الأمم المتحدة

اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا – اسكوا

ورشة عمل وطنية حول صياغة الاتفاقيات الثنائية للاستثمار

البنود المظلية

تقديم فرحات حرشاني

استاذ قانون الاستثمار كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس

horchani.ferhat@gmail.com

تعريف البنود المظلية

- البنود المظلية أو بنود احترام الالتزامات التعاقدية هي بنود اتفاقية (منصوص عليها في اتفاقية استثمار) تلتزم بموجبها دولة مضيفة ازاء الدولة اخرى ، باحترام الالتزامات التعاقدية التي قررتها لصالح المستثمرين الذين يحملون جنسية الدولة المصدرة للاستثمار.
- أمثلة : انظر اتفاقية مصر و النمسا المادة 8 فقرة 2

الفصـــــــــل 10
النهوض بـ و حماية و معاملة الاستثمارات[20]

(1) يتعين على كل طرف متعاقد طبقا لأحكام هذه المعاهدة، أن يشجّع و يوفّر ظروفا مستقرّة و منصفة و ملائمة و شفافة للمستثمرين من أطراف متعاقدة أخرى، و ذلك لتوظيف استثمارات في مجاله . و إن مثل هذه الظروف لا بدّ أن تتضمن تعهّدا بأن تمنح، في كلّ وقت، لاستثمارات المستثمرين لأطراف متعاقدة أخرى ، معاملة عادلة و منصفة. و مثل هذه الاستثمارات لا بدّ أن تتمتع أيضا بالحماية الثابتة و الأمان، و لا ينبغي لطرف متعاقد بأي شكل، أن يدخل اضطرابا بتدابير غير معقولة و تمييزية على إدارتهم و تصرّفهم و انتفاعهم و تمتعهم باستثمارهم، و لا توجد حالة لا يمكن أن تمنح فيها مثل هذه الاستثمارات معاملة أقلّ حظوة من تلك التي يقضي بها القانون الدولي، بما في ذلك الإلتزامات التعاهدية [21] ، و يتوجب على كلّ طرف متعاقد مراعاة أية إلتزامات أبرمها مع مستثمر أو استثمار أحد المستثمرين لأي طرف متعاقد آخر.[22]

- تغيُّر هذه البنود الانتهاكات التعاقدية من طرف الدولة المضيفة لكي تصبح انتهاكات أو خرق لالتزامات اتفاقية
- وتعطي بالتالي صلاحيات للتحكيم المنصوص في الاتفاقية الثنائية ،للنظر في المنازعات الناتجة على هذا الخرق بالرغم من أن العقد ينص على حل مختلف لفض النزاع (مثلا محكمة و طنية للبلد المضيف)

آثار البنود المظلية

آثار البنود المظلية

- ينتج عن هذه البنود أن الالتزامات الداخلية أو التعاقدية للدولة تماثل (أو تصبح) التزامات ناتجة عن الاتفاقية
- و بالتالي تتغير طبيعة الخرق : الخرق الذي كان تعاقدي فقط يصبح خرقا اتفاقيا أي دوليا و يعطي بالتالي للمحكّم صلاحيات للنظر فيه.

- كل انتهاك للعقد الذي يمثل في نفس الوقت انتهاك للاتفاقية الثنائية يدخل في اطار اختصاص المحكمة التي نصت عليها الاتفاقية (وليس العقد)

الاثار القضائية للبنود المظلية

- عدة فرضيات
- 1- العقد ينص على اختصاص المحاكم الداخلية و الاتفاقية الثنائية تنص عل التحكيم الدولي
- العقد ينص على التحكيم الحر أو تحكيم UNCITRAL او تحكيم غرفة ستوكهلم و الاتفاقية الثانئية تنص على تحكيم ICSID

➢ مزايا تحكيم ICSDI :

- المادة 54-1 : ميزات القرار التحكيمي
- المادة 52 : طلب الغاء الحكم يقع أمام لجنة خاصة تابعة للمركز وليس امام المحاكم الداخلية

الإشكالات الناتجة عن البنود المظلية

- 1) صياغة **البنود المظلية**
- بعض اتفاقات الاستثمار تنص على أن النزاع بين الدولة و المستثمر " يخص التزام الدولة الناتج على بنود الاتفاقية"
  - NAFTA 1116-1
- تتميز اتفاقيات أخرى بصياغة عامة: و تنص على أن " كل نزاع يتعلق بالاستثمارات" هو من اختصاص الهيئات التي تنص عليها الاتفاقية ومنها التحكيم

