



جامعة دمشق

كلية الحقوق

المعاملة العادلة والمنصفة في اتفاقيات الاستثمار الدولي

رسالة أعدت لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي

إعداد الطالبة

ويصال خليل عمر

إشراف الأستاذ الدكتور

ياسر الحويش

الأستاذ الدكتور في قسم القانون الدولي

١٤٣٦ هـ / ٢٠١٥ م

نوقشت هذه الرسالة استناداً إلى قرار مجلس البحث العلمي والدراسات العليا رقم ٣٢٤٢ م.ب.د تاريخ ٢٠١٥/٧/٢٧ م والقاضي بتشكيل لجنة الحكم لمناقشة هذه الرسالة والمؤلفة من السادة الأساتذة:

الدكتور ياسر الحويش - الأستاذ في قسم القانون الدولي بكلية الحقوق بجامعة دمشق.

عضواً مشرفاً

الدكتورة أمل يازجي - الأستاذ المساعد في قسم القانون الدولي بكلية الحقوق بجامعة دمشق.

عضواً

الدكتورة مايا الدباس - الأستاذ المساعد في قسم القانون الدولي بكلية الحقوق بجامعة دمشق.

عضواً

وقد نوقشت الرسالة بتاريخ ٢٠١٥/٩/١٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ
تَذَكَّرُونَ﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

(سورة الانعام: ١٥٢)

إهداء

إلى من علمني الصبر والنجاح

أبي

إلى نبع المحبة والحنان

أمي

إلى من اشتاق إليهم دائماً

إخوتي وأخواتي

إلى توأم روحي ورفيق دربي

زوجي

إلى إخوة وأخوات لم تلههم أمي

أصدقائي

شُكْر

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة والسلام على سيدنا محمد ﷺ.

أتوجه بجزيل الشكر والامتنان للدكتور ياسر الحويش لتفضله بالإشراف على هذه الرسالة وإغنائي بالنصح والتوجيهات القيمة لتظهر بأفضل صورة، وأسأل الله أن يجزيه عني كل خير.

كما أتوجه بجزيل الشكر إلى لجنة المناقشة، لتفضلهم بقبول الحكم على رسالتي هذه فلهم مني كلّ التقدير والاحترام.

ولا يفوتني أن أوجه الشكر إلى جميع أعضاء الهيئة التدريسية والإدارية في كلية الحقوق بجامعة دمشق.

الاختصارات

AFDI	American Freedom Defense Initiative
ASIL	American Society of International Law
BIT	Bilateral Investment treaties
ESCWA	Economic and Social Commission for Western Asia
FET	Fair and Equitable Treatment
FTC	Free Trade Commission
GAAT	General Agreement on Tariffs and Trade
ILC	International Law Commission
ICJ	International Court of Justice
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
J.T.R.I.	Judicial Training & Research Institute
NAFTA	North American Free Trade Agreement
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
MTBE	Methyl Tert-Butyl Ether
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
UNCTC	United Nations Centre on Transnational Corporations
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Arbitration Rules)

مقدمة

تؤدي قضايا الاستثمار الدولي دوراً مهماً في العلاقات الدولية منذ الحرب العالمية الثانية، لذا يعترف القانون الدولي بعددٍ من المفاهيم التي توضح العلاقات بين الدول من جهة، والمستثمرين من جهة أخرى، ومنها مفهوم المعاملة العادلة والمنصفة، وقد اكتسب هذا المفهوم في السنوات الأخيرة أهمية في ممارسات الدول، وترجع هذه الأهمية إلى ازدياد عدد اتفاقيات الاستثمار بشكل عام، فيوجد حالياً ما يزيد على ٣٠٠٠ اتفاقية استثمار ثنائية سارية بين الدول، وهذه الاتفاقيات تحدد التزامات تعاهدية بين البلدان المتقدمة المصدرة لرأس المال من ناحية، والبلدان النامية المستوردة لرأس المال من ناحية أخرى، وتتضمن غالبيتها بند المعاملة العادلة والمنصفة بصياغة تضمن للمستثمرين الأجانب الحصول على تلك المعاملة من البلد المضيف للاستثمار الأجنبي. وقد ورد البند أيضاً في اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA) التي دخلت حيز النفاذ في عام ١٩٩٤ بين الولايات المتحدة والمكسيك وكندا) واتفاقيات أخرى.

وأول إشارة لهذه المعاملة كان في ميثاق هافانا لإنشاء منظمة التجارة الدولية سنة ١٩٤٨، فقد نصّت المادة ٢/١١ من الميثاق على أنّ المنظمة الدولية للتجارة تضمن المعاملة العادلة والمنصفة لمشاريع ومهارات ورأس المال والفنون والتكنولوجيا المقدمة من أحد الدول الأعضاء إلى الآخر، ومع أن هذا الميثاق لم يدخل حيز التنفيذ بسبب عدم تصديق الولايات المتحدة الأمريكية عليه، إلّا أنّ إدراجه للمعاملة العادلة والمنصفة كوّن سابقة مهمة استُعين بها لدى صوغ اتفاقيات الاستثمار اللاحقة.

كما يحظى مفهوم المعاملة العادلة والمنصفة بدعم في أعمال بعض المنظمات الدولية والمنظمات غير الحكومية، فقد أيدت غرفة التجارة الدولية في عام ١٩٤٩ في مدونتها الدولية للمعاملة العادلة للاستثمارات الأجنبية فكرة المعاملة العادلة، بتحديد بعض العناصر المفترضة لهذا المعيار، ولاحقاً في عام ١٩٧٢ أشارت غرفة التجارة الدولية في مبادئها التوجيهية المتعلقة بالاستثمار الدولي، إلى ضرورة ضمان المعاملة العادلة والمنصفة لملكية المستثمرين الأجانب، كما أوصى البنك الدولي عام ١٩٩٢ في المادة (٢/٣) من مبادئه التوجيهية المتعلقة بمعاملة الاستثمارات الأجنبية بهذه المعاملة^١. ثم أدرجت أغلبية الدول بند المعاملة العادلة والمنصفة في اتفاقياتها ومنها سوريا.

أهمية الدراسة:

أصبحت المعاملة العادلة والمنصفة تحنل مكانةً مهمة في مجال الاستثمارات الدولية، فهي ترد في أغلب اتفاقيات الاستثمار، كما أن العدالة والإنصاف من المبادئ الأساسية في كل نظام قانوني في العالم، والدول التي ترغب في جذب الاستثمارات الأجنبية وتنشيط اقتصادها، لا يمكن إلا أن تقبل بمعاملة تلك الاستثمارات معاملة عادلة ومنصفة. وفي السنوات الأخيرة تقدم المستثمرون بادعاءات كثيرة بانتهاك المعاملة العادلة والمنصفة من قبل الدول المضيفة إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICID وهيئات تحكيم أخرى بموجب بنود منصوص عليها في الاتفاقية، فكان لابد من محاولة الوقوف على معنى هذه المعاملة. وقد تنبّهت لجنة القانون الدولي إلى الأهمية المتزايدة للمعاملة العادلة والمنصفة لذلك؛ قررت أن تدرج دراستها في برنامجها الطويل الأمد

¹ Report to development committee and guide - lines on the treatment of foreign direct investment. I.B.R.D. The World Bank group. Vol. II, 1992 - P. 38.

وذلك في الجلسة المنعقدة بتاريخ ٢٠١١/٥/٤ ، ولكن إلى الآن لم يُناقش هذا الموضوع بعد.

هدف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى بيان آراء الفقه وقرارات المحكمين الذين وجدوا أنفسهم أمام مهمة توضيح معيار المعاملة العادلة والمنصفة بشكل عام من أجل تقرير: هل انتهكت الدولة المضيضة المعاملة العادلة والمنصفة أم لم تنتهكها؟ فالأثر المترتب على الانتهاك هو التعويض من قبل الدولة المنتهكة وربما يكون هذا التعويض ضخماً.

إشكالية الدراسة:

تعترض دراسة مفهوم المعاملة العادلة والمنصفة عدّة تساؤلات لابدّ من الإجابة عليها، وفي مقدمتها:

- مع أهمية المعاملة العادلة والمنصفة، إلا أن معناها يثير الجدل، فعلى الرغم من دخول الدول في اتفاقيات تتضمن بند المعاملة العادلة والمنصفة، إلا أنه ليس من الواضح تماماً ما الذي تقصده الدول من إدراجها في الاتفاقية؟ وما الذي ينتظره المستثمر من إدراجها؟ وما طبيعتها؟ وكيف تفسر؟

- تختلف الأشكال التي ترد بها المعاملة العادلة والمنصفة في كثير من اتفاقيات الاستثمار الدوليّة، ففي بعض الحالات، تذكر المعاملة العادلة والمنصفة وحدها ودون الإشارة إلى معايير أخرى، في حين في حالات أخرى تقترن في البند ذاته بمعايير أخرى لمعاملة المستثمرين، مثل الحماية والأمن

الكاملين، ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية والمعاملة الوطنية، فهل يؤثر هذا الاختلاف في التفسير؟

- ما عناصر المعاملة العادلة والمنصفة؟ وهل هناك اتفاق من قبل هيئات التحكيم على هذه العناصر؟

- أثارت العلاقة بين المعاملة العادلة والمنصفة ومعيار الحد الأدنى الدولي جدلاً واسعاً، فهل حُسِمَ هذا الجدل من قبل هيئات التحكيم والفقهاء؟ وما علاقة معيار المعاملة العادلة والمنصفة بالمعايير المشروطة الأخرى (مثل معاملة الدولة الأولى بالرعاية والمعاملة الوطنية) ومعيار الحماية والأمن الكاملين؟

- ينص على المعاملة العادلة والمنصفة في اتفاقيات الاستثمار من أجل حماية المستثمر، فهل هذه الحماية مطلقة أم مقيدة بحدود معينة؟ وهل هناك ممارسات معينة من الدولة المضيفة تعدّها هيئات التحكيم انتهاكاً للمعاملة العادلة والمنصفة؟ وكيف يُعوّضُ عن الضرر الذي يسببه انتهاك هذه المعاملة؟

خطة الدراسة:

من أجل الإحاطة بالموضوع قسمنا الدراسة إلى فصلين، الفصل الأول سنتناول فيه ماهية معيار المعاملة العادلة والمنصفة وعلاقته بالمعايير الأخرى لحماية الاستثمار، وسنوضح فيه تعريف هذا المعيار ومضمونه، وكيفية وروده في اتفاقيات الاستثمار (المبحث الأول)، وعلاقته مع غيره من معايير حماية الاستثمار (المبحث الثاني)، أمّا الفصل الثاني فسنتناول فيه كيفية الموازنة بين مصالح الدولة المضيفة ومصالح المستثمر في تحديد انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، وسنبين فيه حدود الحماية الممنوحة بموجب معيار المعاملة

العادلة والمنصفة (المبحث الأول)، ونتائج انتهاك هذا المعيار وكيفية التعويض
عن ضرر انتهاكه (المبحث الثاني).

الفصل الأول

المعاملة العادلة والمنصفة ومدى ارتباطها بالمعايير الاقتصادية الدولية

الفصل الأول

المعاملة العادلة والمنصفة ومدى ارتباطها بالمعايير الاقتصادية الدولية

تمهيد:

أسفرت السنوات القليلة الماضية عن عدد لا بأس به من الاجتهادات التحكيمية فيما يتعلق بالمعاملة العادلة والمنصفة، ومع أنها غير موحدة، إلا أنها استطاعت أن تسهم إسهاماً لافتاً مع الفقه بتوضيح مفهوم المعاملة العادلة والمنصفة التي يُنصُّ عليها في اتفاقيات الاستثمار الدولية بقصد حماية الاستثمارات الأجنبية، لذا فهي أحياناً تتقاطع مع المعايير الأخرى لحماية هذه الاستثمارات. وعلى هذا سنتناول في هذا الفصل ماهية المعاملة العادلة والمنصفة ثم بيان العلاقة بين معيار المعاملة العادلة والمنصفة وغيره من المعايير الاقتصادية الدولية.

المبحث الأول

ماهية المعاملة العادلة والمنصفة

يتسم بند المعاملة العادلة والمنصفة بطابع مطلق وغير مشروط، إذ إنّ المعاملة الممنوحة بموجبه مستقلة تماماً عن أي معاملة أخرى يمنحها البلد المضيف بموجب بنود أخرى، كبند الدولة الأولى بالرعاية أو بند المعاملة الوطنية اللذين يتسمان بطابعهما النسبي، ويرجع ذلك إلى أن المعاملة المنصوص عليها في هذه البنود مرتبطة بالمعاملة الممنوحة لمستثمرين آخرين، سواء أكانوا وطنيين أم ينتمون إلى دولة ثالثة وقعت اتفاقيات مع الدولة المضيفة¹. وإذا كانت هذه السمات للمعاملة العادلة والمنصفة واضحة ومتفقاً عليها، إلا أن تعريفها وعلاقتها بالمعايير الأخرى لحماية الاستثمارات لا تبدو كذلك.

المطلب الأول

المفهوم القانوني للمعاملة العادلة والمنصفة

إن وجود العدالة والإنصاف كعنصر مشترك بين المعاملة العادلة والمنصفة من جهة، ومبادئ العدالة والإنصاف بحسبانها مصدراً من مصادر القانون الدولي كما جاء بها النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية من جهة أخرى، يثير التساؤل عن العلاقة بينهما، ويتطلب تحديد طبيعة المعاملة العادلة والمنصفة توضيح علاقة هذه المعاملة بمبادئ العدالة والإنصاف، ومن ثمّ محاولة تعريف

¹ Yannaca, Small, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", OECD Directorate for Fin. & Enter. Affairs, Working Paper No. 2004/3, p.1.

هذه المعاملة، وإن كانت كثير من هيئات التحكيم تتجاوز تعريفها لصالح التركيز على تحديد عناصرها وتحديد الأفعال التي تعدّ انتهاكاً لها.

أولاً- علاقة المعاملة العادلة والمنصفة بمبادئ العدالة والإنصاف:

تعدّ مبادئ العدالة والإنصاف مصدراً من مصادر القانون الدولي كما نصت عليها المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

وإذا كانت هذه المادة تستخدم التعبير اللاتيني *ex aequo et bono* بمعنى العدالة والإنصاف، فإن: "تعبير الإنصاف *equitableness*، والعدالة *fairness*، كثيراً ما يرد في الكتابات الفقهية، ولا يكاد يُعزَّر على اتفاق بشأن مدلول محدد لهذه المصطلحات"^١. فهذه المبادئ يكتنف معانيها الغموض والتناقضات في أدبيات القانون الدولي، وليس هناك اتفاق على محتواها، إلا أنه "يمكن الاستنتاج من الاطلاع على التعامل الدولي أن هذه المبادئ تهدف إلى: إمّا إجازة القاضي باستكمال قانون قائم، أو منحه صلاحية استبعاد قانون قائم في حال تعارض ذلك القانون مع الإنصاف، أو إتاحة الفرصة لاتخاذ القرار على أساس اعتبارات تخضع للملاءمة والتوافق"^٢.

وبالنظر إلى بعض الاجتهادات التحكيمية المتعلقة بعلاقة المعاملة العادلة والمنصفة بمبادئ العدالة والإنصاف، يُلاحظ أنها لم تتفق على رأي واضح في ذلك، ففي قضية *Saluka Investments* ضد جمهورية التشيك، التي رفعت

١ جعفر عبد السلام، العدالة والإنصاف في القانون الدولي، العدد الثاني من مجلة الاقتصاد والإدارة، ١٩٧٦، ص ٨٩. ورد ذكره في: صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٣٩٠.

د. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة السادسة، ٢٠٠٧، ص ١٧٣.

من قبل مستثمر هولندي بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين هولندا والتشيك مدعياً بعدة انتهاكات من جانب هولندا، منها انتهاك المعاملة العادلة والمنصفة المنصوص عليها في المادة ٣/١. فقد بيّنت هيئة التحكيم أن المعاملة العادلة والمنصفة لها محتوى قانوني باستنتاجها أن: "لا شيء يدل على أن مثل هذه المعايير الواردة في المادة ٣/ (ومن بينها المعاملة العادلة والمنصفة) من الاتفاقية تدعو هيئة التحكيم لحل النزاع بحسب قواعد العدالة والإنصاف؛ وفي الحقيقة لها محتوى قانوني كافٍ يسمح بأن تُحسم القضية على أساس قانوني"^٢. ويدعم Tudor هذا الرأي بتصنيفه العدل إلى ثلاثة أشكال؛ إمّا كمصدر مستقل للقواعد القانونية، وتمثله المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ويحكم القاضي بموجبه بناء على طلب صريح من أطراف النزاع، وإمّا كمبدأ عام يُطبق عند تنفيذ أي قانون؛ وذلك لتفادي نتائج غير معقولة في الممارسة، أو يأتي في أنظمة القانون العام لمنح سلطة تقديرية للقاضي، بل حتى تفويضه في إنشاء مجموعة من القواعد التي تطبق عندما ينظر في ظروف كل قضية على حدة، وبحسب هذا الرأي فإنّ الوظيفة الأخيرة هي التي تنطبق على المعاملة العادلة والمنصفة، فللمحكم دور مهم جداً في تطبيقها وتعريفها وتحديد عناصرها، والإشارة إلى العدالة في المعاملة العادلة والمنصفة لا يعني أن هيئات التحكيم سوف تحكم بمقتضى العدالة والإنصاف بموجب

¹ Saluka Investments (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award of Mar. 17, 2006. available on: <http://www.italaw.com/documents/Saluka-PartialawardFinal.pdf>.

² "however, that such standards as laid down in Article 3 of the Treaty would invite the Tribunal to decide the dispute in a way that resembles a decision ex aequo et bono..... in fact have sufficient legal content to allow the award to be decided on the basis of law". Idid, para. 284.

المادة ٣٨/ هـ/ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية^١. بينما يدعو آخرون إلى عدم الخلط بين مبادئ العدالة والإنصاف والمعاملة العادلة والمنصفة بحسبان أن: "المعاملة العادلة والمنصفة هي مفهوم قانوني قابل للتفسير والتطبيق من قبل المحكمة وليست تفويضاً لتجاوز القانون وتطبيق مبادئ العدالة والإنصاف"^٢.

وفي المقابل في قضية Consortium R.F.C.C. ضد المملكة المغربية التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار بين إيطاليا والمغرب^٣، إذ ادعت الشركة الإيطالية أن المغرب انتهكت اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الدولتين ومن بنودها المعاملة العادلة والمنصفة بتصرفاتها تجاه الشركة الإيطالية^٤، قررت هيئة التحكيم عند النظر في انتهاك المغرب لهذه المعاملة نقيض الآراء السابقة بأن: "التزام المعاملة العادلة والمنصفة ليس له مضمون محدد سلفاً، بل يستشهد

¹ Ioana, Tudor, "Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment" Oxford University Press, 2008, pp. 127-128.

² Christoph Schreuer, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, The Journal Of World Investment & Trade, Vol. 6 No. 3. June 2005, P. 365.

^٣ تعلقت القضية بقيام نزاع بين الشركة المغربية للطرق التابعة للمملكة المغربية والشركة الإيطالية R.F.C.C. خاص بتنفيذ عقد لإنشاء طريق سريع بينهما، حيث أعطت السلطات مهلة للشركة لتتهي فيها المشروع وإلا ستفرض غرامات عليها، ولكن وبسبب تأخر السلطات المغربية في إصدار خطط وتوجيهات البدء بالمشروع، والتأخر في تنفيذ التزامها بوضع الأرض تحت تصرفها، تأخرت الشركة عن التسليم رغم تكبدتها مصاريف من أجل الانتهاء في المدة المحددة، وكذلك فُرض عليها مبلغ ضخم كغرامة تأخير؛ لذا ادعت بعدة ادعاءات، من بينها انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، إلا أن هيئة التحكيم رفضت جميع الادعاءات في هذه القضية.

⁴ Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco, ICSID Award No. ARB/00/6, Award, 22 December 2003. available on: [http:// www.italaw.com/cases/documents/327.pdf](http://www.italaw.com/cases/documents/327.pdf)

بمبادئ العدالة والإنصاف، ذوات المفاهيم الموضوعية التي تأخذ في الحسبان ظروف كل قضية على حدة"¹. وقد رأى بعض الفقه أن هذا الاجتهاد يُظهر أهمية الاستعانة بمعاني العدالة والإنصاف في تعريف المعاملة العادلة والمنصفة اعتماداً على النهج البسيط للتعريف، فلا أحد ينكر أهمية هذين المفهومين لهيئات التحكيم في توجهها لتعريف المعاملة العادلة والمنصفة².

ومع تشابه التعابير بين مبادئ العدالة والإنصاف ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة؛ إلا أنه يوجد اختلاف مهم فيما بينها، فمبادئ العدالة والإنصاف يجري العمل بها في القضايا المعروضة أمام القضاء الدولي، فالمعنى بتطبيق هذه المبادئ هي المحكمة بعد موافقة أطراف النزاع على تطبيقها، أمّا معيار المعاملة العادلة والمنصفة فهو التزام يرد في اتفاقيات الاستثمار الدولية، والدول الموقعة لهذه الاتفاقيات هي المعنية بتنفيذه، وإن كانت هناك قضايا عن هذا الالتزام فإنّه ينظر فيها على أساس وروده كقاعدة قانونية في الاتفاقية التي يثور النزاع في تطبيق بنودها.

ثانياً: طبيعة المعاملة العادلة والمنصفة:

توصف المعاملة العادلة والمنصفة بأنها معيار من معايير حماية الاستثمارات في أغلب اتفاقيات الاستثمار الدولية، فهل هي معيار حقاً؟ لمعرفة ذلك لابدّ من تعريف مصطلح المعيار بشكل عام وبيان عناصره؟

¹ "...that the obligation fair and equitable treatment would not predetermined content and would return to the concepts of justice and fairness heard objectively but taking into account the factual circumstances of the award....", Ibid, Para. 51.

² Tudor, Op, cit, p. 129.

١. تعريف مصطلح المعيار:

عرفه العلامة السنهوري بأنه: "اتجاه عام يهتدي به القاضي عند الحكم، ويمنحه فكرة عن غرض القانون وغايته دون تقيده"^١، وعرفه آخر بأنه عبارة عن "تمودج يهتدي به القاضي أو المحكم أو رجل الإدارة وهو بصدد الحكم على سلوك معين بالصواب أو بالخطأ، أو بصدد تقييمه لواقعة معينة أو شيء من الأشياء المادية أو المعنوية"^٢. ومع غياب الاتفاق على تعريف واحد، إلا أنه يمكن القول: إن هناك نقاطاً مشتركة تجمعها هي: ١- المعيار مفهوم غير محدد؛ ٢- له طابع مرن جداً؛ ٣- يمنح سلطة تقديرية للقاضي.

٢. عناصر المعيار:

يتكون المعيار من عنصرين: العنصر الموضوعي الذي يتألف من الحقائق والظروف المحيطة بالقضية المعنية وتساعد على الوصول إلى الحكم أو إلى القرار؛ أمّا العنصر الشخصي للمعيار فيقوم على السلطة التقديرية الممنوحة للمُحكم والقاضي في تقييم تلك الظروف والحقائق وموازنتها، وإن كانت هذه السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي أو المحكم غير متفق عليها من قبل الفقه،

^١د. عبد الرزاق السنهوري، القيود التعاقدية على حرية العمل في القضاء الانكليزي- المعيار المرن والقاعدة الجامدة في القانون، رسالة دكتوراه الأولى، جامعة ليون، فرنسا، عام ١٩٢٥، ص ٢٣، نقلاً عن د. حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، مجلة القانون والاقتصاد، مصر المعاصرة ١٩٩٥، العدد ٢، ج ٢ ص ٢٥٠-٢٥٢.

^٢فارس حامد عبد الكريم، المعيار القانوني، رسالة ماجستير، بغداد، متوافر على الرابط الآتي <http://www.droit-dz.com/forum/showthread.php?t=9854> تاريخ الزيارة ٢/٨/٢٠١٥.

إلا أنها يجب أن تقاس على ضوء العنصر الموضوعي للمعيار، وبذلك تكون هناك قواعد يتقيد بها القاضي ولا يكون قراره شخصياً بحتاً¹.

وبحسب رأي Tudor عند النظر إلى مدى تطبيق ما سبق على المعاملة العادلة والمنصفة يلاحظ أن تعريف المعاملة العادلة والمنصفة (كما سيتبين) غير موحد ويعتمد على ظروف كل قضية على حدة، وعنصرها الموضوعي مكون مما يأتي في صياغة بند المعاملة العادلة والمنصفة، ومدى وضوحها في اتفاقية الاستثمار، وتحديد علاقتها بمعيار الحد الأدنى للقانون الدولي وبمعايير المعاملة الأخرى، أما العنصر الشخصي للمعاملة العادلة والمنصفة فيمكن في السلطة التقديرية الممنوحة للمحكمين للنظر في ملائمة القضية ووقائعها في مراحل تطبيق المعاملة العادلة والمنصفة جميعها، مع الأخذ بالحسبان الطابع المتطور للمعاملة العادلة والمنصفة وظروف الدولة التي تؤخذ في الحسبان بشكل عام في تطبيقها، ولذلك يمكن عدّ المعاملة العادلة والمنصفة معياراً من معايير حماية الاستثمارات الأجنبية، ويترتب على ذلك بحسب هذا الرأي عدة نتائج:

١- المحكم أو القاضي له دور مهم في تطبيق العنصر الموضوعي للمعيار في ظروف كل قضية.

٢- معيار المعاملة العادلة والمنصفة له طابع متغير.

٣- نظراً إلى مرونة المعيار وتكيفه الدائم مع ظروف الحالة المعنية، لا يوجد مضمون مستقر وثابت لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة¹.

¹ Tudor, Op, cit, pp. 122 – 123.

ومما يعزز هذا الرأي ما جاء في قضية Waste Management ضد المكسيك التي رفعت بموجب اتفاقية NAFTA (بين الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك)، إذ كان المدعي قد وقّع عقداً مع مدينة Acapulco المكسيكية يتعلق بالتخلص من النفايات الصلبة، عارض عددٌ من العامة برنامج هذه الشركة بسبب عدم رغبتهم في دفع الرسوم المقررة لتمويل برنامجها، ونتيجة لهذه المعارضة توقف مجلس مدينة البلدية عن أداء التزاماته بموجب العقد، فادعت الشركة الأمريكية عدة ادعاءات، من بينها انتهاك المكسيك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة^١، وعند النظر في الادعاء من قبل هيئة التحكيم ذكرت أنه: "من الواضح أن المعيار [إشارة إلى المعاملة العادلة والمنصفة] إلى حد ما مرّن ويجب أن يتكيف مع ظروف كل قضية"^٢.

ثالثاً: تعريف معيار المعاملة العادلة والمنصفة:

حاولت بعض هيئات التحكيم تعريف معيار المعاملة العادلة والمنصفة عند البت في القضايا المعروضة أمامها والمتعلقة بهذا المعيار. فكيف عرّفت هيئات التحكيم معيار المعاملة العادلة والمنصفة؟ وهل رست على تعريف موحد؟ وهل هناك معايير تقيد المحكمين في ذلك؟

¹ Ibid, pp. 123- 132.

² Waste Management, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Award No. ARB(AF)/00/3, Award of 30 April 2004. available on: <http://www.italaw.com/documents/WastMgmt2-Jurisdiction.pdf>

³ "Evidently the standard is to some extent a flexible one which must be adapted to the circumstances of each award", Ibid, Para. 99.

قبل الإجابة عن هذه التساؤلات لابدّ في البداية أن نتعرف معنى مصطلحي العادل والمنصف والفرق بينهما بغية توضيحهما، لما لذلك من أهمية في تعريف المعيار بسبب اعتماد المحكمين في التعريف أحياناً على النهج البسيط القائم على المعنى الحرفي للعادل والمنصف.

١- الفرق بين العادل والمنصف:

إن تحديد معنى كل من مصطلحي العادل والمنصف ليس أمراً سهلاً ولا يوجد معنى دقيق وموحد لهما، فمصطلح العادل مشتق من العدالة، والمنصف مشتق من الإنصاف، وقد شكّلت العدالة والإنصاف موضوعاً للعديد من الدراسات والبحوث على مدى من الزمن دون الوصول إلى اتفاق موحد لمعناها؛ والسبب الأساسي في ذلك هو أن العدالة والإنصاف هما مفهومان متغيّران بسبب اتصافهما بالمرونة، فما يعدّ عادلاً ومنصفاً في وقت ومكان ما، لا يعدّ كذلك في وقت ومكان آخر^١. ومن المعاني المشهورة التي أُعطيت لمصطلح العادل fair في قاموس أكسفورد أنه: مقسط، غير متحيز، شرعي، منسجم مع القواعد المتبعة^٢، وكذلك في قاموس Black's عُرِفَ بأنه: غير متحيز، نزيه، أمّا المنصف equitable فعُرِفَ بأنه عادل Just ومتفق مع قواعد العدالة والإنصاف^٣، وقد حدد مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية UNCTAD في

¹ Tudor, Op, cit, p. 127.

² Concise Oxford Dictionary, 8th edition, Clarendon Press Oxford, 1990.

³ Black's law Dictionary, Published by: West; 9 edition, June 25, 2009, pp. 617- 674.

الدراسة الثانية التي نشرت من قبله بخصوص معيار المعاملة العادلة والمنصفة معنى الإنصاف بأنه تحقيق ما يوازي الصحيح في الظروف جميعها^١.

يُلاحظ أنه في محاولة تعريف أي من المصطلحين يُحَالُ إلى المصطلح الآخر لتحديد معناه، أي إنَّ تعريفيهما متطابقان تقريباً، ومع ذلك فإنَّ الأخذ بأحد المصطلحين دون الآخر غير ممكن هنا، فهما يكملان بعضهما بعضاً^٢، وإنَّ كانا يبدوان كأنهما مصطلحان مختلفان ومستقلان عن بعضهما، إلا أنَّهما عنصران لنمط واحد ومماثل، ويصعب تحديد تدبير بأنه عادل ولكنه غير منصف والعكس صحيح^٣.

ويُستنتج من حكم محكمة العدل الدولية المتعلق بقضية الجرف القاري لبحر الشمال^٤ (وإنَّ لم يتعلق الحكم بمعيار المعاملة العادلة والمنصفة) بأنَّ المصطلحين متقاربان في المعنى، إذْ ذكرت المحكمة أن: "قرارات القاضي، مهما يكن استدلالها القانوني، يجب أن تكون عادلة، وبهذا المعنى منصفة"^٥.

¹ Fair and Equitable Treatment, Series on Issues in International Investment Agreements, 2012, p.7. Available on: http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf.

² Aurélie Ercoli, La norme du traitement just et équitable en droit international des investissements, 2011, Institut des Hautes Études Internationales (Paris II), p. 10.

³ فرحات الحرشاني، دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا ESCWA، ٢٠١١، ص ٩٧.

⁴ تلك القضية تعلقت باتفاقيات بين الدانمارك وألمانيا وهولندا وموضوعها ترسيم المناطق الغنية بالبترول والغاز من الجرف القاري في منطقة بحر الشمال.

⁵ "...its decisions must by definition be just, and therefore in that sense equitable...", Award North Sea Continental Shelf Awards, Judgment, ICJ

وكذلك عند عقد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي جلسة في عام ٢٠١١ لوضع الصيغة النهائية لقانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي^١ واعتماده بدلاً من القانون القديم للعام ١٩٩٤، اقترح مندوب مجموعة دول أوروبا الغربية الاستعاضة عن عبارة "المعاملة العادلة والمنصفة" الواردة في الفقرة الفرعية (د) من الديباجة بعبارة "المعاملة العادلة والمتكافئة"، لأن وفده يرى أن كلمة "عادلة" مرادفة لكلمة "منصفة"، في حين "المعاملة المتكافئة" معروفة في أوروبا^٢. لكنه في نهاية الجلسة تقرر الإبقاء على كلمة المنصفة مع إضافة كلمة متكافئة؛ وذلك لأن القانون القديم ينص على كلمة "المنصفة"^٣.

٢- تعريف معيار المعاملة العادلة والمنصفة:

يعترف الفقه في الغالب بعدم وجود تعريف دقيق لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، لذلك لم يتطرق إلى تعريفه، بل ترك هذه المهمة لهيئات التحكيم^٤،

Reports 1969, p 49, Para. 88. Available on: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>.

^١ يتيح القانون النموذجي للجهات الحكومية المشتري الاستفادة من الأساليب التجارية الحديثة، كالاشتراء الإلكتروني، لكي يتسنى لها تحقيق أفضل مردود في الاشتراء، ويتضمن هذا القانون إجراءات تتيح الاشتراء العادي، والاشتراء العاجل أو الطارئ، والاشتراء البسيط والمتدني القيمة.

^٢ لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة ٤٤، CN.9/SR.925/A، ١٥/ تموز/ ٢٠١١.

^٣ إذ أصبحت الصيغة النهائية على الشكل الآتي: الديباجة: "إن [الحكومة ... ترى] [البرلمان ... يرى] أن من الصواب تنظيم الاشتراء من أجل الأهداف الآتية ... د- توفير المعاملة العادلة والمتكافئة والمنصفة لجميع الموردين والمقاولين..." قانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة السادسة والستون، 17/ A/66، نيويورك ٢٠١٤.

^٤ Stephan Schill, "Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law", in Institute for International Law

التي لم تهتم بدورها بوضع تعريف مباشر لهذا المعيار، وإن اعتمدت في بعض القضايا المرفوعة أمامها على نهج المعنى البسيط (العادي)، وهو يعتمد على قواعد تفسير المعاهدات في القانون الدولي المتمثلة في المادة ٣١ و ٣٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات^١، أي المعنى الحرفي لمصطلحات العادل والمصنف وسياق المعاهدة والغرض منها والوسائل التكميلية بنسبة أقل.

ففي قضية MTD Equity ضد جمهورية تشيلي، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين تشيلي وماليزيا^٢، وفي أثناء النظر في ادعاء انتهاك

and Justice, New York University School of Law, International Law and Justice Working Papers 2006, Pp. 7-8

^١ تنص المادة (٣١) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على: "١- تفسر المعاهدة بحسن النية وفقاً للمعنى الذي يعطى لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها.
٢- بالإضافة إلى نص المعاهدة، بما في ذلك الديباجة والملاحق، يشتمل سياق المعاهدة من أجل التفسير على ما يلي: (أ) أي اتفاق يتعلق بالمعاهدة ويكون قد تم بين الأطراف جميعاً بمناسبة عقدها؛ (ب) أي وثيقة صدرت عن طرف أو أكثر، بمناسبة المعاهدة، وقبلتها الأطراف الأخرى كوثيقة لها صلة بالمعاهدة....".

وتنص المادة ٣٢ من الاتفاقية ذاتها: "يمكن اللجوء إلى وسائل تكميلية في التفسير، بما في ذلك الأعمال التحضيرية للمعاهدات وملابسات عقدها، وذلك لتأكيد المعنى الناتج عن تطبيق المادة ٣١ ولتحديد معنى النص حين يكون من شأن التفسير وفقاً لتلك المادة: (أ) أن يترك المعنى غامضاً أو غير واضح؛ أو (ب) يؤدي إلى نتيجة غير منطقية أو غير مقبولة.

^٢ تتلخص تفاصيل النزاع بقيام شركة MTD المملوكة لمستثمر ماليزي بتوقيع عقد استثمار مع تشيلي لبناء تجمع متعدد الاستخدامات (بعد أن كان قد خطط أن يبنى من أجل الاستخدام الزراعي فقط)، فحصلت الشركة رأس مال ضخّم لهذا المشروع وبدأت بالدخول في مفاوضات طويلة مع السلطة للاتفاق على تفاصيل المشروع، وبعد الاتفاق قامت الشركة بالبدء بتصميم المشروع وتقسيمه، ولكن كان لا بدّ من الحصول على موافقة وزارة الإسكان والتعمير على التصاميم والتقسيمات، بيد أن هذه الأخيرة رفضت المشروع بحجة تعارضه مع تعليمات تقسيم المناطق، فادعت الشركة بعدة انتهاكات بموجب الاتفاقية من بينها انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

معيار المعاملة اعتمدت هيئة التحكيم على المعنى العادي لمصطلحات العادل والمنصف إذ ذكرت: "أن هيئة التحكيم أنشئت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية، ومن ثمّ هي ملزمة بتطبيق أحكامها وتفسيرها وفقاً لقواعد التفسير الموجودة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تتطلب في المادة ١/٣١ تفسير المعاهدة بحسن النية وفقاً للمعنى العادي الممنوح لبند المعاهدة في سياقها والغرض منها... ومصطلحات العادل والمنصف المستخدمة في المادة (٣) من اتفاقية الاستثمار الثنائية تعني: مقسطة، غير متحيزة، وشرعية"،¹ فهنا نجد أن هيئة التحكيم اعتمدت على قاموس أكسفورد لتعريف معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

والأسلوب ذاته انتهجته هيئة التحكيم في قضية Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. ضد المكسيك، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين المكسيك وأستراليا، تعلق هذا النزاع بقيام السلطات

¹ "This being a Tribunal established under the BIT, it is obliged to apply the provisions of the BIT and interpret them in accordance with the norms of interpretation established by the Vienna Convention on the Law of the Treaties, which is binding on the State parties to the BIT. Article 31(1) of the Vienna Convention requires that a treaty be "interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose... In their ordinary meaning, the terms "fair" and "equitable" used in Article 3(1) of the BIT mean "just", "even-handed", "unbiased", "legitimate...", MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Award No. ARB/01/7, Award, 25 May, 2004., Paras. 112 - 113. http://www.italaw.com/documents/MTD-Award_000.pdf

المكسيكية باستبدال رخصة غير محددة المدّة لتشغيل موقع لدفن النفايات الخطرة لشركة Tecmed برخصة محددة المدّة ثم رفضت تجديد الرخصة، ادعت الشركة أن موقف الحكومة يتعارض مع التزاماتها بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الدولتين، ومنها التزام منح معيار المعاملة العادلة والمنصفة^١، وقد ذكرت هيئة التحكيم أنه: "يؤخذ في الحسبان في مجال معيار المعاملة العادلة والمنصفة الوارد في المادة ١/٤ معناه العادي وفق المادة ١/٣١ من اتفاقية فيينا"^٢.

وكذلك، في قضية ADF Group Inc ضد الولايات المتحدة الأمريكية التي رفعت بموجب اتفاقية NAFTA (بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا)^٣، طالبت شركة الفولاذ الكندية ADF بتعويض عن الأضرار الناتجة عن التشريعات واللوائح الوطنية الأمريكية التي تطلبت استخدام الفولاذ المنتج محلياً فقط في المشاريع العامة للدولة، ورأت ذلك انتهاكاً لمعيار المعاملة العادلة

¹ Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Award No. ARB(AF)/00/2, Award of May 29.2003. available on: http://www.biicl.org/files/3917_2003_tecmed_v_mexico.pdf.

² "The Arbitral Tribunal understands that the scope of the undertaking of fair and equitable treatment under Article 4(1) of the Agreement..... taking into account the text of Article 4(1) of the Agreement according to its ordinary meaning (Article 31(1) of the Vienna Convention", Ibid, Para. 155.

³ تتلخص وقائع القضية في حصول شركة المدعي التي تقوم باستيراد الفولاذ من كندا على عقد من الباطن من الشركة الوطنية لتشييد الجسور والطرق السريعة (من أجل إمداد المشروع بالفولاذ بما يكفي ٩ جسور) في ولاية فرجينيا في الولايات المتحدة الأمريكية، لكن قبل انتهاء المدّة صدر قانون يقضي باستخدام الفولاذ المحلي فقط في المشاريع العامة للدولة، مما تسبب بخسائر فادحة للشركة؛ لذلك تقدمت بعدة ادعاءات من بينها انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

والمنصفة^١، إذ ذكرت هيئة التحكيم أنه: "بحسب قواعد التفسير المنصوص عليها في القانون الدولي العرفي، لا بدّ من التركيز أولاً على اللغة الفعلية للبند المراد تفسيره وغرض الأطراف من المعاهدة، والاتفاق على أي فقرة خاصة في تلك المعاهدة إن وُجدت، إذ يمكن الاعتماد عليها فعلياً في المقام الأول"^٢.

وذكرت منظمة التعاون والتنمية في دراسة لها عن معيار المعاملة العادلة والمنصفة أن "التفسير الصحيح لمعيار المعاملة العادلة يعتمد على صياغة الاتفاقية، سياقها، والغرض منها، وكذلك طريقة التفاوض أو دلالات أخرى لنية الأطراف"^٣، فسياق الاتفاقية والغرض منها له دور مهم في تعريف المعاملة العادلة والمنصفة، والغرض الأساسي لاتفاقيات الاستثمار الدولية هو تعزيز الاستثمارات وتشجيعها وخلق الظروف المواتية لها في إقليم كل من الأطراف المتعاقدة على أساس المنفعة المتبادلة. فالمعاملة العادلة والمنصفة بحسب الغرض من اتفاقية الاستثمار يمكن أن تُعرف بأنها المعاملة الجيدة التي تسهم في تشجيع الاستثمارات الأجنبية وحمايتها.

¹ ADF Group Inc. v. United States, ICSID Award No. ARB (AF)/00/1 Award, 9 January 2003. available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>.

² "...We understand the rules of interpretation found in customary international law to enjoin us to focus first on the actual language of the provision being construed. The object and purpose of the parties to a treaty in agreeing upon any particular paragraph of that treaty are to be found, in the first instance, in the words in fact used by the parties in that paragraph", Ibid, Para. 147.

³ Yannaca, Small, Op, cit, p. 40.

ولكن لابدّ من الحذر في تعريف المعيار عند الاعتماد على هذا الأساس فقط بحسب ما ذكر Sir jan بأن التركيز على موضوع المعاهدة وغرضها قد لا يكون له مبرر؛ لأنّ ذلك سيشجع على انتشار طرائق التفسير الغائي التي تكون متطرفة في بعض أشكالها، وقد تؤدي أحياناً إلى إنكار نية الأطراف^١.

وإذا كان المحكمون يعتمدون (في كثير من الأحيان) على النهج العادي في تعريف معيار المعاملة العادلة والمنصفة (وذلك في اتفاقيات الاستثمار الثنائية) الذي يعدّ المعيار مستقلاً بذاته، فإنّ هذا النهج لا يتوافق مع النهج التقليدي الذي اتبعته هيئات التحكيم في القضايا التي رفعت بموجب المادة ١٠٥ من اتفاقية NAFTA، التي عدّت معيار المعاملة العادلة والمنصفة جزءاً من معيار الحد الأدنى للقانون الدولي العرفي، وذلك على أساس مذكّرة التفسير الصادرة عن لجنة اتفاقية التجارة الحرة NAFTA (كما سيتبين)، وبموجبها لن يكون هناك حاجة إلى وضع تعريف مستقل لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة^٢. وبحسب المعنى الحرفي لمصطلحات العادل والمنصف، كل من الطرفين يقدم وجهات نظر شخصية عمّا يروونه من متطلبات المعاملة العادلة والمنصفة في القضية المعنية، لكن المحكمين في النهاية هم الذين يحددون تلك المتطلبات^٣.

¹ Sir jan, Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2 edition, Manchester University Press, 1984, p.130.

² Barnali Choudhury, Evolution or Devolution? Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law," Journal of World Investment & Trade, Vol. 6, No 2, 2005. P. 320.

³ UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on issues in International Investment Agreements, 1999, p.12. Available on: <http://unctad.org/en/Docs/psiteiid11v3.en.pdf>

ولأنّ العادل والمنصف مفهومان مرنان وليس لهما معنى موحد ودقيق، هذا يؤدي إلى تعريفات متضاربة في الممارسة العملية.

كما أن وسائل التفسير التكميلية يمكن أن يكون لها دور ثانوي في تفسير المعاملة العادلة والمنصفة بحسب قواعد التفسير العامة، وهي تشمل مسودات نصوص الاتفاقيات ومحاضر الاجتماعات وتاريخ التفاوض وغيرها من الوثائق التي يمكن أن توضح الظروف التي عُقدت فيها الاتفاقية.

ففي قضية Methanex Coropatio ضد الولايات المتحدة التي رفعت بموجب اتفاقية NAFTA (بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا) المتعلقة بحظر الحكومة لمادة MTBE التي كانت تُنتج وتُسوق من قبل شركة المستثمر، وهي مادة تضاف إلى وقود السيارات لتحسين أدائها، وذلك بحجة تلويثها للمياه الجوفية في ولاية كاليفورنيا، فتقدم المستثمر بعدة ادعاءات من بينها ادعاء انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة^١، طلبت الشركة المدعية إبراز وثائق الاتفاقية (ولاسيّما تاريخ التفاوض) في القضية للمساعدة على تفسير نصوص الاتفاقية، ومنها بند المعاملة العادلة والمنصفة الذي ادّعي بانتهاكه، إلا أن الطرف الأمريكي جادل بأن تلك الوثائق هي موضع شك بسبب طبيعتها المجزأة وغياب نص حرفي دقيق أو متفق عليه في المفاوضات بين أطراف NAFTA^٢، كما رفضت هيئة التحكيم طلب الشركة المدعية المتعلق بإبراز تاريخ التفاوض لعدد من مواد الاتفاقية من بينها المادة ١١٠٥،

¹ Methanex v. United States, UNCITRAL (NAFTA).Final Award, 3 August 2005. available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>

² Ibid, Part II Chapter H, Para. 11.

مبررة رفضها بسببين، الأول: عدم قيام شركة Methanex بتقديم الطلب في الوقت المناسب، الثاني؛ لأنها غير مقتنعة بأن اللجوء للوسائل التكميلية كان ملائماً بموجب المادة ٣٢ من اتفاقية فيينا في القضية موضوع البحث^١.

وحتى لا تقلق الدول من السلطة التقديرية للمحكمين بشأن تعريف معيار المعاملة العادلة والمنصفة، تؤكد بعض هيئات التحكيم أنه لا بدّ من الاعتماد على معايير موضوعية في ذلك، ففي قضية Mondev International Ltd ضد الولايات المتحدة الأمريكية، التي رفعت بموجب اتفاقية NAFTA (بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا)^٢، ادعت شركة Mondev بانتهاك الدولة المضيفة معيار المعاملة العادلة والمنصفة (الادعاء كان أمام المحكمة المحلية في ولاية Massachusetts الأمريكية)، فكسبت الحكم الأولي، ولكن المحكمة العليا في الولايات المتحدة أبطلت الحكم في عام ١٩٩٨، فتقدمت الشركة

^١ "For two principal reasons, as explained below, the Tribunal rejects Methanex's application for disclosure by the USA of the negotiating history of Articles 1101, 1102, 1105 and 2101 NAFTA. First, the application was not made in a timely manner by Methanex; and second, it was not shown to the Tribunal's satisfaction that recourse to supplementary means was appropriate pursuant to Article 32 of the Vienna Convention.....", Ibid, Para.16.

^٢ تعلق النزاع في هذه القضية باتفاق بين شركة تطوير عقارات كندية (شركة المدعي Mondev) ومدينة بوسطن الأمريكية لتطوير مركز تجاري وبناء فندق ومرآب للسيارات فيها، على أن يتم ذلك على مرحلتين، وبعد انتهاء شركة المدعي من المرحلة الأولى، كان يُفترض بها أن تبدأ بالمرحلة الثانية وهي بناء المرآب، إلا أن السلطات المحلية لم تنفذ التزامها بتسليم الأرض المتفق عليها للشركة، وغيّرت في جزء من الاتفاق بأن عرضت على الشركة البناء في أرض أخرى غير تلك المتفق عليها، مما أدى إلى نشوب خلافات بين الطرفين، ورفع دعوى من قبل الشركة للمحاكم المحلية ثم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

بالادعاء مرة أخرى إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بموجب الفصل الحادي عشر للاستثمار من اتفاقية NAFTA¹، وعند النظر في الادعاء، ذكرت هيئة التحكيم أن: "المادة ١١٠٥ من الاتفاقية لا تمنح المحكمة سلطة تقديرية مطلقة لتقرر بنفسها على أساس شخصي، فما يعد عادلاً ومنصفاً لا يتم التوصل إليه بطرائق مجردة، بل يجب الاعتماد على ظروف القضية المعنية، حتى لو كان لها سلطة تقديرية"^٢.

وكذلك في قضية ADF Group، ذكرت هيئة التحكيم: أن: "متطلب المعاملة العادلة والمنصفة لا يسمح لهيئة التحكيم بتبني معيارها التمييزي الخاص، بل يجب الاعتماد على ممارسات الدول أو السوابق القضائية أو التحكيمية أو غيرها من مصادر القانون الدولي العرفي أو العام"^٣.

