شرط استمرار جنسية الشركة في حكم محكمة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في قضية LOEWEN

د.علي ملحم

قسم القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة حلب

الملخص:

يحدد الاختصاص الشخصي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بالمنازعات القانونية التي تنشأ بين دولة طرف في الاتفاقية وطرف خاص (مستثمر شخص طبيعي أو اعتباري) يتمتع بجنسية دولة طرف في الاتفاقية في تاريخ تقديم الطلب للاستفادة من خدمة التحكيم التي يقدمها المركز، إلا أن محكمة التحكيم التابعة للمركز تطلبت في حكمها في قضية LOEWEN لعام ٢٠٠٣ أن تبقى جنسية الطرف الخاص في النزاع قائمة من لحظة رفع الدعوى إلى تاريخ صدور الحكم، مسببة حكمها بأن قواعد القانون الدولي العرفي استقرت على ذلك.

المقدمة:

تحدد المادة (١،٢/٢٥) الاختصاص الشخصي للمركز بالمنازعات التي تنشأ بين دولة طرف في الاتفاقية أو أية جماعة سياسية أو وحدة إدارية تابعة لها وبين رعية دولة أخرى طرف أيضاً في الاتفاقية. ويقصد برعية الدولة الأخرى[١]:

أ – كل شخص طبيعي يحمل جنسية دولة في الاتفاقية غير الدولة الطرف في النزاع في التاريخ الذي قبل فيه الخصوم عرض النزاع على التوفيق أو التحكيم، وكذا في تاريخ تسجيل الطلب طبقاً للمادتين (٣/٢٨) و (٣/٣٦) مع استبعاد أي شخص كان يحمل في هذا التاريخ أو ذاك جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع.

١ - لقد دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ اعتباراً من ١٤ أكتوبر ١٩٦٦. راجع نصوص هذه الاتفاقية واللوائح الإدارية والمالية والقواعد الإجرائية للتحكيم والتوفيق المنشورة في:

ICSID/ 15. Basic documents, January. 1985.

٣- لم تتطلب اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار استمرار رابطة الجنسية بالنسبة للأشخاص المعنويين(الشركات).

٤- إن ما أشارت إليه المحكمة من أن محكمة العدل الدولية قد أخذت بهذا المطلب، إنما كان ذلك في حالة دعوى الحماية الدبلوماسية وليس في إطار التحكيم الدولي[٣٦].

٥- إن ما أخذت به المحكمة من أن قواعد القانون الدولي العرفية تشير إلى مطلب استمرار رابطة الجنسية محل نظر كون القواعد العرفية الدولية في مجال الاستثمار الأجنبي ليست محل اتفاق بين الدول المتقدمة والنامية [٣٧].

٦- إن الممارسة الدولية من خلال أحكام المحاكم الدولية تظهر بوضوح عدم استقرار هذا الاتجاه الذي أخذت به محكمة التحكيم التابعة للمركز. ومثال على ذلك نذكر المادة ٧/٢ من اتفاقية الجزائر لعام ١٩٨١ بشأن التسوية السلمية للمطالبات الأمريكية الإيرانية التي تنص على ما يلي(إن مطالبات الرعايا الأمريكيين أو الإيرانيين تعني المطالبات التي يحوز فيها رعايا ذلك الطرف الجنسية من التاريخ الذي على أساسه تم رفع الدعوى)[٣٨].

٧- إن اتفاقية النافتا التي استندت إليها المحكمة في حكمها لم تتضمن ما يؤيد ما ذهبت إليه المحكمة، من ضرورة استمرار رابطة الجنسية طوال فترة النظر في النزاع، بشكل صريح وواضح.

يمكن أن نقبل بهذا المطلب بصدد المنازعات مع الأشخاص المعنويين(الشركات) أما بالنسبة للمنازعات التي يكون أحد طرفيها مستثمر فرد (شخص طبيعي) فمن غير المقبول تطلب ذلك.

36 - Barcelona Traction case. 1970.op.Cit.para.70. et seq.

٣٧ - راجع بشأن هذا الخلاف بين الدول النامية والمتقدمة في:

-PIA, ACCONCI: The requirement of continuous corporate nationality and customary international rules on foreign investments: The LOEWEN Case. Op.cit. p230-231.

٣٨ - راجع هذا الاتفاق في:.I - L - M - Vol. 20 - 1981 - P. 224 et seq

ب- كل شخص معنوي يحمل جنسية دولة طرف في الاتفاقية غير الدولة الخصم في النزاع في التاريخ الذي ارتضى فيه الخصوم إخضاع النزاع للتحكيم أو للتوفيق، وكذا كل شخص معنوي يحمل في ذات التاريخ جنسية الدولة الطرف الآخر في النزاع واتفق الخصوم في إطار الاتفاقية على اعتباره في حكم رعية دولة أخرى طرف في الاتفاقية لما تمارسه المصالح الأجنبية من رقابة عليه[٢].

وتبدأ الإجراءات أمام المركز بطلب مكتوب يقدم من الدولة المتعاقدة أو من رعية دولة متعاقدة إلى السكرتير العام للمركز الذي يقوم بدورة بإرسال نسخة منه إلى الطرف الآخر في النزاع، وبعد تسجيل الطلب وإعلان الأطراف بذلك يتخذ السكرتير العام الخطوات اللازمة للمساعدة في بدء الخدمات التي يقدمها المركز، والتي تتمثل – وفق أحكام الاتفاقية – في التوفيق والتحكيم[٣].

