الأمم المتحدة
اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا – اسكوا

ورشة عمل وطنية حول صياغة الاتفاقيات الثنائية للاستثمار

صياغة بند فضّ النّزاعات بين الدولة المضيفة و المستثمر

تقديم فرحات حرشاني

استاذ قانون الاستثمار
كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس
horchani.ferhat@gmail.com

طبيعة النزاع

- **النزاع بين الدولة و المستثمر له علاقة بالاستثمار موضوع الاتفاقية:**
  - المادة العاشرة من اتفاقية عمان و السودان"تسوية المنازعات بين مستثمر وطرف متعاقد: "تتم تسوية أي نزاع ينشأ بشأن الاستثمارات بين أحد الطرفين المتعاقدين ومواطن أو شركة من الطرف المتعاقد الآخر..."
- فهي إذن نزاعات تهمّ المعاملة
- او نزاعات تهمّ الحماية: تأميم ، انتزاع ، خسارة...
- تراجع القضايا التي تتعلّق بالتّأميم وتجدّد تلك النّاجمة عن التدابير الموازية للانتزاع و الاضطرابات والحروب وحماية البيئة الخ...
  - بصفة عامة تهم النّزاعات الاعتراف بحقّ أو بنطاقه
  - اتفاقية

طبيعة النزاع

- هناك نزاعات أخرى تهمّ خرق بنود المعاهدات التي تنص على احترام الالتزامات التعاقدية من طرف الدولة المضيفة
  - تسمى بنود مظلية

- نزاعات تعاقديّة بين المستثمر و الدولة :
- الاثنان المنصوص عليهما أخيرا قد يكونان متلازمين أو متزامنين

صياغة الآليات الودية لفضّ النّزاعات بين الدّولة والمستثمر

- **1-** المرحلة الأولى : اللجوء إلى الحلول الودية
- أحيانا بدون تحديد الحل
- **أحيانا يقع النص على التّوفيق أو الوساطة**
- **التوفيق أو الوساطة: حلول غير قضائية وغير ملزمة**
- **إجراءات حرّة أو في إطار إحدى المؤسّسات: غرفة التّجارة العالميّة ، المركز الدولي لفضّ النّزاعات المتعلّقة بالاستثمار بين الدّول والمستثمرين الأجانب.**
- **2- في حالة الفشل، اللّجوء إلى الطّرق القضائيّة: أهمية النص على مهلة معينة و محدودة (6 أشهر أو مدة أخرى ...) وأهمية توحيد المدة بين الاتفاقيات التي تبرمها الدولة**

- تتم تسوية أي نزاع ينشأ بشأن الاستثمارات بين أحد الطرفين المتعاقدين ومواطن أو شركة من الطرف المتعاقد الآخر بصورة ودية بين الطرفين المعنيين(**المادة 10 عمان –السودان)**
- إذا نشأ نزاع متعلق بإستثمار بين أحد الطرفين المتعاقدين ومستثمر من مستثمري الطرف المتعاقد الآخر، فإن الطرف المتعاقد والمستثمر سيحاولان أولا إنهاءه من خلال التشاور والتفاوض.**(المادة 10 مصر عمان)**
- إذا ما تعذر على الطرف المتعاقد وذلك المستثمر الوصول إلى إتفاق خلال **ستة أشهر** بعد الطلب التحريري لمباحثات التسوية فيمكن أن يطلب المستثمر عرض خلاف للحل عن طريق: **.(المادة 10 مصر عمان)**
- إذا لم تتم تسوية النزاع خلال فترة ستة أشهر من تاريخ نشوئه ، يحال وبناء على طلب أي من طرفي النزاع إلى... **المادة 10 عمان – السودان)**
- انظر اتفاقيات اخرى

اللجوء إلى المحاكم الوطنية

- 1- اللّجوء الى المحاكم الوطنية منصوص عليه في بعض الاتفاقيات
- أحيانا تنص بعض الاتفاقيات على اللّجوء الاجباري إلى المحاكم الوطنيّة.
- غالبا ما يكون المستثمر هو الذي يختار بين هذا الحلّ أو التّحكيم
- الخيار لا رجعة فيه.

- "إذا ما تعذر على الطرف المتعاقد وذلك المستثمر الوصول إلى إتفاق خلال ستة أشهر بعد الطلب التحريري لمباحثات التسوية فيمكن أن يطلب المستثمر عرض خلاف للحل عن طريق:
- محكمة الطرف المتعاقد المضيف التي لها اختصاص بذلك أو..."(مصر عمان)
- اتفاقية مصر و المغرب":إن أي نزاع يتعلق بالإستثمارات ينشأ بين طرف متعاقد وأحد مستثمري الطرف المتعاقد الآخر تتم تسويته بقد رالإمكان بالتراضي عن طريق المشاورات والمفاوضات بين طرفي النزاع.
- وإذا تعذرت تسوية هذا النزاع بالتراضي في **ظرف ستة أشهر** ابتداء من تاريخ تبليغه كتابة يعرض النزاع باختيار المستثمر.
- إما على **محكمة مختصة للطرف المتعاقد** الذي أنجز الإستثمار في إقليمه.

