كلية القانون
College of Law
QATAR UNIVERSITY جامعة قطر

دار نشر جامعة قطر
Qatar University Press

OPEN ACCESS
Submitted: 11/4/2021
Reviewed: 28/5/2021
Accepted: 2/6/2021

نطاق اختصاص محكمة الاستثمار العربية - تعليق على الحكم رقم 1 لسنة 14 قضائية الصادر لمصلحة جمهورية ليبيا في عام 2018

شرف خالد إبراهيم الشرف

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد، جامعة الكويت، الكويت

Sharaf.alsharaf@ku.edu.kw

ملخص

أنشئت محكمة الاستثمار العربية عام 1993؛ وفقًا للاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، إلا أنها بقيت معدومة الأحكام في مواجهة الدول المضيفة للاستثمار، فلم تصدر أيَّ حكم يلزم أيَّة دولة عربية بتعويض المستثمر العربي، فهي دائمًا ما تقرر عدم اختصاصها بنظر النزاع؛ على الرغم من ازدياد عدد القضايا المنظورة في السنوات الأخيرة، وعلى الرغم مما نطمح أن تقوم به محكمة الاستثمار العربية من توسيع اختصاصها، واعتبارها ملجأً للمستثمرين العرب في مواجهة الدول المضيفة؛ إلا أنها قررت عكس ذلك في الحكم محل البحث الصادر لمصلحة دولة ليبيا؛ حيث حكمت بعدم اختصاصها ولائيًا -شخصيًا وموضوعيًا وإجرائيًا- بنظر الدعوى الاستثمارية، وذلك من خلال تفسير نصوص الاتفاقية تفسيرًا خاطئًا، بالمخالفة لأحكامها؛ ما حدى بالباحث إلى نقد هذا الحكم، وتوضيح التطبيق السليم لقواعد الاختصاص وفق أحكام الاتفاقية؛ استنادًا إلى آخر التوجهات الحديثة في القانون الدولي للاستثمار، وذلك بما يخدم مصلحة المستثمرين والدول العربية المضيفة للاستثمار.

الكلمات المفتاحية: محكمة الاستثمار العربية، الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية، القانون الدولي للاستثمار، الدعوى الاستثمارية، قواعد الاختصاص

للاقتباس: الشرف، شرف. «نطاق اختصاص محكمة الاستثمار العربية - تعليق على الحكم رقم 1 لسنة 14 قضائية الصادر لمصلحة جمهورية ليبيا في عام 2018»، **المجلة الدولية للقانون**، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، 2022

https://doi.org/10.29117/irl.2022.0207

© 2022، الشرف، الجهة المرخص لها: دار نشر جامعة قطر. تم نشر هذه المقالة البحثية وفقًا لشروط Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0). تسمح هذه الرخصة بالاستخدام غير التجاري، وينبغي نسبة العمل إلى صاحبه، مع بيان أي تعديلات عليه. كما تتيح حرية نسخ، وتوزيع، ونقل العمل بأي شكل من الأشكال، أو بأية وسيلة، ومزجه وتحويله والبناء عليه، طالما يُنسب العمل الأصلي إلى المؤلف.

دار نشر جامعة قطر
Qatar University Press

كلية القانون
College of Law
QATAR UNIVERSITY جامعة قطر

OPEN ACCESS

Submitted: 11/4/2021
Reviewed: 28/5/2021
Accepted: 2/6/2021

The Scope of Arab Investment Court's Jurisdiction – Comment on Judgement No. 1/14 Judicial ruling in favor of the Republic of Libya in 2018

Sharaf Khaled Ibrahim Alsharaf
Professor of Commercial and Maritime Laws, College of Law, Qatar University
nibrahim@qu.edu.qa

Abstract

The Arab Investment Court was established in 1993 in accordance with The Unified Agreement for The Investment of Arab Capital in The Arab States (Arab Investment Agreement "AIA"). However, the court has ruled no judgment in favor of any Arab investors, as it always dismisses cases under the jurisdiction basis despite the increasing number of investment cases in recent years. Through this research, the author aspires that the court expand its jurisdiction and becomes a remedy for Arab investors in suing the host states for any infringement of the AIA. However, the court dismissed the case highlighted in this research, based on lack of personal, material, and procedural jurisdictions, building on interpreting the provisions of the AIA incorrectly. This judgment calls the author to clarify the proper rules of jurisdictions based on the recent jurisprudence in International Investment Law by applying the provisions of the AIA appropriately, which would serve the interest of Arab investors and host countries.

Keywords: Arab Investment Court; The Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States; International Investment Law; Investment case; Jurisdictions

Cite this article as: Alsharaf Sh., "The Scope of Arab Investment Court's Jurisdiction-Comment on Judgement No. 1/14 Judicial ruling in favor of the Republic of Libya in 2018", *International Review of Law*, Volume 11, Regular Issue 1, 2022

https://doi.org/10.29117/irl.2022.0207

© 2022, Alsharaf Sh., licensee QU Press. This article is published under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0), which permits non-commercial use of the material, appropriate credit, and indication if changes in the material were made. You can copy and redistribute the material in any medium or format as well as remix, transform, and build upon the material, provided the original work is properly cited.

المقدمة

تأسست محكمة الاستثمار العربية وفقًا للاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية (الاتفاقية العربية للاستثمار)[1]، وكان لتأسيس المحكمة سبق أفضلية في مجال الاستثمار الدولي؛ حيث دعا العديد من فقهاء قانون الاستثمار الدولي إلى ضرورة إنشاء محكمة تختص بالنظر في النزاعات الاستثمارية الدولية بعد ظهور سلبيات نظام التحكيم الاستثماري الحالي[2]، وهو ما حدى بالاتحاد الأوروبي مؤخرًا إلى إنشاء محكمة للاستثمار وفقًا لاتفاقياتها الاستثمارية الحديثة[3].

ولعل من أهم مزايا وجود هذه المحكمة –وغيرها كأصل عام– تفسير نصوص الاتفاقية بما يوحد تطبيقها باتساق[4]، فقد طالت مراكز التحكيم الاستثماري العديد من الانتقادات لما تسببت به مؤخرًا من تضارب في الأحكام واختلاف في تفسير النصوص[5]، كما أنها تعتبر الملجأ الأخير للأطراف المتنازعة في حال تعذر حسم النزاع بينهم بالوسائل التي تم الاتفاق عليها[6].

كما أن للمحكمة اختصاص دولي بنظر النزاع، تستمده من موافقة الأطراف في الاتفاقية الموقعة بينهم مما يجعل

1 صدرت الاتفاقية في عام 1980 والتي تضمنت الفصل السادس الخاص بإنشاء المحكمة العربية للاستثمار – المواد 25–36 في الاتفاقية السابقة قبل تعديلها، والمواد –21 25 في الاتفاقية المعدلة – إلا أن المحكمة لم تأسس حتى عام 1993 – ومقرها الدائم في القاهرة – جمهورية مصر العربية. انظر نص الاتفاقية في موقع جامعة الدول العربية (المعدلة عام 2013):
http://www.lasportal.org/ar/legalnetwork/Documents/%20الاتفاقية%20الموحدة%20لاستثمار%20رؤوس%20الأموال%20العربية%20في%20الدول%20العربية%20-%20معدلة.pdf

2 من أبرز السلبيات عدم أخذ التحكيم السياسة التشريعية للدولة المضيفة بعين الاعتبار، مما يجعله يحكم لصالح المستثمر الأجنبي حتى لو كان إجراء الدولة متعلقًا بالسياسة العامة والنظام العام، وقد برزت هذه المشكلة في القضية ضد دولة استراليا، مما أدى إلى انسحاب بعض الدول من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن (اتفاقية واشنطن)، (مركز واشنطن أكسيد)، (ICSID)، انظر:
Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, Decision on Jurisdiction of 17.12.2015 - United Nation commission on International Trade Law (UNICTRAL), Permanent Court of Arbitration (PCA) Case No. 2012-12 ("Philip Morris"). Unless otherwise indicated, all of the cases referred to in this research are available at: https://www.italaw.com ,See also, Trevor N. May, *Latin America, ICSID, and the Politics of International Investment Arbitration*, (Thesis, McGill University, May 2016), page 5-8.

3 انظر: الاتفاقية الشاملة للاقتصاد والتجارة بين الاتحاد الأوروبي وكندا، والتي أضافت الكثير من التعديلات في نظام التحكيم الاستثماري من اشتراط للشفافية وتقييد سلطة المحكمين وغيرها من أمور أهمها؛ إنشاء محكمة استثمارية:
The Comprehensive and Economic Trade Agreement "CETA," is a trade deal between the EU and Canada, entered force provisionally on Sept. 21, 2017, https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/

4 إن الوجود الدائم لمحكمة النزاعات الاستثمارية يجعلها مصدرًا موحدًا للتفسير ويساهم في تطوير النظام الاتفاقي للاتفاقيات الاستثمارية، انظر: هشام علي صادق، **الحماية الدولية للمال الأجنبي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص290، وأيضًا: المادة 36 من الاتفاقية الصادرة عام 1980 قبل التعديل والتي نصت على رأي المحكمة الاستشاري في المسائل التي تحال إليها، وكذلك المادة 29 والتي لم تنص صراحة على تفسير نصوص الاتفاقية وإنما الفصل في أي نزاعات حول تطبيق الاتفاقية – علمًا بأن الاتفاقية بعد تعديلها حذفت 8 مواد في الفصل السادس الخاص بتسوية المنازعات وأدرجت غالبها في النظام الأساسي للمحكمة – وكذلك المادة 21 من النظام الأساسي المتعلقة باختصاص المحكمة. انظر: النظام الأساسي في موقع جامعة الدول العربية:
http://www.lasportal.org/ar/legalnetwork/Documents/الاستثمار%20العربية/المحكمة%20المعدل%20الاساسي%20النظام.pdf

5 من أهم مراكز التحكيم الاستثماري؛ المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن (أكسيد) (ICSID) والذي انضمت إلى الاتفاقية المنشأة له 163 دولة ودخلت حيز النفاذ في عام 1966، انظر نص الاتفاقية:
http://www.lcica.org/ar/download3/%201968%20الاستثمار%20منازعات%20لفض%20الدولي%20المركز%20ICSID.pdf

6 انظر المادة 23 من نص الاتفاقية المعدلة.

أحكامها نهائية وملزمة لأطرافها لا يجوز الطعن عليها[7]، ويتم تنفيذها كما لو كانت صادرة من محاكم الدولة الوطنية[8].

ونظرًا لاختصاصها الدولي وما تقدمه من إتاحة الفرصة للمستثمر العربي بمقاضاة الدولة المضيفة للاستثمار مباشرة دون الحاجة إلى اتباع طريق الحماية الدبلوماسية[9]، وباعتبار أحكامها نهائية وملزمة[10]، فإنه من المفترض عليها والمأمول منها أن تقوم بتوسيع اختصاصها الشخصي والموضوعي تطبيقًا لمبدأ إمكانية الوصول للمحاكم لما فيه من زرع الثقة لدى المستثمرين وإمكانية تحقيق للعدالة[11].

كما أننا نأمل أن يمتد اختصاصها لتكون محكمة استئناف، أو بطلان للأحكام التحكيمية الصادرة وفق التحكيم الخاص بالاستثمار العربي الوارد في الاتفاقية[12]، إلا أن الوضع الحالي – والذي جعل الأحكام التحكيمية نهائية وملزمة ولا يجوز الطعن عليها جعل تنفيذ الأحكام أكثر تعقيدًا[13]؛ حيث اتجهت محكمة النقض المصرية حديثًا في حكمين قررت فيهما اختصاصها بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر من مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وفقًا لأحكام الاتفاقية العربية للاستثمار باعتباره حكمًا دوليًا صدر في جمهورية مصر العربية وفقا لقانون التحكيم المصري متجاهلة الصفة الدولية للحكم التحكيمي[14].

7 اتفاق الأطراف في الاتفاقية الاستثمارية على التحكيم، أو إحالة النزاع إلى المحكمة يعتبر ملزمًا ويخول الأفراد (المستثمر) الصفة للجوء مباشرة دون الحاجة إلى اتفاق آخر بين الفرد والدولة وهو ما يطلق عليه الإلزام الدولي. انظر: فتحي والي، **التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية**، منشأة المعارف، 2014، ص90.

8 انظر: نص المادة 34 من نص الاتفاقية القديم، والمادة 23 من النظام الأساسي للمحكمة.

9 هذا هو الهدف من التحكيم الاستثماري؛ حيث يوفر للمستثمر صفة مباشرة لإقامة الدعوى ضد الدولة المضيفة يمنعها من التمسك بصفتها السيادية مما يوفر الثقة للمستثمرين ويزيد من فرص الاستثمار الدولي؛ حيث إن الأصل في السابق هو قيام المستثمر بطلب الحماية الدبلوماسية من دولته الأم لعدم إمكانية مقاضاة الدولة المضيفة مباشرة. انظر:

J. Dugard, 'First Report on Diplomatic Protection' (2000) UN Doc A/CN.4/506, paras. 80.

10 وقد أكدت المحكمة على نهائية أحكامها في عدة دعاوى لإعادة التماس النظر، ومنها الحكم الصادر في عام 2017 بدعوى رقم 4 لسنة 13 قضائية؛ حيث أكدت "أن أحكام المحكمة نهائية وملزمة لا يجوز الطعن فيها، أو إعادة النظر فيها"، وكذلك في الحكم الصادر في عام 2014 بالدعوى رقم 1 لسنة 10 قضائية حين رفعها المستثمر مرة ثانية؛ حيث أكدت على "تمتع الحكم السابق بحجية الأمر المقضي لاتحاد الخصوم والموضوع والسبب، وأنه نهائي وملزم لا يجوز إعادة طرحه مرة أخرى ولو بأدلة ووقائع جديدة لم يسبق طرحها".

11 لا يقصد الباحث من توسيع اختصاصها أن تخرج عن نصوص الاتفاقية، وإنما أن تفسر النصوص – وفق آلية التفسير المتاحة والمعتبرة – بالاتساع الذي يسمح لها بمد اختصاصها لنظر القدر الممكن من النزاعات؛ حيث إن المحكمة تستمد اختصاصها من النصوص المتفق عليها بين الأطراف. انظر في كيفية قيام هيئات التحكيم الاستثماري في تفسير نصوص الاختصاص – توسعًا وتضييقًا:

Odysseas G. Repousis, *Standing of Locally Incorporated Entities in International Investment Law and the Notion of Foreign Control*, 24 Tul. J. Int'l & Comp. L. 327-343 (2016).

12 هذا ما سعت إليه الدول الأوروبية وأقرته في اتفاقياتها الاستثمارية الحديثة، بأن تكون محكمة الاستثمار هي محكمة استئنافية للأحكام التحكيمية في حالات محددة تراعي أوضاع الدول المضيفة، وحالات التنفيذ، أو البطلان. انظر: الاتفاقية الشاملة للاقتصاد والتجارة بين الاتحاد الأوروبي وكندا، مرجع سابق 3، الفصل الثامن، الجزء F، المواد 8/ 27، 8/ 28.

13 انظر: نص المادة الثالثة الخاصة بالتحكيم في الملحق الخاص بالاتفاقية فقرة 8 أنه " يكون قرار هيئة التحكيم الصادر وفقًا لأحكام هذه المادة نهائيًا وملزمًا يتوجب على الطرفين الامتثال له وتنفيذه بمجرد صدوره ما لم تحدد الهيئة مهلة لتنفيذه، أو لتنفيذ جزء منه، ولا يجوز الطعن في قرار التحكيم". وقد أكدت المحكمة على ذلك في الحكم الصادر في عام 2017 بالدعوى رقم 3 لسنة 13 قضائية فقررت "إن الدفع بعدم الاعتداد بالحكم التحكيمي واعتباره كأن لم يكن، يعد خارجًا عن اختصاص محكمة الاستثمار العربية كونه لا يندرج ضمن المقرر للاختصاص الولائي لهذه المحكمة والمحددة حصرًا بموجب النظام الأساسي للمحكمة والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية". حيث إن القول بخلاف ذلك يجعل من هذه المحكمة جهة استئنافية وتعقيب على الأحكام التي تصدرها هيئات التحكيم في النزاعات المتعلقة بالاتفاقية وهو الأمر الذي لا يوجد له سند في الاتفاقية وخاصة ما ورد في ملحق التحكيم في المادة 3 والتي نصت على "نهائية حكم التحكيم وعدم قابليته للطعن".

14 طعنت دولة ليبيا لأول مرة ضد الحكم التحكيمي الصادر لمصلحة مستثمر كويتي وقد قيّد برقم 6065 لسنة 84 قضائية نقض، صدر في جلسة 14/ 11/ 2015، ثم طعن بالنقض ثانية بالطعن رقم 18615 لسنة 88 قضائية، وبتاريخ 10/ 12/ 2019 أكدت المحكمة على اختصاصها بنظر دعوى بطلان

وعلى الرغم مما نطمح أن تقوم به محكمة الاستثمار العربية من توسيع اختصاصها واعتبارها ملجأً للمستثمرين العرب في مواجهة الدول المضيفة لتقوم بالدور الذي يمارسه التحكيم الاستثماري الدولي حديثًا[15]، إلا أنها تمسكت بتقليديتها القضائية وذلك بالتمسك بحرفية النص القانوني في النزاع الذي قد يؤدي بدوره إلى عدالة صماء لا تكون في صالح الخصوم بعكس الدور الذي يقوم به المحكم والذي يأتي بحل متوسط يحرص من خلاله على مصلحة الخصوم أكثر من حرصه على حرفية القانون، ولو كان الحق كله في جانب طرف دون الآخر[16].

لذلك نجد أن محكمة الاستثمار العربية في جميع أحكامها قد حكمت لصالح الدول المضيفة للاستثمار، وكانت مسائل الاختصاص من أهم أسباب رفض دعوى المستثمر العربي، فنلاحظ أن المحكمة في العديد من الأحكام قد حكمت بعدم اختصاصها بنظر النزاع الاستثماري، سواء كانت هذه الأحكام بالمخالفة لأحكامها السابقة، أو المبادئ التي أقرتها هيئات التحكيم الدولية في النزاعات الاستثمارية، وهذا ما حدى بالباحث إلى ضرورة شرح وتوضيح مسائل الاختصاص بشيء من التفصيل[17].

وبالنظر إلى الحكم محل البحث والصادر لمصلحة دولة ليبيا ضد المستثمر العربي –الوقائع أدناه– فإن المحكمة على الرغم من تحقق الاختصاص بنظر النزاع –وفق وجهة نظر الباحث كما سيبين في البحث– قد حكمت بعدم اختصاصها ولائيًا –شخصيًا وموضوعيًا وإجرائيًا– بنظر الدعوى الاستثمارية من خلال تفسير نصوص الاتفاقية تفسيرًا خاطئًا بالمخالفة لأحكامها[18]. وهو ما حدى بالباحث إلى التعليق على هذا الحكم للإجابة على عدة إشكاليات فيه تتمثل أولًا في تحديد النطاق الزمني للاتفاقية العربية للاستثمار السابقة 1980 والمعدلة في عام 2013، وذلك بتحديد الاتفاقية واجبة التطبيق على النزاع، ثم بيان الاختلاف مع تفسير المحكمة للاختصاص الشخصي وتعريف المستثمر، وكذلك بيان تحقق الاختصاص الموضوعي لتحقق وجود الاستثمار وفق نطاق الاتفاقية واكتمال شروطه، وأخيرًا بالتأكيد على اختصاص المحكمة الإجرائي بنظر النزاع؛ لعدم لجوء المستثمر للمحاكم الوطنية في ذات النزاع، ولعدم تطبيق مبدأ "مفترق الطرق" كما سنبينه في البحث. وعليه، فإننا سنتناول التعليق على الحكم من خلال بيان وقائع الحكم أولًا ثم ذكر مسائل الاختصاص الواردة في الحكم، وبيان أوجه اختلافنا معها وفق أحكام

الحكم التحكيمي حتى ولو كان صادرًا بصفة دولية وفقًا للاتفاقية العربية للاستثمار. جميع الأحكام المشار إليها في البحث متاحة على موقع محكمة النقض المصرية https://www.cc.gov.eg.

15 إن التحسن في المركز القانوني للمستثمر الأجنبي أصبح واضحًا للعيان؛ حيث امتدت آثاره إلى غيره من الأجانب الذين يرتبطون بالمشروع الاستثماري دون أن ينطبق عليهم وصف "المستثمر"، كما توسعت الاتفاقيات الحديثة في نطاق الحماية من خلال تبني مفهوم الاستثمار الواسع حتى أصبح يشمل كل مظاهر السيطرة المباشرة وغير المباشرة على عناصر ذات قيمة اقتصادية كعقود الخدمات. انظر: صفوت أحمد عبد الحفيظ، **دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص**، 2000، ص462.

