تطبيق شرط الدولة الأولي بالرعاية علي قواعد تسوية النزاعات في عقودالإستثمار

محمد نذير عماري
طالب دكتوراهLMD
جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر

الملخص:

يتطرق هذا المقال لدراسة استقصائية وتحليلية واقعية للدراسات الفقهية والقضائة لشرط الدولة الأولي بالرعاية في اتفاقيات الإستثمار بهدف المساهمة في وضع فهم أفضل لهذا الشرط في مثل هذه العقود .

وحيث ان شرط الدولة الأولي بالرعاية ذوعلاقة وطيدة ببند تسوية النزاعات في عقود الإستثماروهذا ما ويعطي الحق للمستثمر في استحضارمزيد من المزايا الخاصة بتسوية النزاعات من اتفاقيات أخري، وبالرغم من حقيقة أن شرط الدولة الأولي بالرعاية قد يكون واسعا لكن هذا لا يمنع من محاولة تحديد نطاق هذا الشرط في عقود الإستثمار.

الكلمات المفتاحية: شرط الدولة الأولي بالرعاية، تسوية المنازعات، عقود الاستثمار، الدولة، التحكيم.

The application of the MFN clause to the dispute settlementrules in theinvestmentcontracts

Abstract

The present article provides a factualsurvey of jurisprudence and relatedliterature on MFN treaty clauses in investmentagreementswith a view to contributing a betterunderstanding of the MFN interfaces betweensuchagreements.

By pointing out that MFN clause are inextricablyrelated to dispute resolution clauses of investmenttreaties and thusconfirmingthatinvestorsmayinvoke more favorable dispuutesettlementprevisions of othertreatiesDespite the fact that the MFN clause may be broad, this does not prevent attempts to determine the scope of this condition in investment contracts.

Key Words:Most favoured nation, dispute settlement, investment contracts, state, arbitration

مقدمة:

عقد الاستثمار هو اتفاق بين دولتين بهدف الترويج وحماية استثمارات العمومية والخاصة التابعة لكل لدولة طرف في العقد[1]، والهدف من أي اتفاقية ثنائية للاستثمار هو جدب رؤوس الأموال المباشرة والغير مباشرة وزيادتها، والطريقة لذلك هي من خلال خلق درجة من الحماية لمستثمري كل دولة [2]،وعادة ما يتحقق ذلك من خلال دمج مجموعة من المزايا تتمثل في المعاملة الوطنية، المعاملة العادلة والمنصفة، ومعاملة الدولة الاولي بالرعاية[3].

بالرغم أن كل اتفاقية ثنائية للاستثمار فريدة ومتميزة إلا أن هناك أحكام يجب أن تتطرق إليها كل اتفاقية، من خلال تعريف الاستثماروووضع أرضية وأساس لاستثمارات كل بلد، تحديد شكل وطريقة التعويض في حالة التأميم أو المصادرة، وطرق تحويل الأموال، وكذلك طرق تسوية النزاعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثماروحتي بين الدول فيما بينها وبين المستثمرين أنفسهم، وكذلك النص علي المعاملة العادلة والمنصفة أو المعاملة الوطنية او معاملة الدولة الاولي بالرعاية [4]

في ظل بيئة عالمية من التحرر الاقتصادي، يظل شرط الدولة الاولي بالرعاية يمثل عاملا بالغ الاهمية في العلاقات الاقتصادية الدولية، وأداة هامة للتحرر الاقتصادي في مجال الاستثمار، حيث يوضع من أجل تجنب التمييزوحماية الدولة للمستثمرين في البلد المضيف للاستثمارات [5].

لا يكون إدراج شرط الدولة الاولي بالرعاية إلا باتفاق الأطراف الاتفاق وحصول تراضي علي الشرط، فإدراج مثل هذا الشرط قد يهدد التوازن العام للعقد الاستثماري[6]. حيث كان في الماضي إدراج مثل هذا الشرط لا يكون إلا بمقابل تدفعه الدولة المستفيدة للدولة المانحة، ولكن لم يعد لمثل هذه المعاملة وجود في الوقت الحاضر نظرا لإدراك الدولة المستفيدة للمزايا التي تحصل عيها الدولة المانحة وأهمية الاستثمارات بالنسبة لأي اقتصاد.

كان شرط الدولة الأولي بالرعاية في بداية استعمالاته يقتصر علي معاهدات الصداقة والتجارة وكذلك الملاحة ليمتد إلي مجال الاستثمار، ليعتبرواحد من أهم سبعة معايير مهمة في اتفاقيات التجارة والملاحة، وهذه المعايير السبعة حسب شاوزنبرغ وبراون هي معيار الدولة الأولي بالرعاية، المعيار الوطني، معيار المعاملة المتماثلة، معيار الباب المفتوح، معيار المعاملة المنصفة، معيار المعاملة التفضيلية، معيار الحد الأدنى [7].

الهدف الأساسي من النص علي شرط الدولة الاولي بالرعاية في اتفاقيات الاستثمار هو حماية استثمارات الدولة المستفيدة من أي تمييز بينها وبين الدول الأخرى، وحماية المستثمرين من الدولة المستفيدة من سوء المعاملة التي قد تؤثر علي الوضعية التنافسية لهذه الأخيرة، فإذا كان الغرض من هذا الشرط في المعاملات التجارية هو حماية الفرص التنافسية، فإنه وفي مجال الاستثماريختلف عن ذلك حيث يكون الهدف هو حماية حقوق المستثمرين[8].

كما ان العديد من الاتفاقيات الجماعية للاستثمار تتضمن شرط الدولة الاولي بالرعاية مثل WTOWorld Trade Organisation[9]، وتلزم أي دولة جديدة في الاتفاقية بالموافقة علي مثل هذا الشرط، وهو ما جعل العديد من الدول تلجأ إلي ابرام اتفاقيات استثمار ثنائية مع إحدى الدول الطرف في الاتفاقية الجماعية مع إدراج شرط الدولة الاولي بالرعاية لكي تستفيد من الامتيازات التي تمنحها هذه الدول في إطار الاتفاقية الجماعية، هذا دون أن تكون ملتزمة مع أي طرف.

