شرطُ مفترقِ الطريقِ في معاهداتِ الاستثمارِ الثنائية
تنَازع الاختِصاص المحليّ والتحكِيم التجاريّ الدوليّ

م.د عقيل كريم زغير
كلية القانون ــ جامعة كربلاء

https://doi.org/10.61353/ma.0060347

تاريخ استلام البحث ٢٠٢١/٧/١ تاريخ قبول البحث ٢٠٢١/٨/٢٤ تاريخ نشر البحث ٢٠٢١/٩/٣٠

يمكن للأطراف استعمال اتفاق التحكيم ؛ لتوسيع اختصاص هيـأة التحكيم ، أو لتضييق نطاقها، واتفاقيات التحكيم التي تتضمن ما يسمى بشرط "مفترق الطريق" Fork-in-the-Road Clause تمنع المستثمرين من استخدام آليات حلّ النزاعات المتعددة المنصوص عليها في الاتفاقية، بمعنى آخر ، من خلال بدء الإجراءات ، يكون المستثمر قد اتخذ خيارًا لا رجوع فيه يتمّ في الغالب جذب المستثمرين إلى الإجراءات في الدولة المضيفة ، ومع ذلك ، لن يشكل كلّ ظهور أمام المحاكم المحلية خيارًا بموجب شرط "مفترق الطرق" وقد حددت هيـآت التحكيم المعايير ، التي بموجبها سيتمّ ، عـدّ المستثمر قد اختار المسار وسيتمّ منعه من بدء التحكيم إذا كان قد حاول مسبقًا حلّ النزاع نفسه أمام المحاكم المحلية ، أو أنَّ الأطراف أنفسهم قد شاركوا في الإجراءات المحلية ، وفي التحكيم الدولي ، بمعنى يجب أن تكون هناك هوية لأطراف النزاع، وفي الغالب يختار الطرفان تضمين بند "مفترق الطريق" في اتفاقيات التحكيم، وقد أدرجت الحكومة العراقية هذا البند في معظم اتفاقاتها الاستثمارية الثنائية الجديدة.

Parties may use the arbitration agreement to broaden the jurisdiction of the arbitral tribunal, or to narrow its scope. Arbitration agreements that include the so-called "fork-in-the-road" clause prevent investors from using the multiple dispute resolution mechanisms set out in the agreement. In other words, by initiating actions the investor will have made an irreversible choice. However, investors are often attracted to proceedings in the host country, however, not every appearance before local courts will constitute an option under the "fork-in-the-road" clause. The arbitration tribunals have set the criteria according to which the investor will be considered to have chosen the path. The investor will be prevented from initiating arbitration if he has previously tried to resolve the dispute itself before the local courts or that the same parties have participated in domestic procedures and in international arbitration, that is, there must be an identity for the parties to the dispute. Often the parties choose to include the "fork-in-the-road" clause in arbitration agreements. Iraq has included this clause in most of its new bilateral investments' treaties

الكلمات المفتاحية: شرط مفترق الطريق، معاهدات الاستثمار الثنائية، هيـآت التحكيم الدولية

المقدمة

تسعى اتفاقات الاستثمار الدولية إلى تنسيق الإجراءات المحلية ، والدولية فيما يتعلّق بنزاع الاستثمار نفسه ، وذلك بما يسمى "شروط مفترق الطريق"، وتنشأ نزاعات الاستثمار الدولية فيما يتعلق بالاستثمارات التي يقوم بها مواطن من دولة "مستثمر أجنبي" في أراضي دولة أخرى، ففي حال حدوث نزاع يجوز للمستثمر أن يلجأ إلى المحاكم المحلية في البلد المضيف ؛ لحماية حقوقه ، أو طلب الحماية عن طريق التحكيم الدولي ، وفي الغالب هناك شرط يتمّ ادراجه في اتفاقيات الاستثمار الثنائية ، يدعى بشرط مفترق الطريق For-In-The-Road Clause FITR ، وينصّ على إمكانية قيام المستثمر بالاختيار بين المحاكم الوطنية ، والتحكيم الاستثماري ، ولكن قد ينصّ هذا الشرط على جعل هذا الاختيار حصريًا، فإذا اختار المستثمر التماس الحماية أمام السلطات الوطنية للدولة ، فعلى وفق أحكام الشرط المدرج في الاتفاقية الثنائية لحماية الاستثمارات فأنَّه يحول دون طلب الحماية في التحكيم الدولي من الناحية النظرية يُطلق على هذا البند "شرط مفترق الطريق"؛ لأنَّه يمنح المستثمر فرصة اختيار مسار حماية حقوقه، لكنّه يحرمه من فرصة تغيير رأيه بعد اتخاذ قراره، لذلك يجب إجراء اختيار دقيق للجهة المختصة عند رفع الدعوى القضائية، وسوف نتناول في هذا البحث دراسة شرط مفترق الطريق، وأثره في اختيار المستثمر للجهة المختصة بنظر النزاع ، وكذلك موقف هيآت التحكيم الدولية من تطبيق وتفسير هذا الشرط ، وذلك بتحليل السوابق القضائية التحكيمية ، وموقفها من هذا الشرط ، وكذلك نعرج على تحليل هذا الشرط في اتفاقيات الاستثمار الثنائية ، التي أبرمتها الحكومة العراقية مؤخرا، ويكون ذلك بتقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: العقد والمعاهدة والشرط

المطلب الثاني: شرط مفترق الطريق في معاهدات الاستثمار الثنائية

المطلب الثالث: موقف محاكم تحكيم الاستثمار الدولية من شرط مفترق الطريق

المطلب الأول: العقد والمعاهدة والشرط

نتناول في هذا المطلب تنازع الاختصاص بين العقد ، والمعاهدة وعلاقتهما بشرط مفترق الطريق ويكون ذلك بفرعين ، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: العقد والمعاهدة وتنازع الاختصاص

نشأت أصعب المشاكل في العلاقة بين محاكم تحكيم الاستثمار والمحاكم المحلية من تنافس شروط الاختصاص في المعاهدات والعقود، فقد تتضمن العقود المبرمة بين المستثمرين والدول المضيفة في كثير من الأحيان شروط اختيار المحكمة ، التي تحيل المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه العقود إلى المحاكم المحلية في الدولة المضيفة، ولكن عندما تنشأ نزاعات تتعلّق بالاستثمارات يلجأ المستثمرون إلى أحكام المعاهدات (معاهدات الاستثمار الثنائية) للوصول إلى التحكيم الدولي ، وفي الغالب تصرّ الدول المضيفة على اختيار المحفل التعاقدي بحجة أنَّه بتوقيع العقود ، اختار المستثمرون المحاكم المحلية بدلاً عن التحكيم الدولي.[١]

فمن وجهة نظر المستثمر أنَّ حماية الاستثمار الأجنبي على نحو كامل لا يمكن تحقيقها إلّا بإخضاع عقود الاستثمار للقانون الدولي؛ لإنَّ إعمال قواعد القانون الدولي تحقق للمتعاقد مع الدولة المضيفة حماية أكيدة وفاعلة.[٢]

لذلك يسعى المستثمرون دوماً إلى إخراج العقود الاستثمارية من إطار قواعد القانون العام الداخلي المشبع بمبادئ السيادة والسلطة ، إلى إطار القانون الدولي ، الذي يعتمد قواعد تبتعد عن تلك المبادئ، وتقترب من تحقيق حماية الاستثمار الأجنبي بوصفه أداة للتنمية ، مع مراعاة سيادة الدولة ، وسلطتها من دون المغالاة فيها ، وهذا يتمّ عن طريق تدويل العقد ، إمّا صراحةً عن طريق تضمين نص صريح في العقد يشير إلى تطبيق القانون الدولي بشأنه ، ويكون بذلك قد قطع بصورة واضحة أيّ شك في إمكانية تطبيق ذلك القانون، أو أن يتمّ استخلاص ذلك من بعض الشروط ، التي ترد في العقد ؛ لإنَّها تعبّر عن رغبة طرفي العقد في تدويله، ومن هذه الشروط التي تؤدي لتلك الدلالة وجود شرط التحكيم في العقد [٣] ، وكذلك ما يرد في معاهدات الاستثمار الثنائية من شروط مثل شرط المظلة[٤] ، وشرط مفترق الطريق.

لا شك أنَّ التحكيم بصوره جميعاً مبني على اتفاق بين الأطراف المتنازعة ، وشرط موافقة الطرف هو السمة الأولى للتحكيم بين المستثمر والدولة، وتوافق الدول على التحكيم قبل نشوء النزاع الاستثماري بإحدى الطرق الثلاث: **(١)** عن طريق عقود الاستثمار (عقود

المستثمرين والدولة)، **(٢)** القوانين المحلية – قوانين الاستثمار عادة، و **(٣)** معاهدات الاستثمار؛ فضلاً عن موافقة الدولة ، وهناك حاجة أيضًا إلى موافقة المستثمر لتسوية النزاعات من خلال التحكيم بين المستثمرين والدول، ففي حال عقود الاستثمار ، يحتوي العقد على الموافقة المسبقة لكلّ من المستثمر ، والدولة لحلّ النزاعات الناشئة بموجب العقد من خلال التحكيم، وفي المقابل يحتوي قانون الاستثمار أو معاهدة الاستثمار على موافقة مسبقة فقط من الدولة للتحكيم في فئات معينة من النزاعات مع فئة محددة – ولكن في الغالب تكون واسعة كثيراً – من المستثمرين. يُعرف هذا الشكل من أشكال التحكيم باسم "**التحكيم بدون خصوصية**" ؛ لأنَّ عرض التحكيم من قبل الدولة المضيفة لا يتمّ توجيهه إلى جهة معينة تربطها بالدولة المضيفة بالفعل علاقة قانونية. بدلاً من ذلك ، لا يوافق المستثمر على التحكيم إلّا بعد نشوء نزاع الاستثمار عن طريق الشروع في التحكيم و تلبية متطلبات الموافقة المتبادلة من خلال قبول عرض التحكيم القائم للدولة المضيفة.[٥]

ينتج عن هذه الفجوة الزمنية بين الموافقة المسبقة للدولة المضيفة على التحكيم في معاهدات الاستثمار أو قوانين الاستثمار، وقبول المستثمر الفردي لهذا العرض تأثيران هامان هما: **أولاً** ، يحتفظ المستثمرون عادةً بخيار استخدام آليات تسوية المنازعات الأخرى قبل الشروع في التحكيم، وهذا على عكس عقود الاستثمار ، والتي غالبًا ما تحتوي على موافقة مسبقة من الأطراف على استخدام التحكيم كعملية حصرية لحل جميع النزاعات الناشئة بموجب العقد المعني، **ثانيًا** ، أن مسألة ما إذا كان يمكن للدول المضيفة سحب الموافقة على التحكيم قبل قبول المستثمر لا تنشأ إلّا فيما يتعلق بـ "التحكيم بدون خصوصية". والرأي السائد بهذا الشأن : من حيث المبدأ ، يمكن للدول المضيفة سحب موافقتها في معاهدات الاستثمار ، أو قوانين الاستثمار قبل أن يقبل المستثمرون عرض التحكيم.[٦]