إشكالية الدراسة:

لقد ازداد اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات في الآونة الأخيرة لحل المنازعات التجارية عن طريق التحكيم، وبما أن المستثمرين الأجانب

٢ – وهكذا نجد أن الاختصاص الشخصي للمركز يتعلق بعنصرين: الأول الطرف العام في النزاع (دولة متعاقدة ولا يقتصر تعبير الدولة المتعاقدة على حكومة الدولة فقط بل يمتد ليشمل أيضاً أية ولاية أو قسم سياسي Political subdivision، أو وكالة Agency، أو هيئة من هيئاتها الإدارية تسمح لها الدولة في التعاقد مع المستثمرين الأجانب)، والثاني الطرف الخاص في النزاع (تشترط الاتفاقية في الطرف الخاص في النزاع أن يكون ممن يصدق عليه وصف "أحد رعايا دولة متعاقدة أخرى". وهو طبق لنص المادة (٢/٢٥) من الاتفاقية أي شخص طبيعي أو اعتباري يحمل جنسية دولة متعاقدة أخرى خلاف الدول الطرف في النزاع).

٣- لقد أدخل المجلس الإداري في عام ١٩٧٨ خدمة جديدة تتمثل في مجموعة قواعد التوفيق والتحكيم وتقصي الحقائق Fact - Finding في إطار ما يسمى بالتسهيلات الإضافية للمركز Additional facility التي يقوم بتطبيقها السكرتير العام على المنازعات الاستثمارية بين الدول ورعايا الدول الأخرى التي تقع خارج اختصاص المركز.

يباشرون أعمالهم داخل أراضي الدولة المضيفة من خلال شركات منشأة بمقتضى قوانين دول معينة فهم يكتسبون جنسية تلك الدول، فهل تشترط محكمة التحكيم التابعة للمركز لقبول عرض النزاع عليها أن تكون جنسية الشركة الطرف في النزاع مستمرة من لحظة رفع الدعوى إلى حين صدور قرار منها فاصلاً في القضية؟ أم يكفي توافر هذه الجنسية لحظة رفع الدعوى فقط.

تقسيم الدراسة:

لقد اتبعت في هذه الدراسة المنهج التحليلي والوصفي مقسماً البحث إلى مطلبين على الشكل التالي:

- المطلب الأول: جنسية الشركة في القانون الدولي.
- المطلب الثاني: النطاق الزمني لجنسية الشركة في حكم محكمة تحكيم مركز ICSID ومبادئ القانون الدولي العام.

المطلب الأول

جنسية الشركة في القانون الدولي

الجنسية في علم القانون هي رابطة سياسة وقانونية بين الفرد والدولة، يترتب عليها آثار قانونية معينة، ويسمى من يتمتع بها وطنياً، ويقابله من لا يتمتع بها وهو الأجنبي[٤]، وتكتفي تشريعات الجنسية في مختلف الدول ببيان من هو الوطني دون

٤ – د. حامد سلطان: القانون الدولي العام وقت السلم. دار النهضة العربية، القاهرة، ط٥، ١٩٧٣، ص ٣٣٢.

وقد عرفت محكمة العدل الدولية رابطة الجنسية في حكمها الصادر في قضية نوتابوم سنه ١٩٥٢ بقولها:

- "A legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, togather with the existence of reciprocal rights and duties".
- I-C-J- Nottebohm case. Second phase. Reports 1955 - P. 23.

أما الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا فيعرفها بقوله{ ليست إلا وصفاً أو مركزاً قانونياً لشخص يرتبط بالدولة برابطة ولاء وانتماء، وتفترض هذه الرابطة وجود ارتباط فعلي بين الشخص

أن تعنى بتحديد من هو الأجنبـــي، فالوطنـــي هو كل مـــن تمتـــع بجنســـية الدولـــة، والأجنبي هو من لا يتمتع بها، فالأجنبية صفة سلبية تقابل صفة الوطنية فيكفـــي أن تتحدد هذه حتى تتحدد تلك، وبما أن القانون الدولي لا يتضمن قواعد متعلقة بمـــنح الجنسية لذلك فهو يحيل من أجل تنظيم هذا الموضوع إلى القوانين الداخلية للـــدول المضيفة. فالجنسية في القانون الدولي من المسائل المتروكة لمطلق تصرف المشرع الداخلي في كل دولة[٥].

وقد أكدت المحكمة الدائمة للعدل الدولي مبدأ حرية الدولة فـــي مســـائل الجنسية في رأيها الاستشاري الذي أصدرته حول مدى انطباق قوانين الجنســـية الصادرة في تونس ومراكش على الرعـــايا البريطانيين بقولهـــا: {إن القـــانون الدولي لا ينظم – من حيث المبدأ – موضوع الجنسية، فتظل لكل دولة حريـــة تحديد دائرة الأشخاص الذين تنطبق عليهم جنسيتها، بيد أنه يحد من حريتها في هذا المجال الالتزامات التي ربما تكون قد تعهدت بها للدول الأخرى}[٦].

وإذا كان المبدأ العام المجمع عليه هو حرية المشرع الـــداخلي فـــي تنظـــيم الجنسية باعتبار أن مسائل الجنسية مرتبطة بسيادة كل دولة، وتنظيم الجنسية هـــو تنظيم لكيان الدولة، فإن هذه الحرية ليست مطلقـــة، بل تخضـــع للقيـــود العرفيـــة والاتفاقية وللمبادئ القانونية المعترف بها من قبل الدول في مسائل الجنسية.

ومن المسلم به أن الأشخاص الاعتبارية، بشكل عام، تدخل ضـــمن طائفـــة الوطنيين Nationals أو الرعايا Subjects. وأن الشكل الغالب للشخص القـــانوني الذي يقوم بالاستثمار الأجنبي هو الشركة.

والدولة التي ينتمي إليها}. راجع ذلك في: الوسيط في القانون الـــدولي العـــام. دار النهضـــة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٣٦٦.

