ISSN: 2663-5798 || Arab Journal for Scientific Publishing

الإصدار الثامن – العدد الرابع والثمانون
تاريخ الإصدار: 2 – تشرين الأول – 2025م
www.ajsp.net

"تعسف المستثمر الأجنبي في عقود الاستثمار"

إعداد الدكتور

عبد الحسين وحيد عبد الحسين

https://doi.org/10.36571/ajsp8419

الإصدار الثامن – العدد الرابع والثمانون
تاريخ الإصدار: 2 – تشرين الأول – 2025م
www.ajsp.net
ISSN: 2663-5798 || Arab Journal for Scientific Publishing

الملخص:

يندرج هذا العمل تحت حماية الحق الإجرائي من التعسف، حيث يعني تعسف المستثمر الأجنبي، استعمال حقه بموجب عقد الاستثمار بصورة منافية للغاية التي رسمها المشرع عند تشريعه للحقوق الإجرائية.

وتتعدد صور تعسف المستثمر الأجنبي فغالباً ما يكون المستثمر الأجنبي عبارة عن شركة متعددة الجنسيات، أو يضم عدة شركات، وقد تتخذ إحدى الشركات إجراءات التحكيم ضد الدولة المضيفة للاستثمار متذرعة بأنها انتهكت معاهدة الاستثمار الثنائية الموقعة مع دولة المستثمر، فحين تقوم بقية الشركات باتخاذ إجراءات تحكيم متذرعة بذات الأسباب، ومطالبة بالتعويض لذات الأسباب فنصبح أمام عدة مطالبات بالتعويض لذات الأسباب وهذا يعد تعسفاً من قبل المستثمر الأجنبي.

وقد يدفع المستمثر الأجنبي بأن العقد مع الدولة المضيفة هو عقد استثماري، في حين أنه غير استثماري فيكون المستثمر الأجنبي متعسفاً باستعمال حقه في التحكيم، وقد يقوم المستثمر الأجنبي بهيكلة الشركة أو دمجها ثم يدفع بأن الشركة الجديدة لم تتفق على التحكيم. وقد يقوم المستثمر بالتلكؤ في تنفيذ عقد الاستثمار ثم يطالب بالتعويض على الرغم من عدم قيامه بالتزاماته بموجب العقد.

الكلمات المفتاحية: تعسف – المستثمر – الأجنبي – عقود – الاستثمار.

المقدمة

أولاً– التعريف بالحق

يُعرف الحق "بأنه ميزة يخولها القانون لشخص ما ويحميها بوسائله، ويعترف لصاحب الحق بالتصرف في حقه بكافة التصرفات باعتباره مملوكاً له أو مستحقاً له".

ويستمد هذا التعريف بياناته من عناصر الحق الأساسية وخصائصه في الاستئثار، والتسلط واحترام الغير له، والحماية القانونية، ولكن لا يتم احترام الغير للحق إلا بالحماية القانونية المقررة، والتي أبرز وسائلها الدعوى، حيث كفلت جميع دساتير دول العالم الحق في الدعوى، والذي أصبح مبدأ دستورياً، وإنْ لكل فرد الحق في الرجوع إلى قاضيه الطبيعي [1].

[1] تتعدد المذاهب في تعريف الحق، فالمذهب الشخصي ينظر إلى الحق من ناحية صاحبه "الشخصي" ويقوم على أساس أنَّ أرادة صاحب الحق هي العنصر الجوهري في الحق ويعرفه بأنه "سلطة إرادية أو قدرة يخولها القانون للشخص".ومن أنصاره الفقه سالبني، أما المذهب الموضوعي والذي من أبرز أنصاره الفقيه إهرنك، فينظر إلى الحق من خلال موضوعه ويعرفه بأنه المصلحة التي يحميها القانون فالعنصر الجوهري هي المصلحة أو الفائدة التي تعود على صاحب الحق ويضيف لها عنصراً آخر هو الحماية القانونية، وبذلك يتكون الحق من عنصرين أحدهما موضوعي وهي المصلحة والآخر شكلي وهي الحمابة القانونية.
أما المذهب المختلط، فيجمع بين عنصري الإرادة والمصلحة، فيعرف الحق من ناحية صاحبه فيرون فيه عنصر الإرادة ومن ناحية موضوعية فيرون عنصر المصلحة، ولكن أنصار هذه النظرية اختلفوا حول تعليب أي من العنصرين على الآخر.
أما النظرية الحديثة والتي يقول بها الفقيه دايان، فهي التي نصها في المتن أعلاه.
ينظر: أ. د. محمد حسن قاسم، ود. محمد السيد الفقي، أساسيات القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون سنة نشر، ص152. ينظر كذلك: د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1992، ص19 وما يليها.

ثانياً– تعريف التعسف:

لم يعرّف القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 ولا القوانين المقارنة، التعسف باستعمال الحق، لكنه أكّد في المادتين السادسة والسابعة من القانون أعلاه وفي الباب التمهيدي على استعمال الحقوق ومسألة التعسف باستعمالها، وبذلك جعل مسألة التعسف باستعمالها مبدأ عاماً يسرى على استعمال الحقوق بشكل عام لا فرق بين حق عيني وحق شخصي ولا حق موضوعي أو حق إجرائي ولا حق مادي أو حق معنوي "ذهني"[2].

فقد نصت المادة (6) من القانون المدني العراقي بما يلي: "الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائز لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر".

أما المادة السابعة فقد حددت معيار استعمال الحق بشكل عام حيث نصت:

1– من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان.
2– ويصبح الاستعمال الحق غير جائز في الأحوال التالية[3]:
أ– إذا لم يقصد بهذ الاستعمال سوى الإضرار بالغير.
ب–إذا كانت المصالح التي يرمى هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
ج– إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة ولم يكتف المشرع العراقي بذلك بل أورد لنظرية التعسف في استعمال الحق تطبيقات في قانون الإثبات، في نص المادتين (5، 115/ ثانياً)، وقد خلا قانون المرافعات العراقي من النص على نظرية التعسف أما المشرع المصري، فقد أورد نظرية عامة للتعسف وذلك في المادة (3) من قانون المرافعات المدنية والتجارية وأورد لها تطبيقات متفرقة.

أما التعريف الفقهي للتعسف، فقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للتعسف في استعمال الحق، فتراوح تعريفهم للتعسف بين اعتقادهم بأنَّ التعسف هو خروج عن حدود الحق أو نوع من الخطأ التقصيري.

وعليه يمكن تعريف التعسف في استعمال الحق "الانحراف عن الغاية المشروعة المتمثلة في المصلحة التي يبتغيها القانون من تنظيمه وحمايته للحق بحيث تتجاوز بشكل واضح وكبير ما يصيب الغير من ضرر أو استخدام الحق في غير ما شرع له للإضرار بالغير[4]، يرى الفيلسوف بلانيول ان الحق ينتهي عندما يبداء التعسف فيجب ان لا يوجد الاسعمال التعسفي للحق لان نفس الفعل لا يمكن ان يكون موافقاً للقانون ومخالف له في نفس الوقت والتعسف لا يقوم عند استعمال الحق وانما ينشئ عند تجاوز حدود هذا الحق الذي اقره ورسم حدوده المشرع اما المشرع اللبناني فقد وضع معيار عام تضمنته المادة 124 من قانون الموجبات والعقد حيث تنص (يلزم ايضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه في اثناء استعمال حقه عن حدود حسن النية أو الغرض الذي من اجل منح هذا الحق ويلاحظ بأن المشرع اللبناني وإن جاء بمبدأ عام للتعسف (الانحراف عن الغاية التي من اجلها شرع الحق) إلا أنه جاء بمبدا اخر هو

[2] إنَّ قانون المرافعات المدنية العراقي كان جزءاً من القانون المدني قبل أنْ ينظم المشرع أحكامه في قانون مستقل.
[3] ينظر نص المادتين (6، 7) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وتعديلاته.
[4] ينظر: د. علي عبيد الحديدي، التعسف باستعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص126.