16 محسن شفيق، **التحكيم التجاري الدولي**، دار النهضة العربية، 1997، ص32. بينما يرى آخرون أن مسائل اختصاص المحكم، أو المحكمة يجب الفصل فيها على أساس القانون لا قواعد العدالة، إذ إن قواعد العدالة وإن كانت تصلح للفصل في موضوع القضية وتحديد التزامات الأطراف إلا أنه في مجال الاختصاص، يجب أن يصدر الحكم طبقًا للقانون الذي يستند على نصوص محددة لا مجال للخروج عنها. انظر: منير عبد المجيد، **قضاء التحكيم في المنازعات التجارية الدولية**، دار المطبوعات الجامعية، 1995، ص245.

17 حكمت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر النزاع في 15 قضية من أصل 20 قضية منشورة في موقع جامعة الدول العربية. متاحة على:
http://www.lasportal.org/ar/legalnetwork/Pages/Investment_CourtRulings.aspx

18 الحكم في الدعوى رقم 1 لسنة 14 قضائية الصادر في عام 2018، سنشير إليه فيما بعد "الحكم"، جميع الأحكام التي سنشير إليها في البحث متاحة على موقع جامعة الدول العربية:
http://www.lasportal.org/ar/legalnetwork/Documents/حكم%20في%20الدعوى%20رقم%201-14%20ق.pdf

الاتفاقية العربية للاستثمار والأحكام الحديثة في مجال الاستثمار الدولي، وذلك في أربعة مباحث، وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: الوقائع، والاتفاقية محل التطبيق، ويتناولها في مطلبين اثنين على التوالي

المبحث الثاني: الاختصاص الشخصي للمحكمة، ويتناولها في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المستثمر العربي

المطلب الثاني: نسبة ملكية المستثمر العربي وفقًا للاتفاقية والقانون الداخلي

المطلب الثالث: انفصال الشخصية المعنوية للشركة "مستثمر اعتباري" عن مالكها "مستثمر طبيعي"

المبحث الثالث: الاختصاص الموضوعي للمحكمة، ويتناولها في مطلبين:

المطلب الأول: شكل الاستثمار وشروط تحققه

المطلب الثاني: اشتراط جلب الأموال المستثمرة من الخارج

المبحث الرابع: الاختصاص الإجرائي للمحكمة "مبدأ مفترق الطرق"

المبحث الأول: الوقائع والاتفاقية محل التطبيق

المطلب الأول: الوقائع[19]

تتلخص وقائع الدعوى المقامة من شركة صقر الخليج للطيران "شركة إماراتية" –تعود ملكيتها بالكامل إلى مواطن قطري– في أنها تقدمت في عام 2001 إلى هيئة تشجيع الاستثمار في ليبيا مع شركة ليبية أخرى "شركة البراق للنقل الجوي المساهمة" بطلب إنشاء شركة مشتركة "شركة محاصة" للقيام بخدمات النقل الجوي على أن تكون ملكية المشروع المشترك 50% – 50% لكلا الطرفين، تتمثل حصة المدعي بتوفير طائرتين قام بتأجيرهما من شركة إماراتية ثالثة، وتتمثل حصة الشركة الليبية –الشريك الآخر– بتقديم العمل على أساس التشغيل الكامل للحصة العينية في الشركة.

وافقت كلًا من اللجنة الشعبية العامة للاقتصاد والتجارة وهيئة تشجيع الاستثمار الليبية على المشروع المشترك وأصدرت اللجنة الإذن بتنفيذه وذلك بمنح الترخيص الاستثماري ولكن باسم مختلف عما قدمه المستثمر في طلبه الاستثماري وهو "سماء أفريقيا"، وعلى إثر ذلك عقد الطرفان اجتماعًا للجمعية العمومية لشركتهما باعتماد النماذج المقدمة إلى هيئة الاستثمار واتخاذ الإجراءات اللازمة للقيام بالمشروع، ولكن الشريك الليبي تخلف عن التزامه بالقيام بدوره في إنشاء المشروع المشترك مما أثار بينهما نزاعات تحكيمية وقضائية.

قامت بعد ذلك السلطات الليبية في عام 2015 بتعويض المتضررين من الاشتباكات المسلحة التي دمرت وأتلفت الطائرتين المؤجرتين "الحصة المقدمة من المستثمر في الشركة المشتركة"، فطلب المستثمر العربي مباشرة من السلطات الليبية عدم دفع مبلغ التعويض للشريك الليبي حتى يحل النزاع فيما بينهما؛ لأنه هو من قام باستئجار الطائرتين باعتباره صاحب الحق وأن المشروع لم ينفذ – ولكن السلطات الليبية تواطأت مع الشريك الليبي ودفعت

19 وردت في الحكم ص2–4.

له وحده التعويضات كاملة.

طلب المدعي التعويض على سند إخلال السلطات الليبية بالتزاماتها الناشئة عن قانون حماية وتشجيع استثمار رؤوس الأموال الأجنبية وذلك من خلال تمكين الشريك الليبي من الاستيلاء على استثمارات المدعي، وكذلك امتناع الهيئة عن إصدار التصريح للمشروع المشترك ثم قيامها بإلغاء الإذن بتنفيذ المشروع وذلك لدعم الشريك الليبي في القضاء الوطني، وكذلك اخلالها بواجب التزام الحياد بين الطرفين بأن تدخلت في الدعوى المقامة بينهما فقدمت للمحكمة ما يفيد أن المشروع المشترك هو شركة "سماء أفريقيا" وليس ما تم الاتفاق عليه مما مكّن الشريك الليبي من التحلل من التزاماته تجاه المدعي.

هذه الوقائع هي التي استندت عليها المحكمة، وذكرتها في الحكم محل التعليق والتي اعتمدت عليها لإصدار حكمها في الدعوى محل البحث، وعليه فإن الباحث سيناقش –لبيان تعليقه على الحكم– بشيء من التفصيل الاختصاص الزمني للاتفاقية وتحديد ما هي الاتفاقية واجبة التطبيق على النزاع، ثم بيان الاختصاص الشخصي للمحكمة وكذلك اختصاصها الموضوعي والإجرائي على النحو التالي:

المطلب الثاني: الاتفاقية محل التطبيق[20]

لاشك أن الاتفاقية العربية للاستثمار محل البحث قد صدرت في عام 1980 وأنها سارية بالنسبة للدول الأطراف الذين انضموا لها وصدقوا عليها (الاتفاقية السابقة 1980)، إلا أنه قد تم تعديلها في عام 2013 ونصت المادة 30 من الاتفاقية المعدلة أنها تدخل حيز النفاذ بعد ثلاثة أشهر من إيداع وثائق التصديق عليها من قبل خمس دول أطراف في الاتفاقية (الاتفاقية المعدلة 2013)، وقد حدث ذلك في تاريخ 24/ 4/ 2016 بعد 3 شهور من تاريخ إيداع تصديق الدولة الخامسة وهي العراق[21]، إلا أن ذات المادة قد قررت صراحة أن الاتفاقية المعدلة (2013) تسري في شأن الدولة المصدقة عليها بعد شهر من تاريخ إيداع وثيقة تصديقها لدى الأمانة العامة للجامعة[22].

وباستقراء هذه المادة نجد أنها قد بينت بوضوح أن الاتفاقية وإن أصبحت نافذة إلا أنها لا تسري في مواجهة الدولة غير المصادقة على التعديل، فتسري في مواجهتها الاتفاقية السابقة (1980) المصدق عليها، وهو ما يجعل لتحديد الاتفاقية والنصوص محل التطبيق أهمية كبيرة في بيان اختصاص المحكمة.

حيث ذهبت المحكمة في حكمها محل البحث إلى أن القواعد التي تحكم نطاق اختصاصها بنظر الدعوى

20 يقصد الباحث بالاتفاقية محل التطبيق بيان النطاق الزمني لتطبيق الاتفاقية ومدى سلطة المحكمة في تطبيق قواعد الأثر الرجعي، باعتبار أن الاتفاقية قد تم تعديلها في عام 2013 وتم التصديق عليها مما جعل المستثمر العربي أمام اتفاقيتين بالإمكان تطبيقهما على النزاع. انظر في تطبيق المعاهدة الدولية من الناحية الزمانية: أحمد أبو الوفا، **الوسيط في القانون الدولي العام**، دار النهضة العربية، 2004، ص148.

21 انظر قائمة الدول المصدقة على الاتفاقية المعدلة، متاحة على موقع جامعة الدول العربية:
http://www.lasportal.org/ar/legalnetwork/Documents/%20الأموال%20رؤوس%20لاستثمار%20الموحدة%20الاتفاقية%20على%20التصديق%20معدلة%20-%20العربية%20الدول%20في%20العربية.pdf

22 انظر: المادة 30 من الاتفاقية المعدلة "تدخل هذه الاتفاقية المعدلة حيز النفاذ بعد ثلاثة أشهر من إيداع وثائق التصديق عليها من قبل خمس دول أطراف في الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، وتسري في شأن الدولة العربية المصدقة، أو المنضمة إلى الاتفاقية المعدلة بعد شهر من تاريخ إيداع وثيقة تصديقها، أو انضمامها لدى الأمانة العامة للجامعة ".

المعروضة هي التي يتضمنها نص الاتفاقية المعدلة (2013) باعتبار أن الدعوى قد رفعت بعد دخولها حيز النفاذ[23]، بغض النظر عن أطراف الدعوى ومدى تصديق الدول الأطراف على الاتفاقية المعدلة (2013) من عدمه.

بداءة فإن الباحث يختلف مع هذا النظر، فإنه وإن كانت الاتفاقية المعدلة (2013) قد دخلت حيز النفاذ فإن ذلك يسري على النصوص العامة، كتلك المتعلقة بتشكيل محكمة الاستثمار والمعاملة التفضيلية للمستثمر والتي لا تمس حقوق المستثمرين العرب التابعين للدول المصادقة على الاتفاقية القديمة دون المعدلة.

كما أنه بتطبيق نصوص الاتفاقية المعدلة (2013) فيما يخص تعريف المستثمر العربي واستثمار رأس المال العربي والتي ترتبط ارتباطًا وثيقًا باختصاص المحكمة الشخصي والموضوعي فإنه لا يمكن تطبيق النص المعدل على دولة لم تصادق عليه، ومثال ذلك ما ورد في المادة الأولى فقرة 8 في تعريف المستثمر العربي[24]، فقد نصت صراحة أنه "هو الشخص الطبيعي، أو الاعتباري الذي يملك رأس مال عربي ويقوم باستثماره في إقليم دولة طرف لا يتمتع بجنسيتها"، فكيف تقوم المحكمة بتطبيق النص المعدل على دولة لا ينطبق عليها وصف دولة طرف في الاتفاقية طالما أنها لم تصادق عليها!

فكما هو متفق عليه في القانون الدولي فإن مسألة الأولوية بين المعاهدات المتتالية المنصبة على ذات الموضوع تكون –في حال عدم وجود نص في الاتفاقية ذاتها– بتطبيق قاعدتين مكملتين[25]، في حالة كون الأطراف هم ذات الأطراف في الاتفاقية السابقة واللاحقة فتطبق عليهم الاتفاقية اللاحقة وذلك تطبيقًا لقاعدة تفضيل القانون اللاحق على السابق، وفي حال الاختلاف فإن الاتفاقية التي يرتبط بها الطرفان هي التي تحكم حقوقهما والتزاماتهما[26].

وهذا ما يثير التساؤل عن مدى أحقية تمتع دولة ليبيا بتطبيق النص المعدل –لو كان أفضل لها– على النزاع على الرغم من أنها لم تصادق على هذا التعديل، وكذلك العكس بتطبيق النص المعدل –لو كان أسوء، أو أضيق نطاقًا– على المستثمر العربي المتمتع بجنسية دولة طرف لم تصادق على الاتفاقية المعدلة (2013)[27].

بل إن ما يثير استغراب الباحث هو ما ذهبت إليه المحكمة ذاتها في نفس الحكم محل البحث حين رفضت اختصاصها الولائي بنظر النزاع، فذكرت حرفيًا أن "المدعي (المستثمر) لا يملك التمسك بأحكام الاتفاقية العربية للاستثمار لعدم تصديق الدولة التي يحمل جنسيتها "قطر" وكذلك الدولة التي تنتمي لها الشركة التي يمثلها بجنسيتها "الامارات العربية المتحدة" بما مفاده أن كليهما لا ينتمي إلى دولة طرف متعاقد فيها"[28]. والصحيح أن جميع

23 انظر الحكم ص4–5.

24 انظر: المادة 1 فقرة 8 من الاتفاقية المعدلة "المستثمر العربي: هو الشخص الطبيعي، أو الاعتباري الذي يملك رأس مال عربي ويقوم باستثماره في إقليم دولة طرف لا يتمتع بجنسيتها على ألا تقل نسبة مساهمة المستثمر العربي في رأس مال الشخص الاعتباري عن51% بصورة مباشرة".

25 هذه الحلول بينتها اتفاقية فيينا في مادتها الثلاثين، انظر التعليق على المادة 26 من مشروع لجنة القانون الدولي: محمد سامي عبد الحميد ومصطفى سلامة حسين، **القانون الدولي العام**، الدار الجامعية، 1988، ص79.

26 أبو الوفا، (الوسيط...)، ص162.

27 لم تصادق جمهورية ليبيا على الاتفاقية المعدلة، وكذلك دولة الإمارات العربية لم تصادق عليها باعتبارها دولة الشركة المستثمرة، انظر: قائمة الدول المصدقة على الاتفاقية المعدلة، مرجع سابق.

28 انظر: الحكم في ص7، علمًا بأن المحكمة أخطأت فيما ذهبت إليه؛ لأن دولة قطر قد صادقت على الاتفاقية في تاريخ 21/ 3/ 2016.

دول الأطراف محل الدعوى (ليبيا – الامارات – قطر) قد صادقوا على الاتفاقية السابقة (1980) وأن قطر وحدها هي التي صادقت على الاتفاقية المعدلة (2013)، مما نرى معه تطبيق الاتفاقية السابقة على الدول الأطراف فيها.

وهذا ما قررته المحكمة صراحة في حكم آخر صدر في نفس يوم الحكم محل البحث[29]، عندما تمسكت دولة سوريا بعدم انطباق نص الاتفاقية المعدلة (2013) عليها باعتبار أنها لم تصادق عليها، فحكمت المحكمة صراحة بالاطلاع على الاتفاقية السابقة (1980) المصدقة وتطبيقها على العديد من المواد والنظر في الاتفاقية المعدلة (2013) فقط في المادتين 23 و32 دون غيرهما[30]، وهذا ما يدعم رأي الباحث بعدم سريان الاتفاقية المعدلة (2013) إلا بمواجهة الدول المصدقة عليها.

بل وتأكيدًا على ذلك ذهبت المحكمة أيضًا في نفس العام وقبل شهرين من صدور هذا الحكم[31] –بعد دخول الاتفاقية المعدلة (2013) حيز النفاذ– بتطبيق نصوص الاتفاقية السابقة (1980) على النزاع بين مستثمر سعودي وجمهورية مصر العربية دون تمسك أي طرف بذلك، علمًا منها بعدم انطباق الاتفاقية المعدلة (2013) على طرفين لم يقوما بالتصديق عليها.

إن نصوص الاتفاقية المعدلة (2013) كذلك توضح بما لا يدع مجالًا للشك أنها لا تنطبق إلا على أطرافها؛ حيث نصت المادة 31 أنه "لا يجوز لأي دولة طرف في الاتفاقية المعدلة أن تنسحب منها إلا بعد مرور خمس سنوات على نفاذها بالنسبة إليها"، وهو ما يعزز رأي الباحث بأن نصوص الاتفاقية المعدلة (2013) سارية المفعول في مواجهة الدول المصادقة عليها فقط دون غيرها من الدول سواء كانوا أطرافًا في الاتفاقية السابقة (1980) أم أعضاءً في جامعة الدول العربية.

أما السؤال الآخر والذي لم تتطرق له المحكمة، فهو مدى انطباق أحكام الاتفاقية المعدلة (2013) على الاستثمارات التي حدثت قبل دخولها حيز النفاذ وهو ما يعرف "نطاق تطبيق الاتفاقية"[32]، فلا خلاف في أن الاستثمارات، أو التعاقدات السابقة على الاتفاقية يحكمها النظام القانوني وقت نشوء الحق، أو بدء الاستثمار، فالقاعدة العامة هي عدم تطبيق الاتفاقية بأثر رجعي، وبالتالي فإنها لا تستفيد من الامتيازات المقررة في الاتفاقيات الجديدة التي وقعتها الدول الأطراف مالم ينص على غير ذلك صراحة في الاتفاقية "إضفاء الحماية على الاستثمارات السابقة تطبيقًا للأثر

29 الحكم الصادر في 26/ 11/ 2018 بالدعوى رقم 1 لسنة 13 قضائية، ولكن بدائرة أخرى، متاح على موقع جامعة الدول العربية:
http://www.lasportal.org/ar/legalnetwork/Documents/حكم%20في%20الدعوى%20رقم%2013-2001%20ق..pdf

30 المادة 23 تنص على أنه "إذا تعذر حسم النزاع بالوسائل التي تم الاتفاق عليها بين أطراف الاستثمار يتم اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية"، وهي ذات حكم المادة 27 في الاتفاقية السابقة، أما المادة 32 فتنص على أنه "إذا انسحبت أي دولة طرف في الاتفاقية المعدلة، أو أوقف العمل بحكم من أحكام الاتفاقية بموجب المادة 16 فإن ذلك لا يؤثر على الحقوق والالتزامات الناجمة عن الاستثمار والمكتسبة بموجب نصوص الاتفاقية." وهي ذات حكم المادة 43 من الاتفاقية السابقة "، 198".

31 الحكم الصادر في –25 –9 2018 بالدعوى رقم 2 لسنة 14 قضائية ولكن بدائرة تختلف عن سابقتيها، متاح على موقع جامعة الدول العربية:
http://www.lasportal.org/ar/legalnetwork/Documents/حكم%20في%20الدعوى%20رقم%2014-202%20ق.pdf

32 من المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي مبدأ "عدم الرجعية" مالم ينص على خلاف ذلك صراحة، وهو ما طبقته هيئة التحكيم في القضية بين شركة مافزيني ومملكة إسبانيا؛ حيث قررت أن اختصاصها يقف عند النزاعات التي نشأت بعد دخول الاتفاقية الاستثمارية حيز النفاذ لا قبلها وهو ما تحقق في الدعوى الماثلة. انظر:
Maffezini v Spain (Preliminary Objections) 5 ICSID Rep 396, (25 January 2000) 418/Para. 96-7. Available at: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf.

الرجعي"[33]، فمبدأ عدم الرجعية يعتبر من المبادئ المتفق عليها دوليًا، التي نصت عليها أغلب الدول في دساتيرها[34].

وعلى العكس من ذلك فقد قررت المادة 32 من الاتفاقية المعدلة (2013) أنه "إذا انسحبت أي دولة طرف في الاتفاقية المعدلة، أو أوقف العمل بحكم من أحكام الاتفاقية بموجب المادة (16) فإن ذلك لا يؤثر على الحقوق والالتزامات الناجمة عن الاستثمار والمكتسبة بموجب نصوص الاتفاقية"[35]، بما مفاده أن الاستثمارات التي نشأت في ظل أحكام الاتفاقية وما ترتب عليها من حقوق والتزامات تسري مستقبلًا حتى بعد إيقاف العمل في الاتفاقية، ولو أراد أطراف الاتفاقية عكس ذلك بأن تسري بأثر رجعي لتم النص عليه صراحة.

وبالتالي فإن الباحث يعتقد بتطبيق نصوص الاتفاقية السابقة (1980) على أطراف الدعوى دون المعدلة طالما أن الدول الأطراف لم تصادق عليها، وهذا ما سيتم توضيحه أدناه في بيان الاختصاص الشخصي للمحكمة؛ حيث إن تعريف المستثمر العربي يختلف في الاتفاقية السابقة (1980) عنه في المعدلة وهو ما تناولته المحكمة بشيء من التفصيل وطبقته لتحديد اختصاصها.

المبحث الثاني: الاختصاص الشخصي

يقصد بالاختصاص الشخصي "Ratione personae" للمحكمة تحديد الأشخاص الذين يحق لهم المثول والتقاضي أمام المحكمة[36]؛ حيث إن جميع الاتفاقيات الدولية وفي إطار تحديد نطاق اختصاصها تبين الأشخاص المخاطبين بأحكامها[37]. وقد نصت الاتفاقية العربية للاستثمار في مادتها الأولى على تعريف كلٍ من الدولة الطرف

33 انظر: أبو الوفا (الوسيط...)، ص151. ومن الاتفاقيات التي قررت ذلك الاستثناء ما قررته اتفاقية الاستثمار بين دولة الكويت والولايات المتحدة المكسيكية (المكسيك) 2013 في المادة 27 "تطبق هذه الاتفاقية على الاستثمارات التي تمت قبل، أو بعد دخول هذه الاتفاقية حيز النفاذ" انظر:
https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4767/download

34 انظر في مبدأ عدم رجعية القوانين، مسوغاته ونطاقه: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **أصول القانون نظرية القانون**، ج1، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت 2006، ص326–347.