٥ - لقد عبر Hudson عن مبدأ اختصاص الدولة بمسائل الجنسية بقوله:

- "In principle, question of nationality falls within the domestic Jurisdiction of each state".
- BROWNLIE - I,. The relations of nationality in public international law. B-Y-B-I-L. Vol. 39 - 1963 - P. 286

6 - P-C-I-J- Nationality decrees in Tunis and Morocco. Series B, No. 4 - 1923 - P. 24.

أولاً- الشخصية القانونية للشركة والاعتراف بها في القانون الدولي:

تمنح الشركة الشخصية القانونية وفق قواعد القانون الداخلي للدولة التي تؤسس فيها هذه الشركة. ويحيل، كقاعدة عامة، القانون الدولي بالنسبة لهذا الموضوع إلى قواعد القانون الداخلي، باعتبار أنه لا يتضمن قواعد تنظم اكتساب الشركات للشخصية القانونية، ويثار التساؤل في هذا الصدد عن الاعتراف بالشخصية القانونية للشركة من قبل الدول الأخرى، بمعنى آخر هل الاعتراف بالشخصية القانونية للشركة من قبل دولتها الوطنية يخولها التمتع بحقوق أو تحمل التزامات في الدول المضيفة لها ؟

لا توجد في الواقع قاعدة في القانون الدولي تتطلب من الدولة المضيفة أن تعترف بالوجود القانوني للشركات التابعة للدول الأخرى، ولكن أشارت محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة تراكشن إلى أنه يجب على القانون الدولي أن يعترف بأشخاص القانون الداخلي التي لها تأثير هام وواسع في المجال الدولي، ولا يشير هذا إلى أي تماثل بين أشخاصه وأشخاص القانون الداخلي ولا يجعل قواعد القانون الدولي مستندة إلى قواعد القانون الداخلي، وإنما يعني ذلك أن القانون الدولي يجب أن يعترف بالشركة كشخص تم تكوينه قبل الدول باعتبار أن ذلك يدخل ضمن اختصاصها المانع بشكل أساسي[٧].

كما أظهرت الممارسة الدولية اعتراف الدول بالشخصية القانونية للشركة بشكل ينسجم مع قانونها الشخصي، أي القانون التي تأسست في ظله. وبمجرد أن يتم الاعتراف بالشخصية القانونية للشركة الأجنبية من قبل الدولة المضيفة تصبح هذه الشركة متمتعة بالأهلية القانونية التي تمكنها من المطالبة بالحماية القانونية التي يوفرها القانون الداخلي في الدولة المضيفة لها. وإذا فقدت الشركة شخصيتها القانونية أو لم يعترف بها في الدولة المضيفة تصبح غير قادرة على التقاضي والدفاع عن حقوقها وحقوق المساهمين فيها، لذلك ففي مثل هذه الحالات،

7 - Barcelona Traction case. 1970, I-C-J. Reports. Para. 38.

وانطلاقاً من قاعدة أن الشركة تملك شخصية قانونية متميزة عن شخصية المساهمين فيها، تلعب حقوق حاملي الأسهم في الشركة - فيما يتصل بحماية مصالحهم في القانون الدولي- دوراً بارزاً في توفير الحماية الدولية للشركة.

ثانياً- جنسية الشركة:

مما لا شك فيه أن هذه الدراسة تمس القانون الداخلي والدولي معاً، فالجنسية كنظام قانوني تقف على حدود مجتمعين كلاهما سند للآخر: المجتمع الوطني الداخلي والمجتمع الدولي، فكما أنها مناط تحديد العناصر التكوينية للدولة عنصر الشعب، فهي أيضاً أداة توزيع الثروة البشرية توزيعاً دولياً بين مجموع الدول التي تشكل المجتمع الدولي[٨].

وإذا كان إنشاء الشركة ومنحها الشخصية القانونية يتم بمقتضى قواعد القانون الداخلي للدولة المعنية، فإن تنظيم أنشطه الشركات في أكثر من دولة واحدة وحمايتها دولياً إنما يتم عن طريق قواعد القانون الدولي العام.

كقاعدة عامة، يتمتع الشخص الاعتباري عموماً بكافة الحقوق والخصائص التي يتمتع بها الشخص الطبيعي، ما عدا الحقوق الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية التي تستلزمها شخصيته القانونية.

في حقيقة الأمر اختلف الفقهاء حول إمكان تمتع الشخص الاعتباري بالجنسية أو عدم إمكان ذلك، ومهما كان الخلاف بين المنادين بفكرة جنسية الأشخاص الاعتبارية والمنكرين لها[٩]، فإن الحقيقة التي لم يختلف في شأنها

٨ - د. أحمد عبد الكريم سلامة: الحماية الدبلوماسية ومشكلة تعدد الجنسية - بحث تأصيلي لدور مبدأ الواقعية. مجلة الدراسات الدبلوماسية، وزارة الخارجية في المملكة العربية السعودية، العدد ٩، ١٩٨٣، ص ٧.

٩ - راجع الخلاف بين الفقهاء حول تمتع الشخص الاعتباري بالجنسية في: د. سعيد عبد الماجد: المركز القانوني للشركات الأجنبية. المكتب المصري للطباعة والنشر- الإسكندرية - ١٩٦٩ - ص ١٩ وما بعدها.