حسن النية وقد أورد المشرع بعض التطبيقات لنظرة التعسف منها نص المادة 248 قانون الموجبات والعقود بشأن الفسخ التعسفي للعقد والمادة 584 موجبات وعقود والمادة 822 موجبات وعقود [5].

ثالثاً– موضوع البحث:

إن تعسف المحكم يقصد به استعماله لسلطته في الفصل في النزاع والذي انتخبته الأطراف المتنازعة للفصل فيه. وأقرته القوانين التحكيمية بشكل يعارض الغرض أو الهدف الذي من أجله شرعت هذه السلطة وأعطيت للمحكم بموجب شروط معينة.

وقد يتخذ التعسف عدة صور منها استقالة المحكم التعسفية قبل المداولة وإصدار الحكم وبعد اتضاح اتجاه المحكمة إلى ضد مصلحة الطرف الذي أنتخبه محكماً فيبادر المحكّم بالاستقالة لإحراج المحكمة، حيث لا يجوز إصدار الحكم من محكمين اثنين، مما لا يسمح به القانون فيتعرض الحكم التحكيمي للإبطال وهذه عقبة كبيرة قد تؤدي بنظام التحكيم برمته، وقد يحبس المحكم القرار التحكيمي ولا يعطيه بحجة الاختلاف مع الأطراف حول الأتعاب.

رابعاً– أهمية البحث:

يبدو أهمية هذا الموضوع من الناحية النظرية في أنه يتعرض لجانب مهم من جوانب القانون الإجرائي، وهو الجانب الخاص بحماية قواعد القانون الإجرائي من التعسف باستعمال الإجراءات التحكيمية، بشكل لا يتفق مع الغاية التي رسمها القانون.

إن لجوء الخصوم إلى المماطلة والتسويف واستخدام الإجراءات التحكيمية لتحقيق نوايا سيئة، تضر بتحقيق العدالة، حيث يؤدي بصاحب الحق إلى الإحجام عن اللجوء إلى التحكيم، وهذه المسألة تؤدي إلى عدم استقرار المعاملات وتؤثر بشكل كبير على تطور التجارة الدولية، وازدهار المجتمع وتقدمه.

وتبدو أهمية البحث "التعسف في التحكيم" في طرح مشكلة حماية الخصم من خصمه المتعسف في استعمال حق التحكيم حيث لا يوجد معيار محدد يمكن التقيد به، فموقف التحكيم التجاري الدولي يعالج هذه المسالة بحلول متفرقة كل حالة على حدة.

وقد وقع الخلاف بين المذهب الفردي الذي يعطي الطبيعة المطلقة لهذه الحقوق ويوفر الحصانة المطلقة التي تعفى من المسؤولية، والمذهب الاجتماعي الذي يرى في الحق ذا وظيفة اجتماعية، ويعطي الطبيعة المختلطة لهذه الحقوق التي تؤدي إلى حصانة محدودة. بحيث تسمح لهذه الحقوق بتأدية دورها في تحقيق الحماية القانونية للحقوق الموضوعية، وقد كتب لفكرة أن الحق ذو طبيعة مختلطة وأن له وظيفة اجتماعية، النجاح، ولذلك أصبح استعمال الحق مشروطاً بحسن النية، أي تقوم المسؤولية التقصيرية للخصم الذي يستخدم الحق الإجرائي بصورة تعسفية.

ويكتسب البحث أهميته من أن المكتبة القانونية العربية تفتقر إلى بحث واحد أو دراسة أو رسالة أو أطروحة دكتوراه في مجال التعسف في التحكيم، وهي بذلك محاولة لصياغة عملية لفكرة التعسف في التحكيم وإيجاد المواطن والثغرات في القوانين الإجرائية التي تؤدي للتعسف.

أما أهمية البحث من الناحية العملية، فهي كثرة النزاعات في مجال التجارة الدولية بعد التطور الهائل الذي شهدته التجارة الدولية ورغبة الدول في إشباع الحاجات المادية لأفرادها، نظراً لتطور أساليب النقل والمواصلات، وإذا علمنا أن معظم عقود التجارة بين الدول

[5] ينظر : د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، مرجع سابق، ص 659.

وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود الاستثمار والإنشاءات تتضمن بند تحكيمي، أو عقد تحكيمي ملحق بالعقد التجاري، فإن ذلك يؤدي إلى كثرة النزاعات التي يستوجب حلها عن طريق التحكيم مع ما لنظام التحكيم من مزايا يفتقدها القضاء.

وتأتي صعوبة البحث في موضوع التعسف من الحصانة التي يتمتع بها الخصم عند استعمال للحق الإجرائي سواء أكان في التقاضي أم في التحكيم، وهذه عقبة أمام اكتشاف التعسف. والصعوبة الأخرى التي تواجه الباحث في موضوع التعسف هي النقص الواضح وندرة الدراسات التي تناولت موضوع التعسف في التحكيم واستعمال الحقوق الإجرائية بشكل يتناسب والغاية التي من أجلها شُرعت هذه الحقوق.

خامساً– إشكالية البحث وخطة الدراسة:

يثير موضوع تعسف المستثمر الأجنبي العديد من الأسئلة:

- ما هو مفهوم التعسف بشكل عام، وتعسف المستثمر الأجنبي في عقود الاستثمار بشكل خاص الذي يعقدها مع الدولة المضيفة للاستثمار.

وسوف نتناول ذلك في مطلب واحد كما يلي:

المطلب الأول

تعسف المستثمر الأجنبي

يثير موضوع تعسف المستثمر الأجنبي الكثير من صور التعسف، وفي عقود الاستثمار تزداد طرق وفرص الخصم سيء النية للنفاذ من خلالها، و ذلك للتعسف باستعمال الحق في التحكيم فالأطراف في عقود الاستثمار هم الدولة المضيفة أو أشخاصها المعنوية العامة، والطرف الآخر شخص طبيعي أو شخص معنوي، وقد يضم الشخص المعنوي عدة شركات وهنا تكمن المشكلة الحقيقية التي تهدد نظام التحكيم، قد تتخذ احدى الشركات إجراءات التحكيم ضد الدولة المضيفة للاستثمار متذرعة بأنها انتهكت معاهدة الاستثمار الثنائية لسبب معين، لكن تقوم بقية الشركات باتخاذ إجراءات تحكيم ضد الدولة المضيفة متذرعة بذات الأسباب ومطالبة بالتعويض لذات الأسباب فتصبح أمام عدة مطالبات بالتعويض لذات الأسباب وهذا يعد تعسفا باستعمال الحق في التحكيم وقد يتخذ المستثمر الأجنبي دفعا بأن العقد مع الدولة هو عقد استثمار وفي الحقيقة ان هذا العقد لا يحقق معنى الاستثمار[6].