35 ذات الحكم مقرر في المادة 43 من الاتفاقية السابقة "1980".

36 تنظر المحكمة مسألة اختصاصها الشخصي تطبيقًا لقاعدة الاختصاص للاختصاص، وتطبق بذلك نصوص الاتفاقية والنصوص الداخلية المتعلقة بجنسية المستثمر فيما لو أحالت إليها الاتفاقية، فالاتفاقية العربية للاستثمار كغيرها من الاتفاقيات تشترط في المستثمر العربي تمتعه بجنسية دولة عربية دون تحديد قواعد كسب الجنسية، أو إثباتها مما يوجب على المحكمة النظر في القانون الداخلي، كما فعلت هيئة التحكيم في:
Preliminary Objections (12 ICSID Rep 158 Hussein Nuaman Soufraki v United Arab Emirates);
وانظر أيضًا: القضية الشهيرة بين جمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأمريكية والتي قررت فيها المحكمة أن منح الجنسية وتحديد المواطنين حق سيادي للدول ولكن هيئة التحكيم تنظر في القوانين الداخلية للتأكد من كسب المستثمر للجنسية من عدمه وفقًا لمبادئ القانون الدولي،
Salem (Egypt/USA) 2 RIAA 1161 (1932).

37 يختلف الدفع بعدم تحقق الاختصاص الشخصي للمحكمة عن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة الوارد في قوانين المرافعات الوطنية على الرغم من أن المحاكم في كلا الدفعين تحكم به من تلقاء نفسها باعتباره متعلقًا بالنظام العام، فالاختصاص الشخصي يندرج ضمن الاختصاص الولائي للمحكمة لتحديد صلاحيتها في نظر النزاع المثار من قبل الأشخاص المخول لهم رفع الدعوى أمام هذه المحكمة وفق أحكام ونصوص الاتفاقية، فإن تخلفت الصفة –المستثمر، أو الدولة – في المدعي، أو المدعى عليه – لعدم انطباق التعريف وفق نصوص الاتفاقية – فلا يكون للمحكمة اختصاص ولائي بنظر النزاع؛ لأنها تستمد اختصاصها من نصوص الاتفاقية، أما الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة فيتحقق إذا ما كانت المحكمة مختصة أصلًا بنظر النزاع ولكن الصفة تخلفت، أو زالت عن المدعي أثناء نظر الدعوى كأن يرفعها مستثمر عربي –وفق الاتفاقية– ليست له صفة في النزاع، لذلك فإنه من الصعب تحقق هذا الدفع أمام محكمة الاستثمار لاندماج صفة المدعي عادةً باختصاص المحكمة الولائي الشخصي بناءً على نصوص الاتفاقية. انظر في الدفع بعدم الاختصاص والدفع بعدم قبول الدعوى: أحمد أبو الوفا، **المرافعات المدنية والتجارية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص228 وما بعدها، ص276 وما بعدها.

والمواطن العربي والمستثمر العربي، ونصت في المادة 29 على أن المحكمة تختص بالفصل فيما يعرض عليها أحد طرفي الاستثمار من منازعات، وأنه يشترط في النزاع أن يكون قائمًا بين دولة طرف والمستثمرين العرب[38].

وأنه فيما يتعلق بالحكم محـل البحث، فقد قررت المحكمة عدم اختصاصها الشـخصي بنظر النزاع وفقًا لنص الاتفاقية المعدلة (2013) لعدة أسـباب سـيوردها الباحث بشيءٍ من التفصيل، تبدأ أولًا بتفسير تعريف المستثمر العربي وفق الاتفاقية الحديثة والسابقة وذلك ببيان المقصود بنسبة المساهمة في الشخص الاعتباري، وثانيًا بربط المادة 5 الخاصة بالالتزام بنسـبة المشاركة في الملكية المقررة في قوانين الدولة المضيفة مع تعريف المستثمر وبيان نوع حصة المسـتثمر وملكيته في رأس مال الشركة وذلك في تحديد نسبة المساهمة في الشخص الاعتباري، أما ثالثًا وأخيرًا فإن الباحث سـيبين كيف غفلت المحكمة عن الفصل بين الشخصية المعنوية لكلٍ من المستثمر الطبيعي والاعتباري في مجال تحديد الاختصاص الشخصي، وحيث إنه ولاعتبارات نقد تفسير المحكمة لنصوص الاتفاقية المعدلة (2013) المتعلقة بالاختصاص الشـخصي لها للوصول إلى حكمها، فإنه من الواجب علينا للوصول إلى التفسـير السـليم والنتيجة النهائية الصحيحة بيان تعريف المستثمر العربي في كلا الاتفاقيتين السابقة والمعدلة.

المطلب الأول: تعريف المستثمر العربي

مـن المبادئ القانونية التي قررتها محكمة الاسـتثمار العربية "أنه تبعًا لأصول وقواعد التفسـير تقتضي أن تفسر النصوص كوحدة واحـدة بحيث إنها تتكامل، فيكمل بعضها البعض ولا تتصـادم فلا يفسر البعض بمعزل عن باقيها لتشـكل في النهاية نسـيجًا واحدًا متكاملًا يعبر بوضوح ودقة عن الهدف المبتغى منها والعلة التي تستهدف من ورائها"[39]؛ لّما كان ذلك وكان تعريف المسـتثمر يختلف في كلتا الاتفاقيتين فإنه من اللازم على المحكمة أن تنظر للنصـوص على أنها وحدة كاملة، يكمـل بعضها بعضًا مع الأخذ بعين الاعتبار العلـة من تعديل النص والهدف المبتغى من ذلك.

إن الاتفاقيـة السـابقة (1980)–والتي أعتقد بوجـوب تطبيقها– قد نصت على تعريـف المواطن العربي بأنه "الشـخص الطبيعي، أو المعنوي المتمتع بجنسـية دولة طرف، على ألا يكون في رأس مال الشخص المعنوي جزء يعود إلى غير المواطنين العرب بصورة مباشرة، أو غير مباشرة"[40]، وعرفت المستثمر العربي بأنه "المواطن العربي الذي يملك رأسمالٍ عربي ويقوم باستثماره في إقليم دولة طرف لا يتمتع بجنسيتها"[41].

فإنه وفقًا لهذا التعريف فإن الاتفاقية قد فرقت بين الشخص الطبيعي والمعنوي، واشترطت في الشخص المعنوي أن يكون مملوكًا بالكامل إلى المواطنين العرب، وهو ما يشير بوضوح إلى اشتراط نسبة 100% مملوكة لمواطنين عرب في الشخص المعنوي الذي يقوم باستثمار أمواله في إقليم دولة طرف غير دولة جنسيته.

38 هذه المواد منصوص عليها في الاتفاقية السابقة (1980)، أما الاتفاقية المعدلة فقد نصت على الاختصاص في المادتين 22و 23. كما أنه من الواجب تبيان أن الاتفاقية المعدلة جاءت أكثر اتساعًا في اختصاص المحكمة – بعد أن كانت الاتفاقية السابقة (1980) تنص على حالات وردت حصرًا؛ حيث شملت جميع النزاعات بين طرفي الاستثمار في تطبيق الاتفاقية مالم يتفق على غير ذلك (م22)، أو حال تعذر حسم النزاع بالوسائل التي تم الاتفاق عليها (م23).

39 الحكم الصادر في 2018 بالدعوى رقم 1 لسنة 13 قضائية، مرجع سابق.

40 المادة الأولى فقرة 4 من الاتفاقية السابقة (1980).

41 المادة الأولى فقرة 7 من الاتفاقية السابقة (1980).

أما فيما يتعلق بتعريف المستثمر العربي في الاتفاقية المعدلة (2013) –والتي لم تنص على المواطن العربي– فنصت المادة الأولى بأن "الشخص الطبيعي، أو الاعتباري الذي يملك رأس مال عربي ويقوم باستثماره في إقليم دولة طرف لا يتمتع بجنسيتها على ألا تقل نسبة مساهمة المستثمر العربي في رأس مال الشخص الاعتباري عن 51% بصورة مباشرة"[42].

فاختلاف الصياغة يدل على اختلاف المعنى، وفي تعريف المستثمر العربي ما يدل بوضوح على قصد واضعي الاتفاقية المعدلة (2013) من توسيع نطاق تطبيقها وذلك من خلال تشجيع زيادة انتقال رؤوس الأموال للبلدان العربية عن طريق إضفاء الحماية المقررة في الاتفاقية على الشخص الاعتباري المملوك بأغلبية رأس مال عربي بعدما كانت –في الاتفاقية السابقة (1980)– حكرًا على الأشخاص الاعتباريين المملوكين ملكية كاملة بطريقة مباشرة، أو غير مباشرة للمستثمرين العرب[43].

وهذا التوجه –بإضفاء الجنسية العربية "وصف المستثمر العربي" على ملكية الأغلبية 51% في الشخص المعنوي– هو التوجه الذي تنتهجه العديد من الدول في اتفاقياتها الاستثمارية[44]، وهو ما قررته محاكم التحكيم الاستثمارية في إطار تحديدها لمفهوم التحكم بالشخص المعنوي وملكية أغلبية الأسهم[45].

إلا أن المحكمة وفي بيان تحديد نطاق اختصاصها الشخصي ولائيًا بنظر النزاع محل البحث قررت **أولًا** أن واضعي الاتفاقية قد حددوا بجلاء شروطًا يجب توافرها لبيان المستثمر العربي "وهي: 1- شخص طبيعي، أو اعتباري. 2- يملك رأس مال عربي. 3- لا تقل نسبة مساهمته في الشخص الاعتباري المزمع إنشاؤه في الدولة المضيفة كمشروع استثماري عن 51% بصورة مباشرة"[46].

وأضافت المحكمة أنه بإنزال هذه الشروط على وقائع الدعوى يتبين تخلف الشرط الثالث باعتبار أن شركة صقر الخليج "المدعية" لا تزيد نسبة مساهمتها في المشروع المزمع إنشاؤه عن 50% من رأس ماله، ولا نعلم من أين جاءت المحكمة بإضافة لفظ "**المزمع إنشاؤه**" في تعريف المستثمر بعد مصطلح الشخص الاعتباري.

وهذه هي نقطة الخلاف الرئيسية مع الحكم محل البحث، فقد أضافت المحكمة شرطًا لم تنص عليه الاتفاقية، ولم

42 المادة الأولى فقرة 8 من الاتفاقية المعدلة.

43 لم يتمكن الباحث من الاطلاع على الأعمال التحضيرية للاتفاقية المعدلة ولا أسباب تعديلها، ولكن الصياغة لا تدع مجالًا للشك بالتوجه إلى توسيع نطاق تطبيقها بتقليل اشتراط نسبة ملكية رأس المال العربي في الشخص المعنوي.

44 على سبيل المثال، انظر: اتفاقية الاستثمار بين دولة الكويت وجمهورية مصر العربية والتي نصت صراحة على أن المستثمر هو أي شخص اعتباري في الدولة المتعاقدة، أو أن يتملك ذلك الشخص الاعتباري، أو الطبيعي ما يزيد على نصف رأس مال الشخص الاعتباري في دولة ثالثة، هنا قررت الاتفاقية صراحة ملكية أغلبية الأسهم كمعيار لانطباق وصف المستثمر.
https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5347/download

45 تنص العديد من الاتفاقيات الاستثمارية على اعتبار التحكم بالشخص الاعتباري كافيًا لإضفاء صفة المستثمر عليه وبالتالي تحقق الاختصاص الشخصي دون اشتراط ملكية الأغلبية، انظر على سبيل المثال: اتفاقية دولة الكويت وهولندا
https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1851/download
وبالتالي فإن المحاكم قد تقرر وجود التحكم من عدمه دون اشتراط تحقق نسبة ملكية محددة، كما قررت هيئة التحكيم في القضية بين مستثمر أمريكي وأوزبكستان تحقق التحكم بنسبة ملكية 5% فقط ما دامت هذه النسبة تحقق للمستثمر السيطرة على التصويت في الشركة. انظر:
AIG v Kazakhstan, (Merits) 11 ICSID Rep 7.

46 مقتبسة حرفيا من الحكم، ص5.

يرد في تعريف المستثمر العربي؛ حيث حصرت المستثمر بتملك نسبة 51% في المشروع المزمع إنشاؤه دون أي اعتبار للشركة التي تقوم بأعمال استثمارية في الدولة المضيفة، ولا شك أن المحكمة لا تملك إضافة نص، أو شرط لم يتفق عليه الأطراف[47]، كما أن تفسير النص جاء بعيدًا عن سياقه ومجافيًا للواقع باعتبار أن الاستثمار قد لا يكون أساسًا بشكل شركة، أو مشروع "مزمع إنشاؤه" بل قد يتمثل بكونه ترخيصًا استثماريًا فقط –كما لو كان عقدًا استثماريًا أو مناقصة– أو أن يسمح بمباشرة الاستثمار عن طريق فرع لشركة أجنبية[48]، فهل تخرج جميع هذه الاستثمارات من نطاق الاتفاقية؟

إن ما تمسك به المدعي من أن المقصود بالشخص الاعتباري إنما يعود على المذكور بأول المادة وهو الراغب في الاستثمار لا الشخص الاعتباري المزمع إنشاؤه هو التفسير السليم الذي يؤيده الباحث، إلا أن المحكمة أضافت في تأييد تفسيرها أن العبارة التي تعالج نسبة المساهمة وردت بعد عبارة "يقوم باستثماره في دولة لا يتمتع بجنسيتها"؛ حيث حدد مشرع الاتفاقية نسبة المساهمة في الاستثمار وهي 51% في الدولة المضيفة، مما يعزز نظرها في أن المقصود هو المشروع المزمع إنشاؤه[49]، واستندت في ذلك على أن العبارة الأخيرة الواردة في الفقرة 8 لتعريف المستثمر "على ألا تقل نسبة مساهمة المستثمر العربي في رأس مال الشخص الاعتباري عن 51% بصورة مباشرة" قد أضيفت في الاتفاقية المعدلة (2013) والتي كانت هي ذاتها الفقرة 6 قبل التعديل والتي لا تشترط هذه النسبة، مما اعتبرته المحكمة "شرطًا جديدًا مضافًا للفقرة 8 لمزيد من تشجيع الاستثمار العربي في أي دولة عربية مضيفة"[50].

هذا الرأي وعلى الرغم من عدم رجاحته إلا أنه مخالف للواقع؛ حيث إن الفقرة 6 في الاتفاقية السابقة (1980) كانت لتعريف استثمار رأس المال العربي لا المستثمر العربي والذي تناولته الاتفاقية في الفقرة 7 بخلاف ما قررته المحكمة، أما الاتفاقية المعدلة (2013) فقد تناولت استثمار رأس المال العربي في الفقرة 7 والمستثمر العربي في الفقرة 8، وفي تحديد ذلك اختلاف كبير في تفسير النصوص وقصد مشرع الاتفاقية.

إن المحكمة تجاهلت أن لفظ الشخص الاعتباري أساسًا ورد كأول مرة في الاتفاقية المعدلة (2013) في الفقرة 8 الخاصة بالمستثمر العربي وهو ما يدل على أن هذه النسبة تعود إليه لا إلى الاستثمار "المزمع إنشاؤه"[51]، وبالتالي فإن نسبة المساهمة الواردة لم تكن شرطًا جديدًا في الاتفاقية وإنما تخفيضًا للنسبة السابقة التي كانت متطلبة للشخص المعنوي للمواطن العربي، باعتبار أن الاتفاقية المعدلة (2013) لم تنص على تعريف المواطن العربي ولم

47 وبذلك قررت هيئة التحكيم صراحة في الدعوى الاستثمارية ضد جمهورية التشيك أنها لا تملك إضافة شرط لم تنص عليه الدولتان في الاتفاقية على الرغم من زعم المدعى عليها (التشيك) أن القصد في تعريف المستثمر هو عدم تمتع مستثمري الدولة المدعى عليها بحق مقاضاة دولتهم من خلال شركة تؤسس في الدولة المتعاقدة الأخرى. انظر:

Saluka v Czech Republic (Merits) paras. 240-1.

48 انظر على سبيل المثال: المادة 12 من قانون هيئة تشجيع الاستثمار المباشر الكويتي 2013 والتي نصت على أنه "يقدم طلب الترخيص للاستثمار طبقًا لأحكام هذا القانون من خلال كيان استثماري محدد وفقًا للحالات التالية: 2- فرع لشركة أجنبية يرخص له بالعمل داخل دولة الكويت بغرض الاستثمار المباشر. 3- مكاتب تمثيل يقتصر هدفها على دراسة الاسواق وإمكانية الإنتاج"، كما نصت المادة الأولى منه والتي تدخل العقود الاستثمارية ضمن تعريفها للكيان الاستثماري ورأس المال؛ حيث نصت على أن "الكيان الاستثماري: هو مشروع، أو نشاط اقتصادي يرخص فيه وفق أحكام هذا القانون بموجب ترخيص استثمار. وعرفت رأس المال: ما يوظف، أو يستخدم مباشرة لأغراض الاستثمار المباشر في كيان استثماري يخضع لأحكام هذا القانون، ومن ذلك- النقود والأوراق المالية والتجارية محلية، أو أجنبية. - الأدوات والمعدات..." القانون متاح على موقع الهيئة، انظر:
https://e.kdipa.gov.kw/main/law1162013ar.pdf.

49 انظر الحكم، ص6.

50 مقتبسة حرفيا من الحكم، ص6.

51 وذلك بخلاف الاتفاقية السابقة (1980) التي ذكرت الشخص المعنوي في الفقرة 4 في تعريف المواطن العربي –والتي اشترط كما بيّنا سابقًا نسبة 100%– ثم عرفت المستثمر العربي بأنه "المواطن العربي الذي يملك رأسمالٍ عربي ويقوم باستثماره في إقليم دولة طرف لا يتمتع بجنسيتها" المادة الأولى فقرة 7 من الاتفاقية السابقة (1980).

تذكر الشخص الاعتباري إلا في الفقرة 8 محل تفسير المحكمة.

وعلى ذلك فإن السؤال الذي يثار هو: ماذا لو كان المستثمر شخصا طبيعيًا عربيًا يملك شركة هولندية بنسبة 100% ثم قامت هذه الشركة بالاستثمار في بلد عربي من خلال إنشاء مشروع استثماري تملك فيه الشركة الهولندية نسبة 51% فهل ستنطبق نصوص الاتفاقية على الشركة باعتبارها مستثمرًا عربيًا؟[52]

وفقًا للاتفاقية السابقة لن يتمتع هذا المشروع بالحماية المقررة في الاتفاقية؛ لأنها اشترطت تمتع الشخص المعنوي بجنسية دولة طرف وهو ما لا يتحقق مع الشركة الهولندية، أما في الاتفاقية المعدلة (2013) –رغبة من المشرع باتساع نطاقها– فنعتقد بتمتع الشركة الهولندية بالحماية المقررة، إلا أن المحكمة في عدم تقرير الحماية ستناقض تفسيرها السابق بربط نسبة المساهمة بالمشروع المزمع إنشاؤه، وفي حالة مد اختصاصها لهذه الشركة الهولندية ستناقض أيضًا تفسيرها للنص من أن هذا الشرط يعتبر شرطًا جديدًا وضعته الاتفاقية المعدلة (2013) لتضييق الاختصاص لا لتوسيعه.

كما أنه من المسلم به أن مسائل الاختصاص تعد من المسائل المتعلقة بالنظام العام والتي تتمسك بها المحكمة من تلقاء نفسها[53] –إلا أن المحكمة خالفت ذلك– [54] فلم تتطرق إلى مسألة الاختصاص الشخصي في الدعوى رقم 2 لسنة 14 قضائية والتي صدر حكمها قبل شهرين من الحكم محل البحث حين كان النزاع بين شركة مساهمة مصرية برأس مال مصري سعودي مشترك 50% مصري و50% سعودي[55].

المطلب الثاني: نسبة ملكية المستثمر العربي وفقًا للاتفاقية والقانون الداخلي

تمسك المدعي تعزيزًا لدفاعه باختصاص المحكمة الشخصي بأن نسبة المساهمة تعود إلى الشخص الاعتباري الراغب بالاستثمار وفقًا للمادة الخامسة من الاتفاقية[56]، استنادًا على أنه إذا كان الاستثمار متوافقًا مع قوانين الدولة المضيفة وكان المستثمر ملتزمًا بنسبة الملكية المسموح بها في الدولة المضيفة والتي تسمح بملكية المستثمر الأجنبي بنسبة أقل من 51% فإنه حتمًا سيتمتع بالحماية المقررة في الاتفاقية العربية للاستثمار.

ولكن المحكمة قرأت هذه المادة أيضًا بطريقة مختلفة، وفسرتها تفسيرًا لا يتماشى مع المنطق السليم ولا قواعد

52 حيث نصت المادة الأولى فقرة 8 من الاتفاقية المعدلة أن المستثمر العربي "هو الشخص الاعتباري الذي يملك رأس مال عربي" ونصت الفقرة 6 في تعريف رأس المال العربي "هو المال الذي يملكه المستثمر العربي" فتحيل كل فقرة منهما على الأخرى، مما يجعلها صياغة منتقدة.