وبسبب خطورة هذا الشرط وإمكانية استعماله بطريقة قد تؤثر علي استثمارات أخري في البلد الواحد أو علي المناخ الاستثماري بصفة عامة، فإن بعض الدول تلجأ إلي وضع قيود علي مثل هذا الشرط من خلال تحديد ما يمكن اعتباره من قبيل الامتيازات التي تدخل ضمن شرط الدولة الأولي بالرعاية، ومن بين هذه الامتيازات تلك المتعلقة بطرق تسوية النزاعات في اتفاق الاستثماري، وهنا ظهرت عدت إشكالات في تفسيروتطبيق شرط الدولة الأولي بالرعاية، وعليه فإن هذه الدراسة تحاول الإجابة علي الإشكالية رئيسية تتمحور حول إمكانية امتداد شرط الدولة الأولي بالرعاية لقواعد تسوية النزاعات في عقد الاستثمار؟

وما هي العوامل المهمة في عملية التفسيرلتحديد ما إذا كان هذا الشرط الوارد في العقد الاستثماري يتطبق علي الشروط الازمة لاستظهاربأحكام تسوية النزاعات؟.

ومن أجل الإجابة علي هذه الإشكالية تم تقسيم هذا البحث إلي مبحثين:

المبحث الأول ويتعلق بتحديد تعريف ونطاق شرط الدولة الأولي بالرعاية

أما المبحث الثاني فيتناول تفسيروأثر شرط الدولة الأولي بالرعاية علي بند تسوية النزاعات.

المبحث الأول: التعريف بشرط الدولة الأولي بالرعاية وتحديد نطاقه

من أجل فهم أفضل لهذا الشرط ضمن عقود الإستثمار ينبغي أولا التطرق لتعريف الشرط وكيف يرد هدا الشرط ضمن اتفاق الإستثمارفي المطلب الأول، ثم في المطلب الثاني سنتطرق لتحديد نطاق شرط الدولة الأولي بالرعاية سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع.

المطلب الاول: شرط الدولة الأولي بالرعاية في اتفاق الإستثمار

هناك تعريفات عديدة لشرط الدولة الأولي بالرعاية سنتطرق لأهمها في الفرع الأول من البحث، ثم لمختلف الصيغ التي يمكن أن يرد فيها ضمن عقد الإستثمارفي الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف شرط الدولة الولي بالرعاية

يقوم شرط الدولة الأولي بالرعاية بين الدولة المانحة والدولة المستفيدة بموجب شرط منصوص عليه في المعاهدة بين الدولتين وليس من المعاهدة بين الدولة المانحة والدولة الثالثة، غيرأن هذا الشرط تستفيد منه الدولة المستفيدة دون الدولة الثالثة.

من خلال شرط الدولة الأولي بالرعاية فإن الدولة المستفيدة الطرف بالاتفاقية تضمن لاستثماراتها معاملة لا تقل عن تلك التي توفرها لدولة أخري وفق اتفاقيات الاستثمارفي نفس المجال الاستثماري، وقد عرفت لجنة لأمم المتحدة للقانون الدولي في مسودة العمل حول شرط الدولة الأولي بالرعاية في المواد 4 والمادة 5 كما يلي: «شرط الدولي الأولي بالرعاية هو التزام دولة معينة للمستثمربمعاملته معاملة لا تقل عن تلك التي توفرها للمستثمرين من بلدان أخري» [10]

ويعرف شرط الدولة الأولي بالرعاية علي أنه وعد من جانب الدولة الطرف في الاتفاق (الدولة المانحة) علي أن توفرللدولة المتعاقد معها (الدولة الممنوحة) معاملة لا تقل عن تلك التي توفرها لدول اخري في الاتفاقات فيما بينها[11]، إن شرط الدولة الأولي بالرعاية المنصوص عليه في اتفاقيات الاستثمار يضمن للمستثمر أو استثماراته حقوق وامتيازات لا تقل عن تلك التي تمنحها الدولة ضمن اتفاقات أخري بينها بين بلد ثالث[12]

«حكم الدولة الأكثررعاية هو حكم يرد في معاهدة توافق دولة ما بموجبه على أن تمنح الشريك المتعاقد الآخرمعاملة لا تكون أقل مواتاة من تلك التي تمنحه الدول أخرى أو دول ثالثة . وقد كان هذا الحكم بمثابة شكل مبكِّروخاص لحكم عدم التمييز،ويرجع من شؤه إلى بواكيرمعاهدات الصداقة والتجارة والملاحة

ومنذ لك مثلاً أن معاهدة عا م1654المبرمة بين بريطانيا العظمى والسويد»[13].

وبالتالي فإن شرط الدولة الأولي بالرعاية هو بند في اتفاق أو معاهدة توافق بموجبه دولة علي أن تمنح للشريك أو الشركاء

المتعاقدين معها معاملة لا تقل عن تلك التي تمنحها لدولة أخر، غير أن هذا البند لا نعني به منح نفس المعاملة والامتيازات التي يتمتع بها المواطن في تلك الدولة.

كما ونصت اتفاقية GATT[14] في مبادئها علي مبدأ الدولة الاولي بالرعاية، بحيث يجب منح كل طرف من الأطراف المتعاقدة نفس المعاملة الممنوحة من مزايا وإعفاءات يتمتع بها أي طرف آخر في سوق الدولة دون قيد او شرط أو تمييز، لكن هناك عدد من الاستثناءات نصت عليها الاتفاقية هي كما يلي:

- تسمح اتفاقية GATT بقيام التكتلات الاقتصادية أو التجارية بين الدول المنتمية إلي إقليم جغرافي واحد كاستثناء من مبدأ الدولة الاولي بالرعاية
- الترتيبات البينية للدول النامية، بحيث تتمتع الدولة النامية بهذا الاستثناء بهدف تشجيع التبادل التجاري فيما بينها
- تدابير الحماية في الدول النامية، بحيث يكون لهذه الأخيرة الحق في اتخاذ التدابير الازمة لحماية صناعاتها الوليدة حيث تم اعفاؤها من شرط الدولة الاولي بالرعاية إلي أن تصل صناعاتها الوليدة إلي القدرة علي التنافس في الأسواق العالمية.