(6) لم تعرف اتفاقية واشنطن لعام 1965 الاستثمار، لكن المادة "1/25" من الاتفاقية أعلاه تنص على ((ان اختصاص المركز يشمل أي نزاع قانوني ناشئ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة ومواطن من دولة متعاقدة أخرى والتي يوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز)) لكن بعض المعاهدات الثنائية التي تعقدها الدول فيما بينها كما في المعاهدة الثنائية الموقعة بين جمهورية الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي– اللوكسمبوركي الموقعة في 1991/2/24، والتي دخلت حيز التنفيذ في 2002/10/17 . عرفت الاستثمار في المادة 1 (2) والتي تنص على ((يعتبر استثمارا لأغراض هذا الاتفاق أي نوع من الأصول أو المساهمة مباشرة أو غير مباشرة نقدا أو عينا أو بشكل خدمات موظفة أو معاد توظيفها في أي قطاع نشاط اقتصادي مهما كان وخصوصا لحاجات هذا الاتفاق على سبيل المثال لا الحصر الأملاك المادية وغير المادية واية حقوق عينية أخرى كالتأمينات العقارية والرهونات والتعهدات وحقوق الانتفاع والحقوق المماثلة الأسهم، اسهم الشركات أو اية اشكال أخرى من المشاركات بما فيها المشاركات غير المباشرة في شركات مؤسسة في بلد أي من الفرقاء المتعاقدين

ISSN: 2663-5798 || Arab Journal for Scientific Publishing

فيكون المستثمر متعسفا بالدفع بوجود استثمار . وقد يكون العقد بين الدولة المضيفة والمستثمر هو عقد استثمار الا ان المستثمر لا ينفذ الشروط المطلوبة في عقد الاستثمار كما لو كان لم يساهم برأس مال المشروع الاستثماري وقد يقوم المستثمر بهيكلته الشركة أو دمجها، ثم يدفع بان الشركة الجديدة، لم تتفق على التحكيم، أو حل الشركة وتأسيس شركة أخرى في دولة أخرى ليستفاد من معاهدة ثنائية للاستثمار أو لجعل الاختصاص للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ((الاكسيد)) الذي يوفر حماية للمستثمر الأجنبي.

وسوف نبحث ذلك في:

الفرع الأول : التعسف بالدفع بالتعويض المتكرر والدفع التعسفي بأن العقد استثماري

الفرع الثاني : تعسف المستثمر الأجنبي في تنفيذ عقد الاستثمار وهيكلة الشركة

الفرع الأول

تعسف المستمثر الأجنبي بالدفع بالتعويض المتكرر والدفع التعسفي بأن العقد استثماري

قد يقوم المستثمر الأجنبي بالدفع بالتعويض عن انتهاك الدولة المضيفة لمعاهدة الاستثمار الثنائية فاذا كان المستثمر الأجنبي هو شخص معنوي مكون من عدة شركات، فتدفع كل هذه الشركات المكونة للشخص المعنوي بالتضرر لذات الأسباب التي ادعت بها الشركة الام، أو فرع الشركة الذي اتخذ إجراءات التحكيم لدفعهم بان شرط التحكيم يمتد ((حسب الاجتهاد التحكيمي الدولي)) ليشمل مجموعة الشركات وقد يدفع المستثمر الأجنبي بأن العقد بينه وبين الدولة المضيفة هو عقد استثماري وهو في الحقيقة غير ذلك حيث لا تتوفر شروط العقد الاستثماري، فلم يساهم في رأس المال، المطلوب للاستثمار ويختلف عنصر المخاطرة والمدة الطويلة فلا يجوز تجديد الحكم بالتعويض تحت اي ظرف وسوف نبحث ذلك في:

أولا : التعسف بالدفع بالتعويض المتكرر لذات الأسباب

ثانيا : الدفع التعسفي بأن العقد استثماري

أولا : التعسف بالدفع بالتعويض المتكرر لذات الأسباب

القاعدة الفقهية الراسخة في الأنظمة القانونية، هي عدم جواز التعويض لاكثر من مرة لنفس السبب بين ذات الأطراف فعند صدور حكم بين ذات الأطراف يقرر تعويضا معينا لأحد الاطراف لا يجوز صدور حكم آخر بالتعويض لنفس الأسباب وبين ذات الأطراف حيث ان الحكم الاول يحوز حجية الامر المقضي فيه واستنفاد ولاية القاضي أو المحكم الذي اصدر الحكم فلا يجوز تجديد الحكم تحت اي ظرف[7].

إن طلب المستثمر الاجنبي التعويض لعدة مرات ولكل شركة من مجموعة شركاته لوحدها ولذات الاسباب يمثل تعسفاً باستعمال الحق في الادعاء، فالمشرع أباح الحق في الدعوى، وجعلها مبدأ دستوري، لكي يدافع الأفراد عن حقوقهم المشروعه، واشترط عدم الانحراف عن الغاية التي من أجلها شرعت تلك الحقوق، وفي قضية تتلخص وقائعها في توقيع عقد بين شركة Orascom TMT investments (S.A.R.L) وهي شركه تم تأسيسها وتسجيلها في دولة لوكسمبورغ بتاريخ 2005/5/24 حيث ادعت الشركة أمام

(7) ينظر د. محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم الشرطي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 343.

مركز الأكسيد بطلب التحكيم بوجه جمهورية الجزائر استناداً لمعاهدة واشنطن 1965، والى معاهدة تشجيع وحماية الاستثمار المتبادل والموقعة بين جمهورية الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي – الكوكسمبروكي الموقعة بتاريخ 1991/2/24.

– ادعت المدعية ان النزاع ناتج عن الاستثمار المتعلق ببناء شبكه للهاتف الجوال في الجزائر حيث رست المناقصه على الشركة المصرية Orascom Telcom Holding "OTH" والتي قامت بتنفيذ العقد من خلال الشركة الجزائرية التابعة لها "OTA" والتي أصبحت مملوكة بصورة غير مباشره من الشركة المدعيه "OTMTi" وادعت المدعية الشركة المصرية بان الحكومة الجزائرية قد بدأت في عام 2008 حمله غير قانونية ضد OTA ومستثمريها بسبب سياسة انتقامية انتهجتها من رجل الاعمال المصري نجيب ساويرس وهو المساهم الرئيسي في الشركة المدعية.

– تم تشكيل الهيئة التحكيمية اثر طلب الشركة المدعية اتخاذ إجراءات التحكيم وقررت الهيئة بانها مختصه بعد نظرها بمفهوم الجنسية ووجود الاستثمار وتعريفة بموجب اتفاقية الأكسيد واتفاقية الاستثمار الثنائية الموقعة بين الجزائر والاتحاد البلجيكي – اللوكسمبوركي وقد توصلت الهيئة التحكيميه الى ما يلي:

إن المطالب الواردة في دعوى المدعيه هي مماثله تماماً للمطالب المقدمة من قبل " OTA " من جهه و المطالب المقدمة من شركة " OTH" من جهة ثانية. فاذا كانت المعاهدة الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار توفر حمايه للمساهمين غير المباشرين (أي الذين يملكون مساهماتهم عبر شركات أخرى) هذا لا يعني أن مختلف الاشخاص المعنويين الموجودين في سلسلة المساهمات القائمة يمكنها كل بمفردها استعمال بنود التحكيم القائمة على الطعن بالإجراءات نفسها والمطالبه بالخسارة الاقتصادية نفسها، أن هدف التحكيم في معاهدات الاستثمار هو منح التعويض الكامل عن الاضرار التي قد يكون أصيب بها أحد المستثمرين المؤهلين نتجية للاجراءات الخاطئة للدولة المضيفه فاذا كان الضرر اللاحق باحدى الهيئات المعنوية ضمن السلسة قد جرى تعويضه كاملاً في تحكيم واحد فان الطلبات المقدمه من أعضاء آخرين ضمن سلسلة المساهمين في اطار دعوى تحكمية أخرى تصبح غير مقبوله إذا تضمنت نفس الضرر المدعى به الذي سبق التعويض عنه بكامله.