53 انظر: حكم محكمة النقض المصرية جلسة 24 مايو 2010 (طعن رقم 596 لسنة 74 قضائية)؛ حيث قررت "أن مسألة الاختصاص بسبب نوع الدعوى، أو قيمتها من النظام العام فتعتبر قائمة في الخصومة ومطروحة دائمًا على المحكمة وعليها أن تفصل فيها من تلقاء نفسها، كما يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض"، متاح على موقع محكمة النقض المصرية، مرجع سابق؛ وانظر أيضًا: حكم محكمة التمييز الكويتية جلسة 28 نوفمبر 2005 (طعن رقم 70 لسنة 2003 مدني2–)؛ حيث قررت "أن مخالفة قواعد الاختصاص تجعل الحكم مشوبًا بالخطأ في تطبيق القانون".

54 قررت محكمة الاستثمار العربية تعلق الاختصاص بالنظام العام صراحة؛ حيث نصت "أنه من المقرر قانونًا واجتهادًا أن قواعد الاختصاص المحددة للولاية هي متعلقة بالنظام العام يتعين على المحكمة التصدي لبحث مدى اختصاصها بنظر النزاع، ولها في ذلك من تلقاء نفسها دون توقف على أي دفع من أي أحد من الأطراف وقبل التطرق إلى أي دفع بعدم القبول، أو دفع شكلي، أو موضوعي، عملًا بقاعدة "الاختصاص بالاختصاص"، الحكم الصادر في عام 2017 بالدعوى رقم 3 لسنة 13 قضائية، مرجع سابق.

55 الحكم الصادر في 25/ 9/ 2018 بالدعوى رقم 2 لسنة 14 قضائية، مرجع سابق، ونعتقد أن المحكمة لم تتطرق لهذه المسألة لسببين أولها أنا رفضت أساسا الدعوى لرفعها من غير ذي صفة، وثانيًا أنها طبقت على النزاع أحكام الاتفاقية السابقة (1980) لا المعدلة.

56 والتي تنص على أنه "يتمتع المستثمر العربي بحرية الاستثمار في إقليم أي دولة طرف في المجالات المتاحة وفقًا للأنظمة والقوانين في الدولة الطرف وذلك في حدود نسب المشاركة في الملكية المقررة في قانون الدولة الطرف"، ذات المادة وردت في الاتفاقية السابقة (1980) وكانت بصياغة تختلف قليلًا؛ حيث نصت المادة 5: "يتمتع المستثمر العربي بحرية الاستثمار في إقليم أي دولة طرف في المجالات غير الممنوعة على مواطني تلك الدولة وغير المقصورة عليهم وذلك في حدود نسب المشاركة في الملكية المقررة في قانون الدولة الطرف".

التفسير، فمن المتفق عليه أن تفسير نصوص الاتفاقية –وفقا لمبادئ اتفاقية فيينا للمعاهدات الدولية– يكون بالالتزام بالمعنى الواضح للنص اذا كان واضح الدلالة، وفي حالة غموض النص فيفسر وفقا لقصد الأطراف بالاستعانة بالأعمال التحضيرية للاتفاقية[57].

فقررت المحكمة –وعلى الرغم من وضوح النص– أن غاية نص المادة 5 مقروء في ضوء الفقرة 8 من المادة الأولى الخاصة بالمستثمر العربي فلا تطبق أحكام الاتفاقية إلا إذا كان قانون الدولة المضيفة يسمح بتملك المستثمر في الشخص الاعتباري المزمع إنشاؤه نسبة 51% فأكثر بما يكسبه وصف المستثمر العربي، وبررت ذلك التفسير في أن ذلك دعوة من مشرع الاتفاقية للدول الأطراف – التي تشترط نسبة مساهمة أقل– لتعديل قوانينها بما يتواءم مع أحكام الاتفاقية[58].

ولا شك أن هذا التفسير يتناقض مع أهداف الاتفاقية وكذلك مع تفسير المحكمة ذاتها[59]، فالنص واضح لا يشوبه غموض باعتباره يُلزم المستثمر بالنسب المقررة للاستثمار وفقًا لقانون كل دولة مضيفة، فطالما أن الدولة سمحت للمستثمر بإنشاء الشركة، أو المشروع الاستثماري بنسبة تقل عن 51% فإنها تلتزم بحمايته، كما أنه لا يخفى على المحكمة ولا على واضعي الاتفاقية أن أغلب قوانين الدول الأطراف في الاتفاقية لا تسمح للأجانب بتملك نسبة تتجاوز 50% في الشركات الا استثناءً[60] – وذلك فيما يتعلق بتنفيذ قوانين تشجيع الاستثمار المباشر– والتي توفر حماية أكبر من الاتفاقية وامتيازات تفضيلية، فهل يعقل أن يقتصر نطاق تطبيق الاتفاقية على الدول التي تقوم بتعديل قوانينها الداخلية بالسماح بملكية للأجنبي تفوق 51% على الرغم من موافقة الدولة المضيفة على حمايته والترخيص له؟

كما يضيف الباحث أن الأصل في الاتفاقيات الدولية عمومًا أن تكون واسعة النطاق، تحتوي على حماية تمثل الحد الأدنى مما يسمح معه لكل دولة على حدة بالنظر إلى مصلحتها لتقرير سياستها الاقتصادية اتساعًا وتضييقًا فإن تعارضت القوانين الداخلية مع الحد الأدنى فأولوية التطبيق تكون للاتفاقية[61]، فكيف تقرر المحكمة عكس ذلك

57 انظر: المادة 31 من اتفاقية فيينا للمعاهدات "القاعدة العامة في التفسير"؛ حيث تنص على "تفسر المعاهدة بحسن نية ووفقًا للمعنى الذي يعطى لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها"، وكذلك المادة 32 "الوسائل التكميلية في التفسير" تنص على أنه "يمكن اللجوء إلى وسائل تكميلية في التفسير، بما في ذلك الأعمال التحضيرية للمعاهدة وملابسات عقدها، وذلك لتأكيد المعنى الناتج عن تطبيق المادة 31، أو لتحديد معنى النص حين يكون من شأن التفسير وفقًا لتلك المادة: (أ) أن يترك المعنى غامضًا، أو غير واضح؛، أو (ب) أن يؤدي إلى نتيجة غير منطقية، أو غير مقبولة". انظر:
http://hrlibrary.umn.edu/arabic/viennaLawTreatyCONV.html

58 انظر الحكم، ص6.

59 فعندما قررت المحكمة أن شرط نسبة المساهمة هو شرط جديد تمت إضافته في الاتفاقية المعدلة (2013) – على الرغم من اختلاف الباحث مع هذا الرأي كون الاتفاقية السابقة (1980) تشترط نسبة مساهمة عربية 100%– فما هي إذًا فائدة نص المادة 5 التي توجب الالتزام بحدود نسب المشاركة في الملكية المقررة في قانون الدولة الطرف على الرغم من وجود هذه المادة في الاتفاقية السابقة (1980) أيضًا؟

60 انظر: قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016؛ حيث نصت المادة 38 في تأسيس شركة التضامن على "يجب ألا تقل نسبة ملكية الكويتيين في الشركة عن 51% من رأس المال" ويسري ذات الحكم على شركة التوصية البسيطة وغيرها؛ كذلك القانون القطري بشأن بتنظيم استثمار رأس المال غير القطري في النشاط الاقتصادي؛ حيث ينص على أنه "يجوز للمستثمرين غير القطريين الاستثمار في جميع قطاعات الاقتصاد الوطني بشرط أن يكون لهم شريك، أو شركاء قطريون لا تقل مساهمتهم عن 51% من رأس المال"، كذلك القانون السعودي والمصري وغيرهما.

61 وهذا ما قررته المادة 3 صراحة؛ حيث نصت على أن " تشكل أحكام هذه الاتفاقية حدًا أدنى لمعاملة كل استثمار يخضع لها –2 وفي حدود هذا الحد الأدنى تكون الأولوية في التطبيق لأحكام الاتفاقية عند تعارضها مع قوانين وأنظمة الدول الأطراف". وهو ما يعكس إحالة الاتفاقية دائما في الأمور التفصيلية للقوانين الداخلية لاعتبار أن إجراءات تعديلها دائمًا ما تكون أصعب بالمقارنة مع القوانين الداخلية، ومن الأمثلة على الإحالة للقوانين الداخلية=

بداءةً باعتبار أن الاتفاقية تخالف العديد من القوانين الداخلية للدول المضيفة وأنها تمثل دعوة لهم بتعديل قوانينهم.

وأخـيرًا فإن المحكمة قد أغفلت اعتبار الاتفاقية جزء مـن القانون الداخلي لكثير من الدول[62]، وعليه فإن مجرد التوقيـع عليها وتصديقها تصبـح جزء من النظام القانوني للدولة المضيفة لا تتطلـب معه تعديل القانون الداخلي المخالـف لها لاعتبارين أولهما أنهـا تعتبر تشريع لاحق عن القانون المطبق في الدولـة المضيفة وذلك تطبيقًا لقاعدة "التشريع اللاحق ينسـخ السابق"[63]، كما أنها أحكام خاصة بالاسـتثمار العربي تحديدًا وبالتالي فإن القانون "العام لا يلغي الخاص"[64].

ويعتقد الباحث أن التفسـير السـليم هو ما تمسـك به المدعي من أن المادة 5 مقررة للالتزام بنسبة المشاركة في الاسـتثمار وفقًا للقوانين الداخلية للدولة المضيفة، فهي متعلقة بالاستثمار ذاته ومنفصلة تمامًا عن الفقرة 8 الخاصة بالمستثمر العربي والتي تشترط ملكية عربية بنسبة 51% من رأس ماله[65].

واختتمت المحكمة تحديد الاختصاص الشخصي بإضافة لم يجد لها الباحث مبررًا؛ حيث قررت أنه وعلى افتراض تحقق نسبة مساهمة المسـتثمر في المشروع المزمع إنشاؤه إلا أن الأوراق لم تقطع بملكية المدعي لرأس مال الشخص الاعتباري إذ أن حصته تتمثل في طائرتين مؤجرتين وليست مملوكتين له[66]، ويثور التساؤل بحق، هل غفلت المحكمة عن أن الملكية تتمثل في حصة المسـتثمر في الشركة والتي تمثل حصة عينية (حق انتفاع) يمكن تقويمها بالنقد دون اعتبار لعقد الايجار المبرم بين المستثمر والغير؛ حيث إن المادة الأولى في تعريف رأس المال العربي جاءت صريحة بأنه

=اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، فالمادة 7 التي قررت أن "تبادل المعلومات بين الدول يكون ضمن نطاق الشروط التي تفرضها القوانين الداخلية لكل دولة"، كما أن التزام الدولة باتفاقياتها الدولية منفصل عن اتباع قوانينها الداخلية وهذا ما قررته لجنة القانون الدولي في تحديد مسؤولية الدولة عن الفعل الخاطئ وكذلك المادة 27 من اتفاقية فيينا للمعاهدات من "أن الدولة لا يمكنها التذرع بالقوانين الداخلية لتتجنب تطبيق التزاماتها الدولية، أو تبرر فشلها في تنفيذ الاتفاقية". انظر:

International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, U.N. Doc. A/56/10 (2001), at 43.

62 انظر على سبيل المثال: الدستور الكويتي المادة 70 "تكون للمعاهدات قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية". وانظر في شرح هذه المادة وبيان توجه العديد من الدساتير المقارنة: عثمان عبد الملك الصالح، **النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت**، ج1، الكويت، 1989، ص436–442؛ ثقل سعد العجمي، "قواعد القانون الدولي في القانون الوطني – الكويت نموذجًا"، **مجلة الحقوق**، ع1، السنة 35 (مارس 2011)، ص15 – 133.

63 انظر في تطبيق القانون من حيث الزمان وأن التشريع اللاحق ينسخ السابق فيما تعارض معه، أبو الليل، ص307 – 318.

64 ولو افترضنا أن القانون العام اللاحق الذي ينظم (نسبة الملكية، أو الاستثمار الأجنبي) فإنه لا ينسخ ضمنًا المعاهدات الخاصة التي انضمت لها الدولة، وقد قررت محكمة التمييز الكويتية "أن قانون التجارة البحرية باعتباره تشريعًا عامًا لا ينسخ ضمنًا معاهدة بروكسل التي انضمت إليها الكويت بالقانون رقم 21 لسنة 1969، لما هو مقرر أن التشريع العام اللاحق لا ينسخ ضمنًا التشريع الخاص السابق، بل يظل التشريع الخاص ماضيًا في تحقيق الغرض الذي سن من أجله" انظر: الطعن رقم 137 لسنة 1984، الصادر بتاريخ: 30/ 1/ 1985. وهذا الحكم بلا شك أوضح تطبيقًا من كون القاعدة الخاصة هي المقررة لاحقًا.

65 وكذلك بغض النظر عن المشروع المزمع إنشاؤه والذي تتحدد نسبة ملكية الأجنبي فيه وفقا لقوانين الدولة المضيفة، وهذا ما تقرره العديد من الاتفاقيات الاستثمارية وأحكام التحكيم الاستثمارية، انظر على سبيل المثال: اتفاقية الكويت والعراق، التي تنص على "يعني مصطلح "استثمارات" كافة أنواع الأصول، أو الحقوق المالية التي تستثمر في إقليم طرف متقاعد وفقًا لقوانينه، كذلك نصت على "يعني بمصطلح "مستثمر" (ج) أي شخص اعتباري تم تأسيسه بصورة قانونية بموجب قوانين ونظم ذلك الطرف المتعاقد". انظر نص الاتفاقية:

https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5517/download

انظر كذلك حكم هيئة التحكيم في قضية فينكس الذي يشترط الالتزام بالقوانين الداخلية ككل وأن يكون الاستثمار قد تم بحسن نية كأساس لاعتماده:

See: Phoenix Action Ltd v Czech Republic (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, Case No ARB/06/5, 15 April 2009) para. 106.

66 الحكم، ص5.

"المال الذي يملكه المستثمر العربي ويشمل كل ما يمكـن تقويمه بالنقد من حقوق مادية ومعنوية"[67].

كـما أنه من المبادئ المتفق عليها والمسـلم بها أن الأصل في الحصة العينية أن تقدم على سـبيل التملك مالم يتفق عـلى خلاف ذلك بين الـشركاء[68]، وهو ما قررته العديد من القوانين صراحـة[69]، وكذلك ما قررته محكمة النقض المصرية؛ حيث نصت على أنه "لا بد أن يسـاهم كل شريك بحصة في رأسمال الشركة، والحصة قد تكون نقودًا، أو أوراقًا مالية، أو منقولات، أو عقارات، أو حق انتفاع، أو عملًا تجاريًا، أو اسـمًا تجاريًا، أو براءة اختراع، أو دينًا في ذمـة الغير، وبصفة عامة كل ما يصلح أن يكون محـلًا للالتزام يصح أن يكون حصة في الشركة"[70]، فالحصة المقدمة إلى الشركة قد تقرر حق شـخصي دون نقل أي حق عيني للشركة "كحق التأجير" والتي يقدمها الشريك على سبيل الانتفـاع، وعليه فإن الحصة تقوّم بقيمة الانتفاع بالشيء المقدم الذي تحصـل عليه الشركة[71]، وأن تقييم رأس المال وتحديد حصة الشريك يعود بـكل الأحوال إلى اتفاق الشركاء[72]، وهذا ما قررتـه أيضًا محكمة النقض المصرية أن "الأصل أن ترد حصة الشريك على ملكية الشيء الذي يقدمه في الشركة إلا أنه يجوز أن ترد على حق شخصي يتعلق بالشيء الذي يتقدم به لمجرد الانتفاع به واستعماله لمدة محددة تكون عادة مدة بقاء وقيام الشركة"[73].

كما أن المحكمة تجاهلت حصة الشريك الآخر وهي 50% دون أن يقدم أي رأسمال مملوك وإنما حصة عمل تتمثل بتشـغيل وإدارة الشركة، ومن المسلم به أن حصة العمل لا تدخل ضمن مكونات رأس مال الشركة وإنما تدخل في تقدير نسبة الأرباح والخسائر التي يتقاضاها الشريك[74].

وعليه، فإن المال الذي يملكه المستثمر العربي وفقًا للاتفاقية والذي يمكن تقويمه بالنقد يتمثل في حصته العينية المقدمة للشركة على سـبيل الانتفاع وهما (طائرتان مؤجرتان) فالتفسير السليم لما ورد في تعريف رأس المال العربي "المال الذي يملكه المسـتثمر العربي" يعود لحصته في الشركة فهو يملـك هذه الحصة حتى ولو قدمت للشركة على

67 المادة 1 فقرة 6 من الاتفاقية المعدلة (2013)، وبذات المعنى الفقرة 5 من الاتفاقية السابقة (1980).

68 عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، مج2، ج5، ص259. وهذا أيضًا ما قرره قانون الشركات البحريني رقم21 لسنة 2001 في المادة 10 التي نصت على أنه "تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة، وأنها مقدمة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به مالم يوجد اتفاق، أو عرف يقضي بغير ذلك"؛ وانظر أيضًا: المادة 21 من قانون الشركات العماني رقم 18 لسنة 2019.

69 انظر المادة 10 من قانون الشركات القطري رقم 11 لسنة 2015 التي نصت على (إذا كانت حصة الشريك حق ملكية، أو أي حق عيني آخر، كان الشريك مسؤولًا وفقًا للقواعد المعمول بها في شأن عقد البيع عن ضمان الحصة في حالة الهلاك، أو الاستحقاق، أو ظهور عيب، أو نقص فيها. فإذا كان الحصة واردة على مجرد الانتفاع بالمال، طبقت القواعد المعمول بها في شأن عقد الإيجار على الأمور المذكورة في الفقرة السابقة. وإذا تضمنت حصة الشريك حقوقًا لدى الغير، فلا تبرأ ذمة الشريك قبل الشركة إلا باقتضاء هذه الحقوق عند حلول أجلها، ما لم يتفق على غير ذلك...).

70 الطعنان برقم 128 و549، لسنة 65 ق، بجلسة 25/ 6/ 1996.

71 سمحية القليوبي، **الشركات التجارية**، ط5، دار النهضة العربية، 2011، ص59–60.

72 المادة 1 من قانون الشركات الكويتي رقم1 لسنة 2016 "يكون تأسيس الشركة بعقد يلتزم بمقتضاه شخصان، أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف تحقيق الربح بتقديم حصة من مال، أو عمل"، والمادة 11 "إذا تضمن رأس مال الشركة عند تأسيسها، أو عند زيادة رأس مالها حصصًا عينية وجب تقويم هذه الحصص من قبل أحد مكاتب التدقيق المعتمدة من الهيئة، ولا يكون تقويم الحصة نهائيًا إلا بعد إقراره من الشركاء...".

73 الطعن رقم 2296 لسنة 52 ق، بجلسة 2/ 5/ 1988 س 39 ص890.

74 ستناقش المحكمة ذلك التساؤل لو كان مقدم حصة العمل مستثمرًا عربيًا، انظر في حصة العمل: أحمد عبد الرحمن الملحم، **قانون الشركات الكويتي والمقارن، الجزء الأول القواعد العامة للشركات**، ط2، مجلس النشر العلمي، 2014، ص104، وهذا ما قررته المادة 17 من قانون الشركات الكويتي رقم1 لسنة 2016 "يجوز أن تكون حصة الشريك مبلغا معينا من النقود، أو حصة عينية، أو عملًا مما يخدم أغراض الشركة، ولا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما له من سمعة، أو نفوذ، أو ثقة مالية. وتُكّون الحصص النقدية والعينية وحدها رأس مال الشركة".

سبيل الانتفاع، ولا يعود بالتالي لفظ الملكية على أصل الشيء وهذا ما يفسر ما قررته المادة من أنه يشمل كل ما يمكن تقويمه بالنقد من حقوق مادية ومعنوية.

ولا شك أن المسألة الأساسية التي يجب أن تنظرها المحكمة هي ماهية الاستثمار – كما سنبين في شرح الاختصاص الموضوعي–[75] وليس العقود المرتبطة به، فلا خلاف بين هيئات التحكيم على اعتبار الترخيص الاستثماري استثمارًا[76]، وعقد المقاولة مع الدولة استثمارًا[77]، وحتى عقد إيجار فندق وإدارته يعتبر استثمارًا كما في القضية الشهيرة ضد جمهورية مصر العربية Wena v. Egypt[78].

المطلب الثالث: انفصال الشخصية المعنوية للشركة "مستثمر اعتباري" عن مالكها "مستثمر طبيعي"

ونختم موضوع الاختصاص الشخصي بمسألة في غاية الأهمية ألا وهي تجاهل المحكمة انفصال الشخصية المعنوية للمستثمر الشخص الطبيعي عن الاعتباري[79]، فإنه – وعلى الرغم من عدم تأثير مسألة الشخصية المعنوية بالحكم محل النقد لما ذهبت إليه المحكمة في تفسيرها من اشتراط نسبة المساهمة في المشروع المزمع إنشاؤه سواءً كانت من شخص طبيعي، أو اعتباري، إلا أن محكمة الاستثمار العربية تجاهلت هذه المسألة في العديد من الأحكام السابقة مما يوجب على الباحث توضيحها.