يُستنتج مما سبق أنه لا يوجد تعريف واضح ومتفق عليه لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، فتعريفه يعتمد على ظروف كل قضية على حدة، وهذا ما يمنح المحكمين سلطة تقديرية للتوسع في معنى المعيار أحياناً، مما قد يثير

¹ Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Award No. ARB(AF)/99/2 (NAFTA). Award, 11 October 2002. available on: <http://www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/ita1076.pdf>.

² "...Article 1105(1) did not give a NAFTA tribunal an unfettered discretion to decide for itself, on a subjective basis, what was "fair" or "equitable" in the circumstances of each particular award", Ibid, Para. 119.

³ "we would respectfully agree with it that any general requirement to accord "fair and equitable treatment" and "full protection and security" must be disciplined by being based upon State practice and judicial or arbitral award law or other sources of customary or general international law", ADF Group Award, Op, cit, Para. 184.

مخاوف بأن تتحدد واجبات الدولة المضيفة على أساس آراء شخصية للمحكمين، وإن كان بعض الفقه يرى غياب الدقة آلية مرنة يمكن اعتمادها لفضّ نزاعات غير متوقعة قد تظهر لاحقاً في المنازعات بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، ومنهم Muchlinski الذي يرى أن مفهوم المعاملة العادلة والمنصفة غير محدد بدقة، وهو يقدم نقطة الانطلاق العامة في إيجاد حجة أن المستثمر الأجنبي لم يكن يُعامل بموجب إجراءات تمييزية وأخرى غير عادلة، ولذلك هو مفهوم يعتمد على الوقائع وسريع التأثير بالتفصيلات، وفي الوقت ذاته قد يكون عدم الدقة ميزة لا عيباً في الممارسة العملية؛ لأنه من المستحيل توقع التعديلات المستقبلية على المركز القانوني للمستثمر الأجنبي¹.

ومع تأكيد بعض هيئات التحكيم ضرورة الاعتماد على معايير موضوعية في تعريف معيار المعاملة العادلة والمنصفة، إلا أن الغياب الفعلي لقيود محددة في القانون الدولي أو في نص الاتفاقية التي من شأنها تقييد السلطة التقديرية للمحكمين عند تعريف المعيار، قد يؤدي إلى توسيع مسؤولية الدولة المضيفة².

ويبدو أنه من المهم وجود تعريف موحد لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة؛ لأنّ البلدان سواء المتقدمة منها أو النامية، لها سلطات تنظيمية واسعة في مجال الاستثمارات، ولا بدّ من تحديد حقوق كل من الطرفين وواجباته بموجب هذا المعيار، وبذلك يتحقق التوازن بين مصالح المستثمر من جهة ومصالح الدولة المضيفة من جهة أخرى فلا تترجح الكفة لصالح أحد الطرفين على حساب

¹ Peter Muchlinski, "Multinational Enterprises and the Law, Oxford International Law Library, 1995, p. 625.

² Mavluda Sattorova, From Expropriation To Non-Expropriatory Standards Of Treatment: Towards A unified Concept Of An Investment Treaty Brea, The University of Birmingham, 2010, p. 268.

الطرف الآخر، كما أنَّ قيام أطراف اتفاقيات الاستثمار الدولية بوضع تعريف واضح للمعيار في اتفاقياتهم، واختيار صياغة دقيقة له سيساعد على منع التفسيرات المتضاربة لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، وهذا ما سنتناوله في المطلب الآتي.

المطلب الثاني

أشكال صياغة المعاملة العادلة والمنصفة

تختلف الأشكال التي يرد بها بند المعاملة العادلة والمنصفة في اتفاقيات الاستثمار ولهذه الصياغات دور مهم في الإجابة عن التساؤلات المتعلقة بنطاق المعيار ومضمونه؛ لأن جانباً من الجدل الدائر حول معيار المعاملة العادلة والمنصفة والصعوبة التي تظهر عند التعامل معه، ترجع أساساً إلى حقيقة أن العديد من الأشكال لا تحتوي على لغة واضحة ودقيقة، ومن ثمَّ تتضارب التفسيرات المتعلقة بمضمون هذا المعيار.¹

وإذا كانت بعض اتفاقيات الاستثمار لا تحتوي على بند المعاملة العادلة والمنصفة، ومنها اتفاقية الاستثمار بين سنغافورة وأستراليا (٢٠٠٣)، وكذلك اتفاقية التجارة الحرة بين نيوزلندا وسنغافورة (٢٠٠١)، وعدد من اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي وقعتها تركيا^٢، واتفاقية الاستثمار الثنائية بين مصر واليابان، فإن صمت الأطراف عن ذكر بند المعاملة العادلة والمنصفة في

¹ Mahnaz Malik، The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration, Published by the International Institute for Sustainable Development, November 2011, p.3.

² UNCTAD, (2012),Op, cit, p.18.

اتفاقياتهم دليل على رغبتهم في عدم إخضاع التدابير التنظيمية التي يتخذونها للمراجعة بموجب هذا البند، وغياب التزام المعاملة العادلة والمنصفة، يُظهر احتمالين بشأن مستوى الحماية الممنوحة للمستثمرين الأجانب: فإما أن يُعتمد على المعايير المعينة في الاتفاقية (معيار المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية)؛ أو يُعتمد على معيار الحد الأدنى الدولي لمعاملة المستثمرين الأجانب¹.

والفرق بحسب الأستاذ Juillard بين اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي توقعها البلدان النامية وتلك التي توقعها البلدان المتقدمة التي تحتوي على بند المعاملة العادلة والمنصفة، هو أنه في الاتفاقيات الموقعة من قبل البلدان النامية يُدرج البند (في الغالب) لتعزيز تدابير حماية الاستثمارات، أمّا الاتفاقيات الموقعة من قبل البلدان المتقدمة يُدرج ضمن مسائل معاملة الاستثمارات معاملة غير تمييزية، ويرى الأستاذ Juillard أنه في الوقت الذي كانت فيه حماية الاستثمارات مسألة نوقشت في بدايات توجه الدول نحو الاستثمارات في الدول الأخرى، فإن معاملة الاستثمارات أصبحت مهمة فقط في السنوات الأخيرة².

وأحد أفضل إيضاحاته للمسألة التي ناقشها، هو بيان أن بعض اتفاقيات الاستثمار تتضمن نوعين من البنود، الأول لتعزيز الاستثمارات وحمايتها، والثاني لمعاملة الاستثمارات معاملة غير تمييزية، ومثال ذلك اتفاقية الاستثمار

¹ UNCTAD, (1999) Op, cit, p.29.

² Patrick Juillard (Ex-président du département des Études internationales et européennes, Université Paris1, Sorbonne) L'évolution des sources du droit de l'investissement, Recueil des Cours 250, 1994, p. 28.

الثنائية بين التشيك وكوريا، التي نصت في المادة (٢) بعنوان تعزيز الاستثمارات وحمايتها على أنه:

"تمنح استثمارات المستثمرين من كلا الطرفين المتعاقدين في الأوقات جميعها معاملة عادلة ومنصفة، وتتمتع بالحماية والأمن الكاملين"؛ وتتص في المادة (٣) على المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية: "تمنح استثمارات كل من الطرفين المتعاقدين في أرض الطرف المتعاقد الآخر معاملة عادلة ومنصفة لا تقل تفضيلاً عن تلك التي تمنح لاستثمارات المستثمرين الوطنيين أو لمستثمري أي دولة ثالثة"^١.

يُلاحظ هنا أنه تم النص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة في كلا البندين، بند الحماية، وبند المعاملة غير التمييزية.

وقد رأى بعض الفقه أن التفرقة التي قام بها Juillard صحيحة، بوصفه يتناول نشاط الاستثمار الأجنبي بشكل مباشر، كما أن قواعد معاملة الاستثمارات تكون أكثر مرونة للاستثمارات الأجنبية من قواعد حماية الاستثمارات^٢، بيد أن هناك بعض اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي تخالف التفرقة السابقة، ومنها اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وسويسرا، إذ يجري التعامل مع مسائل حماية الاستثمارات ومعاملتها في بند واحد^٣. فمن وجهة نظر طرفي الاتفاقية يُضمَّن بند المعاملة العادلة والمنصفة داخل بند الحماية، أو على الأقل ليس هناك حاجة للتمييز بين البندين "الحماية" و"المعاملة غير التمييزية".

¹ BIT signed between Czech Republic and Korea (1998).

² Tudor. Op, cit, p. 29 .

³ BIT signed between Argentina and Switzerland(1991).

وكقاعدة عامة يرغب كل من المستثمرين والدول المصدرة لرؤوس الأموال أن يكون معيار المعاملة العادلة والمنصفة ملزماً، ومع ذلك، يرد هذا المعيار إمّا في بعض ديباجات اتفاقيات الاستثمار، أو في متن بعض الصكوك كتشجيع وخلق حافز للدول لمنح هذا المعيار¹، وإن كان يرد في الغالب في نصوص اتفاقيات الاستثمار كمعيار ملزم.

أولاً: الاتجاه التشجيعي:

وفقاً لهذا الاتجاه إمّا أن يرد معيار المعاملة العادلة والمنصفة في ديباجة اتفاقية الاستثمار، أو في بعض نصوص اتفاقيات الاستثمار كتشجيع للدول لمنحه.

والديباجات التي تتضمن معيار المعاملة العادلة والمنصفة لا تتفاوت صياغاتها كثيراً، والنوع الأكثر تكراراً لصياغة الديباجة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية هو الذي يورد معيار المعاملة العادلة والمنصفة بهدف تحقيق إطار مستقر للاستثمار، والاستخدام الفعال للموارد الاقتصادية²، فيظهر المعيار في هذا النوع من الديباجة لتحقيق هدف معين يسعى إليه الأطراف، وهو إيجاد بيئة مستقرة لاستثمارات الأطراف المتعاقدة.

وكذلك يوجد نوع آخر للديباجة يظهر فيه معيار المعاملة العادلة والمنصفة كإشارة إلى التأثيرات الاقتصادية الإيجابية الممنوحة للمستثمرين من الطرف الآخر³. ومع أن أحكام الديباجة ليس القصد منها خلق أي التزام قانوني يتجاوز

¹ UNCTAD, (1999), Op, cit, p. 24

² هذا النوع من الديباجات يوجد غالباً في اتفاقيات الاستثمار الأمريكية، هذا مذكور في

Tudor, Op, cit., p. 21.

³ هذا النوع نجده في اتفاقيات الاستثمار الفرنسية، المرجع السابق.

نص الاتفاقية، إلا أن تلك الأحكام قد تنشط عندما تكون هناك ثغرات في الاتفاقية. ويرى الفقه أن هذا الاتجاه يترك للدول المضيفة هامشاً من المرونة بشأن الكيفية التي ستعامل بها المستثمرين الأجانب¹.

وكمثال على الاتفاقيات التي ورد فيها المعيار كتشجيع، نذكر الاتفاقية المنشئة لوكالة ضمان الاستثمار المتعدد الأطراف MIGA (وقعت عام ١٩٨٥ ودخلت حيز النفاذ في عام ١٩٨٨ وعدلت في عام ٢٠١٠، وسوريا انضمت إلى هذه الوكالة في ٢٠٠٢/٥/١٥) التي تنص في المادة (e/iv/12) على أنه: "من أجل ضمان الاستثمار، يجب أن تتأكد الوكالة بنفسها أن المعاملة العادلة والمنصفة والحماية القانونية للاستثمار تُمنحان في الدول المضيفة المعنية"².

إذاً، فالوكالة تعطي هنا حافزاً قد يكون كافياً لدفع الدول المضيفة لمنح معيار المعاملة العادلة والمنصفة في وقت لاحق³، وكذلك يظهر في ميثاق حوض المحيط الهادئ احترام مبدأ الإنصاف، فهو يحث على ضرورة أن يكون التشريع المحلي الذي ينظم الاستثمار الأجنبي عادلاً ومعقولاً بالنسبة إلى فئات المستثمرين جميعهم⁴. وإن كان الاتجاه التشجيعي لا يخلق بالضرورة ثقة

¹ Ibid, pp.21, 64.

² "(e) In guaranteeing an investment, the Agency shall satisfy itself as to: (iv) the investment conditions in the host country, including the availability of fair and equitable treatment and legal protection for the investment". Article 12 (e/iv) of The Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)

³ UNCTAD,(1999)، Op,cit, p. 26.

⁴ Ibid, p. 376.

للمستثمر، إلا أنه يشكل في بعض الظروف نقطة بداية في عملية تفاوض لتضمين معيار المعاملة العادلة والمنصفة في اتفاقيات الاستثمار في وقت لاحق، والدول عندما تقبل بالاتجاه التشجيعي تقوم بإرسال إشارة برغبتها من حيث المبدأ، في منح المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات الأجنبية.

ثانياً: الاتجاه الملزم:

وهو الاتجاه الذي يورد معيار المعاملة العادلة والمنصفة في نصوص الاتفاقيات كمعيار ملزم. وهو يرد بأشكال مختلفة، فأحياناً ينص على هذا المعيار وحده، وأحياناً بالاشتراك مع غيره من معايير المعاملة. ومن خلال النظر في اتفاقيات الاستثمار يمكن استنتاج عدة أشكال للمعيار:

١ - النص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة دون الإشارة إلى القانون الدولي أو إلى معايير أخرى:

ينص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة في هذه الفئة وحده دون أي معايير أخرى، ومثال على ذلك تنص المادة (٤) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وأستراليا (١٩٩٥) على أن يضمن كل طرف متعاقد في الأوقات كلها معاملة عادلة ومنصفة^١.

أمّا اتفاقية الاستثمار بين أستراليا وتشيلي، فتضمن التزاماً بتحقيق نتيجة بموجب التزام المعاملة العادلة والمنصفة، وتنص في المادة (٤) على أن يمنح كل

¹ "Each Contracting Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to investments".

طرف متعاقد استثمارات مستثمري الطرف الآخر معاملة عادلة ومنصفة، ويُضمن ممارسة هذا الحق المعترف به دون أي قيود¹.

وفي هذه الفئة من اتفاقيات الاستثمار، يكون مضمون التزام المعاملة العادلة والمنصفة مفتوحاً، ويكون تفسيره على أساس كل حالة على حدة²، وتلتزم الدولة المضيفة بإيجاد التدابير اللازمة من أجل السماح للمستثمرين بالتمتع بكامل حقوقهم عملياً وليس نظرياً³.

وقد نقد الفقه هذه الفئة بأنها تترك مجالاً للغموض فيما يتعلق بمستوى الحماية التي ينبغي منحها، أي هل يكون معيار المعاملة العادلة والمنصفة وفقاً لمعيار الحد الأدنى الدولي على النحو الوارد في القانون الدولي العرفي، أم ينبغي التعامل معه على أنه معيار مستقل⁴؟

¹ "Each Contracting Party shall guarantee, within its territory, fair and equitable treatment to the investments of the investors of the other Party and ensure that the exercise of this recognized right is not limited in practice".

² UNCTAD, Bilateral Investment treaties: Trends in Investment Rulemaking, 1995–2006, P. 4. Available on: http://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf.

³ Tudor. Op, cit, p. 25.

⁴ Malik, Op, cit, p.3.

٢- النص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة على أن لا يقل تفضيلاً عن المعاملة الوطنية أو معاملة الدولة الأولى بالرعاية:

ينص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة في هذه الفئة مع معيار المعاملة الوطنية ومعيار الدولة الأولى بالرعاية، مثال على هذه الفئة المادة (٤) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين بنغلادش وإيران (٢٠٠١) التي تنص بأن تمنح استثمارات الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين من كلا الطرفين المتعاقدين معاملةً عادلة ومنصفة لا تقل تفضيلاً عن تلك الممنوحة للمستثمرين الوطنيين، أو مستثمري أي دولة أخرى أيهما أكثر تفضيلاً^١.

كما نصت المادة ٣ (١) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين سوريا ولبنان (٢٠١٠) على أن يلتزم كل طرف متعاقد بضمان معاملة عادلة ومنصفة ضمن أراضيه لاستثمارات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر، وهذه المعاملة يجب أن لا تقل رعاية من تلك التي يمنحها كل طرف متعاقد لاستثمارات المستثمرين التابعين له، أو من تلك التي يمنحها كل طرف متعاقد لاستثمارات المستثمرين التابعين لدولة ثالثة، إذا كانت المعاملة المذكورة أخيراً أكثر رعاية^٢.

^١ "Investments of natural and legal persons of either Contracting Party effected within the territory of the other Contracting Party, shall receive the host Contracting Party's full legal protection and fair treatment no less favourable than that accorded to its own investors or to investors of any third State, whichever is more favourable", BIT between Bangladesh and the Islamic Republic of Iran (2001).

^٢ اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الجمهورية العربية السورية والجمهورية اللبنانية وقعت بتاريخ ٢٠١٠/٧/١٨.

يُدمج هذا الاتجاه المعيار المطلق، وغير المشروط الذي هو معيار المعاملة العادلة والمنصفة مع المعايير النسبية (المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية) من خلال الربط بين هذين النوعين من المعايير، وهو يشير إلى الحد الأدنى لمستوى معيار المعاملة العادلة والمنصفة. وتظهر الدولة المضيفة للمستثمرين الأجانب في هذه الفئة استعدادها لتقديم معظم الضمانات القانونية التي يسعى إليها المستثمرون؛ وفي المقابل، تتوقع الدولة المضيفة على أقل تقدير، أن البيئة التنظيمية ستكون ملائمة للمستثمر، وترغب في أن يساعد هذا على تشجيع الاستثمارات؛ لهذا السبب نما الاتجاه المؤيد لهذا النهج على نحو متزايد في مناخ الانفتاح الذي يسود في معظم الدول في الوقت الحاضر، فهو يمنح درجة من الأمن فيما يتعلق بالاستثمارات الأجنبية، وفي الوقت ذاته، لا يلقي بالتزامات ثقيلة على الدول التي ترغب، بشكل طبيعي، في معاملة المشاريع المحلية والأجنبية بإنصاف¹.

وقد شدد بعض الفقه على وجوب تفسير هذه الفئة بحذر؛ لأن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يتمتع بخاصية معينة، بأنه ليس مشروطاً على معايير أخرى أو على تدابير الدولة المحلية².

٣- النص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والأمن الكاملين في البند ذاته مع واجب الامتناع عن عرقلة الاستثمار من خلال تدابير غير معقولة أو غير مبررة أو تمييزية:

ينص في هذه الفئة على معيار المعاملة العادلة والمنصفة مع واجب الامتناع عن عرقلة الاستثمارات بتدابير غير معقولة أو تمييزية كما هو الحال في المادة

¹ UNCTAD (1999), Op,cit, p. 61-62.

² Tudor, Op,cit, p. 33.

٢/٢ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين هنغاريا ولبنان (٢٠٠١) التي تنص على أنه تُمنح استثمارات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر في الأوقات كلّها معاملة عادلة ومنصفة وتتمتع بالحماية والأمن الكاملين، ويمتنع كل طرف متعاقد عن عرقلة إدارة الاستثمارات بتدابير غير معقولة أو تمييزية وعرقلة صيانتها واستخدامها أو التصرف بها^١.

كما نصت المادة ٢(٣) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين سوريا والبحرين (٢٠٠٠) على أن يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين بمنح معاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر، كما يلتزم بأن لا تكون إدارة أو صيانة أو استخدام أو تحويل أو التمتع أو التنازل عن الاستثمار الذي يقوم به مستثمري الطرف المتعاقد الآخر في إقليمه، وكذلك الشركات والمشاريع التابعة لهذه الاستثمارات خاضعة لأي إجراءات خاصة أو غير مبررة قانوناً^٢.

ويتوافق حظر التدابير التمييزية وغير المعقولة مع معيار المعاملة العادلة والمنصفة، ولكن المعيار ذاته يذهب أبعد من هذا الحظر، إذ وجدت هيئة التحكيم في قضية LC&E ضد الأرجنتين، التي رفعت بموجب اتفاقية

^١ "Investments and returns of investors of either Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Each Contracting Party shall refrain from impairing by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment, extension, sale or liquidation of such investments", BIT between Lebanon and Hungary (2001).

^٢ اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الجمهورية العربية السورية ودولة البحرين، وقعت في عام ٢٠٠٠ ودخلت حيز النفاذ في عام ٢٠٠١.

الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين والولايات المتحدة الأمريكية^١، أن تدبير الدولة لم يكن تمييزياً أو غير معقول، ولكنه في الوقت ذاته غير عادل وغير منصف، فاستنتجت أن: "الرسوم المفروضة من الأرجنتين على استثمارات المدعين، ولو أنها غير عادلة وغير منصفة، إلا أنها نتيجة لحكم معقول"^٢.

وكذلك رأى مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية UNCTAD في الدراسة الثانية التي نُشرت من قبله أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة في تطبيقه وتفسيره يعدُّ أوسع من مفاهيم التعسف والتمييز واللامعقولية، فإذا كانت الدولة ترغب في تحديد نطاق المعيار إلى بند التمييز والتعسف واللامعقولية، فستستبدل به هذه البنود^٣.

^١ تتعلق تفاصيل النزاع بقيام الأرجنتين بخصخصة صناعة الغاز، فأصبحت عدة شركات أجنبية مالكة لأسهم في شركات الغاز في الأرجنتين (منها شركة LC&E) حيث أصدرت السلطات المحلية وقتها قوانين تنص على تعريفات الغاز وترتبط قيمة عملتها البيزو بالدولار الأمريكي، على أن يتم تعديل تلك التعريفات مرتين في السنة، ولكن عندما واجهت الأرجنتين أزمة اقتصادية اتفقت مع شركات الغاز على تعليق تعديل التعريفات على أن يكون ذلك التعليق مؤقتاً، ولكن سرعان ما تحولت الاتفاقية المؤقتة إلى دائمة، وعند تفاقم أزمتها قامت بسن قانون الطوارئ أنهت بموجبه ربط قيمة البيزو بالدولار الأمريكي، مما أدى إلى تخطيط شديد في صناعة الغاز وخسارة كثير من الشركات؛ لذلك تقدمت شركة المدعي بادعاء بانتهاك عدة بنود من اتفاقية الاستثمار من بينها معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

^٢ "The Tribunal concludes that the charges imposed by Argentina to Claimants' investment, though unfair and inequitable, were the result of reasoned judgment", LG&E v. Argentina, ICSID Award No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, Para. 162.

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case/documents/ita0460.pdf>.

^٣ UNCTAD, (2012) Op,cit, p. 31.

وإذا كان الاتجاهان السابقان ينصان على بنود أخرى مع بند المعاملة العادلة والمنصفة، هذا قد يثير تساؤلاً: هل كان معيار المعاملة العادلة والمنصفة هو الالتزام الأساسي عند ربطه بالمعايير الأخرى؟ والرأي المقترح من قبل الـ UNCTAD هو الذي يعدُّ معيار المعاملة العادلة والمنصفة الالتزام الأهم، والمعايير الأخرى تضمن تنفيذ هذا الالتزام^١.

٤ - النص على معيار المعاملة والمنصفة مع مبادئ القانون الدولي:

هذه الفئة تنقسم إلى نوعين: يتمثل النوع الأول في المادة (١/٤) من الاتفاقية بين فرنسا والمكسيك (١٩٩٨) التي تنص على أن يمنح كل طرف متعاقد معاملة عادلة ومنصفة بموجب مبادئ القانون الدولي للاستثمارات التي يقوم بها مستثمر الطرف المتعاقد الآخر في إقليمه أو في منطقتة البحرية، ويضمن ممارسة الحق المعترف به دون تقيده بالقانون أو الممارسة^٢. وتشمل الإشارة إلى القانون الدولي هنا المصادر والمبادئ العامة للقانون الدولي، والالتزامات التعاهدية^٣. وهذه الفئة تساعد على توجيه المحكمين في تفسير مضمون معيار المعاملة العادلة والمنصفة وتحديده^٤.

¹ UNCTAD, (1999), Op,cit, p. 34 ,35.

² "Either Contracting Party shall extend and ensure fair and equitable treatment in accordance with the principles of International Law to investments made by investors of the other Contracting Party in its territory or in its maritime area, and ensure that the exercise of the right thus recognized shall not be hindered by law or in practice".

³ Malik. Op,cit, p. 5.

⁴ Tudor. Op,cit, p. 25.

أمّا النوع الثاني فهو يشير أيضاً إلى مبادئ القانون الدولي في بند المعاملة العادلة والمنصفة، لكنه يتضمن لغةً إضافيةً واسعة، فتتص على السلوك الذي يعدُّ عائقاً أمام تنفيذ التزام المعاملة العادلة والمنصفة، ومثال على ذلك، المادة (٣) من اتفاقية الاستثمار بين فرنسا وأوغندا (٢٠٠٢) التي تمنح المعاملة العادلة والمنصفة من كل طرف متعاقد وفقاً لمبادئ القانون الدولي، ويكفل أن ممارسة الحق المعترف به سوف لن يعاق أو يقيد من خلال القانون أو الممارسة، وبعد أي تقييد لحرية شراء السلع والخدمات وبيعها أو أية تدابير أخرى لها تأثير مماثل عائقاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة^١.

وقد نُقد هذا النهج بأنه واسع جداً ويسمح بعدّ أي إجراء تنظيمي في المجالات المذكورة انتهاكاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، وبأن صياغة البند في هذا الشكل لا تترك مجالاً واسعاً للسلطة التقديرية للمحكمين^٢.

¹ "Either Contracting Party shall extend fair and equitable treatment in accordance with the principles of International Law to investments made by nationals and companies of the other Contracting Party on its territory or in its maritime area, and shall ensure that the exercise of the right thus recognized shall not be hindered by law or in practice. In particular though not exclusively, shall be considered as de jure or de facto impediments to fair and equitable treatment any restriction to free movement, purchase and sale of goods and services, as well as any other measures that have a similar effect".

² UNCTAD, Bilateral Investment treaties, Op,cit, p. 31.

٥- النص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة كجزء من معيار الحد الأدنى للقانون الدولي العرفي:

هذه الفئة من الاتفاقيات ليست شائعة كثيراً، وهي تثير مسألة مهمة أثارت جدلاً واسعاً بين الفقه واجتهادات التحكيم وهي: هل يعدُّ معيار المعاملة العادلة والمنصفة جزءاً من معيار الحد الأدنى الدولي، أم هو معيار مستقل بذاته؟ [وهذا ما سوف نتناوله في المبحث التالي بشيء من التفصيل، مع ذكر الاتفاقيات التي اتبعت هذا النهج ومنها المادة (١١٠٥) من اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA) وفي مجال تقييم هذه الفئة من الاتفاقيات يرى بعض الفقه أن المرونة غير موجودة في الاتفاقيات التي تساوي معيار المعاملة العادلة والمنصفة بمعيار الحد الأدنى الدولي لمعاملة الأجنبي، فهذا الأخير هو أساس مطلق لا يختلف من دولة إلى أخرى^١.

٦- النص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة وفقاً للتشريعات المحلية للدولة المضيفة:

تمنح الدولة في هذه الفئة معيار المعاملة العادلة والمنصفة وفقاً لقوانينها وبحسب ما تراه مناسباً لمصالحها، وهي تتعارض مع الاتفاقيات التي تشير إلى القانون الدولي ومع رأي الأغلبية من الفقه والمحكمين الذين يرون أن منح معيار المعاملة العادلة والمنصفة غير مرتبط بالقانون المحلي. فهي تنص على أن التزام المعاملة العادلة والمنصفة يكون خاضعاً للقوانين واللوائح الوطنية، بدلاً من معيار القانون الدولي، ومثال على هذه الفئة، المادة (٤) من اتفاقية الاستثمار بين دول الاتحاد الكاريبي وكوبا، التي تنص على أن يضمن كل طرف متعاقد منح معيار المعاملة العادلة والمنصفة لاستثمارات الطرف الآخر

¹ UNCTAD, (2012), Op,cit, p. 34.

بموجب قوانين الدولة المضيفة وتشريعاتها^١. ولأن هذه الفئة من البنود تركت للدولة المضيفة السلطة التقديرية في كيفية منح معيار المعاملة العادلة والمنصفة، فهي ليست لصالح المستثمرين.

٧- النص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة مع الإشارة الصريحة لمنع إنكار العدالة:

أشار عدد من اتفاقيات الاستثمار الدولية صراحة إلى عدم إنكار العدالة في بند المعاملة العادلة والمنصفة بأسلوبين: الأسلوب الأول تمثله المادة الخامسة من النموذج الجديد لاتفاقيات الاستثمار الأمريكية الموقعة في عام ٢٠٠٤ ، وتنص على أنه:

"١- يمنح كل طرف الاستثمارات المشمولة معاملة وفق القانون الدولي العرفي، بما في ذلك المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والأمن الكاملان.

٢- و[لتأكيد الفقرة السابقة] معيار الحد الأدنى الدولي العرفي لمعاملة الأجانب هو المعيار الأدنى للمعاملة الذي يجب أن يمنح للاستثمارات المعنية.....

أ- الالتزام بتوفير المعاملة العادلة والمنصفة يتضمن الالتزام بعدم إنكار العدالة في الإجراءات الجنائية والقضائية والمدنية والإدارية المنسجمة مع مبدأ المحاكمة العادلة المنصوص عليه في النظم القانونية الرئيسية في العالم...^٢.

¹ "Each Party shall ensure fair and equitable treatment of Investments of Investors of the other Party under and subject to national laws and regulations", BIT between Caricom and Cuba (1997).

^٢ المادة الخامسة من النموذج الجديد لاتفاقيات الاستثمار الأمريكية (٢٠٠٤) متوافرة على الرابط الآتي:

تشير كلمة "يتضمن" الواردة في هذه المادة إلى أن الالتزام بعدم إنكار العدالة هو جزء من معيار المعاملة العادلة والمنصفة، لكن (بالطبع) هذا البند لا يقتصر فقط على الالتزام بعدم إنكار العدالة، بل يتضمن عناصر أخرى^١، ويلحظ أنه ورد في هذا البند أيضاً معيار الحد الأدنى الدولي للقانون الدولي العرفي.

أمّا الأسلوب الثاني فتمثله اتفاقية الاستثمار لرابطة شعوب جنوب شرق آسيا (آسيان Asean) التي وقعت عام ٢٠٠٩، وهي تنص في المادة (١١) تحت عنوان معاملة الاستثمار على أن تمنح للاستثمارات بموجب هذه الاتفاقية معاملةً عادلةً ومنصفةً وحمايةً وأمنً كاملاً، ويتطلب التزام المعاملة العادلة والمنصفة من كل دولة عضو منع إنكار العدالة في الإجراءات القانونية والإدارية وفقاً للإجراءات القانونية الواجبة^٢.

وتجدر الإشارة إلى مسألة أخرى ربما تكون لها أهمية في ممارسات الدول في المستقبل، وهي إثبات أن أي انتهاك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة يجب أن يأخذ في الحسبان مستوى التنمية في الدولة المضيفة، وهذا سيؤدي إلى إدخال

<http://www.state.gov/e/eb/rls/prsrl/2004/28923.htm>.

last visited on 20/08/2014.

¹ UNCTAD, (2012), Op,cit, p.30.

² "1-Each Member State shall accord to covered investments of investors of any other Member State, fair and equitable treatment and full protection and security...".

2-For greater certainty: a. fair and equitable treatment requires each Member State not to deny justice in any legal or administrative proceedings in accordance with the principle of due process".

المرونة في تفسير معيار المعاملة العادلة والمنصفة؛ لأنه سيعتمد على مستوى تنمية البلد المدعى عليه ويأخذ في الحسبان واقع العمل في البلدان النامية، الذي يكون (عادةً) أقل بكثير من المستوى المطلوب للاستثمارات، فمن غير المعقول أن يتوقع المستثمرون في البلدان النامية والبلدان الأقل نمواً معاملتهم مثل معاملة البلدان المتقدمة لهم¹.

ونتيجة دراسة أشكال بند المعاملة العادلة والمنصفة يمكن استنتاج ما يأتي:

- ١- هناك عدة أشكال لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة وليس شكلاً واحداً.
- ٢- يجب على المحكم أن يحترم الشكل التي يرد بها معيار المعاملة العادلة والمنصفة؛ لما لها من دور مهم جداً في المساعدة على إيجاد معنى ومحتوى لهذا المعيار.
- ٣- كلما وُضح الشكل الذي يرد فيه البند، قل هامش السلطة التقديرية للمحكمين بالنسبة إلى المعيار وقل الجدل بشأن محتواه ونطاقه.
- ٤- المحاولات لجعل معيار المعاملة العادلة والمنصفة مشروطة على المعايير الأخرى مثل (المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية) أو التشريعات الوطنية، يجب أن تراقب بعناية وحذر.

ومع أهمية اختيار شكل دقيق وواضح لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، لمنع وقوع أي التباس بشأن محتواه ونطاقه، إلا أن هذه الدقة لم تلقَ انتباهاً من الدول سنواتٍ طويلةٍ، إلى أن تم تداركها في بعض اتفاقيات الاستثمار الثنائية، مثل النموذج الجديد لاتفاقيات الاستثمار الثنائية للولايات المتحدة الأمريكية

¹ Ibid, p. 34.

(المادة الخامسة)، فالبند الذي كان مختصراً ورد بصيغة أكثر تفصيلاً، والموقف الذي اتخذته الولايات المتحدة بتوضيح المعيار وجعله جزءاً من معيار الحد الأدنى الدولي لمعاملة الأجانب يوضح أن واضعي هذه الاتفاقية كانوا على حذر من أجل تجنب أي التباس فيما يتعلق بمحتوى معيار المعاملة العادلة والمنصفة وتفسيره¹. وقد لاحظ الأستاذ Juillard أن هذه المادة تقيد السلطة التقديرية للمحكمين؛ لأنها تفرض قيوداً صارمة جداً على تفسير معيار المعاملة العادلة والمنصفة فأى تعديل أعلى أو أدنى من مستوى معيار الحد الأدنى الدولي يجب أن يكون نتيجة تعديل حكم القانون الدولي العرفي بشأن هذا المعيار².

المطلب الثالث

عناصر المعاملة العادلة والمنصفة

كما رأينا في المطلب الأول، أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة ليس له تعريف محدد وواضح ولا يزال محتواه غامضاً، لذلك قامت بعض هيئات التحكيم في أثناء النظر في الادعاءات المتعلقة بانتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة بمحاولة تحديد عناصر هذا المعيار.

وكما ورد سابقاً، فإنَّ للمحكمين دوراً بالغ الأهمية في توضيح معيار المعاملة العادلة والمنصفة بشكل عام؛ لأنهم يسهمون كثيراً في تحديد محتوى هذا

¹ Tudor. Op, cit, p. 34.

² Patrick Juillard, Le nouveau modèle américain de traits bilatéral sur l'encouragement de la protection réciproqués des investissements, AFDI, 2004, P. 669.

المعيار، ويمكن استنتاج بعض عناصر معيار المعاملة العادلة والمنصفة في
الرأيين الآتيين لهيئات التحكيم:

ففي قضية Waste Management ذكرت هيئة التحكيم أنه: "يُنْتَهَكُ الحد الأدنى لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة بموجب إجراء ضارٍ بالمدعي منسوب إلى الدولة المضيفة، بحيث يكون ذلك الإجراء تعسفياً، ظالماً، غير عادل بشكل واضح، تمييزياً (يعرض المدعي إلى التمييز)، أو ينطوي على عدم مراعاة الأصول القانونية الواجبة التي تؤدي إلى نتيجة تمس بالصلاحيات القضائية، وأيضاً في حال الإخفاق في تحقيق العدالة في الإجراءات القضائية، أو في حال انعدام تام للشفافية والوضوح في العملية القضائية".¹

¹ "that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety –as might be the award with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying the standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant", Waste Management award, Op, cit, Para. 98.

وكذلك بيّن السيد ستيفن (أحد المحكمين في قضية MTD) "أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة هو معيار مقبول جداً وواسع، ويشمل حسن النية والإجراءات القانونية الواجبة وعدم التمييز"¹. يستتج من خلال هذين الرأيين، عدة عناصر لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، وهي:

- الامتناع عن المعاملة التمييزية والتعسفية.
 - مراعاة العدالة الإجرائية والإجراءات القانونية الواجبة.
 - الشفافية.
 - حسن النية.
 - المعقولية.
- فما مدى قبول هيئات التحكيم لهذه العناصر؟ وهل اتفقت على هذه العناصر كمحتوى لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة أم أنها رفضت بعضها؟ وهل أضافت عناصر أخرى؟

أولاً: الامتناع عن المعاملة التمييزية والتعسفية:

كما تضمنت بعض اتفاقيات الاستثمار الدولية واجب عدم عرقلة الاستثمارات بتدابير تمييزية وتعسفية في البند الذي يمنح معيار المعاملة العادلة والمنصفة، تعدّ هيئات التحكيم أيضاً هذا الامتناع متضمناً في معيار المعاملة العادلة والمنصفة وإن لم ينص عليه صراحة في البند ذي الصلة². ويكون تحديد

¹ "fair and equitable treatment" is "a broad and widely-accepted standard encompassing such fundamental standards as good faith, due process, nondiscrimination" MTD Equity award, Op, cit, Para. 109.

² Stephen Schill, "Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law", in Institute for International Law

الطابع التمييزي للسلوك عادة أكثر وضوحاً من تحديد الطابع التعسفي له، فالتمييز قد يكون موجوداً إما بالمقارنة بالمعاملة الممنوحة لمواطني الدولة المضيفة (المعاملة الوطنية) أو بالمعاملة الممنوحة للمستثمرين الأجانب الآخرين الموجودين في الظروف ذاتها¹.

وهناك فرق بين التمييز المتضمن في معيار المعاملة والمنصفة والتمييز الذي تستند إليه معايير المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية التي تنص عليها غالبية الاتفاقيات (والتي ستناقش علاقتها بمعيار المعاملة العادلة والمنصفة لاحقاً) فعدم التمييز الذي يتمثل في بنود المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية يركز على الجنسية فقط كأساس للتمييز، أما متطلب عدم التمييز كعنصر من عناصر المعاملة العادلة والمنصفة فيمنع التمييز الذي يستهدف المستثمر الأجنبي ليس على أساس الجنسية فقط، بل على أي أساس آخر كالجنس أو العرق أو المعتقد الديني، وتنتهك الدولة المضيفة هذا العنصر، ومن ثَمَّ تنتهك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، إذا كان تصرفها فيه تمييز وتعسف واضح للمدعي (بحكم الواقع أو بحكم القانون) من دون وجود أي مبرر مشروع لتصرفاتها².

وهذا ما ذهبت إليه هيئات التحكيم في عدد من القضايا التي رفعت أمامها. ففي قضية *Saluka* ضد جمهورية التشيك إدُعي بانتهاك المعاملة العادلة والمنصفة بسبب تصرف الدولة الذي عدّه المدعي تمييزاً، إذ بدأت جمهورية

and Justice, New York University School of Law, International Law and Justice Working Papers, 2006, p.19.

¹ Tudor, Op, cit, p. 177.

² UNCTAD, (2012) Op, cit, p. 82.

التشيك عملية خصخصة لأربعة بنوك كبرى، وقدمت فيها الحكومة التشيكية مساعدة مالية لثلاثة من البنوك التي كانت مملوكة للدولة، ولم تقدم أية مساعدة مالية للبنك الذي يملك المستثمر الأجنبي أغلبية الأسهم فيه^١، وضعت هيئة التحكيم مقياساً لعدّ تصرف الدولة المضيفة تمييزاً، وهو معاملة حالات متشابهة معاملة مختلفة دون وجود مبرر معقول للتمييز^٢، واستنتجت هيئة التحكيم في هذه القضية أن: "البنوك الأربعة كانت في وضع مشابه؛ لأنها جميعاً كانت لديها مشكلات متعلقة بأداء سندات القرض الضخمة، وكذلك البنوك الأربعة لها الأهمية نفسها بالنسبة للاقتصاد التشيكي"^٣، ووجدت أيضاً أن بنك IPB قد عُوْمِلَ بشكل تمييزي، إذ استُبعد من برنامج المساعدات الخارجية بعد اكتساب المستثمر الأجنبي أسهماً فيه، ولم يستفد من البرنامج، ومن ثمّ أعلن إفلاسه^٤، وفي النهاية لم تجد الهيئة أي مبرر معقول لهذه المعاملة التمييزية؛ لأنها عدّت التشيك هي المسؤولة بطريقة أو بأخرى عن حل مشكلات الديون بشكل عادل فهي التي تنظم القطاع المصرفي^٥.

واستنتجت هيئة التحكيم أن: "المعاملة الممنوحة لاستثمارات Saluka كانت في بعض النواحي غير عادلة وغير منصفة وجرت عرقلة حق التصرف

¹ Saluka Investments BV award, Op, cit.

² Ibid, Para.313.

³ Ibid, Para. 322.

⁴ Ibid, Para. 326.

⁵ Ibid, Para.335.

باستثماراتها بتدابير غير معقولة وإجراءات تمييزية، ومن ثَمَّ انتهكت المادة ٣ من اتفاقية الاستثمار (التي تمنح معيار المعاملة العادلة والمنصفة)^١. وفي قضية Eureko ضد بولندا، التي رُفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين بولندا وهولندا، قامت الدولة بعملية خصخصة لإحدى شركات التأمين التي تملكها وبموجب هذه العملية حصل المدعي على ٣٠ % من الأسهم في تلك شركة فأصبح شريكاً فيها وصاحب حق عقدي لشراء أسهم إضافية فيها، لكن عملية الخصخصة أثارت جدلاً، ممّا أدى إلى عدم قيام بولندا بإكمال عملية الخصخصة وألغت حق المدعي بشراء الأسهم^٢، وجدت هيئة التحكيم أن: "تصرف الدولة المضيفة برفضها أداء التزاماتها المتعلقة باستكمال الخصخصة كان لأسباب تعسفية مرتبطة بالسياسة البولندية وأسباب قومية ذات طابع تمييزي (أي الأسباب القومية هي ذات طابع تمييزي)...وهي لم تتردد في تقرير أن بنود المعاملة العادلة والمنصفة قد انتهكت انتهاكاً واضحاً من قبل المدعي عليه، وفي رأيها تصرف الدولة المضيفة فيه تمييز إلى حد كبير"^٣.

¹ "the Tribunal finds that the treatment accorded to Saluka's investment by the Czech Republic (a) was in some respects unfair and inequitable, and (b) impaired, by certain unreasonable and discriminatory measures, the enjoyment of such investment by Saluka, and that the Czech Republic has therefore violated Article 3 of the Treaty", Ibid, Para. 281.

² Eureko B.V. v. Republic of Pol, UNCITRAL Arb, Partial Award (Aug. 19, 2005). available on:

http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf.

³ "The Tribunal has found that the RoP, by the conduct of organs of the State, acted not for cause but for purely arbitrary reasons linked to the interplay of Polish politics and nationalistic reasons of a discriminatory

في قضية MTD ضد تشيلي، كان المدعى عليه قد وقع عقد استثمار لبناء مشروع ضخ في تشيلي، ولكنه أخفق؛ بحجة تعارض المشروع مع تعليمات تقسيم المناطق، ادعى المستثمر أن هذه التدابير كانت تمييزية وتعسفية^١، فقررت هيئة التحكيم أن: "هذا الادعاء يشكل جزءاً من معيار المعاملة العادلة والمنصفة"^٢.

وفي قضية POPE&TAIBOT ضد كندا، التي رفعت بموجب اتفاقية NAFTA، إذ رفعت الولايات المتحدة دعوى ضد كندا، مدعية على مديرية الخشب اللين SLD، بانتهاك المعاملة العادلة والمنصفة عند قيام المديرية بمراجعة واسعة النطاق لتدقيق السجلات المالية للمستثمر والتحقق من صادراته من الخشب اللين، وقد اقترح المستثمر أن تقوم اللجنة بالمراجعة في مكان عمله (ولاية بورتلاند الأمريكية)، بسبب الكم الهائل للمادة المراد تدقيقها، لكن المديرية أصرت أن تكون المراجعة في كندا، مجادلةً دون أي تبرير أن ليس لديها السلطة للتدقيق خارج كندا^٣. وجدت هيئة التحكيم أن المديرية لم يكن لديها

character.... The Tribunal has no hesitation in concluding that the "fair and equitable", provisions of the Treaty have clearly been violated by the Respondent, In the Opinion of the Tribunal, in the present award, the conduct of the Rop, could even be characterized as "outrageous", Ibid, Paras.233 234.

¹ MTD Equity award, Op, cit.

² "this claim has been considered by the Tribunal as part of the fair and equitable treatment", Ibid, Para. 196.

³ Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA), Award on the Merits of Phase 2, 10 April 2001. available on: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>.

مخاوف معقولة بخصوص إجراء المراجعة خارج كندا، لكنها أصرت على ذلك لكي تقوم بالتدقيق بطرائقها الخاصة^١، وجدت أيضاً أن المديرية رفضت تزويد المستثمر بالأساس القانوني لعملية التدقيق على الرغم من تهديده في حالة عدم الامتثال لهذه العملية^٢، وكذلك رفضت المديرية أن تقدم نسخة من التقرير للمستثمر بعد الانتهاء من التدقيق، مع أن الغرض من العملية كان تدقيق بيانات المستثمر، وقدمت إلى الوزير المسؤول عن الاستثمار تصريحات مضللة^٣. استنتجت هيئة التحكيم أنه: "بسبب الأعمال السابقة (التعسفية) فهي توافق المستثمر بأن تصرف كندا في سلسلة التحقيقات ينتهك معيار المعاملة العادلة والمنصفة المنصوص عليه في المادة ١١٠٥"^٤.

نستنتج من القضايا السابقة، أن منع المعاملة التمييزية والتعسفية (التي لا تقوم على أي أسس قانونية)، تعدّ عنصراً من عناصر المعاملة العادلة والمنصفة. أمّا التمييز المبرر والمعقول فلا يعدّ انتهاكاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة ويكون مبرراً إذا كان يتفق مع مقتضيات المصلحة العامة أو لغرض حماية البيئة^٥.

¹ Ibid, Paras.172-173.

² Ibid. Para. 174.

³ Ibid, Paras.177-179.

⁴ "The Investor contends that Canada's conduct during this verification episode. was a denial of fair and equitable treatment in violation of Article 1105 For the following reasons, the Tribunal agrees", Ibid, Para. 171.

⁵ Roland. Klager, Fair and Equitable Treatment in International Investment Low, Cambridge University Press, 2011, P. 197.

ثانياً: مراعاة العدالة الإجرائية والإجراءات القانونية الواجبة:

الالتزام بمتطلبات الإجراءات القانونية الواجبة ضروري لتفادي إنكار العدالة أولاً^١، ولتحقيق العدالة الإجرائية في العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة ثانياً، كما أن الالتزام بهذه الإجراءات يسهم إسهاماً كبيراً في شرعية النظام القضائي للدول واستقراره^٢.

ويشير الحرمان من الإجراءات القانونية الواجبة إلى إنكار العدالة القضائية، فعدالة الإجراءات القانونية تشمل الإجراءات التي يمكن أن تربط المستثمر بأجهزة الدولة (أي الإجراءات القضائية أو الإدارية)^٣.

وفكرة العدالة الإجرائية راسخة بقوة في أنظمة الدول بشكل عام بوصفها عنصراً للعدالة بشكل عام، ومن ثمّ من المفترض أن العدالة الإجرائية لها حد أدنى غير قابل للإنقاص، وتشمل الحقوق الأساسية الآتية: أ - الإبلاغ المسبق للقرار، ب- الحق في محاكمة عادلة، ج- حكم حيادي من قبل المحكمة^٤. وهناك من يضيف أيضاً التأخير في الإجراءات دون وجود أي مبرر، وكذلك عدم تنفيذ الأحكام النهائية^٥.

وحتى يُدعى بإنكار العدالة أمام الهيئات الدولية، لا بدّ من استفاد سبل الانتصاف المحلية في الدولة المدعى عليها فقد تصحح المعاملة القضائية

¹ UNCTAD, (2012), Op, cit, p. 80.

² Klager. Op, cit, p.213.

³ Tudor, Op, cit, p.157.

⁴ Ibid, p. 214.

⁵ UNCTAD,(2012), Op, cit, p. 80.

السيئة أمام المحاكم العليا للدولة^١. وحتى يُعد في الحكم إنكاراً للعدالة، لا بد أن يكون الخطأ فيه جوهرياً وواضحاً، أمّا مجرد سوء استخدام القانون الوطني من قبل السلطة القضائية المحلية فقد لا يؤدي إلى إنكار العدالة دوماً^٢.

