد أنه نتاج عدة عوامل مختلفة ترتبط ارتباطًا وثيقًا بغياب مرجعية واضحة للتحكيم في مركز الأكسيد تكفل الوصول إلى تعريف واضح ومحدد لكلمة الاستثمار من خلال الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم بمركز الأكسيد. وتتجسد هذه العوامل فيما يلي: العامل الأول: هو الغياب المتعمد لذكر أي تعريف لمفهوم الاستثمار في نصوص معاهدة واشنطن. بل لقد بالغ واضعو تلك النصوص في ذلك وأسقطوا من اعتبارهم أي إشارة إلى ماهية الاستثمار الذي كان مستقرًا في أذهانهم رغبة منهم في توسيع نطاق الاختصاص الموضوعي للأكسيد<sup>100</sup>. ولقد سبق القول بأن ذلك جاء بضغط مارسه الدول المتقدمة بقصد توفير أكبر قدر من الحماية لاستثمارات رعاياها في الدول النامية تلافياً لعيوب الحماية الدبلوماسية. فهذا الغياب المتعمد لتعريف الاستثمار فتح الباب على مصراعيه لاجتهاد دون ضابط سواء من نصوص المعاهدة أو من اتفاق الأطراف على اللجوء إلى الأكسيد.

العامل الثاني: والذي ساعد على اتساع هوة الخلاف هو الطبيعة المؤقتة للتحكيم كوسيلة لفض المنازعات. فهينات التحكيم تمتاز بكونها هيئات غير دائمة تحل بقوة القانون بمجرد أن تنتهي مهمتها بصدر الحكم الذي يفصل في النزاع. فلا تبقى قائمة لنظر منازعات أخرى مما يعني عدم وجود استمرارية في نظر منازعات مختلفة بواسطة هيئة تحكيم ذات تشكيل ثابت على نحو يتيح لها إصدار أحكام متواترة تتبنى تعريف محدد لمفهوم الاستثمار<sup>101</sup>. كما أن تركيبة المحكمين تؤثر بشكل واضح على كيفية الفصل في النزاع مثلها في ذلك مثل هيئة المحلفين في الأنظمة الأنجلوسكسونية<sup>102</sup>. فلو كان أغلبية هيئة التحكيم من الذين يؤمنون بوضع معيار موضوعي لتعريف الاستثمار، خرج الحكم الصادر منها متبنيًا ذلك الاتجاه والعكس صحيح<sup>103</sup>، وهذا ما يفسر عدم تبني اتجاه واحد في سبب الأحكام المعرفة لمصطلح الاستثمار، خصوصًا إذا وضعنا في الاعتبار أن السوابق القضائية لا تلعب دورًا بارزًا في صياغة القواعد القانونية طبقًا لنصوص معاهدة واشنطن لعام 1965<sup>104</sup>.

كما أن تكرار مشاركة بعض المحكمين - ممن يؤمنون بتبني اتجاه معين في تعريف الاستثمار، سواء كان الاتجاه الرضائي المحض أو الرضائي المقيد - في إصدار الأحكام من شأنه أن يولد انطباعًا زائفًا بأن اتجاهاً معينًا هو السائد في أحكام مركز الأكسيد مع أنه من الوارد في المستقبل المنظور أن يتبدل تشكيل هيئات التحكيم ليصبح الاتجاه السائد اليوم في تعريف الاستثمار مهجورًا غداً، لأن مجموعة أخرى من المحكمين ممن يؤمنون باتجاه مغاير باتوا هم المسيطرون على المشهد التحكيمي بمركز الأكسيد بسبب تكرار مشاركتهم في عملية التحكيم.<sup>105</sup>

<sup>97</sup>Fackes v. Republic of Turkey, ICSID case no. ARB/07/20 (July 14, 2010) paragraph 112.

<sup>98</sup>Joost Pauwelyn & Luis Eduardo Salles, *Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im) possible Solutions*, 42 Cornell International Law Journal, 94 (2009).

<sup>99</sup>Fackes v. Republic of Turkey, ICSID case no. ARB/07/20 (July 14, 2010) paragraph 112.

<sup>100</sup>Supra n. 37 at 334.

<sup>101</sup>Gilbert Guillaume, *Le précédent dans la justice et l'arbitrage international*, 137 Journal du droit international (Clunet) 694 (2010).

<sup>102</sup>William W. Burke-White, *The Argentine Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System*, University of Pennsylvania Law School, Paper 202, 24 (2008).

<sup>103</sup>Supra n. 4 at 872.

<sup>104</sup>Supra n. 37 at 334.

<sup>105</sup>Supra n. 102 at 24.

العامل الثالث: الذي يساعد على عدم تمكن أحكام الأكسيد من التوصل إلى تعريف موحد للاستثمار هو غياب التسبب في أحكام الأكسيد على النحو المتعارف عليه في الأحكام القضائية. صحيح أن معاهدة الأكسيد تشترط تسبب الأحكام وتجعل من غيابه أحد أسباب الطعن بالبطلان على الأحكام، إلا أنها لم تضع معياراً واضحاً يتم الاسترشاد به لتحديد متى يكون التسبب الوارد في الحكم غير كافٍ ومبرراً لإبطاله. فكثيراً ما يكون التسبب هو عدم الاختصاص لعدم تعلق المنازعة بالاستثمار، أو أن النشاط محل المنازعة يكتنفه الغموض على نحو لا يمكن معه التوصل إلى استنتاج أسس واضحة محددة لتبني تعريف معين لمصطلح "استثمار"<sup>106</sup>. فهينات التحكيم غالباً ما تصب اهتمامها على فض المنازعة المعروضة أمامها في المقام الأول دون النظر إلى صياغة الحكم بطريقة تسمح لغيرها من هيئات التحكيم الأخرى باستخدام الحكم كحجة في مفهوم معنى الاستثمار<sup>107</sup>.