الفرع الثاني: النص علي شرط الدولة الأولي بالرعاية ضمن اتفاق الإستثمار

تتعد الصيغ التي يتم النص علي شرط الدولة الأولي بالرعاية في اتفاق الإستثمار ومن أمثلة ذلك نجد:

تنص المادة 3 من اتفاق الاستثمار بين ألبانيا والمملكة البريطانية 1996 علي ما يلي «لا يجوز لأي طرف من أطراف أن يعامل استثمارات الطرف الآخر معاملة أقل من تلك التي يمنحها لاستثمارات مواطني لتلك الدولة أو دولة ثالثة»[15]

تنص المادة 3/ج من اتفاق الاستثمار الكندي الشيلي علي «يتعهد كل طرف بتوفير معاملة لا تقل مواتاة عن تلك التي توفرها لطرف آخر ثالث وفي نفس الظروف خصوصا فيما يتعلق بإنشاء، التوسيع، الإدارة، التشغيل، البيع والتصرف في الاستثمارات»[16]

المادة 3/2 من اتفاق الاستثمار بين الجزائر والأرجنتين تنص علي ما يلي «يضمن كل طرف متعاقد للاستثمارات المقبولة علي إقليمه، حماية قانونية ويمنح لها معاملة لا تقل امتيازا عن تلك التي يمنحها لمستثمريه ومستثمري دول أخري»[17]

المادة 3/1 والمادة 3/2 من الاتفاق الجزائري الألماني «يمنح كل طرف متعاقد علي اقليمه لاستثمارات لمواطني وشركات الطرف المتعاقد الآخر، معاملة لن تكون أقل امتيازا من تلك التي تمنح لمواطنيه وشركاته أو مواطني وشركات بلد ثالث»

«يمنح كل طرف متعاقد علي اقليمه لمواطني وشركات الطرف المتعاقد الآخر، لاسيما فيما يخص الإدارة، الاستعمال، أو الاستمتاع باستثماراتهم معاملة لن تكون أقل امتيازا من تلك التي تخصص لمواطنيه وشركاته أو مواطني وشركات دول ثالثة»[18]

مما تقدم يمكن تقسيم شرط الدولة الاولي بالرعاية في اتفاقيات الاستثمار حسب دوره وعلاقته ببند تسوية النزاعات إلي أربعة انواع:

_ تلك التي تنص صراحة علي امتداد الشرط لأحكام تسوية النزاعات

_ تلك التي لا تنص علي امتداد الشرط لأحكام تسوية النزاعات لكنها تأتي في عبارات او صياغة عريضة تحتمل تمديد الشرط ليشمل أحكام تسوية النزاعات

_ تلك التي تستبعد صراحة أحكام تسوية النزاعات

_ تلك التي تنص صراحة علي القضايا التي يشملها هذا الشرط ولا تذكر تسوية النزاعات في ذلك.

لا يمكن لشرط الدولة الاولي بالرعاية أن يجدب المزايا والامتيازات الموجودة في عقود الاستثمار الأخرى إلا إذا كانت هذه المزايا من نفس الموضوع، من نفس الفئة ومن نفس الدرجة وبالتالي فإن الاستفادة من المزايا التي تتضمنها معاهدات اخري عن طريق شرط الدولة الاولي بالرعاية لا يكون إلا إذا كانت هذه المزايا من نفس فئة المعاملات الممنوحة في المعاهدات الأخرى [19].

يتميز شرط الدولة الاولي بالرعاية بالمرونة والاحتياط للمستقبل، بحيث أن الدولة المستفيدة تعمل علي اختيار أحسن المزايا التي تراها مناسبة لها وهو ما يضع عبئا كبيرا علي عاتق الدولة المانحة، في الجانب العملي فإن بعض هيئات التحكيم لا تحمل الدولة مسؤولية إدراج شرط الدولة الأولي بالرعاية في اتفاق الاستثمار لسببين: الأول يتمثل في إن إدراج هذا الشرط يخلق مجال من الشك وعدم اليقين في مجتمع التجارة والاستثمار، أما الثاني يتمثل في ان الطرف المدعي يقوم باختيار ما يلائمه من امتيازات من أجل صياغة اتفاق مثالي خاص، به في حين أن الدول الاطراف تكون قد بدلت جهدا كبيرا من اجل صياغة اتفاق الاستثمار فيما بينها [20].

المطلب الثاني: نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية

إن وجود شرط الدولة الأولي بالرعاية في اتفاقيات الاستثمار يدل علي أن للمستثمر من أحد الأطراف أو استثماره نفس الحقوق والامتيازات التي تمنحها تلك الدولة لأي مستثمر آخر من دولة أخري، والأصل في شرط الدولة الاولي بالرعاية أن استعماله كان في مجال التجارة والمعاملات البحرية، إلي أن تم استعارته في مجال الاستثمارات، لكن إدخال بند الدولة الأولي بالرعاية في عقود الاستثمار يجعل تطبيقه يختلف عن تطبيقه في المجالات الأخرى، حيث أن حدوده في مجال التجارة يشمل حدود الدولة فقط فيحين أن تطبيقه في مجال الاستثمار قد يتخطى حدود الدولة الواحدة [21].

الفرع الأول: نطاق شرط الدولة الأولي بالرعاية من حيث الموضوع

قد يكون شرط الدولة الأولي بالرعاية ضيقا وقد يرد بصيغة عامة، كما أن صيغة شرط الدولة الاول بالرعاية لا تعطي الدولة المستفيدة من الشرط قدرا معلوما من الحقوق والامتيازات وقت إبرام الاتفاق، بل يضمن للدولة المستفيدة الحق في الحصول علي نفس الامتيازات التي قد توفرها الدولة المانحة للدولة الثالثة، وفي غالب الحالات فإن صياغة شرط الدولة الأولي بالرعاية لا توحي بامتداد هذا الشرط للمسائل المتعلقة بتسوية النزاعات بين الاطراف، عكس بعض الاتفاقيات التي تنص صراحة علي امتداد شرط الدولة الأولي بالرعاية للمسائل المتعلقة بتسوية النزاعات[22]، لكن اليوم فقد أصبح ينظر إلي شرط الدولة الأولي بالرعاية علي أنه امتداد تلقائي وغير مشروط للمزايا.