إنَّ العلاقة بين العقد والمعاهدة تظهر في اختيار القانون الواجب التطبيق أيضاً ، إذ أنَّ التحكيم الاستثماري الدولي المستند إلى المعاهدات يتطلب بند اختيار القانون، عكس التقاضي، أي: يجوز لأطراف النزاع تحديد القانون الذي ينطبق على نزاعهم ، وقد انعكس بند اختيار القانون هذا في الأحكام الإجرائية ذات الصلة، مثل المادة ٤٢ من اتفاقية الاكسيد ICSID، والمادة ٣٥ من قواعد الأونسيترال ٢٠١٣، والمادة ٢١ من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية لعام ٢٠١٧، وجميعها لها محتوى مشابه وتتضمن اتجاهين: يشير الاتجاه

الأول إلى الموقف الذي اتفق فيه أطراف النزاع على القانون الواجب التطبيق، ونتيجة لذلك، يجب أن تلتزم هيأة التحكيم المعنية بهذا الاختيار، فإذا تجاهلت هيأة التحكيم اختيار الأطراف للقانون، فيمكن لاحقًا إبطال ، أو إلغاء أيّ قرار تحكيم صادر بسبب تجاوز المحكمة لسلطتها، الحالة الثانية المشار إليها في المواد المذكورة أعلاه عندما لا يتفق أطراف النزاع على اختيار القانون الواجب التطبيق، في مثل هذه الحالات، تمكّن الأحكام الافتراضية هيأة التحكيم من تحديد القانون الواجب تطبيقه، وفي هذا الصدد، تختلف القواعد الإجرائية المذكورة أعلاه بقدر ما ، فالجملة الثانية من المادة ٤٢ (١) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار تحدد المحكمة بالقول إنَّها "يجب أن تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع (بما في ذلك قواعدها بشأن تنازع القوانين) وقواعد القانون الدولي التي قد تكون قابلة للتطبيق "، في حين تنصّ القواعد الأخرى على مزيد من السلطة التقديرية المفتوحة وتنصّ على أن" يتعين على هيأة التحكيم تطبيق القانون الذي تقرره مناسبًا "، كذلك الحال بالنسبة للمادة ٣٥ من قواعد الأونسيترال ٢٠١٣ ، والمادة ٢١ من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام ٢٠١٧[٧] .

ويمكن قراءة الجملة الثانية من المادة ٤٢ (١) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، للوهلة الأولى على أنَّها تعطي الأولوية للقانون الوطني على القانون الدولي، ومع ذلك لا يمكن تفسير هذا الحكم بشكل صحيح إلّا بعد فهم أنَّه لم يقصد تطبيقه حصريًا على التحكيم الاستثماري الدولي المستند إلى المعاهدات، ولكن السماح بأنواع أخرى من التحكيم أيضًا، وتوضح المذكرة التفسيرية أنَّ صياغة هذا الحكم لم يكن المقصود منها إنشاء تسلسل هرمي يشمل القانون الوطني ، أو الدولي ، إذ أنَّ إعطاء الأولوية للقانون الوطني أو الدولي سيعتمد على نوع النزاع ، أيّ في التحكيم القائم على العقود يكون الاعتماد على القانون الوطني مقارنةً بالتحكيم التعاهدي ، الذي يكون الأسبقية فيه للقانون الدولي ، ويُنظر إليه على أنَّه المصدر الغالب، وتجدر الإشارة هنا إلى "قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع" إذ كانت تهدف ببساطة إلى المساهمة في الاتساق في تطبيق القانون الوطني ذي الصلة ، على عكس قانون الدولة المضيفة ، أو أيّ قانون وطني آخر ، مثل دولة الموطن ، أو دولة ثالثة أخرى.[٨]

الفرع الثاني: مفهوم شرط مفترق الطريق FITR Fork-In-The-Road Clause

يمكن تباين علاقة شرط مفترق الطريق بعقد الاستثمار ومعاهدة الاستثمار الثنائية ، في بيان مفهوم هذا الشرط ؛ لأنَّه شرط يدرج في معاهدات الاستثمار الثنائية ، ويسري تأثيره في العقد من خلالها، إذ تسعى اتفاقات الاستثمار الثنائية إلى تنسيق الإجراءات المحلية والدولية اعتمادا على عدد من الوسائل والشروط ، وفيما يتعلّق بتنسيق الإجراءات المحلية والدولية المتعلقة بالنزاع الاستثماري نفسه ، فيتمّ ذلك بما يسمى ببند ، أو شرط مفترق الطريق Fork-In-The-Road Clause المعبر عنه اختصارا FITR[٩] .

وتوجد ما يسمى بأحكام مفترق الطريق Fork-in-the-Road Provisions في المقام الأول في معاهدات الاستثمار الدولية ، التي تهدف إلى تجنب تكرار الإجراءات المتعلقة بالنزاع نفسه عن طريق إجبار المتقاضي على متابعة مطالباته أمام جهة واحدة فحسب(سواء كانت محكمة أو هيأة تحكيم).

إنَّ مفهوم مصطلح مفترق الطريق fork-in-the-road ـ الذي يعبر عنه في اللاتينية (una via electa tioii datur recursus ad alteram) ، التي تعني بالإنكليزية "Once One Road Chosen, There Is No Recourse To The Other"، وتعني بالعربية "بمجرد اختيار طريق لا يمكن اللجوء إلى اخر"، ينبع من فكرة أنَّه بمجرد اختيار طريق معين (من سبل الانتصاف القانونية) من قبل المدعي ، فيجب أن يكون هذا الاختيار نهائيًا ، ويمنعه من إعادة التقاضي في مكان آخر، وهكذا فإنَّ الأساس المنطقي لفكرتها الأساسية مرتبط بمفهوم حجية الأمر المقضي فيه lis pendens ، والقضية قيد النظر أمام محكمة معينة ، التي تهدف أيضًا إلى تجنب ازدواج إجراءات التقاضي[١٠].

ويعرف شرط مفترق الطريق (Fork-in-the-Road Clause) اختصارا FITR على أنَّه بند يرد في معاهدة الاستثمار الثنائية ، يحظر على المستثمر تقديم نزاع استثماري إلى محكمة ، أو هيأة تحكيم معينة إذا كان قد قدّم النزاع نفسه أمام محكمة أو هيأة تحكيم أخرى[١١] ، وبذلك يتطلب شرط مفترق الطريق من المستثمر أن يختار اتباع واحد من مسارين، إمّا الدعوى أمام المحاكم المحلية ، أو تحكيم معاهدة الاستثمار، المتاحين للفصل في النزاع مع الدولة المضيفة وليس كلاهما[١٢] .

ومن الناحية النظرية ، يُطلق على هذا البند "بند مفترق الطريق" ؛ لأنَّه يمنح المستثمر فرصة اختيار مسار حماية حقوقه ، لكنّه يحرمه من فرصة تغيير رأيه بعد اتخاذ قراره؛ لذلك يجب إجراء اختيار مدروس للمحكمة المختصة عند رفع دعوى قضائية ، وفي الغالب يستعمل هذا الشرط بالاقتران مع مبدأ استنفاد سبل الانتصاف المحلية ، ولكن جوهره خلاف ذلك، إذ يتمثل جوهر شرط مفترق الطريق في أنَّه لا يمكن للمستثمرين الأجانب سوى اختيار طريقة واحدة لتقديم دعوى، فإذا كانت النتيجة غير مرضية ، فللمستثمرين الأجانب قبولها فقط ، ولا يمكنهم البحث عن وسائل أخرى للتقاضي مرة أخرى، إلى حد ما ؛ لإنَّ تطبيق هذا البند يحلّ مشكلة إهدار الموارد ، فلم تعدّ مدّة الادعاءات من القضية طويلة.[١٣]

أيّ أنَّ هذا الشرط يعني بمجرد اختيار جهة تقاضي معينة لحل النزاع ، فإنَّ ذلك الاختيار حصري ولا يسمح باللجوء إلى جهة أخرى لحل النزاع[١٤] ، وعن طريق شرط مفترق الطريق ترغب الدول في التأكد من أنَّه عندما يكون للمستثمر خيار بين المحاكم المحلية ، والتحكيم الدولي ، يكون اختيار المستثمر بمجرد اتخاذه نهائيًا، بمعنى آخر : إذا تمّ تشغيل شرط مفترق الطرق ، يستمر المستثمر في متابعة مطالبته في الجهة التي تحول إليها أولاً[١٥].

ولكنّ هذا لا يعني أنَّ شرط مفترق الطريق FITR ينصّ على أن سبل التقاضي المحلية ، يجب أن تكون هي الخطوة الأولى قبل رفع النزاع إلى المستوى الدولي ؛ فإذا اختار المستثمر اللجوء إلى سبل الانتصاف المحلية ، فإنَّ هذا الخيار يمنع خيار اللجوء إلى التحكيم الدولي[١٦] ، إذ أنَّ فعالية شرط مفترق الطريق تعتمد صياغته ؛ لاسيما كيفية صياغة التصرف الأولي ، الذي يتمّ من خلاله اختيار طريق ما مع استبعاد الآخر[١٧].

ويفهم من ذلك أنَّ شرط مفترق الطريق يمثل أهم الحلول المتنوعة الواردة في اتفاقات الاستثمار الدولية ، التي تشتمل على قواعد بشأن استنفاد سبل الانتصاف المحلية ، ومتطلبات التقاضي المحلية ، التي لا تصل إلى حد الاستنفاد.

المطلب الثاني: شرط مفترق الطريق في معاهدات الاستثمار الثنائية

نتطرق فيه إلى معاهدات الاستثمار الثنائية الدولية أولا، ثم الوطنية ثانيا على النحو الآتي:

الفرع الأول: شرط مفترق الطريق في معاهدات الاستثمار الدولية

في دراسة أجراها الباحثان Joachim Pohl و Kekeletso Mashigo عام ٢٠١٢ على عينة تتكون من ٩٥٠ معاهدة استثمار ثنائية حول أحكام تسوية المنازعات في معاهدات الاستثمار الثنائية ، وقد تبين من الدراسة أنَّ الدول اعتمدت مناهج مختلفة لتنظيم وصول المستثمرين إلى المحاكم المحلية والتحكيم الدولي، إذ أنَّ أكثر من ثلث المعاهدات (٣٦٧ معاهدة ، ٣٩%) تحتوي على ما يسمى بشرط مفترق الطريق(fork–in–the–road) ، الذي يوفر خيارًا بين المراجعة القضائية المحلية والتحكيم الدولي، ويحدد هذا الشرط أنَّ الاختيار بمجرد أن يتخذه المستثمر، يكون نهائيًا وحصريًا بموجب هذا النهج، ولا يمكن للمستثمر أن يباشر إجراءات تحكيم دولية بمجرد أن يرفع قضيته إلى المحاكم المحلية، والعكس صحيح[١٨].