ففي دعوى ساليبي التي وضعت المعايير الموضوعية لتعريف الاستثمار تغيب الإشارة لأي سند قانوني مستمد من نصوص معاهدة واشنطن بربط استناد الهيئة إلى تلك المعايير<sup>108</sup>. إذ لا يوجد في نصوصها أي ذكر لتحمل المستثمر مخاطرة أو لضرورة تقديم إسهامات عينية أو نقدية. وكثيراً ما يكون التسبب في الأحكام الصادرة عن مركز أكسيد قاصراً على الإحالة إلى أحكام سابقة دون مناقشة تلك الأحكام على نحو يبرر الارتكان إليها كسوابق قضائية.

ويظهر ذلك بجلاء في قضية *Bayindir Insaat Truizm v. Islamic Republic of Pakistan* حيث ثار خلاف حول تنفيذ عقد رصف طريق سريع يربط بين إسلام آباد وبيشاور، كالعادة دفعت الحكومة الباكستانية بعدم اختصاص المركز بنظر الدعوى بحجة أن المنازعة لا تتعلق باستثمار<sup>109</sup>. فبدأت الهيئة في استخدام معايير ساليبي لتحديد ما إذا كان الخلاف يدور حول نشاط اقتصادي يعد استثماراً من عدمه. فعرضت لقيام شركة "بيندير" باستقدام المعدات والآلات والمهندسين لتنفيذ المشروع<sup>110</sup>، و تقديمها ضمانات بنكية مما يعد إسهاماً من الناحية الفنية والمادية من جانب الشركة في القيام بنشاط اقتصادي داخل باكستان<sup>111</sup>. ثم عرضت بعد ذلك لعنصر المخاطرة التي تحملتها الشركة والمتمثل في إمكانية تسهيل خطابات الضمان من قبل الحكومة الباكستانية دون وجه حق وهو ما قد يكلفها مصاريف إضافية حال تحققه<sup>112</sup>، ولا شك في اتساق موقفها مع حكم ساليبي في تعريف الاستثمار.

بيد أن الهيئة قررت أن تصيف إلى تلك الأسباب اعتبار عقد رصف الطرق السريعة من العقود التي تمتاز بخصائصها الذاتية التي تجعلها من قبيل عقود الاستثمار مستندة في ذلك إلى الحكم الصادر في قضية *Autopista Concesionada De Venezuela v. Venezuela* ومن هنا تبدأ المفارقات: فالدعوى في *Autopista* تدور حول عقد مركب مكون من شقين، الأول هو بناء طريق سريع، والثاني هو عقد امتياز تشغيل الطريق السريع في مقابل تحصيل رسوم ولم يكن العقد قاصراً على بناء الطريق فقط كما هو الحال في بندير<sup>113</sup>. بالإضافة إلى اختلاف الأسس في تعريف الاستثمار في كليهما، فالهيئة في *Autopista* تتبنى الاتجاه الرضائي المحض مستندة فقط إلى العقد الموقع بين *Autopista* والحكومة الفنزويلية<sup>114</sup>، بينما يفترض في بنادر تبنيها الاتجاه الرضائي المقيد خلال استخدامها لمعيار ساليبي مما يدل على التخطي وعدم تبني اتجاه واضح في تعريف الاستثمار كأساس لتسبب الحكم.

بل إن البعض يوجه أصعب الاتهام إلى المحكمين بهينات تحكيم مركز الأكسيد بسبب إهمالهم تسبب الأحكام التي يصدرونها بطريقة دقيقة وواضحة. فعوضاً عن ذلك نجد أن الأسباب المكتوبة غير كافية لحمل الحكم بصورة سائغة، وفي بعض الأحيان يتم إسناد مهمة كتابة هذه الأسباب لمساعدتهم، بسبب انشغالهم الدائم بالعمل كمحكمين ومحامين في العديد من الدعاوى في أن واحد<sup>115</sup>. وهو الأمر الذي ينعكس سلباً على قيمة الأحكام الصادرة عن مركز الأكسيد ويطعن في شرعية المركز كجهة محايدة أوكلت إليها مهمة الفصل في منازعات الاستثمار بين الدول الموقعة على معاهدة واشنطن لعام 1965 والمستثمرين<sup>116</sup>.

العامل الرابع: هو غياب سلطة استئنافية دائمة لدى مركز الأكسيد، شأنه في ذلك شأن التحكيم عموماً الذي لا يعرف، بعكس القضاء، فكرة الاستئناف على الأحكام الصادرة عنه. فهينات التحكيم الاستئنافية بالأكسيد ذات طبيعة مؤقتة شأنها في ذلك شأن الهيئات التي أصدرت الحكم المطعون فيه، مما يعني عدم وجود نظام دائم للرقابة الاستئنافية داخل الأكسيد يعمل على توحيد الحلول الموضوعية التي تنطق بها الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم بالأكسيد<sup>117</sup>. و يظهر هذا جلياً في عدم تبني معايير موحدة في الرقابة على التسبب في الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم بالأكسيد. فبعض هيئات الاستئناف تراقب الأحكام رقابة

<sup>106</sup>Tai-Heng Cheng & Robert Trisolto, *Reasons and Reasoning In Investment Treaty Arbitration*, 32 Suffolk Transnational Law Review, 424 (2009).

<sup>107</sup>*Supra* n. 37 at 358.

<sup>108</sup>*Salini Costruttori S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, Award on Jurisdiction, ICSID case no. ARB/00/4 (July 23, 2001) paragraph 5.