يجب علي الدول أن تحدد المقصود ونطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية في اتفاق الاستثمار الثنائية وتحديد ما إذا كان هذا الشرط يسري علي احكام تسوية النزاعات في الاتفاق الاستثماري أم لا [23]، حيث أن المستثمر في اتفاق الاستثمار يمكنه أن يتمتع بالامتيازات أكثر من تلك المنصوص عليها في الاتفاق[24]، غير أنه يمكن لأطراف الاتفاقية تحديد حدود شرط الدولة الأولي بالرعاية في نص الاتفاق، بحيث لا يكون للدولة المستفيدة أو المستثمرين التابعين لها المطالبة بأي امتيازات تخرج عن نطاق ما

هو متفق عليه[25].

إن كان نطاق شرط الدولة الأولي بالرعاية يتسع ليشمل قواعد تسوية النزاعات في اتفاق الاستثمار، فبعض الحلات تميز بين الولاية القضائية والمقبولية، وفي هذه الحالة يتم التفريق بين حكم يتناول الحق في دفع الدعوي، وهي مسألة تتعلق بالولاية القضائية، وحكم يتناول طريقة تقديم الدعوي، وهو ما ذهب المفسرون إلي اعتباره مسألة تتعلق بالمقبولية.

ويطرح التساؤل فيما إذا كان شرط الدولة الاولي بالرعاية يمتد إلي اتفاق التحكيم[26]، فاتفاق التحكيم لا يكون ضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولتين وإنما يكون هذا الاتفاق لاحقا لنشوء النزاع أي بعد إبرام اتفاق الاستثمار، فهل يمكن الاحتجاج بشرط الدولة الأولي بالرعاية وبالتالي اعتبار المزايا المقدمة للدولة الثالثةأولأحد استثماراتها والواردة في الاتفاق اللاحق بخصوص تسوية المنازعات من قبيل الامتيازات التي يحق للدولة المستفيدة الحصول عليها؟، يتعلق تحديد نطاق شرط الدولة الأولي بالرعاية في هذه الحالة بصيغة التي ورد بها هذا الشرط، فإذا كانت صياغة الشرط تستبعد صراحة موضوع تسوية المنازعات ففي هذه الحالة لا يمكن الاحتجاج باتفاق التحكيم اللاحق لعقد الاستثمار، أما إذا كان شرط الدولة الأولي بالرعاية يتضمن بند تسوية المنازعات، ففي هذ الحالة يمكن اعتبار اتفاق التحكيم من قبيل الامتيازات الممنوحة لدولة ثالثة وبالتالي يحق للدولة المستفيدة المطالبة بها.

الفرع الثاني: نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية من حيث الأشخاص

يسمي الاتفاق بين الدولة المانحة والدولة المستفيدة من شرط الدولة الاولي بالرعاية بالاتفاق الأساسي، ولا يكون للدولة الثالثة أي علاقة أو صلة بهذا الاتفاق[27]، كما أن رضي الدولة الثالثة غير ضروري لإبرام الاتفاق، لكن قد يكون علي دراية بأنه للاتفاق المبرم تأثير غير مباشر لأي اتفاق آخر تبرمه الدولة المضيفة للاستثمار مع مستثمر أجنبي آخر[28].

من يحق له الاحتجاج بشرط الدولة الاولي بالرعاية؟ حيث أنه لا يمكن الاستناد إلي هذا الشرط إلا في حالة النص عليه في اتفاقية الاستثمار بين الطرفين، وفي حالة عدم وجود التزام تعاهدي فإن الدولة تحتفظ بإمكانية التمييز بين الدول الاجنبية في شؤونها الاقتصادية[29].

والسؤال المطروح في حالة ما إذا كانت الامتيازات الممنوحة للدولة الثالثة هي امتيازات حصرية، وأن حصول أي دولة أخري علي مثل هذه الامتيازات قد يضر بمصالح الدولة الثالثة بطريقة أو بأخري، في هذه الحالة فإن شرط الدولة الاولي بالرعاية لا يسري أو لا يشمل مثل هذه الامتيازات الحصرية لأن الدولة المستفيدة ليست في نفس درجة الدولة الثالثة، فتحديد نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية من حيث الأشخاص يجب أن يكون بمراعاة الأحكام الأخرى الواردة في اتفاق الاستثمار خاصة تلك المتعلقة بالمعاملة العادلة والمنصفة وكذلك المتعلقة بالمعاملة الوطنية، حيث ان بعض الهيئات القضائية المعنية بالاستثمار تري أن شرط الدولة الاولي بالرعاية يبرر الرجوع إلي الاتفاقات الأخرى للبحث في مدي كون المعاملة المقدمة عادلة ومنصفة سواء بالنسبة للدولة المستفيدة أو حتي الدولة الثالثة، وبالتالي فحصول الدولة المستفيدة علي امتيازات كانت حصرية للدولة الثالثة أووجود الدولة المستفيدة في درجة لا تؤهلها الحصول علي مثل هذه الامتيازات قد يجعل من تطبيق شرط الدولة الأولي بالرعاية أمرا غير ممكن.

المبحث الثاني: تفسير وأثر شرط الدولة الأولي بالرعاية علي بند تسوية النزاعات

إن الحكم الصادر في قضية مافزني يمثل أول حكم تحكيمي صادر من ICSID يتعامل مع شرط الدولة الاولي بالرعاية في تطبيقه علي أحكام تسوية النزاعات في عقود الاستثمار[30]، ومن أولي القضايا التي تطرقت لتفسير هذا الشرط في إطار عقود الاستثمار. لم يقم ال ICSID بقبول اللجوء للتحكيم بدون وجود موافقة الدولة المضيفة للاستثمار عليه اعتمادا علي شرط التحكيم حتي الآن، فقضية مافزيني تتعلق بالإجراءات التحكيم فقط والمدة اللزمة للجوء إلي التحكيم[31].

المطلب الأول: تفسير شرط الدولة الأولي بالرعاية في قضية مافزيني MAFFEZINI

تعتبر قضية مافزيني ضد مملكة أسبانيا أولي القضايا التي تبحث في مسألة امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الموجود في عقد الإستمار إلي قواعد تسوية النزاعات في نفس العقد، لذلك وجب التطرق إلي حيثيات هذه القضية في الفرع الأول ،ثم النتائج المترتبة عنها من خلال تفسير هذا الشرط.