إنَّ شرط مفترق الطريق الوارد في معاهدات الاستثمار الثنائية لا يصاغ بعبارات موحدة ، فقد يترتب على عبارات هذا الشرط نتائج مختلفة اعتمادًا على صياغته ، وقد يجعل بعضهم اختيار المحاكم المحلية أو التحكيم الدولي أمرا لا رجوع فيه ، بغض النظر عن الجهة الذي تمّ اختيارها أولاً، على سبيل المثال ، تنصّ اتفاقية الاستثمار الثنائية بين سويسرا وكولومبيا (٢٠٠٦) في المادة ١١ فقرة ٤ على أنَّه "بمجرد أن يحيل المستثمر النزاع إما إلى محكمة وطنية أو إلى أيّ من آليات التحكيم الدولية المنصوص عليها في الفقرة ٢ أعلاه ، يكون اختيار الإجراء نهائيًا"، كذلك تنصّ اتفاقية الاستثمار الثنائية بين سويسرا ومصر BIT (٢٠١٠) المادة ١، الفقرة ٦ على أنَّه "بمجرد أن يقدم المستثمر النزاع الاستثماري إلى أحد المحاكم المشار إليها في الفقرة (٣) ، يكون هذا الاختيار نهائيًا"[١٩].

كذلك الحال في اتفاقية جنوب إفريقيا – زمبابوي (٢٠٠٩)، إذ تنصّ في المادة ٧ (٢) على أنَّه" إذا لم يتمّ تسوية النزاع في غضون ستة (٦) أشهر من تاريخ رفعه كتابةً ، يجوز تقديم النزاع بناءً على اختيار المستثمر ، بعد إخطار الطرف المعني بنيته القيام بذلك كتابة – (أ) إلى المحاكم المختصة في الطرف الذي يتمّ الاستثمار على أراضيه ؛ (ب) للتحكيم من قبل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) الذي أنشأته اتفاقية تسوية منازعات

الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى ؛ أو (ج) محكمة تحكيم خاصة ، التي ما لم يتفق طرفا النزاع على خلاف ذلك ، سيتم إنشاؤها بموجب قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)" أمّا المادة ٧ (٣) فتنصّ على أنَّه " إذا قدم المستثمر النزاع إلى المحكمة المختصة للطرف المضيف أو إلى التحكيم الدولي المذكور في المادة الفرعية (٢) ، يكون الاختيار نهائيًا"[٢٠].

وتنصّ المعاهدات الأخرى على أنَّ اختيار المحاكم المحلية هو وحده الذي يعدّ نهائيا، على سبيل المثال تنصّ معاهدة الاستثمار الثنائية بين سويسرا والمملكة العربية السعودية BIT (٢٠٠٦) ، في المادة ١٠ الفقرة ٣ على أنَّه "إذا تمّ رفع النزاع إلى المحكمة المختصة للطرف المتعاقد وفقًا للفقرة (٢) من هذه المادة ، فلا يجوز للمستثمر تقديم هذا النزاع إلى التحكيم الدولي كما هو مشار إليه في نفس الفقرة"[٢١].

وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول، أنَّه على الرغم من عدم وجود أرقام دقيقة في هذا الصدد ، فإنَّ كثيراً من النزاعات المتعلقة بالاستثمار يتمّ حلها أمام المحاكم المحلية بالرجوع إلى معايير القانون المحلي[٢٢] ، وبغض النظر عمّا إذا كان اتفاق الاستثمار الدولي يذكر المحاكم المحلية للدولة المضيفة كمحكمة مختصة للفصل في منازعات الاستثمار بين المستثمرين والدول ، فإنَّ تلك المحاكم في الغالب تكون المحكمة الافتراضية، فبموجب قواعد الاختيار المعتادة للمحكمة المختصة ، تكون الجهة المناسبة للفصل في النزاع هي محكمة المدعى عليه ، أيّ الدولة المضيفة ، التي تصادف أيضًا أن تكون المكان الذي تمّ فيه الاستثمار[٢٣].

وبدلاً عن ذلك ، قد يكون اختيار المستثمر بين التحكيم الدولي وإجراءات المحكمة المحلية قابلاً للرجوع فيه ، حتى تصدر المحكمة المحلية الابتدائية حكمها ، ولكن ليس نهائيًا، كما في معاهدة الاستثمار الثنائية بين النمسا وسلوفينيا BIT (٢٠٠١) ، المادة ١١ ، الفقرة ٤ تنصّ على أنَّه "يجوز للمستثمر أن يختار عرض النزاع للحل وفقًا للفقرة ٢/ب على التحكيم الدولي فقط في حال لم يتمّ اتخاذ قرار بشأن نفس المطالبة في المقام الأول في الإجراءات في المحاكم المحلية وفقًا للفقرة ٢ /أ، كذلك الأمر في اتفاقية النمسا والمكسيك BIT (١٩٩٨) ، المادة ١٠ ، الفقرة ٢ تنصّ على أنَّه "إذا بدأ مستثمر من طرف متعاقد إجراءات

أمام محكمة وطنية فيما يتعلق بإجراء أو تصرف يُزعم أنَّه يمثل انتهاكًا لهذه الاتفاقية ، فيجوز تقديم النزاع إلى التحكيم بموجب هذا الجزء فقط إذا لم تصدر المحكمة الوطنية المختصة حكما في المقام الأول بشأن موضوع الدعوى "، وبالمثل، يبدو أنَّ معاهدة الاستثمار الثنائية بين سويسرا وتركيا (١٩٨٨) تمنح المستثمر بموجب المادة ٨ الفقرة ٣ منها الحق في بدء إجراءات التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار طالما أنَّ المحكمة المحلية لم تصدر قرارًا نهائيًا[٢٤].

وتجنب قانون الاستثمار الدولي الحالي اعتماد شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية أولا، وهو شرط أساس في مجال الحماية الدبلوماسية، إلّا أنَّ بعض اتفاقات الاستثمار الدولية تتضمن اشتراط عرض النزاع على محكمة مختصة في الدولة المضيفة، الأهم من ذلك، أنَّ هذا الشرط لا يتطلب الاستنفاد الكامل لسبل الانتصاف المحلية ، ولا يعمل كشرط مفترق الطرق، مما يمنح الخيار لمتابعة إمّا خيار محلي أو دولي للفصل في المنازعات[٢٥].

الفرع الثاني: شرط مفترق الطريق في معاهدات الاستثمار الوطنية

أثبتت الممارسة العملية (كما سنرى لاحقا) أنَّ بند تسوية المنازعات هذا يثير كثيراً من الخلافات ولاسيما إذا كانت صياغته غير دقيقة ، وعباراته غامضة ، وتثير الشك والتأويل ، فقد تسببت التفسيرات المختلفة للشروط بموجب بند تسوية المنازعات مؤخرًا بصدور قرارات متضاربة صادرة عن محاكم الاستثمار، وبشكل أكثر دقة ، رأت بعض هيآت التحكيم أنَّ هذا البند ينطوي على مطلب تقاضي إلزامي ، في حين ردت هيأة تحكيم أخرى على هذا الاستنتاج بإسناد فهم مختلف للبند ، بينما رأت محاكم أخرى أنَّ بند تسوية المنازعات يتصور خيارًا للتقاضي في النزاع أمام المحاكم المحلية ، وليس شرطا إلزاميًا ، إذ يجب على المستثمر رفع النزاع أولاً إلى المحاكم المحلية، لذلك لابد من توخي الحذر عند تضمين معاهدة الاستثمار الثنائية هذا الشرط ، وينبغي أن تكون صياغته دقيقة وحاسمة ، وواضحة.

وأبرمت الحكومة العراقية مؤخرا كثيراً من معاهدات الاستثمار الثنائية (BIT) مع كثير من الدول المختلفة، وتتضمن هذه المعاهدات كثيراً من البنود والشروط المختلفة ، ومنها شرط مفترق الطريق FITR، لذلك سوف نستعرض هذه الاتفاقيات ونحاول تحليل شرط مفترق الطريق فيها.

إنَّ اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي أبرمتها الحكومة العراقية مع الدول المختلفة (عربية واجنبية)، التي صادقت السلطة التشريعية عليها هي :

١- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق وفرنسا الموقعة في بغداد بتاريخ ٣١/ ١٠ / ٢٠١٠ والمصادق عليها بموجب القانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٢٤١ في ٤ / ٦ / ٢٠١٢ .

٢- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار المتبادلة بين العراق وألمانيا الاتحادية الموقعة بتاريخ ٤/ ١٢ / ٢٠١٠ والمصادق عليها بموجب القانون رقم ٦٠ لسنة ٢٠١٢ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٢٥٤ في ١٥ / ١٠ / ٢٠١٢ .

٣- اتفاقية تحديد مجالات التجارة والاستثمار بين العراق والولايات المتحدة الامريكية الموقعة في عام ٢٠٠٥ والمصادق عليها بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٢ والمنشور بالوقائع العراقية بالعدد ٤٢٧٦ في ١٣ / ٥ / ٢٠١٣.

٤- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق واليابان الموقعة بتاريخ ٧ / ٦ / ٢٠١٢ والمصادق عليها بموجب القانون رقم ٣٤ لسنة ٢٠١٣ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٢٩٦ في ٤ / ١٠ / ٢٠١٣ .

٥- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق وأرمينيا الموقعة في بغداد بتاريخ ٧/ ١١ / ٢٠١٢ والمصادق عليها بموجب القانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٤ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٠٩ في ١٠ / ٢ / ٢٠١٤ .

٦- اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين جمهورية العراق ودولة الكويت الموقعة في الكويت بتاريخ ١٦/ ١٢ / ٢٠١٣ والمصادق عليها بموجب القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٤ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٤٦ في ٢٩ / ١٢ / ٢٠١٤ .

٧- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين جمهورية العراق والمملكة الأردنية الهاشمية الموقعة في بغداد بتاريخ ٢٥/ ١٢ / ٢٠١٣ والمصادق عليها بموجب القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٥ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٥٣ في ٢٣ / ٢ / ٢٠١٥ .

٨- اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين جمهورية العراق والجمهورية الإسلامية الايرانية الموقعة في الكويت بتاريخ ٦/ ٩ / ٢٠١٥ والمصادق عليها بموجب

القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٧ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٤٧٦ في ٨ / ١ / ٢٠١٨ .

٩- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين جمهورية العراق وجمهورية بيلاروسيا المصادق عليها بموجب القانون رقم ٥٢ لسنة ٢٠١٥ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٩٧ في ١٥ / ٢ / ٢٠١٦ .

