مجلة العلوم الإنسانية
ISSN 1112-9255
العدد السابع / الجزء(2) - جوان 2017

OEB Univ. Publish. Co.

مفهوم مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة على ضوء الإتفاقيات الثنائية للإستثمار والممارسة التحكيمية الدولية

La notion du principe du traitement juste et équitable à la lumière des traités bilatéraux d'investissement et la pratique arbitrale internationale

د. لوناس حرزي، جامعة تيزي وزو، الجزائر.

تاريخ التسليم:(2016/09/24)،تاريخ القبول:(2016/05/17)

ملخص :

الاتفاقيات الثنائية للاستثمار عبارة عن اتفاقيات يتم إبرامها بين بلدين لفائدة مستثمريهم. تتضمن هذه الاتفاقيات بصفة عامة أحكاما وبنودا تهدف إلى حماية هؤلاء المستثمرين. ومن بين أهم هذه الأحكام نجد الأحكام المتعلقة بمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، الذي يمنح المستثمر الأجنبي الاستفادة من معاملة مطابقة للحد الأدنى من المعمول بها وفق القواعد العرفية للقانون الدولي للاستثمار. يرجع أول استعمال للمبدأ في مجال الاستثمار إلى سنة 1948 بمناسبة انعقاد مؤتمر هافانا، وبعدها تم تعميم استعماله من خلال الاتفاقيات الدولية، خاصة تلك التي تعدها منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، وهو ما سمح لمعظم الدول من إدخاله في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار التي تبرمها.

الكلمات المفتاحية: المعاملة العادلة والمنصفة،الاتفاقيات الثنائية للإستثمار الممارسة التحكيمية الدولية.

le résumé:

Les traités bilatéraux (TBI) d'investissement sont des traités conclus entre deux États au profit de leurs investisseurs. Ils contiennent des clauses visant à protéger ces derniers. Parmi ces clauses, on trouve le principe du traitement juste et équitable. Ce principe permet à l'investisseur de bénéficier d'un traitement conforme au standard minimum connu en droit international coutumier de l'investissement

La première utilisation du principe en matière d'investissement remonte à 1948 lors de la tenue du congrès de la Havane, avant d'être généralisée par les conventions internationales mais surtout par l'OCDE (Organisation de Coopération et de Développement Économique).

Mots clés: traitement juste et équitable ,la lumière des traités bilatéraux d'investissement , la pratique arbitrale internationale

مقدمة:

تعتبر عملية الاستثمار الأجنبي المباشر عملية معقدة ومركبة، لكونها تتم بين شخصين مختلفين في المراكز القانونية: فالشخص الأول، شخص من أشخاص القانون الدولي العام وهو صاحب سيادة، أما الثاني فهو شخص من القانون الخاص ولا يملك سيادة. من هنا يبدو واضحا اختلال التوازن في العلاقة التي تربط بينهما. هذا الاختلال في التوازن يؤدي في أغلب الأحيان إلى المساس بحقوق الطرف الضعيف، المتمثل في المستثمر الأجنبي وهو ما أثبته الواقع العملي خلال الفترة الممتدة من الستينات إلى بداية التسعينات، والتي شهدت حركة واسعة لعمليات التأميم ونزع الملكية.

ومن أجل الحفاظ على هذه الحقوق، كرست الاتفاقيات الثنائية - التي شهدت حركة واسعة منذ بداية التسعينات - المبادئ العرفية الدولية الخاصة بمعاملة الاستثمار الأجنبي وجعلتها من بين القواعد والأحكام التقليدية التي تكرسها لكونها تحقق الهدف والغرض من هذه الاتفاقيات والمتمثل أساسا في حماية وضمان الاستثمار الأجنبي في أقاليم دول العالم الثالث من جهة، وترقية الاستثمار في هذه الدول من جهة أخرى، وهذا ما ترجمته، مثلا، ديباجة الاتفاق الثنائي المبرم بين الجزائر ومملكة هولندا. لا شك أن تكريس أعراف القانون الدولي للاستثمار لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة من جهة، وتكريسه أيضا من طرف الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، يؤكد على الدور الفعال الذي يلعبه المبدأ في مجال حماية المستثمر الأجنبي.