الفرع الأول: قضية مافزيني ضد المملكة الإسبانية

وتتلخص هذه القضية في أن المدعي مافزني وهو دو جنسية أرجنتينية، رفع دعوي ضد المملكة الإسبانية بموجب اتفاق الاستثمار المبرم بين الأرجنتين وإسبانيا، فكان دفع الطرف الإسباني بأنه علي مافزني أن يلجأ أولا إلي المحاكم المحلية في إسبانيا في مدة 18 شهرا قبل أن يشرع في إقامة دعوي أمام مركز التحكيم الدولي لسوية منازعات الاستثمار بموجب أحكام الاتفاق، غير ان المدعي استند في رده علي بند الدولة الأولي بالرعاية المنصوص عليه في اتفاق الاستثمار بين البلدين والذي جاء كما يلي «في جميع المسائل التي تخضع لهذا الاتفاق، لا تكون هذه المعاملة أقل مواتاة من تلك التي يمنحها كل طرف في الاتفاق لاستثمارات المستثمرين من بلد ثالث في أراضيه « وقد استطاع المستثمر الأرجنتيني أن يثبت المعاملة التميزية أو التفضيلية التي يتمتع بها المستثمر من بلد ثالث وهو الشيلي، فالمستثمر الشيلي غير ملزم بمهلة للجوء إلي القضاء الإسباني في مدة 18 شهرا قبل عرض الدعوي أمام التحكيم، فبموجب بند الدولة الاولي بالرعاية يكون من حق المستثمر الأرجنتيني أن يتمتع بنفس المزايا التي يتمتع بها المستثمرون الشيليون، وبالتالي فإن تخلف المستثمر الأرجنتيني عن رفع دعواه أمام المحاكم الإسبانية لا يشكل حاجزا أمام إقامة دعوي أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بموجب اتفاق الاستثمار للمعقودين الأرجنتين وإسبانيا

وكان رد الطرف الإسباني بان بند الدولة الاولي بالحماية يتعلق بالأحكام الموضوعية لا الإجرائية وهو الامر الذي رفضته المحكمة، حيث أوضحت أن هذا البند ينطبق علي جميع المسائل التي تخضع لهذا الاتفاق وخلصت المحكمة في الاخير أنه من حق المستثمر الأرجنتيني الاحتجاج ببند الدولة الأولي بالرعاية للحصول علي المعاملة الأفضل التي يوفرها الاتفاق المعقود بين المملكة الإسبانية والشيلي، حيث اعتبرت هيئة التحكيم أن المزايا الممنوحة والمتعلقة بتسوية النزاعات مرتبطة وذات صلة بحماية الاستثمار الأجنبي[32]، وبالتالي يكون من حق المستثمر الأرجنتيني التمتع بنفس المعاملة.

الفرع الثاني: تفسير شرط الدولة الأولي بالرعاية في قضية مافزني

إن قضية مافزيني ضد المملكة الإسبانية تفتح المجال امام العديد من التفسيرات لأحكام هدا البند في اتفاقيات الاستثمار حيث ينطوي هذا الحكم علي إمكانية استغلاله للحصول علي المزايا التي تتمتع بها الدولة الثالثة، بحيث يسمح للدولة المستفيدة

بأن تنتقي وتختار من المزايا التي تتمتع بها الدولة الثالثة، وهذا ما يمكن أن يضع هدا الشرط في درجة أعلي من الشروط الأخرى.

بعد الحكم الصادر في قضية مافزيني واستنادا إلي بند الدولة الاولي بالرعاية يكون للمستثمرين الاستفادة من إجراءات متميزة نصت عليها عقود الاستثمار مع دولة ثالثة، لكن اتضح من خلال السوابق التحكيمية أن هيئات التحكيم لا تسمح دوما للمستثمرين الاستفادة من هذه المزايا من خلال تطبيق شرط الدولة الاولي بالرعاية علي احكام تسوية النزاعاتفي اتفاقات الاستثمار وطريقة تفسير هذا الشرط[33].

إن تزايد الاتفاقات الثنائية والمتعددة الأطراف المتعلقة بالاستثمار تمثل فرصة حياة جديدة لبند الدولة الاولي بالرعاية، حيث ان أغلب هذه الاتفاقات تتضمن عادة شكل من أشكال هذا البند، وبالتالي فتسوية النزاعات المتعلقة باتفاقيات الاستثمار أدي إلي تفسير أحكام شرط الدولة الاولي بالرعاية في سياق الاستثمار، وهو الامر الدي يستدعي إعادة تقييم أحكام هذا البند مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية موضوع الاستثمار في كيفية تطبيق هذه الاحكام في الممارسات العملية.

ولتحليل هذا الشرط يمكن تقسيمه إلي أربع عناصر أساسية:

- العنصر الأول: يتعلق بموافقة الدولة المانحة بموجب هذا الشرط علي إعطاء الدولة المستفيدة مستوي محدد من المزايا
- العنصر الثاني: ويتعلق بمستوي المعاملة التي ستمنحها الدولة المانحة للدولة المستفيدة من الشرط (لا تقل رعاية).
- العنصر الثالث: أن تكون الامتيازات أو المعاملة الممنوحة للدولة الثالثة (من ذات النوع).
- العنصر الرابع: يتعلق بالدولة المستفيدة هل هي من نفس فئة الدولة الثالثة، وهو ما يجعل لها الحق في الاستفادة من تلك الامتيازات أم لا.

وأكثر المسائل التي تثير الخلاف عند تطبيق أحكام الدولة الاولي بالرعاية، هي ما يتعلق بالعنصرين الثاني والثالث، أي في تفسير الامتيازات المطالب بها ومدي أحقية الدولة المستفيدة في الحصول عليها، حيثيجب تقييم الحكم المدعي به لتحديد ما إذا كان في الواقع يمنح معاملة تفضيلية أكثر أو أقل وذلك من خلال النظر في الفترة الزمنية التي أبرمت فيها المعاهدة (مبدأ المعاصرة)، وكذلك الممارسات اللاحقة للتأكد من نية الطرفين.