فقد سبق وأن تمسكت جمهورية مصر العربية بهذا الدفع في دعويين سابقتين[80]؛ حيث دفعت مصر بأن الشركة تحمل الجنسية المصرية؛ لأنها تأسست فيها ويقع فيها مركز أعمالها وبالتالي فإن النزاع الدائر في الدعوى الراهنة بين الشركة المدعية وهي من مواطني الدولة وبين المدعى عليهم بصفاتهم –دولتها– يخرج عن نطاق اختصاص المحكمة[81]، ويعتقد الباحث صحة هذا الدفع وسلامته قانونا لتوافقه مع نصوص الاتفاقية الصريحة.

75 انظر في ماهية الاستثمار واعتباره شرطًا يحدد اختصاص المحكمة ولائيًا بنظر النزاع؛ إذ لا اختصاص دون وجود استثمار، وأن تطبيق هيئات التحكيم للاستثمار واسع ليشمل المطالبة بالحقوق المالية
"claim to money": Zachary Douglas, The International Law of Investment Claims, 2009.

76 قررت العديد من هيئات التحكيم اعتبار أن مجرد منح الترخيص الاستثماري وخاصة عقد الامتياز يشكل استثمارًا – كما في القضية محل البحث – وخاصة أنه في مجال المواصلات – إذ أن أغلب الدول تضيّق نطاق الاستثمارات فيها وتقصرها على المواطنين بما فيها الولايات المتحدة الأمريكية. انظر:
Pope & Talbot v Canada, (First Merits) 7 ICSID Rep 69; Generation Ukraine v Ukraine, (Merits) 10 ICSID Rep 240.

77 عقد المقاولة يمثل بلا شك عقدًا استثماريًا دون الحاجة لإنشاء شركة، أو مشروع مشترك. انظر:
Salini v Morocco (Preliminary Objections) 6 ICSID Rep 400.

78 قررت هيئة التحكيم أن عقد إيجار الفندق يعتبر استثمارًا وفقًا لاتساع تعريف الاستثمار في الاتفاقية بين جمهورية مصر العربية والمملكة المتحدة، علمًا بأن جمهورية مصر العربية لم تدفع باعتبار عقد الإيجار وفق قانونها يعتبر حقًا شخصيًا. انظر:
Wena v Egypt, (Preliminary Objections) 6 ICSID Rep 74.

79 نشير إلى أن العديد من الاتفاقيات الاستثمارية وضحت الفرق بينها بوضوح ومنها اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ولمزيد من التوضيح حول المستثمر الطبيعي والاعتباري انظر: هشام خالد، **عقد ضمان الاستثمار**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص113 وما بعدها؛ هشام علي صادق، **النظام العربي لضمان الاستثمار**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص84 وما بعدها.

80 تتمثل وقائع الدعوى الأولى بقيام المستثمر السعودي بصفته ممثلا عن الشركة المصرية التي يملكها برفع دعوى باسم الشركة ضد جمهورية مصر العربية، انظر: الحكم الصادر في عام 2011 برقم الدعوى 2 لسنة 7 قضائية، وكذلك الحكم الصادر في عام 2007 بالدعوى رقم 1 لسنة 2 قضائية، الأحكام متاحة على موقع جامعة الدول العربية، مرجع سابق.

81 الحكم الصادر في عام 2011 برقم الدعوى 2 لسنة 7 قضائية، ص8.

إلا أن المحكمة رفضت هذا الدفع دون أسـباب كافية ومنطقية؛ حيث قامت بالاستناد على المادة الأولى فقرة 7 الخاصة بتعريف المستثمر العربي[82]، دون النظر إلى الفقرة 4 الخاصة بتعريف المواطن العربي والتي تمثل أساس الدفع المبدئ، فالفقرة 4 تنص بوضوح أن المواطن العربي "هو الشـخص الطبيعي، أو المعنوي الذي يتمتع بجنسـية دولة طرف"، مما يدل على أهمية بيان جنسية ذلك المواطن العربي سواء كان شخصا طبيعيًا، أو اعتباريًا.

فقررت المحكمة أنه "لما كان البين من الأوراق أن صاحب الشركة المدعية سـعودي الجنسية وهو الممثل القانوني لها، وأن رأس المال المستثمر هو رأس مال سعودي عربي فإن الشركة وإن أخذت الشكل الرسمي بتسجيلها في سجل الشركات الاستثمارية المصرية الا أن المستندات جميعها تدل على أنها شركة استثمار عربية بأشخاصها وبأموالها فلا محل للقول بأنها شركة مصرية ويعد نشاطها اذًا مما تختص به المحكمة ويضحى النعي بعدم اختصاصها على غير أساس"[83].

ويُؤخذ على هذا الحكم أن المحكمة لم تفرق بين الشخصية القانونية للمستثمر الفرد والشركة عند نظر الدعوى – فاعتبرت شخصية الشركة وجنسيتها هي ذاتها جنسية مالكها[84]، وفي هذا تجاوز خطير لمبدأ فصل شخصية الشركة المعنوية عن الافراد المؤسسـين لها وملاكها[85]، وما وقعت فيه المحكمة من خطأ يناقض وبشكل صريح المبادئ التي قررتها محكمة العدل الدولية في قضية برشـلونة بالفصل بين الدعوى المباشرة (للشركة) وغير المباشرة (ملاكها)[86]، وكذلك ما قررته أحكام التحكيم الاسـتثمارية من حق ملاك الشركة برفع دعوى تعويض غير مباشرة، إذا ما تعذر على الشركة القيام برفع دعوى مباشرة في النزاع[87].

فقد قررت هيئة تحكيم مركز واشنطن (ICSID) في النزاع بين مستثمر ايطالي وجمهورية باكستان عدم اختصاصها الشـخصي لنظر الدعوى لعدم تمتع المشروع المشترك المؤسس في سـويسرا بالشخصية القانونية وفقًا لقانون إنشائه "سـويسرا" وبالتالي فلا يملك المسـتثمر –حتى ولو كان مالكًا لأغلبية المشروع– رفع الدعوى ممثلًا عنه، وإنما يحق له رفع دعوى باسـمه الشخصي بدعوى منفصلة باعتباره مسـتثمرًا أجنبيًا[88]، لما كان ذلك وكانت الاتفاقية العربية

82 والتي تعرف المستثمر العربي بأنه "ذلك المواطن العربي الذي يملك رأسمالٍ عربي ويقوم باستثماره في إقليم دولة طرف لا يتمتع بجنسيتها".

83 الحكم الصادر في عام 2011 برقم الدعوى 2 لسنة 7 قضائية، ص11.

84 فرقت المحكمة بين جنسية الشخص الطبيعي والاعتباري فقط عندما ذكرت (قطر والامارات) وقررت أن هاتين الدولتين لم تصادقا على الاتفاقية مما يجعل النزاع خارج الاختصاص الولائي للمحكمة، انظر الحكم، ص7.

85 انظر على سبيل المثال: المادة 23 من قانون الشركات الكويتي رقم1 لسنة 2016 "فيما عدا شركة المحاصة، تتمتع الشركة بالشخصية الاعتبارية من تاريخ القيد".

86 قضية برشلونة كانت في مجال الحماية الدبلوماسية، ولكن المحكمة نظرت مسألة الجنسية بإسهاب وقررت حق كل دولة بتقديم دعوى منفصلة بناء على اختلاف الشخصية القانونية للشركة وملاكها. انظر:
Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd (Belgium v Spain) 1970 ICJ Rep 3, 39

87 في العديد من أحكام التحكيم تفرق الهيئة بين الشركة وملاكها لتحديد الاختصاص، انظر على سبيل المثال:
CMS Gas Transmission Co. v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 7 ICSID Rep. 494, paras. 51-52 (July 17, 2003);
وفي حق الأفراد برفع دعاوى منفصلة عن الشركة، بل إن التوجه الحديث هو رفع عدة دعاوى أحدها باسم الشركة وأخرى بأسماء المستثمرين منفصلين على ذات النزاع، وهو ما يسبب تسوقًا في المنتدى والمعاهدات محل بحث يخرج عن نطاق بحثنا، انظر:
Francisco Orrego Vicufia, *Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement*, 15 ICSID REVIEW- FOREIGN INV. L.J. 340 (2000).

88 وبالتالي يجب أن نفرق هنا بين المستثمر سواء كان شخصًا طبيعيًا، أو اعتباريًا، والمشروع المشترك الذي لا يتمتع بشخصية قانونية، أو شركة، وهذا يترتب عليه بلا شك اختلاف الاتفاقية محل التطبيق في الدعوى الاستثمارية، انظر:
Impregilo v Pakistan (Preliminary Objections) 12 ICSID Rep 245, 273/134.

للاســتثمار محل البحث لم تنص أيضًا على حق الشركة المملوكة لمســتثمري دولة طــرف foreign control برفع دعوى مباشرة باعتبارها مواطنًا لدولة أخرى كما في اتفاقية واشــنطن للمنازعات الاستثمارية وغيرها من اتفاقيات الاســتثمار[89]، فإن التزام المحكمة بصريح النص يوجب عليها رفض الاختصاص بالنسبة للشركة، مع حق المستثمر السعودي برفع دعوى شخصية باسمه لا ممثلا عن الشركة.

وفي قضيــة أخرى حكمت المحكمة بذات الحكم[90]، على الرغم مــن أنها قررت "أنه من الثابت أن مالك أغلبية الأســهم هو مصري الجنسية، وأن الشركة مصرية إلا أن ذلك لا يمنع اختصاص المحكمة من نظر النزاع مادام أنه قد وجد شركاء آخرين مســتثمرين عرب تنطبق عليهم الاتفاقية والذين يحق لهم اللجوء للمحكمة دون حاجة أن يكونوا مالكين لغالبية رأس مال الشركة"[91].

إن اعتراف المحكمة بأحقية الأقلية بناءً على جنسياتهم أن يقوموا بتمثيل الشركة مصرية الجنسية صراحة هو هدم لمفهوم الشــخصية المعنوية لها، وكان الواجب على المحكمة إقرار حق المستثمر العربي باللجوء إلى المحكمة العربية للاستثمار ولكن بشخصيته القانونية لا ممثلا عن شخصية الشركة المستقلة.

وهذا ما قررته صراحة هيئة تحكيم مركز واشــنطن (ICSID) في قضية الاســتثمار بين ألبانيا ومســتثمر مزدوج الجنسية (ألباني وإيطالي) أنه لما كان المنع يحظر على المستثمر الطبيعي أن يرفع دعوى ضد دولته المضيفة للاستثمار إلا أن ذلك لا ينطبق على الشركة الأجنبية المؤسسة في الخارج والتي تملك جنسية مختلفة عن مالكها مزدوج الجنسية[92]، ويعتبر الفصل بين الشــخصية المعنوية للشركة والمســتثمر الطبيعي –وإن كان يسبب بعض التحايل– إلا أنه مبدأ استقرت عليه هيئات التحكيم الاستثماري[93].

وختامًا فإننا نؤكد أن المستثمر الاعتباري (الشركة) يتمتع بشخصية معنوية مستقلة وحق مستقل لرفع الدعوى الاستثمارية، أما المستثمر الطبيعي فله جنسية مستقلة وكذلك حق مستقل آخر لرفع دعوى بناء على ملكيته لأسهم الشركة (المستثمر الاعتباري)[94].

89 تنص المادة 25 من اتفاقية واشنطن (أكسيد) على تمتع الشركة المؤسسة محليًا في الدولة المضيفة بحق رفع الدعوى الاستثمارية "بشخصيتها القانونية" إذا كانت مملوكة، أو تحت سيطرة مستثمر أجنبي، ويبرر الفقه أن عدم النص على ذلك في الاتفاقية سيحرم العديد من المستثمرين من رفع الدعاوى الاستثمارية باعتبار أن أغلب الدول تشترط إنشاء شركة محلية لمباشرة النشاط فيها، وأن إخراج هذه الشركات من نطاق الاتفاقية لن يحقق الهدف من إنشائها، انظر:
See Aron Broches, The Convention on The Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 136 Recueil Des Coups De L'academie De La Haye [R.C.A.D.I.] 331,359 (1972).

90 والتي دفعت فيها جمهورية مصر العربية بعدم اختصاص المحكمة ضد المدعية وهي شركة توصية بسيطة "شركة مصرية" يتكون أغلب رأس مالها من مال مصري قامت بالاستثمار في مصر، على الرغم من قيام الشريكة المتضامنة "كويتية الجنسية" والتي تملك نسبة من الأسهم بتمثيل الشركة في الدعوى، انظر الحكم الصادر في عام 2007 بالدعوى رقم 1 لسنة 2 قضائية، ص12.

91 الحكم الصادر في عام 2007 بالدعوى رقم 1 لسنة 2 قضائية، ص20. هذا الحكم يعد دليلًا قويًا على اختصاص المحكمة في الدعوى محل البحث إلا أن المحكمة طبقت الاتفاقية الجديدة على النزاع ووضعت عائق الاختصاص في مسألة "المشروع المزمع إنشاؤه".

92 في هذه القضية ذهبت هيئة التحكيم إلى تقرير الاختصاص إذا كانت الشركة مؤسسة في الخارج دون الشركة المؤسسة محليًا وتخضع لسيطرة شخص مزدوج كما في قضية شركة الغاز الدولية ضد جمهورية مصر العربية. انظر:
Burimi SRL and Eagle Games SH.A v Republic of Albania, ICSID Case No ARB/11/18, Award (29 May 2013).

93 انظر الآراء التي ذكرت في القضية ضد أوكرانيا والتي اختلف فيها رئيس الهيئة عن العضوين الآخرين:
Tokios Tokelés v Ukraine, ICSID Case No ARB/02/18, Decision on Jurisdiction (29 April 2004).

94 See: E.R. Hardy Ivamy, Dictionary of Company Law, second edition, Butterworth's, London, 1985, p. 42.

بهذه المواضيع –سالفة البيان– ناقش الباحث موضوع الاختصاص الشخصي للمحكمة وأوضح خطأ ما انتهت إليه محكمة الاستثمار العربية –وفق وجهة نظره– في تحديد اختصاصها وتعريف المستثمر العربي وفقًا للاتفاقية، وعليه ننتقل لتناول موضوع الاختصاص الموضوعي للمحكمة.

المبحث الثالث: الاختصاص الموضوعي[95]

يقصد بالنطاق الموضوعي لاختصاص المحكمة بنظر الدعوى أن يكون موضوع الدعوى نزاعًا قانونيًا مرتبطًا، أو ناشئًا عن استثمار وفقًا للاتفاقية العربية للاستثمار[96]، وبالتالي فإن الباحث يفضل التفرقة بين مسألة وجود الاستثمار من عدمه باعتباره داخلًا ضمن اختصاص المحكمة الولائي بنظر النزاع، فعدم وجود الاستثمار يخرج النزاع برمته عن نطاق الاتفاقية أساسًا وليس اختصاص المحكمة الموضوعي فقط باعتبار أن عدم تحقق وصف الاستثمار على النشاط –بأن يكون نشاطًا تجاريًا كعقد التوريد مثلًا– لا يجعل الاتفاقية الاستثمارية محلًا للتطبيق، أما مسألة اعتبار النزاع ناشئًا عن الاستثمار، أو مرتبطًا به فهو الأساس في تحديد اختصاص المحكمة الموضوعي كما يحدث عند نظر النزاعات العقدية المرتبطة بالاستثمار[97]، فتناقش الهيئة التحكيمية مدى ارتباط الخطأ الصادر من الدولة (النزاع) بالاستثمار المحمي وفق الاتفاقية – وهو مالم تقم المحكمة في الحكم محل البحث بالتفرقة بينهما[98]، فالنزاعات التجارية، أو المدنية البحتة والتي لا تشكل استثمارًا كعقد بيع بضائع لمرة واحدة تخرج بالطبع عن نطاق تطبيق الاتفاقية واختصاص المحكمة الولائي بنظره، أما النزاعات الناشئة عن الاستثمار كقيام الدولة بمصادرة الاستثمار – كشرط مفترض – ولو كان هذا الاستثمار خارجًا عن نطاق الاتفاقية فيجوز للأطراف أن يتفقوا على إحالتها إليها[99]. وعليه فإن الباحث سيقوم بشرح الاختصاص الموضوعي من خلال تحديد شكل الاستثمار وشروط تحققه، ومن ثم بيان مدى اشتراط جلب الأموال من الخارج لتحقق الاختصاص على النحو التالي:

المطلب الأول: شكل الاستثمار وشروط تحققه

مما لا شك فيه أن الدول عند إبرام الاتفاقيات الاستثمارية تقوم بتحديد معنى الاستثمار ونطاقه[100]، وحتى تقوم

95 "Ratione materiae".

96 وهوما يخرج النزاعات السياسية من اختصاص المحكمة، انظر: صادق (الحماية...)، ص286. كما أنه يشترط لتحقق هذا الاختصاص ثلاثة شروط أساسية وهي: أن يكون النزاع ناشئًا عن استثمار، وأن يصدر من الدولة المضيفة إجراء يضر بالمستثمر، أو الاستثمار مع وجود ارتباط بين هذا الإجراء والضرر الذي تحقق، للمزيد انظر:

Zachary Douglas, *supra* note 76, at 233-260.

97 يختلف نطاق الاختصاص الموضوعي باختلاف نص الاتفاقية اتساعًا وتضييقًا بأن تشمل الاتفاقية أنواع الاستثمارات المحمية، أما في ما يتعلق بالتفرقة بين الاستثمار والنزاعات المرتبطة به فقد حكمت هيئة التحكيم لصالح باكستان بعدم اختصاصها الموضوعي لنظر النزاعات العقدية المرتبطة بالاستثمار تطبيقًا لنص الاتفاقية، انظر:

SGS v Pakistan (Preliminary Objections) 8 ICSID Rep 406.

98 ناقشت المحكمة مسألة وجود الاستثمار من عدمه في نظرها للاختصاص الموضوعي، وإن كنا نؤيد اعتبار ذلك يدخل ضمن الاختصاص الولائي إلا أننا سنناقشه في هذا البحث حسبما ذهبت معه المحكمة، وهو توجه ليس بشاذ فقد قررت ذلك أيضًا العديد من هيئات التحكيم. انظر:
Phoenix Action Ltd v Czech Republic (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, Case No ARB/06/5, 15 April 2009).

99 انظر المادة 25 من الاتفاقية المعدلة (2013) والتي تنص صراحة على أنه "إذا نصت اتفاقية عربية دولية **تنشئ استثمارًا عربيًا**، أو أي اتفاق يتعلق **بالاستثمار** ضمن نطاق جامعة الدول العربية، أو فيما بين أعضائها على إحالة مسألة، أو نزاع ما إلى تحكيم دولي، أو قضاء دولي جاز باتفاق أطرافه اعتباره داخلًا ضمن ولاية المحكمة". وبنفس النص انظر المادة 30 من الاتفاقية السابقة (1980).

100 يكون توجه الدولة في ذلك بناء على الهدف الذي ترنو إليه وبما يتماشى مع طبيعة العلاقات الاقتصادية والمالية بين الأطراف المتعاقدة. انظر: صادق

المحكمـــة بتحديد الاختصاص الموضوعي لها قامت بتطبيق نص المادة الأولى فقرة 7 في تعريف اســـتثمار رأس المال العربي؛ حيث تنص المادة على أن اســـتثمار رأس المال العربي "هو اســـتخدام رأس المال العربي في أحد المجـــالات الاقتصادية، أو الاجتماعية في إقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي، أو تحويله إليها بهدف تحقيق عوائد وفقا لأحكام هذه الاتفاقية"[101]، وبالتالي فقد اشـــترطت المحكمة لتحقق الاستثمار وفقًا للتعريف: 1- وجود إسهام من مســـتثمر عربي، 2- لمدة زمنية، 3- في مشروع يحقق تنمية اقتصادية، أو اجتماعية للدولة المضيفة، 4- على أن يتم ذلك الاستثمار وفقا لقوانينها[102].

وإننـــا لا يختلف الباحث مـــع المحكمة في تقرير هذه الشروط[103]؛ حيث إنها تتفق مـــع ما ذهبت إليه العديد من أحكام التحكيم الاستثمارية في تعريف الاستثمار وبيان اختصاصها، وأشهرها حكم Salini حين قررت هيئة تحكيم مركز واشنطن (ICSID) الشروط الثلاثة الأولى –دون الأخير– وأضافت شرط تحمل المخاطر[104].

إلا أن الاختلاف مع المحكمة يكمن بإنزالها هذه الشروط على واقعات الدعوى؛ حيث إن المحكمة قد خرجت عـــن مضمون الشروط وحملت النص ما لا يحتمله لتبرير رفض اختصاصها الموضوعي، فقررت أن عقد تأســـيس شركة المحاصة بين المدعي والمدعي عليه الرابع "الشريك الليبي" هو محض عقد تجاري يتعلق بقانون التجارة الليبي واســـتندت بذلك على ما نص عليه عقد تأســـيس الشركة "من أنه يؤســـس بين الطرفين عقد محاصة وفقا لأحكام القانون التجاري الليبي"[105].