بالرغم من الاستعمال الواسع لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، إلا أنه يبقى شبه مجهول من طرف القانونيين والكثير من المهتمين بمجال الاستثمار الدولي، وهو ما فتح المجال لبعض الدول وبعض المحاكم التحكيمية للتلاعب به واستغلال الغموض الذي يشوبه من أجل تأويله على النحو الذي يخدم مصالح بعض الدول أو المستثمرين على حساب الطرف الآخر، وكل هذا يدفعنا للتساؤل عن الإطار المفاهيمي لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة؟

إن الإجابة على هذا السؤال تنطوي على أهمية كبيرة تتمثل في معرفة مضمون المبدأ وكيفية تطبيقه وتأويله، من طرف المحاكم التحكيمية الدولية، على الخلافات الناشئة بين الدول والمستثمرين الأجانب، وهو ما استغلته الجزائر في القضايا العديدة التي عرضتها على التحكيم الدولي ضد المستثمرين الأجانب، لعلى أهمه ا هو الخلاف الذي جمعها بالُمَجَّع الإيطالي *Lesi-Depenta* المكلف بإنجاز سد "*كوديات أسردون*" بولاية البويرة، وهو ما يمكن أن تستغله أيضا في نزاعها مع المستثمر الفرنسي *Total* المعروض حاليا على محكمة التحكيم الدولية بجنيف (سويسرا) منذ شهر ماي 2016. بالتالي، ومن أجل إزالة اللبس عن مفهوم المبدأ، لابد من دراسته من حيث التعريف به (المبحث الأول) ثم من حيث

العناصر المكونة له (المبحث الثاني) حسب ما تضمنته الاتفاقيات الثنائية وما استقر عليه التحكيم الدولي.

المبحث الأول:

التعريف بمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة: يرجع أصل مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة (المطلب الأول) إلى مؤتمر هافانا المنعقد سنة 1948، الذي وضع عدة أحكام خاصة بوجوب معاملة المستثمر الأجنبي معاملة عادلة ومنصفة. ومنذ ذلك الحين أصبح استعمال المبدأ من طرف الاتفاقيات الثنائية تقليديا (المطلب الثاني)، حيث أصبح لا يخلوا منه أي اتفاق. (OCDE.(2004, septembre, p3

المطلب الأول: ظهور مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة في مجال الاستثمار

يرجع أصل مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة في مجال الاستثمار إلى مؤتمر هافانا (الفرع الأول)، الذي تلته بعد ذلك عدة تكريسات للمبدأ من خلال الاتفاقيات الدولية، وكذا المنظمات الدولية وعلى رأسها منظمة التعاون والتطوير الاقتصادي التي عملت على تعميم المبدأ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ظهور المبدأ في مؤتمر هافانا

تم ذكر المعاملة العادلة والمنصفة لأول مرة في مؤتمر هافانا، الذي تأسست بمقتضاه المنظمة الدولية للتجارة سنة 1948، حيث نصت المادة 1 فقرة 1 منه على وجوب معاملة الاستثمار الأجنبي معاملة عادلة ومنصفة. ولقد خول المنظمة أن:

- تأمر وتشجع إبرام الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف الخاصة بالإجراءات الرامية إلى ... "*ضمان المعاملة العادلة والمنصفة*".

كما شجعت المنظمة إبرام الاتفاقيات التي ترمي إلى اعتراف الدول "بالتعويض العادل" في مختلف المجالات والاعتراف المتبادل بين الدول بحق كل منها في وضع الشروط الملائمة لها فيما يتعلق باستقبال الاستثمارات الأجنبية على أقاليمها في إطار قوانينها وتشريعاتها الداخلية. كما أعطى المؤتمر للمنظمة الدولية للتجارة صلاحية إلزام الدول على توفير وضمان "شروط عادلة" و" شروط معقولة " فيما يخص ملكية الاستثمارات القائمة والاستثمارات القادمة (OCDE, 2004, pp3-4).