إن تقرير ما إذا كان حكم الدولة الأولي بالرعاية قابلا للتطبيق علي أحكام تسوية المنازعات أم لا هي مسألة تفسير للمعاهدات، ومعاهدات الاستثمار الثنائية هي معاهدات يحكمها القانون الدولي. وعليه فإن مبادئ تفسير المعاهدات المبينة في المواد 31 و32 من اتفاقية أفيان لقانون المعاهدات تسري علي تفسيرها[34]، فتفسير شرط الدولة الأولي بالرعاية في إطار اتفاقيات الاستثمار هو البحث في مدي قابلية تطبيق هذا المبدأ علي أحكام معاهدات الاستثمار المتعلقة بتسوية النزاعات، حيث تبدو مسألة تفسير شرط الدولة الأولي بالرعاية ذات نطاق ضيق، لكن وعلي العكس فإن تفسير هذا البند في إطار اتفاقات الاستثمار يتسع ليشمل تفسير المعاهدات وكذلك طبيعة الالتزامات المعقودة بين الدول [35].

حسب المادة 31 من اتفاقية فينا فإن تفسير شرط الدولة الاولي بالرعاية يجب أن يكون بحسن نية ووفقا للمعني الذي يعطي لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها، كما وتنص المادة 32 من نفس الاتفاقية علي أنه يمكن اللجوء إلي وسائل تكميلية في التفسير في حالة ما إذا كان السياق العادي للاتفاقية غامضا أو يؤدي إلي نتيجة غير منطقية [36] ، ويجب

مراعاة حقيقة أن أحكام الدولة الاولي بالرعاية تأتي بأشكال مختلفة ومتباينة وأنه لا ينبغي بالضرورة أن نتوقع أن يكون التفسير أو التطبيق واحد، لذلك يجب عند تفسير الشرط مراعاة السياق، الهدف والغاية من اتفاق الاستثمار[37].

المطلب الثاني: أثر شرط الدولة الأولي بالرعاية

إن إدراج شرط الدولة الأولي بالرعاية ضمن اتفاق الإستثمار لا يكون عبثا، وإنما بهدف الإستفادة من الإمتيازات والآثار التي يحققها لصالح من يتمسك به، لذلك قمنا بتقسيم هذا المطلب إلي فرعين، نتطرق في الفرع الأول للشروط الازمة للتمسك بشرط الدولة الاولي بالرعاية، أما الفرع الثاني فلآثار الشرط في الواقع العملي والتمييز بين الأحكام الموضوعية والإجرائية عند تطبيق شرط الدولة الاولي بالرعاية.

الفرع الأول: متي ينتج الشرط آثاره القانونية

إن اتفاق الأساس المبرم بين الدولة المانحة والدولة المستفيدة والمتضمن شرط الدولة الأولي بالرعاية هو الذي يعطي الحق للدولة المستفيدة في المطالبة بالامتيازات المقدمة للدولة الثالثة، أما الاتفاق المبرم بين الدولة المانحة والدولة الثالثة فيمثل إشارة انطلاق للشرط بإنتاج آثاره فيما بين الدولة المانحة والمستفيدة في حدود الاتفاق المبرم بين الدولة المانحة والدولة الثالثة.

لا ينتج شرط الدولة الأولي بالرعاية آثاره القانونية إلا بعد دخوله حيز النفاد، ويتحدد بدأ سريان الشرط وإنتاج آثاره القانونية اتجاه الاطراف في الوقت الذي تلتزم الدولة المانحة بتقديم المزايا والتفضيلات أو معاملة أكثر رعاية للدولة الثالثة، من هنا فلكي يتحقق هذا الأمر يجب توافر عنصرين أساسيين: من جهة يجب أن يرد شرط الدولة الأولي بالرعاية في اتفاق مكتوب، ويكون هذا الاتفاق صحيحا وان يكون ساري المفعول ونافدا، ومن جهة أخري يستوجب أن تقدم الدولة المانحة مزايا للدولة الغير، وتخلف أحد هذه العناصر يحول دون سريان الشرط ولا ينتج آثاره القانونية اتجاه الأطراف.

يمنح شرط الدولة الاولي بالرعاية الدولة المستفيدة ودون قيود جميع الحقوق التي تتمتع بها الدولة الغير ابتداء من تاريخ بدأ سريان الاتفاق الذي تضمن هذه الحقوق، أما في حالة ما إذا وقع الاتفاق علي شرط الدولة الولي بالرعاية بعد منح هذه الامتيازات فهل يسري الشرط بأثر رجعي؟ هذا وقد تجه الفقه والقضاء للقول بأن الشرط يسري علي جميع الإعفاءات والمزايا التي تمنحها الدولة في المستقبل وحتي تلك التي سبق أن قدمتها الدولة المانحة للغير في الماضي قبل دخول الشرط حيز النفاد هذا لأن الهدف من الشرط هو تحقيق المساواة بين الدولة المستفيدة والدولة الغير.

الفرع الثاني: التمييز بين الأحكام الموضوعية والإجرائية

إن صياغة شرط الدولة الاولي بالرعاية بطرق مختلفة من اتفاق لآخر جعل من الصعب توقع آثار هذا الشرط في الواقع العملي، وهو ما نتج عنه حالات تمييز بين الأحكام الإجرائية والموضوعية وذلك من خلال بحث المسألة المتعلقة بما إذا كان حكم الدولة الاولي بالرعاية يمكن من حيث المبدأ أن يتصل بالأحكام الإجرائية والأحكام الموضوعية للمعاهدة علي حد السواء، وهل يمكن استبعاد تسوية المنازعات من نطاق حكم الدولة الاولي بالرعاية، فعملية تفسير هذا الشرط تخضع جزئيا لنظرة المفسر نفسه، فإذا نظر إلي الهدف من الشرط هو عدم التمييز بين المستثمرين كان له أيقبل بالانتقاء والاختيار من أحكام المعاهدة، أما المفسر الذي ينظر إلي شرط الدولة الأولي بالرعاية علي أن الهدف منه اقتصادي وتحفيز المنافسة قد يكون أكثر ميلا للتمييز بين

الأحكام الموضوعية والأحكام الإجرائية في تفسير شرط الدولة الأولي بالرعاية[38].