صياغة البنود المظلية

- أعطت هذه الصياغات المختلفة الى تمييز فقه قضائي بين :
- 1) النزاعات أو المطالب المؤسسة على الاتفاقية *treaty claims*
- 2) النزاعات أو المطالب المؤسسة على العقد *contract claims*

صياغة البنود المظلية

- وبالتالي هناك
- 1) صيغة ضيقة التي لا تعطي للمحكم الاّ النظر في المطالب المؤسسة على الاتفاقية *treaty claims*
- 2) صيغة موسعة التي تعطي للمحكم النظر في كل المطالب سواء المؤسسة على الاتفاقية أو المطالب المؤسسة على العقد*contract claims*

صياغة البنود المظلية

- بعض الاتفاقيات تقصي المطالب التعاقدية *contract claims* من اختصاص المحكم الذي وقع اللجوء إليه على اساس الاتفاقية الثنائية
  - النموذج الامريكي 1-24
  - اتفاق التبادل الحر بين امريكا و الشيلي 10-15

- عندما لا تحدد اتفاقية صراحة اختصاص المحكم على المطالب المؤسسة على انتهاك الاتفاق فقط، هل يمكن تأويل الاتفاق بأنه يحد اختصاص المحكم على الانتهاكات الاتفاقية؟
- أو هل يمكن تأويل الاتفاق بأنه يسمح للمحكم للنظر في المطالب ذات الطبيعة التعاقدية بين المستثمر و الدولة ؟

البنود المظلية: الإشكالية القانونية

البنود المظلية: الإشكالية القانونية

- في القانون الدولي لايثير خرق العقود بين الدولة و شخص ،المسؤولية الدولية للدولة بصفة آلية الاّ في حالة واحدة : يجب أن يمثل هذا الخرق انتهاك لقاعدة أولية للقانون الدولي(هناك بعض الانتهاكات التعاقدية التي لا تمثل انتهاكات اتفاقية : التأخير في الدفوعات التي نص عليها العقد..
- التمييز بين النظام الداخلي و النظام الدولي
- وبالتالي التمييز بين وسائل فض النزاعات في النظامين: نظام العقد و نظام الاتفاقية
- الاستثناء : خرق البند التعاقدي يمثل في نفس الوقت خرق لقاعدة ينص عليها القانون الدولي.

البنود المظلية: الإشكالية القانونية

- البنود المظلية تكرس مثال لهذا الاستثناء في التمييز بين الالتزامات التعاقدية و الالتزامات اللاتفاقية لانها تكرس اتفاق الدولتين في قبول اثارة المسوؤلية الدولية على اساس التزام تعاقدي ازاء المستثمرين و بالتالي يصبح خرق الالتزام التعاقدي خرق لالتزام دولي.

- 1) القضايا الاولى :
- 1) قضية **SGS ضد باكستان** 6/08/2003: قضت المحكمة بانه دون الإخلال بامكانية أو مبدأ " رفع " الانتهاكات التعاقدية الى انتهاكات اتفاقية ترى المحكمة ان صياغة البند لا تتسم بالوضوح الكافي لتكريس هذا الأثر و رفضت بالتالي النظر في المطالب التعاقدية.

ما هو الجواب الفقه قضائي : اضطراب

- 2)قضية **SGS ضد فليبين 29/01/2004:** قرر المحكم أن انتهاك الاتفاقية يكمن في عدم احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية إزاء المستثمرين.
- وتبع هذا القرار الثاني قرارات اخرى في نفس الاتجاه تقريبا: *Salini c/ Maroc, Vivendi c/ Argentine*
  - تناقض فقه قضائي

ما هو الجواب الفقه قضائي : اضطراب

- 3) قضية **Salini ضد الاردن 2004:** ينص عقد المقاولة على اختصاص القضاء الاردني أو إلى التحكيم على شرط موافقة الأطراف، بينما تنص المعاهدة الثنائية على تحكيم ICSID وتقر صراحة على تطبيق العقد في ما يتعلق بالمنازعات التعاقدية أي إختصاص المحاكم الاردنية. مادة 9-2
- - في مرحلة أولى ميزت المحكمة بين النزاعات التعاقدية والنزاعات الاتفاقية
- في مرحلة ثانية و في ما يتعلق بالنزاعات التعاقدية أقرت المحكمة أن المادة 9-2 تمنعها من النظر في هذه النزاعات نظرا للصياغة الصريحة للاتفاقية. ونظرا للصياغة الهشة والعامة جدا للبند مادة 2- 4 التي لايمكن اعتبارها بند مظلة.
- في مرحلة ثالثة لم تقبل المحكمة الاّ النظر في المطالب المؤسسة على الانتهاكات الاتفاقية.