اللجوء إلى المحاكم الوطنية:

المادة العاشرة
تسوية المنازعات بين مستثمر و طرف متعاقد

١) تتم تسوية أي نزاع ينشأ بشأن الاستثمارات بين أحد الطرفين المتعاقدين ومستثمر من الطرف المتعاقد الآخر بصورة ودية بين الطرفين المعنيين .

٢) إذا لم تتم تسوية النزاع خلال فترة ستة أشهر من تاريخ نشوئه ، يحال النزاع باختيار المستثمر إلى :

أ) محكمة مختصة للطرف المتعاقد الذي أنجز الاستثمار في إقليمه ؛ أو

ب) التحكيم بواسطة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار و الذي تم إنشاؤه بموجب اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى والموقعة بواشنطن بتاريخ ١٨ مارس ١٩٦٥ .

ولهذا الغرض يمنح كل طرف متعاقد موافقته النهائية على أن يخضع كل نزاع متعلق بالاستثمار لإجراءات التحكيم هذه .

صياغة البند المتعلق بالتحكيم

1- بعض الاتفاقيات تنص على نوع واحد من التحكيم و هو مثلا تحكيم المركز الدولي لفض النزاعات ICSID

وهو تّحكيم مؤسّساتي:

بصفة عامة في معاهدات حماية و تشجيع الاستثمار هناك لجوء مكثّف الى المركز الدّولي لفضّ النّزاعات المتعلّقة بالاستثمار بين الدّول والمستثمرين الأجانبICSID

- **"-تسوية المنازعات بين مستثمر وطرف متعاقد.**
- تتم تسوية أي نزاع ينشأ بشأن الإستثمارات بين أحد الطرفين المتعاقدين ومواطن أو شركة من الطرف المتعاقد الآخر بصورة ودية بين الطرفين المعنيين.
- إذا لم تتم تسوية النزاع خلال فترة ستة أشهر من تاريخ نشوئه ، يحال وبناء على طلب أي من طرفي النزاع إلى التحكيم بواسطة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار والذي تم إنشاؤه بموجب اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى والموقعة في واشنطن بتاريخ 16 مارس 1965 م . (عمان و السودان المادة 10)

صياغة البند المتعلق بالتحكيم

- أغلب الاتفاقيات تنص على إمكانية المستثمر في اختيار أكثر من مركز تحكيم :
  - و يكون اما مركز إقليمي(مركز القاهرة)
  - أو دولي مثلا:
- دولي: غرفة التّجارة العالميّة

- إذا نشأ نزاع متعلق بإستثمار بين أحد الطرفين المتعاقدين ومستثمر من مستثمري الطرف المتعاقد الآخر، فإن الطرف المتعاقد والمستثمر سيحاولان أولا إنهاءه من خلال التشاور والتفاوض.
- إذا ما تعذر على الطرف المتعاقد وذلك المستثمر الوصول إلى إتفاق خلال ستة أشهر بعد الطلب التحريري لمباحثات التسوية فيمكن أن يطلب المستثمر عرض خلاف للحل عن طريق:
- محكمة الطرف المتعاقد المضيف التي لها اختصاص بذلك أو،
- التحكيم لدى المركز لتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات الذي نشأ بموجب اتفاقية واشنطن المؤرخة 16 مارس 1975 بشان تسوية نزاعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى أو،
- ج – مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.
- 3- تعتبر قرارات التحكيم نهائية وملزمة بالنسبة لطرفي النزاع ويلتزم كل طرف متعاقد بتنفيذ هذه القرارات.
-

صياغة البند المتعلق بالتحكيم (التحكيم الحر)

- هناك كذلك امكانية اللجوء الى التّحكيم الحر :
  - ✓ و يكون ذلك باختيار التحكيم الذي ينظمه أطراف النزاع
  - ✓ أو بالرّجوع الى نموذج معيّن مثل أنموذج لجنة الأمم المتّحدة لتنمية التّجارة الدولية CNUDCI/UNCITRAL

صياغة البند المتعلق بالتحكيم (القانون المنطبق)

- بعض الاتفاقيات لا تشير إلى هذه المسألة و تكتفي بالرجوع ضمنيا الى القانون المنطبق في إطار (التحكيم المؤسّساتي): المركز الدّولي لفضّ النّزاعات المتعلّقة بالاستثمار بين الدّول والمستثمرين الأجانب (الفصل 42:القانون الذي وقع اختياره من قبل الأطراف أوقانون الدّولة المضيفة إلى جانب مبادئ القانون الدّولي)
- تنص اتفاقيات أخرى على القانون المطبق الذي يلزم المحكمين:
  - اتفاقية الأردن و اسبانيا المادة 12
  - اتفاقية مصر و المغرب المادة 8