ومن قراءة الاتفاقيات أعلاه نجد أنَّ المادة ١٧ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين العراق واليابان المعنونة "تسوية منازعات الاستثمار بين طرف متعاقد ومستثمر الطرف المتعاقد الاخر" تنصّ في الفقرة ٧/ب على أنَّه " **في حال عرض نزاع الاستثمار للحل عن طريق التوفيق أو التحكيم المنصوص عليهما في الفقرة ٤، فأنَّـه لن يتمّ عرض نزاع الاستثمار ذاته للحل على محاكم العدل أو المحاكم الإدارية أو الهيـآت أو أيّ الية أخرى ملزمة لتسوية المنازعات المقامة بموجب قوانين وأنظمة الطرف التنازع**" ، والجدير بالملاحظة أنَّ الكلمة الأخيرة من النصّ أعلاه (الطرف التنازع) ورد فيها خطأ ، والصواب هو الطرف المتنازع ؛ لأنَّ الفقرة ٢ من المادة ١٧ تنصّ " لن يفسر أيّ شيء في هذه المادة طبقا للفقرة الفرعية ٧(ب)، على أنَّـه يمنع مستثمر طرف في نزاع الاستثمار (المشار إليه فيما بعد في هذه المادة ب المستثمر المتنازع) من السعي للحصول على تسوية إدارية أو قضائية داخل إقليم الطرف المتعاقد الذي هو طرف في نزاع الاستثمار (المشار إليهما فيما بعد في هذه المادة بـ الطرف المتنازع)".

يتضمن هذا النص شرط مفترق الطريق والاختلاف هنا في تفسير نزاع الاستثمار ذاته على وفق أيّ اتجاه أو معيار من المعايير ، التي تبنتها محكم التحكيم الدولية، ويمكن الاحتجاج بأنَّـه تمّ رفع الدعوى في المحاكم المحلية وفقا لخرق العقد بين الطرفين والمطالبة أمام محاكم التحكيم الدولية على أساس خرق معاهدة الاستثمار الثنائية المبرمة بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر ، إذ ينعقد الاختصاص لمحاكم التحكيم الدولية.

كذلك ما جاء في اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين جمهورية العراق ، وجمهورية أرمينيا في المادة ٨ من الاتفاقية التي تحمل عنوان "تسوية منازعات الاستثمار بين طرف متعاقد، ومستثمر الطرف المتعاقد الاخر" إذ تنصّ الفقرة على أنَّـه :

٢ ـ إذا لم تتمّ التسوية الودية بعد استخدام المعالجات الداخلية غير القضائية خلال مائة وثمانين يوما (١٨٠) من تاريخ تقديم أيا منهما طلبا بالتسوية السلمية من خلال إخطار خطي ، يقدم النزاع لحله من خلال اختيار مستثمر طرف النزاع لاحد الطرق الآتية:

أ- المحكمة الوطنية للطرف المضيف.

ب- المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار ICSID .

ج- محكمة تحكيم.

٥ ـ ليس من حق المستثمرين إقامة دعوى ضد البلد المضيف في حال إصدار المحكمة قرارها النهائي أو محكمة ، أو حكم التحكيم بشأن النزاع.

أمّا اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين جمهورية العراق ودولة الكويت ، فأنَّها تضمنت في المادة ١٠ فقرة ٢ إذا تعذر تسوية النزاع وديا ، فأنَّه يمكن اللجوء لإحدى الوسائل الآتية:

ب ـ المحاكم المحلية.

ج ـ التحكيم .

إلّا أنَّ الاتفاقية لم تشِر إلى أيّ شيء يخص استنفاد سبل الانتصاف المحلية ، فهل اللجوء إلى المحاكم المحلية سابقا للتحكيم ، يمثل اختياراً نهائياً؟، وهل في حال إذا تمّ اللجوء للمحاكم المحلية وصدر قرار بذلك يعدّ نهائياً ، أم يمكن اللجوء بعد ذلك إلى التحكيم، لم تعالج نصوص الاتفاقية هذه الفروض الهامة.

المطلب الثالث: موقف محاكم تحكيم الاستثمار الدولية من شرط مفترق الطريق

في قضية Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd. et al. v Mongolia ، حللت هيأة التحكيم الصياغة المحددة والهيكل العام للمادة ١٠ من الاتفاقية بين الصين ومنغوليا ، ورأت هيأة التحكيم أنَّ المادة ٢/١٠ "تشير بوضوح إلى شرط مفترق الطريق" ، مما يعني أنَّه عند مواجهة "نزاع قانوني" لم يتمّ حله ، فإنَّ اتفاقية الاستثمار الثنائية المعنية تمنح المستثمرين " الاختيار بين رفع نزاعها إلى محكمة مختصة من الطرف المتعاقد أو إلى التحكيم ، ولكن ليس كلاهما. وفي رأي هيأة التحكيم، "يجب تجنب التفسير الذي يبطل أيًا من الخيارات الممنوحة للمستثمر"[٢٦].

فعندما يكون لدى المستثمر خيار قبول عرض التحكيم الوارد في معاهدة الاستثمار ، في حال عدم وجود الاتفاقات المباشرة الأخرى مع الدولة (على سبيل المثال ، شرط التحكيم في العقد) يظل المستثمر حرًا في رفع دعوى أمام المحاكم المحلية بشأن نزاع الاستثمار الخاص به ، حتى يقبل هذا العرض، فإذا قبل المستثمر العرض ، واكتملت الموافقة على التحكيم ، فقد تكون هناك قيود في عرض النزاع أمام المحاكم المحلية وفقًا للإطار القانوني المعمول به ، على سبيل المثال وفقا للمادة ٢٦ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار التي تنصّ على أن "تُعتبر موافقة الأطراف على التحكيم في ظل هذه الاتفاقية موافقة على استبعاد أيّ طريق تسوية اخرما لم ينص على خلاف ذلك " ، أو الأحكام الواردة في اتفاقيات الاستثمار الدولي ، مثل شرط مفترق الطرق fork-in-the road أو شرط التنازل waiver clause.[٢٧]

إذ يبدو كما ذهب بعضهم إلى وجود قانون عرفي لقاعدة مفترق الطريق fork-in-the road مماثلة في الواقع للمادة ٢٧ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار ، مما يسمح باستخدام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول فقط بشكل بديل[٢٨].

والسؤال الذي يطرح هنا، هل يشكل كلّ ظهور للمستثمر أمام المحاكم المحلية في الدولة المضيفة خيارًا بموجب شرط مفترق الطرق؟ وهل مثل هذه النزاعات التي تتعلق بطريقة ما بالاستثمار تتطابق بالضرورة مع "النزاع" المشار إليه في أحكام الاتفاقية الثنائية بشأن تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول ؟

لا يعكس الظهور بالضرورة خيارًا من شأنه أن يحول دون التحكيم الدولي، فقد تناولت هيآت التحكيم هذه القضية في عدد من القرارات الأخيرة ، وأدى الاحتجاج بشرط مفترق الطريق FITR إلى قرارات متضاربة على نطاق واسع ، وقد أظهرت السوابق القضائية عدداً من المعايير بشأن تفعيل شرط مفترق الطرق طبقتها محاكم التحكيم هي كالآتي:

الفرع الأول: معيار التمييز بين دعاوى العقد ودعاوى المعاهدة

The Distinction Between Treaty and Contract Claims

لا توجد قضية في مجال التحكيم الاستثماري جوهرية أو محل نزاع أكثر من التمييز بين المعاهدة والعقد، فهناك صراع بين أولئك الذين يعتقدون أنَّه يجب عزل مطالبات معاهدة الاستثمار الثنائية (BIT) (الناتجة عن انتهاك أحكام المعاهدة) عن المطالبات التعاقدية

(الناتجة عن خرق أحكام العقد) ، وأولئك الذين يريدون ربط الاثنين معا، وقد أدى هذا الصراع إلى الانقسام والاختلاف ، كما يحدث في الغالب عند الاختلاف في مسألة معينة[٢٩].

فالسؤال الذي يطرح هنا: هل البند التعاقدي بشأن اختيار المحكمة المختصة بنظر النزاع يمنع هيآت التحكيم التعاهدية (بموجب المعاهدة) بين المستثمرين والدول من سماع المطالبات ، التي تدعي حدوث انتهاكات للمعاهدة عندما تكون تلك الانتهاكات المزعومة مرتبطة بعقد الاستثمار؟

ذهب جانب من الفقه إلى أنَّه نظرًا لاختلاف مطالبات العقد والمعاهدة، فإنَّ بنود اختيار المحكمة العقدية ليس لها أيّ تأثير في قدرة هيآت التحكيم القائمة على المعاهدات في الاستماع إلى المطالبات التي تدعي حدوث انتهاكات للمعاهدة[٣٠] ، وإنَّ وجهة النظر القياسية في السوابق القضائية هي أنَّ تطبيق معظم أحكام مفترق الطريق fork-in-the-road يعتمد على تجانس الأطراف و"أسباب الدعوى" التي يقدمها المستثمرون[٣١]، إذ أنَّ تفعيل هذا الشرط بتقديم مطالبات لا علاقة لها بانتهاكات المعاهدة المزعومة (مثل المطالبات التعاقدية البحتة) إلى محكمة الدولة المضيفة للاستثمار ، من شأنه أن يردع المستثمرين عن الخضوع للمحاكم الوطنية[٣٢] ، وفي هذا الصدد، ذهب بعضهم إلى أنَّه ينبغي التركيز على موضوع مطالبة المستثمر بدلاً عن أسباب الدعوى المقدمة من قبلهم[٣٣] ، وذهبت بعض قرارات التحكيم بشأن شرط مفترق الطرق FTIR إلى هذا الاتجاه.

ففي قضية CMS ضد الارجنتين CMS v. Argentina[٣٤] رأت هيأة التحكيم أنَّه "هنالك العديد من قرارات التحكيم الصادرة من هيآت التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار رأت أن المطالبات التعاقدية تختلف عن المطالبات التعاهدية (بموجب المعاهدة) حتى لو كان هناك أو كان حاليًا لجوء إلى المحاكم المحلية لخرق العقد ، إذ أنَّ ذلك لم يكن يمنع تقديم مطالبات المعاهدة إلى التحكيم ، هذه المحكمة مقتنعة بأنَّه مع وجود سبب إضافي ، تنطبق وجهة النظر هذه على النزاع الحالي، وأنَّ ذلك لا يؤدي إلى إعمال شرط "مفترق الطرق" ؛ لأنَّ كلا الطرفين ، وأسباب التصرف بموجب الوثائق منفصلة و مختلفة"[٣٥].

وتعقيبا على ذلك ذهب جانب من الفقه إلى أنَّ بند مفترق الطرق يحظر على المستثمر رفع دعاوى ناشئة عن الحقائق نفسها في كلّ من التحكيم الدولي ، والمحاكم المحلية للدولة المضيفة إذا كانت هذه المطالبات تشترك في سبب الدعوى نفسه، فبموجب هذا الرأي، يمكن لأيّ طرف أن يدعي أمام المحاكم المحلية في الدولة المضيفة أنَّ إجراءً معينًا من قبل الدولة المضيفة ينتهك القانون المحلي، ويدعي في التحكيم الدولي أنَّ هذا الإجراء نفسه انتهك معاهدة الاستثمار؛ لأنَّ كلّ مطالبه سيكون لها سبب مختلف للعمل[٣٦].