والادعاءات المقامة أمام هيئات التحكيم الدولية (بعد استفاد سبل الانتصاف المحلية) يجب أن تستند إلى مسائل قانونية موضوعية، وليس إلى عدم تقبل المستثمر الجواب السلبي لادعاءه^٣، كما بينت هيئة التحكيم في قضية Azinian ضد المكسيك التي رفعت بموجب اتفاقية NAFTA، المتعلقة بقيام شركة Azinian بتوقيع عقد امتياز للتخلص من النفايات في إحدى ضواحي المكسيك، وبعد تأخر الشركة في تنفيذ المشروع، ألغت السلطة المتعاقدة العقد مع شركة المدعي وبررت الإلغاء بعدم قدرة الشركة على تنفيذه، فطُعن بإلغاء العقد في المحاكم المكسيكية وانتهى بتأييده من قبل تلك المحاكم بمستوياتها الثلاثة، فرفعت شركة المدعي الادعاء بانتهاك المادة ١١٠٥ بما في ذلك معيار المعاملة العادلة والمنصفة إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار^٤، فذكرت هيئة التحكيم: أنه: "قد يخيب أمل الأفراد في تعاملاتهم مع الإدارة العامة، ويخيب أملهم مرة أخرى عندما ترفض المحاكم الوطنية شكواهم.... لذا يجب أن يدرك المستثمرون أنه ليس المقصود من اتفاقية NAFTA

¹ Ibid, p. 81.

² Klager. Op, cit, p. 157.

³ Tudor, Op, cit, p.162.

⁴ Azinian, Davitian, & Baca v. Mexico, ICSID Award No. ARB (AF)/97/2 (NAFTA). Award, 1 November 1999. available on: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0057.pdf>.

توفير الحماية الشاملة للمستثمرين الأجانب من هذا النوع من خيبات الأمل، ولا ينص أي من بنودها على ذلك".^١

وكما يوجد عدد من الاتفاقيات التي تنص على أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يشمل الالتزام بعدم إنكار العدالة في الإجراءات القضائية والمدنية والإدارية وفقاً لمبدأ المحاكمة العادلة المنصوص عليه في النظم القانونية الرئيسة في العالم^٢، أيضاً رفعت عدة ادعاءات من قبل المستثمرين أمام هيئات التحكيم بانتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة بسبب إنكار العدالة الإجرائية وعدم مراعاة الإجراءات القانونية الواجبة (كما سيتبين في القضايا الآتية)، وإن كان أغلبها لم يكلل بالنجاح لصالح المستثمر، إلا أنها تؤكد أهمية هذا العنصر في معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

ففي قضية Azinian السابقة الذكر، ادعت شركة المدعي أمام هيئة التحكيم بانتهاك المادة ١١٠٥ بما في ذلك معيار المعاملة العادلة والمنصفة من قبل المكسيك، بداية شددت هيئة التحكيم على أنها ليست سلطة استئنافية، إذ ذكرت أن: "إمكانية عدّ الدولة مسؤولة على الصعيد الدولي عن القرارات القضائية، لا يخول المدعي التماس المراجعة الدولية لقرارات المحاكم المحلية، كما لو أن السلطة القضائية الدولية سلطة قضائية استئنافية، هذا ليس صحيحاً بشكل

^١ "It is a fact of life everywhere that individuals may be disappointed in their dealings with public authorities, and disappointed yet again when national courts reject their complaints... It NAFTA was not intended to provide foreign investors with blanket protection from this kind of disappointment, and nothing in its terms so provides", Ibid, Para. 83.

^٢ راجع المطلب الأول من المبحث الأول: أشكال صياغة المعاملة العادلة والمنصفة، صفحة ٣٢.

عام، وهو ليس صحيحاً بالنسبة إلى اتفاقية NAFTA^١، كما أوضحت أنه: يمكن التماس إنكار العدالة إذا رفضت المحاكم ذات الصلة النظر في الدعوى، أو قامت بتأجيلها دون مبرر، أو قصرت في تحقيق العدالة، كما أن هناك نوعاً رابعاً من إنكار العدالة هو إساءة تطبيق القانون^٢، وفي النهاية استنتجت هيئة التحكيم أن: "ليس هناك أي دليل أو حجة تدل على أن إجراءات الحكومة المكسيكية معيبة في هذه القضية"^٣.

وفي قضية Loewen Group ضد الولايات المتحدة رفعت شركة Loewen الكندية دعوى في تشرين الأول ١٩٩٨ ضد شركة تابعة للولايات المتحدة الأمريكية بموجب اتفاقية NAFTA (الشركتان كانتا متنافستين في مجال تجهيز الجنازات المنزلية وضمانات التأمين) أمام محكمة ولاية ميسيسيبي بسبب خلافات نشبت بينهما وخلال النظر في الدعوى سمح قاضي المحكمة لمحامي Okeefe (المدعى عليه) بتقديم مستندات ليس لها صلة مباشرة بالدعوى وتضر بالمستثمر مما ساعد على كسبه الدعوى، فحكمت المحكمة على المدعى بمبلغ ضخم؛ ولأنه لم يتمكن من اتباع سبل الانتصاف المحلية؛ (بسبب رفض المحكمة المحلية طلبه بتخفيض المبلغ المطلوب دفعه خلال

¹ "The possibility of holding a State internationally liable for judicial decisions does not, however, entitle a claimant to seek international review of the national court decisions as though the international jurisdiction seised has plenary appellate jurisdiction. This is not true generally, and it is not true for NAFTA", Ibid, Para. 99.

² Ibid, Paras. 102– 103.

³ "There is no evidence, or even argument, that any such defects can be ascribed to the Mexican proceedings in this award", Ibid, Para. 102.

سبعة أيام ككفالة لاستئناف الحكم حتى لا يواجه تنفيذاً فورياً للحكم)، دخل في اتفاق تسوية غير ملائم له، لذلك رفع ادعاء أمام هيئة التحكيم بموجب قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بانتهاك المادة ١١٠٥ من اتفاقية NAFTA بما في ذلك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، بسبب مخالفات في نهج المحاكمة، وعدم حياد القضاة وتأثرهم بالمحسوبية وحكمهم غير العادل^١. كررت الهيئة ما تم تأكيده في القضايا السابقة، بأن ادعاءات إنكار العدالة لا يمكن أن تتحول إلى استئناف ضد أحكام المحاكم المحلية، والحكم الذي فيه خرق للقانون المحلي وتميز ضد المشاريع الأجنبية يبلغ ظلماً واضحاً، ويؤسس بذلك إنكاراً للعدالة^٢، وفي رأي المحكمة أن: "المحاكمة كلها والقرار الناتج عنها غير صحيح ومعيّب جداً ولا يمكن أن يتوافق مع المبادئ العامة للقانون الدولي والمعاملة العادلة والمنصفة"^٣. ومع اعتراف هيئة التحكيم أن أفعال الدولة المضيفة لا تتوافق مع معيار المعاملة والمنصفة إلا أنها رفضت ادعاءات LOEWEN؛ لأنه لم يستند سبل الانتصاف المحلية، ولم يثبت أي انتهاك للقانون الدولي العرفي أو اتفاقية NAFTA (بما في ذلك المعاملة العادلة والمنصفة)^٤. وبعدما استعرضت الهيئة حالات مختلفة من الاجتهادات الوطنية،

¹ Loewen Group Inc. and Raymond L. v. United States, ICSID Award No. ARB(AF)/98/3 (NAFTA) , Award, June 25, 2003. available on: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0470.pdf>

² Ibid, Paras.134-135.

³ "the whole trial and its resultant verdict were clearly improper and discreditable and cannot be squared with minimum standards of international law and fair and equitable treatment....." Ibid, Para. 137.

⁴ "Accordingly, our conclusion is that Loewen failed to pursue its domestic remedies, notably the Supreme Court Option and that, in consequence,

استنتجت أنه: "حتى يكون هناك إنكار للعدالة لابد من استفاد سبل الانتصاف المحلية، ذلك لأن حكم المحكمة الابتدائية الذي قد يصل إلى انتهاك القانون الدولي، يمكن أن يصحح من قبل النظام القضائي للدولة بالمحكمة الأعلى درجة".¹

وفي قضية Waste Management المذكورة سابقاً، عندما توقف مجلس بلدية المدينة عن أداء التزاماته المادية، رفع المدعي Acaverde دعويين منفصلتين أمام المحكمة الاتحادية المكسيكية ضد البنك الذي فتح اعتماداً لضمان دفعات العقد، مطالباً بأصل الدين وتعويض الأضرار، لكنه أخفق في كليهما لعدة أسباب ذكرتها المحكمة، منها: عدم إثبات المدعي قبول الفواتير من المدينة، لذلك ادعى أمام هيئة التحكيم بأن إجراءات المحكمة المحلية فيها إنكاراً للعدالة، ومن ثم فيها انتهاك للمادة ١١٠٥ من اتفاقية NAFTA²، بعدما أدرجت هيئة التحكيم القصور في الإجراءات القانونية الواجبة، وكذلك الإخفاق في تحقيق العدالة في الإجراءات القضائية ضمن الأفعال التي تعد انتهاكاً للحد الأدنى لمعيار لمعاملة العادلة والمنصفة، لم تجد في تصرف المحاكم المحلية إنكاراً للعدالة، حيث ذكرت أنه: "ليس هناك أي دليل على أن المدينة قد تصرفت بتواطؤ مع المحاكم الاتحادية، فالخصم لا يستطيع أن يدعي إنكار العدالة، ما لم يتم إثبات تصرف خاطئ من قبل المحكمة، أو يمنحها القانون بعض الامتيازات الاستثنائية التي ينتج عنها عدم مراعاة الإجراءات القانونية

Loewen has not shown a violation of customary international law and a violation of NAFTA for which Respondent is responsible", Ibid, Para. 217.

¹ Ibid. Para. 156.

² Waste Management award, Op, cit.

الواجبة، ولا يوجد أي دليل لأي ظرف من هذه الظروف في هذه القضية"¹. ومن ثمّ رفضت ادعاءات المستثمر بانتهاك المعاملة العادلة والمنصفة المتعلقة بهذه النقطة².

وفي قضية Alex Genin ضد استونيا التي رُفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بينها وبين الولايات المتحدة، والتي تعلقت بإلغاء الترخيص المصرفي لشركة Alex Genin من قبل البنك المركزي الاستوني بسبب ادعائه بعدم استيفاء المساهمين للبيانات المطلوبة في المصرف، ادعت الشركة بانتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة لعدة أسباب، منها عدم اتباع البنك المركزي الحكومي الإجراءات القانونية الواجبة³. استنتجت هيئة التحكيم أن: "الإجراءات المعنية تتعارض مع الممارسة المقبولة عموماً، فالمصرف لم يُلمح للمدعي بأن رخصته معرضة لخطر الإلغاء، ولم يمنحه فرصة للمشاركة في الجلسة التي تتعلق بالإلغاء، وفضلاً عن ذلك كان الإلغاء نافذاً فوراً من دون وجود أي

¹ "there is no evidence that it was acting in collusion either with CANACO or the federal courts, The point is that a litigant cannot commit a denial of justice unless its improper strategies are endorsed and acted on by the court, or unless the law gives it some extraordinary privilege which leads to a lack of due process, There is no evidence of either circumstance in the present award", Ibid, Para. 131.

² "... This aspect of the claim under Article 1105(1) accordingly fails", Ibid, Para. 132.

³ Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A. S. Baltoil v. Republic of Estonia , ICSID Award, No ARB/99/2, Award of June 25, 2001. available on: [http:// www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0359.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0359.pdf)

فرصة للقيام بالمراجعة القضائية للإلغاء قبل إعلانه¹. ومع ذلك وجدت هيئة التحكيم، أن: "هذه الإجراءات مع أنها منتقدة من وجهة نظرها إلا أنها تتفق مع التشريعات الوطنية للدولة المضيفة، وأن العيوب الإجرائية لا تشكل إنكاراً للإجراءات القانونية الواجبة إذ يمكن عدّها متعارضة مع الممارسات المصرفية المتعارف عليها"²، وفي النهاية استنتجت هيئة التحكيم أنه: "بعد النظر في الأدلة المقدمة، يُنقَد تصرف البنك المركزي الاستوني بإلغاء بنك الاستثمار الأوربي، لكنه لا يصل إلى درجة انتهاك أي بند من بنود اتفاقية الاستثمار الثنائية"³، ومن ثمّ لم تجد انتهاكاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة.

في قضية Middle East Cement Shipping and Handling ضد جمهورية مصر، التي رُفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين اليونان ومصر، إذ قامت دائرة الحجز المصرية بالحجز على سفينة المدعي وبيعها بالمزاد العلني، فادعى المستثمر بأنه لم يُبلغ بالمزاد تبليغاً مباشراً، حيث طُبّق

¹ Ibid, Para. 361.

² The Tribunal considers, however, that certain procedures followed by the Estonian authorities in the present instance, while they do conform to Estonian law and do not amount to a denial of due process, can be characterized as being contrary to generally accepted banking and regulatory practice..". Ibid, Para. 364.

³ "Having considered the totality of the evidence, the Tribunal concludes that while the Central Bank's decision to revoke EIB's license invites criticism, it does not rise to the level of a violation of any provision of the BIT ", Ibid, Para. 365.

النظام المرفق للتبليغ، ألا وهو التبليغ عن طريق النشر في الصحيفة^١، رأت هيئة التحكيم أن: "الحجز والمزاد العلني من المسائل المهمة، لذلك كان لابد أن يجري التبليغ بالحجز والمزاد لسفينة المدعي برسالة مباشرة وبشكل صريح، ولأن ذلك كان ممكناً، انتهك المدعى عليه معيار المعاملة العادلة والمنصفة (المادة ٢/٢)، فالإخطار المسبق ضروري بصرف النظر فيما إذا كان واجباً قانونياً أو عرفاً؟"^٢. وقد أكد بعض الفقه أهمية هذا الاجتهاد ببيان أن ليس من المستغرب عد هيئة التحكيم، أنه حتى في حالة غياب الواجب القانوني، كان يجب أن يُبلغ المستثمر تبليغاً مباشراً؛ لأن تقييم سلوك الدولة جرى طبقاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، المستند إلى القانون الدولي وليس إلى القانون المحلي^٣.

وفي قضية International Thunderbird Gaming Corporation ضد المكسيك التي رُفعت بموجب اتفاقية NAFTA (بين الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك)^٤، زعم المدعي أن المكسيك قد انتهكت المادة ١١٠٥ التي تتطلب

1 Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt , ICSID Award No –Award, 12 April 2002. available on: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0531.pdf>.

2 ".....a matter as important as the seizure and auctioning of a ship of the Claimant should have been notified by a direct communication for which the law, whether there was a legal duty or practice to do so by registered mail with return receipt requested as argued by Claimant (CV4). The Tribunal finds that the procedure in fact applied here does not fulfill the requirements of Art. 2.2 and 4 of the BIT". Ibid, Para.143.

3Tudor, Op, cit, p.162.

٤ تتلخص تفاصيل النزاع في حصول الشركة الأمريكية Thunderbird على الموافقة من السلطات المكسيكية لكي تقوم بتشغيل مرافق الألعاب الترفيهية حسب الضوابط والشروط التي وضعتها في

منح المعاملة العادلة والمنصفة بعدم اتباعها الإجراءات القانونية الواجبة، إلا أن هذا الادعاء رُفِضَ من قبل هيئة التحكيم، ولاسيما أن المدعي مُنِحَ الفرصة الكاملة ليقدم أدلة مضادة، ومع ملاحظتها لبعض المخالفات التي أثرت في الإجراءات، لكنها لم تجد مخالفة إدارية جدية تؤدي إلى الإخلال بالحد الأدنى للمعاملة بحسب المقياس الذي وضعته الهيئة في هذه القضية، وقد استنتجت أن: "إجراءات SEGOB (أي الإجراءات الحكومية) يجب أن تُختبر على أساس معايير الإجراءات القانونية الواجبة والإنصاف الإجرائي الذي ينطبق على المسؤولين الإداريين وأن مطلب الإجراءات الإدارية أدنى من الإجراءات القضائية، وحتى إذا عُدَّ غياب الموظف الذي وقع الأمر الإداري مخالفة فهي لا ترقى إلى حد انتهاك المادة 1105¹".

قوانينها المحلية، وعندما بدأت الشركة استثمارها، لاحظ المراقبون أن ألعاب الفيديو تخرج من نطاق الترفيه إلى نطاق المراهنات الممنوعة في قوانين تلك الألعاب، ولما طلبت المكسيك توضيحاً من الشركة، أكدت الأخيرة أن تلك الألعاب هي للترفيه فقط، ونفت وجود مراهنات أو أي ألعاب حظ فيها، بيد أنها بقيت على نهجها بحسب رأي المراقبين، فنشبت خلافات بين الطرفين أدت إلى إغلاق مرافق الألعاب التابعة لشركة Thunderbird بشكل رسمي، لذلك ادعت الشركة بانتهاك المكسيك لعدد من بنود اتفاقية NAFTA.

¹ "the SEGOB proceedings should be tested against the standards of due process and procedural fairness applicable to administrative officials. The administrative due process requirement is lower than that of a judicial process. Hence, for instance, even if one views the absence of Lic, Aguilar Coronado (who signed the Administrative Order) at the 10July hearing as an administrative irregularity, it does not attain the minimum level of gravity required under Article 1105 of the NAFTA under the circumstances". International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico, UNCITRAL (NAFTA). 26 January 2006, Para. 120. available on:

يُستنتج من القضايا السابقة أن هناك اعترافاً صريحاً من هيئات التحكيم أن الإجراءات القانونية الواجبة والعدالة الإجرائية متضمنة في معيار المعاملة العادلة والمنصفة، وتعدّ عنصراً من عناصرها، وإن كانت معظم ادعاءات المستثمر بموجب هذا العنصر لم تتجح إلا أنه عنصر حيوي من عناصر المعاملة العادلة والمنصفة¹. ومع أهمية هذا العنصر، إلا أنه لا يوجد إجماع على الحالات المتضمنة فيه، إذ إن هيئات التحكيم عالجت الضمانات الإجرائية التي يقدمها النظام القانوني للدولة المضيفة بقدر كبير من المرونة؛ لأنه بالتأكيد ليس من مهام محاكم الاستثمار فرض شكل محدد من أشكال الإجراءات الإدارية أو القضائية في الدول المضيفة؛ وذلك بسبب سلطتهم المحدودة في هذا المجال، وتظهر محاكم الاستثمار تردداً في إيجاد انتهاك للقانون الدولي بسبب مخالفة إجرائية عادية بموجب القانون الوطني، إلا في حالة عدم تطبيق الإجراء أو عدم استجابة النظام القضائي الوطني لأي من مطالب المستثمرين².

ثالثاً - الشفافية:

الشفافية هي المتطلب الأكثر إثارة للجدل في محتوى معيار المعاملة العادلة والمنصفة، وأحياناً تكون ذات صلة بتوقعات المستثمر. وتتطلب الشفافية من الدولة المضيفة الانفتاح والوضوح بشأن القواعد التي ستطبقها، سواء الموضوعية منها أو الإجرائية، ومن ثمَّ يجب أن يُطبَّق مبدأ الشفافية ليس فقط

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0431.pdf>

¹ Christophe, Op, cit, p. 381.

² Klager, Op, cit, p. 227.

على تشريعات الدولة المضيفة، بل أيضاً على السياسة التي ستعتمدها في مجال الاستثمار¹.

وقد عدّ مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية الـ UNCTAD الشفافية عنصراً من عناصر معيار المعاملة العادلة والمنصفة باستنتاجه بأن: "تدخل الشفافية مع معيار المعاملة العادلة والمنصفة يكون في جانبين على الأقل: أولاً: ربما تكون هناك حاجة للشفافية في مضمون معيار المعاملة العادلة والمنصفة، مادامت القوانين والقرارات الإدارية وغيرها من القرارات الملزمة هي التي ستقرض على المستثمر من قبل الدولة المضيفة، فالإنصاف يقتضي أن يُبلّغ المستثمر بهذه القرارات قبل فرضها، وبالنتيجة إذا لم تنص اتفاقية الاستثمار على الشفافية نصاً صريحاً، لكنها نصت على معيار المعاملة العادلة والمنصفة، فهذا يعني أن الشفافية متضمنة في هذا المعيار؛ ثانياً: حينما يرغب المستثمر الأجنبي في تحديد ما إذا كان تصرف الدولة عادلاً أم لا من الناحية العملية، فيجب عليه أن يتأكد من القواعد ذات الصلة بالتصرف المعني ودرجة الشفافية المتوفرة في نظام الدولة لتقييم ما إذا كانت المعاملة التي يتلقاها معاملة عادلة ومنصفة"². وكذلك بيّن Dolzer أن: "العلاقة بين معيار المعاملة العادلة والمنصفة والشفافية ذو شقين: أولاً: ليس من الممكن عدّ قرار ما قراراً عادلاً

¹ Kenneth, Vandevelde, K. "A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment, New York University Journal of International Law and Politics, vol 43(1), 2010, p. 84.

² UNCTAD, (1999), , Op, cit, p. 51.

ومنصفاً إذا كان غامضاً؛ ثانياً: من المسلم به عموماً أن الشفافية هي ميزة أساسية لنظام استثمار ملائم^١.

وإن كان لابداً للدولة المضيفة أن تكون واضحة بشأن القوانين التي ستطبقها، إلا أنها غير ملزمة بتقديم أية معلومات ذات فائدة للمستثمر كان يمكنه الحصول عليها بسهولة عن طريق وسائل عديدة، كما أن الالتباس بلائحة تنظيمية معينة، لا يبلغ انتهاكاً للمعاملة العادلة والمنصفة بحد ذاته إذا كانت النصوص القانونية ذات الصلة متوافرة للمستثمر^٢.

أمّا عند التمعن بالاجتهادات التحكيمية المتعلقة بهذا العنصر، فنجد أنها قد اختلفت فيما بينها، فأول قضية ظهر فيها الجدل في معيار المعاملة العادلة والمنصفة والشفافية هي قضية Metalclad Corporation ضد المكسيك، التي رفعت بموجب اتفاقية NAFTA^٣ (بين الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك)، زعمت شركة Metalclad بأن السلطات المكسيكية أكدت لها بأنها ستُمنح التراخيص الضرورية لبناء مشروعها وتشغيله، لكن بلدية مدينة

¹ Rudolf, Dolzer, "Fair and Equitable Treatment: A Key Standard Investment Treaties", International Law, Vol. 39, 2005, p. 91.

² Klager. Op, cit, p. 235.

³ تتلخص تفاصيل النزاع في قيام الشركة المكسيكية الخاصة COTERIN، بتشغيل موقع للنفايات الخطرة في عام ١٩٩٠، ولكن عندما تم نقل النفايات إليه لم تُعالج، لذا أمرت السلطات المكسيكية بأغلاق الموقع في عام ١٩٩١، وفي عام ١٩٩٣ حصلت COTERIN على بعض الرخص لإعادة بناء الموقع، عندها قامت شركة Metalclad بشراء شركة COTERIN ودخلت في مفاوضات مع السلطات المحلية التي أكدت حصولها على رخصة البناء خلال وقت قصير، ولكن بعدما شارفت شركة Metalclad على الانتهاء من عملها أوقفت السلطات البناء بحجة عدم الحصول على رخصة البلدية.

Guadalcazer رفضت منحها رخصة البناء النهائية، لذلك ادعت شركة المدعي بعدة أمور منها انتهاك المكسيك المادة ١١٠٥/١ من الاتفاقية التي تتضمن معيار المعاملة العادلة والمنصفة، بسبب عدم شفافية ممارسات البلدية^١، وجدت هيئة التحكيم أن: "الدولة المضيفة أخفقت في توفير ضمانٍ لإطار عمل شفافٍ ومتوقع لتنظيم مشروع واستثمارات Metalclad، ولم تتجح المكسيك بسبب تصرفاتها في تلبية متطلبات المادة ١١٠٥/١ من اتفاقية NAFTA التي بموجبها يمنح كل طرف متعاقد إلى استثمارات الطرف المتعاقد الآخر ومستثمريه معاملة بموجب القانون الدولي، بما في ذلك المعاملة العادلة والمنصفة"^٢، واستنتجت أن: "شركة Metalclad لم تُعامل بعدالة وإنصاف بموجب المادة ١١٠٥ من اتفاقية NAFTA والادعاء قد نجح"^٣.

¹ Metalclad Corporation v. Mexico, ICSID Award No. ARB(AF)/97/1 (NAFTA). Award, 30 August 2000, Para. 88. available on: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>

² Mexico failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad's business planning and investment..... the acts of the State and the Municipality – and therefore the acts of Mexico fail to comply with or adhere to the requirements of NAFTA, Article 1105(1) that each Party accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment". Ibid ,Paras. 99– 100.

³ "The Tribunal therefore holds that Metalclad was not treated fairly or equitably under the NAFTA and succeeds on its claim under Article 1105", Ibid, Para. 101.

يبدو أن هيئة التحكيم في هذه القضية عدَّت الشفافية عنصراً من عناصر معيار المعاملة العادلة والمنصفة في هذه القضية، ولكن ليس بشكل مستقل بل ربطته بتوقعات المستثمر، بيد أنه ضيَّق النطاق الواسع الذي منحتة هيئة التحكيم للمعيار من خلال إلغاء جزئي لاحق للقرار من قبل المحكمة العليا في كولومبيا البريطانية^١، بموجب طلب مُقدم من قبل المكسيك (على أساس أن الشفافية بموجب اتفاقية NAFTA ليست متضمنة في فصل الاستثمار، ومن ثمَّ لا تدخل ضمن اختصاص التحكيم الذي يسمح للمستثمر اللجوء إليه فقط بالنسبة إلى ادعاءات الفصل الحادي عشر المتعلق بالاستثمار، لذا فإن هيئة التحكيم تكون قد تجاوزت اختصاصها بنقل التزامات الشفافية إلى المادة ١١٠٥ من اتفاقية NAFTA ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة^٢؛ وفقاً لذلك ذكرت المحكمة أن: "إيجاد خرق للمادة ١١٠٥ من قبل هيئة التحكيم بسبب إخفاق المكسيك ضمان إطار عمل شفاف ومتوقع لعمل المستثمر كانت مسألة خارج نطاق عمل التحكيم؛ لأن المادة ١١٠٥ لا تتضمن التزام الشفافية"^٣، وقامت بإلغاء القرار وإصدار قرار تكميلي ذكرت فيه أنه: "مع أنها وجدت التزام الشفافية غير متضمن في المادة ١١٠٥، هذا لا يعني أن المادة ١١٠٥ لم

^١ كولومبيا البريطانية: مقاطعة تقع أقصى غرب كندا، عاصمتها فيكتوريا.

^٢ Metalclad Corporation v. Mexico, Review by British Columbia Supreme Court, 2 May 2001, Para. 58. available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case/documents/ita0512.pdf>.

^٣ "the Tribunal made its decision on the basis of transparency, This was a matter beyond the scope of the submission to arbitration because there are no transparency obligations contained in Chapter 11", Ibid, Para.72.

تُنتهك، إذ ينبغي على شركة المدعي المطالبة بالتعويض عن الأضرار دون الاستناد إلى مبدأ الشفافية".^١

وفي قضية Maffezini ضد إسبانيا، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار بين إسبانيا والأرجنتين، والتي تعلقت بعرض المستثمر بتقديم قرض والمشاركة في مشروع استثماري مع الحكومة، فحوّل المبلغ من حساب المستثمر الخاص إلى حساب المشروع الاستثماري بأمر من مسؤول حكومي ودون موافقة رسمية من المستثمر Emilio، ودون أي تفاوض بشأن تفاصيل القرض وترتيباته، ولذلك إدّعي بانتهاك المعاملة العادلة والمنصفة من قبل إسبانيا^٢. استنتجت هيئة التحكيم أن: "غياب الشفافية في صفقة القرض غير متوافق مع التزام إسبانيا ضمان معيار المعاملة العادلة والمنصفة بموجب المادة ١/٤ من اتفاقية الاستثمار، وبناء على ذلك، يثبت ادعاء المدعي وله الحق في الحصول على تعويض".^٣

¹ "Although I have concluded that the Tribunal made decisions on matters outside the scope of the submission to arbitration when it found the first two breaches of Articles 1105 and 1110, I should not be taken as holding that there was no breach of Article 1105", Ibid, Para.136.

² Maffezini v. Spain, ICSID Award No. ARB/97/7. Award on the Merits, 13 November 2000. available on:

<http://www.italaw.com/documents/Maffezini-Award-English.pdf>

³ "the lack of transparency with which this loan transaction was conducted is incompatible with Spain's commitment to ensure the investor a fair and equitable treatment in accordance with Article 4(1) of the same treaty. Accordingly, the Tribunal finds that, with regard to this contention, the

وفي قضية PSEG Global ضد تركيا، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة الأمريكية وتركيا^١، أخفقت تركيا خلال المفاوضات مع ممثلي الاستثمار بالكشف عن الوثائق المهمة والرد على نقاط الخلاف، لذلك إدّعي بانتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة^٢، استنتجت هيئة التحكيم بأنها: "مقتنعة بوجود انتهاك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، وبموجب هذا الانتهاك سثنأ مسؤولية الدولة، فإهمال الإدارة كان واضحاً عند المفاوضات مع المدعين"^٣. ومع أن هيئة التحكيم لم تأت على ذكر الشفافية في استنتاجها السابق، إلا أن بعض الفقه رأى أن هذا الاستنتاج يتركز أكثر على غياب

Claimant has substantiated his claim and is entitled to compensation in the manner spelled out below", Ibid, Para. 83.

^١ تلخص تفاصيل النزاع بدخول شركة PSEG (شركة أمريكية لتوليد الطاقة) في عقد مع السلطات المحلية في تركيا، التي كانت تعاني من أزمة في الكهرباء وقتها، يتضمن بناء محطة كهرباء في مدينة قونية التركية، وبعد توقيع العقد نشبت خلافات بين الطرفين حول التعريفات والضرائب، وقامت السلطات بتغيير شروط العقد وألغت بعض الاتفاقات، فدخل الطرفان في مفاوضات للوصول إلى حلول ترضيهما، ولكن دون جدوى، لذلك تقدمت شركة PSEG بعدة ادعاءات من بينها انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

^٢ PSEG Global, Inc. v. Republic of Turk., ICSID Award No. ARB/02/5, Award Jan. 19, 2007. available on: www.italaw.com/documents/PSEGGlobal-Turkey-Award.pdf.

^٣ "The Tribunal is persuaded nonetheless that the fair and equitable treatment standard has been breached, and that this breach is serious enough as to attract liability. Short of bad faith, there is in the present award first an evident negligence on the part of the administration in the handling of the negotiations with the Claimants...", Ibid. Para. 246.

الشفافية التي تعدّ من أسباب انتهاك المعيار؛ وذلك لأن هيئة التحكيم بحسب هذا الرأي لم تكن حاسمة في استخدامها تعبير "الإهمال".^١

تظهر القضايا السابقة عدم وجود نهج موحد يتبع من قبل هيئات التحكيم بشأن مبدأ الشفافية وعلاقته بمعيار المعاملة العادلة والمنصفة ومع الجدل في هذا العنصر، إلا أنه يؤدي دوراً مهماً في قضايا مختلفة، ومن المحتمل عدّ الشفافية عنصراً مهماً للمعاملة العادلة والمنصفة في المستقبل، مادامت هيئات التحكيم تعطي أهمية للحجج ذات الصلة بالشفافية على نحو متزايد، وإن كانت هذه الحجج ليست كافية؛ بسبب عدم وجود فكرة محددة للشفافية يمكن تطويرها في قانون الاستثمار الدولي.^٢

رابعاً - حسن النية:

يشغل مبدأ حسن النية مكانة بارزة في تطوير العلاقات الاقتصادية الدولية، وينص ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول في الفصل الأول على أن: تنفيذ الالتزامات الدولية بحسن النية واحد من العناصر الأساسية للعلاقات الاقتصادية الدولية.^٣ كما أن له أهمية في قانون الاستثمار الدولي، فالعلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة يجب أن تكون قائمة على أساس مبدأ حسن النية، لأنه التزام ثنائي الجانب يفرض حقوقاً والتزامات متبادلة بين

¹ vandevelde, Op, cit, p. 87.

² Ibid.

³ The Charter of Economic Rights and Duties of state chapter 1. Available on:

http://www.aaas.org/sites/default/files/SRHRL/PDF/IHRDArticle15/Charter_of_Economic_Rights_and_Duties_of_States_Eng. Pdf.

الطرفين^١. وما نتطرق له من خلال القضايا الآتية متعلق بالتزام الدولة المضيقه بمبدأ حسن النية تجاه المستثمرين الأجانب بشأن استثماراتهم.

ففي قضية Siemens ضد الأرجنتين التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وألمانيا^٢، إذ كانت الأرجنتين قد تعهدت بموجب العقد الممنوح للمدعي بإبرام اتفاقيات مع ولاياتها، ولكنها في وقت لاحق علقته العقد ورفضت أداء التزاماتها بموجبه، وبررت موقفها بأنها لا تستطيع الإيفاء بتعهداتها؛ لأن هيكل الدولة لا يسمح لها بذلك^٣، استنتجت هيئة التحكيم بأن: "العقد يتضمن بنوداً قاطعة تتعهد فيها الحكومة بإبرام الاتفاقيات مع مقاطعاتها، ولا يمكنها التذرع بأن هيكل الدولة لا يسمح بالقيام بهذه المهمة، فهذا يتعارض مع مبدأ حسن النية المتضمن في معيار المعاملة العادلة والمنصفة"^٤.

¹ Tudor, Op, cit, p.173.

^٢ تلخص تفاصيل النزاع بتوقيع شركة المدعي (شركة ألمانية) عقداً مع الأرجنتين عام ١٩٩٨ لمدة ٦ سنوات قابلة للتجديد (لتوفير الخدمات المتعلقة بتجهيز البطاقات الشخصية الجديدة وطباعتها)، وقد تعهدت الأرجنتين بتسهيل عمل الشركة وإبرام اتفاقيات مع مقاطعاتها لهذا الغرض، وقبل بدأ المرحلة الأولى من العمل طلبت حكومة الأرجنتين من الشركة تأجيل البدء بطباعة البطاقات الشخصية؛ بسبب قرب موعد الانتخابات. وفي عام ٢٠٠٠ بدأت الشركة بالعمل، وبعد مرور يوم واحد، علقته الأرجنتين عمل الشركة ولم تنفذ التزاماتها، وتشكلت لجنة خاصة من أجل وضع شروط جديدة للعقد، لكن المدعي لم يوافق على تلك الشروط وعدّها حجة للأرجنتين من أجل التهرب من التزاماتها، ومن ثم أنهت الأرجنتين العقد؛ ولذلك ادعت شركة المدعي بعدة ادعاءات على الأرجنتين من بينها انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

³ Siemens v. Argentina , ICSID Award No. ARB/02/8 –Award, 6 February 2007. available on: [http:// www.italaw.com/documents/Siemens-Argentina-Award.pdf](http://www.italaw.com/documents/Siemens-Argentina-Award.pdf).

⁴ "...contract, which includes among its critical provisions an undertaking of that government to conclude agreements with its provinces, the same

وفي قضية Waste Management وجدت هيئة التحكيم أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يفرض على الدولة التزاماً أساسياً بالتصرف بحسن نية بموجب المادة ١/١١٠٥ من اتفاقية NAFTA، فذكرت أنه: "ليس لدينا شك أن التآمر من قبل الوكالات الحكومية دون مبرر، لإفشال أهداف الاستثمار ينتهك المادة ١/١١٠٥ من الاتفاقية، فالالتزام الأساسي بموجب تلك المادة هو حسن النية"، والمدعي لم ينجح في إثبات وجود هذا التآمر^٢.

وفي قضية Técnicas Medioambientales Tecmed ضد المكسيك، استنتجت هيئة التحكيم أن: "التزام المعاملة العادلة والمنصفة المنصوص عليه في المادة ١/٤ هو تعبير وجزء من مبدأ حسن النية المعترف به من قبل القانون الدولي^٣.

government cannot argue that the structure of the State does not permit it to fulfill such undertaking. This runs counter to the principle of good faith underlying fair and equitable treatment..."Ibid, Para. 308.

¹ "The Tribunal has no doubt that a deliberate conspiracy government without justification to defeat the purposes of an that is to say, a conscious combination of various agencies of investment agreement would constitute a breach of Article 1105(1). A basic obligation of the State under Article 1105(1) is to act in good faith" waste Manegment award, Op, cit, Para.138.

² Ibid, Para. 139.

³ "The Arbitral Tribunal finds that the commitment of fair and equitable treatment included in Article 4(1) of the Agreement is an expression and part of the bona fide principle recognized in international law" Técnicas award, Op, cit, Para. 153.

وفي قضية *Sempra Energy International* ضد الأرجنتين التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين^١، ادعى المدعي بانتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة لعدة أسباب منها عدم تصرف الحكومة بحسن نية^٢، استنتجت هيئة التحكيم أن: "مبدأ حسن النية هو منارة مرشدة تسهم في فهم معيار المعاملة العادلة والمنصفة وتفسيره"^٣.

وفي قضية *ADF* لم تُعطِ هيئة التحكيم أهمية كبيرة لحسن النية كعنصر من عناصر المعاملة العادلة والمنصفة فاستنتجت أن: "حسن النية لا يقدم سوى مساعدة ضئيلة في مهمة تحديد محتوى معيار المعاملة العادلة والمنصفة"^٤. نستنتج من القضايا السابقة أن هيئات التحكيم عدت حسن النية متضمناً في معيار المعاملة العادلة والمنصفة، ومع ذلك، شددت بعض هيئات التحكيم على أن وجود نية سيئة لدى الدولة المضيفة لا يعني دوماً أنها تنتهك معيار المعاملة العادلة والمنصفة كما يتبين من عدة اجتهادات تحكيمية. ففي قضية *Loewen* شددت هيئة التحكيم على أنه: "لا ممارسات الدول ولا أحكام

^١ تفاصيل وظروف النزاع في هذه القضية تماثل تفاصيل وظروف النزاع في قضية *LC&E*، راجع الهامش ١ من الصفحة ٤٢.

^٢ *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, Para. 290. available on: <http://www.italaw.com/documents/SempraAward.pdf>.

^٣ "The principle of good faith is thus relied on as the common guiding beacon that will orient the understanding and interpretation of obligations, just as happens under civil code", Ibid, Para. 297.

^٤ "good faith adds only negligible assistance in the task of determining or giving content to a standard of fair and equitable treatment...", ADF award, Op, cit, Para. 191.

المحاكم الدولية أو آراء المعلقين تدعم الرأي القائل بأن: وجود سوء النية ضروري حتى تُعدَّ المعاملة غير عادلة وغير منصفة".^١

وفي قضية Mondev ذكرت هيئة التحكيم بأن: "الدولة ربما تعامل الاستثمار الأجنبي بشكل غير عادل وغير ومنصف دون التصرف بضرورة بسوء النية"، وكذلك في قضية Tecmed على الرغم من أن هيئة التحكيم عدَّت حسن النية عنصراً للمعيار إلا أنها اقتبست من قضية Mondev فذكرت أنه: "لا يشترط سوء النية من قبل الدولة المضيفة لانتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة".^٢ وبالإضافة إلى هذه العناصر الأربعة أضافت هيئات التحكيم عنصراً خامساً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة هو المعقولية.

خامساً: المعقولية:

تربط هيئات التحكيم معيار المعاملة العادلة والمنصفة بمفهوم المعقولية وتعدّه عنصراً من عناصره، وهي تتطلب من الدولة المضيفة التصرف بشكل معقول عند اتخاذها أية إجراءات، وأن يكون تصرفها متوافقاً مع الهدف من سياستها العامة.^٣

¹ "Neither State practice, the decisions of international tribunals nor the Opinion of commentators support the view that bad faith or malicious intention is an essential element of unfair and inequitable treatment", Loewen award, Op, cit, Para. 132.

² "State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith", Mondev award, Op, cit, Para. 116.

³ "...bad faith from the State is not required for its violation", Técnicas award, Op, cit, Para. 153.

⁴ Saluka, Op, cit, Para. 460.

ففي قضية EASTEM ضد جمهورية التشيك التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار بين هولندا وتشيك، أصدرت التشيك، وكجزء من عملية الانضمام إلى الاتحاد الأوروبي، مرسومين ينظمان الأمور المتعلقة بالسكر، وبشكل خاص تخفيض الواردات وتخصيص الحصص للمنتجين؛ أحد هذين المرسومين سمح لمنتجين جدد بالحصول على حصص، وعندما خفض الاتحاد الأوروبي حصة التشيك من السكر، خفضت الحكومة بمرسوم ثالث حصة المدعي، لدرجة تحمل شركة المدعي كامل التخفيض، لذلك ادعت الأخيرة بانتهاك المادة ١/٣ التي تمنح المعاملة لعادلة والمنصفة بتدابير غير معقولة من الدولة المضيفة^١، وافقت هيئة التحكيم أن: "شركة السكر عُولمت بشكل غير عادل وغير منصف بموجب المرسوم الثالث الذي ينتهك المادة ١/٣ من اتفاقية الاستثمار الثنائية ويرأبها فأن المرسوم غير معقول وينتهك تلك المادة"^٢.

وفي قضية AZURIX ضد الأرجنتين، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار بين الأرجنتين وأمريكا، حصل المدعي على امتياز لتشغيل نظام لتوزيع المياه، لكن لم يتفق الطرفان على التعريفات فنشأت خلافات بينهما، وبسبب الإهمال تكاثرت الطحالب في المياه وتغير لونها وطعمها، فرفضت المحافظة تحمل أي مسؤولية وألقت بالمسؤولية على المستثمر الأجنبي وحثت المستهلكين على عدم

¹ Eastern Sugar B.V. v. Czech Republic, Partial Award, Award No. 088/2004, (Mar. 27, 2007) Para. 199. available on:

http://www.italaw.com/sites/default/files/case/documents/ita0259_0.pdf.

² "The Arbitral Tribunal agrees that Eastern Sugar was unfairly and inequitably targeted by the Third Sugar Decree in violation of Art. 3 (1) of the BIT ... the Arbitral Tribunal is of the view that the effect of the Third Sugar Decree was and unreasonable measure in the sense of Art 3 (1) of the BIT", Ibid, Paras. 335-338.

دفع فواتيرهم، لذلك طالب المستثمر بإنهاء الامتياز بالاتفاق المتبادل، لكن المحافظة رفضت وأصرت على الإنهاء عن طريق التنازل¹، عندها قدم المستثمر ادعاء أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID، ووجدت هيئة التحكيم أن سماح الأرجنتين بتكاثر الطحالب، ورفض الطلب المعقول للمستثمر، له دافع سياسي²، أي لم تجد الهيئة تصرف الأرجنتين يتفق مع السياسة العامة فاستنتجت أنها تنتهك معيار المعاملة العادلة والمنصفة³.

وفي قضية Biwater Gauff ضد تنزانيا، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بينها وبين بريطانيا، منحت تنزانيا عقداً للمستثمر يتضمن قيامه بمشروع متعلق بخدمة الصرف الصحي في إحدى مدنها، وبعد حصول خلافات بين الطرفين، دعا وزير المياه (الذي كان ينظم المشروع) لمؤتمر صحفي أعلن فيه إنهاء العقد، ثم سيطرت الحكومة على مكاتب الشركة بالقوة، لذلك قدم المستثمر ادعاء بانتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة؛ ووجدت هيئة التحكيم أن تصرف الدولة المضيفة غير معقول وغير مبرر بأي هدف

¹ Azurix Corp v. Arg Republic, ICSID Award No. ARB/01/12, Award, July 14, 2006. available on: <http://www.italaw.com/documents/AzurixAwardJuly2006.pdf>.

² Ibid, Para 92.

³ "The refusal by the Province to accept that notice of termination and its insistence on terminating it by itself on account of abandonment of the Concession is a clear award of a breach of the fair and equitable treatment standard", Ibid, Para. 374.

عام؛ لأنها لم تكن تمر بحالة طوارئ^١، واستنتجت الهيئة أن إخفاق الحكومة في تعيين موظف مستقل ونزيه ومعزول عن أي تأثير سياسي، يشكل خرقاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة^٢.

يبدو أن هناك اعترافاً من قبل بعض هيئات التحكيم بأن المعقولية عنصر مهم من عناصر المعاملة العادلة والمنصفة، إذ إنها تقرر وجود انتهاك لهذا العنصر عندما يكون تصرف الدولة غير مبرر بأسباب معقولة، أو حينما تكون الدوافع السياسية هي سبب تصرفها^٣.

ونتيجة عرض القضايا السابقة يمكن الاستنتاج: إن هيئات التحكيم وضعت عناصر لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، على الرغم من الجدل الدائر بشأن بعضها، وقد رأى بعض الفقه أن إمكانية ظهور عناصر جديدة لهذا المعيار وارد، مادامت هيئات التحكيم تعتمد على ظروف كل قضية على حدة في تحديد محتوى المعيار، فقد تنشأ عناصر أخرى مع تزايد ادعاءات المستثمرين بموجب معيار المعاملة العادلة والمنصفة^٤.

¹ Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Award No. ARB/05/22-Award, 24 July 2008. Para. 502. available on: <http://www.italaw.com/documents/Biwateraward.pdf>.

² "In the Arbitral Tribunal's view, as a matter of principle, the failure to put in place a independent, impartial regulator, insulated from political influence, constitutes a breach of the fair and equitable treatment standard", Ibid, Para.615.

³ Vandeveld, Op, cit, p. 45.

⁴ Tudor, Op, cit, p. 155.

ويبقى تحديد محتوى معيار المعاملة العادلة والمنصفة أمراً مهماً في تحديد العلاقة بين هذا المعيار ومعيار الحد الأدنى الدولي لمعاملة الأجانب، (الذي سنتناوله مع معايير أخرى في المبحث الآتي)؛ لأن تحديد العناصر يدعم الاتجاه القائل باستقلالية معيار المعاملة العادلة والمنصفة، وكذلك في إيجاد انتهاك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة من عدمه وتوسيع نطاق المعيار أو تضيقه.

المبحث الثاني

العلاقة بين المعاملة العادلة والمنصفة وغيره من المعايير الاقتصادية الدولية

معيار المعاملة العادلة والمنصفة هو جزء من منظومة كاملة لمعايير حماية الاستثمارات الأخرى مثل معيار الحد الأدنى الدولي لمعاملة الأجانب^١ (الذي

^١ معيار الحد الأدنى الدولي هو قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي الذي يحكم معاملة الأجانب، ويتضمن مجموعة دنيا من المبادئ (التي تقرر بغض النظر عن ما ينص عليه التشريع المحلي والممارسات) التي يجب أن تحترم عند التعامل مع الرعايا الأجانب وممتلكاتهم، وتحدد بموجب معيار الحد الأدنى الدولي مجموعة من الحقوق الأساسية التي ترسخت بموجب القانون الدولي، ويجب على الدول منحها للأجانب، بغض النظر عن المعاملة التي يتلقاها مواطنوها، كما أن انتهاك هذه القاعدة، يولد مسؤولية دولية للدولة المضيفة، وربما يفتح الطريق للعمل الدولي نيابة عن الأجنبي المضرور بشرط أن يكون الأجنبي قد استنفذ سبل الإنصاف المحلية، وجود معيار الحد الأدنى الدولي لمعاملة الاستثمارات وممتلكات الأجانب، كان موضوع توتر بين الدول النامية والدول المتقدمة، فبعض البلدان أصرت على وجود قاعدة عرفية لمعيار الحد الأدنى الدولي، وهذا التوتر ترتب عليه آثار في العديد من القطاعات، فمثلاً عصابة الأمم ولجنة القانون الدولي للأمم المتحدة، لم تتمكن من الوصول إلى اتفاق بشأن مسألة تدوين قانون مسؤولية الدولة عن ضررها بالأجانب. مذكور في الهامش ٣٢

و٣٣ من ٨. Yannaca Small, Op, cit , p. 8.

يعدُّ معيار المعاملة العادلة والمنصفة أحياناً جزءاً منه)، ومعيار المعاملة الوطنية، وبند الدولة الأولى بالرعاية، ومعيار الحماية والأمن الكاملين. والسؤال الذي يمكن طرحه: هل معيار المعاملة العادلة والمنصفة معيار شامل يشمل معايير الحماية الأخرى، أي يعمل كمعيار تصحيحي لها، أم أنه معيار مستقل عنها؟

المطلب الأول

العلاقة بين معيار المعاملة العادلة والمنصفة ومعيار الحد الأدنى الدولي

أثارت العلاقة بين معيار المعاملة العادلة والمنصفة ومعيار الحد الأدنى الدولي نقاشاً حاداً حول ما إذا كان هذا المعيار يشكل جزءاً من معيار الحد الأدنى الذي يتطلبه القانون الدولي العرفي؟ أم هو معيار مستقل بذاته؟ وقد بلغ هذا النقاش أهمية خاصة في بعض القضايا التي رفعت بموجب اتفاقيات الاستثمار الثنائية، وكذلك في سياق تفسير المادة ١١٠٥/١ من اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية.