<sup>109</sup>ICSID case no. ARB/02/29 (14 November, 2005) paragraphs 21-35.

<sup>110</sup>*Id.*, paragraph 116.

<sup>111</sup>*Id.*, paragraph 119.

<sup>112</sup>*Id.*, paragraph 136.

<sup>113</sup>*Autopista Concesionada De Venezuela v. Venezuela*, ICSID case no. ARB/00/5 (September 27, 2001) paragraph 13.

<sup>114</sup>*Id.*, paragraph 83.

<sup>115</sup>Peirre Lalive, *On the Reasoning of International Arbitral Awards*, 1 Journal of International Dispute Settlement, 58 (2010).

<sup>116</sup>Eric David Kasnetz, *Desperate Times Call For Desperate Measures: The Aftermath of Argentina's State of Necessity & the Current Fight in the ICSID*, 41 George Washington International Law Review, 735 (2011); *Supra* n. 104 at 11.

<sup>117</sup>Noemi Gal-Or, *The Concept of Appeal in International Dispute Settlement*, 19 European Journal of International Law, 47 (2008).

مماثلة لتلك المتبعة بخصوص أحكام القضاء، فتشترط في أسباب الأحكام بلوغ حد معين من الاتساق المنطقي وكفايتها لحمل الحكم وغير ذلك من الضوابط التي نراها في الرقابة على تسبب الأحكام القضائية. وفي ذات الوقت يتبنى البعض الآخر من هيئات التحكيم الاستثنائية معايير متساهلة في الرقابة على تسبب الأحكام باكتفائها بوجود أسباب دون التدقيق في اتساقها مع منطوق الحكم<sup>118</sup>.

ناهيك عن أن حكم التحكيم لا يطعن عليه بالبطلان في ظل معاهدة واشنطن إلا إذا وجدت أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 52 فقرة 1 من معاهدة واشنطن وكان من الجسامة التي تبرر معه إبطال الحكم. فالأخطاء البسيطة، كإساءة تفسير مصطلح الاستثمار، لا تؤثر في صحة الأحكام الصادرة عن مركز الأكسيد<sup>119</sup> مما يجعل الطعن عليها بالاستئناف مسألة نادرة نظرًا لمحدودية أسباب الطعن واقتصارها على النواحي الإجرائية<sup>120</sup>.

العامل الخامس: والذي يحول دون التوصل إلى تعريف للاستثمار، هو الخلط المستمر لدى أحكام المركز بين عدم الاختصاص بنظر الدعوى لعدم تعلقها بنزاع قانوني حول الاستثمار وعدم قبول الدعوى. فتلك الأحكام لا تفرق بين عدم الاختصاص - الذي يرجع إلى كون الدعوى المعروضة أمام الأكسيد ليست ضمن المنازعات التي يملك المركز حق الفصل فيها - وبين عدم القبول الذي يكون نتيجة عدم استيفاء الدعوى لشروط موضوعية رغم اختصاص المركز بنظرها<sup>121</sup>. ويظهر هذا جليًا في اشتراط مشروعية الاستثمار كشرط لثبوت الاختصاص لمركز الأكسيد بنظر الدعوى. ففي قضية *Phoenix Action v. The Czech Republic*، دبت النزاع بين شركة إسرائيلية وحكومة التشيك بمناسبة قيام الأخيرة بتوقيع حجز على الأرصدة والدفاتر المملوكة لشركتين تشيكيتين هما *Benet Parah* و *Benet Group* التابعين بدورهما لشركة *Phoenix*<sup>122</sup>، التي تأسست في إسرائيل بواسطة مواطن تشيكي هو السيد *Beno*، المالك الرئيسي السابق للشركتين المشار إليهما<sup>123</sup>، عقب فراره من التشيك إلى إسرائيل إثر اتهامه بالتهرب الضريبي والجمركي عن الأنشطة التي كانت تديرها الشركتان المذكورتان<sup>124</sup>. دفعت الحكومة التشيكية بعدم اختصاص الأكسيد بنظر الدعوى لسوء نية القائم على ذلك الاستثمار نظرًا لأن الغرض الحقيقي من إنشاء شركة *Phoenix* هو تدويل نزاع قانوني داخلي توصلًا لرفع الدعوى أمام الأكسيد. و دللت حكومة التشيك على سوء النية بما يلي: أولاً، أن الدعوى أمام الأكسيد كانت قد رفعت من قبل شركتي *Benet Parah* و *Benet Group*، ثم بعد ذلك استحوذت شركة *Phoenix* عقب إنشائها على كامل رأس مالهما وحلت محلهما في مباشرة الدعوى قبل أن يتم تسجيل الاستحواذ في السجل التجاري الخاص بالشركتين في جمهورية التشيك<sup>125</sup>. ثانيًا: أن الهدف من إنشاء الشركة هو مباشرة الدعوى أمام مركز الأكسيد بدلاً من الشركتين المشار إليهما، وليس القيام بأي نشاط اقتصادي استثماري. هذا فضلاً عن نشوء النزاع محل الدعوى قبل تأسيس شركة *Phoenix* بواسطة *Beno* بعد هروبه إلى إسرائيل<sup>126</sup>. وانتهت هيئة التحكيم إلى أن هذا الاستثمار قد تم بقصد التحايل على القانون مما يتعين معه رفض نظر الدعوى لعدم الاختصاص<sup>127</sup>.