وســـؤالنا للمحكمة أنه إذا لم يكن عقد المحاصـــة منظمًا في القانون التجاري، أو قانـــون الشركات[106] –كما هو الأصل العام– فأين سيكون؟ فالعقد التجاري وتنظيمه لا يزيل عن النشاط وصف الاستثمار، فالعبرة بالنشاط محل العقد لا شـــكل الشركة ولا القانون الذي ينظمها، وللمحكمة كامل الســـلطة في تكييف الدعوى بإسباغ التكييف القانوني الســـليم على الواقعة ما دام تكييفها مســـببًا[107]، فالعبرة في تكييف العقد هي بما حواه من نصوص وبما عناه

(الحماية...)، ص195.

101 بنفس المعنى مع اختلاف في الصياغة انظر: المادة الأولى فقرة 6 من الاتفاقية السابقة (1980)، كما أضافت الاتفاقية المعدلة (2013) "المجالات الاجتماعية".

102 انظر الحكم، ص6.

103 وفي هذا ذهبت هيئة التحكيم في قضية ضد جمهورية مصر العربية أن عقد توريد معدات وأدوات تعدين الفوسفات ليس استثمارًا وانما عقد بيع عادي، وبالتالي فإن عقود البيع الدولية للبضائع والتوريد ليست استثمارًا لعدم تحقق شروط قضية سالليني، انظر:
Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, (Award in Jurisdiction) ICSID Case No. ARB/03/11, 6 August 2004.

104 قضية سالليني من أشهر قضايا الاستثمار والتي كانت متعلقة بعقد مقاولات بناء، والتي قررت فيها هيئة التحكيم شروطًا أربعة لتحقق الاستثمار وهي –1 المساهمة الحقيقية في الاقتصاد الوطني. –2 وجود المخاطرة في الاستثمار. –3 أن يكون الاستثمار لمدة محددة وهي التي حددتها المحكمة بين سنة و3 سنوات. –4 أن يقوم المستثمر بالالتزام بالقوانين الداخلية للدولة. هذه الشروط وإن كانت غير ملزمة إلا أن العديد من الأحكام اللاحقة طبقتها في تحديد تحقق الاستثمار من عدمه، انظر:
Salini v Morocco, (Preliminary Objections) 6 ICSID Rep 400, 415/61.

105 انظر الحكم، ص7، من الجدير بالذكر أن نبين أن المحكمة لم تستند على الدستور الليبي، أو نصوص أي من القوانين الليبية إلا فيما يتعلق بعدم اتباع المستثمر شكلًا من أشكال الكيانات الاستثمارية وفقًا لقانون الاستثمار الليبي، وعليه فإن المحكمة استندت على الاتفاقية العربية للاستثمار.

106 انظر على سبيل المثال: قانون الشركات الكويتي رقم1 لسنة 2016، المادة 4 التي نصت على أشكال الشركات ومنها المحاصة، المادة 7 التي استثنت شركة المحاصة من الرسمية في كتابة عقد الشركة، والمادة 9 كذلك التي استثنت شركة المحاصة من الإشهار.

107 انظر: محكمة النقض المصرية الطعن رقم 9638 لسنة 65 قضائية بجلسة 20 أبريل 2010 إذ قررت أن "تكييف الدعوى من المسائل القانونية التي تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض التي لها في هذا الصدد أن تسبغ الوقائع الثابتة تكييفها القانوني الصحيح ما دامت لا تعتمد فيه على غير ما حصلته

المتعاقدان دون اعتداد بما أطلقوه عليه من أوصاف اســتنادًا على النية المشتركة وطبيعة التعامل وظروف التعاقد كما هو مقرر في العديد من أحكام النقض[108].

وتدليلًا عــلى ذلك فقد تقدم المدعي والمدعى عليه الرابع معًا إلى اللجنة الشــعبية العامــة للاقتصاد والتجارة وكذلك هيئة تشــجيع الاستثمار في ليبيا للإذن بتنفيذ الشركة المشــتركة وبطلب تنفيذ المشروع المشترك، وأصدرت اللجنة موافقتها لتنفيذ المشروع، فكيف إذًا لا يكون النزاع القائم حول المشروع نزاعا استثماريًا.

كما أضافت المحكمة "أن الشركة لم تؤســس على هدي من أحكام القانون المنظم للاستثمار في ليبيا، أو بالاستناد إلى أحكام الاتفاقية الموحدة لاســتثمار رؤوس الأموال العربية"[109]، ويقف الباحث هنا لوهلة ليتساءل كيف يمكن أن تؤســس الشركة بالاستناد إلى أحكام الاتفاقية الموحدة؟ ويزيد من اســتغرابه ما خلصت إليه مفوضة المحكمة في تقريرها إلى عدم اختصاص المحكمة "حال أن شركة المحاصة لا تعد شــكلًا من أشكال الاستثمار المعتمدة وفقًا للاتفاقية العربية الموحدة"[110]، ليتساءل مجددًا ما هي أشكال الاستثمار المعتمدة وفقًا للاتفاقية وأين تم النص عليها؟ إن الباحث وبكل أسف يعتقد أن المفوضة والمحكمة قد خلطتا بين تأسيس الشركة والذي يستلزم بالضرورة اتباع قانون الشركات وبين أشكال الشركات التي يحق لها أن تتقدم بطلب ترخيص استثماري وفقًا لقانون تنظيم الاستثمار المباشر في الدولة المضيفة[111]، أما عن الإشارة إلى أشكال الشركات في الاتفاقية الموحدة ذاتها فلا أجد له مبررًا.

وأضافت المحكمة تعزيزًا لموقفها أن المدعي لم يتخذ شــكلًا من الأشكال التي اشترطها قانون الاستثمار الليبي ولائحته التنفيذية في الكيان المزمع إنشــاؤه وهي: 1- الشركة المســاهمة، 2- شركة المسؤولية المحدودة، 3- فروع الــشركات الأجنبية، 4- المشروع الفردي؛ حيــث خلت الأوراق مما يفيد اتخاذ المشروع المزعم إنشــاؤه أحد هذه الأشكال كما أن المدعي لم يقرر أي شكل منها من أجل التوافق مع القانون الليبي للاستثمار حتى يضفي عليه وصف المستثمر، وأضافت أنه لا ينال من سلامة نظرها ما تضمنه العقد التأسيسي للشركة وصف الطرف الثاني وهو المدعي بأنه "مستثمر" وفق أحكام قانون الاســتثمار في ليبيا، ولا يضير أيضًا تحديد رأس مال الشركة بمبلغ مقداره مليوني دينار ليبي تماشيًا مع قانون الاستثمار الليبي؛ حيث إن المحكمة وفقًا لسلطتها في فهم الواقع وترجيح ما تطمئن إليه من أدلة ترى أن إضفاء وصف المستثمر في العقد لا يرتب أثرًا طالما أنه لم يتوافق مع الاتفاقية والاشتراطات الواردة في القانون المشار إليه لإسباغ وصف المســتثمر العربي، كما أن وصف المشروع بالاستثمار لا يقتصر فقط على توافق

محكمة الموضوع منها"، متاح على موقع محكمة النقض المصرية، مرجع سابق.

108 انظر: الطعن رقم 459 لسنة 68 ق بجلسة 21 مايو 2000؛ إذ قررت المحكمة "أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العبرة في تكييف العقد والتعرف على حقيقة مرماه وتحديد حقوق الطرفين فيه إنما هي بما حواه من نصوص وبما عناه المتعاقدان دون اعتداد بما أطلقوه عليه من أوصاف متى تبين أن هذه الأوصاف تخالف الحقيقة، ولمحكمة الموضوع استخلاص هذه النية وما انعقد عليه اتفاقهما مهتدية في ذلك بحقيقة الواقع والنية المشتركة وطبيعة التعامل والعرف الجاري في المعاملات وظروف التعاقد وبالطريقة التي يتم فيها تنفيذ العقد".

109 مقتبس حرفيا من الحكم، ص7.

110 مقتبس حرفيا من الحكم، ص4.

111 انظر على سبيل المثال: المادة 12 من قانون هيئة تشجيع الاستثمار المباشر الكويتي والتي تنص "يقدم طلب الترخيص للاستثمار طبقًا لأحكام هذا القانون من خلال كيان استثماري محدد وفقًا للحالات التالية- شركة كويتية من ضمن أنواع الشركات المنصوص عليها في قانون الشركات التجارية...".

رأس المال مع القانون وإنما بالالتزام بجميع الاشتراطات في القانون[112].

ويعتقد الباحث أن المحكمة قد انحرفت في تفسير العقد[113]،وجانبها الصواب في اشتراط وجوب اتباع المستثمر للاشـــتراطات الواردة في قانون الاســـتثمار في الدولة المضيفة حتى يتمتع بالحماية المقررة في الاتفاقية محل البحث؛ حيث إن المادة 3 في الاتفاقية قد نصت صراحةً على أولوية الاتفاقية في التطبيق – وفقًا لما تشـــكله أحكامها من حد أدنى – عند تعارضها مع قوانين وأنظمة الدول الأطراف[114]، ثم نصت المادة 5 على تمتع المســـتثمر بحرية الاستثمار في المجالات المتاحة وفقًا للأنظمة والقوانين في الدولة الطرف[115]، وكذلك المادة 13 قد نصت على التزام المســـتثمر بالتنسيق مع الدولة المضيفة واحترام قوانينها ونظمها[116].

جميع هذه النصوص تفيد بما لا يدع مجالًا للشك أن الالتزام بالقوانين في الدولة المضيفة هو التزام عام، أي عدم مخالفة القانون فلا تؤسس الشركة بالمخالفة لأحكام القانون، أو أن يحصل المستثمر على التصريح بالاستثمار بطريق الخطأ، أو الغش، وهو ما تؤيده عدة أحكام استثمارية[117]. فلا يوجد في الدعوى الماثلة قيام المستثمر بمخالفة القانون بل إنه التزم به واتبع الإجراءات الســـليمة ومنها طلب الإذن لتنفيذ المشروع المشـــترك وحصل على الموافقة بذلك، فلو كان هناك مخالفة للقانون –، أو التزام على المســـتثمر أساسًا باتباع اشتراطات قانون الاستثمار الليبي للحصول على التصريح، أو الاذن بتنفيذ المشروع – لما وافقت عليه السلطات الليبية.

كما أنه من المسلم به أن الاتفاقية لها الأولوية في التطبيق باعتبارها قانونًا خاصًا –تطبق على المستثمرين العرب– بخلاف قانون الاســـتثمار الليبي، وبالتالي فكان الأولى بالمحكمة الاســـتناد على موادهـــا وأحكامها في تحديد معنى الاســـتثمار لا على القانون الوطني للدولة المضيفة –مالم ينص صراحة على عدم جواز القيام بنشاط معين دون اتباع إجراءات محددة لا تتعارض مع أحكام الاتفاقية– ويعزز الباحث رأيه بعمومية واتســـاع تعريف استثمار رأس المال

112 انظر: الحكم، ص7، لم تشر المحكمة إلى قانون تشجيع الاستثمار الليبي وإنما إلى المادة 9 من لائحته التنفيذية، ويوضح الباحث أن القانون ذاته قد نص في تعريف المشروع الاستثماري أنه "أي منشأة اقتصادية تؤسس وفق القانون"، للمزيد من الاطلاع يمكن الرجوع إلى القانون السابق للاستثمار الصادر في عام 1997 واجب التطبيق وقت إنشاء الاستثمار، متاح على موقع وزارة العدل الليبية:
https://aladel.gov.ly/home/?p=1425.

113 انظر: الطعن رقم 5024 لسنة 76 قضائية محكمة النقض المصرية بجلسة 1/ 2/ 2007 إذ قررت "أنه من المقرر أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه إذا كانت عباراته واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها، إذ يجب اعتبارها تعبيرًا صادقًا عن إرادتهما المشتركة وذلك رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقا لاستقرار المعاملات" متاح على موقع محكمة النقض المصرية، مرجع سابق. انظر: أيضًا في تفسير العقد والسلطة التقديرية في الاستدلال على النية المشتركة للطرفين والأساس القانوني لرقابة التحريف، عبد الحكم فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، منشأة المعارف 2002، ص489–570.

114 انظر في الاتفاقية السابقة (1980) والمعدلة المادة الثالثة: 1– تشكل أحكام هذه الاتفاقية حدًا أدنى لمعاملة كل استثمار يخضع لها. 2– وفي حدود هذا الحد الأدنى تكون الأولوية في التطبيق لأحكـام الاتفاقيـة عنـد تعارضها مع قوانين وأنظمة الدول الأطراف.

115 انظر في الاتفاقية المعدلة (2013) المادة الخامسة: 1– يتمتع المستثمر العربي بحرية الاستثمار في إقليم أي دولة طرف في المجـالات المتاحة وفقًا للأنظمة والقوانين في الدولة الطرف وذلك في حدود نسب المشاركة في الملكية المقررة في قانون الدولة الطرف كما يتمتـع المـستثمر بالتـسهيلات والامتيازات والضمانات وفقًا لأحكام هذه الاتفاقية.

116 انظر في الاتفاقية السابقة (1980) المادة الرابعة عشرة وفي المعدلة المادة الثالثة عشرة: –1 يلتزم المستثمر العربي في مختلف أوجه نشاطه أقصى قدر ممكن من التنسيق مع الدولة المضيفة ومع مؤسساتها وأجهزتها المختلفة وعليه احترام قوانينها ونظمها.

117 حكمت هيئة التحكيم الاستثماري حكماً مهماً باشتراط الالتزام بالقانون الداخلي للدولة المضيفة، ولا يعد الاستثمار استثمارًا وفقا للاتفاقية إذا ما خالف القوانين بارتكاب غش، أو فساد، أو سلوك فاحش بغير حسن نية، واعتبر الحكم هذا الالتزام مستقلًا حتى ولو لم ينص عليه في الاتفاقية استنادًا إلى مبدأ حسن النية، انظر:
Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v Ghana (Award) (ICSID Arbitral Tribunal, Case No ARB/07/24,18 June 2010) paras 123-24.

العربي في الاتفاقية وذلك باشـــتراط اســـتخدامه في مجالات التنمية الاقتصاديـــة والاجتماعية بهدف تحقيق عوائد، فكان الواجب على المحكمة أن تبين وفقًا لفهمها للواقع وبالأدلة مدى توافق النشـــاط الاستثماري للمال العربي في الدعوى الماثلة مع التعريف الوارد في الاتفاقية وشروطـــه –التي ذكرتها المحكمة أعلاه–، فطالما أن الدولة وافقت على المشروع ومنحت الإذن بتنفيذه فلا يمكنها التملص من مسؤوليتها بادعاء عدم اتباع المستثمر للأشكال المقررة في قانون الاستثمار الداخلي[118].

وقد ســـبّبت المحكمة حكمها بأســـباب غير كافية عندما قررت –في بيان مدى تطابق شروط تعريف الاستثمار من عدمه– أن عقد شركة المحاصة "هو محض عقد تجاري ولا يتعلق بتقديم إسهام من مستثمر أجنبي بهدف تحقيق تنمية اقتصادية للدولة المضيفة"[119]، دون أي تفصيل، أو تدليل كيف أن هذا النشاط لا يمثل إسهامًا يهدف إلى تحقيق تنمية اقتصادية.

إن تحديد مقدار مســـاهمة الاستثمار في التنمية الاقتصادية مســـألة في غاية التعقيد والأهمية، وقد تناولتها أحكام التحكيم الاستثماري بشيء من التفصيل والاتساع، وبالمثال يتضح المقال، فقد لجأت العديد من هيئات التحكيم إلى اعتبار عقد (تقديم خدمة) يمثل استثمارًا ويساهم في تنمية البلد المضيف[120].

وبذلك يرى الباحث أن الأساس في تحديد مدى توافق النشاط الاستثماري مع أحكام الاتفاقية –وبالتالي تحقق اختصاص المحكمة– إنما يكون في اتباع وتفســـير نصوص الاتفاقية نفســـها وشروط تحقق الاســـتثمار التي قررتها المحكمة وهيئات التحكيم دوليًا لا قوانين الاستثمار الداخلية للدولة المضيفة والتي دائمًا ما تكون عرضة للتغيير.

المطلب الثاني: اشتراط جلب الأموال المستثمرة من الخارج

نختم حديثنا في الاختصاص الموضوعي بمسألة في غاية الأهمية ألا وهي اشتراط المحكمة في عدة أحكام سابقة عند تفســـيرها لمفهوم الاســـتثمار –وبالتالي تحديد اختصاصها الموضوعي– أن يكون رأس المال المستثمر قد جلب من الخارج، ولا نعلم كيف اشـــترطت المحكمة هذا الشرط الذي لم تنص عليه الاتفاقية بل ويخالف صريحها، فعلى الرغـــم من أن هذا الشرط يحقق أهداف الاتفاقية من خلال تســـهيل نقل الأموال بين الدول العربية إلا أنه في مجال تحديد اختصاص المحكمة فيجب النص عليه صراحة[121]. وقد تطرقت له المحكمة بداءة في عام 2007 في النزاع بين مســـتثمر عربي ودولة الإمارات العربية المتحدة حين بينت المحكمة –وبإيجاز– أنه بالاطلاع على الفقرات الخامسة

118 من مبادئ لجنة القانون الدولي لا يمكن للدولة أن تتخلص من التزاماتها الدولية بقانونها الداخلي، انظر:
ILC's Articles on State Responsibility; J. Crawford, *The ILC's Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts: A Retrospect*, 96 AJIL 874, 888 (2002).

119 مقتبس حرفيا من الحكم، ص6، 7.

120 في قضيتين مختلفتين اعتبر التحكيم الاستثماري عقد تقديم الخدمة وهو (فحص البضائع المصدرة إلى الدولة المضيفة) أنه يمثل استثمارًا ومساهمة في اقتصاد الدولة لما تمثله هذه الخدمة من زيادة في كفاءة الموانئ والعوائد الجمركية، انظر:
Socie´te´ Ge´ne´rale de Surveillance SA v Pakistan (Preliminary Objections) 8 ICSID Rep 406; de Surveillance SA v Republic of the Philippines (Preliminary Objections) 8 ICSID Rep 518.

121 انظر: ديباجة الاتفاقية العربية للاستثمار، إن هذا الشرط يعتبر شرطًا مفترضًا فالاستثمار يكون بقيام المستثمر –من غير جنسية الدولة المضيفة – بتوظيف أمواله فيها والتي يكون قد جلبها من الخارج، حتى ولو لم تكن قد جلبت خصيصًا لهذا المشروع إلا أن أصلها قد جلب من الخارج.

والسادسة والسابعة من المادة الأولى (الخاصة برأس المال العربي واستثماره والمستثمر العربي) فإن وصف المستثمر لا ينطبق على المدعية؛ حيث إن المستثمر العربي هو الذي يملك أموالًا ويقوم باستثمارها في دولة غير دولته، وإذ إن المدعية لم تثبت قيامها بجلب الأموال إلى الامارات من الخارج وقامت باستثمارها فيها مما تكون معه المحكمة غير مختصة بنظر النزاع[122].

ثم توالت الدول المدعى عليها بالتمسك بهذا الدفع –وهو اشتراط جلب المال من الخارج– مع قبوله من المحكمة والرد عليه – على الرغم من عدم النص عليه في الاتفاقية، استنادًا على الحكم السابق الصادر من المحكمة والذي لم يفسر المادة تفسيرًا موسعًا وإنما قرر هذا الحكم بإيجاز كما سبق ذكره في الفقرة السابقة. فدفعت جمهورية سوريا العربية في الدعوى رقم 1 لسنة 13 قضائية بعدم انطباق وصف المستثمر على المدعي لإقامة مشروعه بأموال سورية وعدم تحويلها من الخارج وفقًا للمادة الأولى فقرة 7[123]، إلا أن المحكمة لتأكيد اختصاصها بنظر الدعوى ردت على هذا الدفع بأن المال تم تحويله من الخارج؛ حيث قام المستثمر بشراء أرض المشروع وإقامته من أمواله المحولة، وأن القرض المأخوذ من البنك السوري كان للتوسع في المشروع، كما أن البنك اشترط إيداع مبلغ تأمين وعملة صعبة وهو ما فعله المستثمر بأمواله المحولة[124]، وأضافت صراحة "أن المدعي قام بنقل رأس مال عربي وفقًا لما تضمنته وتشترطه المادة الأولى في فقرتها 7 من الاتفاقية من بلده، أو من خارج سوريا، مما يفيد أن المدعي قام باستثمار رأس مال عربي بالمعنى المقصود من الاتفاقية"[125].