وقد أسهمت الكتابات الأكاديمية، وممارسات الدول وأحكام هيئات التحكيم في هذا النقاش؛ وذلك لمعرفة مدى أهمية هذه العلاقة في تحديد مستوى المعاملة التي يجب منحها بموجب المعاملة العادلة والمنصفة ومستوى انتهاكها، وهل يوجد فرق بين عدّ معيار المعاملة العادلة والمنصفة جزءاً من معيار الحد الأدنى الدولي وبين عدّه معياراً مستقلاً بذاته؟ أم لا توجد أي أهمية لذلك؟

فيما سيتقدم، نحاول توضيح العلاقة بين معيار المعاملة العادلة والمنصفة ومعيار الحد الأدنى الدولي، معتمدين على آراء الفقه الذي اهتم بهذه النقطة، وكذلك آراء بعض هيئات التحكيم التي اضطرت في بعض القضايا إلى تحديد

العلاقة بين هذين المعيارين؛ لأن كلا طرفي الدعوى يتمسك بنهج مختلف، فقضت بقرارات مختلفة، ففي بعض القضايا عدت هيئات التحكيم معيار المعاملة العادلة والمنصفة جزءاً من الحد الأدنى الدولي، وفي بعضها الآخر عدت المعاملة العادلة والمنصفة معياراً مستقلاً بذاته.

أولاً - المعاملة العادلة والمنصفة كجزء من معيار الحد الأدنى الدولي.

يعد معيار المعاملة العادلة والمنصفة بحسب هذا النهج جزءاً لا يتجزأ من معيار الحد الأدنى الدولي لمعاملة الأجانب الذي يحق للمستثمرين الأجانب بموجبه مستوى معين من المعاملة، وأي معاملة لا ترقى إلى المستوى المطلوب ترتب مسؤولية على الدولة المضيفة¹، إذ يُقِيمُ منح معيار المعاملة العادلة والمنصفة وفقاً لمعيار الحد الأدنى الدولي لمعاملة الأجنبي وممتلكاته واستثماراته بموجب القانون الدولي العرفي. وهذا النهج الذي يسمى بالنهج التقليدي (الذي يساوي المعاملة العادلة والمنصفة بمعيار الحد الأدنى الدولي) تتمسك به باستمرار الدول المدعى عليها بانتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، فهو يحدد مجال انتهاك المعيار الأخير على انتهاك الالتزامات المنصوص عليها في القانون الدولي العرفي دون غيرها.

١ - الاتفاقيات الدولية:

ورد معيار المعاملة العادلة والمنصفة في عدة اتفاقيات دولية معظمها لا يشير إلى معيار الحد الأدنى الدولي عدا بعض الاستثناءات (اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية NAFTA والنموذج الجديد لاتفاقيات الاستثمار الموقعة من قبل أمريكا ومشروع اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية)، وكذلك يُشار

¹ Yannaca Small, Op, cit, p. 9.

إلى معيار الحد الأدنى الدولي في بنود عدد من اتفاقيات الاستثمار الثنائية خاصة تلك الموقعة من قبل فرنسا، واليابان، والمملكة المتحدة، والولايات المتحدة، ونموذج اتفاقيات الاستثمار الموقعة بين كندا والولايات المتحدة الأمريكية¹، فنحو ١٢% من اتفاقيات الاستثمار أشارت إلى القانون الدولي في بنود المعاملة العادلة والمنصفة ونصفها تقريباً يعين القانون الدولي كأساس، مما يعني أن المعاملة العادلة والمنصفة قد تتطلب أكثر ولكن ليس أقل من ما يتطلبه القانون الدولي، و ٨٨% لم تشر إلى القانون الدولي في بنود معيار المعاملة العادلة والمنصفة².

ومن الاتفاقيات الدولية المهمة التي أشارت إلى القانون الدولي في بند المعاملة العادلة والمنصفة اتفاقية NAFTA إذ تنص المادة ١١٠٥/١ من هذه الاتفاقية بعنوان "المعيار الأدنى للمعاملة" أن: "على كل الأطراف منح استثمارات مستثمري الطرف الآخر معاملة مطابقة للقانون الدولي بما فيها المعاملة العادلة والمنصفة وتوفير الحماية والأمن الكاملين"³، بيد أن صياغة هذه المادة لم تكن

¹ Ibid, p. 10.

² Jack Coe, "Fair and Equitable Treatment Under Nafta's Investment Chapter", ASIL 9, Proceedings of the 96 Annual Meeting, 2002, p. 74.

مرجع ورد ذكره في:

Marcela Klein Bronfman, Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 10, 2006, p. 665.

³ "1 Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security....." Article 1105 of North American Free Trade Agreement, available on:

واضحة بما فيه الكفاية لتحديد نطاق معيار المعاملة العادلة والمنصفة، ومن أجل توضيح غموض هذه المادة أصدرت لجنة التجارة الحرة FIC التابعة لـ NAFTA مذكرة تفسيرية بتاريخ ٣١/تموز/٢٠٠١ مفادها أنه بموجب المادة ١/١١٠٥ معيار الحد الأدنى العرفي لمعاملة الأجانب هو المعيار الأدنى للمعاملة التي ستمنح لاستثمارات مستثمري الأطراف المتعاقدة؛ ومصطلحا المعاملة العادلة والمنصفة، والحماية والأمن الكاملين لا يتطلبان معاملة تضاف إلى تلك التي يقضيها معيار الحد الأدنى الدولي لمعاملة الأجانب أو تتجاوزها؛ وتقرير أن هناك انتهاكاً لحكم آخر من اتفاقية NAFTA أو من اتفاق دولي منفصل، لا يثبت أن هناك انتهاكاً للمادة ١/١١٠٥.

إلا أن هذا التفسير لم يسلم من الانتقادات وخاصة من جانب المستثمرين. ففي قضية MONDEV على سبيل المثال، ذهب المدعي إلى حد اتهام الولايات المتحدة الأمريكية (المدعى عليه في هذه القضية) بتغيير معنى بند NAFTA في منتصف القضية؛ ذلك البند الذي يؤدي دوراً رئيساً فيها، وأن لجنة التجارة الحرة FTC لم تصدر مجرد تفسير للمادة ١/١١٠٥ كما أكد أطراف اتفاقية NAFTA، بل كان تعديلاً حقيقياً لتلك المادة^١، وكذلك رأى بعض الفقه أن تفسير اللجنة فيه عدم امتثال واضح للمادة ٣١ من اتفاقية فيينا، وهو تفسير ناقص لا يوضح محتوى معيار المعاملة العادلة والمنصفة ويدور في دائرة

<http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-111.asp>

¹ "It maintained that the Respondent saw fit to change the meaning of a NAFTA provision in the middle of the award in which that provision plays a major part...It contended that the FTC's decision was "more a matter of amendment" to the text of NAFTA than an interpretation of it", Mondev International award, Op, cit, Para. 102.

مغلقة^١، ومع ذلك يبقى التفسير ملزماً لهيئات التحكيم التي تنتظر في القضايا المرفوعة أمامها بموجب الفصل الحادي عشر من اتفاقية NAFTA وذلك بموجب المادة ١١٣١/٢ من الاتفاقية نفسها^٢.

وقد جاء في الملاحظات والتعليقات على المادة الأولى من مشروع اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية الصادر في تشرين الأول عام ١٩٦٧ المتعلق بحماية الأموال الأجنبية أن: "عبارة [المعاملة العادلة والمنصفة] المتعارف عليها في اتفاقيات الاستثمار تشير إلى المقياس الذي يتطلبه القانون الدولي لمعاملة ممتلكات الأجانب من قبل كل دولة، ويتطلب المقياس أن تكون الحماية الممنوحة بموجب الاتفاقية هي ذاتها الحماية الممنوحة عموماً من الطرف المعني لمواطنيه الأصليين، إلا أنه يمكن أن يتطلب المزيد من التشدد، وذلك عندما تكون القواعد الوطنية أو الممارسات الإدارية أقل من متطلبات القانون الدولي، فلا بد أن يتوافق عملياً مع [مقياس الحد الأدنى] الذي يشكل جزءاً من القانون الدولي العرفي"^٣، ومع أن باب التوقيع على هذا المشروع لم

¹ Ignacio Pinto-Leon, "Fair and Equitable Treatment Under International Law: Analyzing the Interpretation of the NAFTA Article 1105.1 by NAFTA Chapter 11 Tribunals," in Currents International Trade Law Journal, 2006, p. 9.

² "2 An interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section". Article 1131 of North American Free Trade Agreement. available on: <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-112.asp>

³ "Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention", OECD, Paris,

يُفتح، لكنه مثل الرأي الجماعي والاتجاه السائد لدول منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في قضايا الاستثمار.

وكذلك يعد النموذج الجديد لاتفاقيات الاستثمار الأمريكية ٢٠٠٤ المعاملة العادلة والمنصفة جزءاً من معيار الحد الأدنى الدولي في الفقرة الثانية من المادة الخامسة (المذكورة سابقاً) فقد نصت على ما يأتي ٢- لتأكيد الفقرة السابقة، يعدُّ معيار الحد الأدنى الدولي العرفي لمعاملة الأجانب هو المعيار الأدنى للمعاملة الذي سيمنح للاستثمارات المشمولة؛ ومصطلحات المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والأمن الكاملين لا تتطلب معاملة تضاف إلى تلك التي يقتضيها ذلك المعيار، ولا تُنشئ حقوقاً إضافية أساسية". وبمقارنة هذه المادة بالمادة ١/١١٠٥ من اتفاقية NAFTA نلاحظ أن التأكيد هنا أكثر تشديداً بأن المعاملة العادلة والمنصفة ليست سوى جزء من معيار الحد الأدنى الدولي، والدليل على ذلك تأكيد هذه المادة بأن معيار المعاملة العادلة والمنصفة لا يمنح أي حقوق إضافية أساسية.

أمّا بالنسبة إلى الفقه فقد أشار ROBISON إلى أنه ينبغي النظر إلى معيار المعاملة العادلة والمنصفة على أنه يشير إلى معيار الحد الأدنى الدولي، فعَدَّ في رأي أدلى به خلال المفاوضات المتعلقة بالمادة ٤٨ من مشروع مدونة قواعد السلوك الوطنية المتحدة لشؤون الشركات عبر الوطنية، ومجموعة

Organization for Economic Cooperation and Development, 1967, pp. 13-15. available on:
<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>

ال٧٧، أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يعادل معيار الحد الأدنى الدولي بتأييد من الدول المتقدمة^١.

٢- الممارسات العملية:

في بعض القضايا التي نظرت في ادعاءات انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، عدت هيئات التحكيم هذا المعيار جزءاً من معيار الحد الأدنى الدولي العرفي.

ففي قضية ADF CROUP ضد الولايات المتحدة الأمريكية، وهي شركة كندية منتجة للفولاذ، ادعت بعدة ادعاءات أمام ICSID من بينها انتهاك المادة ١/١١٠٥ من اتفاقية NAFTA وطالبت بتعويض الأضرار الناتجة عن التشريعات الاتحادية واللوائح التنفيذية التي منعت استخدام الفولاذ في مشاريع الطرق العامة عدا الفولاذ المنتج محلياً، اعترفت الهيئة في قرارها النهائي (في كانون الثاني ٢٠٠٣) بالطبيعة الإلزامية لتفسير لجنة FTC ولم توافق المدعي بأن معيار المعاملة العادلة والمنصفة هو معيار مستقل^٢، واستنتجت: "نحن (هيئة التحكيم) غير مقتنعين أن المستثمر قد أثبت وجود متطلب عام ومستقل بمنح المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والأمن الكاملين للاستثمارات الأجنبية، فلا ممارسات الدول ولا السوابق القضائية والتحكيمية توفر الأدلة المقنعة التي

¹ Robinson, "Guidelines for the Organization of Eastern Caribbean States in Negotiating Bilateral Investment Treaties" (undated).also Robinson, "The Question of a reference to International Law in the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations", UNCTC Current Studies, Series A, Number I,1986, p. 2.

² ADF Group Inc. award, Op, cit.

تثبت موقف المستثمر أو تدحضه"^١، ومن ثمَّ قررت الهيئة بأنها: "لم تجد الإجراءات الأمريكية متناقضة مع المادة ١١٠٥/١، وذلك بموجب تفسير لجنة FTC في ٣١/ تموز/ ٢٠٠١ الملزم للهيئة"^٢.

في قضية united parcel service of American ضد كندا، التي رفعت بموجب اتفاقية NAFTA بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا^٣. اعترفت هيئة التحكيم بالطبيعة الإلزامية لتفسير لجنة FTC للمادة ١١٠٥، واستنتجت: "نحن نوافق على استنتاجها (استنتاج لجنة FTC) بأن الالتزام بمنح المعاملة العادلة

¹"We are not convinced that the Investor has shown the existence, in current customary international law, of a general and autonomous requirement to accord fair and equitable treatment and full protection and security to foreign investments. The Investor for instance, extant. It may be that,... neither concordant state practice nor judicial or arbitral award law provides convincing substantiation (or, for that matter refutation) of the Investor's position". Ibid, Para. 183.

² "The Tribunal does not find that the U.S. measures in question are inconsistent with the requirements of NAFTA Article 1105(1) as construed in the FTC Interpretation of 31 July 2001, which Interpretation (6) is binding upon the Tribunal", Ibid, Para. 199.

³ تتلخص تفاصيل النزاع بحصول الشركة الأمريكية United Parcel على عقد امتياز لتوفير بعض الخدمات الإلكترونية والقيام بخدمة توصيل الطرود البريدية في كندا، لكن شركة Canada Post Corporation العامة (التي كانت تعمل في نفس المجال) بدأت بمنافستها بشكل غير مشروع وتشويه سمعة شركة United، مما أدى إلى احتكارها تلك الخدمات، والتسبب بخسائر فادحة للشركة الأمريكية؛ لذلك قدمت الأخيرة ادعاء بموجب قواعد التحكيم UNCITRA ضد حكومة كندا ادعت أنها انتهكت التزاماتها بموجب اتفاقية NAFTA، بما في ذلك فصل الاستثمار والمادة ١١٠٥.

والمنصفة ليس مضافاً أو متجاوزاً معيار الحد الأدنى الدولي، وذلك لعدة أسباب أولها أنه التزام يُتَضَمَّنُ داخل معيار الحد الأدنى....^١.

وفي قضية LEOWEN، قررت هيئة التحكيم أن: "تأثير تفسير اللجنة هو أن المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والأمن الكاملين ليست التزامات قائمة بذاتها، إنها تشكل التزامات لدرجة أن يُعْتَرَفَ بها بموجب القانون الدولي العرفي، وخرق المادة ١١٠٥/١ لا يثبت خرقاً لبند آخر في اتفاقية NAFTA إلى حدٍ ما، ومع ذلك، هيئات التحكيم أخذت بوجهات نظر مختلفة بموجب اتفاقية NAFTA، مما يستدعي تجاهلها"^٢.

1 "we agree in any event with its conclusion that the obligation to accord fair and equitable treatment is not in addition to or beyond the minimum standard. Our reasons in brief are, first, that that reading accords with the ordinary meaning of article 1105, That obligation is "included", within the minimum standard.....", United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA), Award on Jurisdiction, 22 November 2002, Para. 97. available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0884.pdf>.

2 "The effect of the Commission's interpretation is that 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' are not free-standing obligations. They constitute obligations only to the extent that they are recognized by customary international law. Likewise, a breach of Article 1105(1) is not established by a breach of another provision of NAFTA. To the extent, if at all, that NAFTA Tribunals in Metalclad, S.D Myers and Pope & Talbot, may have expressed contrary views, those views must be disregarded", Loewen Group award, Op. cit., Para. 128.

وفي قضية CMS ضد الأرجنتين، وهي شركة غاز أمريكية رفعت دعوى أمام ICSID مدعية إخلال الأرجنتين بالتزامها بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين عام ١٩٩٤، عند قيام الأرجنتين بخصخصة صناعتها للغاز واستصدار القوانين واللوائح التي تنص على أن تُحسب تعريفات الغاز بالدولار الأمريكي، وتُعدّل مرتين في السنة على أساس مؤشر أسعار المنتجين في الولايات المتحدة US PPT، إلا أنه في عام ٢٠٠٢ أصدرت الأرجنتين قانون الطوارئ الذي أنهى ربط قيمة البيزو بالدولار الأمريكي، لذلك ادعت شركة CMS أن سن قوانين الطوارئ واستمرار انخفاض الرسوم الجمركية قد أدى إلى خسارة ٩٢% من قيمة استثماراتها؛ وبذلك تكون الأرجنتين قد انتهكت معيار المعاملة العادلة والمنصفة بموجب المادة الثانية (أ) من اتفاقية الاستثمار^١، ترددت هيئة التحكيم في استنتاج العلاقة بين معيار المعاملة العادلة والمنصفة ومعيار الحد الأدنى الدولي، ولم ترَ أهمية لتلك العلاقة في هذه القضية، بيد أنها أكدت أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة جزء من معيار الحد الأدنى الدولي. فاستنتجت أنه: "مع أن متطلب معيار المعاهدة (أي معيار المعاملة العادلة والمنصفة) ومساواته بمعيار الحد الأدنى الدولي ربما ذا صلة ضمن سياق بعض النزاعات، لكنها غير مقنعة بأنه ذو علاقة في هذه القضية، فمعيار المعاملة العادلة والمنصفة وعلاقته بالاستقرار

¹ CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Award No. ARB/01/8 Award of May 12, 2005. available on: http://www.italaw.com/documents/CMS_FinalAward.pdf.

والقدرة على التنبؤ المؤسس على الالتزامات القانونية والتعاقدية، لا يختلف كثيراً عن معيار الحد الأدنى الدولي العرفي".¹

وفي قضية Alex Genin طالب المدعي بتعويض الخسائر التي لحقت استثماره في بنك استونيا أمام هيئة التحكيم بسبب انتهاك الدولة لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة الأمريكية واستونيا الموقعة عام ١٩٩٤^٢، رفضت الهيئة الادعاء، واستنتجت أنه: "من المفهوم عموماً أن هذا الشرط يوفر الأساس والمعيار العام المنفصل عن القانون المحلي للدولة المضيفة وإن كان المضمون الدقيق للمعيار ليس واضحاً، لكنه بالفعل معيار الحد الأدنى"³.

¹ "While the choice between requiring a higher treaty standard and that of equating it with the international minimum standard might have relevance in the context of some disputes, the Tribunal is not persuaded that it is relevant in this award. In fact, the Treaty standard of fair and equitable treatment and its connection with the required stability and predictability of the business environment, founded on solemn legal and contractual commitments, is not different from the international law minimum standard and its evolution under customary law". Ibid, Para. 284.

² Alex Genin award, Op, cit.

³ "Under international law, this requirement is generally understood to 'provide a basic and general standard which is detached from the host State's domestic law'. While the exact content of the standard is not clear, the Tribunal understands it to require an 'international minimum standard that is separate from domestic law, but that is, indeed, a minimum standard' .Ibid, Para. 367.

ويبدو أن هذا النهج الذي يعدُّ معيار المعاملة العادلة والمنصفة جزء من معيار الحد الأدنى الدولي يطبق في القضايا التي رفعت بموجب الفصل الحادي عشر (المتعلق بالاستثمار) من اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية NAFTA؛ وذلك تجاوباً مع تفسير لجنة التجارة الحرة FTC للمادة ١١٠٥/١ الذي جاء ليمنع التوسع في معنى معيار المعاملة العادلة والمنصفة في القضايا التي ترفع بموجب تلك الاتفاقية، لذلك يكون مستوى المعاملة العادلة والمنصفة ضيقاً في هذا النهج.

ويلاحظ أن تطبيق هذا النهج قد يثير بعض الصعوبات منها:

١- معيار الحد الأدنى الدولي هو بذاته قضية خلاف بين البلدان النامية والبلدان المتقدمة منذ مدة طويلة، ومن المستحيل تحديد محتويات معيار الحد الأدنى الدولي جميعها، لذلك من غير المحتمل أن تتقبل غالبية الدول فكرة مساواة معيار المعاملة العادلة والمنصفة بمعيار الحد الأدنى الدولي دون أن تنص على ذلك صراحةً في الاتفاقية ذات الصلة^١.

٢ - هذا النهج لم يلقَ قبولاً عاماً من الدول، ففي حين أنه يحظى بدعم قوي من الدول المتقدمة، نجد أن عدداً من الدول النامية تتمسك ببعض التحفظات حول هذا الموضوع^٢.

¹ Olatokunbo Lad-Ojomo in "What the Distinction Between the Fair and Equitable Treatment Standard and the Minimum standard of treatment under customary international law", University of Dundee, 2008, p. 19.

² UNCTAD Op, cit, (1999).P. 13.

ثانياً - المعاملة العادلة والمنصفة كمعيار معاهدة مستقل بذاته:

يُقيَّم منح معيار المعاملة العادلة والمنصفة وفق هذا النهج كمعيار معاهدة مستقل بذاته، ويعتمد في تفسير معناه على المعنى العادي لمصطلحات العادل والمنصف كقاعدة عامة¹، وعلى قواعد تفسير المعاهدات ومبادئ القانون الدولي؛ وذلك عندما لا توجد أي إشارة إلى القانون الدولي في البند الذي يمنح معيار المعاملة العادلة والمنصفة²، إذ عند عدم الإشارة إلى القانون الدولي أو القانون الدولي العرفي في البند لا تفسر هيئات التحكيم معيار المعاملة العادلة والمنصفة للدلالة على معيار الحد الأدنى الدولي وهذا ما بيّنته هيئة التحكيم في قضية MTD³، (مع ملاحظة أن بعض هيئات التحكيم عدت معيار المعاملة العادلة والمنصفة معياراً مستقلاً حتى مع وجود الإشارة إلى القانون الدولي أو معيار الحد الأدنى الدولي مثل ما قرّرت هيئة التحكيم في قضية POPE&TABOLT فهي قد رفّعت بموجب اتفاقية NAFTA التي تعد معيار المعاملة العادلة والمنصفة جزءاً من معيار الحد الأدنى الدولي). ولأن هذا النهج يوسع معنى معيار المعاملة العادلة والمنصفة يتمسك به الطرف المدعي بانتهاك هذا المعيار، فذلك يمنحه فرصة كبيرة لكسب القضية.

وفيما يتعلق بممارسات التحكيم هناك عدة قضايا عدت معيار المعاملة العادلة والمنصفة معياراً مستقلاً، أغلب تلك القضايا هي التي ترفع إلى هيئات التحكيم بموجب اتفاقيات الاستثمار الثنائية كما سنرى.

¹ Marcela Op, cit, p. 64.

² Ojomo, Op, cit, p.19.

³ "The Tribunal further notes that there is no reference to customary international law in the BIT in relation to fair and equitable treatment", MTD Equity award, Op, cit, Para. 111.

ففي قضية TECMED ضد المكسيك، ذكرت هيئة التحكيم أن: "نطاق المعاملة العادلة والمنصفة بموجب المادة ١/٤ من الاتفاقية هو ذلك الناتج عن تفسير مستقل ذاتياً، مع الأخذ بالحسبان نص المادة ١/٤ وفقاً لمعناه العادي بحسب المادة ١/٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، أو من القانون الدولي ومبدأ حسن النية"^١.

وفي قضية SALUKA عند الادعاء بأن جمهورية التشيك انتهكت بند المعاملة العادلة والمنصفة الوارد في المادة ٣/١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين هولندا والتشيك^٢، كان على الهيئة أن تقرر: هل معيار المعاملة العادلة والمنصفة هو معيار معاهدة مستقل بذاته كما يزعم المدعي؟ أم هو جزء من معيار الحد الأدنى الدولي كما يزعم المدعى عليه؟ رأت هيئة التحكيم أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة معيار مستقل بذاته، إذ استنتجت أنه: "يمكن عدُّ الهدف الحقيقي من عدم وجود إشارة إلى المعيار الدولي في الاتفاقية، دليلاً واضحاً على وصف مستقل لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة"^٣.

¹ "the scope of the undertaking of fair and equitable treatment under Article 4 (1) of the Agreement... is that resulting from an autonomous interpretation, taking into account the text of Article 4(1) of the Agreement according to its ordinary meaning (Article 31(1) of the Vienna Convention), or from international law and the good faith principle", Tecnicas Medioambientales Tecmed award, Op, cit, Para. 155.

² Saluka Investments BV award, Op, cit.

³ "may even be regarded as the very purpose of the lack of a reference to an international standard in the Treaty, This clearly points to the autonomous character of a "fair and equitable treatment" standard such as the one laid down in Article 3.1 of the Treaty", Ibid. Para. 294.

وفي قضية AZURIX ضد الأرجنتين، قدمت الشركة الأمريكية AZURIX التي كانت تقوم بمعالجة مياه الشرب وتوزيعها والتخلص من مياه الصرف الصحي في المحافظة الأرجنتينية طلب ادعاء ضد الأرجنتين إلى ICSID بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين التي وقعت عام ١٩٩١، ادعت فيها أن الأرجنتين قد انتهكت المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والأمن الكاملين، والمعاملة المطلوبة بموجب القانون الدولي (المادة الثانية/٢ أ) من الاتفاقية؛ ولأن معيار المعاملة العادلة والمنصفة لم يُعرف في اتفاقية الاستثمار الثنائية، كان يجب على هيئة التحكيم أن تحدد: هل هذا المعيار هو جزء من معيار الحد الأدنى الدولي أم هو معيار مستقل؟^١، استنتجت الهيئة أنه: "بالتمتع في المادة الثانية/٢ أ من اتفاقية الاستثمار الثنائية التي تنص على أنه يجب أن تمنح الاستثمارات في الأوقات جميعها معاملة عادلة ومنصفة وأن تتمتع بالحماية والأمن الكاملين بما لا يقل عما هو مطلوب في القانون الدولي، يلاحظ أن هذه المادة تشمل ثلاثة التزامات متسلسلة،....يضمن الالتزام الأخير أن المعاملة الممنوحة للاستثمار لا يجوز أن تكون أقل مما يتطلب القانون الدولي مما يسمح بالاستنتاج: أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة والحماية الأمن الكاملين يتطلبان معاملة أعلى مما هو مطلوب بالقانون الدولي، ومن ثمَّ يكون غرض الالتزام الأخير هو بيان الحد الأدنى للمعاملة وليس الحد الأعلى لها، وترى هيئة التحكيم أن محتوى المعيار متشابه كثيراً سواء فُسِّرَ وفق معناه العادي (أي كمعيار مستقل) كما هو مطلوب باتفاقية فيينا أو بموجب القانون الدولي العرفي"^٢.

¹ Azurix Corp award, Op, cit, Para. 9.

² "Turning now to Article II.2(a), this paragraph provides: "Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full

وفي قضية POPE&TABOLT، أُعْطِيَ تفسير واسع من قبل هيئة التحكيم للمادة ١/١٠٥ استنتجَ منه أنها عدتْ معيار المعاملة العادلة والمنصفة معياراً مستقلاً بذاته إذ ذكرت: "تُعترف الولايات المتحدة الأمريكية أن هناك استنتاجاً من قبل الفقه بأن عناصر الإنصاف في اتفاقيات الاستثمار الثنائية متميزة عن معايير القانون الدولي العرفي، وهيئة التحكيم ترى ذلك صحيحاً"^١. يبدو أن هيئة التحكيم في هذه القضية عندما لم تجد أي أساس يلزمها بنهج معين،

protection and security and shall in no award be accorded treatment less than required by international law. The paragraph consists of three full statements, each listing in sequence a standard of treatment to be accorded to investments....The last sentence ensures that, whichever content is attributed to the other two standards, the treatment accorded to investment will be no less than required by international law. The clause, as drafted, permits to interpret fair and equitable treatment and full protection and security as higher standards than required by international law. The purpose of the third sentence is to set a floor, not a ceiling, While this conclusion results from the textual analysis of this provision, the Tribunal does not consider that it is of material significance for its application of the standard of fair and equitable treatment to the facts of the award. As it will be explained below, the minimum requirement to satisfy this standard has evolved and the Tribunal considers that its content is substantially similar whether the terms are interpreted in their ordinary meaning, as required by the Vienna Convention accordance with customary international law". Ibid, Para 361.

¹ "The United States acknowledge- that "a few scholars" have concluded that the fairness elements in the BITs are distinct from customary international law standards, The Tribunal considers that those scholars and other authorities are correct", POPE award, op, cit, Para. 113.

فضَّلتَ عَدَّ معيار المعاملة العادلة والمنصفة معياراً مستقلاً على الرغم من أن هذه القضية رُفعت بموجب اتفاقية NAFTA التي تذكر معيار الحد الأدنى الدولي صراحة، وتجدر الإشارة إلى أن هذا القرار كان قبل صدور مذكرة التفسير من قبل لجنة التجارة الحرة.

ولم يقتصر عَدَّ معيار المعاملة العادلة والمنصفة معياراً مستقلاً بذاته في اجتهادات هيئات التحكيم، بل حتى بعض الفقه عَدَّهُ كذلك، الاستاذ MANN كان من أوائل الكتاب الذين أشاروا إلى استقلالية معيار المعاملة العادلة والمنصفة، وفي رأيه: "منح الدول المضيضة معيار معاملة عادلة ومنصفة والحماية والأمن الكاملين للاستثمارات يشكل التزاماً مهماً، وهذا الالتزام هو أوسع من التزام عدم التمييز، بل يشمل أيضاً التزامات أخرى"، ويستمر MANN بالقول إنه: "من المضلل مساواة معيار المعاملة العادلة والمنصفة بمعيار الحد الأدنى؛ لأن المعاملة العادلة والمنصفة تتطلب سلوكاً يتجاوز الحد الأدنى ويتطلب حماية واسعة وفقاً لقاعدة أكثر موضوعية، فلن تهتم المحكمة بحد أدنى أو أقصى أو متوسط، بل لابدَّ لها أن تقرر في الظروف جميعها: هل كان سلوك الدولة عادلاً أم منصفاً أم لا؟"¹.

إلا أنه خفف من حدة اللغة التي أكد بها استقلالية المعاملة العادلة والمنصفة في مقالة أخرى، ببيانه أن تكرار الاتفاقيات بين الدول مع اختلاف في الصياغة قليلاً، هو واجب مفروض بموجب القانون الدولي العرفي، والتزام الدولة المضيضة بمنح معيار المعاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات الدولة الأخرى لا

¹ Frederick Alexander. Mann, "British Treaties for the Formation and Protection of Investment", British Yearbook of International Law 24, 244, 1981, p. 98.

يعدو أن يكون تأكيداً لالتزامها بالتصرف بحسن نية، أو بالامتناع عن الإساءة أو التعسف^١.

ورأى Marcela أنه في مجال اتفاقيات الاستثمار، ليس من الضروري حتى تُطوّر سياسة الاستثمار في معظم الدول، أن تساوي تلك الاتفاقيات معيار المعاملة العادلة والمنصفة بمعيار الحد الأدنى الدولي غير المنصوص عليه صراحةً؛ لأنه بذلك تكون الدول الأطراف أسهمت بتخفيض مستوى المعاملة الواجب منحها من قبل الدولة المضيفة^٢.

وكذلك بيّنت الدراسة الأولى التي نشرها مؤتمر التجارة والتنمية UNCTAD، أن هذا المعيار مستقل بذاته إذ ذكرت الدراسة:

"إذا اعتقدت الدول والمستثمرين بأن المعيار "العادل والمنصف" قابل للاستبدال كلياً بمعيار الحد الأدنى الدولي، فيمكن أن يشيروا إلى ذلك بوضوح في صكوك الاستثمار، ولكن معظم تلك الصكوك لا تخلق صلة واضحة بين هذين المعيارين، ولذلك لا يمكن القول بسهولة إن معظم الدول والمستثمرين يقبلون ضمناً بأن معيار المعاملة العادلة والمنصفة هو ذاته معيار الحد الأدنى الدولي"^٣.

¹ Frederick Alexander, Mann, "The Legal Aspects of Money: with special reference to comparative private and public international law, New York: Oxford University Press, Edition 4th ed, 1982, p. 510.

² Marcela. Op, cit, p. 666.

³ UNCTAD, (1999) Op, cit, p.13.

وتتابع الدراسة بأن: "معيار الحد الأدنى ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة ليسا بمفهومين مترادفين، بل يمكن لهما التزامن والتوازي في مسائل تتعلق مثلاً بالمعاملة التحكيمية، والتمييز، والمعاملة غير المعقولة، ولكن هذا لا يعني بصفة آلية تداخل المفاهيم أو تشابكها".¹

وإذا كان هذا النهج الذي يعدُّ معيار المعاملة العادلة والمنصفة معياراً مستقلاً لا يتطلب مستوىً عالياً من الانتهاك بعكس النهج التقليدي الذي يتطلب خرقاً جدياً لحقوق المستثمر الأجنبي حتى تقرر هيئات التحكيم وجود انتهاك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة،² إلا أنه لم يسلم من الانتقادات، فاعتماده على معنى مصطلحات العادل والمنصف يفتح الباب للتقديرات الشخصية للمحكمين لتفسيره وتحديد نطاقه.

وتشير الإحصائيات إلى أنَّ من الصعب على المدعي إثبات انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة بموجب اتفاقية NAFTA التي تعدُّ معيار المعاملة العادلة والمنصفة جزءاً من معيار الحد الأدنى الدولي. فكانت نسبة النجاح في القضايا التي رفعت بموجب هذه الاتفاقية أقل بكثير من القضايا الأخرى التي رفعت بموجب اتفاقيات الاستثمار الثنائية وعدَّت المعيار مستقلاً بذاته، إذ بحلول شهر تشرين الأول ٢٠١٠ بلغ عدد الدعاوى بانتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة أمام هيئات التحكيم نحو ٨٤ دعوى، وهو العدد الإجمالي، قبل منها ٤٥ ورفض ٣٩، ١٨ دعوى منها رفعت بموجب اتفاقية NAFTA إذ

¹ Ibid, p. 40.

² Marcela, Op, cit, p. 675.

قبل منها ٤ فقط، و ٦٦ دعوى رفعت بموجب اتفاقيات الاستثمار الثنائية، قبل منها ٤١ دعوى^١.

ويبدو أن النهج الذي يعدُّ معيار المعاملة العادلة والمنصفة معياراً مستقلاً هو الذي بدأ يظهر أكثر؛ والسبب هو اتجاه هيئات التحكيم إلى تحديد محتوى هذا المعيار أي تحديد عناصر معيار المعاملة العادلة والمنصفة (التي ذُكرت أعلاه) استناداً إلى تفسير المعاهدات وتطبيقات المعيار في القضايا المختلفة. إذ يمكن القول: إن أهمية العلاقة بين معيار الحد الأدنى الدولي ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة بدأت تتضاءل تدريجياً؛ لأن المعيار الجديد بدأ يظهر.

نستج مما سبق، أن الوضع الحالي للعلاقة بين معيار المعاملة العادلة والمنصفة ومعيار الحد الأدنى الدولي منقسم، فلا يوجد اتفاق فيما إذا كان هذا المعيار جزءاً من معيار الحد الأدنى للقانون الدولي العرفي أو هو معيار مستقل بذاته سواء بين الفقه أو بين هيئات التحكيم؟ وإن كانت اللجنة التابعة لاتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية NAFTA، وضعت أساساً بتفسيرها للمادة ١١٠٥ تلتزم به هيئات التحكيم وتمنعها من التوسع في نطاق معيار المعاملة العادلة والمنصفة في القضايا التي ترفع بموجب الاتفاقية، تبقى قرارات هيئات التحكيم في القضايا التي تُرفع بموجب اتفاقيات الاستثمار الثنائية غير موحدة، والأساس الذي تبني عليه هذه القرارات غير واضح، مما يستنتج منه أن هيئات التحكيم تعتمد على ظروف كل قضية لتحديد العلاقة بين المعيارين، بيد أن عدم وجود أي إشارة إلى القانون الدولي في ذلك البند، يمكن الاستنتاج منه أن نية

¹ UNCTAD, (2012), Op, cit, p. 61.

الأطراف تتجه إلى عدّ معيار المعاملة العادلة والمنصفة معياراً مستقلاً بذاته، والعكس ليس صحيحاً دوماً.

المطلب الثاني

العلاقة بين المعاملة العادلة والمنصفة ومبدأ عدم التمييز ومعيار الحماية والأمن الكاملين

يتمثل مبدأ عدم التمييز في مجال الاستثمارات في بند المعاملة الوطنية وبند معاملة الدولة الأولى بالرعاية. وينص على هذين البندين في اتفاقيات الاستثمار بشكل منفصل عن بند المعاملة العادلة والمنصفة، أمّا معيار الحماية والأمن الكاملين فيتجاوز معيار المعاملة العادلة والمنصفة في البند ذاته.

أولاً: علاقة المعاملة العادلة والمنصفة بمبدأ عدم التمييز:

مبدأ عدم التمييز قد ينص عليه في اتفاقيات الاستثمار كمعيارٍ مستقل¹؛ ولأنّ معيار المعاملة العادلة والمنصفة يشمل حالات عدم التمييز، فإن انتهاك هذا الأخير يؤدي إلى انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة؛ لأن المعاملة التمييزية لا يمكن أن تكون عادلة ومنصفة، وبالمقابل، عدم وجود خرق لالتزام عدم التمييز لا يعني بالضرورة عدم وجود انتهاك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة².

ووجود بند عدم التمييز وبند المعاملة العادلة والمنصفة في اتفاقية الاستثمار ذاتها قد يؤدي أحياناً إلى تداخل بينهما؛ لذلك تجري الدعوة لمعالجة ذلك

¹ BIT Between Austria/Chile, 1977, Article 2.

² Tudor, Op, cit, p.182.

التدخل من خلال الدعوة للتخلي عن بنود عدم التمييز المنفصلة والاعتماد بدلاً منها على بنود معيار المعاملة العادلة والمنصفة^١.

١- العلاقة بين الدولة الأولى بالرعاية:

مبدأ الدولة الأولى بالرعاية من مبادئ القانون التجاري الدولي، وأخذت به اتفاقية GAAT 47 ومن بعدها الاتفاقية المنشئة لمنظمة التجارة العالمية.

ويعرف شرط الدولة الأولى بالرعاية بأنه: اتفاق أو بند يُدرج في اتفاق بين الطرفين (دولتين)، يعطى أحدهما ويسمى المانح للآخر ويسمى المستفيد وضع الدولة الأولى بالرعاية من أي طرف ثالث، فإذا أعطى المانح أي ميزة لطرف ثالث، فإن هذه الميزة تسري تلقائياً حيال المستفيد، لأنه أولى بالرعاية من أي طرف ثالث، أي الميزات جميعها التي مُنحت لأي طرف متعاقد ثالث في الماضي، أو سوف تُمنح له في المستقبل، يجب أن تُمنح للمستفيد لأنه أولى بالرعاية^٢.

ويضمن شرط الدولة الأولى بالرعاية في اتفاقيات الاستثمار الدولية المساواة في الظروف التنافسية بين المستثمرين الأجانب الذين يسعون لإقامة استثماراتهم في الدولة المضيفة، فهم يسعون من خلال هذا البند إلى منع أي تمييز ضدهم، ويشمل هذا التمييز الحالات التي يتلقى المستثمرون الأجانب من دول أخرى معاملة أكثر تفضيلاً، ومن ثمَّ يحقق بند الدولة الأولى بالرعاية تكافؤ الفرص بين المستثمرين من مختلف الجنسيات ويمنع التمييز على أساس الجنسية، وهو

^١ Sattorova, Op, cit, p. 257.

^٢ د. ياسر الحويش، القانون الدولي الاقتصادي- المنظمات الدولية الاقتصادية، تسوية النزاعات الدولية الاقتصادية، الجزء الثاني، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٨، ص ١٨٨.

بذلك يحقق الغرض من اتفاقية الاستثمار، فهذه الأخيرة تسعى لجذب المستثمرين عن طريق توفير الحماية لهم، وحتى يحكم بانتهاك هذا الشرط لابداً من مقارنة موضوعية بين المعاملة الممنوحة من قبل الدولة المضيفة لمستثمري الدولة الموقعة لاتفاقية الاستثمار ومستثمري الدولة الثالثة التي وقعت اتفاقيات مع الدولة المضيفة^١.

وبالنسبة إلى العلاقة بين شرط الدولة الأولى بالرعاية ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة توجد علاقة وثيقة بينهما في بعض الحالات مع عدم وجود سبب واضح يبرر هذه العلاقة، وأول ما يمثل هذه العلاقة: وجود صياغة لبند المعاملة العادلة والمنصفة يحدد فيها الأطراف الحد الأدنى لهذا المعيار بالاعتماد على بند الدولة الأولى بالرعاية^٢؛ ثانياً: يجوز الاعتماد (أحياناً) على شرط الدولة الأولى بالرعاية من أجل المطالبة بالمعاملة العادلة والمنصفة حتى عندما لا تتضمن اتفاقية الاستثمار البند المتعلق بهذه المعاملة، ولكنها تحتوي البند المتعلق بشرط الدولة الأولى بالرعاية، إذ يسمح هذا الشرط الأخير للمستثمرين أحياناً بالاستفادة من المعاملة العادلة والمنصفة الممنوحة لمستثمرين آخرين، لأنهم أولى بالرعاية بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية، مادامت الدولة المضيفة قد وقعت اتفاقيات استثمار مع دول أخرى تحتوي على معيار المعاملة العادلة والمنصفة^٣. وقد اعتمدَ هذا النهج في قضية Bayindir ضد باكستان التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين تركيا

¹ UNCTAD, Most Favored Nation Clause, 2010, pp. 13–14. Available on:

http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf

^٢ راجع المطلب الثاني من المبحث الأول: أشكال صياغة معيار المعاملة العادلة والمنصفة، الصفحة ٣٢.

³ Tudor, Op, cit, p.190.

وباكستان^١، ادعى المدعي بانتهاك الدولة المضيفة معيار المعاملة العادلة والمنصفة وجادل بأنه حتى في حالة عدم النص على هذا المعيار في اتفاقية الاستثمار ذات الصلة، يمكن استنباطه من بند الدولة الأولى بالرعاية^٢، وقد قبلت هيئة التحكيم هذه الحجة من المدعي، واستنتجت أن باكستان: "لم تجادل لا في ردها ولا في الجلسة السماعية تأكيد Bayindir بأن اتفاقيات الاستثمار التي وقعتها باكستان مع كل من فرنسا، وهولندا، والصين، والمملكة المتحدة وسويسرا تحتوي على نص صريح لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، وعلى ضوء ذلك ترى هيئة التحكيم أنه يجب على الدولة المضيفة (باكستان) أن تعامل المستثمرين الأتراك معاملة عادلة ومنصفة"^٣.

^١ تتلخص تفاصيل النزاع بتوقيع شركة Bayindir (إحدى الشركات الكبرى التي تشارك ببناء مشاريع البنى التحتية وتشديد الطرقات داخل تركيا وخارجها) عقداً مع الشركة الوطنية للبناء التي تأسست في باكستان لتشييد بعض الطرقات فيها، فاتفقت هذه الأخيرة مع شركة المدعي بتنفيذ مشروع بناء طرق على مرحلتين، وعندما بدأت الشركة بالعمل ظهرت مخاوف الشركة المحلية من وتيرة عمل شركة Bayindir ونوعية المعدات التي تستخدمها، ولاسيما أنها طلبت تمديد مهلة انتهاء أول مرحلة عدة مرات بحجة تأخر الشركة المحلية بتنفيذ التزامها بعدم تسليمها الأراضي لها في الوقت المحدد، وقبل الانتهاء من أول مرحلة في المشروع، أبلغت الشركة الوطنية شركة Bayindi أنها أنهت العقد، وطلبت منها تسليم المشروع في غضون ١٤ يوماً، ثم استولت عليه بالقوة؛ لذلك تقدمت الأخيرة بادعاء أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الدولتين.

^٢ Bayindir Insaat Turizm Ticaret VeSanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan , ICSID Award No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009. available on: [http:// www.italaw.com/documents/Bayindiraward.pdf](http://www.italaw.com/documents/Bayindiraward.pdf).

^٣ "Neither in its Reply nor at the jurisdictional hearing, did Pakistan dispute Bayindir's assertion that the investment treaties which Pakistan has concluded with France, the Netherlands, China, the United Kingdom, Australia, and Switzerland contains an explicit fair and equitable treatment clause Under these circumstances and for the purposes of assessing

وفي قضية Telenor Mobile Communications A.S. ضد هنغاريا التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين هنغاريا والنرويج^١، هذه الاتفاقية تضمنت بند المعاملة العادلة والمنصفة (في المادة الثالثة من الاتفاقية) وكذلك بند شرط الدولة الأولى بالرعاية، إلا أن سلطة التحكيم كانت مقتصرة على بعض الادعاءات فقط منها نزع الملكية وشرط الدولة الأولى بالرعاية؛ لذلك طالب المدعي تمديد اختصاص التحكيم ليشمل ادعاء انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة عن طريق شرط الدولة الأولى بالرعاية، وقد وافقت هيئة التحكيم على النظر في أمكانية التمديد، لكنها ردت الموضوع لعدم الاختصاص؛ فهي رأت بأن هذا التمديد لا يتوافق مع نية الطرفين باقتصار شرط التحكيم على بعض المسائل فقط^٢.

jurisdiction, the Tribunal considers, prima facie, that Pakistan is bound to treat investments of Turkish nationals "fairly and equitably", Ibid, Paras. 231- 232.

^١ تتلخص تفاصيل النزاع في هذه القضية بدخول الشركة الهنغارية Telenor في شراكة مع إحدى الشركات المحلية لتقديم خدمات الاتصالات الخليوية، بيد أن السلطات صادرت جزءاً من الشركة، فادعت شركة Telenor أن الدولة قد انتهكت بعض بنود اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الدولتين، ومن بينها بند المعاملة العادلة والمنصفة، وطالبت بالتعويض عن هذا الانتهاك بالإضافة إلى التعويض عن خسائرها بسبب المصادرة.

^٢ "that the scope of the Tribunal's jurisdiction is limited by Article XI to claims involving expropriation and that the MFN clause embodied in Article IV cannot be invoked to extend the Tribunal's jurisdiction to claims under Article III", Telenor Mobile Communications Ah. S. v. Republic of Hungary, ICSID Award No. ARB/04/15 (Norway/Hungary BIT).Award, 13 September 2006, Para.102 (2), available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case/documents/ita0858.pdf>.

وكما تبين من المطلب السابق (العلاقة بين المعاملة العادلة والمنصفة ومعيار الحد الأدنى الدولي) أن اتفاقية NAFTA تأخذ بالنهج التقليدي الذي يُعدُّ معيار المعاملة العادلة والمنصفة جزءاً من معيار الحد الأدنى الدولي؛ ولابدَّ أن تنقيد هيئات التحكيم في القضايا المرفوعة أمامها بموجب هذه الاتفاقية بما جاء فيها، بعكس القضايا المرفوعة أمامها بموجب اتفاقيات الاستثمار الثنائية إذ تتوسع في معنى المعاملة العادلة والمنصفة، ولأنَّ الدول المنضمة إلى اتفاقية NAFTA دخلت في عدد كبير من اتفاقيات الاستثمار الثنائية مع دولٍ غير منضمةٍ إلى هذه الاتفاقية، هذا يعني أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة المنصوص عليها في اتفاقيات الاستثمار الثنائية هو أكثر ملاءمة من المعيار ذاته المنصوص عليه في المادة ١١٠٥/١ من اتفاقية NAFTA؛ ولأنَّ المادة ١١٠٣ من الاتفاقية تنص على شرط الدولة الأولى بالرعاية، فمستثمري الدول المنضمة إلى اتفاقية NAFTA يحق لهم الاستفادة من هذا البند والحصول على مستوى معيار المعاملة العادلة والمنصفة نفسه (دون أي تقيد بمعيار الحد الأدنى الدولي لمعاملة الأجانب) الممنوح لمستثمري الدولة الثالثة^١.

ففي رد المستثمر لمذكرة المدعى عليه في قضية ADF ذكر أن أي محاولة لإدخال معيار الحد الأدنى للقانون الدولي العرفي في المادة ١١٠٥ ستكون غير فعالة، بسبب وجود المادة ١١٠٣ (شرط الدولة الأولى بالرعاية) في اتفاقية NAFTA. وبحسب هذا الشرط إذا منحت الولايات المتحدة الأمريكية بموجب اتفاقية استثمار ثنائية وقعتها مع دولة أخرى غير الدول المنضمة إلى اتفاقية

¹ Patrick Dumberry, the quest to define "fair and equitable treatment" for investor under international law, vol 3, No 4, the journal of world investment, 2002, pp. 689- 690.