أما على المستوى الثنائي، فقد لعبت اتفاقيات الصداقة والتجارة والملاحة، التي وضعتها الولايات المتحدة الأمريكية بعد نهاية الحرب العالمية الثانية، دورا هاما في هذا المجال، إذ تبنت في مجملها الأحكام التي يتضمنها القانون الدولي، والتي تحيل في أغلب الأحيان على القانون الدولي العرفي، فيما يتعلق بحماية الرعايا الأجانب وأموالهم المستثمرة في أقاليم دول أجنبية. ولقد ظهرت إلى الساحة الدولية، في الفترة التي تلت انعقاد مؤتمر هافانا مصطلحات " عادلة " و" معاملة عادلة " في العديد من

الاتفاقيات المماثلة التي أبرمتها الولايات المتحدة، وكان لهذه المصطلحات أثرا كبيرا في مجال الاستثمار، حيث اعتبرت الاتفاقيات التي أبرمتها الولايات المتحدة الأمريكية مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة الذي تضمنته، حماية ضد الأعمال المخالفة للقانون الدولي

(OCDE, 2004,p p3-4) والملاحظ في هذا النوع من الاتفاقيات أنه يشكل منطلقا جديدا لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، إذ أن تطبيقه بهذه الكيفية يعتبر حماية وضمان فعلي لملكية المستثمر الأجنبي من جهة، وضمانا لتطبيق القانون الدولي من جهة أخرى، باعتبار أن الأعمال غير المطابقة لمقتضيات القانون الدولي تعتبر أعمالا غير مشروعة في نظر الاتفاق المبرم، تطبيقا لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، رغم كون الفعل مشروعا في القانون الداخلي للبلد المضيف.

الفرع الثاني: تعميم المبدأ من طرف منظمة التعاون والتطوير الاقتصادي

أكدت المحادثات العميقة التي أجريت على مستوى منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE) لإعداد مشروع اتفاقية خاص بحماية الأموال الأجنبية، على نفس المبدأ (عيبوط،2010، ص.103) ، حيث جاء في المادة 1 فقرة 1 من المشروع، والذي كان تحت عنوان " نظام الأموال الأجنبية"، على التزام الدول المصادقة، بأن تضمن معاملة عادلة ومنصفة لأموال رعايا الدول المصادقة الأخرى، وذلك في كل مرحلة من مراحل إنجاز المشروع الاستثماري.وهذا المشروع يعكس، وإن لم يُعرض على الدول للتوقيع عليه، الفكر السائد في تلك الفترة في الدول التي تنتمي إلى منظمة التعاون والتنمية الاقتصادي في كل ما له علاقة بالاستثمار، وكان له تأثير واضح على المداولات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي. وبمطالبته الدول المنتمية إلى المنظمة بتوفير المعاملة العادلة والمنصفة لرعايا الدول الأخرى، منح المشروع للمعاملة العادلة والمنصفة أهمية أكبر بالمقارنة مع غيره من الوسائل القانونية الدولية التي سبقته، مثل اتفاقيات التجارة والملاحة التي كانت من بين أكثر الوسائل القانونية انتشارا في تلك الفترة ,OCDE (2004,p p3-4)، وعلى ذلك يمكن القول أن الدولة لا تملك الحرية المطلقة في معاملة المستثمرين الأجانب فوق إقليمها، بل هي ملزمة بمراعاة التعهدات الدولية التي تعهدت بها بمقتضى الاتفاقيات الثنائية التي تبرمها من جهة، والالتزام بالحد الأدنى الذي يتضمنه القانون الدولي من جهة أخرى، والذي لا يمكن للدول أن تعامل المستثمر الأجنبي معاملة أقل مما يقتضيه هذا الحد، ولو لم تحترم هذا الأخير في معاملة رعاياها (صفوت، 2005، ص.479)

المطلب الثاني: استعمال مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة

رغم عدم وضع مفهوم أو تعريف لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة من طرف القوانين والتشريعات الوطنية للدول، ولا من طرف القانون الدولي أو مختلف الاتفاقيات المبرمة بين الدول ولا حتى من قبل

المنظمات الدولية والإقليمية المهتمة بمجال الاستثمار. إلا أن ذلك لم يمنع من استعمال المبدأ في علاقات الاستثمار سواء كان ذلك على المستوى الدولي (الفرع الأول)، أو على المستوى الوطني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: استعمال مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة على المستوى الدولي