ما هو الجواب الفقه قضائي : اضطراب

قضيةSalini ضد الاردن

- اقرت المحكمة أنها لا تنظر في الانتهاكات التعاقدية الاّ في حالة النص عليها صراحة في الاتفاقية الثنائية. في هذه الحالة يصبح أو يماثل الانتهاك التعاقدي انتهاك دولي(اتفاقي).
- في حالة عدم النص فان الاختصاص يرجع الى الوسائل القضائية المنصوص عليها في العقد.

- تكرس هذه القضية أن الاثار القانونية للبنود المظلية هي قبل شيء مسألة صياغية: كيفية صياغة البند

قضيةSaliniضد الاردن

قضية Joy Mining Machinery Limited ضد مصر

- 4) اقرت المحكمة نفس الاتجاه (ضمانات بنكية)
- الاتفاقية بين مصر و بريطانيا المادة 2-2
- وقع تأويل هذا البند بصفة ضيقة
- للتمييز بين النزاعات التعاقدية و النزاعات الاتفاقية وضعت المحكمة طريقة "الاختبار الثلاثي للهوية " « test of *triple identity* ».
- 1) هل هناك نفس الاطراف في النزاع
- 2) هل المسألة تخص نفس النزاع
- 3) هل النزاع له نفس الأسباب (ماهية النزاع)
- لم تقبل المحكمة الاّ النظر في المطالب المؤسسة على الانتهاكات الاتفاقية

- 5) قضية **Eureko (شركة هولندية) ضد بولونيا و Noble Ventures) شركة أمريكية ضد Roumanie**2005
- في هذه القضيتان اقرت المحكمة أن البنود المظلية تعطي لمحكم الاتفاقية صلاحيات للنظر في المطالب المؤسسة على الانتهاكات التعاقدية.
- في قضية **Noble Ventures** أسس المحكم قراره على صياغة البند المظلي في الاتفاقية الثنائية وخاصة كلمة **devoir** (*shall*) اي يجب على الدولة...
- 6) قضية أخرى LG&E ضد الاجنتن 2006 وسع المحكم مفهوم الالتزامات لكي تشمل أيضا القواعد التشريعية (وليس فقط العقد) التي تمثل في نفس الوقت انتهاك للاتفاقية

- بالرغم من تشابه البند المظلي في كل هذه القضايا هناك تناقض قضائي و اضطراب

ICSDIاضطراب فقه القضاء الحالي

- 6) في قضايا اخرى بين الارجنتين و El Paso, Pan American et BP America 2006 اقر فقه القضاء في اتجاه معاكس رفض النظر في الانتهاكات التعاقدية من طرف المحكم المنصوص عليه في الاتفاق الثنائي.
- من بين الأسباب أسس المحكم قرار الرفض في عدم نجاعة قواعد المعاملة (خاصة اثبات المعاملة العادلة و المنصفة) لو اعتبرنا أن كل خرق للعقد يمثل آليا خرق للاتفاقية
- وبالتالي لا تغطي البنود المظلية المطالب التعاقدية في حالة عدم و جود خرق لقواعد المعاملة و الحماية المنصو عليها في الاتفاقية.
- **ICSDIاضطراب فقه القضاء الحالي**

- حدد المحكم من نطاق البنود المظلية لكي تخص فقط الانتهاكات التعاقدية التي تقوم بها الدولة كصاحبة السيادة و ليس كتاجر

ICSDIاضطراب فقه القضاء الحالي

الاستنتاجات

- بالرغم من تشابه البند المظلي في كل هذه القضايا هناك تناقض قضائي و اضطراب
- الاضطراب الفقه قضائي ناتج عن الاختلاف في صياغة البنود المظلية