أنصار أي من الاتجاهين السابقين هي أن كل دولة تحرص على وضع معيار تتحدد في ضوئه التفرقة بين الأشخاص الاعتبارية الوطنية والأشخاص الاعتبارية الأجنبية، لما لهذه التفرقة من أهمية خاصة في معرفة ما إذا كان الشخص الاعتباري قد استوفى شرائط تكوينه ووجوده بحسب نظام الدولة التي ينتسب إليها أم لم يستوف ؟ ولتحديد وضعه القانوني بالنسبة لهذه الدولة أو غيرها من الدول، ثم إن الدولة كثيراً ما تخص شركاتها الوطنية بالعديد من المزايا، كتقديم قروض لها طويلة الأجل بلا فوائد أو مع شروط ميسرة أو منحها تسهيلات جمركية. يضاف إلى ذلك أن الدول تشمل شركاتها بالرعاية والحماية الدبلوماسية والقنصلية في الخارج إذا ما اقتضى الأمر ذلك. كذلك فإن لهذه التفرقة أهميتها بالنسبة للمعاهدات الاقتصادية التي تكفل الاستثمار وتحميه، لأن الشركات التي تتمتع بصفة رعية إحدى الدول المتعاقدة هي التي تستفيد من الحماية، وتستخدم الجنسية هنا كمعيار للتفريق بين الشركات التي تتمتع بهذه الصفة والشركات الأجنبية.

والأصل أن جنسية الشركة تتحدد في هذا الفرض في ضوء المعايير التي تتضمنها التشريعات السائدة في الدول المتعاهدة أسوة بالأشخاص الطبيعي. وبذلك تعد الشركة مستفيدة من الأحكام المقررة في المعاهدة فيما لو كانت تحمل جنسية إحدى الدول المتعاهدة وفقاً للمعايير الواردة في تشريعاتها الداخلية، هذا بالطبع فيما لو لم تحدد المعاهدة ذاتها المعايير المعتمدة في ذلك.

فهناك معيار التأسيس أو التكوين Incorporation ومؤداه أن الشركة تكتسب جنسية الدولة التي تأسست بمقتضى قوانينها. ويبني أصحاب هذا المعيار رأيهم على أن قانون الدولة التي تأسست فيها الشركة هو الذي يمنحها الشخصية القانونية، كما يستندون إلى قاعدة خضوع التصرف القانوني لقاعدة قانون المحل يحكم التصرف Locus rigit actum.

وهناك معيار المصلحة الجوهرية Substantial interest وهو أن يملك رعايا الدولة نسبة معينة من رأسمال الشركة، بحيث يتولون فيها الرقابة والسيطرة وإدارتها بما يحقق المصلحة الوطنية لدولتهم. معنى ذلك أن معيار المصلحة الجوهرية هو نفسه معيار الرقابة Control، إلا أن الفقه الأنجلوسكسوني يطلق عليه اسم المصلحة الجوهرية أو الغالبة.

كما يوجد معيار مركز الإدارة الرئيسي Siege social باعتبار أن مركز الإدارة هو بمثابة العقل المحرك للشركة، وفية يتركز نشاطها وحياتها القانونية وأعمالها الرئيسية، أو هو المكان الذي تتجمع فيه مصالح الشركة. وهو عادة المكان الذي تتخذه الشركة مقراً لاجتماعات مجلس إدارتها وجمعيتها العمومية على وجه الخصوص، أو هو المكان الذي تتخذ فيه القرارات وتصدر منه التوصيات، وتوجد فيه مكاتب الشركة، ويمارس المدراء من خلاله نشاطهم.

لا شك أن تطبيق هذا المعيار من شأنه إثارة عدة صعوبات في الواقع، فالهيئات المشرفة على إدارة الشركة قد تكون موزعة بين عدة دول، فقد يوجد مجلس الإدارة في دولة بينما تنعقد جمعيتها العمومية أو توجد مكاتبها في دولة أخرى. ولقد اختلف الرأي في معرفة أي من هذه المراكز هي التي يعتد بها في تحديد جنسية الشركة، إلا أن المحكمة الدائمة للعدل الدولي حسمت هذا الخلاف في حكمها الصادر في قضية بعض المصالح الألمانية في سيليزيا العليا سنه ١٩٢٦ باعتدادها بصفة أساسية في تحديد جنسية الشخص المعنوي بمكان اجتماع الجمعية العمومية، إذ إن هذه الجمعية هي في الواقع الهيئة التي تمارس السلطات العليا للشخص الاعتباري وتتبع منها سلطات مجلس الإدارة وكافة الهيئات المشرفة على الشخص الاعتباري[١٠].

[10] -- The German interests in Polish upper Silesia case. P-C-I-J, SERIES A,No7,1926. P. 69.

المطلب الثاني

النطاق الزمني لجنسية الشركة في حكم محكمة تحكيم مركز ICSID ومبادئ القانون الدولي العام

يعد التحكيم وسيلة لحل المنازعات التي قد تثور بين طرفين أو أكثر، بمعرفة شخص أو هيئة يلجأ إليه أو إليها المتنازعون، مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع[11]. وهو من أشهر الوسائل القضائية المعروفة في نطاق المنازعات الدولية الاقتصادية، فإلى جانب ما يتميز به من مرونة في معالجة المنازعات ذات الطبيعة القانونية والاقتصادية أو الفنية المختلطة، فإنه غالباً ما يحقق الموازنة بين المصالح الوطنية المتعارضة في هذا الشأن.

وتبدو مرونة التحكيم في حل المنازعات الدولية التي تتسم بطبيعتها الفنية، والتي قد تتطلب في تكوين الجهاز المحكم أشخاصاً ذوي تخصصات معينة: فنية أو اقتصادية أو علمية أو مالية....الخ. ومن أشهر المنازعات الدولية التي يتم فضها عن طريق التحكيم تلك الخاصة بمنازعات الاستثمار أو امتيازات استغلال الثروات الطبيعية لبلد ما، أو المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، أو تلك الخاصة بالبيئة أو التأميم.