وكان أولى بالهيئة أن تقضي بعدم قبول الدعوى بسبب الغش نحو القانون - الذي حاول من خلاله المستثمر خلق كيان وهمي بغرض عرض المنازعة أمام مركز الأكسيد وليس بعدم الاختصاص بسبب أن النشاط الاقتصادي لا يعد استثمارًا. صحيح أن معظم معاهدات الحماية المتبادلة للاستثمار تنص على ضرورة موافقة الاستثمار لأحكام قانون الدولة المضيفة كشرط لتطبيق نصوص المعاهدة، لكن هذا لا ينفي بأي حال من الأحوال عن النشاط الاقتصادي صفته كاستثمار لتمتعه بخصائص ذاتية بغض النظر عن مشروعيتها التي غالبًا ما تكون محل منازعة بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار<sup>128</sup>. والحكم الصادر في قضية *Phoenix* ليس مجرد سابقة منفردة بل هو جزء من مجموعة الأحكام الصادرة عن مركز الأكسيد والتي تتجه إلى رفض نظر الدعوى بحجة عدم الاختصاص، ومن بينها الحكمين الصادرين في قضيتي *World Duty Free*<sup>129</sup> و *Inceysa*<sup>130</sup>.

صحيح أن هناك أحكامًا قضت بعدم قبول الدعوى في منازعات تدور حول الاستثمار الذي تم مخالفًا لقانون الدولة المضيفة للاستثمار<sup>131</sup>. لكن الخلط بين عدم الاختصاص وعدم القبول لا يتيح لأحكام مركز الأكسيد أن تقدم تعريفًا واضحًا للاستثمار. فالاختصاص دائمًا ما سيكون محكومًا بنص المادة 25 من معاهدة واشنطن حيث لا يوجد نص قانوني آخر واجب التطبيق، وبالتالي إذا اتجهت الأحكام الصادرة عن مركز الأكسيد إلى اعتبار تعريف الاستثمار مسألة تتعلق بالاختصاص، فسيكون بوسع هيئة التحكيم أن تثير المسألة من تلقاء نفسها وأن تصدر فيها أحكامًا. في هذه الحالة يمكننا أن نتوقع الوصول إلى تعريف موضوعي وموحد للاستثمار.

<sup>118</sup>Supra n. 106 at 424.

<sup>119</sup>Kenneth Stein, Exxon-Venezuela arbitration dispute: next steps and impact on future investor-state disputes under ICSID, 4 Journal of World Energy Law & Business, 384 (2011).

<sup>120</sup>Susan D. Frank, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, 73 Fordham Law Review, 1521 (2005).

<sup>121</sup>Supra n. 98 at 94.

<sup>122</sup>Phoenix Action v. The Czech Republic, ICSID case no. ARB/05/55 (2009), paragraph 31.

<sup>123</sup>Id. paragraph 32.

<sup>124</sup>Id.

<sup>125</sup>Id. paragraph 136.

<sup>126</sup>Id. paragraph 141.

<sup>127</sup>Id.

<sup>128</sup>Rahim Moloo & Alex Khachaturian, The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law, 34 Fordham International Law Journal, 1476 (2011).

<sup>129</sup>Inceysa Vallisoletana, v. Republic of El-Salvador, ICSID case no. ARB/03/26 (August, 2, 2006) paragraph 231.

<sup>130</sup>World Duty Free v. Republic of Kenya, ICSID case no. ARB/00/07 (October 4, 2006) paragraph 176.

<sup>131</sup>Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulg., ICSID case no. ARB/03/24 (February 8, 2005) paragraph 229; Supra n. 45 at 54.

أما إذا انحازت الأحكام الصادرة عن مركز الأكسيد إلى اعتبار تعريف الاستثمار مسألة تتعلق بقبول الدعوى، فسكون بصدد مسألة يحكمها قانون الدولة المضيفة للاستثمار؛ وبالتالي فمن غير المتصور الوصول إلى تعريف موحد للاستثمار تحت مظلة المادة 25 من معاهدة الأكسيد. فكل دولة لديها تشريعاتها التي تضع تعريفاً للاستثمار، وكذلك لديها الاتفاقيات التي وقعتها مع دول أخرى من أجل توفير الحماية المتبادلة للاستثمار. ومن الممكن في هذه الحالة أن تتعدد تعريفات الاستثمار بحسب الاختلافات الموجودة بين نصوص تلك الاتفاقيات.

### المطلب الثاني: مفهوم الاستثمار والعودة إلى نظام الامتيازات الأجنبية

من خلال نظرة متعمقة للأحكام الصادرة عن مركز الأكسيد نجد أن هذه الأحكام تهدف إلى خلق نظام جديد للامتيازات الأجنبية، لا إلى حماية الاستثمار كنشاط اقتصادي، وذلك من خلال مد الاختصاص إلى دعاوى لا تتعلق بمنازعات قانونية متعلقة بالاستثمار، بل منازعات قانونية عادية من الممكن أن تثار خارج إطار عملية الاستثمار كالنزاع حول مقابل تشييد طريق سريع<sup>132</sup>، أو تنفيذ عقد لتعميق قناة السويس<sup>133</sup>.

مثل تلك المنازعات لا يصح تقديمها أمام مركز الأكسيد لأنها ليست منازعات قانونية متعلقة باستثمار على النحو الذي قصده معاهدة واشنطن لعام 1965، إنما هي منازعات قانونية عادية قد تنشأ بين الدولة المضيفة للاستثمار ورعاياها<sup>134</sup>. والقول بغير ذلك يعني فرض اختصاص مركز الأكسيد على الدعاوى التي يكون أحد أطرافها أجنبياً على نحو يقيد قدرة الدولة المضيفة على إدارة المراكز القانونية لمن يتواجدون على أرضها ويباشرون نشاطهم داخل اقتصادها<sup>135</sup>. بما يحقق نقل سلطات الدولة المضيفة للاستثمار، فيفرض نظام قانوني للاستثمار إلى مركز الأكسيد لتصدق نبوءة دول العالم النامي وقت إبرام المعاهدة<sup>136</sup>.