NAFTA، معاملة تزيد على معيار الحد الأدنى الدولي، أصبحت تلك المعاملة من حق مستثمري الاتفاقية الأخيرة لأنهم أولى بالرعاية، واستشهد باتفاقية الاستثمار الثنائية الموقعة بين الولايات المتحدة وألبانيا^١، ولكن هيئة التحكيم لم تقبل وجهة النظر هذه، فاستنتجت أن: "هيئة التحكيم لا تجد ضرورة لتقرير مسألة منح الولايات المتحدة بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بينها وبين وألبانيا معاملة أفضل للمستثمرين من تلك المعاملة الممنوحة بموجب المادة ١١٠٥/١ من اتفاقية NAFTA، ولا يحق للمستثمر الاستفادة من الادعاء بموجب المادة ١١٠٣ من الاتفاقية، فهي غير قابلة للتطبيق بموجب المادة ١١٠٨/٧(أ)؛ (لأنه بموجب هذه المادة لا يُسمح بتطبيق بند معاملة الدولة الأولى بالرعاية في مسائل مشتريات الأطراف)، لذلك رُفض الادعاء"^٢.

يبدو أن الرأي الراجح يميل إلى وجود علاقة بين معيار المعاملة العادلة والمنصفة من ناحية وشرط الدولة الأولى بالرعاية من ناحية أخرى {متمثلة

¹ ADF Group Inc. v. United States, ICSID Award No. ARB (AF)/00/1, Investor's Reply to the Counter-Memorial of the United States on Competence and Liability, 28 January, 2002, Para. 221. Available on: <http://www.state.gov/documents/organization/7920.pdf>.

² The Tribunal does not find it necessary to resolve the issue of whether the US.-Albania and the U.S.-Estonia bilateral investment treaties accord treatment more favorable than the treatment available under NAFTA Article 1105(1). The Investor is not entitled to the benefits claimed under NAFTA Article 1103, which Article is inapplicable by virtue of NAFTA Article 1108(7)(a) in award of procurement by a Party. The Investor's claim concerning Article 1103 is, accordingly, denied, ADF Award,(2003), Op,cit, Para.199/5.

بجعل شرط الدولة الأولى أحياناً حداً أدنى للمعاملة العادلة والمنصفة، وكذلك إمكانية الاستفادة من المعاملة العادلة والمنصفة (حتى ولم لم ينص عليها صراحةً في الاتفاقية المعنية) وذلك من خلال بند الدولة الأولى بالرعاية} وربما أكثر من أي معيار آخر؛ لأن شرط الدولة الأولى بالرعاية هو معيار أكثر دولية من معايير الحماية الأخرى عدا معيار المعاملة العادلة والمنصفة، وتكمن قوة العلاقة بينهما في إمكانية إيراد معيار المعاملة العادلة والمنصفة (أحياناً) في الاتفاقيات التي لا تتضمنه عن طريق بند الدولة الأولى بالرعاية^١.

٢ - العلاقة بمعيار المعاملة الوطنية:

هذا المعيار يرد كثيراً في اتفاقيات الاستثمار، وهو يمنع التمييز المعتمد على الجنسية، فهو قريب من شرط الدولة الأولى بالرعاية، وبموجبه "يعامل مواطنو الدول الأطراف المتعاقدة فيما يتعلق بما إتفقَ عليه في إقليم الطرف المتعاقد الآخر، كما لو كانوا مواطنين لهذا الطرف المتعاقد"^٢.

والأصل أن يُقرَّر هذا المبدأ في التشريع الداخلي للدولة، إلا أنه يُنص عليه أيضاً في الاتفاقيات الدولية ولاسيما الثنائية، فتحرص كثير من اتفاقيات التعاون الاقتصادي، وتلك المتعلقة بتشجيع الاستثمارات الأجنبية وحمايتها على إيراد هذا المبدأ لغرض توفير الحماية القانونية الكافية لرأس المال الأجنبي عموماً، وتشجيع الاستثمارات خصوصاً، وذلك بأن تتعهد الدولة بأن تقرر لأموال مواطني الدول المتعاقدة الأخرى واستثماراتهم الضمانات القانونية والميزات

1 Tudor, Op, cit, p.193.

٢ د. ياسر الحويش، مرجع سابق، ص ١٩٥.

الاقتصادية نفسها المقررة لأموال واستثمارات مواطنيها المنصوص عليها في تشريعاتها الداخلية^١.

ويظهر الارتباط بين معيار المعاملة الوطنية ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة في عَدَّ المعاملة الوطنية (في عددٍ من اتفاقيات الاستثمار) حداً أدنى للمعاملة العادلة والمنصفة الذي يجب عدم التنازل عنه^٢، ومن جهة أخرى يتبين من استنتاج هيئة التحكيم في قضية Maffezini، أنها تعترف بهذه العلاقة اعترافاً واضحاً، فبعدما ذكرت بند المعاملة العادلة والمنصفة أكدت أنه يسمح بتطبيق المعاملة الوطنية على المستثمرين الأجانب، واستنتجت أن: "معظم الاتفاقيات الموقعة من قبل كندا تتضمن البند النموذجي المؤثر بأن كل طرف سيضمن منح المعاملة العادلة والمنصفة في إقليمه لاستثمارات مستثمري الطرف الآخر... وهذه المعاملة يجب أن لا تقل تفضيلاً عن المعاملة التي يقدمها كل طرف لاستثمارات مستثمريها الوطنيين، فبينما هذا البند يسمح بتطبيق المعاملة الوطنية على المستثمرين الأجانب، يمكن أن يكون أيضاً مفهوماً لتحديد المعاملة المطلوبة من قبل الحكومة لمستثمريها في الخارج"^٣.

^١ د. عبد المؤمن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تحديد الإطار المفاهيمي القانوني للاستثمار الأجنبي، جامعة الجيلالي الياصب بسيدي بلعباس - الجزائر (٢٠١٣)، متوافرة على الموقع: <http://www.marocdroit.com>.

تاريخ الزيارة ١٠/١/٢٠١٤.

^٢ راجع المطلب الثاني من المبحث الأول.

^٣ "The Spanish treaty practice is also relevant in connection with another aspect of the clause. Most treaties concluded by Spain have model clause to the effect that "...Each Party shall guarantee in its territory fair and equitable treatment for the investments made by investors of the other

وفي قضية S.D. Myers ضد كندا، التي رفعت بموجب اتفاقية NAFTA بين شركة أمريكية وكندا^١، ادعت فيها الشركة أن منع كندا نقل ثنائي الفينيل (وهو مركب هيدرو كربوني عضوي يحتوي على ذرات الهيدروجين والكلور والكربون) وإغلاق الحدود بين الولايات المتحدة وأمريكا مدة ١٦ شهراً فيه تمييز بين المستثمرين الأمريكيين ومستثمريها الوطنيين، قررت هيئة التحكيم أن هناك انتهاكاً للمعاملة الوطنية بموجب الاتفاقية واعتمدت على الحقائق ذاتها لإيجاد انتهاك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، إذ أكدت أنه: "تقرر الأغلبية بأن وقائع هذه القضية من انتهاك للمادة ١١٠٢ (المعاملة الوطنية) تؤسس جوهرياً لانتهاك المادة ١١٠٥ أيضاً"^٢.

وإن كانت هيئات التحكيم تعترف في القضيتين السابقتين بوجود علاقة بين معيار المعاملة الوطنية ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة إلا أنه في قضايا أخرى رأت عكس ذلك. ففي قضية Methanex رفضت هيئة التحكيم وجود

Party...This treatment shall not be less favorable than that extended by each Party to the investments made in its territory by its own investors...". While this clause applies to national treatment of foreign investors, it may also be understood to embrace the treatment required by a Government for its investors abroad....", Maffezini v. Spain, ICSID Award No. ARB/97/7, Award on Jurisdiction, 25 January 2000, Para. 61.

http://www.italaw.com/documents/Maffezini-Jurisdiction-English_001.pdf.

¹ S.D. Myers, Inc. v. Canada, First Partial Award, 13 November 2000.

available on: http://www.biicl.org/files/3921_2002_sd_myers_v_canada.pdf

² "a majority of the Tribunal determines that on the facts of this particular award the breach of Article 1102 essentially establishes a breach of Article 1105 as well". Ibid, Para. 266.

أي علاقة بينهما، فعند ادعاء المدعي بخرق المدعى عليه بند المعاملة الوطنية (المادة ١١٠٢)، وأن هذا الخرق يؤدي إلى انتهاك المعاملة العادلة والمنصفة^١، قررت هيئة التحكيم أن: "ادعاء Methanex المتعلق بالمادة ١١٠٥ قد أخفق لعدة أسباب أولها: أنه حتى لو افترضنا أن شركة Methanex قد أثبتت وجود التمييز على أساس المادة ١١٠٢ وجرى تجاهل تفسير لجنة التجارة الحرة، نجد أن المعنى العادي لنص المادة ١١٠٥ لا يدعم الادعاء بأن الحد الأدنى لمعيار المعاملة يحول دون التفرقة بين المواطنين والأجانب، ولم يُذكر التمييز في المادة ١/١١٠٥".^٢

وفي قضية ADF، حاول المدعي الاعتماد على قرار هيئة التحكيم في قضية Maffezini، باستخدام معيار المعاملة الوطنية كحد أدنى لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، لكن هيئة التحكيم في هذه القضية رفضت مبررة أن المدعي لا يمكنه الاعتماد على ذلك القرار؛ لأن المادة ١/١١٠٥ من اتفاقية NAFTA حددت الحد الأدنى للمعاملة بمعيار الحد الأدنى للقانون الدولي العرفي وليس بالمعاملة الوطنية... كما أنه بموجب المادة ١١٠٨/٧(أ) لا يسمح بتطبيق بند

¹ Methanex award, Op, cit, Part IV – Chapter C – Page 1, Para. 2.

² "the Tribunal decides that Methanex's claim under Article 1105 fails" First, even assuming that Methanex had established discrimination under Article 1102, (which the Tribunal has found it did not) and ignoring, for the moment, the FTC's interpretation – the plain and natural meaning of the text of Article 1105 does not support the contention that the "minimum standard of treatment" precludes governmental differentiations as between nationals and aliens. Article 1105(1) does not mention discrimination"; Methanex award , Op, cit, Part IV – Chapter C – Page 7, Para.14.

المعاملة الوطنية (١١٠٢) وبند معاملة الدولة الأولى بالرعاية في مسائل مشتريات الأطراف، وهذه القضية تتعلق بذلك^١.

يبدو أن بعض هيئات التحكيم اعترفت بوجود علاقة بين معيار المعاملة العادلة والمنصفة ومعيار المعاملة الوطنية عندما عدت المعاملة الأخيرة حداً أدنى للمعاملة العادلة والمنصفة، وعندما عدت حقائق انتهاك المعاملة الوطنية تؤسس لانتهاك المعاملة العادلة والمنصفة، وبعضها لم تعترف بذلك، ولكنها لا يمكن أن ترفض وجود تلك العلاقة في حال ذكرها في اتفاقيات الاستثمار ذكراً واضحاً. وليس هناك من خطر في وجود علاقة بين المعيارين مادامت تُستخدَم المعاملة الوطنية كحد أدنى لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة وليس لخفض مستواه^٢.

ثانياً: العلاقة بمعيار الحماية والأمن الكاملين:

الحماية والأمن عُرّفَا في قاموس أكسفورد، فقد عرفت الحماية بأنها تعني، الدفاع، والوقاية من ضرر أو أذى أو خطر، أمّا الأمن فَعُرِفَ بأنه يعني التخلص من الخوف والقلق، والاستقرار والحماية من الخطر^٣، ويلاحظ وجود تشابه بين التعاريف وحتى عدّ بعض الفقه تلك التعاريف شاملة نسبياً، وبأنها

¹ "We note also that NAFTA Article 1105(1) sets the customary international law minimum standard of treatment, and not the national treatment clause (NAFTA Article 1102) as the "floor.".... Article 1108(7)(a) renders inapplicable both Articles 1102 and 1103 in awards of "procurement by a Party" And the instant award does involve "procurement by a Party, ADF award, (2003)Op, cit, Para. 197.

² Tudor, Op, cit, p.189.

³ Oxford Dictionary, Op, cit.

مترادفة ترادفاً كبيراً، فكلاهما يصفان حالة محمية من أي خطر أو تهديد سواء أكان ذا طبيعة مادية، أم قانونية، أم طبيعية، أم معنوية¹، وبموجب التزام الحماية والأمن الكاملين يجب على الدولة المضيفة منع الأضرار التي قد تلحق بالاستثمار نتيجة بعض أعمال الجهات الحكومية وغير الحكومية، فهو يتطلب مستوى من العناية الواجبة سواء أكانت المسؤولية عن هذا المعيار محددة بمعيار الحد الأدنى للقانون الدولي أم كانت صارمة أكثر منه؟²

واختلفت هيئات التحكيم في تفسير هذا المعيار، فبعضهم قصره على الحماية المادية فقط وبعضهم الآخر وسعه ليشمل أنواع الحماية الأخرى كالحماية القانونية وليس الحماية المادية فقط.

ففي قضية Saluka، فسّرت هيئة التحكيم معيار الحماية والأمن الكاملين بأنه يقتصر على الأمن المادي، ورأت أن: "معيار الحماية والأمن الكاملين يطبق عندما يتأثر الاستثمار الأجنبي بالحروب الأهلية والعنف الجسدي، وليس المقصود به ضمان الاستثمارات بل تأمين الحماية المادية لها"³.

وكذلك في قضية BG Group Plc ضد الأرجنتين، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين بريطانيا والأرجنتين، لم توسع معنى المعيار

¹ George Foster, "Recovering and Security": The Treaty Standard's Obscure Origins, Forgotten Meaning, and Key Current Significance, Vanderbilt journal of transnational law, vol. 45:1095, pp. 1106– 1107.

² Malik, Op, cit, p.1.

³ Saluka award, Op, cit, Paras. 483– 484.

فذكرت: أن: "معيار الحماية والأمن الكاملين يقتصر على توفير الأمن المادي"^١.

أما في قضية Biwater ضد تنزانيا التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين بريطانيا وتنزانيا، وجدت هيئة التحكيم أنه: بموجب معيار الحماية والأمن الكاملين، ليس فقط الأمن المادي هو المقصود بل قد يدل على ضمان الدولة لاستقرار البيئة القانونية والتجارية ، ولا يجوز حصر معناه بالأمن المادي فقط^٢.

وكذلك في قضية Azurix وسعت هيئة التحكيم معنى المعيار إذ استنتجت أنه: "ربما يوجد انتهاك لمعيار الحماية والأمن الكاملين حتى لو لم يكن هناك عنف أو ضرر مادي"^٣.

¹ BG Group Plc v. Argentina, UNCITRAL, Award, 24 December 2007.Para.324. available on:

http://www.italaw.com/documents/BG-award_000.pdf.

² Biwater Gauff award, Op, cit, Para. 729.

³ Azurix Award, Op, cit, Para. 408.

ومن الجدير بالذكر أنه مع أن بعض هيئات التحكيم وسعت من معنى التزام الحماية والأمن الكاملين إلا أنها رفضت إثارة المسؤولية المطلقة للدولة المضيفة عند انتهاك الالتزام، وخير مثال على ذلك ما ذهبت إليه هيئة التحكيم في قضية Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21 Award, 30 July 2009. available on: <http://www.italaw.com/documents/PantechnikiAward.pdf> التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين ألبانيا واليونان، إذ رفضت ادعاءات الشركة اليونانية بشأن الخسائر الناجمة عن وقوع اضطرابات في ألبانيا؛ لأن الاضطرابات كانت واسعة وليس لوجود إهمال من قبل الدولة المضيفة وانتهاك معيار الحماية والأمن الكاملين. راجع الفقرة (٦٦) من هذه القضية.

ويرد معيار الحماية والأمن الكاملين في كثير من الأحيان جنباً إلى جنب مع معيار المعاملة العادلة والمنصفة في البند ذاته، والعلاقة بين هذين المعيارين تثير أحياناً الحيرة والتناقض، فأول مظهر من مظاهر هذه العلاقة يتمثل في العناية الواجبة التي هي جزء من كلا المعيارين وإن اختلف معناها في كل منهما، ففي ظل التزام الحماية والأمن الكاملين تتعلق العناية الواجبة بحماية المستثمرين واستثماراتهم، ومن ثَمَّ يُرَكَّزُ على الجانب المادي، أمّا العناية الواجبة في معيار المعاملة العادلة والمنصفة فتتعلق بالبيئة التي ينشأ فيها الاستثمار الأجنبي ومعاملته؛ وثاني مظهر لتلك العلاقة أنه: كلما توثقت علاقة معيار المعاملة العادلة والمنصفة بمعيار الحد الأدنى للقانون الدولي العرفي توثقت أيضاً علاقته بمعيار الحماية والأمن الكاملين؛ وذلك بسبب تعلق معيار الحد الأدنى بالحماية المادية التي هي جوهر معيار الحماية والأمن الكاملين سواء وسعت هيئات التحكيم معناه أم لا؟¹

أمّا هيئات التحكيم فاختلّفت في تحديد العلاقة بين المعيارين، فبعضها عدّت معيار الحماية والأمن الكاملين جزءاً لا يتجزأ من معيار المعاملة العادلة والمنصفة، وبعضها عدّت كلا المعيارين منفصلين عن بعضهما.

ففي قضية Noble Ventures ضد رومانيا، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة الأمريكية ورومانيا²، ادعت شركة

¹ Tudor, Op, cit, p.185.

² تتلخص تفاصيل النزاع في قيام السلطات المحلية في رومانيا بخصخصة إحدى أكبر شركات الفولاذ فيها؛ بسبب عدم قدرتها على إدارتها وتشغيلها، فمنحت حق التصرف والإدارة والتشغيل لشركة Noble بموجب اتفاقية خصخصة، وبعد مرور ٦ أشهر من الاتفاقية تغيرت الحكومة في رومانيا، وكانت أولى التدابير التي اتخذتها هي مصادرة الشركات التي تم خصصتها ومنها شركة Noble،

المدعي أن تصرف رومانيا في إعادة تنظيم شركته لم يكن لأغراض تجارية كما ادعت، بل كان من أجل إلغاء اتفاق الخصخصة بينهما^١، استنتجت هيئة التحكيم في هذه القضية أنه: "بالنظر إلى موقع بند المعاملة العادلة والمنصفة في بداية الاتفاقية المادة (٢)، يمكن أن ينظر إلى هذا المعيار أنه أكثر عمومية ويجد تطبيقاً له في جملة أمور من بينها الحماية والأمن الكاملان وحظر التدابير التعسفية والتمييزية ... وعدم انتهاك أي من هذه المعايير لا يعني عدم وجود انتهاك للمعيار الأعم (معيار المعاملة العادلة والمنصفة)"^٢

وفي قضية Wena Hotels Ltd ضد مصر، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين بريطانيا ومصر، دخل المدعي في عقد مع شركة الفنادق المصرية المملوكة للدولة EHC لإدارة فندقين، وبعد نزاع متعلق بالعقد، استولى وكلاء EHC على الفندق استيلاءً غير قانوني، رأت هيئة التحكيم أن الالتزام المفروض على الدولة المضيضة هو التزام اليقظة، بمعنى أن الدولة المضيضة

بحجة أن وضع الشركة الاقتصادي قد ازداد سوءاً إلى درجة لم يعد بمقدورها أن تدفع رواتب الموظفين، فتقدمت الشركة بعدة ادعاءات منها انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

¹ Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Award No. ARB/01/11, 12 October 2005. available on:

<http://www.italaw.com/documents/Noble.pdf>.

²"Considering the place of the fair and equitable treatment standard at the very beginning of Art. II(2), one can consider this to be a more general standard which finds its specific application in inter alia the duty to provide full protection and security, the prohibition of arbitrary and discriminatory measures....As, none of those obligations or standards has been breached. While this in itself cannot lead to the conclusion that the more general fair and equitable treatment standard has not been breached", Ibid, Para. 182.

يجب عليها اتخاذ التدابير اللازمة لتنمتع الاستثمارات بالحماية والأمن الكاملين، وينبغي أن لا يُسمح لها بالاستشهاد بتشريعاتها على نحو ينتقص من أي التزام من هذا القبيل^١، في هذه القضية لم تميز هيئة التحكيم بين المعاملة العادلة والمنصفة ومعيار الحماية والأمن الكاملين، بل استنتجت أنها: "توافق مع المدعي بأن مصر انتهكت التزامها بموجب المادة ٢/٢ التي تمنح معيار المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والأمن الكاملين"^٢.

وفي قضية Occidental Exploration ضد الإكوادور، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة الأمريكية والإكوادور، إذ وقعت الشركة الأمريكية Occidental عقداً مع شركة مملوكة للدولة للتقيب عن النفط في الإكوادور بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الدولتين، ودفعت الشركة الأمريكية بموجب العقد ضريبة القيمة المضافة إلى مشترياتها اللازمة للاستكشاف والتقيب والتصدير النهائي، لكن بموجب القانون الذي أصدرته الإكوادور أُلغيت تلك الضريبة، وعند المطالبة بالمبالغ المدفوعة، رفضت الإكوادور رد تلك المبالغ، فقدمت الشركة الأمريكية عدة ادعاءات من بينها انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة^٣، وعندما وجدت هيئة التحكيم انتهاكاً

¹ Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Award No. ARB/98/4, Award on Merits, 8 December 2000. Available on:

http://www.biicl.org/files/3926_2000_wena_hotels_v_egypt.pdf.

² "the tribunal agree with wena that Egypt violated its obligation under article 2/2 to accord wena s investment fair and equitable and full protection and security...", Ibid, Para. 84.

³ Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Award No. UN3467, Final Award, 1 July 2004. Available on: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>.

لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة (المادة ٢/٣/أ)، استنتجت أن: "المعاملة غير العادلة وغير المنصفة تتضمن تلقائياً غياب الحماية والأمن الكاملين"^١.

وفي قضية ASIN ضد جمهورية سيرلانكا، تعلقت القضية باستثمار أنشئ من قبل شركة AAPL على شكل حصة من أسهم في شركة عامة سيريلانكية مسماة S.S.F. إذ اشتغلت الشركة بصيد سمك الروبيان وكانت تملك مزرعة تعدّ مركز إنتاجها الرئيسي، وفي أثناء عملية عسكرية للقوات الحكومية ضد متمردين محليين دُمرت تلك المزرعة بالكامل، لذا طالبت شركة AAPL بتعويض من الحكومة عن الأضرار التي تكبدتها نتيجةً لخسارة استثماراتها بسبب عدم التزام الحكومة بتوفير الحماية والأمن الكاملين بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين المملكة المتحدة وسيريلانكا^٢، ومع أن قرار الأغلبية في هذه القضية لم يتضمن أية إشارة إلى المعاملة العادلة والمنصفة، أبدى القاضي Asante في رأيه المخالف في هذه القضية تعليقات عن معيار المعاملة

¹ " The Tribunal accordingly holds that the Respondent has breached its obligations to accord fair and equitable treatment under Article II (3) (a) of the context of this finding the question of whether in addition there has been a breach of full protection and security under this Article becomes moot as a treatment that is not fair and equitable automatically entails an absence of full protection and security of the investment ", Ibid, Para. 187.

² Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka, ICSID Award No. ARB/87/3, final Award 27 June, 1990. Available on: [http:// www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf).

العادلة والمنصفة إذ أكد تجاوزه مع الحماية والأمن الكاملين وأنه جزء من معيار الحد الأدنى الدولي¹.

وعلى الرغم من أن هيئات التحكيم لم تميز في القضايا السابقة بين المعيارين، إلا أنه في قضية Azurix ضد الأرجنتين استنتجت هيئة التحكيم عكس ذلك، إذ رأت أنه: "تظهر بعض اتفاقيات الاستثمار معيار المعاملة العادلة والمنصفة ومعيار الحماية والأمن الكاملين كمعيار واحد، وأخرى تظهرهما كمعيارين منفصلين، وهذه الاتفاقية من النوع الثاني، فظهور تعبير حماية الاستثمارات بشكل متسلسل في المادة ٢/٢/أ دليل على أنهما التزامان مختلفان، فتلك المادة تنص على أن: "تمنح الاستثمارات في الأوقات جميعها معاملة عادلة ومنصفة وتتمتع بالحماية والأمن الكاملين"².

ويبدو أن هيئات التحكيم لم تتفق على رأي مشترك بشأن العلاقة بين هذين المعيارين.

¹ AAPL v. Sri Lanka (ICSID/ARB/87/3) Dissenting Opinion of Samuel K.B. Asante, (1990) p. 579. Available on: <http://arbitration.org/sites/default/files/awards/arbr-1990-328-1.pdf>.

² "In some bilateral investment treaties, fair and equitable treatment and full protection and security appear as a single standard, in others as separate protections. The BIT falls in the last category; the two phrases describing the protection of investments appear sequentially as different obligations in Article II.2(a): "Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security ..." Azurix award, Op, cit, Para. 407.

أمّا بالنسبة إلى الفقه، فبعضهم يرى أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة ومعيار الحماية والأمن الكاملين يمنحان حقوقاً منفصلة ولكنها مكملّة لبعضها بعضاً، ووجودهما في البند ذاته يعكس رغبة الأطراف في تقديم ضمانات كافية للمستثمرين^١. وبعضهم الآخر يرى أنه من غير المعقول افتراض أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة ومعيار الحماية والأمن الكاملين هما معيار واحد؛ لأن هذا من شأنه أن يجرّد اتفاقيات الاستثمار من معناها، فمعيار المعاملة العادلة والمنصفة يتعلق بمعاملة المستثمرين ومعيار الحماية والأمن الكاملين يتعلق بحماية المستثمرين^٢. كما أن معيار الحماية والأمن الكاملين حافظ على وجوده المستقل، فقد بلغت الادعاءات بانتهاكه كمعيار منفصل ٢٤ ادعاء حتى عام ٢٠٠٩^٣.

¹ Tudor, Op, cit, p.186.

² Christoph Schreuer, "Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with Other Standards, Transnational Dispute Management, Vol. 4, Issue 5, 2007, p. 68.

³ Malik, Op, cit, p.1.

الفصل الثاني

**الموازنة بين مصالح الدولة المضيضة ومصالح المستثمر
في تحديد انتهاك المعاملة العادلة والمنصفة
والتعويض عنه**

الفصل الثاني

الموازنة بين مصالح الدولة المضيفة ومصالح المستثمر في تحديد انتهاك المعاملة العادلة والمنصفة والتعويض عنه

عندما تمنح الدول المضيفة معيار المعاملة العادلة والمنصفة للمستثمرين الأجانب بموجب اتفاقية استثمار دولية، يتبادر إلى الذهن فوراً الالتزامات التي ستلتزم بها الدولة تجاههم، والتي يجب على الدولة إيفائها وإلا عُدَّت أنها تنتهك المعيار، ولكن حتى تقرر هيئة التحكيم هذا الانتهاك، يجب عليها أن تستمع للطرفين وتتيح الفرصة لكليهما بإثبات وجهة نظره، وأن تقوم بالموازنة بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي سواء في تقرير انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة أو في تحديد التعويض عن انتهاكه، فكما للمستثمر الحق في حماية استثماراته، للدولة المضيفة الحق في تنظيم شؤونها الداخلية أيضاً. وعلى هذا ستناول في هذا الفصل حدود الحماية الممنوحة بموجب المعاملة العادلة والمنصفة (المبحث الأول)، ومن ثم تقرير انتهاك المعاملة العادلة والمنصفة وأثره (المبحث الثاني).

المبحث الأول

حدود الحماية الممنوحة بموجب المعاملة العادلة والمنصفة

عند اتخاذ المستثمر قراره بالاستثمار في إحدى الدول التي ترتبط بدولته باتفاقية استثمار (متضمنة معيار المعاملة العادلة والمنصفة)، فإنه يعتمد على القوانين السائدة في الدولة المضيفة وقت اتخاذ قراره بالاستثمار فيها، ويتوقع أن لا تتغير تلك القوانين خلال مدة استثماره، ولكن هل يحق له مثل هذا التوقع؟

وهل يحميه معيار المعاملة العادلة والمنصفة من تغيير الدولة المضيفة للقوانين التي اعتمد عليها، أو من الامتناع عن القيام بما هو ضروري لإنجاح تلك الاستثمارات (مثلاً عدم تنفيذ العقد الذي أبرمته مع المستثمر بموجب اتفاقية الاستثمار أو عدم تنفيذه أحد بنوده)؟ وإذا كان المعيار يحميه هل تلك الحماية مطلقة، ومن ثمّ يمتنع على الدولة أن تغيير قوانينها بما يتناسب ومصلحتها العامة؟ وهل يعدّ انتهاك العقود المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر انتهاكاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة؟ وماذا عن الظروف الطارئة التي قد تمر بها الدولة المضيفة (أحياناً) هل تُؤخذ بالحسبان عند النظر في انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة؟ سنحاول الإجابة على هذه الأسئلة في هذا المبحث الذي نتناول فيه مدى حماية معيار المعاملة العادلة والمنصفة لتوقعات المستثمر المشروعة، ومن ثم معيار المعاملة العادلة والمنصفة وانتهاك بند الالتزامات التعاقدية (Umbrella Clause).

المطلب الأول

مدى حماية المعاملة العادلة والمنصفة لتوقعات المستثمر

المشروعة

التوقع المشروع بشكل عام، يعني أن يتوقع المرء أموراً معينة أو معاملةً من سلطات الدولة بموجب أساس واضح، وأحياناً دون وجود أي أساس، وهو مفهوم وُضِعَ من قبل المحاكم ولم يأت ذكره في أي قانون، وقد اكتسب أهمية كبيرة في مجال القانون الإداري، وأصبح يأخذ مكاناً بجانب قواعد العدالة الطبيعية¹.

¹ Kumer, Srivastava, Doctrine of legitimate expectations, J.T.R.I. Journal, Issue – 2, 1995, p.1

والتوقع المشروع في مجال الاستثمارات يستمد من قوانين الدولة المضيفة، كما بينت هيئة التحكيم في قضية Suez Sociedad General ضد الأرجنتين التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار بين فرنسا واسبانيا والأرجنتين^١، بأنه: "تتأتى توقعات المستثمر من القوانين التي تتبناها الدولة المضيفة، وهو يتصرف بالاعتماد على تلك القوانين"^٢.

ويرتبط مفهوم التوقعات المشروعة للمستثمرين بظاهرة قيام الدولة المضيفة بتغيير قوانينها أو عدم تطبيقها، فهناك مشاريع استثمارية ضخمة يقوم بها المستثمرون الأجانب تتطلب وقتاً طويلاً لإنجازها، ومع طول مدة المشروع هناك خطورة بتغيير البيئة القانونية التي يعمل فيها المستثمر بموجب سلوك الدولة المضيفة؛ وذلك إما باتخاذها تدبيراً ما أو النقاعس عنه، مما قد يؤثر تأثيراً سلبياً على الاستثمار ويؤدي إلى عكس توقعات المستثمر^٣. فهذه التوقعات وثيقة الصلة بمصالح الدولة المضيفة المتعلقة بالمرونة التنظيمية ومصالح المستثمر المتعلقة بالقدرة على التنبؤ بالبيئة القانونية^٤.

^١ رفعت هذه القضية على الأرجنتين في سياق أزمتها المالية التي مرت بها في عام ٢٠٠٠ ، عندما ألغت ارتباط البيزو بالدولار الأمريكي.

^٢ ".... that investors, deriving their expectations from the laws and regulations adopted by the host country.....", Suez v. Argentine Republic, ICSID Award No. ARB/03/19, Decision, July 30, 2010, Para. 226. Available on:

<http://www.italaw.com/documents/SuezVivendiAWGDecisiononLiability.pdf>.

^٣ UNCTAD, 2012, Op, cit, p. 63.

^٤ Moshe Hirsch, Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International

وكثير من هيئات التحكيم ربطت بين التوقعات المشروعة للمستثمرين ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة، وتجري حماية تلك التوقعات في كثير من الأحيان بموجبه.

ففي قضية Tecmed ضد المكسيك، استنتجت هيئة التحكيم أن: "بند الاتفاقية (بالإشارة إلى معيار المعاملة العادلة والمنصفة)، يقتضي من الدولة المضيفة أن تُعامل الاستثمارات الدولية تعاملاً لا يؤثر في التوقعات الأساسية التي أقنعت المستثمر الأجنبي بالاستثمار على ضوء مبدأ حسن النية المؤسس بموجب القانون الدولي".^١

وفي قضية LC&E ضد الأرجنتين، ذكرت هيئة التحكيم أنه: "يتضمن معيار المعاملة العادلة والمنصفة توقعات المستثمر المشروعة التي اعتمد عليها كحماية من الدولة المضيفة وقت قيامه بالاستثمار".^٢

Investment Law, Faculty of Law and Department of International Relations, Hebrew University of Jerusalem, No. 07-13, 2013. P. 8.

¹ "The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment", Técnicas Medioambientales Tecmed, award, Op, cit, Para. 154.

² "...the fair and equitable treatment analysis involves consideration of the investor's expectations when making its investment in reliance on the protections to be granted by the host State....." LG&E award, Op, cit, Para. 127.

وفي قضية Electrabel ضد هنغاريا، التي رفعت بموجب معاهدة ميثاق الطاقة بين بلجيكا وهنغاريا^١، بيّنت هيئة التحكيم أهمية التوقعات المشروعة في إطار معيار المعاملة العادلة والمنصفة بقولها: إنه "من المقبول على نطاق واسع أن الوظيفة المهمة لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة هي حماية توقعات المستثمر المعقولة والمشروعة"^٢.

وفي قضية Saluka ضد التشيك، ذكرت هيئة التحكيم أن: "معيار المعاملة العادلة والمنصفة مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمفهوم التوقعات المشروعة"^٣.

وفي قضية CMS ضد الأرجنتين، استنتجت هيئة التحكيم أن: "المعاملة العادلة والمنصفة لا تنفصل عن الاستقرار والقدرة على التنبؤ"^٤.

^١ تتلخص تفاصيل النزاع في دخول شركة Electrabel مع إحدى الشركات العامة الكبرى لتوفير الطاقة في بلجيكا، وقد وظفت شركة المدعي رأس مال ضخّم في استثمارها هذا، ولكن بعد دخول هنغاريا إلى الاتحاد الأوروبي انخفضت أسعار الطاقة لصالحها بنحو ٣٤٪، فأصدرت هنغاريا لوائح جديدة لأسعار الكهرباء، ونتيجة لذلك تكبدت شركة Electrabel خسائر فادحة، فادعت بأن هنغاريا لم تتجح بحماية استثمارها عند انضمامها إلى الاتحاد الأوروبي، وأنها انتهكت المادة العاشرة من معاهدة ميثاق الطاقة التي تمنح معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

^٢ Electrabel S.A. v. Hung, ICSID Award No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law, Nov. 30, 2012, Part VII – Page 21, Para. 7.75. Available on:

<http://investorstatelawguide.com/documents/documents/IC0146,02%20Electrabel%20v.%20Hungary%20%20Decision%20on%20Jur%20and%20Lia.pdf>

^٣ "The standard of "fair and equitable treatment" is therefore closely tied to the notion of legitimate expectations...", Saluka Investments award, Op, cit, Para. 302.

وإذا كانت هيئات التحكيم متفقة على أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يحمي توقعات المستثمر المشروعة، بيد أنها مختلفة على حدود هذه الحماية، فبعضهم يرى أن هذه الحماية واسعة غير مقيدة بأي شرط، في حين يقيدونها بعضهم الآخر بشروط معينة (هذا الاتجاه هو الأغلب)، وهذا ما نتناوله فيما سيأتي، فضلاً عن مدى حماية معيار المعاملة العادلة والمنصفة لتوقعات المستثمر في حالة الضرورة أو الظروف الطارئة التي قد تمر بها بعض الدول المضيفة أحياناً.

أولاً: النهج الواسع لتوقعات المستثمر المشروعة:

اتخذت بعض هيئات التحكيم نهجاً متساهلاً غير مقيد في حماية توقعات المستثمر، ومن ثمَّ عدَّتْ أي انتهاك لتوقعات المستثمر انتهاكاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة.

ففي قضية Tecmed إدَّعى بأن تغيير القانون وبيئة عمل الاستثمار بلغت انتهاكاً للمعاملة العادلة والمنصفة، أيدت هيئة التحكيم هذا الادعاء على أساس أن السلطات المكسيكية تصرفت تصرفاً غير واضح بشأن إجراءات استبدال الرخصة، وانتهكت توقعات المستثمر المشروعة، فاستنتجت: "يتوقع المستثمر أن تتصرف الدولة تصرفاً ثابتاً دون غموض وبشفافية تامة في علاقتها مع المستثمر الأجنبي، بحيث تُعلمه مسبقاً بالقواعد والأنظمة التي ستحكم استثماراته

¹ "fair and equitable treatment is inseparable from stability and predictability", CMS award, Op, cit, Para. 276.

فضلاً عن أهداف السياسات ذات العلاقة والممارسات الإدارية، حتى يكون قادراً على التخطيط لاستثماراته والامتنال إلى مثل هذه التعليمات"^١.

وقد عُدَّ هذا الرأي مبالغاً فيه كثيراً؛ لأنه وصفَ الكمال والمثالية في التنظيم القانوني للدول، ولكن من الصعب عليها تحقيق ذلك.^٢

وفي قضية CMS ضد الأرجنتين، استنتجت هيئة التحكيم أنه: "يستنتج من حقائق هذه القضية أن الإجراءات التي اتخذتها الأرجنتين في أعقاب أزمة البيزو التي مرت بها بين عامي ٢٠٠٠ - ٢٠٠٢ قد انتهكت المعيار المنصوص عليه في المادة الثانية ٢/أ من اتفاقية (وهي المادة التي تمنح معيار المعاملة العادلة والمنصفة)"^٣.

¹ "The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations", Técnicas Medioambientales Tecmed award, Op, cit, Para. 154.

² Zachary Douglas, Nothing if not critical for investment treaty arbitration: Occidental, Eureko and Methanex. Arbitration International, Kluwer Law International, Volume 22 ,2006, p. 28.

³ "The Tribunal, therefore, concludes against the background of the present dispute that the measures adopted resulted in the objective breach of the standard laid down in Article II(2)(a) of the Treaty", CMS award, Op, cit, Para. 281.

وفي قضية PSEG Global ضد تركيا، كان من بين أسباب انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، انتهاك توقعات المستثمر، استنتجت هيئة التحكيم أن: "هناك انتهاكاً جدياً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة بسبب تأثير التغييرات التشريعية المستمرة، والتغيير المستمر في الشروط التي تنظم وضع الشركات المشاركة في المشروع".¹

يُستنتج من القضايا السابقة أن هيئات التحكيم رأت أن أي تغيير في قوانين الدولة المضيفة بشكل يؤثر في استثمارات المستثمرين سلباً يسبب خرقاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، لأن توقعات المستثمر المتعلقة بالاستقرار والقدرة على التنبؤ تُنتهك. ولكن هذا النهج الواسع يُنقَد من قبل بعض الفقه بأنه يمنح للمستثمرين الأجانب حماية من التغييرات التشريعية أكثر من اللازم، فعندما يحصل المستثمر على تأمين ضد نوع معين من الضرر، لن يهتم باتخاذ قرارات تأخذ بالحسبان حماية البيئة، فمثلاً قيام المستثمر ببناء مصنع يربح ألف دولار شهرياً، إلا أنه يؤدي إلى تلويث النهر وخسارة المحار بقيمة ألفي دولار شهرياً، فمن الحكمة عدم القيام بهذا الاستثمار، وتخصيص رأس المال لمشروع آخر²، كما أن هذا الاتجاه يتجاهل حق الدولة في إدخال أي تغيير تنظيمي

¹ "the Tribunal also finds that the fair and equitable treatment obligation was seriously breached by what has been described above as the "roller-coaster" effect of the continuing legislative changes. This is particularly the award of the requirements relating, in law or practice, to the continuous change in the conditions governing the corporate status of the Project...", PSEG award, Op, cit, Para 250.

² Jonathan Bonnitcha, The problem of moral hazard and its implications for the protection of 'legitimate expectations' under the fair and equitable

شرعي، أو القيام بإصلاح تنظيمي، ويتجاهل حقيقة أن تشريعات الدول قد تتغير مع مرور الوقت كجانب من الطبيعة القانونية، وهذه الاعتبارات أدت إلى ظهور النهج الثاني، أي تقييد التوقعات المشروعة^١.

ثانياً: النهج المقيد لتوقعات المستثمر المشروعة:

التوقعات المشروعة يجب أن يكون لها أساس معين يستند إليه المستثمر بحسب هذا الاتجاه، ويمكن لأي سلوك يصدر من سلطات الدولة المضيفة من حيث المبدأ سواء أكان شفوياً أم كتابياً، تعهدات أم التزامات، أم أنواعاً مختلفة من الأعمال الإدارية مثل التراخيص أو التصاريح، أو رأي رسمي أو غير رسمي أن يؤدي إلى إنشاء تلك التوقعات^٢.

كما أن بعض هيئات التحكيم قامت بتقييد توقعات المستثمر، فاشتترطت شروطاً معينة حتى تقرر انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة على أساس انتهاك تلك التوقعات.

ففي قضية Duke Energy ضد إكوادور، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة الأمريكية والإكوادور^٣، شددت هيئة

treatment standard, 2011, <http://www.iisd.org/itn/2011/04/07/the-problem-of-moral-hazard/> ٢٠١٤ / ١١ / ٢١ وقت الزيارة

¹ UNCTAD, 2012, Op, cit, p. 76.

² Moshe Hirsch, Op, cit, p. 16.

³ تتلخص تفاصيل النزاع بشراء شركة Duke (شركة أمريكية لتوليد الطاقة الكهربائية) أسهم من شركة Electroquil الإكوادورية التي كانت قد وقعت عقداً مع إحدى الهيئات الحكومية للطاقة الكهربائية لتحسين شبكة الكهرباء (التي كانت تمر بأزمة وقتها)، وتم الاتفاق على أن المؤسسة العامة ستضمن دفع مستحقات الشركة على أكمل وجه، البعض منها سنوياً والآخر شهرياً، كما تضمن الاتفاق أنه يحق للمؤسسة أن تفرض غرامات على الشركة في حال التأخر في تسليم

التحكيم على وجوب معقولية تلك التوقعات، فاستنتجت أنه: "حتى تكون توقعات المستثمر محمية يجب أن تكون معقولة في وقت إنشاء الاستثمار، ولتقييم المعقولية يجب أن يأخذ بالحسبان الظروف كلها، ليست فقط المحيطة بالاستثمار، ولكن أيضاً الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية والتاريخية السائدة في الدولة المضيفة، فضلاً عن ذلك يجب أن تعتمد تلك التوقعات على البيانات التي مُنحت للمستثمر من قبل الدولة المضيفة وقت إنشاء الاستثمار، ولا بدّ أن يكون قد اعتمد عليها المستثمر عند اتخاذ قراره بالاستثمار....وفي النهاية استنتجنا (هيئة التحكيم) أن هناك انتهاكاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة من قبل المدعى عليه قائماً على انتهاك التوقعات المشروعة لشركة Duke¹.

المشروع، وبعد ثلاث سنوات من الاتفاق نشبت خلافات بين الطرفين، وتضاعفت مستحقات الشركة غير المدفوعة، وهي بدورها تقاعست عن العمل، ففُرضت غرامات تأخير عليها، وحاول الطرفان الدخول في اتفاق تسوية لحل الخلافات بينهما لكن دون جدوى، لذلك أدعى بعدة انتهاكات من قبل الإكوادور، منها انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة بالاستناد إلى انتهاك توقعات المستثمر.

¹ "To be protected, the investor's expectations must be legitimate and reasonable at the time when the investor makes the investment. The assessment of the reasonableness or legitimacy must take into account all circumstances, including not only the facts surrounding the investment, but also the political, socioeconomic, cultural and historical conditions prevailing in the host State. In addition, such expectations must arise from the conditions that the State offered the investor and the latter must have relied upon them when deciding to invest..... The Tribunal therefore reaches the conclusion that, by not implementing the payment guarantee, the Respondent deceived Duke Energy's reasonable expectations and thus breached the guarantee of fair and equitable treatment ", Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID

وفي قضية Generation Ukraine ضد أوكرانيا، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار بين الولايات المتحدة الأمريكية وأوكرانيا، ذكرت هيئة التحكيم أنه: "من المهم النظر في التقلبات الاقتصادية التي تمر بها الدولة المضيفة للاستثمار في تحديد توقعات المستثمر المشروعة".¹

وفي قضية LC&E ضد الأرجنتين، رأت هيئة التحكيم أنه: "يمكن القول: "إنَّ توقعات المستثمر العادلة لها خصائص معينة: فهي تستند إلى الضمانات المقدمة من الدولة المضيفة في وقت إنشاء الاستثمار؛ ولا تنشأ من قبل طرف واحد؛ ولا بدَّ أن تكون موجودة وقابلة للتنفيذ بموجب القانون... ويتراجع الأرجنتين عن الضمانات التي قدمتها بشأن نظام التعريفه تنتهك معيار المعاملة العادلة والمنصفة".²

Award No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, Paras. 340– 346.

Available on:

[http:// www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0256.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0256.pdf)

¹ "it is relevant to consider the vicissitudes of the economy of the state that is host to the investment in determining the investor's legitimate expectations....". Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, ICSID Award No. ARB/00/9, 16 September 2003. para. 20.37. Available on:

[http:// www.italaw.com/documents/GenerationUkraine_000.pdf](http://www.italaw.com/documents/GenerationUkraine_000.pdf).

² "It can be said that the investor's fair expectations have the following characteristics: they are based on the conditions offered by the host State at the time of the investment; they may not be established unilaterally by one of the parties; they must exist and be enforceable by law....The abrogation of these specific guarantees violates the stability and predictability underlying the standard of fair and equitable treatment", LC&E award, Paras.130, 133.

وفي قضية Saluka Investments أكدت هيئة التحكيم أن: "مجال حماية المستثمر الأجنبي من المعاملة غير العادلة وغير المنصفة بموجب اتفاقية الاستثمار لا يمكن أن يُحدّد بشكل خاص من قبل المستثمرين الأجانب بحسب تصوراتهم، فحتى تكون توقعاتهم محمية يجب أن تكون شرعية ومعقولة على ضوء الظروف السائدة"¹.

وفي قضية Plama Consortium ضد بلغاريا، التي رفعت بموجب معاهدة ميثاق الطاقة بين بلغاريا وقبرص، إدّعي في هذه القضية من قبل المستثمر بانتهاك الدولة المضيفة معيار المعاملة العادلة والمنصفة بسبب قيامها بتعديل قوانينها البيئية؛ لأنها بذلك تنتهك توقعاته المشروعة، استنتجت هيئة التحكيم أن: "معاهدة ميثاق الطاقة لا تحمي المستثمرين من التغييرات في قوانين الدولة المضيفة، ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة يحمي توقعاته إذا كانت مبررة ومعقولة، كما أنه لا يبدو أن بلغاريا قدمت أي وعود أو ضمانات بعدم تعديل قوانينها المتعلقة بالبيئة بالنسبة إلى المدعي أو حتى بشكل عام"².

¹ "...the scope of the Treaty's protection of foreign investment against unfair and inequitable treatment cannot exclusively be determined by foreign investors' subjective motivations and considerations. Their expectations, in order for them to be protected, must rise to the level of legitimacy and reasonableness in light of the circumstances" Saluka Investments award, Op,cit, Para, 304.

² "the Tribunal believes that the ECT does not protect investors against any and all changes in the host country's laws. Under the fair and equitable treatment standard the investor is only protected if (at least) reasonable and justifiable expectations were created in that regard. It does not appear that Bulgaria made any promises or other representations to freeze its

وفي قضية Metalpar S.A ضد الأرجنتين، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار بين تشيلي والأرجنتين^١، بيّنت هيئة التحكيم أنه: "في هذه القضية لم يكن هناك أي عرض أو رخصة أو عقد من أي نوع مقدم من الأرجنتين للمدعي، ونحن (أي هيئة التحكيم) نرى أنه لا يوجد أي انتهاك للتوقعات المشروعة للمدعي قبل الأرجنتين"^٢.

وفي قضية Parkerings Compagniet ضد ليتوانيا، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين ليتوانيا والنرويج^٣، قامت الحكومة بتعديل بعض قوانينها مما أثر في استثمارات المدعي، لذلك قدم ادعاء بانتهاك توقعاته التي اعتمد عليها وقت اتخاذ قراره بالاستثمار، استنتجت هيئة التحكيم أنه: "عند عقد

legislation on environmental law to the Claimant or at all", Plama Consortium, Ltd. v. Republic of Bulg, ICSID Award No. ARB/03/24, Award, Aug. 27, 2008, Para. 219. Available on: [http:// www.italaw.com/documents/PlamaBulgariaAward.pdf](http://www.italaw.com/documents/PlamaBulgariaAward.pdf).