ويجري التحكيم عن طريق محكمة يتم إنشاؤها خصيصاً للفصل في هذا النزاع وفق قواعد متفق عليها بين الطرفين المتنازعين، وبعد انتهاء النزاع ينتهي وجود هذه المحكمة، وهو ما يسمى بالتحكيم الخاص Ad hoc arbitration. وإلى

١١ - يؤدي التحكيم دوراً هاماً في تسوية المنازعات الدولية، سواء كانت منازعات بين الدول، أو بينها وبين أشخاص القانون الدولي الأخرى، أو بين هذه الأخيرة(التحكيم في نطاق القانون الدولي العام الذي يحكمه قواعد القانون الدولي العام) أو بين فرد عادي أو شركة وشخص خاص آخر(التحكيم في نطاق القانون الداخلي) أو بين شخص خاص أجنبي وشخص من أشخاص القانون الدولي(التحكيم في نطاق القانون الدولي الخاص ويسمى عندئذ بالتحكيم التجاري الدولي).

جانب التحكيم الخاص هناك التحكيم المؤسساتي Institutional Arbitration الذي تقوم به مؤسسات دولية دائمة ومتخصصة في التحكيم.

وقد اهتم البنك الدولي بوضع اتفاقية جماعية لإنشاء مركز دائم يعنى بتسوية منازعات الاستثمار، مساهمة منه في تحسين منـــاخ الاستثمار على نحـــو يحـــول دون قيام مواجهة بين الدول المضيفة والدول التي يتبعها المســـتثمرين الأجانـــب. وهذا المركز هو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مؤسسة دولية مستقلة (تحت إشراف البنك الدولي) تستهدف تقديم خدمات التوفيق والتحكيم، باعتبارهمـــا إجراءيـــن متقابليـــن لتسويـــة المنازعـــات القانونيـــة الناشئة مباشرة عن عمليـــة الاستثمار ICSID[١٢].

وقد ثار النزاع بين شركة Loewen –التي تعمل في المجالات التجارية فـــي ولاية الميسيسيبي Mississippi الأمريكية، وهي الشـــركة الأم الكنديـــة لمجموعـــة شركات تعمل في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا TLGI[١٣] أسسها مواطن كنـــدي Raymond Loewen وهو المالك الأساســـي لمعظـــم أســـهمها Shareholder Main والمسؤول التنفيذي الرئيسي لأعمالهاChief Executive Officer - وشـــركة محليـــة أمريكية(تعمل في المجال التجاري ذاته) لقيامها بأعمال منافسة غيـــر المشـــروعة تجاه الشركة الأولى. وفي ختام الإجراءات القضائية Judicial Remedies أصدرت المحكمة حكمها ضد شركة TLGI بإلزامها بدفع تعويض كبير للشـــركة المحليـــة المنافسة[١٤].

وبما أن قانون ولاية الميسيسيبي يفرض كفالـــة اســـتئنافية An appeal Bond كبيرة جداً على من يريد استئناف الحكم، قدرها ١٢٥% من قيمة الحكم المحكـــوم

12 -international center for settlement of investment disputes.

13- Trading Loewen Group Incorporation. PIA, ACCONCI: The requirement of continuous corporate nationality and customary international rules on foreign investments: The LOEWEN Case. The Italian Yearbook of international law. Vol 14, 2004. P225.

14- Condemned it to pay a considerable sum of money, US $500 million.

به، لذلك لم تطعن شركة TLGI المدعية والمحكوم ضدها بالحكم، ولجأت إلى اتفاق تسوية مع الطرف الآخر في الدعوى بدفع مبلغ ١٧٥ مليون دولار أمريكي، ثم تقدمت شركة TLGI في عام ١٩٩٨بطلب إلى سكرتارية المركز الدولي ICSID تطلب منه البدء بإجراءات التحكيم ضد حكومة الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك بموجب الفصل الحادي عشر من اتفاقية إنشاء منظمة التجارة الحرة لدول أمريكا الشمالية NAFTA[١٥] والذي يتضمن في – الجزء ب منه – بياناً بوسائل تسوية المنازعات بين أحد الأطراف المتعاقدة ومستثمر تابع لطرف متعاقد آخر ومنها التحكيم[١٦].

لقد استندت شركة TLGI بادعائها أمام محكمة التحكيم التابعة للمركز الدولي ICSID بانتهاك حكومة الولايات المتحدة لاتفاقية النافتا وبالأخص المادة ١١٠٥ التي تبين المعاملة Treatment الواجب منحها من كل طرف متعاقد للاستثمارات التابعة لرعايا Subjects طرف متعاقد آخر والتي يجب ألا تقل عن معيار الحد الأدنى من المعاملة الذي يفرضه القانون الدولي International Minimum Standard of Treatment[١٧].

[15] - North American Free Trade Agreement.
وهي اتفاقية أبرمت في عام ١٩٩٣ بين كل من كندا (وهي دولة جنسية الشركة المدعية) والمكسيك والولايات المتحدة، لتضم هذه الدول الثلاث في منطقة للتجارة الحرة، يُسمح بموجبها بحرية تبادل السلع والخدمات وبإلغاء الحواجز الجمركية وغير الجمركية. وتعد هذه الاتفاقية هي أول اتفاقية في قارة أمريكا الشمالية تضم دولا صناعية ونامية معا. لقد دخلت حيز النفاذ في ١٩٩٤/١/١ راجع هذه الاتفاقية على الويب في الموقع التالي:
-WWW.naftanow.org

١٦ – لقد تضمنت المادة ١١١٩ وحتى المادة ١١٣٨من الجزء ب(الفصل ١١) بياناً مفصلاً حول كيفية حل النزاع بين الطرفين Settlement of disputes between a party and an investor of another party بواسطة التحكيم.

17 - Loewen alleged violations of three provisions of NAFTA – the anti-discrimination principles (Article1102), the minimum standard of treatment (Article 1105) and the prohibition against uncompensated expropriation (Article 1110).