– وتطبيقاً لهذا المبدأ اعتبرت الهيئة التحكيمية ان المطالبات المقدمة من المدعية أمامها في تحكيم "OTH" غير مقبوله .

– اعتبرت الهيئة التحكيمية أن عقد المصالحة والتسويه الذي تم مع شركة OTH وانهى النزاع التحكيمي المقدم من قبلها، قد نص على انهاء جميع الخلافات والمطالبات العائدة : OTA وشركة "OTH" مع السلطات الجزائرية وبذلك لا يمكن للمدعية ان تقدم طلبات قد جرى تسويتها من قبل OTH إذا ن اتفاق التسوية قد وضع حدا للنزاع الناتج عن اجراءات الجزائر . وان المدعية لا يمكنها متابعة النزاع الذي أنهته شركة OTH نظراً لعدم وجود أضرار خاصة بها وغير مشموله بأضرار OTH.

– ان بيع المدعية مساهمتها غير المباشرة في OTH بتاريخ سابق للتسويه لا يعتبر من النتائج أعلاه فالبيع لا يمكن ان يبقي حقوقاً اكثر مما بقت مساهمتها طالمها ان التسويه قد شملت كافة الطلبات الناتجه من إجراءات الجزائر.

– إن قيام المدعية بتقديم المراجعه التحكيميه الحاضره تشكل تعسفاً باستعمال الحق, وذلك لأن أمكانيه لجوء الهيئات المعنويه ضمن مجموعة الشركات المساهمه في الشركات المستثمره الى التحكيم للمطالبه بالاضرار اللاحقه على الاستثمار ذاته والناتجة عن إجراءات الدوله المضيفه، فلا تكون ملاحقة الدولة عدة مرات من قبل مختلف الهيئات المعنويه الخاضعه لنفس السيطرة وفقاً للاستثمار ذاته والاجراءات ذاتها والضرر ذاته.

– ولا بد لنا من اظهار صور التسعف في هذه القضيه والتي ابرزتها الهيئة التحكيمية :

ان المطالبات الوارده في دعوى المدعيه هي ذاتها المقدمه من قبل شركة OTA والمطالب المقدمه من شركة "OTH" من جهه ثانيه ومستندة الى ذات الاضرار التي تم التعويض عنها لذلك تعبر هذه المطالبه تعسيفه.

ان عقد التسوية والمصالحة الذي تم مع شركة OTH أنهى النزاع التحكيمي والمطالبات العائدة الشركة OTA وشركة OTH مع السلطات الجزائرية، وان المطالبة بعد التسوية تعتبر تعسفاً باستعمال حق الادعاء.

– أن بيع المدعية مساهمتها غير المباشرة في شركة OTH، بتاريخ سابق للتسوية أفقدها لمصلحة القانونية التي يجب توفرها في اقامه الدعوى.

واعتبرت الهيئة التحكيمية ان الشركة المدعيه وهي تقدم مراجعه تحكيمية يشكل اساءة باستعمال الحق[8].

ثانياً: الدفع التعسفي بأن العقد استثماري

قد يدفع المستثمر الأجنبي بأن العقد الموقع مع الدولة المضيفه هو عقد استثمار رغبة منه في خضوع المنازعات القانونية الناشئة عنه الى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وهو قضاء يضمن حماية المستثمر الاجنبي حيث يقر للمستثمر التابع الى دولة متعاقده بمقاضاة الدولة المضيفة للاستثمار وهي ميزة فريدة جاءت بها معاهدة واشنطن لعام 1965، حيث أقرت قيام شخص من أشخاص القانون الخاص بمقاضاة لشخص معنوي عام ذات سيادة. والمفروض ان هناك شروط موضوعية للقول بأن العقد هو عقد استثمار ولا يلتفت لتكييف الأطراف بانه كذلك فالهيئة التحكيمية ومن صلب اختصاصها تكيف العقد على انه عقد استثمار بموجب معاهدة واشنطن لعام 1965 أو بموجب المعاهدات الثنائية بين الدول لحمايه وتشجيع الاستثمار، أما معاهدة واشنطن فلم تعرّف عقد الاستثمار لكن المادة 1/25 من المعاهدة والتي تشير إلى الاختصاص نصت: "يشمل اختصاص المركز أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقده (أو اي فرع أو وكالة تابعة للدول المتعاقدة التي تعينها الدوله للمركز) ومواطن من دوله أخرى متعاقده شرط موافقه أطراف النزاع كتابه على اخضاعه لتحكيم المركز". أما المعاهدات الثنائية بين الدول فقد حرصت على تعريف الاستثمار في المواد الأولى منها.

وفي قضيه تتلخص وقائعها في توقيع عقد امتياز بين السيد حسين سوفراكي ضد دولة الامارات العربية المتحدة في الدعوى التحكيمية ARB/02/7 أمام محكمة الاكسيد

يطلب السيد سوفراكي ابطال الحكم التحكيمي الصادر في 7 تموز لعام 2004، وهو شخص طبيعي وانه يحمل الجنسيه الايطالية، ويسند دعواه الى معاهدة الاستثمار الموقعه بين الإمارات العربية وايطاليا ويتعلق النزاع بعقد امتياز بتاريخ 2000/10/21 مبرم بين دائرة الموانئ والكمارك في دبي والمدعي وقد اعتبر السيد سوفراكي مواطناً كنديا حيث يتمتع السيد سوفراكي بموجب العقد بامتياز كامل على الميناء من أجل تطويره وادارته و تشغيله لمدة ثلاثين سنه.

– نشأ نزاع في شأن الغاء المدعى عليها لعقد الامتياز.

– حدد عقد الامتياز ان السيد سوفراكي مواطن كندي يملك مجموعة HNS وشركات أخرى في كندا وأوروبا .

(8) ينظر حكم محكمة المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار، القضية رقم ARB/12/35 والمنشور في في مجلة التحكيم العالمية لسنة 2018 العدد الثامن والثلاثون، بيروت، ص 62 .

– اعترضت دولة الامارات العربية على تذرع السيد سوفراكي بصفته إيطاليا، للاستفادة من معاهدة الاستثمار بين ايطاليا ودولة الإمارات، نظرت الهيئة التحكيمية في اعتراض دولة الامارات على الاختصاص بموجب المادة 41 من قواعد تحكيم الأكسيد، وقد بحثت فيما اذا كان يتمتع بالجنسية الايطاليه الذي يدعي بها السيد سوفراكي وما اذا كانت طاغية على جنسيته الكندية من أجل تطبيق معاهدة الأكسيد ومعاهدة الاستثمار الثنائية . ثم وقعت الامارات العربية بأن السيد سو افراكي لا يمتلك الجنسية الإيطالية حيث انه فقدها باكتسابه الجنسيه الكنديه.