بعد تكريس المبدأ من طرف مختلف المنظمات الدولية والنصوص القانونية التي تم إبرامها لتنظيم عمليات الاستثمار الأجنبي، عرف المبدأ استعمالا واسعا من طرف الاتفاقيات الثنائية. فرغم ما جاء به مشروع الاتفاق الذي أعدته منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في مجال المعاملة العادلة والمنصفة، إلا أن أثره بقي ضعيفا، من حيث عدم دخوله حيز التنفيذ من جهة، وأمام العدد المتزايد من الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار من جهة أخرى، منذ سنوات التسعينات بين الدول المتقدمة والدول المتخلفة (CARREAU et JUILLARD, 2005, p.446) . تعتبر الإشارة في هذه الاتفاقيات إلى مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة من أهم الخصائص التي تمتاز بها، حيث أصبحت من الأحكام التقليدية التي لا يخلو منها أي اتفاق ثنائي. هذا باستثناء الاتفاقيات التي تبرمها بعض دول آسيا، مثل تلك التي تبرها دولة باكستان، سنغافورة والمملكة العربية السعودية. غير أنه وفي السنوات الأخيرة أصبحت الدول التي تمارس الرقابة وتفضل حماية اقتصادها الوطني والتي كانت تفضل تطبيق شرط المعاملة الوطنية على حساب المعاملة العادلة والمنصفة تدرجه في الاتفاقيات الثنائية التي تبرمها فيما بينها وكذا مع الدول المتقدمة خاصة الولايات المتحدة الأمريكية. فمنذ السنوات الأخيرة قامت دول شرق أوربا وبعض دول إفريقيا وآسيا، بتغيير سياساتها الاستثمارية ونظرتها نحو الاستثمار الخاص الأجنبي، بإدراج مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة في اتفاقيات الاستثمار التي تبرمها مع مختلف الدول، سواء من الشمال أو الجنوب.

نفس الشيء ينطبق على دول أمريكا اللاتينية، التي كانت تُعرف بتمسكها بما يعرف بفقه CALVO منذ بداية القرن العشرين، وبالتالي كانت تجتنب منح المستثمرين الأجانب معاملة عادلة ومنصفة في مجال الاستثمار. لكن منذ السنوات الأخيرة أصبحت هذه الدول تعترف للمستثمرين بهذا المبدأ ,OCDE (2004,p p3-4)، بعدما أصبحت مقتضيات الاقتصاد العالمي تفرضه، وبعدما أصبح هؤلاء المستثمرون يمتلكون رؤوس أموال ضخمة ووسائل إنتاج متطورة وتحكم واسع في التكنولوجيا وطرق الإنتاج وأصبح لهم تأثير كبير في المجال الاقتصادي. فاضطرت الدول السائرة في طريق النمو إلى توفير المناخ الملائم لجذب المستثمرين الأجانب للاستثمار في أقاليمها.

الفرع الثاني: استعمال المبدأ على المستوى الوطني

فيما يخص الجزائر فقد انتهجت، مع نهاية الثمانينات، سياسة الانفتاح وفتح الأسواق الوطنية للمستثمرين الأجانب، وبالتالي انتهجت سياسة تشجيع وترقية الاستثمار، وهو ما يفسر احتواء الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها على مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة. فقد نصت المادة 3 فقرة 1 من الاتفاق الثنائي المبرم بين الجزائر والإتحاد البلجيكي اللكسمبورغي على أنه: « *تتمتع كل الاستثمارات، المباشرة أو غير المباشرة، التي تمت من طرف مستثمري أحد الأطراف المتعاقدة على إقليم الطرف المتعاقد الآخر بمعاملة منصفة وعادلة*.»(مرسوم رئاسي،1991، ص.1776).

كما نصت على ذلك أيضا الاتفاقية الجزائرية الفرنسية حيث جاء في المادة 3 فقرة1 : « يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين، طبقا لقواعد القانون الدولي، بضمان،على إقليمه ومنطقته البحرية، معاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات مواطني وشركات الطرف الآخر بحيث أن ممارسة هذا الحق المعترف به لا يمكن أن يُعرقَل قانونيا أو فعليا عن طريق إجراءات غير مبررة أو تمييزية قد تؤثر على التسيير والصيانة والاستعمال والتمتع بهذه الاستثمارات أو تصفيتها.»(مرسوم رئاسي،1993، ص5).