وتمسكت جمهورية مصر العربية أيضًا بهذا الدفع في الدعوى رقم 2 لسنة 14 قضائية، فدفعت بعدم تحقق مفهوم الاستثمار؛ حيث إنه يشترط أن يمثل المشروع الاستثماري إضافة للاقتصاد القومي في البلد المضيفة للاستثمار وأن يجلب رؤوس الأموال التي يتم استثمارها من بلده إلى البلد المضيف للاستثمار مما يحقق به العائد على الدولة المضيفة[126]، وقد رد المدعي بما يثبت تحويل أمواله من الخارج وذلك في صور تحويلات مالية تجاوزت مليوني دولارًا[127].

ولا يعلم الباحث كيف قامت المحكمة بالربط بين استثمار رأس المال في دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر وبين اشتراط تحويل الأموال من الخارج؟ بل إن تعريفات الاتفاقية تدل على عكس ذلك؛ حيث نصت الفقرة 5 في تعريف رأس المال العربي بأن "تعتبر العوائد الناجمة عن المال العربي مالًا عربيًا" وهو ما يدل بصراحة أن الأرباح المتحصلة من سابق وجود المال في البلد المضيف هي أموال عربية، فكيف لو قرر المستثمر العربي استغلال هذه

122 الحكم الصادر في عام 2007 بطلب التماس النظر في الدعوى رقم 2 لسنة 4 قضائية، متاح على موقع جامعة الدول العربية، مرجع سابق 15. قامت المحكمة في الحكم الأساسي للنزاع رقم 1 لسنة 3 قضائية برفض الدعوى لعدم الاختصاص باعتبار أن النزاع لا يمثل نزاعا استثماريا، ثم خلطت المحكمة بين المستثمر والاستثمار، فقررت عدم الاختصاص الشخصي باعتبار أن وصف المستثمر لا ينطبق على المدعية، على الرغم من أنها في مجال تفسير مفهوم استثمار رأس المال العربي لا المستثمر في تحديد جلب الأموال من الخارج من عدمه.

123 الحكم الصادر في 2018 بالدعوى رقم 1 لسنة 13 قضائية، مرجع سابق. اتبعت المدعى عليها بهذا الدفع تكييف المحكمة سابقا وذلك ربطه بالمستثمر لا الاستثمار.

124 الحكم السابق، ص17.

125 مقتبس حرفيا من الحكم السابق، ص17.

126 الحكم الصادر في 2018 بالدعوى رقم 2 لسنة 14 قضائية، مرجع سابق. وقد أحسنت المدعى عليها بربط هذا الدفع – على الرغم من اختلافنا مع صحته – بمفهوم الاستثمار لا المستثمر.

127 الحكم السابق، ص31.

الأموال في إنشاء مشروع استثماري جديد؟ كما أن الفقرة 6 نصت صراحة على أن الاستثمار هو "استخدام رأس المال العربي بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة طرف، أو **تحويلها إليها** لذلك الغرض"، فالتخيير قطعًا لا يتطلب الوجوب، وأخيرًا فالمادة الثانية من الاتفاقية والتي استندت عليها المدعى عليها "جمهورية مصر العربية" تنص على تسهيل وتشجيع انتقال رؤوس الأموال، ولا تشترط إثبات كون المال قادمًا من الخارج.

ويؤيد نظر الباحث ما ذهبت إليه العديد من أحكام التحكيم الاستثماري من اعتبار المساهمة في الاقتصاد الوطني وتنميته هي الأصل بل الهدف الرئيسي من دخول الدول في الاتفاقيات الاستثمارية لا اعتبار المال من الخارج – وإن كانت أدلة تحقق جلبه من الخارج سهلة الإثبات – وبالتالي فإنه يجب على المحكمة أن تنظر وتتأكد بشكل صارم تطلب وجود ارتباط مباشر بين رأس المال ومساهمة المستثمر في اقتصاد الدولة المضيفة[128]، فقد قررت هيئة تحكيم مركز واشنطن (ICSID) في القضية ضد بنغلاديش وبشكل موسع أن حكم التحكيم التجاري الصادر لصالح المدعي يمثل استثمارًا باعتباره يمثل قيمة مالية مرتبطة بالاستثمار وله مساهمة اقتصادية في الدولة المضيفة، كالأرباح المعاد استثمارها[129].

قد ناقش الباحث في هذا الجزء من البحث، موضوع الاختصاص الموضوعي للمحكمة وأوضح تناقض محكمة الاستثمار العربية –وفق وجهة نظره– في تعريف الاستثمار وفقًا للاتفاقية واشتراط جلب الأموال من الخارج، وعليه فإننا في الجزء التالي نتناول آخر مسائل الاختصاص وهو الاختصاص الإجرائي للمحكمة.

المبحث الرابع: الاختصاص الإجرائي[130]

أطلقت المحكمة تسمية الاختصاص الاجرائي على اختصاصها بنظر النزاع إذا ما لجأ المستثمر إلى القضاء الوطني بذات النزاع[131]، وقد أطلقنا هذه التسمية في البحث تماشيًا مع المحكمة على الرغم من تحفظ الباحث عليها[132]، ويطلق الفقه الغربي على هذا البند الوارد في الاتفاقيات مصطلح "مفترق الطريق" وهو قصر حق المستثمر باللجوء إلى أحد الخيارات المتاحة له[133]، فإذا ما لجأ إلى القضاء الوطني في نفس النزاع محل الدعوى تعذر عليه

128 في مساهمة رأس المال في اقتصاد الدولة المضيفة، انظر:
Zachary Douglas, *supra* note 76, (commitment of resources to the economy of the host state) at 191.

129 يعتبر هذا الحكم أنه قد فتح الباب واسعًا في مسألة اعتبار رأس المال – ما يمثل قيمة مالية – يمثل مساهمة في اقتصاد الدولة المضيفة
Saipem v Bangladesh (Preliminary Objections) ICSID Case No. ARM/05/0, para. 113.

130 "Fork- in- the-Road Clause"

131 وبينت صراحة أنها تقصد هذه التسمية على الرغم من أن المحاكم درجت على تسميته عدم جواز نظر الدعوى لسبق اللجوء إلى جهة قضاء دون أخرى، انظر الحكم، ص9.

132 يرى الدكتور عزمي عبد الفتاح أنه على الرغم من تساوي الأثر بين عدم قبول الدعوى وعدم الاختصاص، إلا أنه لا يجوز من الناحية الفنية القول بعدم الاختصاص الولائي لعدم دقته. انظر: عزمي عبد الفتاح عطية، **الوسيط في قانون المرافعات الكويتي**، الكتاب الأول، مؤسسة دار الكتب، 2014، وانظر أيضًا الحكم في مركز أكسيد في القضية ضد جمهورية الجزائر؛ حيث فرقت هيئة التحكيم بوضوح بين عدم القبول وعدم الاختصاص في القانون الدولي للاستثمار:
Orascom TMT Investments S.À R.L. V. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. Arb/12/35, Decision on Annulment of September 17, 2020 para.255.

133 قام الباحث بترجمة البند لما للمصطلح الإنجليزي من معنى واضح يتبادر لذهن القارئ، ويعتبر بند مفترق الطرق من العقبات، أو الاشتراطات التي تضعها الدول لتقلل عدد القضايا الاستثمارية ضدها، ومن هذه العقبات اشتراط مدة للتفاوض قبل اللجوء للتحكيم، أو اللجوء للمحاكم الداخلية قبل

اللجوء إلى قضاء آخر –سـواء كان تحكيمًا أم محكمة اسـتثمار– وبالتالي فيتعين عليه اختيار أحد الطريقين لتحريك الدعوى الاستثمارية[134].

ولقد نصت العديد من اتفاقيات الاستثمار الدولية على هذا البند[135]، وهو ما نصت عليه اتفاقية الاستثمار العربية الموحدة في المادة 31 منها أن "للمستثمر العربي أن يلجأ إلى القضاء في الدولة المضيفة طبقًا لقواعد الاختصاص فيها وذلـك في الأمور التي تدخل في اختصاص المحكمة على انه إذا رفع المسـتثمر العربي الدعوى أمام إحدى الجهتين امتنع عليه رفعها أمام الجهة الأخرى"[136].

واسـتندت المحكمة على لجوء المسـتثمر المدعي إلى القضاء الوطني الليبي في دعويين – تعلقت إحداهما بفرض الحراسة على الشركة التي يمثلها المدعى عليه الرابع[137]، لتقرر عدم اختصاصها إجرائيًا وولائيًا بنظر النزاع، مبررةً ذلك بأن "مجرد ولوج طريق قضائي دون آخر بقطع النظر عن الدعاوى المرددة وأطرافها يمنع اختصاصها بنظر النزاع"[138].

وهذا الحكم –على الرغم من اختلاف الباحث معه– فإنه يخالف جميع أحكام المحكمة السابقة على هذه الدعوى في تقرير مسـألة الاختصاص الإجرائي وفي تفسير هذه المادة، وهو ما تمسك به المدعي حين دفع باختلاف موضوع الدعـوى وكذلك أطراف الدعوى في كلا الدعويين – حيث كانت الدعوى السـابقة بينه وبين المدعى عليه الرابع فقط "الشريك الليبي" دون الحكومة الليبية ومؤسسـاتها، وبالتالي فلا مجال لتطبيق نص المادة 31 من الاتفاقية؛ لأن المدعي لم يلجأ للقضاء الوطني بذات الدعوى[139].

ولا شك أن ما دفع به المدعي هو عين الصواب ومقصد مشرع الاتفاقية، فالأساس يكون أولًا بالنسبة للقضايا التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة[140]، ثم في اتحاد الأطراف والموضوع والسبب حيث يمتنع على المستثمر الذي

الدولية، ويعتبر اشتراط اللجوء للمحاكم الوطنية كشرط سابق للتحكيم الاستثماري أكبر عقبة من التخيير، انظر:
Zachary Douglas, *supra* note 76, at 152, 2009;
وانظر أيضًا نموذج اتفاقية الاستثمار التي احتوت على مثل هذا البند لكل من جمهورية مصر العربية وجمهورية الصين الشعبية والولايات المتحدة الأمريكية وغيرها في مجموعة الأونكتاد:
United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) Compendium (Vol. III, 1996) China Model BIT, Art. 9(2), 155; USA Model BIT, Art. 9(2)(a), 507; Egypt Model BIT, Art. 8(2)(a) (Vol. V, 2000)

134 بينما يطلق الفقه العربي على هذا البند، أو المادة "مبدأ التخيير في شرط استنفاد الوسائل القضائية الداخلية"، إذ أنه قد يشترط استنفاد الوسائل القضائية الداخلية قبل اللجوء للتحكيم الدولي وأن إعطاء المستثمر الخيار باللجوء للمحاكم الوطنية، أو التحكيم الدولي يعتبر توجه محمود ويؤدي إلى رفع الحد الأدنى للحماية الإجرائية المقررة لحماية الاستثمارات الأجنبية، انظر: صادق (الحماية...)، ص291.

135 انظر في الاتفاقية المعدلة (2013) المادة 21 نفس النص، وهي التي قرأتها المحكمة؛ وكذلك اتفاقية الاستثمار بين جمهورية مصر العربية وجمهورية اليمن المادة 9، على الرابط:
https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3467/download.

136 انظر: الاتفاقية السابقة (1980)، النص نفسه، المادة 31.

137 قررت المحكمة صراحة أنها دعوى قضائية وفقًا للقانون الليبي وليست إجراءً وقتيًا، ولم تذكر المحكمة موضوع الدعوى الثانية ولم تبين نصوص القانون الليبي الذي استندت إليه.

138 مقتبس حرفيًا من الحكم، ص9.

139 إن شروط وحدة الخصوم والموضوع والسبب هو أمر جوهري للحكم بعدم جواز نظر الدعوى، أو انتفاء الولاية، فإن قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لسبق عرض النزاع على القضاء دون اجتماع جميع الشروط الثلاثة فإن حكمها يكون مخالفًا للقانون وباطلًا. عطية، ص222 وما بعدها.

140 الحكم الصادر في 25 – 9 – 2018 قبل شهرين من صدور الحكم محل البحث في الدعوى رقم 2 لسنة 13 قضائية؛ حيث رفع المدعى قبل اللجوء إلى المحكمة دعوى إدارية لإبطال قرار إداري، فبينت المحكمة أن الشرط المفترض بداءة هو أن تكون الدعوى ضمن اختصاص هذه المحكمة.

لجأ إلى أحد القضاءين أن يتجه للآخر وهذا ما هو متفق عليه في أحكام محاكم النقض[141]، فالغاية من نص المادة 31 "هي الحؤول دون تقديم الدعوى عينها وذلك مراعاة لحسن سير العدالة وتفادي صدور أحكام متناقضة في القضية الواحدة"[142].

وهذا التفسير –الذي يؤيده الباحث– يخالف صراحة ما ذهب إليه الحكم محل البحث حين جعلت المحكمة مجرد اختيار طريق قضائي "الوطني" يمنع اختصاصها؛ حيث إن ذلك "يؤدي إلى حرمان المستثمر الذي لجأ إلى أحد المرجعين القضائيين بمطالبة محددة من اللجوء إلى المرجع الآخر للمطالبة بحقوق مختلفة عن الحق موضوع المطالبة الأولى"[143].

فقد قررت المحكمة في دائرة أخرى[144]، أنه يشترط للقضاء بعدم اختصاص المحكمة وفقا للمادة 31 "ذات الشروط الواجب توافرها للقضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها مجتمعة، والمتمثلة باتحاد الخصوم والموضوع والسبب"[145].

وهذا ما أيدته المحكمة أيضًا في حكم آخر صدر في نفس يوم الحكم محل البحث[146]، حين قبلت الدفع بعدم الاختصاص بنظر الدعوى قبل مدعى عليه واحد وهو السادس فقط –مصرف تجاري– لاتحاد الخصوم والموضوع والسبب، أما فيما يخص باقي الخصوم –من الأول حتى الخامس– فإن دفعهم المدى والمستند إلى المادة 31 لا يصادق صحيح الواقع والقانون، كونهم لم يكونوا خصومًا، أو أطرافًا في دعوى التعويض السابق إقامتها، كما أن سبب استيلاء المدعى عليهم –الدولة ومؤسساتها– على أرض المدعي هو سبب جديد يكون معه الدفع غير سديد[147]، وكذلك العديد من الأحكام التي قررت فيها المحكمة رفض الدفع لاختلاف الخصوم والموضوع[148].

وهذا التوجه هو ما حكمت به صراحة هيئة تحكيم أكسيد في القضية ضد الجمهورية اللبنانية؛ حيث قررت "أن بند مفترق الطرق في الاتفاقية لا يمنع المستثمر من رفع الدعوى طالما كانت الدعوى المحلية السابقة (بطريق آخر)، فرفع دعوى إدارية سابقة أمام المحاكم اللبنانية لا يمنع المستثمر من رفع دعوى انتهاك أحكام الاتفاقية لاختلاف

141 فإنه من المقرر "إن مناط حجية الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي هو وحدة الموضوع والخصوم والسبب بحيث إذا تخلف أحد هذه الشروط انتفت الحجية". انظر: الطعن رقم 238 لسنة 61 قضائية محكمة النقض المصرية بجلسة 5 يناير 2006. متاح على موقع محكمة النقض المصرية، مرجع سابق.

142 مقتبسة حرفيًا من الحكم في الدعوى رقم 2 لسنة 13 قضائية، المرجع السابق، ص9. وهذا ما ذهبت إليه هيئة التحكيم ضد جمهورية الاكوادور عندما قررت نظر "النزاع" يعني "نفس النزاع". انظر:
Chevron v. Ecuador (Third interim Award on Jurisdiction and Admissibility) 27 February 2012, para 4.74: In the Tribunal's view, "the dispute" in this context must mean "the same dispute".

143 مقتبس حرفيًا، المرجع السابق.

144 في الدعوى رقم 2 لسنة 14 قضائية والتي صدر الحكم فيها أيضًا قبل شهرين من يوم صدور الحكم محل البحث، مرجع سابق.

145 مقتبس حرفيًا من الحكم 2 لسنة 14 قضائية، المرجع السابق، ص50. وفي هذه الدعوى رفضت المحكمة الدفع لاختلاف الخصوم في الدعويين.

146 صدر في الدعوى رقم 1 لسنة 13 قضائية ولكن بدائرة مختلفة، مرجع سابق، وهذا ما يدعو الباحث للاستغراب وجعل الحكم محل البحث في موضع النقد؛ حيث إنه خالف جميع الأحكام السابقة بالحكم بعدم الاختصاص الإجرائي.

147 الحكم في الدعوى رقم 1 لسنة 13 قضائية، المرجع السابق، ص18–19.

148 انظر: الحكم الصادر في عام 2011 في الدعوى رقم 2 لسنة 7 قضائية من مستثمر سعودي ضد جمهورية مصر العربية.

الموضوع والسبب"[149].

وقــد ذهبت المحكمة كذلك في تقريرها لعدم اختصاصها الإجرائي إلى تفســير المادتــين 22–23 من الاتفاقية المعدلة (2013)؛ حيث نصت المادة 22 أنه "إذا لم يتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك، تتم تسوية المنازعات الناشئة بين أطـراف الاستثمار المتعلقة بتطبيق هذه الاتفاقية عن طريق المحكمة" وكذلك المادة 23 أنه "إذا تعذر حسم النزاع بالوسائل التي تم الاتفاق عليها بين أطراف الاستثمار يتم اللجـوء إلى محكمة الاستثمار العربية"، وأنه لما كان الثابت في عقد تأسيس الشركة المحاصة اتفاق طرفيه وهما المدعي والمدعى عليه الرابع على إحالة أي نزاع فيما يتعلق بتنفيذ العقد، أو تفسيره إلى التحكيم، أو القضاء الليبي في حال تعذر الوصول إلى حل للنزاع عن طريق التحكيم، مما يحول معه هذا الاتفاق إلى عرض هذا النزاع على المحكمة.

ولا شك أن المحكمة في تفسير وتطبيق المواد السابق ذكرها الخاصة في تحديد الاختصاص الاجرائي للمحكمة[150]، خلطت بين الخصوم وموضوع النزاع بما يخالف صريح العقد، فاتفاق الأطراف – فقط المدعي والمدعى عليه – كان واضحًا لا يثير اللبس بتعلقه بتفســير وتنفيذ عقد تأسيس الشركة المحاصة – وهو ما أشارت له المحكمة صراحة– فكيــف تقوم المحكمة بتطبيقه على هذا النزاع القائم بين المســتثمر والدولة الليبيــة على الرغم من اختلاف أطرافه واختلاف موضوعه؟[151]

كما أنه من الواضح أيضًا من طلبات المدعي، أن الدعوى الماثلة موجهة بشكل أساسي ضد حكومة الدولة الليبية ومؤسســاتها –المدعى عليهم الأول إلى الثالث– لإخلالهم بالتزاماتهم الناشــئة عن قانون حماية وتشجيع رؤوس الأموال الأجنبية وكذلك التزاماتهم المقررة وفقًا للاتفاقية العربية الموحدة، وهذه الالتزامات منفصلة تمامًا عن عقد تأسيس الشركة المحاصة كما أنهم ليسوا أطرافًا فيه.

وهذا التوجه هو ما درجت عليه العديد من هيئات التحكيم الاستثماري في أحكامها؛ حيث قررت أن النزاعات العقدية حول الاســتثمار –وإن ســبق ونظرتها المحاكم الوطنية– تختلف في موضوعها عن النزاعات الناشــئة عن اخلال الدولة بالتزاماتها الاتفاقية كعدم تطبيق المعاملة الوطنية بين المســتثمرين وغيرها من الالتزامات المفروضة بموجب الاتفاقية[152].

149 انظر تفاصيل القضية:
Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07112, Award on jurisdiction of Sept. 11, 2009. Para. 211-214.

150 المواد 21–23 في الاتفاقية المعدلة (2013) السابق ذكرها.

151 إذ إنه من المقرر في أحكام النقض: "أن آثار العقد لا تنصرف إلى الغير الذي لم يكن طرفًا فيه ولم تربطه صلة بأي من طرف فيه سواء كانت هذه الآثار حقًا أم التزامًا" انظر: محكمة النقض المصرية طعن رقم 1759 لسنة 67 قضائية بجلسة 19 يناير 2006. متاح على موقع محكمة النقض المصرية، مرجع سابق. وانظر في عدم حجية العقد إلا بين أطرافه: عبد الرزاق أحمد السنهوري، **نظرية العقد الجزء الثاني أثر القوة الملزمة للعقد**، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص727.

152 هناك العديد من الأحكام التي قررت ذلك، حتى أن العديد من الفقهاء قرر عدم فعالية هذا البند لعدم إمكانيته منع التحكيم من نظر الدعوى، انظر: على سبيل المثال قضيتين أحدها ضد جمهورية مصر العربية والأخرى ضد جمهورية باكستان الإسلامية:
Middle East Cement v Egypt (Merits) 7 ICSID Rep 178, 187/71; Desert Line v Yemen (Merits) para 136; SGS Societe Gnarled de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Objection to Jurisdiction of Aug. 6, 2003. Para. 98.