ولنا مثال صارخ على ذلك في دعوى *Fedax v. Republic of Venezuela* التي كانت تدور حول نزاع بين شركة مسجلة مالياً والحكومة الفنزويلية بشأن استيفاء سندات أجنبية صدرت عن الأخيرة<sup>137</sup>. فعلى الرغم من أن شركة *Fedax* قد ألت إليها تلك السندات عبر التظهير فقط، شأنها شأن أي شخص يضارب في سوق الأوراق المالية، إلا أن الهيئة رأت أن كون عائد طرح تلك السندات قد استخدم في تمويل مشروعات البنية التحتية يجعل منها استثماراً يستحق الحماية تحت مظلة معاهدة واشنطن لعام 1965<sup>138</sup>!!! ونفس الشيء يمكن أن يقال على دعوى *Jan de Nul*، فالشركة الهولندية كانت متعاقدة فقط على تعميق وتوسيع مجرى قناة السويس وكان الخلاف الناشئ بينها وبين هيئة قناة السويس منصباً على احتساب تكاليف العمل؛ وهو خلاف قد ينشأ بين أي مفاوض ورب عمل<sup>139</sup>.

وفي الحقيقة، فإن كلا الاتجاهين المتبعين في تعريف الاستثمار عجزا عن الوصول إلى تحديد واضح لمفهوم الاستثمار، وإن اختلفت الأسباب. فالأحكام التي اتبعت الاتجاه الرضائي المحض في تعريف الاستثمار لم تستطع وضع تعريف واضح لمصطلح الاستثمار لعدة أسباب: أولها، أن تلك الأحكام قد اعتمدت على تعريف الاستثمار كما ورد في معاهدات الحماية المتبادلة للاستثمار، أو في تشريعات الدولة المضيفة للاستثمار، أو في العقود المبرمة بينها وبين المستثمر الأجنبي. لكن نظرة واحدة إلى نصوص اتفاقيات الحماية المتبادلة تكشف لنا أنها تعتمد على التوسع في مفهوم "الاستثمار" من خلال إيراد قائمة شديدة الاتساع للأصول التي ترد عليها حق الملكية، والمشمولة بالحماية القانونية الخاصة النابعة من شرط التحكيم أمام الأكسيد. فنجد أن حق الانتفاع وحق استغلال المناجم يردان ضمن ما يعد استثماراً إلى جانب رخص الاستيراد والإعفاءات الضريبية<sup>140</sup>!! فلا يمكن أن ننصّر وجود رابط واحد بين تلك الأشياء إلا ارتباطه بالاستثمار، والتي لن نجد لها تعريفاً في نصوص اتفاقيات الحماية المتبادلة للاستثمار.

أما السبب الثاني في عدم إمكانية توصيل الاتجاه الرضائي المحض إلى تعريف "الاستثمار"، فهو اختزال الاتجاه الرضائي المحض لفكرة الاستثمار في فكرة حق الملكية والتي بدورها تختلف من دولة إلى أخرى ومن نظام قانوني إلى آخر<sup>141</sup>. فطبقاً لمعاهدة واشنطن، فإن القانون واجب التطبيق على الدعوى هو قانون الدولة المضيفة للاستثمار<sup>142</sup>، وقد فسرت أحكام هيئات التحكيم بأن نصوص اتفاقيات الحماية المتبادلة للاستثمار هي بمثابة قواعد قانونية خاصة تقدم على قواعد قانون الدولة المضيفة العامة عملاً بقاعدة أن الخاص مقدم على العام<sup>143</sup>. ونتيجة لذلك سجد أنفسنا أمام عدة تعريفات للاستثمار حتى بالنسبة لذات الدولة المضيفة بسبب تعدد الأنظمة القانونية الخاصة والتعريفات الخاصة "بالاستثمار"، والتي تختلف من نصوص اتفاقية

<sup>132</sup>*Salini Constructtori S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, Award on Jurisdiction, ICSID case no. ARB/00/4 (July 23, 2001) paragraph 5.

<sup>133</sup>*Jan de Nul v. Arab Republic of Egypt*, ICSID case no. ARB/04/13 (June 16, 2006) paragraph 92.

<sup>134</sup>Gita Gopal, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 14 Case Western Reserve Journal of International Law, 598 (1982).

<sup>135</sup>*Supra* n. 5 at 430.

<sup>136</sup>Tai-Heng Cheng, *Power, Authority and International Investment Law*, 20 American University International Law Review, 471 (2005).

<sup>137</sup>ICSID case no. ARB/96/3 (July 11, 1997) paragraph 1.

<sup>138</sup>*Id.*, at paragraph 42.

<sup>139</sup>*Jan de Nul v. Arab Republic of Egypt*, ICSID case no. ARB/04/13 (June 16, 2006) paragraph 10.

<sup>140</sup>على سبيل المثال التعريف الذي ورد للاستثمار في المادة 1 بقانون استثمار المال العربي والمناطق الحرة رقم 65 لسنة 1971 كان شديد الاتساع في نقد هذا التعريف. انظر أ.د. إبراهيم شحاتة، "معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر" دار النهضة، القاهرة، 1972 صفحة 35 وما بعدها.

<sup>141</sup>*Supra* n. 4 at 500.

<sup>142</sup>نص المادة 42 من معاهدة واشنطن 1965

<sup>143</sup>*Supra* n. 3 at 129.

للحماية المتبادلة للاستثمار لأخرى. الأمر الذي سيبقي الغموض، إن لم يزد، قائماً حول تعريف مصطلح "الاستثمار" الوارد في المادة 25 من معاهدة واشنطن.