وفقا للماده 41 – من معاهده الأكسيد تعتبر هيئة التحكيم مختصة في النظر في اختصاصها.

نظرت الهيئة التحكيمية المشكلة تحت مظلة المركز الدولي "الاكسيد" باختصاصها في نظر القضية ARB/02/7 حسب المادة a/2/25 أن الاختصاص يشير الى ان ((مواطن دوله متعاقده) والماده (3) من معاهدة الاستثمار الثنائية تعرف مستثمر دوله متعاقده أخرى)) بانه شخص طبيعي يحمل جنسية هذه الدولة وفقاً لقوانيتها وحسب معاهدة الأكسيد يكون لهيئة الاختصاصى لنظر النزاع فقط في حال كانه المدعي في التواريخ المعنية مواطناً ايطاليا. تحققت الهيئة التحكيمية من جنسية المستمر وفقاً للقوانين الإيطالية.

إنّ الهيئة التحكيمية بعد أن فحصت جميع الأدلة اعتبرتها غير كافيه لاثبات جنسية المستثمر الأجنبي والتي تأكدت بأنه قد فقدها واعتبرت ذلك بحسن نيه أي انه لا يعلم بانه قد فقد الجنسية الإيطالية[9] والحقيقة انه لا يمكن ان يكون لا يعلم بفقد الجنسية وهناك قانون ايطالي وفي المادة 17 فقره أولى من القانون رقم 91 لعام 1992 والتي تنص على ان كل شخص فقد الجنسية الايطاليه وفقا لقانون رقم 555 في 13 يونيو عام 1912 يجوز له استرداد الجنسيه الايطالية اذا قام بالافصاح عن ذلك خلال عامين من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ ولم يستطع السيد سوفراكي اثبات الجنسيه الايطاليه وبالرجوع الى معاهدة الاستثمار الثنائية بين ايطاليا والإمارات العربية المتحدة وفى المادة الاولي فقرة 3 عرفت الشخص الطبيعي كما يلي:

1–3– بالرجوع الى كل دولة متعاقده فان الشخص الطبيعي هو ذلك الذي يتمتع بجنسية الدولة المتعاقده وفقاً لقوانينها".

ولا بد من توضيح صورة التعسف باستعمال حق الادعاء وحق الطعن في هذه القضية، فالمستثمر الاجنبي كان يحمل الجنسية الكندية عند تسجيله طلب التحكيم، وادعى بانه يحمل الجنسية الايطالية وقدم شهادات للجنسيه الايطاليه صادر عن القنصلية الإيطالية في تركيا، ولم يتم التحقيق في فقده الجنسية الإيطاليه حسب قانون 1912، أو استعادتها وفق قانون 1992 مادة 1/17

تتضح صورة التعسف باستعمال حق الطعن عندما لم يقتنع بالحكم الصادر عن محكمة الأكسيد وأصر على انها مختصه بالنزاع لانه يتمتع بالجنسية الايطالية وتنطبق عليه المعاهد الثنائية للاستثمار المعقودة بين ايطاليا والامارات العربية المتحدة .

وفي قضية أخرى دفع المستثمر الاجنبي تعسفاً بان العقد هو عقد استثمار وينطبق عليه اختصاص محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ((الاكسيد)) وكانت القضية بين شركة انكليزية joy mining machinery المدعيه وجمهورية مصر العربية المدعى عليها قضية رقم ARB/03/11 .

(9) ينظر حكم محكمة المركز الدولى "الاكسيد" في القضية رقم ARB/02/7 والمنشور في في مجلة التحكيم العالمية لسنة 2009 العدد الثاني، بيروت، ص 606 .

بعد طلب التحكيم الذي اودعته المدعية (الشركة الانكليزية) والتي إدعت فيه ان هناك مشاكل جيولوجية في موقع المنجم بالاضافة الى سوء ادارة المشروع من قبل "IMC" وهي الهيئة العامة للمشاريع الصناعية والتعدين في جمهورية مصر العربية في حين ادعت IMC بان المشاكل ناتجة عن سوء تشغيل التجهيزات

استندت المدعية الى الاتفاقية الموقعة بين المملكة المتحدة وجمهورية مصر العربية لتشجيع وحماية الاستثمارات والنافذة بتاريخ 24 فبراير 1976 وأدلت بان العقد هو عقد استثمار وفقاً للتفاقية الثنائية وعدم تحرير الكفالات يخل باحكام الاتفاقية وان منع الانتقال الحر للاموال يوازي التاميم والمصادرة.

طالبت المدعية من المحكمة ان تعلن مخالفة مصر لموجباتها الناشئة عن الاتفاقية والعقد وحرمانها بشكل غير مشروع من عائدات استثمارها. وطالبت المدعية بتعويضات بقيمة 2.500.000 مليون جنيه إسترليني بالاضافة الى الفوائد مع كامل قيمة الكفالات المصرفية .

دفعت مصر بان العقد هو عقد تجاري وليس عقد استثمار وهو عقد توريد نموذجي عبارة عن بيع تجهيزات من قبل الشركة وشرائها من قبل (IMC) وتم دفع الثمن بالكامل عن طريق كتاب اعتماد غير قابل للرجوع فيه وكافة الاعمال المنفذة من قبل الشركة خالية من المخاطر وهو شرط جوهري للعقد الاستثماري . وأدلت مصر ان احكام العقد هي تجارية عادية والكفالات المصرية هي من النوع الوارد في اي عقد تجاري ولذلك لا يوجد استثمار بمعنى المادة 25 من إتفاقية (الاكسيد) .

– جادلت المدعية ان العقد عبارة عن مرحلتين :

الاولى تتعلق باستبدال التجهيزات

الثانية تتعلق بالهندسة والرسم وتوريد نظام LONG WALL

– نظرت المحكمة في ادلاءات المدعية فيما يتعلق في ادعاءاتها ان الكفالات المصرية عي استثمار . وقررت المحكمة انها غير مقتنعة بادلاءات المدعية بانه استثمار لان الكفالة المصرفية هي مجرد التزام محتمل وهذا ماشهد به الشاهد المدير المالي للشركة الانكليزية .

وأضافة المحكمة ان اعتبار الالتزام المحتمل وفقا للمادة 1 (a) من الاتفاقية الثنائية وكررت بانها غير مقتنعة بهذا الجدل .

وقد بحثت هيئة المحكمة العديد من القضايا التي عرضت على محاكم (الاكسيد) مثل قضية ALCOA MINERALS ضد جمايكا وقضية amco asia وفي قضية fedax، وقضية المغرب salini ، وقضية sgs ضد الباكستان واشارت المحكمة في كل هذا القضايا كان الاستثمار واضحاً فقد تضمن عنصر المساهمة في رأس المال (الاصول) وعنصر المدة الطويلة وعنصر المخاطرة والربح ومداخيل معتادة ولا تتوفر مثل هذه المعايير في هذه القضية ثم اضافة المحكمة بان بنود العقد تجارية عادية بما فيها احكام الكفالات المصرفية ولم تتبع اي اجراءات لاعتباره استثمارا وفقاً للاجراءات المصرية مثل اجازة الاستثمارات الاجنبية وان الشركة لم تنتفع من الحوافز المقدمة من الدولة الى المستثمرين الاجانب[10] ولا بد من مناقشة صورة التعسف باستعمال الحق في الادعاء والذي دفعت به الشركة الانكليزية .