وفي إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، المادة ٢٦ من اتفاقية الاكسيد تنصّ على "تعتبر موافقة الأطراف على التحكيم في ظل هذه الاتفاقية موافقة على استبعاد أيّ طريق تسوية اخرما لم ينص على خلاف ذلك، ويجوز للدولة المتعاقدة ان تشترط لموافقتها استنفاذ كافة سبل التسوية المحلية القضائية والإدارية كشرط لازم لقبولها للتحكيم في ظل هذه الاتفاقية "، تعكس هذه المادة ٢٦ الوضع في ظل القانون الدولي العرفي فبموجب الاتفاقية تتنازل الدول المتعاقدة عن شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية ما لم ينصّ على خلاف ذلك، وتوضح الجملة الثانية من المادة ٢٦ أنَّه يجوز للدولة أن تجعل استنفاد سبل الانتصاف المحلية شرطًا لموافقتها على التحكيم[٣٧].

وفي قضية انرون ضد الارجنتين Enron v. Argentina[٣٨]، استعرضت هيأة التحكيم قضايا شروط مفترق الطريق FITR السابقة، ومن الناحية العملية بينت تلك القضايا أنَّ هناك فرقاً بين انتهاك العقد وانتهاك المعاهدة، لذلك خلصت إلى أنَّه حتى لو كان هناك لجوء إلى المحاكم المحلية لخرق العقد، فإنَّ هذا لن يمنع اللجوء إلى التحكيم ICSID لانتهاك بنود المعاهدة، وقد أصبح هذا المبدأ راسخًا الآن، وتمّ تأكيده في عدد كبير من القرارات[٣٩].

ويتجلى هذا النهج أيضا في قضية Occidental v Ecuador[٤٠] ، إذ يتعلق قرار محكمة التحكيم بالمسألة المتنازع عليها من التشريع الأكوادوري ، الذي يحرم بعض استرداد ضريبة القيمة المضافة للمدعي ، فقد ذهبت الإكوادور إلى أنَّ معاهدة الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والإكوادور تحتوي على شرط مفترق الطريق FITR ، الذي يمنع المدعي من رفع دعوى بموجب معاهدة الاستثمار ؛ لأنَّه قد طعن بالفعل في التشريع المخالف أمام المحاكم المحلية ، واعترضت هيأة التحكيم ، وقبلت بدلاً عن ذلك حجة المدعي بأنَّ دعوى

معاهدة الاستثمار تأسست على مسألة حلّها يكون بموجب معاهدة الاستثمار الثنائية ؛ أمّا الدعوى المحلية فقد تأسست على مسألة شرعية التشريع بموجب القانون المحلي[٤١].

وعلى الرغم من أنَّ الهدف من هذه الإجراءات (بيان أن التشريع المحلي غير قانوني) كان متشابهًا ، إلّا أنَّ أسباب الإجراءات التي تستند إليها الادعاءات كانت مختلفة، فرأت هيأة التحكيم أيضًا أنَّ شروط مفترق الطريق FITR تستند إلى "اختيار" حقيقي وحر بين السبل البديلة ، التي قد تُفشل إذا كانت هناك جداول زمنية محددة تحث المدعي على اختيار واحد على الآخر، على سبيل المثال ٢٠ يومًا للمدعي للطعن في قانون ضريبة القيمة المضافة بموجب القانون الأكوادوري ، وإلّا فأنَّه يصبح نهائيًا وملزمًا[٤٢].

الفرع الثاني: معيار تحليل الهوية الثلاثي The Triple-Identity Test

أدى انتشار معاهدات الاستثمار الثنائية (BITs) إلى زيادة تعقيد الطرق المختلفة لتسوية المنازعات على الساحة الدولية ، بما في ذلك عدد الجهات القضائية التي قد يطالب فيها الأفراد ، والشركات الخاصة بمسؤولية الدولة المضيفة ، توفر هذه المعاهدات الإطار القانوني للمستثمرين من كلتا الدولتين ، وتتضمن آلية مفصلة لتسوية المنازعات ، وفي الغالب تسمح للمستثمر ببدء الإجراءات في جهات قضائية أو تحكيمية مختلفة[٤٣].

وفي سياق التحكيم بين المستثمر والدولة ، كان القرار الأول الذي طبقت فيه هيأة التحكيم معيار الهوية الثلاثي هو قرار محكمة ICSID في Benvenuti & Bonfant[٤٤] ضد الكونغو ، ويجب التوضيح أنَّ هذه القضية لم تتضمن أيّ اعتراض قائم على الاختصاص القضائي لشرط مفترق الطريق ، ولكن اعتراضًا يستند إلى مبدأ حجية الأمر المقضي فيه[٤٥].

ولا يوجد تعريف موحد لمبدأ حجية الأمر المقضي فيه في النصوص الدولية أو الوطنية، لكن يمكننا القول إنَّه أحد مبادئ قانون الإجراءات المدنية ، الذي يهدف إلى منع الإجراءات المتماثلة (الموازية) في القضية نفسها (التي تعني الموضوع نفسه و بين الأطراف أنفسهم)[٤٦]، ويمثل حجية الأمر المقضي فيه مبدأً معترفاً به من قبل دول القانون المدني ، في حين أنَّ أنظمة القانون العام تستخدم تقليديًا أدوات مختلفة لمنع تنسيق الإجراءات الموازية[٤٧].

وتطبق المحاكم وهيآت التحكيم الدولية بشكل متزايد معيار "الهوية الثلاثي"، والعناصر الثلاثة لمعيار الهوية الثلاثي هي (١) الأطراف ، و(٢) ، والأسباب ، و(٣) موضوع ، أو محل القضية التحكيمية، ولتطبيق مبدأ حجية الأمر المقضي فيه lis pendens من قبل المحاكم ، وهيآت التحكيم الدولية يجب استيفاء الشروط الثلاثة السابقة جميعاً [٤٨].

ويتمّ تطبيق معيار الهوية الثلاثي بشكل صارم للغاية في إجراءات المحاكم الوطنية، ومع ذلك ، فإنَّ محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي قد طورت نهجًا أقل صرامة لمثل هذا المعيار ، ولا سيما فيما يتعلق بمتطلبات الادعاء والسببية ، من أجل تجنب بدء الحكم نفسه في دولتين من الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي[٤٩].

ففي قضية CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic[٥٠] تقدمت جمهورية التشيك بطلب لرفض مطالبات المعاهدة BIT الموازية بناءً على مبدأ حجية الأمر المقضي فيه lis pendens. ورفضت هيأة الأونسيترال والتحكيم المخصص مطالبة الجمهورية التشيكية بناءً على مبدأ حجية الأمر المقضي فيه ، ورأت أنَّ "هيأة التحكيم هذه ترى أنَّ لجوء المدعى عليه إلى تعليق الدعوى بناءً على مبدأ حجية الأمر المقضي فيه ليس مجديًا ؛ لأنَّ جميع إجراءات المحكمة والتحكيم الأخرى تنطوي على إجراءات مختلفة من حيث الأطراف ، والأسباب المختلفة للدعوى، وتُظهر قضية CME أنَّ شرط الهوية الثلاثية بين النزاعات يمثل إشكالية كبيرة في مجال التحكيم الاستثماري الدولي[٥١].

فضلاً عن أنَّ معيار الهوية الثلاثي بموجب القانون الدولي ، يجب أن تكون الإجراءات فيه قد أجريت أمام المحاكم والهيآت التحكيمية في النظام القانوني الدولي [٥٢].

وفي قضية SGS ضد باكستان رأت هيأة التحكيم أنَّه إذا لم تكن المطالبات على ذات الموضوع ، فلا ينشأ تكرار، و نظرًا ؛ لأنَّ أسباب الدعاوى ليست متطابقة ، فلا يمكن إعمال مبدأ حجية الأمر المقضي فيه لمنعنا من ممارسة الولاية القضائية على مطالبات المعاهدة BIT[٥٣].

وهناك بعض الصعوبات مع هذه الأفكار، وعلى مستوى أكثر تجريدًا ، فإنَّ الاعتقاد بإمكانية تغيير ترتيب الأشياء ببساطة عن طريق تغيير القوانين قد يثبت أنَّه لا أساس له من الصحة، وربما تتوقع هذه الآراء من القانون الدولي أكثر مما ينبغي ، مع الأخذ في الاعتبار

أنَّ القانون الدولي تاريخياً نظام قانوني أقل تطوراً بكثير من القوانين الوطنية ، لا سيما فيما يتعلق بالقواعد الإجرائية[٥٤].

وهناك قضية أخرى طبقت فيها هيأة التحكيم بشكل حصري قاعدة الهوية الثلاثية ، وهو القرار في قضية

Toto Costruzioni v Lebanon[٥٥] ، فقد تضمنت هذه القضية نزاعاً بين مقاول إيطالي والجمهورية اللبنانية ناشئاً فيما يتعلق بعقد لبناء جزء من الطريق السريع ، الذي يربط بيروت ودمشق، ورفعت شركة Toto Costruzioni دعويين بخرق العقد في المحاكم الإدارية المحلية ، وطالبت بتعويض عن مختلف التكاليف الإضافية المتكبدة فيما يتعلق بأداء عملها ، وبدأت بعد ذلك إجراءات التحكيم الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، بحجة أنَّ رفض لبنان دفع المبالغ المعنية يشكل انتهاكًا لكثير من معايير المعاهدات[٥٦].

واعترضت لبنان (المدعى عليه) محتجة بشرط مفترق الطريق FITR وإنَّ هيأة التحكيم غير مختصة بنظر النزاع ، ورأت هيأة التحكيم أنَّها لن تفتقر إلى الولاية القضائية إلّا إذا كانت الدعوى بنفس الموضوع والأطراف والسبب ، وأنَّ الدعوى قد قدمت بالفعل أمام محكمة قضائية مختلفة، ففي القضية المعروضة أمام الاكسيد تضمنت مطالبة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مزاعم بخرق المعاهدات ، في حين أنَّ الدعوى المرفوعة أمام المحاكم اللبنانية تستند إلى العقد (ويفترض أنَّ القانون اللبناني هو القانون الحاكم)، وهكذا رفضت محكمة التحكيم اعتراض لبنان على إعمال شرط مفترق الطريق[٥٧].