السبب الثالث: هو أن الاتجاه الرضائي المحض في تعريف "الاستثمار" يتعارض مع أهداف الأكسيد كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار. فالأكسيد ليس مؤسسة تحكيم كسائر مؤسسات التحكيم العادية، بل هي كما سبق القول مؤسسة تحكيم متخصصة في فض المنازعات القانونية المتعلقة بالاستثمار لا مجرد نزاع على تقدير ضريبي أو نزاع على تعيين حدود الملكية لقطعة أرض. فالالاتجاه الرضائي المحض يدول منازعات من الممكن حسمها بواسطة التحكيم خارج الأكسيد ولا يصح تقديمها أمام الأكسيد. ولذلك فإن تبني الاتجاه الرضائي المحض في تعريف "الاستثمار" يعني عدم الوصول أبداً إلى تعريف واحد لماهية الاستثمار<sup>144</sup>. ولتوضيح ذلك نقصد مقارنة بين دعوين الأولى هي Global Trading والثانية هي Fedax.

فبالخلاف في Global Trading كان بين شركة دواجن أمريكية والحكومة الأوكرانية على خلفية تخلف الأخيرة عن سداد ثمن شحنة من الدواجن<sup>145</sup>. دفعت الحكومة الأوكرانية بعدم الاختصاص استناداً إلى كون المنازعة غير متعلقة بالاستثمار، بل هي منازعة عقديّة عادية<sup>146</sup>. واستجابت هيئة التحكيم إلى هذا الدفع ورات أن المنازعة تدور حول تنفيذ بنود عقد بيع للدواجن وأن الخسائر التي تكبدتها شركة Global Trading لا علاقة لها بالاستثمار<sup>147</sup>. في حين أن الهيئة في دعوى Fedax v. Republic of Venezuela التي كانت تدور حول خلاف بين شركة مسخرة مالية والحكومة الفنزويلية بشأن استيفاء سندات أذنية - أي إخلال بالتزام عقدي بالوفاء - رأت أن كون عائد طرح تلك السندات قد استخدم في تمويل مشروعات البنية التحتية يجعل منها استثماراً يستحق الحماية تحت مظلة معاهدة واشنطن لعام 1965<sup>148</sup>.

ففي كلا الدعويين كان هناك إخلال بالالتزام بالوفاء من قبل الدولة المدعى عليها لكن النتيجة تباينت: ففي Global Trading، لم تر الهيئة أن التخلف عن دفع ثمن شحنة من الدواجن مساس بحق عقدي يعد استثماراً وفقاً للاتفاقية الأمريكية الأوكرانية؛ بينما في Fedax رأت الهيئة أن الإخلال بالالتزام بسداد قيمة السند الأذني هو مساس بحق عقدي يعد استثماراً وفقاً للاتفاقية الفنزويلية - الهولندية مع العلم بأن كلا الاتفاقيتين - شأن الغالبية الساحقة من اتفاقيات الحماية المتبادلة للاستثمار - تعتبر أن منازعات الاستثمار تشمل كل خلاف يدور حول وجود الحق أو الالتزام أو طبيعته أو التعويض جراء مخالفة طرف لالتزاماته<sup>149</sup>!!

أما في ظل الاتجاه الرضائي المقيد، فنصل إلى تعريف واضح لمصطلح "الاستثمار". فكثيراً ما تلاعبت هيئات التحكيم بالعناصر التي استخدمت لتعريف الاستثمار والتي وضعتها هيئة التحكيم في قضية ساليبي بقصد إضفاء صفة الاستثمار على النشاط الاقتصادي سبب المنازعة لبسط اختصاص المركز عليها. فلقد اعتبرت هيئة التحكيم في بندير أن تقديم ضمان بنكي يعد مساهمة عينية مقدمة من المستثمر<sup>150</sup>، رغم أن تقديم الضمانات البنكية لا يرتبط بالضرورة بتنفيذ الاستثمارات. فمعظم عقود التجارة الدولية يتم تمويلها عبر الاعتماد المستندي الذي يتضمن تقديم خطاب ضمان بنكي.

أما فيما يخص عنصر المخاطرة، فقد خلطت هيئات التحكيم بين المخاطر التجارية العادية التي تعد خصيصة أساسية من خصائص التصرفات في عالم التجارة وبين المخاطر غير التجارية التي يتحملها المستثمر الأجنبي في سبيل إنشاء الاستثمار وتحصيل عوائده عبر دورة رأس المال الممتدة زمنياً. فلقد اعتبرت هيئات التحكيم أن التعاقد مع الدولة المضيفة للاستثمار أو مع أحد أجهزتها مخاطرة في حد ذاتها بسبب ما تملكه تلك الأجهزة من امتيازات السلطة العامة<sup>151</sup>. وهذا تصرف غير مفهوم من وجهة نظرنا. فلو كانت تلك المنازعة بسبب استخدام الدولة لتلك السلطات لكان من الممكن قبول اعتبار تعامل المستثمر الخاص مع الدولة نوعاً من المخاطرة، لكن هذا يخالف الواقع من عدة نواحي:

أولاً: أن الدولة لم تستخدم تلك السلطة في دعوى Bayindir ولا في دعوى Consortium، فنحن إذاً نتحدث عن مخاطرة بحدوث شيء لم يقع بالأساس، فبأي منطق يتم اعتماد التعامل مع الدولة المضيفة مخاطرة؟ ثانياً: هذا الطرح يفترض أن الدولة لها على سبيل الدوام حق استخدام امتيازاتها في حين أن التشريعات الخاصة بالاستثمار تتضمن بجوار سماحها باللجوء إلى مركز الأكسيد تنازلها عن امتيازات السلطة العامة. ثالثاً: أنه يفرض صحة وجود تلك المخاطرة في التعامل مع الدولة، فإن هذا ينسب على كل من يتعامل مع الدولة حتى من بين مواطنيها، ومن ثم فلا يصح اعتماده كأساس لتفسير عنصر المخاطرة المستخدم لتعريف الاستثمار.