^١ رفعت هذه القضية على الأرجنتين أيضاً خلال الأزمة الاقتصادية التي مرت بها في ٢٠٠٠، عندما أنهت ارتباط البيزو بالدولار الأمريكي.

^٢ "In this specific award, there was no bid, license, permit or contract of any kind between Argentina and Claimants, and the Tribunal considers that there were no legitimate expectations entertained by Claimants that were breached by Argentina". Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic, ICSID Award No. ARB/03/5, Award, 6 June 2008. Para. 186. Available on: <http://www.italaw.com/documents/MetalparAwardEng.pdf>.

^٣ تتعلق تفاصيل النزاع بحصول شركة Parkerings النرويجية على مناقصة لبناء عددٍ ضخم من مواقف السيارات في دولة ليتوانيا واتفق الطرفان على تفاصيل المشروع جميعها، وكانت الدولة المضيفة تستعد وقتها للدخول في الاتحاد الأوروبي، وبعد انضمامها للاتحاد غيرت الكثير من قوانينها مما أثر على استثمار المدعي، لذلك أدعى بانتهاك الدولة المضيفة معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

الاتفاقية في عام ١٩٩٨ كانت ليتوانيا تمر بمرحلة سياسية، فكانت تستعد للانتقال من كونها جزءاً من الاتحاد السوفيتي إلى دولة مرشحة لعضوية الاتحاد الأوروبي، ولذلك كان يجب على المستثمر كأبي رجل أعمال أن يتوقع حدوث تغيير في القوانين بعد الاتفاقية، فالظروف التي كانت سائدة في ليتوانيا وقت اتخاذ المستثمر قراره بالاستثمار لم تكن مؤشراً على استمرار الاستقرار في البيئة القانونية، وفي مثل هذه الحالة لا يمكن أن يتوقع المستثمر أن تلك القوانين لن تتغير ويكون توقعه مشروعاً،..... والوقائع لا تظهر أن الدولة قد تصرفت تصرفاً غير عادل وغير منصف في ممارستها لسلطاتها التشريعية، فالمدعي لم يثبت أن الدولة قامت بتعديل قوانينها لغرض التدخل في استثماراته^١.

¹ "In 1998, at the time of the Agreement, the political environment in Lithuania was characteristic of a country in transition from its past being part of the Soviet Union to candidate for the European Union membership. Thus, legislative changes, far from being unpredictable, were in fact to be regarded as likely. As any businessman would, the Claimant was aware of the risk that changes of laws would probably occur after the conclusion of the Agreement. The circumstances surrounding the decision to invest in Lithuania were certainly not an indication of stability of the legal environment. Therefore, in such a situation, no expectation that the laws would remain unchanged was legitimate The record does not show that the State acted unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power. The Claimant has failed to demonstrate that the modifications of laws were made specifically to prejudice its investment", Parkerings- Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Award No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, Paras. 335- 337. Available on: <http://www.italaw.com/documents/Pakerings.pdf>.

نستنتج من القضايا السابقة بعض المعايير التي وضعتها هيئات التحكيم حتى تقرر وجود انتهاك لتوقعات المستثمر، ومن ثمَّ وجود انتهاك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، وهي:

- مراعاة ظروف الدولة المضيفة عند تحديد التوقعات المشروعة للمستثمرين.
- مراعاة أن تكون تلك التوقعات مبررة بتعهدات والتزامات معينة قدمتها الدولة للمستثمر.

- اعتماد المستثمر على تلك الالتزامات حين اتخذ قراره بالاستثمار.

- الحذر والحيطه من جانب المستثمر حتى يكون ملماً بالظروف جميعها.

وتجدر الإشارة أن المستثمرين ينجذبون إلى الدول النامية أكثر من أجل الاستثمار فيها، وذلك لاحتمال تحقيق أرباح عالية بالمقارنة بالأرباح التي سيحققها في الدول المتقدمة، لذلك فمن الطبيعي أن تزيد فرصة الخسائر؛ لأنه مهما كبرت فرصة الأرباح كان الخطر أكبر، بما في ذلك المجال التنظيمي.¹ وإذا كان معيار المعاملة العادلة والمنصفة يحمي توقعات المستثمر المشروعة المتعلقة بقوانين الدولة المضيفة، إلا أن هذا لا يعني عدم الاعتراف من قبل هيئات التحكيم بحق الدولة في اتخاذ التدابير اللازمة لتحقيق مصلحتها العامة، حتى ولو كانت تلك التدابير سوف تؤثر سلباً في استثمار المدعي في بعض الأحيان. فمن المسائل المهمة في مجال القانون الدولي للاستثمار هو تحقيق التوازن بين حق الدولة المضيفة في تغيير قوانينها بما يوافق مصلحتها وحاجة المستثمر للاستقرار في القواعد القانونية؛ لأن التغييرات التنظيمية المتكررة قد تخفض أو تلغي الأرباح التي يتوقعها المستثمرون الأجانب، ومن ثمَّ فهذا قد

¹ Generation Ukraine Award, Op,cit, para. 20.37.

يكون رادعاً لمستثمرين آخرين للاستثمار في الدولة المعنية، ومن ناحية أخرى ينبغي أن يُسمح لحكومات الدول المضيفة باتخاذ التدابير التنظيمية للاستجابة لظروفها المتغيرة، فتقييد الدولة بشكل مفرط قد يمنعها أن تقوم بالتزامها تجاه مواطنيها، ومنها الالتزام الأساسي بتعزيز الرفاهية العامة لسكانها^١.

ففي قضية Parkerings-Compagniet ذكرت هيئة التحكيم أنه: "لا يمكن إنكار حق كل دولة في ممارسة السلطة التشريعية مادامت تمارسها بطريقة معقولة وعادلة، فهي تمتلك الحق في تعديل قانون ما وإلغاءه وفق تقديراتها الخاصة، إلا في حالة النص على بند الاستقرار أو غيره، ولا يوجد ما يثير الاعتراض عند قيامها بتعديل الإطار التنظيمي الذي كان موجوداً في وقت قيام الاستثمار، ومن المفترض لرجل الأعمال أو المستثمر أنه على علم بأن القوانين تتطور مع مرور الوقت، كما أنه يجب على الدولة أن لا تتصرف تصرفاً غير عادل وغير معقول في ممارستها سلطاتها التشريعية"^٢.

¹ Moshe Hirsch, Op, cit, p 12.

² "It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilization clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power ",Parkerings award, Op,cit, Para. 332.

وفي قضية Continental Casualty Company ضد الأرجنتين، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين والولايات المتحدة الأمريكية، استنتجت هيئة التحكيم أنه: "من غير المعقول أن لا تقوم الدولة بتغيير تشريعاتها، فمع مرور الوقت، تكون بحاجة إلى مثل هذا التغيير".¹

وفي قضية EDF Service ضد رومانيا، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين رومانيا وبريطانيا، حيث شارك المدعي بمشروعين مع الوكالات الحكومية لتوفير بعض الخدمات في المطار، ومنها بعض الخدمات المعفاة من الضريبة، وبعد تغيير الحكومة، رفضت تجديد الاتفاق مع المدعي، لذلك تقدم الأخير بادعاء انتهاك المعاملة العادلة والمنصفة بسبب انتهاك توقعاته المتعلقة باستمراره في تلك المشاريع وذلك بالاستناد إلى شروط الاتفاقية وتصرف المسؤولين الحكوميين، استنتجت هيئة التحكيم أن: "فكرة التوقعات المشروعة وبالنتيجة معيار المعاملة العادلة والمنصفة، يعني استقرار الإطار القانوني، ومن الخطأ وروده بصيغة واسعة وغير مشروطة، فمنح المعيار لا يعني تجميد التنظيم القانوني للنشاطات الاقتصادية، بل على العكس، الدولة لها حق التنظيم الطبيعي تبعاً لتطور ظروفها الاقتصادية، إلا إذا كانت هناك وعود معينة أو تأمينات مُنحت من قبل الدولة المضيفة للمستثمر، فهذا الأخير

¹ "...it would be unconscionable for a country to promise not to change its legislation as time and needs change", Continental Casualty v. Argentina, ICSID Award No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, Para. 258. Available on:

<http://www.italaw.com/documents/ContinentalCasualtyAward.pdf>

لا يمكنه الاعتماد على اتفاقية الاستثمار الثنائية كنوع من الضمان ضد أي خطر بتغيير الإطار القانوني والاقتصادي للدولة".^١

إذاً، في هذه القضية بيّنت هيئة التحكيم أن مجرد وجود اتفاقية الاستثمار بين دولة المستثمر والدولة المضيفة لا يعني حصول المستثمر على ضمان من الدولة المضيفة بعدم تغيير قوانينها، وقد أخذ بهذا الرأي أيضاً في قضية AES Summit Generation ضد هنغاريا، التي رفعت بموجب اتفاقية ميثاق الطاقة (رفع الادعاء من قبل شركة بريطانية وأخرى هنغارية كانتا متشاركيتين في المشروع ذاته)، إدّعي بأن التدابير التشريعية الجديدة التي حددت أسعار الكهرباء، خرقت توقعات المستثمر المشروعة التي اعتمد عليها وقت اتخاذ قراره بالاستثمار، إلا أن هيئة التحكيم رفضت ادعاء المستثمر وأكدت إمكانية إحداث تغييرات في الإطار القانوني الذي ينطبق على الاستثمار، فاستتجت أنه: "لا

¹ "The idea that legitimate expectations, and therefore FET, imply the stability of the legal and business framework, may not be correct if stated in an overly-broad and unqualified formulation. The FET might then mean the virtual freezing of the legal regulation of economic activities, in contrast with the State's normal regulatory power and the evolutionary character of economic life. Except where specific promises or representations are made by the State to the investor, the latter may not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State's legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable". EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Award No. ARB/05/13, Award and Dissenting Opinion, 8 October 2009, Para. 217. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0267.pdf>

يوجد انتهاك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة على أساس أن الدولة المضيفة لم تنجح في تأمين بيئة قانونية مستقرة... والإطار القانوني قابل للتغيير؛ لأنه يتكيف مع الظروف الجديدة دوماً، والدولة لها حق سيادي في ممارسة سلطاتها بما في ذلك الأعمال التشريعية..... وأي مستثمر مطلع يعلم أن القوانين يمكن أن تتطور بموجب سياسة لاحقة¹.

وبالمقابل كان موقف هيئة التحكيم لصالح المستثمر (فيما يتعلق بحق الدولة في تنظيم قوانينها) في قضية ADC Affiliate Limited ضد هنغاريا، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين هنغاريا وقبرص، فعند ادعاء المستثمر بانتهاك الدولة المضيفة معيار المعاملة العادلة والمنصفة بانتهاكها توقعاته المشروعة باستقرار النظام القانوني عندما غيرت بعض قوانينها، استنتجت هيئة التحكيم أنها: "لا يمكن أن تقبل موقف الدولة المدعى عليها بأن

¹ "that no breach of the fair and equitable treatment standard took place based on Hungary's alleged failure to provide a stable legal and business framework.....The stable conditions that the ECT mentions relate to the framework within which the investment takes place. Nevertheless, it is not a stability clause. A legal framework is by definition subject to change as it adapts to new circumstances day by day and a state has the sovereign right to exercise its powers which include legislative acts.....any reasonably informed business person or investor knows that laws can evolve in accordance with the perceived political or policy dictates of the times", AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, Paras. 9.3.29 - 9.3.34 - 9.3.35. Available on: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014_0.pdf

التدابير التي اتخذتها ضد المدعي كانت ممارسة لحقها الممنوح لها بموجب القانون الدولي لتنظيم شؤونها القانونية والاقتصادية والمحلية، ومع وجود بعض مبادئ القانون الدولي التي تعترف بحقها الطبيعي بتنظيم شؤونها الداخلية، ذلك لا يعني أن هذا الحق غير مقيد ومطلق، فسيادة القانون نفسها المتمثلة بالالتزامات الاتفاقية تضع مثل هذه الحدود؛ فعند دخول الدولة في اتفاقية استثمار، لابد أن تلتزم باحترام الالتزامات الواردة فيها، فلا يجوز أن تتجاهلها في وقت لاحق بحجة حقها في التنظيم، والنقطة التي أثارها الدولة المدعى عليها والتي مفادها أنه يجب على المستثمر افتراض الخطر فيما يتعلق بقوانينها غير مقبولة، فعلى المستثمر أن يقوم بأعماله وأن يمتثل للقوانين والأنظمة المحلية للدولة المضيفة، وفي هذه القضية لم يكن هناك خطر محتمل يهدد الدولة المضيفة، ونعتقد (هيئة التحكيم) أن توقع المستثمر كان معقولاً بأنه سوف يتلقى معاملة عادلة وتعويضاً عادلاً¹.

¹ "The Tribunal cannot accept the Respondent's position that the actions taken by it against the Claimants were merely an exercise of its rights under international law to regulate its domestic economic and legal affairs. It is the Tribunal's understanding of the basic international law principles that while a sovereign State possesses the inherent right to regulate its domestic affairs, the exercise of such right is not unlimited and must have its boundaries. As rightly pointed out by the Claimants, the rule of law, which includes treaty obligations, provides such boundaries. Therefore, when a State enters into a bilateral investment treaty like the one in this award, it becomes bound by it and the investment-protection obligations it undertook therein must be honoured rather than be ignored by a later argument of the State's right to regulate. The related point made by the Respondent that by investing in a host State, the investor assumes the

وواضح أن القضايا السابقة تؤكد أن للدول المضيفة الحق في تنظيم شؤونها الداخلية، لكن هذا لا يبرر لها عدم احترامها للالتزامات التي قبلت بها بمحض إرادتها، فالمطلوب منها أن تمارس حقها في التنظيم في حدود الحقوق التي منحتها للمستثمر، وبالمقابل لا يمكن للمستثمر الأجنبي أن يعدّ دخول دولته مع الدولة المضيفة في اتفاقية استثمار أنه حصل على وثيقة ضمان ضد خطر التغييرات القانونية المستقبلية.

ثالثاً: مدى حماية المعاملة العادلة والمنصفة لتوقعات المستثمرين في حالات الضرورة:

هناك توافق عام على أن من حق الدولة تغيير قوانينها لتنظيم شؤونها الداخلية بشرط احترام الحقوق التي منحتها للمستثمر، بيد أنها قد تمر بظروف طارئة أو حالة ضرورة قد تضطر فيها إلى تغيير بعض قوانينها بغض النظر عن أي

"risk" associated with the State's regulatory regime is equally unacceptable to the Tribunal. It is one thing to say that an investor shall conduct its business in compliance with the host State's domestic laws and regulations. It is quite another to imply that the investor must also be ready to accept whatever the host State decides to do to it. In the present award, had the Claimants ever envisaged the risk of any possible depriving measures, the Tribunal believes that they took that risk with the legitimate and reasonable expectation that they would receive fair treatment and just compensation and not otherwise", ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary, ICSID Award No, ARB/03/16-Award, 2 October 2006, Paras. 423- 424. Available on: <http://www.italaw.com/documents/ADCvHungaryAward.pdf>.

حق ممنوح من قبلها للمستثمر، فهل تنتهك وقتها أيضاً معيار المعاملة العادلة والمنصفة؟ وهل هي مسؤولة عن هذا الانتهاك أم تعفى من المسؤولية بموجب حالة الضرورة؟

في الواقع، خير مثال يمكن الاستشهاد به في هذه المسألة هي الأزمة التي مرت بها الأرجنتين بين عامي ٢٠٠١ - ٢٠٠٢، والتي أدت إلى قيام عدة ادعاءات ضدها ومنها قضية National Grid، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار بين الأرجنتين وبريطانيا^١، وكان الادعاء يتركز على أن الأرجنتين انتهكت معيار المعاملة العادلة والمنصفة بتغييرها بعض القوانين في ذلك الوقت، قررت هيئة التحكيم بأن الأرجنتين انتهكت المعيار رغم أخذها بالحسبان الظروف التي كانت تمر بها فاستنتجت أن: "الأرجنتين قد انتهكت المعيار المذكور؛ لأنها: أ- غيرت تغييراً جذرياً الإطار القانوني الذي استند إليه المستثمر عندما اتخذ قراره بالاستثمار، ب- لم تقبل بالدخول في مفاوضات جادة مع المدعي خلال مدة السنتين التي أخذت فيها الأرجنتين تلك الإجراءات وقيام المدعي ببيع أسهمه، ج- أجبرت المدعي على ترك سبل الانتصاف المحلية كشرط للدخول معه في مفاوضات، وباستنتاج الهيئة أن الأرجنتين انتهكت الاتفاقية، لا يجوز إهمال الظروف التي اتخذت فيها الإجراءات، فيجب أن تأخذ بالحسبان تلك الظروف جميعها، ومن ثم لا يمكن تجاهل الأزمة التي عانت منها الأرجنتين في ذلك الوقت، فما يُعدّ عادلاً ومنصفاً ليس عاملاً مطلقاً، فما يكون غير عادل في الظروف العادية قد لا يكون كذلك في الظروف الطارئة، وفي ظل الظروف التي مرت بها الأرجنتين لم نجد انتهاكاً

^١ رفعت هذه القضية أيضاً ضد الأرجنتين بسبب الأزمة المالية التي مرت بهام الأرجنتين بين عامي ٢٠٠٠ - ٢٠٠٢.

لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة في الوقت الذي قامت فيه الأرجنتين باتخاذ تلك الإجراءات في تاريخ ٢٠٠١/١٢/٦، بل انتهكت ذلك المعيار في تاريخ ٢٠٠٢/٦/٢٥ عندما اشترطت على المدعي التنازل عن سبل الانتصاف المحلية حتى تقبل التفاوض معه^١.

¹ "It is the conclusion of the Tribunal that the Respondent breached the standard of fair and equitable treatment because: (a) it fundamentally changed the legal framework on the basis of which the Respondent itself had solicited investments and the Claimant had made them, (b) no meaningful negotiations took place for the two years that passed between the adoption of the Measures and the sale of Transener 's shares by the Claimant, and (c) the Respondent required that Transener renounce to the legal remedies it may have as a condition to renegotiate the Concession",....The Tribunal's conclusion that the Respondent has been in breach of the Treaty cannot ignore the context in which the Measures were taken. The determination of the Tribunal must take into account all the circumstances and in so doing cannot be oblivious to the crisis that the Argentine Republic endured at that time. What is fair and equitable is not an absolute parameter. What would be unfair and inequitable in normal circumstances may not be so in a situation of an economic and social crisis. The investor may not be totally insulated from situations such as the ones the Argentine Republic underwent in December 2001 and the months that followed. For these reasons, the Tribunal concludes that the breach of the fair and equitable treatment standard did not occur at the time the Measures were taken on January 6, 2002 but on June 25, 2002 when the Respondent required that companies such as the Claimant renounce to the legal remedies they may have recourse as a condition to re-negotiate the

يُستنتج من هذه القضية أن هيئة التحكيم راعت ظروف الدولة المضيفة ولم تجد أن تغيير الإطار القانوني في ظل تلك الظروف يشكل انتهاكاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، بل كان اشتراط المدعى عليه (الدولة المضيفة) على المدعي ترك سبل الانتصاف المحلية حتى يقبل التفاوض معه هو السبب في الانتهاك، فالمعيار في هذه القضية لم يحم المستثمر من التغيير الحاصل بسبب الظروف الطارئة.

ولكن حاولت الأرجنتين في هذه القضية أن تعفي نفسها من المسؤولية فادعت أن الإجراءات التي اتخذتها كانت بسبب الأزمة التي مرت بها، وكانت هي الطريقة الوحيدة لتفادي الخطر الذي يهدد مصالحها، وأشارت إلى الشروط الواردة في المادة ٢٥ من مواد لجنة القانون الدولي المتعلقة بالمسؤولية الدولية^١، وبأن الأزمة كان سببها العديد من العوامل الخارجية ولم تكن هي السبب في إحداثها، وأنه لا يوجد نص في اتفاقية الاستثمار يلغي حالة

Concession", National Grid plc v The Argentine Republic, UNCITRAL, Award, 3 November 2008. Paras. 179– 180. Available on: [http:// www.italaw.com/documents/NGvArgentina.pdf](http://www.italaw.com/documents/NGvArgentina.pdf).

^١ "١- لا يجوز لدولة أن تحتج بالضرورة كمبرر لنفي عدم المشروعية عن فعل غير مطابق للالتزام دولي لتلك الدولة إلا في الحالتين الآتيتين:

أ- في حالة كون هذا الفعل هو السبيل الوحيد أمام هذه الدولة لصون مصلحة أساسية من خطر جسيم وشيك يتهدها؛ ب- في حالة كون هذا الفعل لا يؤثر تأثيراً جسيماً في مصلحة أساسية للدولة أو للدول التي كان الالتزام قائماً تجاهها، أو للمجتمع الدولي ككل.

٢- لا يجوز في أية حال أن تحتج دولة بالضرورة كمبرر لنفي عدم المشروعية:

أ- إذا كان الالتزام الدولي المعني ينفي إمكانية الاحتجاج بالضرورة؛ أو

ب - إذا كانت الدولة قد أسهمت في حدوث حالة الضرورة، الجمعية العامة للأمم المتحدة".

الضرورة^١، وعندما نظرت هيئة التحكيم إلى إمكانية استفادة الأرجنتين من حالة الضرورة من أجل إعفائها من المسؤولية، رأت أن الأزمة سببها عوامل داخلية فضلاً عن العوامل الخارجية، وبأنها أيضاً أسهمت بخلق تلك الحالة، فاستنتجت أنه: "بعد إيجاد الدليل بأن المدعى عليه أسهم إسهاماً كبيراً في إحداث الأزمة، لسنا بحاجة للنظر هل كانت حالة الضرورة المزعومة من قبل المدعى عليه تتوافر فيها الشروط الأخرى المنصوص عليها في المادة ٢٥، فعدم تلبية أحد الشروط يكون سبباً كافياً لرفض دفاعها بموجب حالة الضرورة"^٢.

وفي قضية *Sempra Energy* ضد الأرجنتين، وكان من بين ادعاءات المستثمر انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، رفضت هيئة التحكيم أيضاً دفاع الأرجنتين بأنها كانت تمر بظروف استثنائية (مع أنها أخذت بالحسبان وجود الأزمة)، ورأت أنها انتهكت المعيار فاستنتجت أنه: "حتى لو افترضنا أن نية المدعى عليه كانت حسنة، فلا يوجد شك أن هناك انتهاكاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة بموجب الاتفاقية، فهي لم تلتزم بالمعيار الوارد في المادة الثانية ٢/أ إلى الحد الذي أدى إلى الإضرار بحقوق المستثمر؛ وذلك يستوجب

¹ National award, Op, cit, Paras. 206 – 207– 210.

² "Having found that the Respondent's own evidence shows that its contribution to the crisis was substantial, the Tribunal does not need to address whether the state of necessity alleged by the Respondent meets the other conditions set forth in Article 25 of the Draft Articles for its admissibility since these are listed as cumulative conditions: failure to meet any of them is sufficient ground to reject the necessity defense" ,Ibid, Para.262.

التعويض"^١، وتابعت أن: "مسألة ما إذا كانت ظروف الأزمات تؤدي إلى تخفيض المعايير المحددة لصالح الدولة المضيفة بموجب الاتفاقيات وقانون الاستثمار قد نُوقِشتُ مناقشةً واسعةً من قبل عددٍ من الخبراء عندما بررت الأرجنتين موقفها بأنها كانت تمر بحالة الطوارئ، فيجوز للحكومات أن تتخذ بعض الإجراءات اللازمة لإعادة النظام العام في مثل تلك الظروف، وإن كان ذلك مسموحاً لها بموجب قانون الاستثمار الدولي، إلا أنها يجب أن تعوض المستثمرين عند الإضرار باستثماراتهم"^٢، وتابعت بأنها: "لا تعتقد بأن المسألة هنا متعلقة بتخفيض مجموعة من معايير الحماية بموجب الاتفاقية أو القانون، فالأسلوب الذي يجب أن يطبق القانون فيه لا يمكن تجاهل الحقائق الناتجة عن الأزمة، بما في ذلك، تأثير الأزمة في المهام الطبيعية في أي مجتمع، وهذا هو

¹ "Even assuming that the Respondent was guided by the best of intentions, what the Tribunal has no reason to doubt, there has here been an objective breach of the fair and equitable treatment due under the Treaty. The Tribunal thus holds that the standard established in Article II(2)(a) of the Treaty has not been observed and that to the extent that it results in a detriment to the Claimants' rights it will give rise to compensation", *Sempra award*, Op, cit, Para. 304.

ويجدر بالذكر أنه أُخذ بهذا الرأي أيضاً في قضية

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Award No .ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, Para. 268. Available on: [http:// www.italaw.com/documents/Enron-Jurisdiction.pdf](http://www.italaw.com/documents/Enron-Jurisdiction.pdf)

¹ Ibid, Para. 396.

² Ibid, Para. 396.

مقياس العدالة الذي ينبغي لهيئة التحكيم استخدامه، ووفقاً لذلك ستأخذ بحسبانها ظروف الأزمة التي تمر بها الأرجنتين عند تحديد التعويض".¹

وكذلك رأينا في القضيتين CMS و LC&E، أيضاً قرار هيئات التحكيم بأن الأرجنتين قد انتهكت معيار المعاملة العادلة والمنصفة على الرغم من حالة الضرورة التي كانت تمر بها، بيد أنه في قضية LC&E أعفيت الأرجنتين من المسؤولية (كما سنبين لاحقاً عند دراسة التعويض عن الضرر الذي سببه انتهاك المعيار) فقد طُلب من المدعي إثبات أن الدولة المضيفة أسهمت في خلق الأزمة، ولم يُطلب من الأرجنتين إثبات عكس ذلك، فاستتجت أنه: "يجب على الدولة أن لا تسهم في خلق حالة الضرورة، فمن المنطقي إذا أسهمت بخلقها يمتنع عليها أن تتذرع بها.... وترى هيئة التحكيم أولاً: لم ينجح المدعي في إثبات أن الأرجنتين قد أسهمت بإحداث الأزمة الخطيرة التي واجهت البلاد. ثانياً: بدت رغبة الأرجنتين واضحة بتخفيف وطأة الأزمة بكافة الوسائل المتاحة لها وذلك بناءً على الموقف الذي اتخذته".²

¹ "The Tribunal does not believe that the issue here is one of lowering the standards of protection set under the Treaty or the law. This being said, however, the manner in which the law has to be applied cannot ignore the realities resulting from a crisis situation, including how a crisis affects the normal functioning of any given society. This is the measure of justice that the Tribunal is bound to respect. The Tribunal will accordingly take into account the crisis conditions affecting Argentina when determining the compensation due for the liability found in connection with the breach of the Treaty standards". Ibid, Para 297.

² "The State must not have contributed to the production of the state of necessity. It seems logical that if the State has contributed to cause the

وقد استنتج Tudor أن الرأي الغالب يؤيد النهج المطلق للاستقرار؛ لأن المعايير التي وضعت لحالة الضرورة المنصوص عليها في القانون الدولي ليست مناسبة للقانون الدولي للاستثمارات، فهي معايير صارمة ومن الصعب نجاح بعض الادعاءات بالاعتماد عليها، فقانون الاستثمار يتطلب مفاهيم مرنة تلائم ظروف كل قضية على حدة وتأخذ بالحسبان ظروف الدولة الاستثنائية مع بقاء بعض الضمانات للمستثمر¹.

وقد إنْتَقَدَ هذا النهج من قبل بعض الفقه، بأنه ينكر حق الدول المضيفة في اتخاذ التدابير اللازمة لتستوعب حالة الضرورة التي قد تواجهها، فلا يمكن تصور أن يتوقع المستثمر الاستقرار القانوني في مثل تلك الظروف وأن يكون توقعه هذا مشروعاً². وجدير بالذكر في هذه المسألة استنتاج محكمة العدل الدولية في قضية Elsi (الولايات المتحدة ضد إيطاليا) بأن: "الحق في السيطرة وإدارة الأعمال لا يمكن أن يفسرا بأنهما مضمونان ولن يتأثرا أبداً، فكل نظام

emergency, it should be prevented from invoking the state of necessity..... The Tribunal considers that, in the first place, Claimants have not proved that Argentina has contributed to cause the severe crisis faced by the country; secondly, the attitude adopted by the Argentine Government has shown a desire to slow down by all the means available the severity of the crisis", LC&E award, Op, cit, Para. 256.

¹ Tudor, Op, cit, p. 226.

²Caroline Henckels, Proportionality and the Standard of Review in Fair and Equitable Treatment Claims: Balancing Stability and Consistency with the Public Interest, published by the Society of international Economic Law, with the support of the University of Missouri Kansas City School of Law, 2012. P. 6.

قانوني يجب أن ينص (مثلاً) على الحق في التدخل في حالات الطوارئ أو ما شابهها"^١.

كما أنه من الصعب القول إنَّ الدولة المضيفة تتوي أن تضمن الاستقرار في حالات الطوارئ المحلية جميعها، فتبقى هنالك حالات ومخاطر تستوجب على الدولة المضيفة التدخل السريع ولا بدَّ من أخذها بالحسبان مثلاً: بعض المخاطر التي تؤثر في صحة الإنسان وتضر البيئة^٢.

نستنتج مما سبق أن هيئات التحكيم عدَّت انتهاك الدولة المضيفة لتوقعات المستثمر المشروعة انتهاكاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، وإن كان بعضها أخذ بنهج واسع وعدَّ أي انتهاك لتوقع المستثمر ينتهك المعيار، إلا أن بعضها الآخر قيدها بشروط معينة، وحاول تحقيق الموازنة بين حق الدولة المضيفة بتنظيم أمورها (بحسن النية) وهذا أمر مهم جداً لكل من البلدان النامية التي تسعى دوماً للتطور وأيضاً للمستثمر الأجنبي في عدم الإضرار باستثماره، وحالة الضرورة (في الأغلب) لا تؤخذ بالحسبان عند النظر إلى انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة وذلك بحسب ظروف القضية وما تراه هيئة التحكيم .

1"the right [to control and manage a business] cannot be interpreted as a sort of warranty that the normal exercise of control and management shall never be disturbed. Every system of law must provide, for example, for interference with the normal exercise of rights during public emergencies and the like", Elettronica Sicula S.p.A. ELSI (US v. Italy), ICJ Rep 15, Judgment of 20 July 1989, Para. 74. Available on:

<http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>.

² Henckels, Op, cit, p. 6.

المطلب الثاني

المعاملة العادلة والمنصفة وانتهاك بند الالتزامات التعاقدية

تلجأ الدول في بعض اتفاقيات الاستثمار إلى النص على بند المظلة 'Umbrella Clause'، وهو البند الذي يحتم على الأطراف المتعاقدة في اتفاقية استثمار احترام سائر التزاماتها المتعلقة باستثمارات كل منهما بموجب تلك الاتفاقية، مثل العقد الذي قد تبرمه الدولة المضيفة مع المستثمر الأجنبي. ويخضع هذا البند للقانون المحلي للدولة المضيفة، وهو يحمي المستثمر من أي تدخل في حقوقه التعاقدية، سواء أكان هذا التدخل ناتجاً عن انتهاك العقد ذاته، أو عن انتهاك قانون تشريعي أو إداري متعلق به، وسواء بلغ الانتهاك نزع الملكية أم لم يبلغها^٢.

^١ يعود ظهور هذا البند إلى عام ١٩٥٦ في مشروع الاتفاقية الدولية للحماية المتبادلة لحقوق الملكية الخاصة في الدول الأجنبية في المادة ٤ (٣)، ثم ورد ذكره في عام ١٩٥٩ في المادة ٢ (٤) من مشروع اتفاقية الاستثمارات في الخارج، أما بشأن الالتزامات التي يحميها هذا البند وما إذا كانت تقتصر على الالتزامات التعاقدية فقط أم تمتد إلى غيرها من الالتزامات (الالتزامات الأحادية الجانب من قبل الدولة المضيفة)، فلا يوجد توافق في الفقه على ذلك، إلا أن رأي الأغلبية هو أن هذا البند يحمي الالتزامات التعاقدية فقط، وقد سمي ببند المظلة؛ لأنه يضع الالتزامات التعاقدية تحت المظلة الحماية لاتفاقيات الاستثمار، فقد تتغير طبيعة انتهاك الالتزام التعاقدية (من انتهاك التزام محلي) إلى انتهاك اتفاقية الاستثمار (إلى انتهاك دولي) إذا كانت صياغة هذا البند واسعة، وبالتالي يتحول اختصاص النظر في انتهاك العقد إلى قواعد التحكيم المنصوص عليها في اتفاقية الاستثمار الأساسية، بالرغم من أن هذا الانتهاك (غالباً) هو من اختصاص المحكمة الوطنية المنصوص عليها في العقد. لمزيد من التفاصيل راجع:

Yannaca-Small, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements", OECD working papers on international investment 2006/03, pp.5-8.

² Klager, Op, cit, p. 299.

وهو يصاغ (في أغلب الأحيان) كما في المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين باكستان وسويسرا عام ١٩٩٥:

"يراعي كل من الطرفين المتعاقدين أي التزام التزم به فيما يتعلق باستثمارات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر في إقليمه".

وآلية بند المظلة لحماية الالتزامات التعاقدية تُغير طبيعة انتهاكات العقد بين المستثمر والدولة من انتهاك التزام تعاقدي إلى انتهاك اتفاقية الاستثمار، لكن هذه الآلية لم تلقَ قبولاً عاماً من الهيئات الدولية^١.

ففي قضية Duke Energy ضد الإكوادور، استنتجت هيئة التحكيم أن: "انتهاك العقد لا يرقى في حد ذاته إلى انتهاك الاتفاقية، وهذا أمر طبيعي لأن كل انتهاك مختلف عن الآخر، ويخضع لقواعد مختلفة"^٢.

وفي قضية Bayindir ضد باكستان استنتجت هيئة التحكيم أيضاً أن: "انتهاك العقد ليس شرطاً ضرورياً وكافياً لانتهاك المعاهدة"^٣.

وفي قضية SGS Société Générale ضد باكستان، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار بين باكستان وسويسرا، لم تقدم هيئة التحكيم أي استنتاج بشأن

¹ Tudor, Op, cit, pp. 193– 194.

² "In and of itself the violation of a contract does not amount to the violation of a treaty. This is only natural since treaty and contract breaches are different things, responding to different tests, subject to different rules", Duke Energy award, op, cit, Para. 342.

³ "that a breach of contract is neither a necessary nor a sufficient condition for a breach of treaty", Bayindir award, op, cit, Para. 139.

بند المظلة، إذ رفضت الهيئة اختصاصها فيما يتعلق بادعاءات العقد واحتفظت فقط بالانتهاكات المتعلقة بحماية الاستثمارات التي تصل إلى انتهاك دولي؛ لأنها رأت أن صياغة هذا البند لا تتسم بالوضوح الكافي لينتقل الاختصاص إليها (أي اختصاص النظر في ادعاء انتهاك العقد)^١.

وفي قضية Impregilo ضد الباكستان، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار بين باكستان وإيطاليا، كان المدعي وقع عدة عقود مع الدولة المضيفة لبناء قنوات للمياه وخطوط السكك الحديدية، إدّعي بأن الدولة انتهكت المادة ٢/٢ من اتفاقية الاستثمار التي تمنح المعاملة العادلة والمنصفة بانتهاكها التزاماتها الواردة في تلك العقود، بما في ذلك التأخير في إصدار التعليمات المفصلة والموافقات الضرورية، بيّنت هيئة التحكيم أن: "ادعاء انتهاك العقد لا يبلغ ادعاء انتهاك الاتفاقية، حتى لو تزامنا معاً إلا أنهما يظان مختلفين من الناحية التحليلية"^٢.

¹ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Award No. ARB/01/13, Jurisdiction, 6 August 2003. Paras. 166- 167- 168- 190. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf>.

²"that a breach may give rise to a contract claim does not mean that it cannot also – and separately – give rise to a treaty claim. Even if the two perfectly coincide, they remain analytically distinct", Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Award No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, Para. 258. Available on:

<http://www.italaw.com/documents/impregilo-decision.pdf>

نستنتج مما سبق أن بعض هيئات التحكيم لم تقبل بلوغ انتهاكات العقود إلى انتهاك اتفاقية الاستثمار، ولكن أحياناً تُرفع ادعاءات بانتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة لعدة أسباب من بينها انتهاك الدولة عقدها مع المستثمر، فإذا قُبِلَ هذا الادعاء فذلك يعني بلوغ انتهاك العقد انتهاكاً لأحد بنود اتفاقيات الاستثمار بشكل غير مباشر فهل يمكن عدُّ انتهاك العقد انتهاكاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة؟

في الواقع هيئات التحكيم لم تتخذ موقفاً واحداً من هذه المسألة، فبعضها رأت أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يتضمن احترام الالتزامات التعاقدية، وعدم احترام هذه الالتزامات يعد انتهاكاً له، وبعضها الآخر لم تقبل بذلك .
ففي قضية Noble Ventures ضد رومانيا، استنتجت هيئة التحكيم أنه: "بالنظر إلى موقع بند المعيار (أي معيار المعاملة العادلة والمنصفة) نجد أنه أكثر عمومية ويجد تطبيقاً له في جملة أمور من بينها.... احترام الالتزامات التعاقدية"¹.

وفي قضية Mondev International Ltd ضد الولايات المتحدة، بينت هيئة التحكيم بوضوح أن الحماية الممنوحة بموجب المادة ١١٠٥/١ من اتفاقية NAFTA تشمل ادعاءات العقود، إذ استنتجت أن: "انتهاك عقود الاستثمار من قبل الحكومة يبدو متناقضاً مع المبادئ المنصوص عليها في المادة

¹ "Considering the place of the fair and equitable treatment standard at the very beginning of Art. II(2), one can consider this to be a more general standard which finds its specific application in inter the obligation to observe contractual obligations towards the investor", Noble award, Op, cit, Para. 182.

١/١١٠٥ من الاتفاقية ومع المعايير المعاصرة للقوانين المحلية والدولية المتعلقة بمسؤولية الحكومة عن أداء التزاماتها التعاقدية"^١.

وفي قضية Ceskoslovenska Obchodni Banka ضد سلوفاكيا، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار بين التشيك وسلوفاكيا، كان من بين الادعاءات المقدمة من قبل الشركة التشيكية التي كانت قد وقعت عقداً مع الدولة المضيفة، انتهاك سلوفاكيا لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة لخرقها أحد بنود العقد المبرم بينهما؛ وذلك بسبب رفضها أداء الديون المترتبة عليها بموجبه، استنتجت هيئة التحكيم أنه: "يؤدي مثل هذا التصرف إلى انتهاك مبدأ حسن النية والمادة ٢/٢ من اتفاقية الاستثمار الثنائية (وهي المادة التي تمنح معيار المعاملة العادلة والمنصفة)"^٢.

¹ "....a governmental prerogative to violate investment contracts would appear to be inconsistent with the principles embodied in Article 1105 and with contemporary standards of national and international law concerning governmental liability for contractual performance....." Mondev award, Op, cit, Para. 134.

² "....Such a behavior would represent a gross violation of the principle of good faith and of Article 2(2) of the BIT, resulting in a breach of the Consolidation Agreement", Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. v. The Slovak Republic, ICSID Award No. ARB/97/4, Final Award, 29 December 2004, Para. 153. Available on:

http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0146_0.pdf

وفي قضية SGS Société ضد الفلبين، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار بين سويسرا والفلبين^١، اعترفت هيئة التحكيم اعترافاً غير مباشر أن انتهاك الدولة المضيفة للالتزامات العقد بينها وبين المستثمر يؤدي إلى انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، فاستنتجت أن: "الرفض غير المبرر لدفع المبالغ بموجب العقد يثير على الأقل قضايا قابلة للنقاش بموجب المادة الرابعة (التي تمنح المعاملة العادلة والمنصفة) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الدولتين"^٢. نلاحظ في هذه القضايا أن بعضها تركت الباب مفتوحاً أمام إمكانية بلوغ انتهاك العقد انتهاكاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة وإن لم تصرح تصريحاً مباشراً بذلك، وبعضها الآخر قررت ذلك تقريراً واضحاً، لكن بالمقابل هناك قضايا أخرى رفضت فيها هيئات التحكيم عدّ انتهاك العقد انتهاكاً للمعيار.

ففي قضية Eureko ضد بولندا، رفضت هيئة التحكيم مساواة معيار المعاملة العادلة والمنصفة ببند احترام الالتزامات التعاقدية (بند المظلة) الذي نص عليه

^١ تتلخص تفاصيل النزاع بتوقيع شركة SGS (هي من الشركات الرائدة في سويسرا التي تقوم بجميع العمليات المتعلقة بتفتيش الصادرات والواردات والتحقق من مطابقتها للمواصفات المسموح بها، وتسهم بتطوير الجمارك) عقداً مع الفلبين بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الدولتين، من أجل الإشراف على عمليات الاستيراد، وبعد بدء الشركة بالعمل امتنعت الفلبين عن أداء التزاماتها بموجب العقد المبرم بينهما، فقدمت شركة المدعي عدة ادعاءات من بينها انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

² "an unjustified refusal to pay sums admittedly payable under an award or a contract at least raises arguable issues under Article IV" [containing the FET standard]", SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6 Jurisdiction, 29 January 2004, Para. 162. Available on: [http:// www.italaw.com/documents/SGSvPhil-final_001.pdf](http://www.italaw.com/documents/SGSvPhil-final_001.pdf).

في المادة ٥/٣ من الاتفاقية إذُ استنتجت أن: "البند المنصوص عليه في المادة ٥/٣ لا يمكن مساواته بالبند الأخرى الموجودة في الاتفاقية من معيار المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والأمن الكاملين، وبند الدولة الأولى بالرعاية، بل على النقيض من ذلك، يجب أن يفسر البند بشكل منفصل".^١

وفي قضية Waste Management ضد المكسيك، كان بين الادعاءات المرفوعة انتهاك العقد الذي عده المدعي انتهاكاً للمادة ١١٠٥ المتضمنة لمعيار المعاملة والمنصفة بسبب امتناع بلدية مدينة Acapulco عن دفع ديونها، واستنتجت هيئة التحكيم فيما يتعلق بهذه النقطة أنه: "حتى باستمرار عدم دفع الديون من قبل البلدية لا يوجد انتهاك للمادة ١١٠٥ من اتفاقية NAFTA، بشرط أن لا تبلغ المماطلة عن الدفع رفضاً تاماً وغير مبرر، وذلك لأن سبل الانتصاف المحلية كانت مفتوحة للمدعي لمعالجة المشكلة".^٢

¹ "It follows that the effect of Article 3.5 in this proceeding cannot be overlooked, or equated with the Treaty's provisions for fair and equitable treatment, national treatment, most-favored-nation treatment, deprivation of investments, and full protection and security. On the contrary, Article 3.5 must be interpreted to mean something in itself", Eureko award, Op, cit, Para. 249.

² "...even the persistent non-payment of debts by a municipality is not to be equated with a violation of Article 1105, provided that it does not amount to an outright and unjustified repudiation of the transaction and provided that some remedy is open to the creditor to address the problem", Waste Management award, Op, cit, Para. 115.

وفي قضية Impregilo، استنتجت هيئة التحكيم أنه: "فيما يتعلق بالانتهاكات الأخرى المتعلقة بالعقود، فإن هيئة التحكيم حالياً ليست بوضع يسمح لها أن تقرر إذا كان هناك انتهاك للمادة ٢/٢ من اتفاقية الاستثمار الثنائية (التي تمنح معيار المعاملة العادلة والمنصفة) خصوصاً في حالة غياب معلومات واقعية ومفصلة، إلا بعد دراسة متأنية لتلك الانتهاكات المزعومة، عندها تكون قادرة على تحديد: هل ذهب سلوك باكستان أبعد من أن يقوم به طرف متعاقد عادي، عندها يشكل معاملة غير عادلة وغير منصفة؟"^١

يتبين من القضيتين السابقتين أن الخرق البسيط للعقد لا يشكل انتهاكاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة؛ لأن الدولة المضيفة لم تستخدم امتيازاتها كدولة عند حدوث ذلك الانتهاك، فمن المعروف عند توقيع الدولة عقوداً مع جهات خاصة، يجب أن تتصرف كطرف متعاقد عادي لتتساوى مع الطرف الآخر، وإذا استخدمت الدولة المضيفة امتيازاتها وأدى ذلك إلى انتهاك العقد وحدث ضرر للمستثمر تكون الدولة مسؤولة عنه.^٢

¹ 'Other Treaty Claims under Article 2 (2): With respect to the other alleged breaches of the Contracts, in the absence of detailed factual information, the Tribunal is not presently in a position to decide whether or not these could be considered as breaches of Article 2(2) of the BIT. Only after a careful examination of those alleged breaches will the Tribunal be able to determine whether the behaviour of Pakistan went beyond that which an ordinary Contracting party could have adopted, and constituted "unfair and inequitable treatment....", Impregilo award, op, cit, Para. 270.

² Tudor, Op, cit, p.199.

نستنتج من القضايا السابقة أن هيئات التحكيم لم تتفق فيما بينها على أن يكون لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة أثر بند المظلة في حماية الالتزامات التعاقدية وتُغير طبيعتها من التزام داخلي إلى التزام دولي.

المبحث الثاني

تقرير انتهاك المعاملة العادلة والمنصفة وأثره

عند توافر أسباب انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، تتأكد هيئات التحكيم من تحقق بعض الشروط لكي تقرر نهائياً انتهاك المعيار، وبعد التقرير بوجود انتهاك من قبل الدولة المضيفة للمعيار تلقت إلى مدى مسؤولية الدولة عن هذا الانتهاك والتعويض عنه بطرائق مختلفة، وعلى هذا سنتناول في هذا المبحث تقرير هيئات التحكيم انتهاك الدولة المضيفة لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة أو عدم انتهاكه والعوامل التي تساعد في ذلك، ومن ثم نتناول آثار انتهاك هذا المعيار.

المطلب الأول

شروط تقرير انتهاك المعاملة العادلة والمنصفة

حتى تقرر هيئات التحكيم التي تنتظر في القضايا التي ترفع أمامها انتهاك بند من بنود اتفاقية الاستثمار المعنية (بما في ذلك بند المعاملة العادلة والمنصفة)، ينبغي عليها أن تنتظر في ظروف القضية ووقائعها والأدلة المقدمة من الطرفين، وكذلك يرى بعض الفقه أنه يجب على هيئات التحكيم أن تأخذ في حسابها بعض الشروط أو عوامل معينة عند تقرير انتهاك المعيار: فقد رأى Tudor أنه ينبغي على هيئة التحكيم قبل أن تصدر قرارها النهائي التأكد من توافر أربعة شروط عدّها مهمة، بالرغم من عدم وجود اعتراف رسمي بها، لأنه

لا تنص أي اتفاقية استثمار عليها^١. ويمكن أن تُستنتج تلك الشروط من بعض قرارات هيئات التحكيم وهي:

١ - وجود إجراءات منسوبة إلى الدولة المضيفة:

حتى تعد الدولة المضيفة مسؤولة عن الضرر الحاصل للمستثمر لابدّ من وجود فعل أو إغفال عنه من قبلها، ونسبة الفعل إليها، ولا بدّ أن يكون الفعل مقصوداً، فإذا كان تصرفها بناء على سبب خارجي لا تستطيع الدولة السيطرة عليه، عندئذ تكون غير مسؤولة عن الضرر.

ففي قضية cami ضد المكسيك التي رفعت بموجب اتفاقية NAFTA (بين الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك)^٢، كان من بين الادعاءات انتهاك الدولة لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة بسبب عدم التزامها بتنفيذ اللوائح التي كانت قد أصدرتها، رفضت هيئة التحكيم الادعاء لعدة أسباب منها عدم نسبة الإجراءات إلى الدولة المضيفة وحدها، فاستنتجت أن: "عدم التزام الدولة بقانونها الخاص بشكل أثر سلبياً في المستثمر لا يشكل انتهاكاً للمادة ١/١١٠٥ فالحكومة المكسيكية لم تكن مسؤولة وحدها عن إصدار جوانب مهمة لبرنامج السكر....ومن المستحيل الاستنتاج بأن عدم نجاح ذلك البرنامج

¹Tudor, Op, cit, p. 134.