الفرع الثالث: المعيار الموضوعي أو موضوع الدعوى الأساس Fundamental Basis Claim

غادرت هيآت التحكيم الأخرى معيار التمييز بين المطالبات "التعاقدية" ، و "المعاهدة" ، و معيار الهوية الثلاثي، وتبنت بوضوح معيار " موضوع الدعوى الأساسي" ، الذي يركز على موضوع النزاع المعروض أمام المحاكم المختلفة ، إذ تركز محاكم تحكيم الاستثمار على الادعاءات التي لها "نفس المصادر المعيارية" وتقر بأنَّ "الحقائق نفسها يمكن أن تؤدي إلى مطالبات قانونية مختلفة وأنَّ التشابه في الادعاء لا يعني بالضرورة تطابق أسباب الدعوى"،

ومع ذلك تجدر الإشارة أيضًا إلى أنَّ الصياغة المحددة لشرط مفترق الطريق تؤدي دورًا رئيسًا في تفسير مسألة الاختصاص في القضايا المعروضة أمام محاكم التحكيم[٥٨] .

ويعني نهج " موضوع الدعوى الأساسي" أنَّ المحاكم تتخذ نهجًا أكثر موضوعية ، وعلى أساس كلّ قضية على حدة لتقييم قابلية تطبيق أحكام شرط مفترق الطريق FITR على الدعاوى ذات الصلة التي تمّ الاستماع إليها أمام المحاكم المحلية بدلاً عن ذلك ، في الاعتراف ضمنيًا باستمرار التمييز بين الدعاوى الناشئة عن الوقائع نفسها ، قد يؤدي النهج الجديد بوضوح إلى إعادة ترتيب دلالي للدعاوى ، التي قد تُرفع أمام المحاكم المحلية في مقابل تلك التي قد تُرفع أمام المحاكم الدولية[٥٩] .

وأكد المحكم بولسون Jan Paulsson أنَّ الأرضية المشتركة التي مفادها أنَّ الاختبار ذا الصلة هو ما إذا كان "الموضوع الأساس للادعاء" المطلوب تقديمه أمام المحاكم الدولية مستقلًا عن الدعاوى ، التي تمّ الاستماع إليها في أيّ مكان آخر "، يتطلب إنشاء موضوع متطابق أو أساس أكثر من مجرد تأكيد على أنَّ الأساس الوقائعي والتعويض المطالب به متماثلان ومع ذلك ، فإنَّ التأكيد على أنَّ دعوتين ليس لهما الموضوع الأساس نفسه يتطلب أكثر من مجرد اعتماد افتراض أنَّ الدعوى أمام هيأة التحكيم تتمّ بموجب معاهدة ، في حين إنَّ الآخر أمام محكمة محلية يتمّ بموجب عقد ، أو قانون محلي ، والاثنان مختلفان تلقائيًا وبطبيعتهما[٦٠] ، والقضايا التي تبنت هذا المعيار مؤخرا هي :

أولا: قضية Vivendi v. Argentina [٦١]

وفي هذه القضية ، أبرم المدعون عقد امتياز للمياه والصرف الصحي مع مقاطعة توكومان الأرجنتينية، نشأت خلافات عدّة فيما يتعلق بأداء هذا العقد ، وبدأ والمدعون في نهاية المطاف إجراءات التحكيم ICSID ، وادعوا خرق معاهدة الاستثمار من قبل الحكومة الفدرالية ومقاطعة توكومان، واعترضت الأرجنتين على اختصاص هيأة التحكيم من الأصل ، على أساس أنَّ النزاع كان نزاعًا تعاقديًا يكون لمحاكم توكومان الاختصاص الحصري بشأنه بموجب شرط اختيار المحكمة الوارد في العقد، ورفضت هيأة التحكيم هذا الاعتراض، ورأت أن بند اختيار المحكمة لا يشكل تنازلاً من جانب المستثمرين لتقديم دعاوى المعاهدة أمام هيأة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ومن ثم أيدت التمييز بين المطالبات التعاهدية والعقود، ورفضت هيأة التحكيم المطالبات الفيدرالية، أمّا مطالبات

توكومان فإنَّ هيأة التحكيم بشكل مفاجئ إلى حد ما (وفي تناقض واضح مع اختصاصها القضائي) رفضت النظر فيها ، وأشارت إلى أنَّ هذه الدعاوى يجب أن تنظر فيها المحاكم الإدارية المختصة في توكومان ، وأنَّ محكمة ICSID يمكنها فقط الاستماع إلى الادعاءات ذات الصلة في حالة أنَّ المطالبين "حُرموا من حقوقهم ، سواء من الناحية الإجرائية أم الموضوعية"[٦٢].

وقد ثبت في هذه القضية أنَّ المطلب المفترض بهوية سبب الدعوى يمثل إشكالية خاصة عندما تكون المطالبات بموجب المعاهدة مرتبطة بمطالبات تعاقدية تمّ رفعها أمام المحاكم المحلية[٦٣].

وفي قرار الإلغاء في قضية فيفيندي ضد الأرجنتين لعام ٢٠٠٢ ، انتقدت لجنة الإلغاء النتيجة السابقة التي توصلت إليها محكمة فيفيندي ، ومفادها أنَّ إحالة عقد الامتياز إلى محاكم الأرجنتين لن يؤدي إلى تفعيل شرط مفترق الطرق لاتفاقية الاستثمار الدولية ، فقد أشارت لجنة الإلغاء إلى أنَّ تعريف "النزاع" في المادة ٨ (١) من معاهدة الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وفرنسا (بند تسوية النزاع) واسع للغاية ، إذ تغطي المادة ٨ (١) أيّ نزاع يتعلق بالاستثمارات التي تتمّ بموجب هذه الاتفاقية بين طرف متعاقد ومستثمر من الطرف المتعاقد الآخر؛ لذلك رأت اللجنة أنَّ قراءتها حرفياً ، لا تستلزم ذلك أن يدعي المدعي انتهاك معاهدة الاستثمار الثنائية نفسها ، فكان كافياً أن يتعلق النزاع باستثمار تمّ إجراؤه بموجب الاتفاقية ، ينص بند مفترق الطريق في المادة ٨ (٢) من معاهدة الاستثمار الثنائية على أنَّه "بمجرد أن يقدم المستثمر النزاع إما إلى السلطات القضائية للطرف المتعاقد المعني أو للتحكيم الدولي ، فإنَّ اختيار أحدهما أو الآخر يكون نهائيا "، ورأت اللجنة أنَّ التعريف الواسع للنزاع تمّ دعمه من خلال بند مفترق الطرق أيضًا، فإذا جاءت الدعوى المرفوعة أمام محكمة وطنية ضمن معنى النزاع الوارد في المادة ٨ (١) ، فسيتم تطبيق بند مفترق الطرق في المادة ٨ (٢)، وبتطبيق هذا على الوقائع المعروضة عليها ، رأت اللجنة أنَّ الدعوى المرفوعة أمام المحاكم الإدارية في توكومان من قبل فيفيندي ضد مقاطعة توكومان لخرق عقد الامتياز الخاص بها يمكن أن تكون نزاعًا بالمعنى الواسع للنزاع في المادة ٨ (١))،

وهكذا فإنَّ الدعوى المرفوعة إلى محاكم توكومان يمكن أن تؤدي أيضًا إلى تفعيل بند مفترق الطرق في المادة ٨ (٢) وتشكل اختيارًا "نهائيًا" للمحكمة والاختصاص القضائي[٦٤].

وقد أكدت لجنة الإلغاء يجب التمييز بين خرق المعاهدة وخرق العقد وأنَّ هذه تتعلق بمعايير مستقلة: فربما تخرق الدولة المعاهدة من دون خرق العقد ، والعكس صحيح، فإذا كان هناك خرق لمعاهدة الاستثمار الثنائية ، وخرق للعقد فهما سؤالان مختلفان، إذ لا يمكن أن يعمل وجود بند الاختصاص الحصري في العقد بين المدعي والدولة المدعى عليها بوصفه عائقاً لتطبيق معيار المعاهدة، فلا يمكن لدولة أن تعتمد على شرط الاختصاص القضائي الحصري في العقد لتجنب وصف سلوكها بأنَّه غير قانوني دوليًا بموجب معاهدة[٦٥].

وقد أرسى هذا القرار المبدأ القائل إنَّ شرط اختيار المحكمة في العقد الذي يشير إلى المحاكم المحلية لن يلغي اختصاص المحكمة الدولية على أساس المعاهدة، والرأي الحاسم هو أنَّ المطالبات التعاقدية والمطالبات بموجب المعاهدة لها أساس قانوني مختلف[٦٦].

وخلصت اللجنة إلى أنَّ بدء مثل هذه الإجراءات من شأنه أن يشكل للوهلة الأولى اختيارًا للمحكمة المختصة بموجب شرط مفترق الطريق الخاص بمعاهدة الاستثمار الثنائية[٦٧].

ثانيا: قضية [٦٨] Pantechniki v Albania

أبرمت شركة Pantechniki اليونانية ، عقودًا مع الدولة الألبانية لبناء طرق وجسور في ألبانيا في عام ١٩٩٧ ، وتمّ اجتياح موقع العمل ونهب من قبل مثيري الشغب أثناء أعمال الشغب ، التي اجتاحت البلاد وتمّ تخصيص مخاطر الخسائر الناجمة عن الاضطرابات المدنية لمديرية الطرق العامة التابعة للحكومة الألبانية ، وقدرت لجنة خاصة أنشأتها المديرية العامة للطرق خسائر Pantechniki بمبلغ ١,٨ مليون دولار فقط ، التي رفضت وزارة المالية دفعها على الرغم من ذلك، وبدأت Pantechniki التقاضي في المحاكم الألبانية لإنفاذ حقها التعاقدي في التعويض، ورفضت محاكم المقاطعات الألبانية ، ومحكمة الاستئناف ادعاءات بانتيتشينكي على أساس أنَّ الأحكام التعاقدية التي تحدد مخاطر الخسائر لمديرية الطرق العامة تتعارض مع السياسة العامة الألبانية، واستأنفت Pantechniki القرار أمام المحكمة العليا لألبانيا لكنّها سحبت استئنافها قبل الفصل في القضية ، واختارت بدلا عن ذلك تحكيم الاكسيد في ٢٠٠٧ بدعوى حدوث انتهاكات لمعاهدة الاستثمار الثنائية[٦٩].

وكان المدعي قد قدم دعواه أولاً إلى المحاكم الألبانية ، لكنه حاول اعتماد التمييز بين مطالبة المعاهدة والمطالبة التعاقدية التي سبق قبولها من قبل مجموعة طويلة من محاكم المركز الدولي ؛ لتسوية منازعات الاستثمار للإصرار على أنَّه ليس النزاع نفسه ، الذي قدمه سابقًا للمحاكم الألبانية، وعدّت محكمة التحكيم أنَّ المعيار المناسب هو ما إذا كانت القاعدة الأساسية للدعوى المطلوب تقديمها أمام المحكمة الدولية مستقلًا عن المطالبات التي تمّ الاستماع إليها في مكان آخر أم لا.

ورأى جان بولسون "المحكم الوحيد" أنَّ ادعاءات المدعي غير مقبولة على أساس أنَّها مدرجة في الدعوى المرفوعة أمام المحاكم الألبانية ، وهكذا تمّ استبعادها من اختصاص ICSID بموجب شرط مفترق الطريق في معاهدة الاستثمار الثنائية الذي جعل اختياره للمحاكم المحلية نهائيا.