فالحكم القاسي الصادر عن محكمة ولاية الميسيسيبي الأمريكيـــة عـــام ١٩٩٦ والتأمين الاستئنافي المرتفع الذي يفرضه قانون الولاية من أجل الطعن بالحكم يشكلان خرقاً لقاعدة المعاملة الواجبة التي نصت عليها المادة ١١٠٥ من اتفاقية النافتا، كما يشكلان انتهاكاً لقواعد القانون الدولي العرفـــي بشـــأن معاملة الاستثمارات الأجنبية وبشكل خاص قاعدة المعاملة العادلـــة والمنصـــفة للمستثمر الأجنبي Fair and Equitable Treatment Standard [١٨].

فإذا ما تم قبول المستثمر الأجنبي فوق إقليم الدولة المضيفة فإنـــه يخضـــع، كقاعدة عامة، لقوانينها ولاختصاصها القضائي، وبالتالي يلتزم باحترام هذه القوانين والوفاء ببعض الالتزامات التي تقع على عـــاتق مـــواطني الدولـــة (كالضـــرائب والرسوم).

وسلطة الدولة بشأن معاملة الأجانب المقيمين فوق إقليمها ليست مطلقة، بـــل يرد عليها بعض القيود، كضرورة إعطاء الأجنبي ما استقر العرف الـــدولي علـــى منحه من الحقوق التي تمثل الحد الأدنى الذي لا غني عنه لكل إنسان، وهـــو مـــا اصطلح الفقهاء على تسميته بالحد الأدنى لمعاملة الأجانب. والذي يرتب مســـؤولية الدولة عن الأعمال كافة الضارة والمؤذية بحق المستثمر الأجنبي والناتجـــة عـــن القرارات الاعتباطية by arbitrary acts.

18 - **Article 1105: Minimum Standard of Treatment.**

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.
2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.
3. Paragraph 2 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 1102 but for Article 1108(7)(b).

فالقاعدة العرفية بشأن معاملة المستثمر الأجنبي تتطلب ألا تقوم الدولة المضيفة بأي عمل فيه تعسف في استعمال الحق commit an abuse of rights أو ترفض تأمين الحماية القضائية له مما يشكل إنكارا للعدالة a denial of justice.

كما تستطيع الدولة – استجابة لمقتضيات التعامل الدولي وتحقيقاً لما تمليه عليه مصالحها الاقتصادية الخاصة – أن تكرم وفادة المستثمر الأجنبي رغبة منها في جذبة، فترفع الحد الأدنى من الحقوق المقررة له بمقتضى العرف الدولي، وذلك بأن تمنحه معاملة عادلة أو منصفة أو تساوي في المعاملة بينه وبين مستثمريها الوطنيين، أو قد تلجأ إلى تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية.

كما أوضحت شركة TLGI في ادعائها أن حكومة الولايات المتحدة لم توفر الإجراء القانوني المناسب Appropriate remedy للشركة الذي يؤمن العدالة لها في القانون المحلي لولاية الميسيسيبي.

فمن أجل معرفة فيما إذا انتهكت الولايات المتحدة معيار الحد الأدنى من المعاملة الذي يفرضه القانون الدولي العرفي، أو أخلت بقاعدة المعاملة العادلة والمنصفة التي تضمنتها اتفاقية النافتا تساءلت المحكمة فيما إذا كان حكم محكمة الميسيسيبي الأمريكية سواء بمفرده أو بالاشتراك مع الإجراءات القانونية التالية على صدوره يشكلان خطأ دولياً International Wrong تسأل عنه الجهة المدعى عليها[١٩]. وهل يمثل ذلك فقداناً للإجراء القانوني المناسب الذي يجب إتاحته للجهة المدعية وفقاً للقانون المحلي الأمريكي.

وقد وجدت المحكمة أن حكم محكمة الميسيسيبي وما يتطلبه القانون المحلي من كفالة لا يجعلان من اتفاق التسوية الذي لجأت إليه الجهة المدعية هو الإجراء الوحيد المتاح أمامها حتى تدعي بعدم توفر الإجراء القانوني المناسب[٢٠].

[19] -Para. 142 of the 2003 ICSID Award no. ARB(AF)/98/3 The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America.www.worldbank.org, ICSID cases.

[20] - Para. 217 of the 2003 ICSID Award.

ثم أشارت إلى أن الحكم الصادر عن المحكمة المحلية الأمريكية كـــان غيـــر مناسب وضار ولا يمكن أن يدخل ضمن الحد الأدنى من المعاملة الـــذي يفرضـــه القانون الدولي والمعاملة العادلة والمنصفة[٢١]. ومع ذلك إن سلوك المحكمة لا يشكل انتهاكاً للمعاملة العادلة والمنصفة من قبل الولايات المتحـــدة بســـبب أن الشـــركة المدعية قد أخفقت في إثبات أن الولايات المتحدة لم تـــوفر الإجـــراءات القانونيـــة الكافية للوصول إلى حقها ومنها على سبيل المثال إمكانية الاستئناف.

وعليه ردت المحكمة هذه الادعاءات من الشركة المدعية مبينة أنـــه الجهـــة المدعى عليها لم تنتهك أحكام القانون الدولي العرفي أو أحكام اتفاقية النافتا والتـــي بني الادعاء مطالبته بالاستناد عليها[٢٢].

وفي مقابل هذه الادعاءات التي أوردتها الشـــركة المدعيـــة TLGI أثـــارت الولايات المتحدة المدعى عليهـــا مســـألة هامـــة وهـــي الاختصـــاص القضـــائي Jurisdiction لمحكمة التحكيم التابعة للمركز الدولي.