نأتي إلى عنصر التنمية الاقتصادية التي لم تر بعض هيئات التحكيم مانعاً من المبالغة في الدور الذي يلعبه المستثمر في تنمية اقتصاد الدولة المضيفة للاستثمار بقصد بسط ولايتها على نظر منازعات ليست بحسب الأصل من اختصاصها. ففي Jan De Nul، اعتبرت الهيئة أن قيام الشركة بتوسيع المجرى الملاحي في قناة السويس مساهمة من الشركة في تنمية الاقتصاد المصري نظراً لأهمية قناة السويس<sup>152</sup> رغم أن Jan De Nul ليست سوى شركة تقوم بالمقاولات ولا علاقة لها بإدارة القناة ولا تقدم خدمات للسفن العابرة بها، كما أن المقاولات التي أسندت إلى الشركة لا تختلف في طبيعتها عن غيرها من أعمال المقاولات حتى يمكننا أن نقول بأنها تسهم بصورة حقيقية في تنمية قناة السويس. نفس الشيء يمكن أن يقال في دعوى Helnan التي

<sup>144</sup>Supra n. 47 at 23.

<sup>145</sup>Global Trading v. Ukraine, ICSID case no. ARB/09/11 (December 10, 2010) paragraph 39.

<sup>146</sup>Id., paragraph 41.

<sup>147</sup>Id., paragraph 56.

<sup>148</sup>Id., at paragraph 42.

<sup>149</sup>Supra n. 31 at 815.

<sup>150</sup>Bayindir Insaat Truizm v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID case no. ARB/02/29 (14 November 2005) paragraph 119.

<sup>151</sup>Id., paragraph 135; Consortium R.F.C. v. Kingdom of Morocco, ICSID case no. ARB/00/6 (16 July, 2001) paragraph 63.

<sup>152</sup>Jan de Nul v. Arab Republic of Egypt, ICSID case no. ARB/04/13 (June 16, 2006) paragraph 92.



اعتبرت الهيئة نجاح المستثمر في إدارة فندق شبرد سبباً لجذب سلاسل أخرى من الفنادق العالمية إلى مصر مما أسهم في تنمية الاقتصاد المصري<sup>153</sup>، غافلة عن عمد أن هناك حكماً قضائياً مصرياً باتاً قضى لصالح فسخ العقد المبرم بين مجموعة "هلنان" والحكومة المصرية ممثلة في شركة إيجوث بسبب فشل هذه المجموعة في إدارة الفندق، مما أدى إلى تخفيض مستوى الفندق من خمس نجوم إلى أربع نجوم، بالإضافة إلى المخالفات التي وقعت على الفندق بسبب مخالفته للقواعد المنظمة للفنادق في مصر<sup>154</sup>!!! وكما قيل بحق، فإن هيئات التحكيم تلجأ إلى تبني معايير سالييني لتعريف الاستثمار عندما يكون تعريف الاستثمار الموجود في اتفاقية الحماية المتبادلة للاستثمار شديد الاتساع، بحيث يسمح بإدخال المنازعات حول تصرفات قانونية عادية ضمن نطاق اختصاصها<sup>155</sup>.

فحماية المستثمر هو الغرض الأسمى لهيئات التحكيم سواء تلك التي تتبنى الاتجاه الرضائي المحض أو الاتجاه الرضائي المقيد؛ ولذلك فمن النادر جداً أن ترفض الهيئة الاختصاص بنظر الدعوى<sup>156</sup>، حيث يتم تكييف أي نزاع قانوني عادي بين طرف أجنبي والدولة على أنه متعلق بالاستثمار دون النظر إلى بحث ما إذا كان النزاع هو جزء أصيل من عملية يمكن تكييفها على أنها استثمار أم لا<sup>157</sup>. وتزداد خطورة الموقف بعدم إمكانية رفض تنفيذ الحكم بالاختصاص استناداً إلى فكرة النظام العام أو لمخالفته قانون الدولة المضيفة للاستثمار مما يجعل قرار هيئة التحكيم في موضوع الاختصاص حاسماً في سير الدعوى<sup>158</sup>.

ولنا مثال في دعوى العملة الأرجنتينية التي انحاز المحكمون للمستثمرين أصحاب الدعاوى من خلال التوسع في تعريف الاستثمار إلى الحد الذي اعتبرت فيه القيود التي فرضتها حكومة الأرجنتين على خروج العملات الصعبة من البلاد اعتداءً على "استثمار"<sup>159</sup> رغبة منهم في حماية مصالح اقتصادية تقدر بمئات الملايين من الدولارات بغض النظر عن الصالح العام الذي كانت تلك القيود تهدف إلى تحقيقه<sup>160</sup> ووفقاً لقواعد القانون الدولي العام التي تسمح لحكومة الأرجنتين بتعليق العمل باتفاقيات الحماية المتبادلة<sup>161</sup>. فقد رفضت هيئات التحكيم بمرکز الأكسيد دفع حكومة الأرجنتين بحالة الضرورة كتبرير لمشروعية الإجراءات التي اتخذتها عقب انهيار البيسو الأرجنتيني<sup>162</sup>.