وذهب بعضهم إلى أنَّه كانت هذه المرة الأولى التي تمّ فيها تطبيق مفترق الطرق في هذه القضية (Pantechniki ضد ألبانيا) ، فقد قررت هيأة التحكيم أنَّ هذا البند يمنح المستثمر خيارًا غير قابل للنقض بشأن ما إذا كان يريد ، في حال النزاع ، اتخاذ إجراء عن طريق بدء إجراءات تحكيم الاستثمار أو ما إذا كان يريد التماس الانتصاف في المحاكم المحلية للدولة المضيفة. بدأ المستثمر في هذه القضية أولاً إجراءات أمام المحاكم المحلية دون جدوى ، وبعد ذلك قدم دعوى بموجب معاهدة الاستثمار المشترك بين ألبانيا واليونان ، التي احتوت على شرط مفترق الطريق ، فقد رفضت هيأة التحكيم القاعدة الأساسية لاختبار الدعاوى الذي اقترحته ألبانيا واستند إلى معيار "نفس المسند الوقائعي" و "طلب الانتصاف نفسه"، وفي تفسير معيار القاعدة الأساسية ، من أجل تحديد ما إذا كان بند مفترق الطرق ينطبق في هذه الحالة ، رفضت هيأة التحكيم التمييز بين دعوى العقد / المعاهدة ، ورأت أنَّ شرط مفترق الطريق كان قابلاً للتطبيق، ووجدت أنَّ شكوى المدعي ناشئة عن الاستحقاق نفسه المزعوم ، الذي تذرعت به في المناقشة التعاقدية مع السلطات الألبانية، واختار المدعي رفع هذه المسألة إلى المحاكم الألبانية، ولا يمكنها الآن أن تتبنى نفس القاعدة الأساسية نفسها ، التي اعتمدها أساس المطالبة بالمعاهدة[٧٠].

ويجب ملاحظة أنَّ المحكم الوحيد قدم حكم شرط مفترق الطريق FITR الخاص به على أنَّه يتفق مع السوابق القضائية الراسخة ، مع ملاحظة أنَّ انطباق معيار القاعدة الأساسية كان "أرضية مشتركة" وأنَّ هذا المعيار "قد تمّ تأكيده وتطبيقه في كثير من الحالات السابقة "، وهذا بالطبع ليس صحيحا ، فإنَّ النُهج السائدة ، التي لم يتمّ الاعتراض عليها إلى حد كبير، وتّم اتباعها في القرارات السابقة هي اختبار الهوية الثلاثية والنهج القائم على التمييز بين المطالبات بموجب المعاهدة والعقد؛ لذلك يجب جعل حكم التحكيم في Pantechniki على أنَّه يمثل خروجًا كبيرًا عن هذه الأحكام السابقة[٧١].

ويرى آخرون أنَّ قضية Pantchiniki قد تضفي تأثيرًا عمليًا في بنود مفترق الطرق من خلال مطالبة الأطراف بالنظر في "موضوع الدعاوى" بدلاً عن تحديد "طابعها القانوني" على أنَّه إما دعاوى تعاقدية أو تعاهدية[٧٢].

ثالثا: قضية (٢٠١٤) H&H Enterprises Investments v. Egypt[٧٣]

يتعلق النزاع بعقد إدارة وتشغيل ("MOC") أبرم بين H&H وشركة Grand Hotels of Egypt وهي شركة مملوكة للحكومة المصرية ، بشأن منتجع على خليج السويس، بعد إجراءات التحكيم والمحاكمة في مصر ، بدأ المدعي إجراءات التحكيم ICSID في عام ٢٠٠٩ بموجب المعاهدة مدعيا ، من بين أمور أخرى ، أنَّ مصر طردت شركة H&H من المنتجع ، ورفضت الاعتراف بخيارها لشراء عقار المنتجع ("خيار الشراء") ، وبذلك انتهكت مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ، ونزع الملكية ، والحماية الكاملة ومعايير الأمن للمعاهدة، وزعم المدعي أيضا إنكار العدالة ، والحرمان من الوسائل الفعالة فيما يتعلق بالإجراءات المحلية[٧٤].

وأدت هذه الخلافات إلى كثير من الإجراءات القضائية والتحكيمية، وبدأت Grand Hotels إجراءات التحكيم في القاهرة (على ما يبدو وفقًا لشرط التحكيم التعاقدي) ، مدعية أنَّ H&H قد انتهكت العقد بين الطرفين ، وأنَّ العقد قد تمّ إنهاؤه من جانبها ، وبدأت H&H قضيتين في المحاكم المصرية: الأولى تتعلق بدعوى خرق للعقد بناءً على رفض Grand Hotels قبول خطط تطوير H&H ، وتدخلها المزعوم في عملية الترخيص ؛ والثاني يتعلق بخيار H & H المزعوم للشراء[٧٥].

في إجراءات التحكيم ICSID التي رفعتها H&H بعد طردها من المنتجع ، أثارت مصر عددًا من الاعتراضات القضائية ، بما في ذلك اعتراض على أساس شرط مفترق الطريق FITR الوارد في معاهدة الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة، ومصر BIT مع الأخذ في الاعتبار أنَّ هذا الاعتراض كان "وثيق الصلة بموضوع الدعوى" ، وقررت هيأة التحكيم التعامل مع اعتراض المدعى عليه في قرارها بشأن الأسس الموضوعية في قرارها ، ورفضت هيأة التحكيم تطبيق اختبار الهوية الثلاثي ، مشيرة إلى أنَّ مثل هذا الاختبار لم يتمّ النص عليه صراحةً في بند مفترق الطريق FITR للمعاهدة ، وأنَّ تطبيق هذا المعيار "من شأنه أن يلغي الغرض من المادة السابعة من المعاهدة بين الولايات المتحدة ومصر BIT (فقرة FITR) ، التي تهدف إلى ضمان عدم التقاضي بشأن النزاع نفسه في محافل مختلفة" ، وأوضحت هيأة التحكيم أنَّ "ما يهم هو موضوع النزاع" ، وأيدت صراحةً اختبار القاعدة الأساسية الذي تمّ وضعه في قضية Pantechniki ، وخلصت هيأة التحكيم إلى أنَّ هذه الادعاءات تشترك في القاعدة الأساسية نفسها، وأنَّ المستثمر تمّ منعه من تقديم المطالبات ذات الصلة إلى محكمة تسوية منازعات الاستثمار[٧٦]، فقد ثبت أنَّ المطلب المفترض بهوية سبب الدعوى يمثل إشكالية خاصة عندما تكون المطالبات بموجب المعاهدة مرتبطة بمطالبات تعاقدية تمّ رفعها أمام المحاكم المحلية [٧٧]، وخلص قرار التحكيم إلى أنَّ المحكمة تفتقر إلى الولاية القضائية على النزاع ؛ لأنَّ تقديم H & H السابق للمطالبات "بنفس الأساس الأساسي" إلى هيأة تحكيم بموجب عقد الإدارة والتشغيل ، وإلى المحاكم المصرية ، قد أدى إلى تفعيل شرط مفترق الطريق[٧٨].

الخاتمة

وفي خاتمة المطاف توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات:

١ ـ تصب حماية الاستثمارات في مصلحة الدول المضيفة ؛ لأنَّها تنشئ إطارًا يسهل تدفق الموارد اللازمة للتنمية الاقتصادية ، ومن أهم سبل الحماية الفاعلة للاستثمارات (سواء للمستثمر الأجنبي والدولة المضيفة) هو ابرام اتفاقيات الاستثمار الثنائية، إلّا أنَّ إيجاد توازن مناسب بين مصالح الدول المضيفة ومصالح المستثمرين الأجانب مهمة صعبة ، ليس من

السهل تحقيقها ، ولا يمكن تجنب النزاع حتى في حال وجود اتفاقيات الاستثمار الثنائية BIT.

٢ ـ أظهرت هذه الدراسة أنَّ معاهدات الاستثمار الثنائية الحديثة تحتوي على شرط مفترق الطرق ، الذي يتطلب أن يقوم المستثمر بالاختيار بين نظام تسوية منازعات الاستثمار للدولة المضيفة والتحكيم التجاري أو الاستثماري الدولي.

٣ ـ يمثل إصدار الأحكام المختلفة في تطبيق شرط مفترق الطريق FITR وتفسيره من قبل محاكم التحكيم المختلفة ، مع وجود الاختلافات الطفيفة في لغة البنود المتشابهة جوهريًا، يمثل عقبة أمام تطوير ثوابت الفقه، فقد سعت محاكم التحكيم عادة إلى اعتماد أحكام القرارات السابقة.

٤ ـ توصلت هذه الدراسة وبعد التطبيقات العملية أنَّ تطبيق الأحكام الواردة في معاهدات الاستثمار الثنائية يمكن أن يؤدي إلى طرح أسئلة ذات تعقيد مفاجئ ، فقد أدى الاحتجاج بشرط مفترق الطريق FITR إلى قرارات متضاربة على نطاق واسع ، وقد أظهرت السوابق القضائية أنَّ هناك نهجين هامين طبقتهما محاكم التحكيم هما المنهج الشكلي ، والمنهج الموضوعي ، وقد قيمت هذه الدراسة هذه المناهج المتناقضة.

٥ ـ ينبغي على واضعي صياغة معاهدات الاستثمار الثنائية معالجة بعض المشاكل ، التي تمّ توضيحها في هذه الدراسة فيما يتعلق بتضمين المعاهدة شرط مفترق الطريق ؛ لأنَّ تحسين صياغة معاهدات الاستثمار الثنائية يعدّ حلاً واقعياً للاختلافات المستقبلية ، وأنَّه يقدم رؤى مفيدة ، وواضحة لمفسري المعاهدات ومطبقيها.

٦ ـ نوصي صائغي معاهدات الاستثمار الثنائية في العراق توخي الدقة في تضمين المعاهدة شرط مفترق الطريق والنص على أن يكون اختيار أحد سبل الانتصاف نهائيا، لاسيما بعد أن ابرمت الحكومة العراقية كثيراً من اتفاقيات الاستثمار الثنائية ، والمتضمنة شرط مفترق الطريق.

٧ ـ يتعيّن على محاكم التحكيم الدولية أن تضع معايير واضحة في تفسير معاهدات الاستثمار الثنائية ، تحقق التوقعات المشروعة للمستثمرين في الحماية القضائية ، وفي الوقت نفسه ، تحترم مخاوف الدول المضيفة التي تواجه إجراءات تحكيم مرهقة ، ومكلفة.

المصادر والمراجع

[1] Spiermann, Ole. "Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties." Arbitration International 20, no. 2 (2004): 179-180.

[٢] حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية : تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٢ ، ص٢٥٧.

[٣] احمد كاظم الساعدي، حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، الطبعة الأولى ٢٠٢٠، ص ١٦٨-١٦٩.