فمن الثابت أن أية محكمة – داخلية أو دولية – لا يمكنها أن تتصل بقضـــية ما وأن تستمر في الفصل في موضوعها ما لم تكن مختصة. ويحدد اختصاص أية محكمة – عادة – مدى وحجم الدور الذي يجـــب أن تؤديـــه فـــي القضيـــــة المطروحـــــة أمامهـــــا. كذلك تحكم الإجراءات أمام محاكم التحكـــيم، عـــادة، قاعدة هامة جداً مؤداها أن المحكمة هي التي تحدد بنفسها اختصاصها. وبناء عليه فهي تملك أن تحدد ما إذا كانت مختصة أو غير مختصة، وكـــذلك الفصـــل فـــي الاعتراضات التي قد توجه إلى اختصاصها ببحث مسألة معينة[٢٣]. معنى ذلـــك أن هناك مبدأ هام يقضي بأن لأية محكمة دولية اختصاص الاختصاص.

[21] -Para. 137 of the 2003 ICSID Award.
[22] - Para. 217 of the 2003 ICSID Award.
[23] - " The arbitral tribunal shall decide all questions relating to its competence "

وفقاً لدفع الولايات المتحدة أنه قد جرى تغيير في الهيكل التأسيسي Structure Corporate للشركة TLGI المدعية في أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة[٢٤]، ومن ثم تبدلت الجنسية التي تحملها الشركة من الجنسية الكندية إلى الجنسية الأمريكية، فلم تعد المحكمة مختصة في النظر بالدعوى كون الشركة المدعية أصبحت من الرعايا الأمريكيين، فقد زالت عنها صفة(رعايا الطرف الأخر) nationals of other states التي حددتها (١،٢/٢٥) من اتفاقية إنشاء المركز ICSID، ولم تعد طرفاً متنازعاً Disputing Party وفقاً للفصل الحادي عشر من اتفاقية النافتا[٢٥].

إن محاكم الإفلاس الأمريكية والكندية قد وافقت على خطة إعادة تنظيم Reorganization Plan الشركة TLGI المدعية، لذلك لم يعد لها وجوداً قانونياً، إذ تحولت أصولها وخصومها(حقوقها والتزاماتها) إلى فرع الشركة الأمريكي TLGII[٢٦] الذي غير اسمه إلى TAGI[٢٧] وأنشأ شركتين جديدتين هما Nafcanco فرع كندي للشركة الأم وDelco شركة Delaware ذات المسؤولية المحدودة [٢٨].

وهكذا بعد خطة إعادة التنظيم التي جرت والنتائج المترتبة عليها في الهيكل التأسيسي، لم تعد كندا هي الدولة الأم للشركة TLGI المدعية، إذ أصبحت شركة TLGII الأمريكية هي الشركة الأم لها، أي زالت الجنسية الكندية عن الشركة المدعية (باعتبارها جنسية الدولة المتعاقدة الأخرى) وأصبحت جنسيتها أمريكية. وبما أنه من غير المقبول في القانون الدولي أن يكون الشخص الخاص(الطبيعي أو الاعتباري) مدعياً ضد دولته التي يحمل جنسيتها على صعيد القضاء الدولي

No Private Citizen and Company Can Maintain an International Claim Against Its Own State، وبالإضافة إلى متطلب استمرار رابطة الجنسية التي

[24] -While the ICSID proceedings were pending.

[٢٥] - راجع المادتين ١١١٦ و١١١٧ من اتفاقية النافتا.

[26] - Trading Loewen Group International Incorporation.

[27] -Trading Alderwoods Group Incorporation.

[28] -PIA, ACCONCI: The requirement of continuous corporate nationality and customary international rules on foreign investments: The LOEWEN Case. Op.cit. p227.

يحملهـا الطرف الخاص في النزاع من تاريخ الادعاء إلى تاريخ صـدور الحكـم

The Requirement of Continuous Nationality Has to be Fulfilled Through the Date of the Award لذلك أضحت محكمة التحكيم التابعة للمركـز ICSID غيـر ذات اختصاص لزوال الأساس القانوني الذي بنيت عليه الـدعوى أمـام المحكمـة والمستند على الفصل الحادي عشر من اتفاقية النافتا.

ولقد دعمت الولايات المتحدة اعتراضها على اختصـاص المحكمـة بسـبب الانقطاع في رابطة الجنسية الكندية التي تتمتع بها الشركة TLGI المدعيـة، بـأن قواعد القانون الدولي العرفية والممارسة الدولية وأحكام محاكم التحكيم الدولية قـد استقرت على ضرورة استمرار رابطة الجنسية التي مكنت المدعي من رفع دعواه الدولية طوال فترة تسوية النزاع[٢٩].

ففي مجال دعوى الحماية الدبلوماسية Diplomatic Protection أكدت محكمة العدل الدولية في حكمها في قضية برشلونة تراكشن عام ١٩٧٠ أن رابطة الجنسية في الدعوى الدولية تعتمد على مبدأ المـدعي الحقيقـي Real claimant أو المالـك الحقيقي Equitable Owner (أي من كانت له الملكية الفعلية للمال ولغيره الملكيـة القانونية أو كانت له جميع منافعه ولغيره مجرد الحق القانوني Legal Title)[٣٠].

إن الشركة المدعية حاولت عن طريق خطة إعادة تنظيمها أن تستمر فـي أنشطتها التجارية في الولايات المتحدة حيث جنت معظم أرباحها هناك، ومن ناحية ثانية حاولت المحافظة، على الأقل بشكل غير مباشر، على حقها في رفع الـدعوى بالاستناد إلى اتفاقية النافتا من خلال تحويل هذا الحق إلى شركة Nafcanco الفرع الكندي للشركة الأم TAGI، إلا أن هذا الإجراء غير صحيح، وذلـك لأن شـركة Nafcanco هي فرع غير مستقل عن الشركة الأم TAGI التي أصبحت دون أدنـى شك المالك الحقيقي لهذا الحق. فالشركة الأخيرة وفقاً لحكم محكمة العدل الدولية في

29 - ibidem. P228.
30 - Barcelona Traction case. Op ci t. Para. 92.