1– لقد دفعت الشركة بان العقد عقد استثمار للاستفادة من تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (الاكسيد) وهي تعلم بان العقد لاتنطبق عليه شروط عقد الاستثمار كما قررت محكمة (الاكسيد) فهو عقد ذا بنود عادية تجارية، وليس هناك مساهمة في

([10]) حكم محكمة المركز اللدولي "الأكسيد" في القضية ARB/03/11، والمنشور في مجلة التحكيم العالمية، بيروت، لسنة 2009، العدد الرابع، ص699.

رأس المال، وليس هنك مخاطرة اي (ربح وخسارة) . ولا مدته تماثل مدة عقود الاستثمار .

2- دفعت الشركة المعنية بان الكفالات المصرفية هي مساهمة في راس المال والحقيقة هي امانات لحسن التنفيذ تعاد بعد استلام العمل والذي يتضمن تجهيز مواد حديثة لتبديل المواد القديمة . وتبدو الان صورة التعسف واضحة عندما يدفع المستثمر الاجنبي بان العقد هو عقد استثمار بينما هو عقد تجاري عادي .

الفرع الثاني

تعسف المستثمر الأجنبي في تنفيذ عقد الاستثمار وهيكلة الشركة

أولاً: تعسف المستثمر الاجنبي في تنفيذ عقد الاستثمار

ثانياً: تعسف المستثمر الاجنبي عند هيكلة الشركة

أولاً: التعسف بتنفيذ عقد الاستثمار

"العقد شريعة المتعاقدين" هذا مبدأ قانوني راسخ في النظرية العامة للعقود وفي كل الأنظمة القانونية حيث تنص المادة 221 من قانون الموجبات والعقود اللبناني ((ان العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين، ويجب ان تفهم وتفسر وتنفذ وفقا لحسن النية والانصاف والعرف)) وكذلك ذهب القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، في المادة 1/146 ((اذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي)) وقد قضت محكمة التحكيم تحت مظلة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ((من المستقر عليه قانونا وفقا لنص المادة 1/147 من القانون المدني المصري ان "العقد شريعة المتعاقدين" فلا يجوز نقضه أو تعديله الا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقرها القانون، وحيث ان مفاد هذ النص ان مبدأ سلطان الإرادة هو الواجب اعماله فيما بين المتعاقدين وانه يجب على طرفي العقد ان ينفذ جميع ما اشتمل عليه عقدهما مادام ان هذا العقد نشأ صحيحا وملزما، وحيث ان العقد لا يكون صحيحا وملزما الا في الدائرة التي يجيزها القانون بحيث لا تصطدم أحكامه مع النظام العام والآداب العامة اذ ان العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد، فان العقد هو القانون الذي يسري عليهما وترتيبا على ذلك فانه يمتنع على أحد العاقدين نقض العقد أو انهائه أو تعديله على غير مقتضى العقد شروط العقد وقد استقرت احكام النقض على ان :

1-العقد قانون المتعاقدين فالخطأ في تطبيق نصوصه خطأ في تطبيق القانون العام

2-ليس في احكام القانون المدني ما يسوغ للقاضي نقض الالتزامات التي يرتبها العقد بل ان هذا مناف للأصل العام القائل بأن "العقد شريعة المتعاقدين".

وفي حكم آخر قضت هيئة التحكيم تحت مظلة مركز القاهرة الإقليمي ((يمتنع على أي من المتعاقدين نقض العقد أو تعديله بإرادته المنفردة ولذلك واستناداً للقوة الملزمة للعقود فانه يجب على الأطراف الالتزام بضرورة قيام كل منهم بتنفيذ الالتزامات التي يمليها عليه العقد، فاذا لم ينفذ أحد الأطراف التزاماته جاز للطرف الآخر الدفع بعدم التنفيذ أو الطلب من المحكمة فسخ العقد".

وفي قضية تتلخص وقائعها في توقيع عقد امتياز انشاء وتشغيل واستغلال وإدارة مطار رأس سدر الدولي بنظام B.O.T بين جمهورية مصر العربية ((الهيئة العامة للطيران)) وشركة ماليكورب ليمتد الإنكليزية بعد ثلاث سنوات على التعاقد، لم تقم الشركة المتعاقدة بأي من العمليات الاستثمارية، الامر الذي جعل الحكومة المصرية لهذا السبب ولأسباب أخرى انهاء العقد بالإرادة المنفردة، وعندها اتخذت

شركة ماليكورب إجراءات التحكيم امام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري وطالبت بالتعويض بمبلغ 514 فقط خمسة وأربعة عشر مليون دولار نتيجة الغاء العقد، وقيدت الدعوى برقم 2004/382 نظرت محكمة التحكيم النزاع وقد دفعت الحكومة المصرية بانها تعرضت الى تحايل من جانب شركة ماليكورب وفساد من بعض مسؤوليها، اللذين أوهموها خلافا للحقيقة بالملاءة المالية والقدرات التقنية للشركة في الوقت الذي ثبت فيه لها من عدم امتلاك الشركة أي من من القدرات اللازمة لتنفيذ العمليات الاستثمارية .

واذا تبين للحكومة المصرية ان ماليكورب تحايلت عليها حين قدمت عطاء متضمنا معلومات مغلوطة فيما يخص رأسمالها الذي ادعت انه100 مليون جنيه إسترليني وقد اتضح انه 1 واحد جنيه إسترليني عندها قررت الحكومة المصرية احالة المتورطين في الفساد المالي من موظفين وشركاء في شركة ماليكورب الى محكمة جنايات القاهرة لاتهامهم بالاحتيال على المال العام، ثم أقدمت على انهاء العقد بالإرادة المنفردة . لعدم تنفيذ شركة ماليكورب لالتزاماتها التعاقدية . ومنها الالتزام الخاص بإنشاء شركة مصرية تتولى أمر تنفيذ المشروع .

بتاريخ 2006/3/7 أصدرت محكمة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري، حكما قضى فيه بالزام جمهورية مصر العربية بدفع أربعة عشر مليون دولار على سبيل التعويض لشركة ماليكورب، عن الاضرار التي تحملتها والاعمال التي قامت بها عند توقيع العقد دون ان تنكر على الحكومة المصرية الحق في حل العقد بالإرادة المنفردة، اعتبارا لمسؤولية الشركة الناتجة من الغش وعدم قيامها ببدء تنفيذ المشروع المتفق عليه .

قامت الحكومة المصرية بالطعن على الحكم التحكيمي الذي أصدرته محكمة مركز القاهرة الإقليمي امام محكمة استئناف القاهرة والذي قضت ببطلانه لصدوره عن اثنين من المحكمين بعد انسحاب (تنحي المحكم الممثل للحكومة المصرية) بالمخالفة لنص المادة 15 من قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994[11]. وفي هذا الوقت حصلت شركة ماليكورب على حكم من محكمة باريس الابتدائية على تنفيذ حكم تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وبالحجز على أموال للحكومة المصرية في فرنسا والذي قضت به محكمة استئناف باريس بتاريخ 19-2008/6، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قضت ببطلان الامر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم رقم 2004/382، وعدم جواز تنفيذ الحكم التحكيمي في فرنسا والزام ماليكورب بدفع مائة الف يورو الى الحكومة المصرية تطبيقا للمادة 700 من قانون الإجراءات الفرنسية.