وفي تطبيق شرط الدولة الاولي بالرعاية في التحكيم الاستثماري، ومع مراعات خصوصيات هذا الأخير الذي يتميز بالطبيعة المختلطة، فللفرد أن يستفيد من شرط الدولة الأولي بالرعاية شأنه شأن الدولة وهذا دون ان يكون طرفا في المعاهدة أو اتفاق الاستثمار، وبما ان هذا الاتفاق الاستثماري ينص علي معاملة الدولة الاولي بالرعاية وفي نفس الوقت يعد أساس اللجوء للتحكيم، فيصعب تحديد ما يندرج في إطار تسوية المنازعات وما يندرج ضمن المعاملة التي تنص عليها الاتفاقية وهنا ظهر اتجاهين، الأول يأخذ بمبدأ (المعاملة) حيث يري أن منح الدولة لمزايا أو معاملة تفضيلية لرعيا او استثمارات دولة ثالثة يخول للدولة المستفيدة الرجوع علي الدولة المانحة للحصول علي نفس الامتيازات في مجال تسوية المنازعات، أما الاتجاه الثاني فيأخذ بمبدأ (تسوية المنازعات)، أي أن بند تسوية المنازعات هو أساس موافقة الدولة علي التحكيم الذي يقوم علي تراضي الطراف واتجاه أرادتهم لتجنب قضاء الدولة واختيار التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية النزاع وبالتالي فإن اعتماد طريق آخر للجوء إلي التحكيم يخالف هذا الأساس، فيما يتراوح الجانبان في حالات أخري (النهج التوفيقي)[39].

الخاتمة:

إن اتفاقيات الاستثمار في الأساس تكون بين الدول، وبالتالي فإن إدراج شرط الدولة الأولي بالرعاية في هذه الاتفاقات يجعل من الدول مسؤولة عن الالتزام به بمحض إرادتها لذلك يجب علي الدولة الموقعة والموافقة علي مثل هذا الشرط أن تدرس جيدا أبعاده ونطاق تطبيقه [40].

حيث تعتبر المحاكم الاستثمارية صراحة وضمنا مسألة نطاق أحكام الدولة الأولي بالرعاية في معاهدات الاستثمار مسألة تتعلق بتفسير المعاهدات. ومعاهدات الاستثمار الثنائية هي معاهدات يحكمها القانون الدولي وعليه فإن مبادئ تفسير المعاهدات المبينة في المواد 31 و32 من اتفاقية إيفان لقانون المعاهدات تسري علي تفسيرها. غير أن التمييز بين الأحكام الإجرائية والموضوعية عند محاولة تفسير شرط الدولة الأولي بالرعاية واستبعاد بعض الهيئات القضائية لتسوية المنازعات من نطاق شرط الدولة الأولي بالرعاية واقتصار أثر هذا الشرط علي حالات محددة، جعل من الصعب علي الدول توقع كيفية تفسير هذا الشرط في الواقع العملي.

وقد أفضت قضية مافزيني إلي قيام الدول بمحاولة صياغة أحكام خاصة بمعاملة الدولة الأولي بالرعاية لا تكون لها نتائج واسعة النطاق والبحث في مدي إمكانية الدولة تقدير أبعاد هذا الشرط عند النص عليه في الاتفاق وعلاقته بالأحكام الأخرى الواردة في اتفاق الاستثمار هل هو شرط واسع لدرجة أنه قد يشمل جميع الامتيازات الموضوعية والإجرائية، أم أنه شرط محدود لا يشمل إلا موضوع الشرط نفس، وهنا تكمن الصعوبة في تحديد موضوع الشرط، وفي سبيل ذلك عمدت العديد من الدول إلي محاولة إيجاد صيغة خاصة تجعل من آثار هدا الشرط محدودة وضيقة بحيث لا يشمل إلا مزايا محددة، ورغم ذلك لاتزال محاكم الاستثمار تجد صعوبة في تفسير هذا الشرط وتحديد نطاقه، فإذا كانت المحكمة تنظر إلي الهدف من شرط الدولة الأولي بالرعاية هو تشجيع الاستثمار فبالتالي ستسمح بالانتقاء واختيار الامتيازات التي يراها المستثمر في صالحه، أما إدا كانت نظرة المحكمة إلي هذا الشرط علي أن الهدف منه هو تشجيع المنافسة وتساوي الفرص فتفسير شرط الدولة الأولي

بالرعاية سيكون في نطاق ضيق.

الهوامش:

1(StephanieL.parker. A BIT atatime .theproperextetion of the MFN clause to dispute settlement provision in bilateralinvestmanttreaties. Arbitration brief . volume 2 .americanuniversitywashingtoncollege of law. 2012 . p 31

2StephanieL.parker.ABITatatime.theproperextetionoftheMFNclausetodisputesettlementprovisioninbilateralinvestmanttreaties. OPCIT, p 31.

3(StephanieL.parker. A BIT atatime .theproperextetion of the MFN clause to dispute settlement provision in bilateralinvestmanttreaties. OPCIT, p 32.

4StephanieL.parker.ABITatatime.theproperextetionoftheMFNclausetodisputesettlementprovisioninbilateralinvestmanttreaties. Arbitration brief . OPCIT, p 31.

5Yannick Radi, the application of the mostfavourad nation clause to the disputsettlement provision of bilateralinvestmenttreaties, the european journal of international law, vol 18 Ne 4, 2007 p 758.

6 Yannick Radi, the application of the mostfavourad nation clause to the disputsettlement provision of bilateralinvestmenttreaties, OPCIT, p771.

7Inci atman figanmese. The impact of the Maffezinidecision on the interpritation of MFNclauses in investmenttreaties. Ankara lawreview. Vol 8 N2. 2011P 223.

8(Nicholas Dimasilo, Joost Pauwelyn, Nondiscrimination in trade and investmenttreatiestwosides of the same coin, American journal of investmantlaw, vol 102, 2008, P 48,89.

9Inci atman figanmese. The impact of the Maffezinidecision on the interpritation of MFNclauses in investmenttreaties. OPCIT, P223.

10Yannick Radi, the application of the mostfavourad nation clause to the disputsettlement provision of bilateralinvestmenttreaties, OPCIT, p 758.