^٢ تتلخص تفاصيل النزاع بقيام شركة cami (وهي شركة سكر أمريكية) بشراء أغلبية أسهم إحدى شركات السكر الكبرى في المكسيك، ولكن بعد مدة من الزمن قامت السلطات المكسيكية بتعديل المرسوم المتعلق بتنظيم صناعة السكر، حيث خفّضت بموجب ذلك المرسوم أسعار السكر ومنتجاته، وكانت شركة cami قد اشترت المواد الأولية بأسعار مرتفعة، مما أدى إلى خسارتها، وازدياد ديونها، وبالتالي أصبحت غير قادرة على دفع قروضها؛ لذلك صدر قرار من السلطات المحلية يسمح بإعادة هيكلة ديونها، فصودرت شركة cami، لذلك تقدمت هذه الأخيرة بعدة ادعاءات بما في ذلك معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

يمكن نسبه مباشرة إلى الحكومة، أو الاستنتاج بأنها هي السبب في ضرر المستثمر".^١

وقد يكون فعل واحد من قبل الدولة المضيضة غير كافٍ بحد ذاته ليعُدَّ انتهاكاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، بل عدة أفعال مجتمعة، فيمكن للمستثمر أن يستفيد من خلال عرض سجل مفصل للأعمال أو التقصير فيها من قبل الدولة المضيضة التي يعدها مسؤولية مسؤولية مباشرة عن الأضرار التي تعرض لها، بدلاً من التركيز على فعل واحد، والمسألة التي يجب على هيئات التحكيم أن تتأكد منها هي: هل كان الفعل منسوباً إلى الدولة المضيضة؟ كما يجب عليها تحديد العلاقة بين الوكالات الرسمية المختلفة والإدارة المركزية؛ لأن هذه المسألة مهمة في مجال قانون الاستثمار الدولي".^٢

٢ - وجود ضرر لحق بالمستثمر:

الشرط الثاني لنجاح الادعاء بانتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة هو وجود خسارة أو ضرر لحق بالمستثمر، والضرر يجب أن يكون محدداً، فلا يجوز للمستثمر أن يدعي بضرر عام غير محدد.

¹ ".....a government's failure to implement or abide by its own law in a manner adversely affecting a foreign investor may but will not necessarily lead to a violation of Article 1105..... The Mexican government was not the only actor in important aspects of the Sugar Program..... It is impossible to conclude that the failures in the Sugar Program were both directly attributable to the government and directly causative of GAMI's alleged injury", Gami Investments, Inc. v. Mexico, Final Award, 15 November 2004. Paras. 91- 110. Available on:

http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0353_0.pdf

²Tudor, Op, cit, p. 137.

ففي قضية Gami رأَت هيئة التحكيم أنه: "الدَّعِي من قبل المستثمر بأن استثماره قد دُمِّر تدميراً كاملاً وهذا غير صحيح، فهو لم ينجح في إثبات ذلك ليس فقط بموجب ادعائه بنزع الملكية، بل حتى فيما يتعلق بالمادة ١١٠٥ لم يُحدِّد الضرر المدعى به الناشئ عن الأفعال المعنية"^١، فكان من أحد أسباب رفضها ادعاء انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة هو أن الضرر لم يكن مفصلاً ومحددًا، وهذا ربما لأن هيئة التحكيم عدَّتْ عدم تحديد الضرر من قبل المدعي محاولةً منه للحصول على تعويض لا يتناسب وما لحق به من ضرر.

٣- العلاقة السببية المباشرة بين الضرر وتصرف الدولة:

الشرط الثالث هو وجود صلة سببية مباشرة بين الفعل أو الامتناع عنه قبل الدولة المضيقة والضرر الذي لحق بالمستثمر؛ ولأن هذا الاتصال المباشر بين الفعل والضرر هو سمة طبيعية ويجري التحقق منه تلقائياً من قبل هيئات التحكيم لذا لا توجد قضايا تحكيمية قامت بتحليل هذه النقطة تحليلاً مباشراً، فعند عدم وجود هذه الصلة ترفض هيئة التحكيم الادعاء^٢.

٤- الإثبات من قبل المستثمر:

يقع على عاتق المستثمر تقديم دليل واضح على أنه لم يَتَلَقَّ المعاملة العادلة والمنصفة وأن الفعل أو الامتناع عنه كان له تأثير سلبي على استثماره، وأن

¹ "GAMI rather proceeds on the basis that the entire value of its investment has been destroyedGAMI's failure to make good on its claim of total destruction will be dealt with in detail below when examining its claim of expropriation. But also with respect to the Article 1105 claim it must be noted that GAMI has not sought to quantify the alleged prejudice arising from particular alleged acts or omissions", Gami award, Op, cit, Para. 84.

² Tudor, Op, cit, p. 138.

يقوم بتفسير الدليل بشكل واضح، إذ تنص القاعدة ٣٤ فقرات ١/٢ من قواعد تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار: "يجب أن تُقيم هيئات التحكيم أي دليل له قوة ثبوتية يعرض عليها، ويجوز للمحكمة (إذا رأت ذلك ضرورياً في أي مرحلة من مراحل الدعوى) أ- دعوة الطرفين لتقديم مستندات وشهود وخبراء، ب- زيارة أي مكان له علاقة بالنزاع أو إجراء تحقيقات فيه".^١

ويجب أن تأخذ في الحسبان فضلاً عن الدليل المقدم من قبل المستثمر الصياغة الدقيقة لبند المعاملة العادلة والمنصفة الذي يستند إليه الادعاء، بيد أن هناك خطأ يُرتكب من قبل المستثمرين هو عدم التدقيق في بنود اتفاقيات الاستثمار أو تشريع الدولة المضيفة المتعلق بحماية المستثمرين إلا عند قيام نزاع بينه وبين الدولة المضيفة.^٢

وفضلاً عن تلك الشروط، رأى Muchlinski أن سلوك المستثمر أيضاً يعد من الأمور المهمة التي قد تؤخذ بالحسبان عند تقرير انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة وعند تحديد العلاقة بين سلوك الدولة المضيفة والضرر المدعى به، وحتى في تحديد التعويض عن الانتهاك، فلربما تجد الدولة المضيفة أدلة من

¹ Rule 34 -(١) The Tribunal shall be the judge of the admissibility of any evidence adduced and of its probative value.

(٢) The Tribunal may, if it deems it necessary at any stage of the proceeding:

(a) call upon the parties to produce documents, witnesses and experts; and

(b) visit any place connected with the dispute or conduct inquiries there

قواعد تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمارات ICSID القاعدة ٣٤.

² Tudor, Op, cit, pp. 138- 139.

تصرف المستثمر يساعدها على الدفاع عن أعمالها التنظيمية، لذا يجب على المستثمر أن يمتنع عن السلوك الخطأ في الممارسة التجارية، ووفقاً لذلك، فإن الغش والتحريف وإساءة استعمال بعض الميزات من قبل المستثمر قد يؤدي إلى تبرير أي إجراء تتخذه الدولة المضيفة ضد استثماره، وقد يُبرر حتى الإنهاء التام للاستثمار بشرط أن يكون رد الدولة المضيفة على تصرف المستثمر متكافئاً¹. بيد أن بعض الفقه نقد بشدة ما ذهب إليه Muchlinski ببيان أنه عند التمعن برأيه يظهر انطباع لدى المرء أنه من الصعب جداً أن ينجح ادعاء المستثمر بانتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة؛ لأن أي سلوك يصدر منه تجده هيئة التحكيم غير صحيح لن تقرر وجود انتهاك للمعيار، كما أن إعطاء هذه الأهمية لسلوك المستثمر في المراحل كلها غير مرغوب فيه إذ أُخذت بالحسبان عناصر مهمة، وهي:

- ينص على هذا المعيار في أغلب اتفاقيات الاستثمار كالالتزام على عاتق الدولة المضيفة، وهو ليس بنداً في عقد يُحتّم على كل طرف معاملة الآخر معاملة عادلة ومنصفة.

- الهدف الأساسي لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة أن تنشأ بيئة قانونية إيجابية لجذب الاستثمارات الأجنبية وكسب ثقة المستثمرين وليس العكس، لذا هيئات التحكيم التي أخذت أو ستأخذ برأي Muchlinski يجب أن تقرأه من منظور الحاجة الملحة لتحقيق التوازن بين حقوق كل من المستثمرين الأجانب والدول المضيفة والتزاماتهم².

¹ Peter Muchlinski "‘Caveat Investor’? the Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair and Equitable Treatment Standard," 2 Investment Treaty Law: Current Issues vol 55, July 2006, PP.528- 530- 536.

²Tudor, Op, cit, pp. 210- 211.

ومن القضايا التي أخذت بسلوك المستثمر في تحديد انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة قضية Noble Ventures ضد رومانيا (المذكورة سابقاً)، فبعد حصول المدعي على عقد امتياز ادعى بانتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة لعدة أسباب منها تصرف الدولة المضيفة عندما قامت بإعادة تنظيم شركتها، حيث رفضت هيئة التحكيم ادعاءات المستثمر بالاعتماد على سلوك المستثمر، ورأت أن شركة المدعي تتحمل المسؤولية مع السلطة عن إخفاق عملية إعادة التنظيم، وكان من الواضح أنه حتى من دون تلك العملية كانت شركة المدعي سوف تنهار؛ بسبب رفضه المشاركة بأمواله الخاصة في تلك العملية (أي عملية إعادة التنظيم) وتخلفه عن تسديد القرض الذي اقترضه من المصرف المحلي، كما أنه عجز عن إيفاء العمال أجورهم¹، واستنتجت أن: "الإجراءات القضائية (التي اتخذتها الدولة المضيفة) كانت حلاً لمشكلات الشركة، مع أخذها بالحسبان مصالح ٤٠٠٠ عامل من الذين اعتمدوا في كسب قوتهم على الشركة في ذلك الوقت، فتلك الإجراءات كانت عادلة ومنصفة، ولا يوجد انتهاك للمادة الثانية/٢/أ التي تمنح معيار المعاملة العادلة والمنصفة².

وفي قضية Azinian ضد المكسيك، كان المدعي قد صرح للدولة أن لديه خبرة عالية في مجال إدارة المشروع والعمل فيه، وأن مبالغ ضخمة ستستثمر فيه وسيخلق العديد من فرص العمل، لكن في الحقيقة أحد المستثمرين فقط كان

¹ Noble award, Op, cit, Paras. 147- 177.

² "....that the judicial proceedings seemed to be the only solution to an otherwise insoluble situation. Bearing in mind the interests of the approximately 4,000 employees who depended on CSR and their prospects at that time, the initiation of the proceedings was neither unfair nor inequitable..... no violation of Art. II(2)(a) and its fair and equitable treatment standard has occurred". Ibid, Para. 182.

لديه الخبرة في مجال الاستثمار ذي الصلة، وقد إِفْتُتِحَت الشركة التابعة لهم فقط لمدة أربعة عشر شهراً في مدينة لوس انجلوس خلافاً لمزاعمه بأن لديه الخبرة أربعين سنة، فضلاً عن أن المستثمر لم تكن لديه أي موارد خاصة به للبدء بالاستثمار، وقد دخل المدعي في العقد مع الدولة المضيفة بموجب ادعاءات كاذبة لم يستطع الإيفاء بها^١، لذلك رأت هيئة التحكيم أن إنهاء الامتياز يعدُّ مبرراً بسبب قيام المدعي بتقديم بيانات مضللة عن وضعه وعن طريقة عمل الاستثمار، فاستنتجت هيئة التحكيم أنه: "لم تنتهك حكومة المكسيك التزاماتها بموجب اتفاقية NAFTA عند إلغاء العقد.....وترفض الادعاءات المرفوعة جميعها"^٢.

وجدير بالذكر أنه عند تقرير هيئات التحكيم انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، تظهر مسألة مهمة أحياناً، إذ تجري المطالبة بالاعتماد بما استنتجه لجنة تسوية المنازعات في قضية Neer ضد المكسيك^٣ (وذلك في القضايا التي ترفع بموجب اتفاقية NAFTA)؛ وذلك لأنه بموجب هذه الاتفاقية ينظر إلى معيار المعاملة العادلة والمنصفة على أنه جزء من معيار الحد الأدنى للقانون الدولي، وموضوع الاستشهاد هو: هل تغير مستوى انتهاك القانون

^١ Azinian award, Op, cit, Paras. 29- 33-106.

^٢ "Con observes that it comforts the conclusion that the annulment of the Concession Contract did not violate the Government of Mexico's obligations under NAFTA.....and rejecting all contentions to the contrary, the Arbitral Tribunal hereby ", Ibid, Paras. 124- 128.

^٣ القضية كانت بين الولايات المتحدة الأمريكية (المدعى) والمكسيك (المدعى عليه)، وقد رفعت في عام ١٩٢٦ بموجب اتفاقية ثنائية وقّعت بين الدولتين في عام ١٩٢٣ والتي تعطي صلاحية النظر في الادعاءات العامة للطرفين المتعاقدين للجنة تسوية المنازعات التي تنشأ بموجب هذه الاتفاقية.

الدولي العرفي من وقت قضية Neer أم لم يتغير؟ حيث رفعت الولايات المتحدة هذه قضية ضد المكسيك نيابة عن عائلة المسؤول عن عملية التعدين في المكسيك Paul Neer، الذي كان قد أُغتِيل في ظروف غامضة حين عودته إلى منزله في إحدى الأمسيات، فادعت الولايات المتحدة الأمريكية أن الحكومة المكسيكية قد قصرت في واجب التحقيق ومحاكمة المسؤولين ومعاقبتهم، ويجب عليها أن تعوض العائلة تعويضاً مناسباً، وكان النزاع يتركز على التساؤل الآتي: هل أنكرت المكسيك العدالة لعدم قيامها بتحقيقات كافية في تلك الجريمة؟ وفي النهاية استنتجت أن: "الأفعال التي تقوم بها السلطات العامة يجب أن تُقِيم بحسب المعايير الدولية...فإساءة معاملة الأجنبي حتى تُشكل انتهاكاً دولياً يجب أن يصل الفعل إلى سوء النية، والإهمال المتعمد في أداء الواجب، أو قصور الإجراءات الحكومية إلى دون المستويات الدولية التي يمكن أن يُدْرَك القصور فيها بسهولة من قبل أي شخص نزيه وحكيم، سواء أكان القصور قد نشأ عن نقص في تنفيذ قانون معين أو أن قوانين البلاد هي التي لم تشجع السلطات للقياس على المعايير الدولية غير الأساسية".¹

¹ "that the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency. Whether the insufficiency proceeds from deficient execution of an intelligent law or from the fact that the laws of the country do not empower the authorities to measure up to international standards is immaterial", Neer and Pauline Neer (USA) v United Mexican States, 4 Reports of International Arbitral Awards 60 (United Nations) [Neer], 1926, p. 61-62. Available http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf.

ومن القضايا التي طالب المدعي بها تحديد مستوى انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة حسب معيار قضية Neer، قضية Glamis Gold ضد الولايات المتحدة الأمريكية، التي رفعت بموجب اتفاقية NAFTA، تعلقت القضية بحصول شركة تعدين كندية على حقوق استثمار من ولاية كاليفورنيا الأمريكية في أراضيها مدة معينة، ولكن كانت تلك الأراضي قريبة من بعض المناطق المقدسة مما أدى إلى ظهور معارضة شديدة للمشروع، وعندما قدمت الشركة خططها للجهات المسؤولة وافقت عليها بدايةً، إلا أنه في النهاية رُفِضَ المشروع بحجة الآثار الضارة التي قد تترتب عليه، لذا قدمت الشركة ادعاءً إلى هيئة التحكيم بانتهاك الولايات المتحدة معيار المعاملة العادلة والمنصفة بموجب المادة ١١٠٥/١ من الاتفاقية^١، تساءلت هيئة التحكيم فيما إذا كان القانون الدولي العرفي قد تطور منذ وقت قضية Neer أم لم يتطور؟ (إذا قُرِّرَ أنه لم يتطور يكون ذلك لصالح المدعى عليه؛ لأن مستوى الانتهاك يكون مرتفعاً، ولن تقرر بوجود الانتهاك على الأغلب والعكس صحيح)، وكان رأيها أن: "إثبات التطور في العرف ليس سهلاً، ومع أن هذا التطور قد يكون واضحاً في (كثير من الأحيان) من قبل هيئة التحكيم نفسها إلا أن إثبات ذلك يقع على عاتق المدعي"^٢، وفي النهاية وافقت هيئة التحكيم رأي الولايات المتحدة بأن المعيار

^١ Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, Award, 8 June 2009. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case/documents/ita0378.pdf>.

^٢ "...The Tribunal acknowledges that the proof of change in a custom is not an easy matter to establish. In some awards, the evolution of custom may be so clear as to be found by the tribunal itself. In most awards, however, the burden of doing so falls clearly on the party asserting the change", Ibid, Para. 21.

الذي وضع في قضية Neer هو الذي يطبق في انتهاك القانون الدولي العرفي للمادة ١١٠٥ ولم يتطور منذ ذلك الحين، فاستنتجت أنه: "في هذه القضية ترى هيئة التحكيم أن شركة Glamis لم تنجح في إثبات تطور العرف مثلما ادعت، ومع أن الحالات التي عُرِضَتْ على هيئات التحكيم هي أكثر تنوعاً وتعقيداً مما كانت عليه في عام ١٩٢٠، إلا أن معيار الفحص هو معيار قضية Neer ذاته، ونظراً إلى عدم وجود أدلة كافية على حدوث تغيير في العرف، ومازالت أساسيات معيار Neer هي المطبقة اليوم، فحتى يُنتهك معيار القانون الدولي العرفي بموجب المادة ١١٠٥ يجب أن يكون الفعل ظالماً وصادماً بما فيه الكفاية، عندها تنخفض المعايير الدولية المقبولة وتنتهك المادة ١١٠٥ / ١".^١

وقد نقد هذا الرأي القاضي Stephen Schwebel^٢ الذي أبدى استغرابه من الاعتماد على معيار Neer أو استدعائه فلا علاقة له بمعاملة المستثمرين الأجانب واستثماراتهم، وفي رأيه حاولت لجنة تسوية المنازعات التأكيد من نكران

¹"In the instant award, the Tribunal finds that Glamis fails to establish the evolution in custom it asserts to have occurred. It thus appears that, although situations presented to tribunals are more varied and complicated today than in the 1920s, the level of scrutiny required under Neer is the same. Given the absence of sufficient evidence to establish a change in the custom, the fundamentals of the Neer standard thus still apply today: to violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking – so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1)...." Ibid, Para. 22.

^٢ أحد المحكمين في قضية Mondev.

المكسيك للعدالة في تلك القضية، ولم تنتظر هل كانت تصرفاتها عادلة ومنصفة؟ وبيّن أنه قد اطلع في وقت سابق على المفاوضات التي أجريت عن الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول ولم يجد أي أثر لمعيار قضية Neer فيها^١.

أمّا في قضية Mondev International ضد الولايات المتحدة، فاستتجت هيئة التحكيم أن: "التفسير المتطور المعقول للمادة ١١٠٥/١، يتوافق مع المبادئ العادية للتفسير، ومع حقيقة أن بنود المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والأمن الكاملين موجودة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية منذ مرحلة ما بعد الحرب؛ لذلك فإن مضمون الحد الأدنى للمعايير في الوقت الحاضر لا يمكن أن يقتصر على محتوى القانون الدولي العرفي المعترف به في قرارات التحكيم لعام ١٩٢٠..... وفضلاً عن ذلك يشير تعبير القانون الدولي العرفي إلى هذا القانون كما هو عليه في الوقت الحاضر، وليس في وقت سابقٍ عندما دخلت اتفاقية NAFTA حيز التنفيذ..."^٢.

¹ Stephen M. Schwebel, Is Nerr from fair and equitable treatment International Arbitration Club, London , 2011, p. 3.

²"A reasonable evolutionary interpretation of Article 1105(1) is consistent both with the travaux, with normal principles of interpretation and with the fact that...the terms 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' had their origin in bilateral treaties in the post-war period. In these circumstances the content of the minimum standard today cannot be limited to the content of customary international law as recognized in the arbitral decisions of the 1920's..... the term "customary international law" refers to customary international law as it stood no earlier than the time at which NAFTA came into force. It is not limited to the international law of

وقد قدمت الهيئة بعض الحجج لتدعيم موقفها، ومنها: أن: "قضية Neer مثل القضايا التحكيمية التي نُظِرَ فيها في عام ١٩٢٠ عندما كان وضع الفرد في القانون الدولي والحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية أقل بكثير مما وصلت إليه اليوم، ولاسيما أن الحقوق الموضوعية والإجرائية للفرد في القانون الدولي شهدت تطوراً كبيراً، وعلى ضوء التغيرات التي حصلت ليس من المقنع تحديد مستوى انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة لمعيار Neer، كما أن هذه القضية ليست متعلقة بمعاملة الاستثمارات الأجنبية، بل بتوفير الأمن المادي للأجنبي؛ ولأن اتفاقية NAFTA وأغلبية اتفاقيات الاستثمار الثنائية تمنح معيار المعاملة العادلة والمنصفة، ترى هيئة التحكيم أن هذه الممارسة المتناسقة لها تأثير في محتوى القواعد التي تحكم معاملة الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي الحديث، لذا من المستغرب أن تعكس هذه الأحكام فقط بما جاء في قضية Neer في عام ١٩٢٦".

وفي قضية Pope & Talbot ضد كندا، استشهدت هذه الأخيرة بمعيار Neer وادعت أن مبادئ القانون الدولي العرفي لم تتطور منذ وقت تلك القضية^٢، لكن هيئة التحكيم رفضت ذلك وبررت بعدة أسباب منها أنه: "قد اعترف من قبل طرف واحد لاتفاقية NAFTA (المكسيك) وحتى من قبل ممثل دولة كندا، بأن هناك تطوراً في مفاهيم القانون الدولي العرفي منذ عام ١٩٢٦،

the 19 th century or even of the first half of the 20th", Mondev award, Paras. 123-125.

¹ Ibid, paras. 116- 117- 118.

² Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL, –Award on Damages, 31 May 2002. Para. 46. Available on: http://http://www.italaw.com/sites/default/files/case_documents/ita0686.pdf.

ومن سمات القانون الدولي هو تطور القانون الدولي العرفي من خلال الممارسة الرسمية^١.

وفي قضية Merrill & Ring Forestry ضد كندا، التي رفعت بموجب اتفاقية NAFTA (بين كندا والولايات المتحدة الأمريكية)^٢ وكان من بين الادعاءات انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، بدايةً رأت هيئة التحكيم أن هناك وجهة نظر مشتركة بأن القانون الدولي العرفي في تطور دائم، ولا يمكن لأي نظام قانوني أن يتصف بالجمود^٣، ومن ثم بيّنت وجهتي نظر مختلفتين بشأن تحديد مستوى انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، إذ استنتجت أن: "هناك انتهاكاً محتملاً للحماية الواردة في المادة ١١٠٥/١ بموجب اتجاهين مختلفين: الاتجاه الأول الذي يعتمد على وجهة نظر المستثمر بأن تلك الحماية مهمة ومستوى الانتهاك منخفض نسبياً، ومن ثمّ فإن مرسوم التصدير قد يشكل تدخلاً

¹"First, as admitted by one of the NAFTA Parties, and even by counsel for Canada, there has been evolution in customary international law concepts since the 1920's. It is a facet of international law that customary international law evolves through state practice ", Ibid, Para. 59.

^٢ شركة Merrill هي شركة أمريكية كانت تقوم ببيع الخشب داخل كندا وتُصدّره الى الخارج، فهي كانت تملك أراضي في ولاية كولومبيا البريطانية في كندا، وكانت تحصل على تراخيص التصدير في كل مرة تقوم به حسب فائض الأخشاب دون أي عوائق منذ عام ١٩٩٨، ولكن في بداية عام ٢٠٠٦ دخل القرار التي كانت قد اتخذته السلطات المحلية حيز النفاذ والذي يقضي بأن تمنح الشركة التراخيص بعد النظر في الفائض من قبل ممثل عن السلطة المحلية، وهذا ما لم تعتد عليه شركة Merrill التي كانت تُمنح التراخيص بناء على ما تقدمه من بيانات؛ لذلك ادعت بانتهاك عدة بنود من اتفاقية NAFTA.

³ Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada, UNCITRAL, ICSID Administered Award, Award, 31 March 2010, Para. 193. Available on: [http:// www.italaw.com/documents/MerrillAward.pdf](http://www.italaw.com/documents/MerrillAward.pdf)

في أعمالها، ومن ثمَّ يشكل ذلك انتهاكاً للمادة ١١٠٥/١، أمّا الاتجاه الثاني الذي يعتمد على وجهة نظر المدعى عليه: فيستند إلى أنه حتى يكون هناك انتهاك للمادة ١١٠٥/١ لابدَّ أن يكون التصرف خطيراً بما فيه الكفاية لكي يمكن تمييزه بوضوح من التدابير التنظيمية العادية المقبولة، وفي الحالتين ربما يكون هناك انتهاك، ولا فرق لديها فيما لو اختارت أي الاتجاهين، فحتى إذا أخذت بالاتجاه الذي يدعي به المستثمر ووجدت أن هناك انتهاكاً للمادة فلن يستفيد شيئاً؛ لأنها لم تقتنع بوجود أي ضرر، وبحسب وجهة نظرها فأن كندا لم تنتهك المادة ١١٠٥/١.

¹ "The Tribunal has considered a possible breach of the protections provided by Article 1105(1) under two different scenarios, The first is based on the Investor's view that the protection provided by Article 1105 (1) is significant and that the threshold to be applied to establish breach is a comparatively low one, and thus the log export regime's interference with its business could readily result in a breach of Article 1105(1), The second scenario, is based on the view that for there to be an 1105(1)breach, a state's wrongful conduct or behavior must be sufficiently serious as to be readily distinguishable from an ordinary effect of otherwise acceptable regulatory measures. In either award, as will be discussed further below, assuming breach be found... the Tribunal has had no such difference of views. Even if the scenario most favorable to the Investor were to be adopted, and breach of the Article 1105(1)obligation assumed, damages have not been proven to the satisfaction of the Tribunaland concludes that Canada has not been shown to have breached Article 1105(1)", Ibid, paras. 219 - 266.

نستنتج مما سبق أنه حتى تقرر بعض هيئات التحكيم انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة فإنه ينبغي أن تراعي توافر بعض الشروط كوجود إجراءات منسوبة إلى الدولة المضيفة، ووجود ضرر لحق بالمستثمر، والاثبات من قبل المستثمر، وينبغي عليها أن تراعي أيضاً تطور القانون الدولي العرفي (وذلك في القضايا ترفع بموجب اتفاقية NAFTA) كما أن لسلوك المستثمر أيضاً دوراً (لا بأس به) في تقرير الانتهاك من عدمه.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة

يجب على الدولة المضيفة تعويض الضرر الذي لحق باستثمار المستثمر عند انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، ونتيجة لعدم النص على آلية التعويض عن هذا الانتهاك في اتفاقيات الاستثمار تختلف هيئات التحكيم في طريقة التعويض عنه، ومن هذه الطرائق التعويض على طريقة القيمة السوقية العادلة التي تستخدم في التعويض عن نزع الملكية (المصادرة) التي تتقاطع أحياناً مع معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

أولاً: علاقة نزع الملكية بمعيار المعاملة العادلة والمنصفة:

تشكل حماية ملكية الاستثمار الأجنبي أهم الالتزامات الواردة ضمن اتفاقيات الاستثمار، ولا يجوز نزع ملكية المستثمر الأجنبي سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، إلا بشروط معينة، وهي:

- ١- يجب أن تُنزع الملكية لتحقيق مصلحة عامة.
- ٢- يجب أن تُنزع الملكية من دون تمييز.
- ٣- يجب أن تُنزع الملكية مقابل تعويض.

فحتى يكون الإجراء مشروعاً لابدّ من تحقق شرط المنفعة العامة، وهذا الشرط عُرف في جميع النظم القانونية الداخلية حتى تلك الدول التي تتمتع فيها الملكية الخاصة بحماية كبيرة، فالدول تلجأ إلى هذا الأسلوب بقصد بناء أو إنشاء الطرق والسكك الحديدية والطرق الدائرية حول المدن الكبيرة المزدهمة بالسكان وغيرها من المشروعات ذات المنفعة العامة، ولكن هذا الشرط قليل الأثر من الناحية العملية ولا يمكن لأي جهة قضائية أو محكمة تحكيم أن تعيد النظر فيه، وخاصة أن الدول تدعي دائماً أنها لجأت إلى التأميم من أجل المصلحة العامة؛ لذا يكون لهذا الشرط أثر من حيث تقدير قيمة التعويض الواجب دفعه للمالك الأجنبي، حيث من المفترض أن مبلغ التعويض سيكون أكبر إذا ما ثبت لدى المحكمة أن الإجراء ينطوي على عقاب للدولة التي ينتمي إليها المالك^١. كما يجب ألا تكون هناك تفرقة بين المستثمرين الأجانب أو بينهم وبين المواطنين، فالقانون الدولي يرفض أن تتم عملية المصادرة بطريقة تحكيمية أو تمييزية ضد الأجانب قياساً بالمواطنين، أو أن يكون هناك تمييز ومعاملة مختلفة بين الأجانب من جنسيات مختلفة^٢. وكذلك لابدّ من تعويض المضرور من المصادرة وفقاً للقانون الدولي العرفي، وشرط التعويض هو الأكثر إثارة للمشاكل والخلافات خلال السنوات الأخيرة بين البلدان النامية والبلدان المتقدمة، فهذه الأخيرة ترى أنه يجب أن يكون التعويض حالاً أي يدفع فوراً لصاحب المال الذي جرى مصادرته أو على الأقل خلال فترة معقولة، وبأن يكون فعالاً

^١ د. علي إبراهيم، الحقوق والواجبات الدولية في عالم متغير - المبادئ الكبرى والنظام الدولي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٧، ص ٢٣٨-٢٤١.

^٢ Daniel Patrick O'Connell, International law, London, Stevens, 1970, p. 776- 780.

ورد ذكره في علي إبراهيم المرجع السابق ص. ٢٤٢.

يستطيع المستفيد أن يدخله في حوزته أو يستفيد منه بتحويله إلى الخارج مثلاً، ويكون كذلك كاملاً أي مساوياً لقيمة الأموال المصادرة، وعلى العكس من ذلك ترى بعض البلدان النامية أنه لا يوجد التزام بالتعويض وإنما الأمر رهناً بكل حالة على حدة، وأن التقدير في ذلك يعود للدولة التي قامت بالتأميم ولا شأن للقانون الدولي في تقدير قيمة التعويض ولا سلامة الإجراء من أساسه^١.

ونزع الملكية مفهوم واسع يشمل مجموعة واسعة من الانتهاكات، وهي تشمل بحسب اتفاقيات الاستثمار كلاً من نزع الملكية المباشر وتصرف الدولة الذي له تأثير مشابه مع أنه لا يشكل بحكم القانون نزع الملكية ويسمى (بالتدبير غير المباشر، أو الاستيلاء التدريجي) وسواء أكان نزع ملكية مباشراً أم غير مباشر تكون المعاملة القانونية واحدة، ومع تنبؤ Martin منذ أكثر من ٥٠ سنة بأن الدول سوف تتجنب نزع الملكية المباشر^٢، إلا أن الحكومات واصلت نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية ولاسيماً بعد انتشار التأميم في الدول المنتجة للنفط، ولكن في السنوات الأخيرة لوحظ ازدياد التقرير بانتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة على حساب التقرير بوجود نزع ملكية^٣، وسبب ذلك بحسب رأي الفقه هو أن عبء إثبات وجود انتهاك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة أخف عادة

^١ علي ابراهيم، المرجع السابق، ص ٢٦٤-٢٦٦.

^٢ Martin Domke, On the Extraterritorial Effect of Foreign Eexpropriation Decrees, Editions 4th, Institute of Government, University of Utah. 1951, p 12-16.

^٣ Michael Reisman, Eclipse of Expropriation, Yale Law School USA, 2008, pp 27, 28.

من إثبات نزع الملكية، وأنه من الصعب تصور وجود نزع ملكية إلا في حالة عدم الالتزام بشروط هذا المعيار^١.

وعلى هذا سنتناول فيما يلي علاقة معيار المعاملة العادلة والمنصفة بنزع الملكية كما بينها هيئات التحكيم، التي تستدعي (أحياناً) معيار المعاملة العادلة والمنصفة عند النظر في ادعاء نزع الملكية وترتبط بينهما، ففي قضية Enron Corporation ضد الأرجنتين التي رفعت بموجب اتفاقية استثمار بينها وبين الولايات المتحدة الأمريكية^٢، وجدت هيئة التحكيم أن هناك صلة وصل بين نزع الملكية ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة إذ رأت أنه: "بمجرد استدعاء نزع الملكية، يجري الاتصال بين المادة الرابعة (المتعلقة بالحماية من نزع الملكية) ومعايير معاملة الاستثمار بموجب المادة الثانية من اتفاقية الاستثمار، وتصبح سارية المفعول بما في ذلك معيار المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والأمن الكاملين والمعاملة المطلوبة من قبل القانون الدولي"^٣.

¹ Christoph Schreuer, Investment Protection and The Energy Charter Treaty, (Part I selected standards of treatment available under the energy charter treaty, Fair and Equitable Treatment (FET): interactions with other standards), Huntington: Juris Net, 2008, p. 95.

^٢ هذه القضية أيضاً من القضايا التي رفعت على الأرجنتين في سياق أزماتها المالية وتفاصيل النزاع تتماثل مع تفاصيل النزاع في قضية LC&E راجع الهامش ١ من الصفحة ٤٢.

³ "It is also important to note that once expropriation is invoked, as indeed it has been, then the connection between Article IV and the standards of treatment under Article II (2) of the Treaty becomes operational, including fair and equitable treatment, full protection and security and treatment not less than that required by international law", Enron award, Op, cit, Para. 66.

وفي قضية Link Trading ضد مولدوفا، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة الأمريكية ومولدوفا^١، ادعى المستثمر بعدة ادعاءات من بينها قيام الدولة المضيفة بنزع ملكية استثماره، ربطت هيئة التحكيم أيضاً بين انتهاك الدولة المضيفة لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة وقيامها بنزع ملكية الاستثمار، فاستنتجت: "ليست التدابير المالية جميعها تشكل نزاعاً للملكية، بل فقط تلك التدابير التي تظهر فيها المعاملة السيئة من قبل الدولة المضيفة حيث يكون تصرفها غير عادل وغير منصف"^٢.

^١ شاركت شركة Link إحدى الشركات الأمريكية في مشروع يقوم بشراء منتجات استهلاكية بكميات ضخمة من المنطقة الاقتصادية التابعة لـ Chisinau عاصمة مولدوفا من أجل إعادة بيعها في المدن الأخرى، وحسب اتفاق بينها وبين السلطات في عام ١٩٩٧، كانت شركة Link معفية من الضرائب ورسوم الاستيراد بشكل كامل لمدة عشرة أعوام، ولكن عندما أصدرت السلطات المحلية لمولدوفا ميزانية جديدة في عام ١٩٩٨، قررت فرض الضرائب والرسوم على الشركات التي تستورد من المنطقة الاقتصادية ومن بينها شركة Link؛ لذلك تقدمت هذه الأخيرة بادعاء أمام هيئات التحكيم بأن مولدوفا بفرضها للضرائب والرسوم (خلال المدة المتفق على أنها معفية) تحرمها من استكمال عملها وعدت تلك الإجراءات بمثابة نزع لملكيتها، وبأنها انتهكت معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

^٢ "that not all fiscal measures necessarily constitute an expropriation, although their habitual effect is to cause the taxpayer to surrender part of his income or property to the State. As a general matter, fiscal measures only become expropriatory when they are found to be an abusive taking. Abuse arises where it is demonstrated that the State has acted unfairly or inequitably towards the investment....", Link-Trading Joint Stock Company v. Moldova, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 16 February 2001, Para. 64. Available on:

http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0468_0.pdf

وفي قضية Middle East ضد مصر، رأت هيئة التحكيم أنه: "ينبغي إعطاء المادة ٢/٢ من اتفاقية الاستثمار الثنائية (التي تنص على أن تتمتع استثمارات الأطراف المتعاقدة في أراضي الطرف المتعاقد الآخر في الأوقات جميعها بمعيار المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والأمن الكاملين)، أهمية خاصة في إطار المادة الرابعة المتعلقة بالحماية من نزع الملكية".^١

وفي قضية Sempra Energy ضد الأرجنتين وجدت هيئة التحكيم أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يتشابه تشابكاً واضحاً مع نزع الملكية غير المباشر، إذ استنتجت: "يجب الأخذ بالحسبان أنه في بعض الأحيان يكون الخط الفاصل بين معيار المعاملة العادلة والمنصفة ونزع الملكية غير المباشر دقيقاً جداً، وخصوصاً إذا كان انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة واسعاً ومستديماً".^٢ ويرى بعض الفقه أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يستخدم لسدّ بعض الثغرات التي تتركها البنود الأخرى المنصوص عليها في اتفاقيات الاستثمار،

¹ "....Art. 2.2 of the BIT requires that "Investments by investors of a Contracting Party shall, at all times, be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security, in the territory of the other Contracting Party." This BIT provision must be given particular relevance in view of the special protection granted by Art. 4 against measures "tantamount to expropriation.....", Middle East Award, Op, cit, Para. 143.

² "It must also be kept in mind that on occasion the line separating the breach of the fair and equitable treatment standard from an indirect expropriation can be very thin, particularly if the breach of the former standard is massive and long-lasting.....", Sempra award Op, cit, Para 301.

فعندما تتخذ الدولة المضيفة إجراءات لحماية البيئة بناء على وجود بند يتعلق بحمايتها، ويؤدي ذلك إلى نزع ملكية مباشر أو غير مباشر ربما لا تثار مسؤولية الدولة، عندها تتخفف فعالية بنود الحماية من نزع الملكية، لذلك يلجأ المستثمر إلى ادعاء انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة^١، ويتمثل هذا الرأي تمثلاً واضحاً في قضية PSEG Global ضد تركيا، إذ استنتجت هيئة التحكيم أنه: "يحتل معيار المعاملة العادلة والمنصفة مكانة بارزة في تحكيم الاستثمارات كنتيجة لحقيقة أن المعايير الأخرى التي تُمنح بموجب القانون الدولي قد لا تكون ملائمة تماماً لظروف القضية، وخصوصاً عندما يكون هناك ادعاء بنزع ملكية مباشر"^٢. وتظهر اتفاقية NAFTA أيضاً الارتباط بين نزع الملكية ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة بشكل واضح في المادة ١١١٠ التي تنص على أنه: "يمنع على كل طرف القيام بالتأميم المباشر أو غير المباشر أو نزع ملكية استثمارات الطرف المتعاقد الآخر إلا بشروط معينة من بينها الالتزام بالمادة ١/١١٠٥ من الاتفاقية"^٣.

¹ Ercoli, Op, cit, pp. 60– 61.

² "The standard of fair and equitable treatment has acquired prominence in investment arbitration as a consequence of the fact that other standards traditionally provided by international law might not in the circumstances of each award be entirely appropriate, support the claim for direct expropriation This is particularly the case when the facts of the dispute do not clearly ", PSEG award, Op, cit, Para. 238.

³ " 1 No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ("expropriation"), except:
(a) for a public purpose;

كما أن قيام بعض هيئات التحكيم بتقرير التعويض عن ضرر انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة بالطريقة ذاتها التي يعرض بها عن نزع الملكية (معيار القيمة السوقية العادلة) يدعم وجود علاقة غير مباشرة بينهم.

نستنتج مما سبق أن هناك علاقة بين معيار المعاملة العادلة والمنصفة ونزع الملكية (وخاصة نزع الملكية غير المباشر)، وأن لم تتوضح ملامح هذه العلاقة بعد، إلا أن الواضح كما جاء في اتفاقية NAFTA أنه ينبغي للدول المضيفة أن تكون عادلة ومنصفة عندما تضطر إلى نزع ملكية المستثمرين الأجانب.

ثانياً: التعويض عن الضرر المترتب عن انتهاك المعاملة العادلة والمنصفة:
تختلف هيئات التحكيم في طريقة التعويض عن ضرر انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، فمنها ما تقرر التعويض عن طريق القيمة السوقية العادلة، ومنها تعوض بطرائق أخرى مع الأخذ بالحسبان (أحياناً) سلوك المستثمر والظروف التي تمر بها الدولة في تحديد التعويض.

١ - التعويض عن طريق القيمة السوقية العادلة:

أخذت بعض هيئات التحكيم بهذه الطريقة في تحديد التعويض عن انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، وهي الطريقة التي ينص عليها في اتفاقيات الاستثمار للتعويض عن نزع ملكية الاستثمارات.

(b) on a non-discriminatory basis;

(c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and

(d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6".

ففي قضية Enron Corporation ضد الأرجنتين، بعدما وجدت هيئة التحكيم أن هناك انتهاكاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، استنتجت بشأن التعويض عن هذا الانتهاك أن: "الخط الفاصل بين نزع الملكية غير المباشر ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة يكون دقيقاً نوعاً ما، لهذا قد يكون معيار التعويض واحداً، ونظراً إلى الطبيعة التراكمية للانتهاكات التي أدت إلى قيام مسؤولية الدولة، نعتقد (هيئة التحكيم) أن القيمة السوقية العادلة مناسبة لتحديد التعويض".¹

وفي قضية Sempra Energy ضد الأرجنتين، أيضاً أخذت هيئة التحكيم بهذا الرأي إذ أوردت: "تنص الاتفاقية على التعويض عن الأضرار في حالة انتهاك معايير أخرى غير حالة نزع الملكية، بيد أن هناك بعض النقاش في المعيار فيما يتعلق بالمعيار المناسب المعمول به في هذه الحالة، فعدة قضايا عدت معيار التعويض عن نزع الملكية هو المعيار المناسب للتعويض عن الضرر فيما يتعلق بالانتهاكات الأخرى، وخصوصاً إذا كانت تلك الانتهاكات تسبب عرقلة للاستثمارات، إذ يكون من الصعب جداً التمييز بين انتهاك المعاملة العادلة والمنصفة ونزع الملكية غير المباشر أو الأشكال الأخرى للتعهدات، ومن ثم من المعقول أن يكون مستوى التعويض واحداً... فالقيمة

¹"On occasions, the line separating indirect expropriation from the breach of fair and equitable treatment can be rather thin and in those circumstances the standard of compensation can also be similar on one or the other side of the line. Given the cumulative nature of the breaches that have resulted in a finding of liability, the Tribunal believes that in this award it is appropriate to apply the fair market value to the determination of compensation", Enron award, Op, cit, Para. 363.

السوقية العادلة هي المعيار الأكثر ملاءمة، لتحديد قيمة الخسائر التي عانى منها المدعي في هذه القضية"¹.

وفي قضية Azurix ضد الأرجنتين، وبعدما قررت هيئة التحكيم وجود انتهاك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة اتجهت نحو التعويض عنه ، فاستنتجت أن: "التعويض على أساس القيمة السوقية العادلة سيكون ملائماً"²، كما أن هيئة التحكيم لم تمنح أي تعويض عن الفواتير المستحقة على العملاء التي لم تكن مدفوعة لشركة المدعي بسبب قيام المحافظة بتوجيههم بعدم دفعها، فعدتها ديناً على المحافظة، وكذلك لم تعوض النفقات التي تكبدها المدعي بسبب قيامه

¹ "....The Treaty does not specify the damages to which the investor is entitled in award of breach of the Treaty standards different from expropriation. Although there is some discussion about the appropriate standard applicable in such a situation, several awards of arbitral tribunals dealing with similar treaty clauses have considered that compensation is the appropriate standard of reparation in respect of breaches other than expropriation, particularly if such breaches cause significant disruption to the investment made, In such awards it might be very difficult to distinguish the breach of fair and equitable treatment from indirect expropriation or other forms of taking and it is thus reasonable that the standard of reparation might be the same..... The Tribunal is of the view that fair market value would be the most appropriate standard to apply in this award to establish the value of the losses....", Semptra award, Op, cit, Paras. 403-404.

² "In the present award, the Tribunal is of the view that a compensation based on the fair market value of the Concession would be appropriate.....", Azurix award, Para. 424.

بالمفاوضات مع ممثلي المحافظة؛ لأنها لم تجد دليلاً كافياً يثبت أن المدعي قد تكبد تلك التكاليف، وبأي حال تلك التكاليف تعلقت بمخاطر عمل شركة المدعي¹.

وفي قضية CMS ضد الأرجنتين، استنتجت هيئة التحكيم أن: "اتفاقية الاستثمار لم تنص على أي توجيه بالنسبة إلى التعويض عن أضرار المعاملة العادلة والمنصفة وانتهاكات المعايير الأخرى الواردة في المادة الثانية، وهذه المشكلة شائعة في معظم اتفاقيات الاستثمار الثنائية، وبعض الاتفاقيات الأخرى مثل اتفاقية NAFTA ونحن (هيئة التحكيم) مقتنعون بأنه من الأفضل التعامل مع الطبيعة التراكمية للانتهاكات باللجوء إلى معيار القيمة السوقية العادلة، لذلك سيمنح المدعي التعويض على أساس القيمة السوقية العادلة"²، وعندما جادلت الأرجنتين بأن التدابير التي اتخذتها كانت بسبب الأزمة الاستثنائية التي مرت بها محاولة بذلك تجنب المسؤولية، رفضت هيئة التحكيم ذلك، وبيّنت أنها مقتنعة بأن الظروف كانت صعبة وقتها ومن الممكن تبرير قيام الحكومة بعمل ما لمنع تدهور الحالة وحدث انهيار اقتصادي شامل، ولكن هذا لا يعني أن تتصرف تصرفاً جائراً، فالحكومة أسهمت بخلق

¹ Ibid, Paras. 431 432.

² ".....the Treaty offers no guidance as to the appropriate measure of damages or compensation relating to fair and equitable treatment and other breaches of the standards laid down in Article II This is a problem common to most bilateral investment and other agreements such as NAFTA..... "the Tribunal is persuaded that the cumulative nature of the breaches discussed here is best dealt with by resorting to the standard of fair market value.....", CMS award, Op, cit, Paras. 409 410.

تلك الأزمة التي تعود جذورها إلى الثمانينيات، ثم تطورت تدريجياً لتصل إلى أعلى مستوى لها عام ٢٠٠٢، وإذا كانت العوامل الخارجية قد أدت إلى صعوبات إضافية، إلا أنها لا تعفيها من المسؤولية بحجة حماية مصالحها، وهي بذلك أسهمت بنفسها بحدوث الأزمة^١.

وأما في قضية LG&E ضد الأرجنتين، ومع أن هيئة التحكيم وجدت انتهاكاً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، إلا أنها لم تقرر أي تعويض على الأرجنتين؛ لأنها لم تسهم بحدوث الأزمة في نظرها، إذ أعفتها من المسؤولية بالاعتماد على المادة الحادية عشر من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين والولايات المتحدة الأمريكية (التي نصت على أنه: "لا تمنع هذه الاتفاقية الأطراف المتعاقدة من اتخاذ التدابير الضرورية للحفاظ على النظام العام والمصالح الضرورية وإعادة الأمن")^٢، فاستنتجت أن: "المصالح الضرورية للأرجنتين هُددت في كانون الأول ٢٠٠١، وكان هناك خطر جدي على وجودها الاقتصادي والسياسي، وإمكانية الإبقاء على خدماتها الضرورية، وحفظ أمنها العام، وليس هناك دليل واضح على أن الأرجنتين أسهمت بإحداث الأزمة التي أدت إلى خلق حالة الضرورة، وتطبيق الأرجنتين خطأً لإعادة الانتعاش الاقتصادي كانت السبيل الوحيد لمواجهة الأزمة...، وكما هو مبين في المادة

^١ Ibid, Paras.321, 329.

^٢ المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين والولايات المتحدة ١٩٩١، دخلت حيز النفاذ في عام ١٩٩٤.

الحادية عشرة تعفى الأرجنتين من مسؤولية التدابير التي اتخذتها خلال حالة الضرورة^١، ومن ثم أُعفيت الأرجنتين من التعويض^٢.

يُلاحظ أن القضيتين السابقتين رُفعتا ضد الأرجنتين خلال الأزمة التي مرت بها، أي ظروف القضيتين متطابقة، ومع ذلك، أُعفيت الأرجنتين من المسؤولية في القضية الأخيرة؛ وذلك بسبب المادة الحادية عشر الواردة في اتفاقية الاستثمار ذات الصلة. وقد نقد جانب من الفقه هذا الاستنتاج بأنه يتعارض مع مصالح الدولة المضيفة بشكل غير مباشر؛ لأنه لو سُمح للدولة المضيفة بانتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة بموجب القانون الدولي في أثناء حالة الضرورة دون منح أي تعويض عن الخسائر الواقعة بعد نهاية تلك الحالة، فهذا قد يمنع المستثمرين من اتخاذ قراراتهم بالاستثمار في تلك الدولة، ومن ثم ستعاني من نقص في الاستثمارات الأجنبية مما يؤثر في اقتصادها^٣.