- **1-** يتم تسوية أي نزاع ينشأ بين مستثمر أحد الطرفين المتعاقدين والطرف المتعاقد الآخر فيما يتعلق باستثمار في إقليم الدولة (الدول) المتعاقدة الأخرى بالطرق الودية كلما امكن ذلك.
- **2-** يسعى الأطراف بقدر الإمكان لتسوية المنازعات من خلال المفاوضات ومن خلال اللجوء إلى نصيحة خبير من طرف ثالث إذا ما لزم الأمر، أو من خلال التوفيق بين الأطراف المتعاقدة من خلال القنوات الدبلوماسية.
- **3-** إذا استمر وجود مثل هذا النزاع بين مستثمر أحد الطرفين المتعاقدين والطرف المتعاقد الآخر بعد فترة ستة شهور فللمستثمر الحق في أن يقدم الحالة إلى أي من :
- **أ-** التحكيم الدولي للمركز لتسوية منازعات الاستثمار المنشأ وفقا لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الأخرى والتي اتيحت للتوقيع في واشنطن في 17 مارس 1975 (اتفاق ICSID) أو ،
- **ب-** محكم أو محكمة تحكيم دولية خاصة تنشأ طبقا لقواعد التحكيم الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.
- **ج-** مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي أو
- **د-** قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية في باريس
- تكون أحكام التحكيم نهائية وملزمة لأطراف النزاع ، يتعهد كل من طرفي التعاقد بتنفيذ الأحكام طبقا لقوانينه المحلية.

صياغة البند المتعلق بالتحكيم (القانون المنطبق)

- القانون المنطبق:

1) 1- مبدأ سلطان الإرادة
2) في حالة سكوت الأطراف: عدة فرضيات
3) 1- تطبيق قانون وطني أو عدّة قوانين،
4) 2-القانون الدّولي
5) 3-الأعراف:

الحكم التحكيمي

- حكم نهائي لا مجال لاستئنافه
- مراقبة محدودة للقاضي الوطني فيما يخص الغاء الحكم أو عدم اكسائه الصّيغة التّنفيذيّة(في حالات غياب بند تحكيمي أو عدم احترام قاعدة اجرائيّة أو مخالفة النّظام العام)

- الحكم:
- ملزم ولكن غير قابل للتنفيذ بمجرّد صدوره، باستثناء القرارات التّحكيميّة الصّادرة في اطار **المركز الدّولي لفضّ النّزاعات المتعلّقة بالاستثمار بين الدّول والمستثمرين الأجانب**
- ضرورة الحصول على الأمر بالتّنفيذ exequatur (معاهدة نيويورك لسنة 1958

- : "3- تعتبر قرارات التحكيم نهائية وملزمة بالنسبة لطرفي النزاع ويلتزم كل طرف متعاقد بتنفيذ هذه القرارات."
- اتفاقية لبنان و البحرين المادة 8 الفقرة 3"- تبت الهيئة التحكيمية موضوع الخلاف وفقا لأحكام هذه الاتفاقية وقواعد القانون الدولي ومبادئه المعمول بها، وتكون قرارات التحكيم نهائية و ملزمة لكلا الطرفين ، ويجب على كل طرف متعاقد أن ينفذ ، دون تأخير ، أي قرار كهذا ويجب تطبيق مثل هذا القرار وفقا للقانون المحلّي".

علاقة بند الدّولة الأولى بالرّعاية وبند فض النزاعات

- بند تسوية النّزاعات الأكثر ملائمة يمكن توسيعه بفضل بند الدّولة الأولى بالرّعاية :آليّة تسوية النّزاعات مرتبطة بحماية الاستثمار
- يمكن النص على استثناء للاجتناب هذا التوسع المضر لمصالح الدولة المضيفة

صياغة 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.

صياغة البنود المظلية

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]

آثار البنود المظلية

- 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)

- 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)

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

- *(1). l'article 8(1) du traité franco-argentin de protection des investissements du 3 juillet 1991*) vise « **tout différend relatif aux investissements**»
- 2) *article 9(1)*.BIT conclu entre l'Italie et la Jordanie, « tout litige susceptible de s'élever entre un État contractant et l'investisseur d'un autre État contractant »

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*

- وبالتالي هناك
- 1) صيغة ضيقة التي لا تعطي للمحكم الا 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
- تكرس عدة قضايا أن الاثار القانونية للبنود المظلية هي قبل شيء مسألة صياغية: كيفية صياغة البند