11StephanieL.parker. A BIT atatime .theproperextetion of the MFN clause to dispute settlement provision in bilateralinvestmanttreaties. OPCIT, p60.

12Inci atman figanmese. The impact of the Maffezinidecision on the interpritation of MFNclauses in investmenttreaties. OPCIT, P225.

13www.legal.un.org/ilc/reports/2008/arabic/annexB.pdf, P 330.

14 General Agreement on Tariffs and Trade التي تطورت لتصبح اليوم WTO World Trade Organization

15 OECD, mostfavoured nation treatment in international investmentlaw, OECD workingpapers on international investmant, OECD publishing,2004, p4

16 OECD, mostfavoured nation treatment in international investmentlaw, OECD workingpapers on international investmant, OPCIT, p5.

17 المرسوم الرئاسي رقم 01_366 مزرخ في 13 نوفمبر 2001، المتضمن التصديق علي الإتفاق بين حكومة الجزائروحكومة الارجنتين حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقعة في الجزائر في 4 أكتوبر2000، الجريدة الرسمية عدد 69 الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 2001.

18 المرسوم الرئاسي رقم 2000_280 المؤرخ في 9 أكتوبر 2000، يتضمن التصديق علي الإتفاق والبروتوكول الإضافي بين الجزائر وألمانيا المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية عدد 58 الصادرة في 8 أكتوبر 2000.

19Inci atman figanmese. The impact of the Maffezinidecision on the interpritation of MFNclauses in investmenttreaties. OPCIT, P225.

20StephanieL.parker. A BIT atatime .theproperextetion of the MFN clause to dispute settlement provision in bilateralinvestmanttreatiesOPCIT, p57.

21Inci atman figanmese. The impact of the Maffezinidecision on the interpritation of MFNclauses in investmenttreaties. OPCIT, P224.

22Inci atman figanmese. The impact of the Maffezinidecision on the interpritation of MFNclauses in investmenttreaties. OPCIT, P226.

23StephanieL.parker. A BIT atatime .theproperextetion of the MFN clause to dispute settlement provision in bilateralinvestmanttreatiesOPCIT, p59.

24 Yannick Radi, the application of the mostfavourad nation clause to the disputsettlement provision of bilateralinvestmenttreaties,OPCIT, p760.

25 OECD, mostfavoured nation treatment in international investmentlaw, OECD workingpapers on international investmant, OPCIT, p9.

26 تعرف المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري اتفاق التحكيم علي أنه «الاتفاق الذي يقبل بموجبه الأطراف عرض نزاع سبق نشوؤه علي التحكيم».

27 OECD, mostfavoured nation treatment in international investmentlaw, OECD workingpapers on international investmant, OPCIT, p9.

28 Yannick Radi, the application of the mostfavourad nation clause to the disputsettlement provision of bilateralinvestmenttreaties, OPCIT,p 759.

29 OECD, mostfavoured nation treatment in international investmentlaw, OECD workingpapers on international investmant, OPCIT, p2.

30Inci atman figanmese. The impact of the Maffezinidecision on the interpritation of MFNclauses in investmenttreaties, OPCIT, P221.

31Inci atman figanmese. The impact of the Maffezinidecision on the interpritation of MFNclauses in investmenttreaties. OPCIT, P 221.

32Inci atman figanmese. The impact of the Maffezinidecision on the interpritation of MFNclauses in investmenttreaties, OPCIT,P221.

33Inci atman figanmese. The impact of the Maffezinidecision on the interpritation of MFNclauses in investmenttreaties, OPCIT, P224.

34http://www.un.org/ga/search/viewm_doc.asp?symbol=A/67/10 , P 163, 164

35StephanieL.parker. A BIT atatime .theproperextetion of the MFN clause to dispute settlement provision in bilateralinvestmanttreaties. OPCIT, p 42.

36StephanieL.parker. A BIT atatime .theproperextetion of the MFN clause to dispute settlement provision in bilateralinvestmanttreaties. OPCIT, p51.

37OECD, mostfavoured nation treatment in international investmentlaw, OECD workingpapers on international investmant, OPCIT, p2.

38www.legal.un.org/ilc/reports/2008/arabic/annexB.pdf p 337.

39http://www.un.org/ga/search/viewm_doc.asp?symbol=A/67/10 ,P 162,163.

40StephanieL.parker. A BIT atatime .theproperextetion of the MFN clause to dispute settlement provision in bilateralinvestmanttreatiesOPCIT, p 56.

قائمة المصادروالمراجع

-1 المراجع باللغة العربية

أ- النصوص القانونية

1 - المرسوم الرئاسي رقم 01_366 مزرخ في 13 نوفمبر 2001، المتضمن التصديق علي الإتفاق بين حكومة الجزائروحكومة الارجنتين حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقعة في الجزائرفي 4 أكتوبر2000، الجريدة الرسمية عدد 69 الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 2001.

-2 المرسوم الرئاسي رقم 2000_280 المؤرخ في 9 أكتوبر 2000، يتضمن التصديق علي الإتفاق والبروتوكول الإضافي بين الجزائروألمانيا المتعلق

بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية عدد 58 الصادرة في 8 أكتوبر 2000.

2- المراجع باللغة الأجنبية

أ- المقالات

1- StephanieL.parker. A BIT atatime . the properextetion of the MFN clause to dispute settlement provision in bilateralinvestmanttreaties. Arbitration brief . volume 2 .americanuniversitywashingtoncollege of law. 2012.

2- Yannick Radi, the application of the mostfavourad nation clause to the disputsettlement provision of bilateralinvestmenttreaties, the european journal of international law, vol 18 Ne 4, 2007.

3- Inci atman figanmese. The impact of the Maffezinidecision on the interpritation of MFNclauses in investmenttreaties. Ankara lawreview. Vol 8 N2. 2011.

4- Nicholas Dimasilo, Joost Pauwelyn, Nondiscrimination in trade and investmenttreatiestwosides of the same coin, American journal of investmantlaw, vol 102, 2008.

5- OECD, mostfavoured nation treatment in international investmentlaw, OECD workingpapers on international investmant, OECD publishing,2004.

ب- مواقع الأنترنث

1- www.legal.un.org