وبالتـــالي فلا يمنع هذا الاتفاق في العقد –بين المدعي والمدعى عليه الرابع– من اختصاص المحكمة بنظر النزاع الاســـتثماري ضد باقي المدعى عليهم ممثلين بالحكومة الليبية، وهذا هو أســـاس اختصـــاص المحكمة في النظر في النزاعات بين المســـتثمرين العرب والـــدول الأطراف، وكان الأولى بالمحكمة رفـــض اختصاصها بنظر النزاع بين المدعي والمدعى عليه الرابع –لا بســـبب وجود اتفاق بينهما– وإنما لخروج المدعى عليه الرابع من نطاق اختصاص المحكمة وفقًا للمادة 29 من الاتفاقية؛ حيث نصت صراحة "يشـــترط في النـــزاع أن يكون قائما بين 1– بين أية دولة طـــرف ودولة طرف أخرى، أو بين دولة طرف وبين المؤسســـات والهيئات العامة التابعـــة للأطراف الأخرى، أو بين المؤسســـات والهيئات العامة التابعة لأكثر من دولة طرف. 2– بين الأشـــخاص المذكورين في الفقرة (1) وبين المستثمرين العرب"[153].

ونضيـــف أنه لمن المنطقي أن يلجأ المســـتثمر إلى القضاء الوطني محاولةً منه لحل النـــزاع بأقل التكاليف وأسرع وقت[154]، وهذا التوجه يعبر عن حسن نية المستثمر لحل النزاع بالطرق المتاحة محليًا –كغيره– دون أن تتزايد المشاكل بينه وبين الدولة المضيفة مما قد يؤثر على اســـتثماراته فيها بشـــكل أكبر، وهو ما يجعل هيئة التحكيم عادةً في موقف يصعب عليها رفض الدعوى الاستثمارية كإدانة للمستثمر بسبب لجوئه للقضاء الوطني[155].

وبالتالي فإن الباحث يعتقد بتحقـــق اختصاص المحكمة بنظر النزاع بين المدعي والمدعى عليهم الثلاث الأُول، ســـواء كان اختصاصًا شخصيًا، أو موضوعيًا، أو إجرائيًا، وإن كان إدخال المدعى عليه الرابع حاسمًا في النزاع فإنه لا يؤثر في مسألة اختصاص المحكمة وإنما في الفصل في موضوع الدعوى.

خاتمة

إن قضاء المحكمة بعدم الاختصاص بنظر النزاع بالمخالفة لمبادئ القانون، والمستقر عليه فقهًا وقضاءً، يمثل بلا شـــك إخلالًا بحق الدفاع، ونكرانًا للعدالة، فالأصل في فقه التحكيم الدولي لقانون الاســـتثمار هو طمأنة المستثمر والتأكيـــد على حقه في التوجه إلى القضاء "الدولي"، أو التحكيم؛ لاقتضاء حقه[156]، فالمســـتثمر الأجنبي يكون كمن

153 هذه المادة في الاتفاقية السابقة (1980)، أما الاتفاقية المعدلة (2013) فقد أحالت في مادتها 22 إلى النظام الأساسي للمحكمة، وقد ذكر النظام الأساسي المعدل ولاية المحكمة للنزاعات بين الأطراف في المادة 22 من النظام، انظر: النظام الأساسي للمحكمة، مرجع سابق.

154 ومما يؤكد رأينا في أن اللجوء للمحاكم الوطنية لا يمنع الاختصاص الدولي إذا اختلف سبب الدعوى ما قررته المادة 13 من اتفاقية تشجيع وحماية وضمان الاستثمارات بين دول منظمة المؤتمر الإسلامي أن من أسباب التعويض هو عدم تنفيذ حكم صادر محليًا متعلق بالاستثمار؛ حيث تنص المادة على "يستحق المستثمر تعويضًا عما يصيبه من ضرر نتيجة قيام دولة طرف، أو احدى سلطاتها العامة، أو المحلية، أو مؤسساتها بما يلي: أ– المساس بأي من الحقوق والضمانات المقررة للمستثمر في هذه الاتفاقية. ب – الاخلال بأي من الالتزامات والتعهدات الدولية المفروضة على الدولة الطرف والناشئة عن هذه الاتفاقية لمصلحة المستثمر، أو عدم القيام بما يلزم لتنفيذها سواء كان ذلك ناشئا عن عمد، أو إهمال. ج– **الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي واجب النفاذ ذي صلة مباشرة بالاستثمار**. د– التسبب بأي وجه آخر بالفعل، أو بالامتناع في احداث ضرر للمستثمر بمخالفة الأحكام القانونية النافذة في الدولة التي يقع فيها الاستثمار"، وهو ما يفيد أن المستثمر يلجأ للمحاكم الدولية لطلب التعويض لعدم تنفيذ حكم وطني على النزاع على الرغم من أن الاتفاقية قد نصت على مبدأ مفترق الطرق.

155 هذا ما صرحت به صراحة هيئة التحكيم في قضتين؛ حيث أضافت أن الدعوى الاستثمارية الدولية قد يكون من الصعب إثباتها في المراحل الأولى من نشوء الاستثمار، أو النزاع مما يجعل المستثمر عرضة للحكم برفض الدعوى موضوعيًا، وهو ما يبرر توجهه للقضاء الوطني، انظر:
Vivendi v Argentina No. 1 (Merits) 5 ICSID Rep 299, 322/81; SGS v Pakistan (Preliminary Objections) 8 ICSID Rep 406, 438-9/151.

156 فقد قررت العديد من الأحكام أهمية تحقق اليقين القانوني لدى المستثمر، وأن الدولة عند توقيعها لمعاهدة استثمارية تكون قد ألزمت نفسها بتقديم الحد الأدنى من الحماية القانونية للاستثمارات، وقد نص الحكم ضد المكسيك حرفيًا على ذلك، انظر:
Bayview v Mexico (Preliminary Objections). Para. 99

دخل في عنق الزجاجة –البلد المضيف– بعد استثمار أمواله في البلد الأجنبي، لا يستطيع الخروج منها بسهولة، أو بأقل ضرر وذلك لما للدولة من سيادة على الأموال والأشخاص في إقليمها[157].

وما قامت –وتقوم– به المحكمة العربية للاستثمار من خلال حكمها المستمر بعدم الاختصاص؛ يخالف أهداف إنشائها وأهداف القانون الدولي للاستثمار؛ لأن المستثمر سيفضل بلا شك اللجوء إلى التحكيم الدولي[158]، فقد رفضت المحكمة الاختصاص في جميع الأحكام –من أصل عشرين حكمًا متاحًا على موقع الجامعة العربية– إلا خمسة أحكام فقط؛ نظرت فيها الموضوع، ورفضتها أيضًا[159]، وبالتالي لم تصدر المحكمة حكماً ضد أي دولة طرف قط؛ مما يسِمُها بالمحكمة التي لا تريد أن تحكم.

كما أن الباحث قد لا يختلف مع المحكمة فيما ذهبت إليه في المنطوق؛ لكن الاختلاف يكمن في القصور في التسبيب، وعدم الرد الواضح والمفصل على دفوع الأطراف كما سبق بيانه، فهذه المحكمة يجب ألا تعتبر نفسها محكمة عادية كالمحاكم الوطنية، إنما هي محكمة دولية تقرر مبادئ عامة للاتفاقية يفترض أنها تطبق على جميع النزاعات الاستثمارية لمستثمرين من عدة دول عربية، وإننا عندما نقارنها بأحكام محاكم التحكيم الاستثماري المعاصرة؛ فهي مسهبة ومثرية، ولا تقل عادة عن 100 صفحة؛ بينما نجد أحكام المحكمة العربية لا تجاوز 20 صفحةً، مما يجعلنا ندعوها للإسهاب في التفسير وتحليل النصوص بنظرة موضوعية شاملة.

ونختم هذا البحث بدعوة المحكمة –أولًا– إلى تبني المفاهيم الحديثة في قانون الاستثمار الدولي، وما تتجه إليه أحكام التحكيم الاستثمارية من محاولة مستمرة لمنح المستثمر حق اللجوء إلى القضاء المحايد –غير الوطني– وإمكانية اقتضاء حقه باعتباره الطرف الأضعف في المنازعة الاستثمارية، كما أن الباحث يقترح عدة توصيات –منها ما هو موجه للمحكمة ومنها ما هو موجه لمشرع الاتفاقية؛ دعوةً إلى تعديلها– والتي تتمثل بالتالي:

1. نوصي بتعديل النظام الأساس للمحكمة[160]، وذلك باشتراط خبرة القضاة وممارستهم العملية بشكل خاص في مجال القانون الاستثماري الدولي والتحكيم مدة لا تقل عن 5 سنوات، أو خبرة علمية باشتراط الحصول على شهادة أكاديمية عليا في ذات التخصص[161].

157 يصعب على الدولة المضيفة إقناع المستثمرين بأن الوعود والاصلاحات الاقتصادية سيتم تنفيذها، خاصة في البلدان التي يكون فيها الاستثمار عالي المخاطر والتي ينتشر فيها الفساد المالي والإداري، مما يجعل المستثمر الأجنبي في قلق دائم بشأن تحقيق الوعود وديمومة الإصلاحات، انظر:
Mary Hallward-Driemeier, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit, and They Could Bite* (World Bank Policy Research, Working Paper Series No. WPS 3121, 2003).

158 من المفترض على محكمة الاستثمار العربية أن تقوم بممارسة دورها على نطاق دولي باعتبارها محكمة دولية فهي أقرب للتحكيم الدولي من القضاء الوطني، فتكون أكثر تحررًا من قضاء الدولة إزاء القواعد الآمرة في القوانين الداخلية وإعمال قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري تطبيقًا لفكرة العقد الدولي الطليق واحترامًا لتوقعات الأطراف. انظر: هشام علي صادق، **عقود التجارة الدولية**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص1021 وما بعدها.

159 انظر: جميع الأحكام المتاحة على موقع جامعة الدول العربية وعددها 20، من ضمنا 6 أحكام في دعوى التماس إعادة النظر، متاحة على:
http://www.lasportal.org/ar/legalnetwork/Pages/Investment_CourtRulings.aspx.

160 انظر: طريقة وشروط تعيين القضاة في المادتين 2 و3 من النظام الأساسي والتي تكون بناء على ترشيح الدولة العضو للقاضي من جنسيتها والتي تشترط فقط أن يحمل القاضي خبرة وممارسة عملية لمدة لا تقل عن 15 سنة، ويتم انتخاب القضاة بالاقتراع السري. انظر: النظام الأساسي للمحكمة، مرجع سابق 3.

161 حيث إن القانون الدولي للاستثمار يتميز بتداخل التخصصات القانونية، فلا يمكن الفصل فيه بين القانون الدولي العام والخاص، أو القانون المحلي المدني، أو التجاري، فعلى الرغم من أن المعاهدة تنشأ بين الدول (دولي عام) إلا أنها تخاطب المستثمرين الشركات خاصة (قانون داخلي) وتفرض وجود تنازع قوانين بحكم العلاقة التجارية والاستثمارية الدولية (دولي خاص) والتي تفرغ في قالب تعاقدي بين الأطراف (مدني)، مما يفرض على المحكمة إلمامًا خاصًا

2. نوصي المحكمة بتفسير نصوص الاتفاقية بنظرة توسعية –بما تسمح به النصوص– في مسائل الاختصاص وذلك بتطبيق المعنى الواضح لها واتباع مبادئ القانون الدولي في تفسير المعاهدات، مستهدية بالتوجه الحديث لأحكام التحكيم الاستثماري[162].

3. نوصي المحكمة أيضًا بالالتزام باتباع الأحكام السابقة لها؛ احترامًا لمبدأ "السوابق القضائية"، مما يحقق الاستقرار والتوقع القانوني للمستثمر والدولة المضيفة.

4. نقترح تعريف المستثمر في الاتفاقية بشكل واضح لا يثير اللبس، ولا حرج في اتباع التعريفات التي ذهبت إليها آخر الاتفاقيات الاستثمارية[163]، علماً بأن الاتفاقية السابقة (1980) كانت أكثر دقة من المعدلة، وهو أمر منتقد.

5. نقترح أيضًا النص في الاتفاقية على أمثلة للأنشطة الاستثمارية؛ لتسترشد بها المحكمة في تحديد مفهوم الاستثمار –كما في اتفاقيات عدة[164]– وكذلك بيان شروط تحقق الاستثمار بشكل واضح في الاتفاقية.

6. نقترح أن يُنص صراحة في الاتفاقية على اشتراط اتحاد الخصوم، والموضوع، والسبب، في كلا الدعويين؛ لتحقق سبب عدم جواز نظر الدعوى؛ لسبق لجوء المستثمر إلى القضاء الوطني.

7. نوصي بتوسيع اختصاص المحكمة ليشمل – دون غيرها – النظر في دعاوى بطلان أحكام التحكيم الصادرة من مركز تحكيم جامعة الدول العربية؛ دون القضاء الوطني للدول الأطراف.

بهذا التميز في النظام عند إصدار الأحكام، انظر:
J. Paulsson, *Arbitration without Privity*, 10 ICSID Rev - Foreign Investment LJ 232, 256 (1995).

162 حيث إنه يتعين على المحكمة التمييز بين القواعد الوطنية والدولية في تقرير مسؤولية الدولة وانتهاك القانون، وهو أمر في غاية الأهمية وإلا أفرغت المعاهدات من محتواها، فالقواعد القانونية يجب أن تطبق على هدي من القانون الدولي للاستثمار. انظر:
J. Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries (2002), Articles, 61.

163 انظر: تعريف المستثمر في أحدث اتفاقية للكويت مع اليونان - دخلت حيز النفاذ 2019، والتي ذكرت الحكومة والأفراد والشركات المؤسسة وفق قانون بلد التأسيس فقط دون أن تمد اختصاصها للملكية غير المباشرة، أو التحكم الأجنبي، أو غيرها من الاتفاقيات:
https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5948/download

164 أغلب اتفاقيات الدول العربية نصت على أشكال الاستثمار المحمية على سبيل المثال، انظر اتفاقية الكويت والعراق وغيرها على ذات الموقع:
https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5517/download

المراجع

أولًا: العربية

أبو الليل، إبراهيم الدسوقي. **أصول القانون نظرية القانون**. مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2006.

أبو الوفا، أحمد. **المرافعات المدنية والتجارية**. منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.

_____. **الوسيط في القانون الدولي العام**. ط4، دار النهضة العربية، 2004.

خالد، هشام. **عقد ضمان الاستثمار**. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد. **نظرية العقد**. منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.

_____. **الوسيط في شرح القانون المدني**. منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.

شفيق، محسن. **التحكيم التجاري الدولي**. دار النهضة العربية، 1997.

صادق، هشام علي، **الحماية الدولية للمال الأجنبي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

_____. **عقود التجارة الدولية**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

_____. **النظام العربي لضمان الاستثمار**. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

الصالح، عثمان عبد الملك. **النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت**، الكويت، 1989.

عبد الحفيظ، صفوت أحمد. **دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص**، 2000.

عبد الحميد، محمد سامي وحسين مصطفى سلامة. **القانون الدولي العام**. الدار الجامعية، 1988.

عبد المجيد، منير. **قضاء التحكيم في المنازعات التجارية الدولية**. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.

العجمي، ثقل سعد. "قواعد القانون الدولي في القانون الوطني – الكويت نموذجًا"، **مجلة الحقوق**، ع1، السنة 35 (2011).

عطية، عزمي عبد الفتاح. **الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، الكتاب الأول**. مؤسسة دار الكتب، 2014.

فوده، عبد الحكم. **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

القليوبي، سمحية. **الشركات التجارية**. ط5، دار النهضة العربية، 2011.

الملحم، أحمد عبد الرحمن. **قانون الشركات الكويتي والمقارن، الجزء الأول القواعد العامة للشركات**. ط2، مجلس النشر العلمي، 2014.

والي، فتحي. **التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية**. منشأة المعارف، 2014.

ثانيًا: الأجنبية

References

‘abdulḥajīd, M. S. & Ḥosīn, M. S. *Al-qānūn Aldawliy Al‘ām* (in Arabic), Beirut, Aldār Aljāmi‘yā, 1988.

‘abdulmajīd, M. *Qḍāa Altḥkem fī Almunāz‘āt AlWtaniya wa-Altejāriya Aldawliya* (in Arabic), Alexandria dār Almaṭbū‘āt Aljāmi‘yā, 1995.

‘bdulhafyẓ, Ṣ. A. *Dūr Alīstithmār Alajnaby fi taṭwwr Alqānūn Aldawliy AlkhāṢ* (in Arabic), 2000.

Abū Alwāfā, A. *Almurāf‘āt Almadanīā wa-Altejāriya* (in Arabic), Alexandria, Mūnshāt Alm‘ārif, 1990.

——. *Alwaṣīṭ fī Alqānūn Aldawliy Al‘ām* (in Arabic), 4th ed, Cairo, Dār Alnāhḍā Alarābyā, 2004.

Abū līl I. A. *Uṣūl Al-qānūn Nathariyat Al-qānūn* (in Arabic), majlis alnashir al‘lmy, Jām‘at Alkuwayt, 2006.

Al Sanhūry, A. A. *Alwaṣīṭ fī Shaarḥ Alqānūn Almadanī* (in Arabic), 3rd ed, Beirut, Manshūrat Alḥalabi Alḥqūqiya, 2009.

——.*Nathariyat Al‘qd* (in Arabic), Beirut, Monshūrāt Alḥālābī Alḥuqūqiyā, 1998.

Al‘jmy, Th. S. “Qawā‘id Al-qānūn Aldawliy fi Al-qānūn AlWtaniy- Alkuwayt Namūthajan”, (in Arabic), Majallat Alḥuqūq, majlis alnashir al‘lmy, no.1 vol.35. Jām‘at Alkuwayt, 2011.

Al-Melḥem, A. A. *Qānūn Alsharykāt Alkuwaytī wa-Almūqārn* (in Arabic), 2nd ed., majlis alnashir al'lmy, Jām'at Alkuwayt, 2014.

Al-Qāliūbī, S. *Alsharykāt Altījārīyā* (in Arabic), 5th ed. Cairo, Dār Alnāhḍā Alarābyā, 2011.

Al-ṣāleh, 'I. A. *Alnethām Aldestori wa-Almuāssāt Alseyāseyā fī Alkuwayt* (in Arabic), 1989.

Aron Broches, The Convention on The Settlement Of Investment Disputes Between States and Nationals Of Other States, 136 Recueil Des Coups De L'academie De La Haye [R.C.A.D.I.] 331,359 (1972).

Ateiā, A. A. *Alwaṣīṭ fī Qānūn Almurāf'āt Alkuwaytī* (in Arabic), muāssāt dār alkutb, 2014.

E.R. Hardy Ivamy, Dictionary of Company Law, second edition, Butterworth's, London, 1985.

Francisco Orrego Vicufia, *Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement,* 15 ICSID REVIEW- FOREIGN INV. L.J. 340 (2000).

Fūda, A. *Tafsīr Al'qd fī Alqānūn Almādanī Almāṣri* (in Arabic), Alexandria, Mūnshāt Alm'ārif, 2002.

ILC's Articles on State Responsibility; J. Crawford, *The ILC's Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts: A Retrospect*, 96 AJIL 874, 888 (2002).

International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, U.N. Doc. A/56/10 (2001).

J. Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries (2002).

J. Dugard, 'First Report on Diplomatic Protection' (2000) UN Doc A/CN.4/506.

J. Paulsson, *Arbitration without Privity*, 10 ICSID Rev – Foreign Investment LJ 232, 256 (1995).

Khālid, H., 'qd ḍmān Alīstithmār (in Arabic), (Alexandria; dār Alfikr Aljāmi'ī, 2000.

Mary Hallward-Driemeier, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit, and They Could Bite* (World Bank Policy Research, Working Paper Series No. WPS 3121, 2003).

Odysseas G. Repousis, *Standing of Locally Incorporated Entities in International Investment Law and the Notion of Foreign Control*, 24 Tul. J. Int'l & Comp. L. 327-343 (2016).

Ṣādiq, H. A. '*qūd Altejāra Aldawliyya* (in Arabic), Alexandria; dār Almaṭbū'āt Aljāmi'yā, 2007.

——. *Alhimāya Aldawliyya lilmāl Alajnaby* (in Arabic), Alexandria, dār Alfikr Aljāmi'ī, 2002.

——. *Alnethām Al'arabī liḍmān Alīstithmār* (in Arabic), Alexandria, dār Almaṭbū'āt Aljāmi'yā, 2003.

Shafīq, M. *Altḥkīm Altejārī Aldawlī* (in Arabic), Cairo: Dār Alnāhḍā Alarābyā, 1997.

Trevor N. May, *Latin America, ICSID, and the Politics of International Investment Arbitration,* (Thesis, McGill University, May 2016).

Unless otherwise indicated, all of the cases referred to in this research are available at: https://www.italaw.com.

Wālī, F. *Altḥkīm fī Almunāz'āt AlWtaniyya wa-Altejāriyya Aldawliyya* (in Arabic), Alexandria, Mūnshāt Alm'ārif, 2014.

Zachary Douglas, The International Law of Investment Claims, 2009.