## الخاتمة

كان الهدف من وراء إبرام معاهدة واشنطن لعام 1965 هو توفير بديل لفكرة الحماية الدبلوماسية، يمكن للمستثمر الأجنبي أن يلجأ إليه في حالة حدوث نزاع قانوني متعلق بالاستثمار بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار من خلال آلية التحكيم بمرکز الأكسيد. وكان من المنطقي أن يتم تحديد نطاق اختصاص مركز الأكسيد موضوعياً من خلال وضع معايير واضحة للاختصاص تعرف نوعية المنازعات التي يمكن عرضها على مركز الأكسيد. إلا أن الشد والجذب الذي حدث بين دول العالم النامي - التي تخشى تدويل جميع المنازعات مع المستثمرين الأجانب سواء تعلقت بالاستثمار من عدمه - ودول العالم المتقدم - التي عانى مواطنوها من الاعتداء على ممتلكاتهم - قد حال دون تحديد ماهية "الاستثمار" باعتبار أن مركز الأكسيد لا يختص سوى بالمنازعات المتعلقة به دون غيره من المنازعات القانونية.

وإزاء غياب تعريف "الاستثمار" تباينت أحكام الأكسيد بين اتجاهين رئيسيين. الأول هو الاتجاه الرضائي المحض الذي يرى أن مسألة التعريف متروكة لإرادة الأطراف دون قيد أو شرط، فيصبح كل ما يعده الطرفان منازعة متعلقة بالاستثمار ضمن الاختصاص الموضوعي لمركز الأكسيد. والاتجاه الثاني المقابل له وهو الاتجاه الرضائي المقيد، يرى أن إرادة الأطراف ليست كافية لانعقاد الاختصاص الموضوعي لمركز الأكسيد وإنما ينبغي أن تتوفر في النزاع بعض الخصائص الموضوعية ليصبح متعلقاً بالاستثمار على اعتبار أن واضعي نصوص معاهدة واشنطن لعام 1965 كان لهم تصور محدد في أذهانهم لنوعية المنازعات التي يجوز عرضها على مركز الأكسيد.

لكن كما تبين من هذا البحث، كلا الاتجاهين كانا يهدفان إلى مد اختصاص مركز الأكسيد بحيث يتم تدويل جميع المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار<sup>163</sup>، حتى لو كان الأول مجرد مساهم بنسبة 13% في شركة نشأ بينها وبين

<sup>153</sup> *Helnan International Hotels v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID caseno. ARB/05/19 (October 17, 2006) paragraph 61.

<sup>154</sup> *Id.*, at paragraph 6.

<sup>155</sup> *Inmaris Perestorika v. Ukraine*, ICSID case no. ARB/08/8 (March 8, 2010) paragraph 131.

<sup>156</sup> Kathleen S. McArthur & Pablo A. Ormachea, *International Investor-State Arbitration: An Empirical Analysis of ICSID Decisions on Jurisdiction*, 28 *The Review of Litigation*, 568 (2009); و المقال تتناول بالدراسة كل الأحكام المنشورة التي صدرت، 2008 عن مركز الأكسيد حتى عام

<sup>157</sup> *CSOB v. The Slovak Rep.*, ICSID case no. ARB/97/4 (January 25, 2000) paragraph 72.

<sup>158</sup> John T. Schmidt, *Arbitration Under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Implications of the Decision on Jurisdiction in Alcoa Minerals of Jamaica, Inc., v. Government of Jamaica*, 17 *Harvard International Law Journal* 105 (1976).

<sup>159</sup> Alec Stone Sweet, *Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier*, 4 *Law and Ethics of Human Rights*, 75 (2010).

<sup>160</sup> Velimir Zivkovic, *Contractual Rights as Protected Investments in International Investment Law*, Oxford Student Legal Studies Papers, Paper Number 08/2011, 27 (2011).

<sup>161</sup> *Supra* n. 102 at 22.

<sup>162</sup> *Supra* n. 116 at 720.

<sup>163</sup> Wei Shen, *The Good, the Bad or the Ugly?: A Critique of the Decision on Jurisdiction and Competence in Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, 10 *Chinese Journal of International Law*, 76 (2011).

حكومة الأرجنتين خلاف حول تنفيذ عقد الامتياز الممنوح للشركة<sup>164</sup> ليتحقق مخاوف دول العالم النامي وقت إبرام معاهدة واشنطن لعام 1965 من تدويل جميع منازعتهم القانونية مع المستثمرين الأجانب وخلق نظام جديد للامتيازات الأجنبية.

ومع ذلك فإن الفرصة ما زالت مواتية لدول العالم النامي، وعلى رأسها دول المنطقة العربية، لتدارك ما سبق مع خلال تبني مفهوم واضح لمصطلح الاستثمار في جميع العقود التي تبرمها مع مستثمر أجنبي بما يتفق مع مصالحها الاقتصادية ورؤيتها لدور هذا الاستثمار في تنمية اقتصادها. فلحسن الحظ أن التحكيم أمام مركز الأكسيد لا ينعقد إلا باتفاق طرفا النزاع على اللجوء إليه. ولذلك فعلى الدولة المضيفة للاستثمار أن تتأكد أن مصطلح "الاستثمار" الوارد في أي اتفاقية ثنائية للحماية المتبادلة للاستثمار مع دولة متقدمة أو عقد مع مستثمر أجنبي يتفق مع مصالحها. فإذا كان المصطلح المشار إليه واسعاً وفضفاضاً، فعلى الدولة المضيفة الإصرار على إعادة صياغته قبل التوقيع حتى لا يتم تدويل منازعات لا ترغب في عرضها على التحكيم أمام مركز الأكسيد فاتحة بذلك الباب لخلق امتيازات أجنبية لا تتمناها.

<sup>164</sup> *Lanco International v. The Argentine Republic*, ICSID case no. ARB/97/6 (December 8, 1998) paragraph 5.