لجأت شركة ماليكورب الإنكليزية الى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الاكسيد، في ذات المنازعة الذي سبق لمركز القاهرة الإقليمي بنظرها والفصل فيها ولكنها أدلت بأن مصر انتهكت المعاهدة الثنائية بين مصر وبريطانيا والتي تتمتع ماليكورب بجنسيتها، أصدرت محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حكمها وقد نص ((ان الأسباب التي استندت اليها المدعى عليها (مصر) لوضع حد للعقد كانت جادة وكافية ومبررة من حيث الوقائع والقانون وبأن حل العقد بالإرادة المنفردة لا يمكن تفسيره بانه مصادرة للاستثمار))[12].

وتبعاً لذلك رفضت محكمة الاكسيد طلبات التعويض، ولا بد لنا من استنباط صور التعسف والذي يصل الى حد الاحتيال، ومن المبادئ المهمة والراسخة في الأنظمة القانونية ان الغش يفسد سائر التصرفات وهي قاعدة استقرت عليها محكمة النقض المصرية منذ وقت

([11]) ينظر حكم محكمة استئناف القاهرة، 63 تجاري، 2011/3/9 في الدعوى 15 لسنة 137 متر.

([12]) ينظر حكم محكمة الأكسيد في القضية ARB/08/81 في 2013/7/3، والمنشور في مجلة التحكيم العالمية، بيروت، لسنة 2016، العدد الثلاثون، ص 624.

طويل و قد قضت هذه المحكمة بتاريخ 1989/5/25 في تطبيق القاعدة ((الغش يفسد كافة التصرفات)) حيث قالت ((إن لقاضي الموضوع في تطبيق هذه القاعدة سلطة تامة في استخلاص توافر عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقرير ما يثبت وما لا يثبت، دون رقابة عليه من محكمة النقض في ذلك".

وتتضح صور التعسف بما يلي :

1- ان شركة ماليكورب قد قدمت معلومات خاطئة وبصورة متعمدة حيث قامت بتزوير الملاءة المالية على انها مائة مليون جنيه إسترليني وفي الحقيقة هي[1] واحد جنيه إسترليني وهذا يقتضي المجيء بشهادات من البنك مزورة، والغش يفسد كافة التصرفات.

2- ان الشركة لم تبدأ حتى بتنفيذ التزاماتها التعاقدية، فأول عمل يقتضي البدء به هو تأسيس شركة مصرية – إنكليزية لأغراض تنفيذ المشروع، ولم تقوم الشركة حتى بالخطوة الأولى، ويبدو ان الشركة حتى ليس لها أعمال مماثلة وكان على الجانب المصري التحري عن إمكانية الشركة وملاءتها، قبل توقيع العقد وفي مرحلة التفاوض.

3- إن الشركة لم تترك بابا للتقاضي الا وولجته، فهي اتخذت إجراءات التقاضي أمام مركز القاهرة الإقليمي، ثم طعنت بحكم محكمة الاستئناف القاهرة أمام محكمة النقض المصرية وعندما لم تحصل على شيء ذهبت الى اتخاذ إجراءات التحكيم امام مركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ((الاكسيد)) ثم حصلت على امر تنفيذ بتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي، ومن محكمة باريس الابتدائية والذي ألغته محكمة استئناف باريس.

ويدل هذا التشدد في اللجوء الى كافة المحاكم المختصة، وهي تعلم بانها لم تنفذ التزاماتها على انها مصممة على التعسف وبأبشع صورة

4- قامت بإفساد ذمة الموظفين المصريين حيث قررت الحكومة المصرية بإحالة الموظفين الفاسدين الى محكمة جنايات القاهرة لاتهامهم بالأضرار بالمال العام.

ثانياً: تعسف المستثمر الاجنبي عند هيكلة الشركة

تسبب تحولات الشركات من شكل الى شكل قانوني آخر مشاكل كثيرة وتثير عقبات امام المحكمين فقد يتخذ المستثمر الاجنبي هذا الاجراء للتهرب من الضرائب أو الاستفاد من الحماية التي توفرها المعاهدات الدولية الثنائية للاستثمار عند اعادة تاسيس الشركة بشكل قانوني آخر وقد نشب خلاف بين شركة المانية وشركة ايطالية اثناء تنفيذ العقد تحولت الشركة الايطالية من شركة ذات مسؤولية محدودة الى شركة مساهمة بعد نشوب نزّاعين بين الشركتين اتخذة الشركة الالمانية اجراءات التحكيم امام غرفة التجارة الدولية بباريس فاثارت الشركة المتحولة الى انها شركة جديدة تختلف عن الشركة القديمة فالشخص المعنوي القديم قد انقضى وتم تاسيس شخص معنوي جديد مختلف وهذا الشخص المعنوي الجديد ليس مرتبط بشرط التحكيم لكن المحكم لم يقبل هذا الدفع على اساس ان الشخص المعنوي الجديد ما هو الا امتداد للشخص القديم وان الشخص المعنوي الجديد يعتبر طرف في العقد المتضمن شرط التحكيم على الاقل باعتباره خلف عاماً أو خاصا[13].

وفي قضية اخرى في ذات الموضوع تتخلص وقائها بين شركة phenix Action ltd. V cheek Republic إثر ملاحقة دولة الجيك لشركة benet praha, benet group بجرم التهرب الضريبي ورئيسها فلادمير بينوا هرب رئيس الشركة الى دولة الكيان الصهيوني حيث أسس شركة فينوكس والتي اشترت هذه الشركة الجديدة الشركتين التين كان يرسئهما فلادمير في جمهورية الجيك benet praha

(13) ينظر: د. ميحي الدين اسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الرابع، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، سنة 2000، ص 153.

and benet group المتورطتين بجرم التهرب الضريبي والتي تعود ملكيتهما الى زوجته أرادت شركة فينوكس من خلال هذا التغير في بنية الشركة اعتبارها شركة اجنبية للاستفادة من معاهدة الاستثمار الثنائية بين دولة الكيان الصهيوني والجمهورية الجيكية وبالتالي نقل الخلاف من خلاف محلي خاضع الى المحاكم القضائية الجيكية الى تحكيم دولي خاضع الى المركز الدولي لتسوية منزاعات الاستثمار ICsid لكن المحكمة ردت في قرارها بالاجماع طلب الشركة الاسرائيلية باعتباره مخالف لمبادئ حسن النية وفي هذه القضية فان مبدئ حسن النية أو سواها هو المعيار الثابت لصورة التعسف باستعمال حق التحكيم ويتضح سوء النية لدى الشركة حيث الغرض من هذا التحول هو التهرب من الضرائب لذا كان المقصود منها الافلات من جريمة التهرب الضريبي اما اذا كانت عملية هيكلية الشركة تاتي في سياق مصلحة الشركة المشروعة قبل حدوث جرم التهرب الضريبي فان هيكيلة الشركة في سياق اقتصادي بحت لا ياخذ بُعداً تعسفياً لذلك ان مسألة توقيت هيكلة الشركة هي الاهم في توضيح صورة التعسف.