فمن خلال هاتين المادتين يتبين أن الجزائر تبنت سياسة تشجيع الاستثمار الأجنبي، وأبرمت في سبيل ذلك العديد من الاتفاقيات الثنائية التي أكدت فيها على ضمان الحماية الكاملة للاستثمارات الأجنبية عن طريق ضمان معاملة عادلة ومنصفة لها. ولقد حددت المادة 3 من الاتفاق الجزائري الفرنسي مجال تطبيق المبدأ وجعلته يشمل المجال البري والبحري، وأزالت كل العراقيل التي يمكن أن تمنع المستثمر الأجنبي من الاستغلال الكامل لأمواله في الإقليم الجزائري. ويؤدي تكريس الاتفاقيات المبرمة من طرف الجزائر لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة إلى خلق حماية فعالة للمستثمرين الأجانب وإلى جذب رؤوس الأموال الأجنبية (عيبوط،2006، ص.104)، لكون أن المبدأ يتضمن مجموعة من الالتزامات التي تلتزم بها الجزائر، من بينها كما رأينا من خلال المادة، منع كل العراقيل التي تحول بين المستثمر والاستغلال الكامل لاستثماره. ولقد فسر الوزير الجزائري المنتدب للخزينة في رسالة وزير المالية الجزائري المؤرخة بتاريخ 13 فيفري 1993، لنظيره الفرنسي أن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ينطبق على عمليات الشراء ونقل المواد الأولية والملحقة والطاقة والمحروقات إلى جانب وسائل الإنتاج والاستغلال مهما كان نوعها وكذلك بيع ونقل المنتجات داخل البلد وخارجه (عجة، 2006، ص595). فقد حصر هذا التفسير بعض المجالات التي يمكن أن يطبق فيها مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، إلا أن مدلول المبدأ ومجال تطبيقه يبقى أوسع من ذلك بكثير.

المبحث الثاني: العناصر المكونة لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة

في ظل غياب إجماع فقهي على وجود مضمون محدد لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، لعبت المحاكم التحكيمية الدولية دورا هاما في هذا المجال، وذلك من خلال ما توصلت إليه من أحكام متعلقة بالنزاعات التي تعرض عليها. وفي هذا الإطار قامت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بدراسة الأحكام الصادرة عن بعض المحاكم، أكدت فيها أن المحاكم التحكيمية توصلت إلى حد الآن إلى تحديد خمسة عناصر تدخل في تشكيل أو تكوين مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة. وتتمثل هذه العناصر في: واجب الحذر والحماية (المطلب الأول)، عدم إنكار العدالة واستقلال القضاء(المطلب الثاني) وأخيرا الشفافية و حسن النية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: واجب الحذر الحماية

يقتضي واجب الحذر والحماية أن تقوم الدولة باتخاذ كل الإجراءات الضرورية والفورية لضمان أمن الاستثمار الأجنبي، هذا ما فرضته المحاكم التحكيمية الدولية في الأحكام التي أصدرتها، بمناسبة قضية المستثمر الأمريكي(AMT) ضد جمهورية الكونغو الديمقراطية (الفرع الأول) ووفي قضية الشركة البريطانية WENA HOTELS LTD ضد جمهورية مصر العربية.

الفرع الأول: قضية شركة (AMT) ضد جمهورية الكنغو الديمقراطية

ضد جمهورية الكونغو الديمقراطية (AMT)في قضية المستثمر الأمريكي

d'arbitrage. Récupéré en date du Aff. AMT c/ RD Congo (21/02/1997). *Affaire* 09/01/2013 du site : http ://www.worldbank.org/icsid/cases.

أكد المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى (CIRDI)، أن حكومة الكونغو لم تحترم الحد الأدنى من المعاملة المطلوب في القانون الدولي مؤسسا حكمه على ما يلي:" إن التزام البلد المضيف بتوفير معاملة عادلة ومنصفة للمستثمر الأجنبي، يعتبر التزاما بضمان وحماية وتأمين الاستثمارات التي ينجزها رعايا وشركات البلد المتعاقد الآخر. والالتزام الذي يقع على عاتق دولة الكونغو هو التزام بأخذ الحذر، والذي يقتضي أن يتخذ هذا الأخير جميع الإجراءات الضرورية لضمان حماية وأمن شاملين للاستثمارات الأمريكية على إقليمه، ولا يمكنه أن يتخلص من هذا الالتزام استنادا إلى قانونه الوطني. وعليه، يجب على دولة الكونغو أن تثبت بأنها اتخذت جميع الإجراءات اللازمة لحماية استثمارات شركة AMT على إقليمها"