[٤] انظر بحثنا الموسوم: شروط المظلة واثرها في قرارات تحكيم الاستثمار الدولية ، مجلة رسالة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية عشر،٢٠٢٠.

[5] Bonnitcha, Jonathan, Lauge N. Skovgaard Poulsen, and Michael Waibel (2017).P. 60-62; see also, Schreuer, Christoph. "Consent to arbitration." Handbook of International Investment Law (2008).; Moses, Margaret L. "Challenges for the Future-The Diminishing Role of Consent in Arbitration." YB on Int'l Arb. 4 (2015): 19; Nolan, Michael D., and Frédéric G. Sourgens. "Limits of consent-arbitration without privity and beyond." Liber Amicorum Bernardo Cremades (Kluwer: 2010) (2010).

[6] Ibid.

[7] Kozyakova, Anna. Foreign Investor Misconduct in International Investment Law. Springer, 2021. P.٢٩.

[8] Ibid.p,30.

[9] Valenti, Mara. "The Scope of an Investment Treaty Dispute Resolution Clause: It is Not Just a Question of Interpretation." Arbitration International 29, no. 2 (2013): 245.

[10] A. Reinisch, "II. 43 Fork-in-the-Road Provisions," in Elgar Encyclopedia of International Economic Law: Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 280-281; Christoph Schreuer, 'Travelling,231; A. X. Fellmeth and M. Horwitz, Guide to Latin in international law. Oxford University Press, 2009.p. 87.

[11] M. A. Petsche, "The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash between Formalistic and Pragmatic Approaches," Wash. U. Global Stud. L. Rev., vol. 18, p. 395, 2019; Magnarelli, Martina, and Andreas R. Ziegler. "Irreconcilable perspectives like in an Escher's drawing? Extension of an arbitration agreement to a non-signatory state and attribution of state entities' conduct: privity of contract in Swiss and investment arbitral tribunals' case law." Arbitration International 36, no. 4 (2020): 515.

[12] G. Van Harten, "Arbitrator behaviour in asymmetrical adjudication: an empirical study of investment treaty arbitration," Osgoode Hall LJ, vol. 50, p. 267, 2012.

[13] Wang, Xiangxiu, and Yawen Zhang. "ICSID's Jurisdiction over Arbitration of Transnational Investment Treaties of State-owned Enterprises—From "Beijing Urban Construction Group v. Yemeni Government" Case Concerning Jurisdiction." (2019).p,620.

[14] Furculita, Cornelia, Fork-in-the-Road Clauses in the New EU FTAs: Addressing Conflicts of Jurisdictions with the WTO Dispute Settlement Mechanism (March 8, 2019). CLEER Paper Series, T.M.C. Asser Institute for International & European Law 2019/1, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3352436.p11.

[15] C. Schreuer, "Travelling the BIT route: of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road," The Journal of World Investment & Trade, vol. 5, no. 2, pp. 239, 2004.

[16] M. D. Brauch, "Exhaustion of local remedies in international investment law," International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, Best Practices Series, 2017.p.2.

[17] Furner, Courtney, and Claire Sergaki. "The WTO's Exclusive and Compulsory Jurisdiction v. Dispute Resolution Mechanisms in Regional Trade Agreements: A Clash of Jurisdiction?." Global Trade and Customs Journal 15, no. 1 (2020).p,26.

[18] J. Pohl, K. Mashigo, and A. Nohen, "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey," Transnational Dispute Management (TDM), vol. 9, no. 7, 2012.p.12.

[19] G. Kaufmann-Kohler and M. Potestà, Investor-state Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options. Springer Nature, 2020.p. 29-30.

[20] https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/2948/south-africa---zimbabwe-bit-2009- (Accssed on June 2021)

[21] Ibid.

[22] Bonnitcha, Jonathan, Lauge N. Skovgaard Poulsen, and Michael Waibel. The political economy of the investment treaty regime. Oxford University Press, 2017.P. 82.

[23] Dolzer and Schreuer (2012), p. 235.

[24] Ibid.

[25] A. Kozyakova, Foreign Investor Misconduct in International Investment Law. Springer, 2020. P.90.

[26] S. Wei, "Guarding the Great Wall? —jurisprudential review of treaty interpretative tools in Chinese BIT-based arbitration cases," Arbitration International, 2020.p.28.

[27] Kaufmann-Kohler, Gabrielle, and Michele Potestà. Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options. Springer Nature, 2020.P. 36.

[28] Paparinskis, Martins. "Investment arbitration and the law of countermeasures." (2008).p.11.

[29] For more detail see, James Crawford, Treaty and Contract in Investment Arbitration, 24 ARB. INT'L (2008), P.351.

[30] Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law (2d ed. 2012), P.276.

[31] Schreuer, Christoph. "Interaction of international tribunals and domestic courts in investment law." In Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers (2010), Brill Nijhoff, 2011.pp. 78-79.

[32] Pauker, Saar A. "Admissibility of claims in investment treaty arbitration." Arbitration International 34, no. 1 (2018): p.45.

[33]James Crawford, (2008) 24(3)pp.360.

[34] CMS Gas Transmission Co. v. Republic of Arg., ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Objections to Jurisdiction (July 17, 2003), 7 ICSID Rep. 492 (2003). https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0183.pdf

[35] Ibid. Para, 80.

[36] Alexander Bedrosyan, 'The Asymmetrical Fork-in-the- Road Clause in the USMCA: Helpful and Unique', Kluwer Arbitration Blog, October 29 2018, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/29/usmca/ (accessed on June 2021).

[37] Schreuer, Cristoph H., L. Malintoppi, A. Reinisch, and A. Sinclair. "The ICSID Convention: a commentary. NY." (2009). P. 403.

[38] Enron Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction (Jan. 14, 2004), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0290.pdf.

[39] Schreuer, Christoph. "Interaction of international tribunals and domestic courts in investment law." In Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers (2010), pp. 71-94. Brill Nijhoff, 2011. P.79.

[40] Occidental Expl. & Prod. Co. v. Republic of Ecuador, Case No. UN 3467, Final Award, (London Ct. Int'l Arb. 2004). https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf.

[41] Ibid. para, 39-40.
[42] Ibid. para, 60.
[43] Bernardo M. Cremades and Ignacio Madalena, "Parallel Proceedings in International Arbitration," Arbitration International 24, no. 4 (2008): P. 508.
[44] S.A.R.L. Benvenuti et Bonfant v. People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/2, Award (Aug. 8, 1980), 21 I.L.M. 740 (1982).
[45] M. A. Petsche, p.٤٠٦.
[46] Janeþková, Pavlína. "Lis Pendens before national and arbitration courts." cit 2016 (2017):p,292.
[47] Nový, Zdeněk. "Lis Pendens between Internatioanl Investment Tribunals and National Courts." Česká ročenka mezinárodního práva veřejného a soukroméno 8 (2017).p.537.

[48] Bernardo M. Cremades and Ignacio Madalena, "Parallel Proceedings in International Arbitration," Arbitration International 24, no. 4 (2008): P. 509.
[49]McLachlan, Campbell. Lis pendens in international litigation. Brill, 2009. P,117.
[50] CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL

[51] Hassan, S.Y.E.D., International Arbitration And The Doctrine Of Lis Alibi Pendens.٢٠٢٠.p.11.
[52] Hobér, Kaj. Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration. Martinus Nijhoff, 2014.p,311.
[53] Société Générale de Surveillance S.A. (Claimant) versus Islamic Republic of Pakistan (Respondent) ICSID CASE No. ARB/01/13 SGS (Decision of Th e Tribunal on Objections To Jurisdiction), para 182.
[54] MULLEN, Stephanie, WHITTSIT, Elisabet, 'ICSID and Legislative Consent to Arbitrate: Questions of Applicable Law ' (2017) 32 ICSID Review 92-115.
[55] Toto Costruzioni Generali S.P.A. v. The Republic of Leb., ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction (Sept. 11, 2009),
[56] Toto Costruzioni v Lebanon. para.
[57] M. A. Petsche, p.409.

[58] Yusuf Islam Özkan, fork in the road clause, available at: https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-fork-in-the-road (Accessed on August 2021).

[59] Norton Rose Fulbright, Fork-in-the-Road clauses: Divergent paths in recent decisions, issue 5, October 2015, available at: https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/0bd10ad8/fork-in-the-road-clauses (Accessed on August 2021).

[60] Pantechniki S.A. Contractors & Eng'rs (Greece) v. Republic of Alb., ICSID Case No. ARB/07/21, Award (July 29, 2009),Para, 61.

[61] Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 , Award (Nov. 21, 2000), 16 ICSID Rev. 641 (2001),available at: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C159/DC548_En.pdf;

Vivendi, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment (July 3, 2002), 6 ICSID Rep. 340 (2004), available at: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C159/DC552_En.pdf.

[62] M. A. Petsche, p.٤١٣.

[63] Kaufmann-Kohler, Gabrielle, and Michele Potestà. Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options. Springer Nature, 2020.p.43.

[64] Marshall, Fiona. Risks for Host States of the Entwining of Investment Treaty and Contract Claims: Dispute Resolution Clauses, Umbrella Clauses, and Forks-in-the-road. International Institute for Sustainable Development, 2009.p.18.

[65] Compania de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi Universal (formerly Compagnie Generale des Eaux) v. Argentine Republic, Decision on Annulment, 3 July 2002, 6 ICSID Reports 340, paras. 95, 96, 101, 103.

[66] Schreuer, Christoph. "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims–the Vivendi I Case Considered." International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law (2005): 282-290.

[67] Vivendi, 6 ICSID Rep. 55, Decision on Annulment.

[68] Pantechniki S.A. Contractors & Eng'rs (Greece) v. Republic of Alb., ICSID Case No. ARB/07/21, Award (July 29, 2009).

http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C113/DC1133_En.pdf.

[69] Pantechniki S.A. Contractors & Eng'rs (Greece) v. Republic of Alb., ICSID Case No. ARB/07/21, Award (July 29, 2009),Para,12-17.

[70] DOLEA, Sorin. "Effect of Forum Selection Clauses in Investment Arbitration." Studia Universitatis Moldaviae-Științe Sociale 8 (128) (2019). P,127.

[71] M. A. Petsche, p.417.

[72] Anthony Sinclair, Allen & Overy LLP, Fork-in-the-road provisions in investment treaties , 4 Nov. 2009 , available at: https://www.allenovery.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/fork-in-the-road-provisions-in-investment-treaties (Accessed on August 2021) .

[73] H&H Enters. Invs., Inc. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/09/15, Award (May 6, 2014) available at ita1012.pdf (italaw.com) (Accessed August 2021).

[74] H&H v. Arab Republic of Egypt, Factual Background.

[75] M. A. Petsche, p.417

[76] Ibid.

[77] . Kaufmann-Kohler and M. Potestà, P,42.

[78] H&H v. Arab Republic of Egypt, Factual Background.