وقد طبقت نفس المحكمة مبأدى حسن النية كمعيار ثابت في حسم القضاية المشابهة حيث اعتبرت المحكمة في قضية شركة mobile corporation and others V. polivarain Republie of vene zuella شركة موبايل كوربريشن واخرين ضد جمهورية فينزوالا البوليفارية وتتخلص وقائع هذا القضية في ان شركة Exxon mobile تابعة الى الشركتين احداهما أمريكية والاخرى من جزر البهاما تعمل في التنقيب عن الفط الخام في فينزولا وبتاريخ 2004 ادخلت شركة هولندية في بنيتها الفنزويلية وعند أممت فينزولا استثمارات شركة Exxon mobile اتخذت الشركة اجراءات التحكيم تحت رعاية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID باعتبارها شركة اجنبية مستثمرة لدى فينزولا فاصدرت محكمة التحكيم التابعة للاكسيد قراراً اعتبرت فيه انها مختصة بنظر النزاع حيث اعتبرت ان شركة Exxon mobile شركة اجنبية مستثمرة تستفيد من معاهدت الاستثمار الثنائية بين هولند وفينزلا واعتبرت ان هيكلة الشركة اعلاه مقبول تماماً وقانوني بقولها perfectly acceptable and ligitim[14].

الخاتمة

يندرج هذا البحث تعسف المستثمر الأجنبي في عقود الاستثمار الدولية تحت طائفة أعمال حماية الحق الإجرائي من الاستعمال التعسفي لحق التحكيم، فالمشرع وفي كافة الأنظمة القانونية، منع اقتضاء الأفراد لحقهم بأنفسهم وشرع الحق الإجرائي، سواء حق التقاضي أو حق اللجوء إلى التحكيم ونظّم طرق استعماله بشكل لا يؤدي إلى الإضرار بالغير.

إن معظم دساتير العالم اعتبرت بأن حق اللجوء إلى القضاء والتحكيم حقاً إجرائياً لا يمكن للسلطة القضائية أو التحكيمية أن تعتذر عن قبول حماية الحق الموضوعي، كما نصت المادة 4 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

وشرع هذا البحث عن التعريف بمقهوم التعسف بشكل عام، وتعسف المستثمر الأجنبي في عقود الاستثمار الدولية بشكل خاص ثم بحثت هذه الدراسة صور تعسف المستمثر الأجنبي في عقود الاستثمار الدولية، وهي التلكوء في تنفيذ عقد الاستثمار وهيكلة شركته ثم انشاؤها في دولة أخرى حتى يتمكن من عدم تنفيذ التزاماته بموجب الشركة المنحلة، والاستفادة من الامتيازات التي يوفرها إنشاء شركة جديدة في موقع آخر ودولة أخرى لاعتبارات عدة.

(14) ينظر، رولا الحاج، بحث بعنوان التعسف باستعمال نظام المركز الدولي (الأكسيد)، مجلة التحكيم العالمية، بيروت، لسنة 2011، العدد 12، ص 259.

وبعد أن بلغ البحث نهايته لا بد من تسجيل نتائجه.

- كشفت الدراسة أن الربط بين بطلان الحكم التحكيمي وسقوط اتفاق التحكيم يمثل إخلالاً بالالتزامات الدولية للدولة التي تشرعه، حيث جاء في المادة 51 من قانون التحكيم الأردني 31 لسنة 2001 أنه في جال إبطال الحكم التحكيمي يسقط اتفاق التحكيم، وهو نص فيه نظر، فإن حق اللجوء إلى التحكيم هو استثمار بحد ذاته، حيث أنه جاء بمعاهدة الاستثمار الموقعة بين الأردن وتركيا في المادة 1 (2) (a) من اتفاقية الاستثمار التي تنص على أنه: "كل ادعاء ... ناشئ عن حقوق شرعية بالتنفيذ له قيمة مالية متصلة بالاستثمار يعتبر بمثابة استثمار"، فإذا كانت المعاهدة الثنائية تعترف لاتفاق التحكيم وهي الأداة لاستحصال الاستثمار كيف يمكن اسقاطه عند إبطال الحكم التحكيمي، إضافة إلى أن هذا النص يغلب القانون الداخلي على الالتزامات الدولية للأردن، وعلى الرغم من أن هذا القانون قد استقى أحكامه من أحكام قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994 والذي بدوره استقى أحكامه من القانون النموذجي للتحكيم "الليونسترال" والصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.
- كشفت الدراسة على أن اللمستمثر الأجنبي في عقود الاستثمار قد يلجأ إلى هيكلة الشركة المثقلة بالتزاماتها تهرباً من مقاضاتها عن طريق التحكيم، وذلك بتأسيس شركة جديدة بدولة أخرى أو دمجها بشركة أخرى ليدفع بعدئذ بأن الشركة الجديدة لم تتفق على التحكيم أو ليجعل الاختصاص للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار "الاكسيد".

المراجع

قاسم، م. ح.، &الفقي، م. س. (بدون سنة نشر) *أساسيات القانون* (ص. 152). منشورات الحلبي الحقوقية.

ينظر كذلك: أبو السعود، ر. (1992). *الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني* (ص. 19 وما يليها). الدار الجامعية للطباعة والنشر.

الحديدي، ع. ع. (بدون سنة نشر) *التعسف باستعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية* (ص. 126). [مرجع سابق].

أبو السعود، ر. (بدون سنة نشر) *الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني* (ص. 659). [مرجع سابق].

عبد الرحمن، م. س. (بدون سنة نشر) *الحكم الشرطي* (ص. 343). منشورات الحلبي الحقوقية.

محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. (2018). حكم القضية رقم ARB/12/35. *مجلة التحكيم العالمية*، 38، 62. بيروت.

محكمة المركز الدولي "الأكسيد". (2009). حكم القضية رقم ARB/02/7. *مجلة التحكيم العالمية*، 2، 606. بيروت.

محكمة المركز الدولي "الأكسيد". (2009). حكم القضية رقم ARB/03/11. *مجلة التحكيم العالمية*، 4، 699. بيروت.

محكمة استئناف القاهرة. (2011). حكم 63 تجاري، 2011/3/9 في الدعوى 15 لسنة 137.

محكمة الأكسيد. (2016). حكم القضية رقم ARB/08/81 بتاريخ 2013/7/3. *مجلة التحكيم العالمية*، 30، 624. بيروت.

علم الدين، م. د. إ. (2000). *منصة التحكيم التجاري الدولي* (الجزء الرابع، ص. 153). النسر الذهبي للطباعة.

الحاج، ر. (2011). التعسف باستعمال نظام المركز الدولي (الأكسيد). *مجلة التحكيم العالمية*، 12، 259. بيروت.

"Abuse by the Foreign Investor in Investment Contracts"

Researcher:

Dr. Abdul Hussein Waheed Abdul Hussein

Abstract:

Continuous Abuse of the Right to Arbitration in Investment Contracts

This action falls under the protection of procedural rights from abuse, as the foreign investor's abuse means using his right under the investment contract in a manner that contravenes the purpose set by the legislator when legislating procedural rights.

The forms of foreign investor abuse are numerous. The foreign investor is often a multinational company, or includes several companies. One of the companies may take arbitration proceedings against the host country of the investment, claiming that it violated the bilateral investment treaty signed with the investor's country. When the rest of the companies take arbitration proceedings citing the same reasons and demanding compensation for the same reasons, they face several compensation claims for the same reasons. This is considered abuse by the foreign investor. The foreign investor may argue that the contract with the host country is an investment contract, while it is not the host investment, so the foreign investor is abusing his right to arbitration. The foreign investor may restructure or merge the company and then claim that the new company did not agree to arbitration. The investor may delay implementing the investment contract and then demand compensation despite the lack of Fulfilling his obligations under the contract.

Keywords: Arbitrariness - Foreign -Investor - Contracts – Investment.