قضية برشلونة تراكشن هي المالك الحقيقي أو الفعلي أكثر من شركة Nafcanco[٣١].

وقد احتجت الشركة TLGI المدعية أن اعتراض الولايات المتحدة على اختصاص المحكمة لا أساس له، حيث إنها كانت طرفاً مناسباً في النزاع A proper Disputing Party وفقاً لاتفاقية النافتا أثناء رفع الدعوى. ففي ذلك الوقت كانت الشركة المدعية تتمتع بالجنسية الكندية باعتبارها جنسية الطرف المتعاقد الآخر وحافظت عليها بشكل مستمر.

أصدرت المحكمة في ختام المرافعات حكمها في هذه الدعوى بتاريخ ١/٢٦/ ٢٠٠٣ بعدم الاختصاص مؤيدة دفع الولايات المتحدة في هذا الشأن، وذلك لفقدان الشركة المدعية جنسيتها الكندية في إثناء نظر الدعوى بعد خطة إعادة التنظيم، ولعدم استمرار هذه الرابطة حتى نهاية الدعوى كما يتطلب القانون الدولي الحديث[٣٢].

كما أوضحت المحكمة أنه لم تتضمن اتفاقية النافتا النص الصريح حول هذا المطلب، ولكنها أشارت، بشكل عام، إلى ضرورة توافر رابطة الجنسية في أثناء إحالة النزاع إلى التحكيم، لذلك قررت المحكمة تطبيق القانون الدولي العرفي، وبشكل متسق مع المادة ١١٣١ من الاتفاقية المذكورة[٣٣].

وهكذا نجد أن محكمة التحكيم التابعة لمركز ICSID أكدت على مطلب استمرار رابطة الجنسية طوال فترة حل النزاع وفقاً لقواعد القانون الدولي المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية.

٣١ – تجدر الإشارة إلى أن كندا والمكسيك في المادة ١١٢٨ من اتفاقية النافتا المتعلقة بقبول إحالة المنازعات التي تنشأ بين مستثمرين رعايا أحد الأطراف المتعاقدة وطرف متعاقد آخر وجدتا أن اعتراض الولايات المتحدة على اختصاص محكمة المركز ICSID قائم على أساس القانون الدولي العرفي واتفاقية النافتا.

32 - There must be continuous national identity from the date of the events giving rise to the claim, Which date is known as the dies a quo, through the date of the resolution of the claim, Which date is known as the dies ad quem. - Para. 225 of the 2003 ICSID Award.

33 - **Article 1131: Governing Law**

1. A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law.
2. An interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section.

الخاتمة:

وفي نهاية هذا البحث نورد الملاحظات الآتية على حكم محكمة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام ٢٠٠٣ في النزاع بين حكومة الولايات المتحدة الأمريكية وشركة TLGI الكندية.

١- إلى جانب هذا الاتجاه الذي أكدته المحكمة بشأن مطلب استمرار رابطة الجنسية، هناك اتجاه آخر لا يستهان به مثلته لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي لا يتطلب سوى توافر هذه الرابطة في أثناء رفع الدعوى [٣٤].

٢- إن معاهدات حماية الاستثمار الثنائية والجماعية لم تتضمن هذا المطلب، وإنما تكتفي بتوافر الجنسية في أثناء إحالة النزاع إلى التحكيم[٣٥].

34 - the 2000 "Special Addendum concerning Continuous Nationality and the Transferability of Claims" prepared by the rapporteur on diplomatic protection of the International Law Commission, Professor John Dugard (A/CN.4/506/Add.1), as well as Articles 5 and 10 of the Draft Articles on Diplomatic Protection approved within the International Law Commission on 24 May 2004 (A/CN.4/L.647).

٣٥ - اعتمدت معاهدات الاستثمار الثنائية على التحكيم الدولي كوسيلة أساسية لحسم منازعات الاستثمار بين إحدى الدول المتعاقدة ورعايا الدولة الأخرى من ذلك ما نصت عليه المادة (١٢) من المعاهدة المبرمة بين أستراليا وفيتنام لعام ١٩٩١ بقولها: [١- في حالة نشوب نزاع يرتبط بالاستثمار بين إحدى الدول المتعاقدة ورعية دولة متعاقدة أخرى سوف يلجأ أطرافه إلى حله مبدئياً عن طريق المفاوضات. ٢- فإذا لم يحل النزاع المذكور عن طريق المفاوضات يمكن لأي طرف في النزاع أن يلجأ إلى أحدى الطرق التالية:

أ - اللجوء إلى الهيئات القضائية والإدارية المحلية وفقاً لقانون الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار.

ب- إذا كانت كلتا الدولتين المتعاقدتين عضواً في اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى لعام ١٩٦٥ يحال النزاع إلى هذا المركز من أجل التوفيق أو التحكيم الملزم وفقاً للمادتين (٢٨-٣٦) من اتفاقية إنشائه.

ج- فإذا لم تكن الدولتان في ذلك الوقت عضوين في المركز أو لم يوافق أحد أطراف النزاع على إحالته إلى المركز، يحال النزاع إما إلى محكمة تحكيم مشكلة وفقاً للملحق (ب) من هذه الاتفاقية، أو إلى أية هيئة تحكيم أخرى يجرى الاتفاق عليها]

- I - L - M - Vol. 30 - 1991- P. 1066.

The Requirement of Continuous Nationality of Company In Award of the ICSID Arbitral Tribunal The LOEWEN CASE

Dr. Ali Mulhem
Dept of international law
Faculty of Law
University of Aleppo

Abstract

The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which had the nationality of the Contracting State party to the dispute. In its 2003 Award, the ICSID Tribunal upheld that "in international law, there must be continuous national identity from the date of the events giving rise to the claim, which date is known as the *dies a quo*, through the date of the resolution of the claim, which date is known as the *dies Ad quem*"