(OCDE, 2004,p30) يتبين من خلال الحكم، أن واجب الحذر والحماية، الذي يعتبر عنصرا من عناصر مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، يفرض على الدول المستقبلة توفير الحماية اللازمة للمستثمر الأجنبي، وذلك باتخاذ الإجراءات الضرورية. ويلاحظ من خلال الحكم أيضا أن واجب الحذر والحماية يتطلب بعض الشروط التي يجب أن تستوفيها الدولة المضيفة وتتمثل أساسا في:

- اتخاذ الإجراءات اللازمة لتوفير الحماية للمستثمر الأجنبي، وقد تكون هذه الإجراءات قانونية (سواء تعلق الأمر بالموضوع أو بالإجراءات)، وقد تكون إجراءات أمنية، كما قد تكون إجراءات سياسية تلتزم الدولة باتخاذها، باعتبار أن هذه الميادين تعتبر ميادين حساسة يمكن أن يكون لها تأثيرا مباشرا على الاستثمار الأجنبي.

- لا يمكن أن تستند الدولة المضيفة إلى تشريعاتها الداخلية، للتخلص من هذا الواجب، وذلك إما بذكر هذه القوانين أمام المحاكم في حالة وقوع نزاع بينها وبين المستثمر، وإما بالتشريع، في الوقت الذي يحدث فيه النزاع، على نحو يعفيها من هذا الالتزام.

- يقع على عاتق الدولة المستقبلة عبء إثبات أداء التزام الحماية والحذر في حالة إدعائها لذلك، ووجه الإثبات في ذلك أن تكون الدولة قد استوفت أو اتخذت الإجراءات المذكورة في الشرط الأول بصفة فعلية بأن تنص عليها في التشريعات الداخلية وأن تعمل على تطبيقها وتجسيدها لفائدة المستثمر الأجنبي بتوفير جميع ما يؤدي إلى تحقيق هذه الحماية.

الفرع الثاني: قضية شركة WENA HOTELS LTD ضد جمهورية مصر

تتلخص وقائع قضية شركة WENA HOTELS LTD ضد جمهورية مصر العربية في أن المستثمر البريطاني أمضى عقد تسيير وتحديث بعض الفنادق مع مؤسسة الدولة المصرية EHC . وبعدما ثار نزاع بين الطرفين، قام ممثلين من المؤسسة المصرية باقتحام فندقين بالقوة. وبعد رفع دعوى أمام مركز CIRDI من طرف المستثمر، حكم المركز استنادا على الاتفاق الثنائي المبرم بين بريطانيا وجمهورية مصر، أن الالتزام الذي يقع على عاتق الجمهورية المصرية هو التزام حذر، والذي يقتضي أن الدولة المستقبلة تلتزم باتخاذ التدابير اللازمة والمعقولة للسهر على ضمان حماية وأمن شاملين للاستثمارات الأجنبية. Aff. W H LTD c/ Egypte. (08/12/2000). *Affaire d'arbitrage,* Récupéré en date du 09/01/2013 du site : http ://www.worldbank.org/icsid/cases.

بعد ذكر المركز عِلْم الجمهورية المصرية بإرادة مؤسستها في اقتحام الفندقين، وعلى الرغم من ذلك لم تتخذ أية إجراءات وقائية، ولم تقم بأي عمل لحماية المستثمر بعد الاقتحام غير المبرر، ولم تقم بإرجاع الفندقين إلى المستثمر ورفضها تعويض المستثمر عن الخسائر التي لحقت به ولم تقم بأي إجراء متابعة ضد المؤسسة الوطنية أو مسيريها، حكم المركز أن الدولة المصرية أخلت بالتزاماتها، استنادا إلى الاتفاق الثنائي المبرم بينها وبين بريطانيا، إذ لم تمنح المستثمر المعاملة العادلة والمنصفة التي تضمنها الاتفاق(OCDE, 2004,p 30) ،الملاحظ في هذا الحكم أيضا أنه يضع نفس الشروط التي وُضعت في الحكم الصادر بمناسبة القضية الأولى (جمهورية الكونغو ضد الشركة الأمريكية AMT)، وهذا ما يحملنا على القول أن واجب الحذر والحماية الذي تلتزم به الدول يشكل ضمانا فعالا للمستثمر الأجنبي، وبذلك

يمكن القول أيضا باتساع مجال تطبيق مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، إذ أصبح يمثل ويضمن حماية أوسع وأشمل للمستثمر الأجنبي، وهذا ما يفسر حرص القائمين بالتفاوض وإبرام الاتفاقيات الثنائية على إدراج هذا المبدأ فيها، حتى أصبح حكما تقليديا تتضمنه كل الاتفاقيات الثنائية بل حتى المتعددة الأطراف منها.