¹ "The essential interests of the Argentine State were threatened in December 2001. It faced an extremely serious threat to its existence, its political and economic survival, to the possibility of maintaining its essential services in operation, and to the preservation of its internal peace. There is no serious evidence in the record that Argentina contributed to the crisis resulting in the state of necessity. In this circumstances, an economic recovery package was the only means to respond to the crisis., as addressed above, Article XI of the Treaty exempts Argentina of responsibility for measures enacted during the state of necessity".LG&E award, Op,cit. Para. 257.

² Ibid, Para. 267.

³ Tudor, Op, cit, p. 226.

٢- الأشكال الأخرى للتعويض:

مثلاً قبلت بعض هيئات التحكيم التعويض عن ضرر انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة عن طريق القيمة السوقية العادلة المستخدمة في التعويض عن نزع الملكية، رفض بعضها الآخر هذه الطريقة في التعويض وأخذت بطرائق أخرى.

ففي قضية MTD Equity ضد تشيلي، لم تقبل هيئة التحكيم بتعويض عن طريق معيار القيمة السوقية العادلة عن انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، كما أنها أخذت بالحسبان سلوك المستثمر عند حساب التعويض؛ لذلك خفضت المبلغ إلى النصف، فقد بيّنت أن: "اتفاقية الاستثمار الثنائية تنص صراحةً على معيار التعويض عن نزع الملكية بأنه يجب أن يكون فوراً وعادلاً وكافياً (المادة ٤/ج). ولكنها لم تذكر أن معيار التعويض هذا يطبق على انتهاكات اتفاقية الاستثمار الناتجة عن أسباب أخرى، وقد طالب المدعي بتطبيق المعيار المستخدم من قبل محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية مصنع شورزو (Chorzow) بين ألمانيا وبولونيا عام (١٩٢٧) بأن: "التعويض يجب أن يمحو (قدر الإمكان) كل ما يترتب على الفعل غير المشروع، أي تعاد الحالة إلى ما كانت عليه في الاحتمالات جميعها وكأن الفعل لم يُرتكب، وهيئة التحكيم ستطبق المعيار المقترح من قبل المدعي للتعويض عن الأضرار"^١، بيد

¹ "The Tribunal first notes that the BIT provides for the standard of compensation applicable to expropriation, "prompt, adequate and effective" (Article 4(c)). It does not provide what this standard should be in the award of compensation for breaches of the BIT on other grounds. The Claimants have proposed the classic standard enounced by the Permanent Court of Justice in the Factory at Chorzow: compensation should "wipe out all the

أن هيئة التحكيم رأت أن المدعي يجب أن يتحمل عواقب تصرفاته بغض النظر عن وجود انتهاك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية، فعند قيام المدعي بتعاقد مع السيد Fontaine دون أن يمنحه هذا الأخير أي ضمانات، هو بذلك سيتحمل مسؤولية القرار الذي اتخذه، فقد وافق على دفع ثمن الأرض التي اشتراها للمشروع دون الحصول على الحماية القانونية الملائمة، فأى مستثمر يتخذ واجب الحيطة والحذر ما كان ليدفع مقدماً ثمن الأرض بالكامل، إذ كان بإمكانه (على الأقل) أن ينظم عملية أداء الثمن بدفعات متتالية¹، فاستنتجت أن: "المدعي يجب أن يتحمل جزءاً من الأضرار الحاصلة وبحسب تقديرها سيمنح المدعي فقط ٥٠ % من الأضرار بعد خصم القيمة المتبقية من استثماره"².

وفي قضية S.D. Myers ضد كندا، استنتجت هيئة التحكيم أنه: "تمنح اتفاقية NAFTA سلطة تقديرية لهيئات التحكيم في غير حالات نزع الملكية لتحديد التعويض المناسب بحسب ظروف كل قضية، مع مراعاة مبادئ القانون الدولي وأحكام الاتفاقية، وقد تجد أنه من المناسب اعتماد معيار القيمة السوقية العادلة

consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that had not been committed..... the Tribunal will apply the standard of compensation proposed by the Claimants to the extent of the damages awarded" ,MTD award, Op,cit, Para. 238.

¹ Ibid, Para. 242.

² "The Tribunal considers therefore that the Claimants should bear part of the damages suffered and the Tribunal estimates that share to be 50% after deduction of the residual value of their investment calculated", Ibid, Para. 243.

في بعض الحالات، إلا أن تلك الطريقة ليست مقياساً منطقياً مناسباً لتحديد التعويض في هذه القضية،..... وسيُقيَّم التعويض الواجب دفعه إلى شركة S.D. Myers على أساس الضرر الاقتصادي الذي تثبته الشركة قانوناً^١. واستشهدت بالمبدأ المستخدم في قضية شورزو بأنه: "مهما كانت الطريقة المتبعة دقيقة، يجب أن تعكس المبدأ العام للقانون الدولي بأن التعويض يجب أن يجبر الضرر المادي الواقع بسبب خرق الالتزام"^٢.

وفي قضية Pope & Talbot Inc ضد كندا، لم تبيّن هيئة التحكيم صراحةً المعيار الذي أخذت به في تحديد التعويض عن انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة بموجب المادة ١١٠٥ من اتفاقية NAFTA، ففي ضوء استنتاجها عن المسؤولية منحت هيئة التحكيم تعويضاً للمستثمرين عن التكاليف والنفقات

¹ "By not identifying any particular methodology for the assessment of compensation in awards not involving expropriation, the Tribunal considers that the drafters of the NAFTA intended to leave it open to tribunals to determine a measure of compensation appropriate to the specific circumstances of the award, taking into account the principles of both international law and the provisions of the NAFTA. In some non-expropriation awards a tribunal might think it appropriate to adopt the "fair market value" standard; in other awards it might not. In this award the Tribunal considers that the application of the fair market value standard is not a logical, appropriate or practicable measure of the compensation to be awarded..... In summary, the Tribunal will assess the compensation payable to SDMI on the basis of the economic harm that SDMI legally can establish", S.D. Myers award, op,cit, Paras. 309, 317.

² Ibid, Para. 315.

التي تكبدها المدعي بسبب قيامه بالتحقيق، بما في ذلك نفقات المحاسبين والرسوم القانونية¹.

وكذلك في قضية Amt ضد زائير، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين زائير والولايات المتحدة الأمريكية، ادعت الشركة بعدة ادعاءات من بينها انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة عند قيام نزاعات داخلية في زائير أدت إلى تدمير جزء كبير من استثمارات المدعي، لم تبين هيئة التحكيم أيضاً الأسلوب الذي اتخذته في حساب التعويض، إلا أنها أخذت بحسبانها ظروف الدولة، فاستنتجت أنها: "ستختار طريقة معقولة ثلاث ظروف القضية، وترفض طرائق التقييم الأخرى التي تؤدي بشكل غير عادل إلى إغناء المستثمر، وستقوم بممارسة سلطاتها التقديرية من أجل تحديد مقدار التعويض الذي ستدفعه الدولة المضيفة إلى شركة المدعي"²، وفي النهاية، حددت هيئة التحكيم

¹ "that the Tribunal finds to be recoverable are (1) out of pocket expenses relating to the Verification Review Episode, including the applicable accountants' and legal fees, as well as the fees and expenses incurred by the Investor in lobbying efforts to counter the actions of the SLD and the consequent possibility of reductions in the Investment's export quotas, and (2) out of pocket expenses directly incurred by the Investor with respect to the Interim Hearing held in January 2000.G2", Pope award, Op,cit, Para. 85.

² "The Tribunal will opt for a method that is most plausible add realistic in the circumstances of the award, while rejecting all other methods of assessment which would serve unjustly to enrich an investor..... the Tribunal must now determine the amount of compensation. The Tribunal proceeds to exercise its discretionary and sovereign power to determine the quantum of compensation that the Republic of Zaire shall pay to AMT",

المبلغ الذي يتوجب على الدولة المضيفة دفعه لشركة المدعي وقدره تسعة ملايين دولار، وفي حال تأخرها عن دفعه مدة تزيد عن ٦٠ يوماً تُضاف فائدة على هذا المبلغ^١.

وفي قضية Nykomb Synergetics ضد لاتفيا، التي رفعت بموجب معاهدة ميثاق الطاقة بين السويد ولاتفيا، دخلت شركة المدعي والشركة التابعة للدولة في اتفاقية مشتركة لتوفير الطاقة الكهربائية، ونشب خلاف بينهما في تحديد التعريف، فقدم المدعي ادعاءه أمام معهد التحكيم في غرفة تجارة استوكهولم في السويد، قررت هيئة التحكيم أن: "الدولة المضيفة انتهكت معيار المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والأمن الكاملين^٢، أمّا بالنسبة إلى التعويض فاستنتجت أن: "مبادئ التعويض الواردة في المادة ١٣/١ من الاتفاقية (المتعلقة

American Manufacturing and Trading, Inc. v. Zaire, ICSID Award No. ARB/93/1, Award, 21 February 1997, Paras. 7. 15, 7.21. Available on: http://www.biicl.org/files/3933_1997_amt_v_zaire.pdf

¹ "that the Republic of Zaire is condemned to pay to AI injuries sustained by the latter (inclusive of the interests and all other claims) an all-inclusive to U.S. Dollars 9,000,000 (nine million), carrying an overdue interest of 7.5 percent per annum from the date of this Award, if this amount is not paid within sixty days of the notification of the Award", Ibid, Para(5) of decision, p.42

² "The Republic fails to accord fair and equitable treatment of investments and constant protection and security of such investments", Nykomb Synergetics Technology Holding AB v Latvia, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Award 16 December 2003. Para. 4.3. Available on: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0570.pdf>

بنزع الملكية) غير قابلة للتطبيق في تقييم الأضرار أو الخسائر الناجمة عن انتهاك المادة العاشرة (التي تمنح معيار المعاملة العادلة والمنصفة)، ولابد أن تُحلَّ هذه المسألة بالرجوع إلى المبادئ المعمول بها في القانون الدولي، لذلك وفقاً للمادتين ٣٤ - ٣٥ من مواد لجنة القانون الدولي يكون التعويض المادي هو المناسب للخسائر والأضرار التي لحقت بالاستثمار^١.

وفي قضية Petrobart Limited ضد كازاخستان، التي رفعت بموجب معاهدة ميثاق الطاقة بين كازاخستان وبريطانيا، تعلقت القضية بوجود عقد بين المدعي والدولة المضيفة، بموجبه تشتري الدولة المضيفة الغاز من شركة المدعي، وعند قيام شركة المدعي بتسليم خمس شحنات من الغاز للشركة التابعة للدولة، ماطلت هذه الأخيرة بالدفع ولم تسلم إلا ثمن دفعيتين منها، لذلك قدمت الشركة ادعاء إلى المحاكم المحلية وعند صدور حكم لصالحها، لجأت الشركة المدعية عليها لرئيس المحكمة المحلية للمساعدة من أجل وقف تنفيذ الحكم، وفي أثناء مدة الوقف قامت الدولة بخصخصة شركتها وتحويلها إلى شركة جديدة لكي

¹....The Tribunal considers that the principles of compensation provided for in Article 13 (1) are not applicable to the assessment of damages or losses found to be caused by violations of Article 10, as in the present award, that the question of remedies to compensate for losses or damages caused by the Respondent's violation of its obligations under Article 10 of the Treaty must primarily find its solution in accordance with established principles of customary international law. Such principles have authoritatively been restated in The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility adopted in November 2001...According to Articles 34 and 35 ILC restitution is considered to be the primary remedy for reparation", Ibid, Para. 5.1.

يتعذر على شركة المدعي إثبات حقوقها، وعند تقديم طلب تحكيم إلى معهد التحكيم في غرفة تجارة استوكهولم، وجدت هيئة التحكيم أن هناك انتهاكاً من قبل الدولة المضيفة للمعاملة العادلة والمنصفة عند تحويل أصول الشركة التابعة لها إلى شركة جديدة^١، وبعد الإشارة إلى قضية مصنع شورزو ومواد لجنة القانون الدولي بشأن المسؤولية الدولية استنتجت هيئة التحكيم أنه: "على الرغم من وجود ضرر كبير لدائني شركة المدعي، إلا أنه نظراً إلى عدم كفاية المعلومات المقدمة، لا يمكن تحديده بدقة، لذا من الضروري إجراء تقييم على أساس تقدير الوضع ككل، وبناء على ذلك تعدُّ الدولة المضيفة مسؤولة، ولا بدَّ أن تعوض بحسب ما تراه هيئة التحكيم^٢.

وفي قضية Iurii Bogdanov ضد مولدوفا، التي رفعت بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين مولدوفا وروسيا، أخذت سلوك المستثمر في الحسبان عند تحديد التعويض عن انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، فاستنتجت أن: "المدعى عليه ليس مسؤولاً عن الأضرار جميعها التي لحقت بالمستثمر، فهذا الأخير يعدُّ مسؤولاً جزئياً عن الضرر؛ لأنه لم يضمن التعويض في عقد

¹ "....The Republic has failed to accord Petrobart's investment a fair and equitable treatment and most constant protection for Petrobart's investment (Article 10(1) of the Treaty)", Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic, Arb. No. 126/2003, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Award, 29 March 2005, P. 26. Available on: <http://www.ogel.org/legal-and-regulatory-detail>.

² Ibid, pp. 83 84.

الخصخصة بشكلٍ دقيقٍ"^١، وقد رأى بعض الفقه أن قرار هيئة التحكيم في هذه القضية نابع من قناعتها بأنه يتطلب من المستثمر العناية الواجبة في تنفيذ أعماله، فكمرحلة أولى طلبت من خبير تقييم الأضرار التي لحقت بالمستثمر، وكمرحلة ثانية: عدلت مبلغ التعويض على أساس سلوك المستثمر^٢.

يُستنتج من القضايا السابقة أن انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة من قبل الدول المضيفة يؤدي إلى تقرير مسؤوليتها وإلزامها بتعويض المستثمرين عن الخسائر التي تلحقها بهم، لكن لا يوجد نهج واحد متبع من قبل هيئات التحكيم في تحديد التعويض عن ضرر انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، ففئة منها أخذت بالتعويض عن طريق معيار القيمة السوقية العادلة المستخدم في التعويض عن نزع الملكية، وأخرى استخدمت قواعد القانون الدولي العرفي في

¹ ".....The Arbitral Tribunal, finds that the Respondent, by establishing it system for compensation of the Transferred Assets that permitted an abusive application and by its subsequent application. is in violation of the fair and equitable treatment standard contained in article 3 of the BIT..... The Arbitral Tribunal does not find that the Respondent is liable for payment of damages corresponding to the entire loss. and that the Loral Investment Company must be deemed partially responsible for the loss because it did not ensure that the Privatization Contract contained an appropriately precise regulation of the compensation.....",Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. And Agurdino Chimia JSC v. Republic of Moldova, – Arbitral Award, 22 September 2005, Paras. 4.2.4. 5.2. Available on: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0094_0.pdf

² Tudor, Op, cit, p. 216.

التعويض مع مراعاة ظروف الدولة وسلوك المستثمر اللذين يؤديان (أحياناً) إلى تخفيض التعويض أو حتى عدم تقريره، مع ملاحظة أن هيئات التحكيم لم تبرز ميزات اختيار إحدى الطريقتين بالنسبة إلى المستثمر أو الدولة المضيفة، وفي معرض غياب النص على كيفية التعويض عن انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة تمنح هيئات التحكيم سلطة تقديرية واسعة في تحديد طريقة التعويض.

الخاتمة

أصبح معيار المعاملة العادلة والمنصفة من المعايير المهمة لحماية الاستثمارات الأجنبية في الآونة الأخيرة، وتنص غالبية اتفاقيات الاستثمار على هذا المعيار (وإن اختلفت صياغته التي قد تلعب دوراً مهماً في توضيح هذا المعيار)، فالاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار MIGA تنص على أنه لضمان الاستثمار لابد أن تتأكد بنفسها أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يُمنح للاستثمارات الأجنبية، وهذا يمكن وصفه بإلزام غير مباشر لطالب عضوية هذه الوكالة، وسوريا من الدول المنضمة إليها منذ عام ٢٠٠٢، فهي تنص في اتفاقياتها على معيار المعاملة العادلة والمنصفة وإن لم تُرفع قضايا ضدها بانتهاك هذا المعيار حتى الآن، وهو معيار مهم لها بشكل عام لجذب الاستثمارات الأجنبية ومنح الثقة والأمان للمستثمرين الأجانب، ومع أهمية هذا المعيار، إلا أنه يُثار الجدل كثيراً في مضمونه وعلاقته مع المعايير الأخرى والتعويض عن ضرر انتهاكه وحدود الحماية الممنوحة بموجبه. ويبرر عدم وضوحه بأنه معيار من معايير حماية الاستثمارات، والمعايير أصلاً غامضة بطبيعتها، والخلاف على معنى معيار المعاملة العادلة والمنصفة يُبين صعوبة التوافق على معنى واضح له؛ لذلك يُعتمد بالدرجة الأولى على ظروف كل قضية (يُدعى فيها بانتهاك هذا المعيار) لتفسير هذا المعيار، وكثيراً ما تكون تلك الظروف مختلفة، إلا أن هناك نقطة مشتركة بينها وهي وجود تأثير سلبي على الاستثمار، كما أن من سمات معيار المعاملة العادلة والمنصفة التجدد الذي بموجبه قد يحصل المستثمرون الأجانب على مزيدٍ من الحماية من إجراءات الدولة المضيفة التي تضر باستثماراتهم، وبالتالي ستقيد قدرة الدولة في ممارستها لسيادتها ودورها التنظيمي؛ لذلك قد تعارض كثير من البلدان خصوصاً النامية منها أي توسع في مضمون معيار المعاملة العادلة والمنصفة؛

لأن قدرة هذه البلدان في حماية الاستثمارات هي أقل من قدرة البلدان المتقدمة التي تملك اقتصاديات قوية، بالإضافة إلى أن البلدان النامية هي المستقبل للاستثمارات على الأغلب، وأي توسع في معنى معيار المعاملة العادلة والمنصفة يلقي عليها أعباء ثقيلة لصالح البلدان المتقدمة التي تصنف بأنها مصدرة للاستثمارات بالدرجة الأولى. وبالمقابل تضيق تفسير معيار المعاملة العادلة والمنصفة قد يعيق جذب الاستثمارات الأجنبية الضرورية لتنشيط اقتصاديات الدول بشكل عام.

وفي ختام هذا البحث توصلنا إلى الاستنتاجات والمقترحات الآتية:

الاستنتاجات:

- ازدادت أهمية معيار المعاملة العادلة والمنصفة ازدياداً كبيراً إلى درجة يكاد يفوق أي معيار آخر يرد في اتفاقيات الاستثمار الدولية؛ بسبب ازدياد ادعاءات المستثمرين بانتهاكه من قبل الدول المضيفة، فهذه الأخيرة تدخل في اتفاقيات الاستثمار المتضمنة هذا المعيار دون أن تعي تماماً الالتزامات التي تلقى عليها بموجبه، والآثار التي تترتب على انتهاكها له، كما أن وجود بند المعاملة العادلة والمنصفة في اتفاقيات الاستثمار يمنح الثقة والأمان للمستثمرين كونه بنداً غير مشروط مثل بنود الحماية الأخرى (بند الدولة الأولى بالرعاية وبند المعاملة الوطنية).

- لأن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يُدرج في اتفاقيات الاستثمار بصيغة عامة غير واضحة تتصدى هيئات التحكيم بالدرجة الأولى لمهمة توضيح معيار المعاملة العادلة والمنصفة بمراحل تطبيقه كلها، وبسبب عدم وجود أساس تستند إليه هيئات التحكيم فهي تملك سلطة تقديرية واسعة لتوضيحه وبيان مضمونه وذلك بحسب ظروف كل قضية، لتقرر انتهاكه من عدمه، ومع

عدم اتفاقها اتفاقاً كاملاً على المسائل المتعلقة به فهي لم تتفق على تعريف واضح لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة ولا على مضمونه ومدى ارتباطه بمعايير حماية الاستثمار الأخرى (الحد الأدنى الدولي لمعاملة الأجانب، بند الدولة الأولى بالرعاية، بند المعاملة الوطنية، معيار الحماية والأمن الكاملين، ولا على الممارسات التي قد تُعد انتهاكاً له ولا التعويض عن ضرر انتهاكه) إلا أنها استطاعت أن توضح جوانب مهمة لهذا المعيار.

-إذا كان معيار المعاملة العادلة والمنصفة يحمي استثمارات المستثمرين الأجانب من إجراءات الدولة المضيفة التي تضر باستثماراتهم، إلا أن هذه الحماية ليست مطلقة، بل كثيراً ما تتقيد بعوامل معينة، وسلوك المستثمرين من هذه العوامل، وإن كان دوره مازال ثانوياً في تقرير الانتهاك من عدمه أو تخفيض التعويض أو عدم تقريره، وحتى يحمي هذا المعيار توقعات المستثمر ببقاء البيئة القانونية مستقرة ينبغي أن يكون لها أساس معين ومعقول نوعاً ما.

- تعوض هيئات التحكيم عن ضرر انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة بأشكال مختلفة؛ بسبب عدم النص على آلية التعويض تلك في اتفاقيات الاستثمار الدولية، والتعويض عن ضرر انتهاك معيار انتهاك المعاملة العادلة والمنصفة عن طريق القيمة السوقية العادلة (التي تستخدم في التعويض عن نزع الملكية) يدعم وجود علاقة بين هذا المعيار ونزع الملكية، وخصوصاً نزع الملكية غير المباشر، وهذا ما بيته بعض هيئات التحكيم، بيد أن ملامح هذه العلاقة لم تتضح بعد.

- معيار المعاملة العادلة والمنصفة هو أكثر معايير حماية الاستثمار جدلاً، ومن المتوقع أن تتوضح ملامحه أكثر مع ازدياد ادعاءات المستثمرين بانتهاكه من قبل الدول المضيفة، وبالتالي ازدياد اجتهادات التحكيم المتعلقة به.

المقترحات:

قد يحتاج معيار المعاملة العادلة والمنصفة إلى وقتٍ طويلٍ ومزيدٍ من اجتهادات التحكيم وجهود أطراف اتفاقيات الاستثمار (الدول) حتى يترسخ أكثر. لذا نجد من الضروري تقديم بعض التوصيات التي تخدم ما توصلت إليه الدراسة من نتائج.

-المقترح الأهم هو المتعلق بلجنة القانون الدولي فهذه الأخيرة ينبغي عليها أن تسارع في مناقشة موضوع معيار المعاملة العادلة والمنصفة، وأن تضع تحليلاً له يساعد في توضيحه وإضفاء مزيد من اليقين على ممارسات الدول في هذا المجال، من أجل الاستناد عليه لاستخلاص تقييم للوضع القانوني المتعلق بمعنى معيار المعاملة العادلة والمنصفة ومكوناته في علاقات الاستثمار، وأن تقترح مجموعة من المبادئ التوجيهية للدول وهيئات التحكيم تساعد في توضيح هذا المعيار؛ وكما ينبغي عليها أن تحدد بعض الآثار التي يُحتمل حدوثها بالنسبة للدول التي تقدم ضمانات للمعاملة العادلة والمنصفة في علاقاتها التعاهدية؛ لأنه من المهم إيراد بيان قانوني واضح بشأن هذا المعيار المثير للجدل من مصدر ذي حجية.

- ينبغي على الدول قبل أن تدخل في اتفاقيات استثمار أن تدقق في بنودها جيداً بما في ذلك بند المعاملة العادلة والمنصفة، وتنتبه إلى الحقوق التي ستمنحها بموجب هذا البند وكذلك إلى الالتزامات التي ستتحملها بموجبها. كما

ينبغي عليها أيضاً وضع صياغة دقيقة لهذا المعيار وأساس واضح تعتمد عليه هيئات التحكيم لتتجنب وقوعها في التباس في تعريفه أو تحديد علاقته بغيره من معايير حماية الاستثمارات الأخرى، كما فعلت الدول التي وقعت اتفاقية NAFTA عندما عدت معيار المعاملة العادلة والمنصفة جزءاً من معيار الحد الأدنى الدولي لمعاملة الأجانب، وبذلك ستجد هيئات التحكيم نفسها ملتزمة بذلك الأساس، كما ينبغي عليها تحديد طريقة التعويض عن انتهاكه، فربما طريقة التعويض التي تختارها هيئات التحكيم بموجب سلطتها التقديرية تؤدي إلى إثراء أحد الطرفين على حساب الطرف الآخر.

- وينبغي على هيئات التحكيم التي تنظر في الدعاوى التي ترفع أمامها والمتعلقة بانتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة أن تنقيد بما يأتي في صياغة هذا البند بدقة، وأن لا تتوسع كثيراً في معنى هذا المعيار باستغلال السلطة التقديرية الممنوحة لها في هذا المجال وأن لا تُضيّق معناه كثيراً، بل عليها أن تحاول تحقيق التوازن بين هذين النهجين المختلفين. كما ينبغي عليها أن تحاول تحقيق التوازن أيضاً بين مصالح الدولة المضيفة وحقوقها في ممارسة سيادتها ومصالح المستثمرين في منحهم الحماية المتوقعة بموجب هذا البند حتى لا تُتهم بالانحياز إلى أحد الطرفين دون الآخر، وأن تضع في حساباتها عند تقرير انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة الظروف التي تمر بها الدولة المضيفة وخصوصاً الظروف الطارئة التي لا يد للدولة فيها حتى لا ينقلب معيار المعاملة العادلة والمنصفة من نعمة لتلك الدول في اجتذاب الاستثمارات الأجنبية وتنشيط اقتصادها إلى نقمة ربما تؤدي إلى تقرير تعويض ضخم عليها، وأن تحاول تبرير اتخاذها مواقف متناقضة في حال تشابه ظروف بعض القضايا.

تمت بعون الله تعالى

قائمة المراجع والمصادر

أولاً - باللغة العربية:

أ- الكتب:

١- صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.

٢- فرحات الحرشاني، دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا ESCWA، 2011.

٣- علي ابراهيم، الحقوق والواجبات الدولية في عالم متغير-المبادئ الكبرى والنظام الدولي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.

٤- محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة السادسة، ٢٠٠٧.

٥- ياسر الحويش، القانون الدولي الاقتصادي- المنظمات الدولية الاقتصادية، تسوية النزاعات الدولية الاقتصادية الجزء الثاني، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٨.

ب- المقالات والبحوث العلمية:

١- جعفر عبد السلام، العدالة والإنصاف في القانون الدولي، العدد الثاني من مجلة الاقتصاد والإدارة، ١٩٧٦.

٢- حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، مجلة القانون والاقتصاد، مصر المعاصرة، العدد ٢، ج ٢، ١٩٩٥.

ج- الرسائل الجامعية:

١- عبد الرزاق السنهوري، القيود التعاقدية على حرية العمل في القضاء الانكليزي- المعيار المرن والقاعدة الجامدة في القانون، رسالة دكتوراه الأولى، جامعة ليون، فرنسا، عام ١٩٢٥.

٢- فارس حامد عبد الكريم، المعيار القانوني، رسالة ماجستير، بغداد، متوافر على الرابط الآتي:

<http://www.droitdz.com/forum/showthread.php?t=9854>

د- الوثائق:

١- الوثيقة الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة ٤٤، ١٥/ تموز/ ٢٠١١، رقم الجلسة ٩/٩٢٥ (A/CN.9/SR.925).

٢- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة السادسة والستون A/66/ 17، 2014.

٣- لجنة القانون الدولي، الدورة السادسة والخمسون، A/56/ 589، 11/ 26/ 2001.

ثانياً- باللغة الفرنسية:

I- Livres:

1-Aurélien Ercoli, La norme du traitement just et équitable en droit international des investissements, Institut des Hautes Études Internationales (Paris II) 2011.

II- Articles:

1-Patrick Juillard (Ex-président du département des Études internationales et européennes, Université Paris1, Sorbonne) L'évolution des sources du droit de l'investissement, Recueil des Cours 250, 1994.

2-Patrick Juillard, Le nouveau modèle américain de traits bilatéral sur l'encouragement la protection réciproqués des investissements, AFDI, 2004.

I- Books:

1- Daniel Patrick O'Connell, International law, London, Stevens.1970.

2-Frederick Alexander, Mann, "The Legal Aspects of Money" with special reference to comparative private and public international New York : Oxford University Press, Edition 4th ed,1982.

3-Ioana, Tudor, "Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment" Oxford University Press, 2008.

4-Roland. Klager, Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, Cambridge University Press, 2011.

5-Sir jan, Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties,2 edition, Manchester University Press, 1984.

6-Martin Domke, On the Extraterritorial Effect of Foreign Eexpropriation Decrees, 4th, Institute of Government, University of Utah. 1951.

7-Peter Muchlinski, "Multinational Enterprises and the Law, Oxford International Law Library, 1995.

II- Articles:

1-Barnali Choudhury, Evolution or Devolution? Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law," Journal of World Investment & Trade, Vol. 6, No 2, 2005.

2– Caroline Henckels, Proportionality and the Standard of Review in Fair and Equitable Treatment Claims: Balancing Stability and Consistency with the Public interest, published by the Society of international Economic Law, with the support of the University of Missouri Kansas City School of Law, 2012.

3–Christoph, Schreuer, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, The Journal Of World Investment& Trade, Vol. 6 No. 3. June 2005.

4–Christoph, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with Other Standards, Transnational Dispute Management, Vol. 4, Issue 5, 2007.

5–Frederick Alexander. Mann, “British Treaties for the Formation and Protection of Investment”, British Yearbook of International Law 24, 244,1981.

6–George. Foster, Recovering and Security”: The Treaty Standard’s Obscure Origins, Forgotten Meaning, and Key Current Significance, Vanderbilt journal of transnational law, [vol. 45:1095.

7– Ignacio Pinto–Leon, “Fair and Equitable Treatment Under International Law: Analyzing the Interpretation of the NAFTA Article 1105.1 by NAFTA Chapter 11 Tribunals,” in Currents International Trade Law Journal, 2006.

8-Jack Coe, "Fair and Equitable Treatment Under Nafta's Investment Chapter", ASIL 9, Proceedings of the 96 Annual Meeting, 2002.

9-Jonathan Bonnitcha, The problem of moral hazard and its implications for the protection of 'legitimate expectations' under the fair and equitable treatment standard, 2011, Available on: <http://www.iisd.org/itn/2011/04/07/the-problem-of-moral-hazard/>

10-Kenneth, Vandavelde, K. "A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment, New York University Journal of International Law and Politics, vol 43(1), 2010.

11-Kumer, Srivastava, Doctrine of legitimate expectations, J.T.R.I. JOURNAL, Issue – 2, 1995.

12-Mahnaz Malik, The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration, Published by the International Institute for Sustainable Development, November 2011.

13-Michael Reisman, Eclipse of Expropriation, Yale Law School USA, 2008.

14-Moshe Hirsch, Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law, Faculty of Law and Department of International Relations, Hebrew University of Jerusalem, No. 07-13, 2013.

15–Olatokunbo Lad–Ojomo in *What the Distinction Between the Fair and Equitable Treatment Standard and the Minimum standard of treatment under customary international law*", University of Dundee, 2008.

16– Patrick Dumberry, the quest to define "fair and equitable treatment" for investor under international law, vol 3, No 4, the journal of world investment, 2002.

17–Peter Muchlinski "'Caveat Investor'? the Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair and Equitable Treatment Standard," 2 *Investment Treaty Law: Current Issues* vol 55, July 2006.

18–Rudolf, Dolzer, "Fair and Equitable Treatment: A Key Standard Investment Treaties", *International Law*, Vol. 39, 2005.

19–Robinson, "Guidelines for the Organization of Eastern Caribbean States in Negotiating Bilateral Investment Treaties" (undated). also Robinson, "The Question of a reference to International Law in the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations", *UNCTC Current Studies, Series A*, Number 1, 1986.

20–Stephan Schill, "Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law", in *Institute for International Law and Justice*, New York University

School of Law, International Law and Justice Working Papers 2006.

21–Stephen M. Schwebel, Is Nerr from fair and equitable treatment International Arbitration Club, London , 2011

22–Yannaca, Small, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, OECD Directorate for Fin. & Enter. Affairs, Working Paper No. 2004/3.

23–Zachary Douglas, Nothing if not critical for investment treaty arbitration: Occidental, Eureko and Methanex. Arbitration International, Kluwer Law International, Volume 22 ,2006.

III– Reports and documents:

1–Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention", OECD, Paris, Organization for Economic Cooperation and Development, 1967. Available on: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>.

2–UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, Series on Issues in International Investment Agreements, 2012. Available on: http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf.

3–UNCTAD, Most Favored Nation Clause, 2010. Available on : http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf.

4–UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on issues in International Investment Agreements, 1999. Available on: <http://unctad.org/en/Docs/psiteiitd11v3.en.pdf>.

5–UNCTAD, Bilateral Investment treaties: Trends in Investment Rulemaking, 1995–2006. Available on: http://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf.

V–Award International Court of Justice:

1–Award ELSI (US v. Italy), ICJ Rep 15, Judgment of 20 July 1989. Available on: <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>.

2– Award North Sea Continental Shelf Awards, Judgment, ICJ Reports 1969. Available on: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>.

IV –Award Arbitral:

1 –AES Summit Generation Limited and AES–Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010. Available on:

http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014_0.pdf.

2 –ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary, ICSID Award No, ARB/03/16, Award, 2 October 2006. Available on:

[http:// www.italaw.com/documents/ADCvHungaryAward.pdf](http://www.italaw.com/documents/ADCvHungaryAward.pdf).

3-ADF Group Inc. v. United States, ICSID Award No. ARB (AF)/00/1, Investor's Reply to the Counter-Memorial of the United States on Competence and Liability, 28 January, 2002.

Available on:

<http://www.state.gov/documents/organization/7920.pdf>.

4-ADF Group Inc. v. United States, ICSID Award No. ARB (AF)/00/1 Award, 9 January 2003. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case/documents/ita0009.pdf>.

5- Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka (AAPL), ICSID Award No. ARB/87/3, final Award 27 June, 1990. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case/documents/ita1034.pdf>.

6-Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka(AAPL) v. Sri Lanka (ICSID/ARB/87/3) Dissenting Opinion of Samuel K.B. Asante.27 June, 1990. Available on:

<http://arbitration.org/sites/default/files/awards/arbr-1990-328-1.pdf>.

7-Azinian, Davitian, & Baca v. Mexico , ICSID Award No. ARB(AF)/97/2 (NAFTA). Award, 1 November 1999. Available on:

[http://www.italaw.com/sites/default/files/case, documents/ita0057.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case/documents/ita0057.pdf).

8- Azurix Corp v. Arg Republic, ICSID Award No. ARB/01/12, Award, July 14, 2006. Available on:

[http:// www.italaw.com/documents/AzurixAwardJuly2006.pdf](http://www.italaw.com/documents/AzurixAwardJuly2006.pdf)

9–Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A. S. Baltoil v. Republic of Estonia, ICSID Award, No ARB/99/2, Award of June 25, 2001. Available on: www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0359.pdf

10–American Manufacturing and Trading, Inc. v. Zaire, ICSID Award No. ARB/93/1, Award, 21 February 1997. Available on: [http:// www.biicl.org/files/3933_1997_amt_v_zaire.pdf](http://www.biicl.org/files/3933_1997_amt_v_zaire.pdf)

11– Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Award No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009. Available on: [http:// www.italaw.com/documents/Bayandiraward.pdf](http://www.italaw.com/documents/Bayandiraward.pdf).

12–BG Group Plc v. Argentina, UNCITRAL, Award, 24 December 2007. Available on: [http:// www.italaw.com/documents/BG-award_000.pdf](http://www.italaw.com/documents/BG-award_000.pdf)

13–Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Award No. ARB/05/22–Award, 24 July 2008. Available on: [http:// www.italaw.com/documents/Biwateraward.pdf](http://www.italaw.com/documents/Biwateraward.pdf).

14–Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. v. The Slovak Republic, ICSID Award No. ARB/97/4, Final Award, 29 December 2004. Available on:

http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0146_0.pdf.

15– Casualty v. Argentina, ICSID Award No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008. Available on:

<http://www.italaw.com/documents/ContinentalCasualtyAward.pdf>

16–CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Award No. ARB/01/8 Award of May 12, 2005. Available on:

http://www.italaw.com/documents/CMS_FinalAward.pdf

17– Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco, ICSID Award No. ARB/00/6, Award, 22 December 2003. Available on: <http://www.italaw.com/cases/documents/327.pdf>.

18–Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID, Award No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case/documents/ita0256.pdf>.

19–Eastern Sugar B.V. v. Czech Republic, Partial Award, SCC Award No. 088/2004, Mar. 27, 2007. Available on: http://www.italaw.com/sites/default/files/case/documents/ita0259_0.pdf.

20– EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Award No. ARB/05/13, Award and Dissenting Opinion, 8 October 2009. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case/documents/ita0267.pdf>.

21–Electrabel S.A. v. Hung, ICSID Award No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law, Nov. 30, Part VII, 2012. Available on:

<http://investorstatelawguide.com/documents/documents/IC0146,02%20Electrabel%20v.%20Hungary%20%20Decision%20on%20Jur%20and%20Lia.pdf>.

22– Eureko B.V. v. Republic of Pol, UNCITRAL Arb, Partial Award (Aug. 19, 2005). Available on:

http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0308_0.pdf.

23– Generation Ukraine, Inc v. Ukraine, ICSID No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003. Available on:

http://www.italaw.com/documents/GenerationUkraine_000.pdf.

24– Gami Investments, Inc. v. Mexico, Final Award, 15 November 2004. Available on:

http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0353_0.pdf.

25–Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, ,Award, 8 June 2009. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0378.pdf>

26–Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Award No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005. Available on:

<http://www.italaw.com/documents/impregilo-decision.pdf>.

27– International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico, UNCITRAL (NAFTA). 26 January 2006. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0431.pdf>

28–Iurii Bogdanov, Agurdino–Invest Ltd. And Agurdino Chimia JSC v. Republic of Moldova, Arbitral Award, 22 September 2005. Available on:

http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0094_0.pdf.

29–LG&E v. Argentina, ICSID Award No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0460.pdf>

30–Link–Trading Joint Stock Company v. Moldova, UNCITRAL, –Award on Jurisdiction, 16 February 2001. Available on:

http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0468_0.pdf.

31– Loewen Group Inc. and Raymond L. v. United States, ICSID Award No. ARB(AF)/98/3 (NAFTA) , Award, June 25, 2003. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0470.pdf>.

32–Maffezini v. Spain, ICSID Award No. ARB/97/7, Award on Jurisdiction, 25 January 2000. Available on:

http://www.italaw.com/documents/Maffezini–Jurisdiction–English_001.pdf.

33–Maffezini v. Spain, ICSID Award No. ARB/97/7. Award on the Merits, 13 November 2000. Available on:

<http://www.italaw.com/documents/Maffezini-Award-English.pdf>.

34–Methanex v. United States, UNCITRAL (NAFTA). Final Award, 3 August 2005. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0529.pdf>

35–Metalclad Corporation v. Mexico, ICSID Award No. ARB(AF)/97/1 (NAFTA). Award, 30 August 2000. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>.

36– Metalclad Corporation v. Mexico, Review by British Columbia Supreme Court, 2 May 2001, Para. 58. available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0512.pdf>.

37–Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic, ICSID Award No. ARB/03/5, Award, 6 June 2008. Available on:

: [http:// www.italaw.com/documents/MetalparAwardEng.pdf](http://www.italaw.com/documents/MetalparAwardEng.pdf).

38–Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt , ICSID Award No –Award, 12 April 2002. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0531.pdf>.

39–Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Award No. ARB(AF)/99/2 (NAFTA). Award, 11 October 2002. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/ita1076.pdf>.

40–MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Award No. ARB/01/7, Award, 25 May, 2004. Available on: http://www.italaw.com/documents/MTD-Award_000.pdf.

41–National Grid plc v The Argentine Republic, UNCITRAL, Award, 3 November 2008. Available on:

<http://www.italaw.com/documents/NGvArgentina.pdf>.

42– Neer and Pauline Neer (USA) v United Mexican States, 4 Reports of International Arbitral Awards 60 (United Nations) [Neer], 1926. Available on:

http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf

43–Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Award No. ARB/01/11, 12 October 2005. Available on: <http://www.italaw.com/documents/Noble.pdf>.

44–Nykomb Synergetics Technology Holding AB v Latvia, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Award 16 December 2003. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0570.pdf>.

45– Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Award No. UN3467, Final Award, 1 July 2004. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0571.pdf>.

46–Parkerings– Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Award No. ARB/05/8, –Award, 11 September 2007. Available on:

<http://www.italaw.com/documents/Pakerings.pdf>.

47–Plama Consortium, Ltd. v. Republic of Bulg, ICSID Award No. ARB/03/24, Award, Aug. 27, 2008. Available on:

<http://www.italaw.com/documents/PlamaBulgariaAward.pdf>.

48–Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, 30 July 2009. Available on:

<http://www.italaw.com/documents/PantechnikiAward.pdf>

49–Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic, Arb. No. 126/2003, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Award, 29 March 2005. Available on:

<http://www.ogel.org/legal-and-regulatory-detail>.

50–Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA). Award on the Merits of Phase 2, 10 April 2001.

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>.

51–Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL, Award on Damages, 31 May 2002. Available on: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0686.pdf>.

52– PSEG Global, Inc. v. Republic of Turk, ICSID Award No. ARB/02/5, Award Jan. 19, 2007. Available on: <http://www.italaw.com/documents/Maffezini,Award,English.pdf>.

53–Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award of Mar. 17, 2006. Available on :

<http://www.italaw.com/documents/Saluka-PartialawardFinal.pdf>.

54–Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September, 2007. Available on:

<http://www.italaw.com/documents/SempraAward.pdf>.

55–SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Award No. ARB/01/13, Jurisdiction, 6 August 2003. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0779.pdf>.

56–SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6Jurisdiction, 29 January 2004. Available on:

[http:// www.italaw.com/documents/SGSvPhil-final_001.pdf](http://www.italaw.com/documents/SGSvPhil-final_001.pdf).

57– Siemens v. Argentina , ICSID Award No. ARB/02/8 – Award, 6 February 2007. Available on:

<http://www.italaw.com/documents/Siemens–Argentina,Award.pdf>.

58–Suez v. Argentine Republic, ICSID Award No. ARB/03/19, Decision, July 30, 2010, Para 226. Available on:

<http://www.italaw.com/documents/SuezVivendiAWGDecisiononLiability.pdf>.

59– Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Award No. ARB(AF)/00/2, Award of May 29.2003. Available on:

http://www.biicl.org/files/3917_2003_tecmed_v_mexico.pdf.

60–Telenor Mobile Communications Ah.S .v. Republic of Hungary, ICSID Award No. ARB/04/15, (Norway/Hungary BIT).Award, 13 September 2006. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0858.pdf>.

61– United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA), Award on Jurisdiction, 22 November 2002. Available on:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case,documents/ita0884.pdf>.

62–Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Award No. ARB/98/4, Award on Merits, 8 December 2000. Available on:

http://www.biicl.org/files/3926_2000_wena_hotels_v_egypt.pdf.

63–Waste Management, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Award No. ARB(AF)/00/3, Award of 30 April 2004. Available on: : [http:// www.italaw.com/documents/WastMgmt2-Jurisdiction.pdf](http://www.italaw.com/documents/WastMgmt2-Jurisdiction.pdf).

VI– Dictionaries:

1– Black's Law Dictionary, Publisher: West, 9 edition, (June 25, 2009).

2–Concise Oxford Dictionary, 8th edition, Clarendon Press Oxford, 1990.

الفهرس

مقدمة.....	٣
الفصل الأول: المعاملة العادلة والمنصفة ومدى ارتباطها بالمعايير الاقتصادية الدولية.....	٩
المبحث الأول: ماهية المعاملة العادلة والمنصفة.....	١٢
المطلب الأول: المفهوم القانوني للمعاملة العادلة والمنصفة.....	١٢
أولاً: علاقة المعاملة العادلة والمنصفة بمبادئ العدالة والإنصاف.....	١٣
ثانياً: طبيعة المعاملة العادلة والمنصفة.....	١٦
ثالثاً: تعريف معيار المعاملة العادلة والمنصفة.....	١٩
المطلب الثاني: أشكال صياغة المعاملة العادلة والمنصفة.....	٣٢
أولاً: الاتجاه التشجيعي.....	٣٥
ثانياً: الاتجاه الملزم.....	٣٧
١- النص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة دون الإشارة إلى القانون الدولي أو إلى معايير أخرى.....	٣٧
٢- النص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة على أن لا يقل تفضيلاً عن المعاملة الوطنية أو معاملة الدولة الأولى بالرعاية.....	٣٩
٣- النص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والأمن الكاملين في البند ذاته مع واجب الامتناع عن عرقلة الاستثمار من خلال تدابير غير معقولة أو غير مبررة أو تمييزية.....	٤٠
٤- النص على معيار المعاملة والمنصفة مع مبادئ القانون الدولي.....	٤٣
٥- النص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة كجزء من معيار الحد الأدنى للقانون الدولي العرفي.....	٤٥

- ٦- النص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة وفقاً لتشريعات المحلية للدولة المضيفة.....٤٥
- ٧- النص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة مع الإشارة الصريحة لمنع إنكار العدالة.....٤٦
- المطلب الثالث: عناصر المعاملة العادلة والمنصفة**.....٤٩
- أولاً: الامتناع عن المعاملة التمييزية والتعسفية**.....٥١
- ثانياً: مراعاة العدالة الإجرائية والإجراءات القانونية الواجبة**.....٥٧
- ثالثاً: الشفافية**.....٦٧
- رابعاً: حسن النية**.....٧٤
- خامساً: المعقولية**.....٧٨
- المبحث الثاني: العلاقة بين المعاملة العادلة والمنصفة وغيره من المعايير الاقتصادية الدولية**.....٨٢
- المطلب الأول: العلاقة بين المعاملة العادلة والمنصفة ومعيار الحد الأدنى الدولي**.....٨٣
- أولاً: المعاملة العادلة والمنصفة كجزء من معيار الحد الأدنى الدولي**.....٨٤
- ١- الاتفاقيات الدولية.....٨٤
- ٢- الممارسات العملية.....٨٩
- ثانياً: المعاملة العادلة والمنصفة كمعيار معاهدة مستقل بذاته**.....٩٥
- المطلب الثاني: العلاقة بين المعاملة العادلة والمنصفة ومبدأ عدم التمييز ومعيار الحماية والأمن الكاملين**.....١٠٣
- أولاً: علاقة المعاملة العادلة والمنصفة بمبدأ عدم التمييز**.....١٠٣
- ١- العلاقة بين الدولة الأولى بالرعاية.....١٠٤
- ٢- العلاقة بمعيار المعاملة الوطنية.....١١٠

ثانياً: العلاقة بمعيار الحماية والأمن الكاملين.....	١١٤
الفصل الثاني: الموازنة بين مصالح الدولة المضيفة ومصالح المستثمر في	
تحديد انتهاك المعاملة العادلة والمنصفة والتعويض عنه.....	١٢٣
المبحث الأول: حدود الحماية الممنوحة بموجب المعاملة العادلة	
والمنصفة.....	١٢٥
المطلب الأول: مدى حماية المعاملة العادلة والمنصفة لتوقعات المستثمر	
المشروعة.....	١٢٦
أولاً: النهج الواسع لتوقعات المستثمر المشروعة.....	١٣٠
ثانياً: النهج المقيد لتوقعات المستثمر المشروعة.....	١٣٣
ثالثاً: مدى حماية المعاملة العادلة والمنصفة لتوقعات المستثمرين في حالات	
الضرورة.....	١٤٥
المطلب الثاني: المعاملة العادلة والمنصفة وانتهاك بند الالتزامات.....	١٥٤
المبحث الثاني: تقرير انتهاك المعاملة العادلة والمنصفة وأثره.....	١٦٢
المطلب الأول: شروط تقرير انتهاك المعاملة العادلة والمنصفة.....	١٦٢
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على انتهاك المعاملة العادلة والمنصفة....	١٧٧
أولاً: علاقة نزع الملكية بمعيار المعاملة العادلة والمنصفة.....	١٧٧
ثانياً: التعويض عن الضرر المترتب عن انتهاك المعاملة العادلة	
والمنصفة.....	١٨٤
١- التعويض عن طريق القيمة السوقية العادلة.....	١٨٤
٢- الأشكال الأخرى للتعويض.....	١٩٠
خاتمة.....	١٩٩
قائمة المراجع والمصادر.....	٢٠٥
الفهرس.....	٢٢٤