المطلب الثاني: عدم إنكار العدالة واستقلال القضاء

يعتبر السير الحسن للجهاز القضائي في الدولة أكبر ضمان يمكن أن يمنح للمستثمر الأجنبي، إذ أنه الجهاز الذي يرجع إليه الفصل في النزاعات التي قد تكون بين طرفي العلاقة. لذا ومن أجل ضمان حياد الجهاز القضائي للدولة المضيفة، تم التأكيد على مبدأ عدم إنكار العدالة (الفرع الأول) ومبدأ استقلال القضاء (الفرع الثاني) على أنهما مبدآن داخلان في تشكيل مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، وأن الإخلال بأحدهما أو كلاهما يعتبر إخلالا بالمبدأ ككل.

الفرع الأول: عدم إنكار العدالة

يشكل إنكار العدالة محل أغلب القضايا المثارة أمام المحاكم التحكيمية على أساس الإجراءات غير المبررة والتعسفية التي تتخذها الدول ضد المستثمرين. ويعتبر إنكار العدالة من بين العناصر التي يهتم بها القانون الدولي نظرا للخطورة التي يمثلها للمستثمر ولكونه أيضا يمس بعنصر آخر داخل في تكوين مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، وهو مبدأ الشفافية الذي سنتعرض إليه لاحقا.يتضمن إنكار العدالة في مجال الاستثمار ثلاث مستويات على النحو التالي:

- **المستوى الأول**: ويتعرض لإنكار العدالة بمفهوم واسع وشامل، فبذلك هو يتضمن أساسا المسؤولية الدولية في مجملها، ويتم إعماله في جميع الإجراءات والأعمال التعسفية التي تقوم بها الدولة ضد المستثمر الأجنبي.

- **المستوى الثاني**: يتعرض لإنكار العدالة بمفهوم ضيق، وينحصر في رفض الدولة المضيفة منح المستثمر الأجنبي اللجوء إلى محاكمها، أو رفض أحد المحاكم الداخلية للدول المضيفة تسليم المستثمر الأجنبي الأحكام القضائية الخاصة به.

- **المستوى الثالث**: وهو مستوى يتوسط المستوى الأول والمستوى الثاني، ويتعرض للتسيير غير المنتظم للعدالة، خاصة فيما يخص الجانب المدني والجزائي، والإجراءات غير الملائمة والقرارات غير العادلة. والملاحظ أن معظم القضايا التي تم رفعها، على أساس المعاملة العادلة والمنصفة، تدور حول هذا المستوى(OCDE, 2004,p p31-32) اعتبرت المحاكم التحكيمية في العديد من القضايا التي عرضت، أن مجرد عدم تطبيق نص تشريعي يمكن أن يخدم مصالح المستثمر الأجنبي أو التجاهل الإرادي في

تطبيق أحد الإجراءات يعتبر من بين العناصر التي تدخل في تشكيل إنكار العدالة. ففي إحدى القضايا التي جمعت بين أحد المستثمرين الإسبانيين ودولة الشيلي، أكد المستثمر الإسباني على عدم احترام الشيلي لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة وأنه تعرض إلى عدة أضرار من جراء إنكار العدالة التي مارستها السلطات الشيلية، وذلك طيلة الفترة الممتدة من سنة 1995 إلى غاية سنة 2002. Affaire Pey Casado c/Chili, (08/05/2008). Affaire d'arbitrage, Récupéré en date du 09/01/2013 du site : http ://www.worldbank.org/icsid/cases.

ولقد أخذت هذه الممارسة غير العادلة، على حد تعبير المستثمر الاسباني، مظهرين:

- استحالة الحصول على حكم في موضوع النزاع طيلة 7 سنوات التي استغرقتها الإجراءات، وذلك في موضوع إرجاع الآلات الطابعة الكبيرة الخاصة به.

- تعارض القرار رقم 43 الصادر عن المحاكم الشيلية مع المادة 4 من الاتفاق الثنائي (GAILLARD, 2008, pp. 394 – 395)

الفرع الثاني: استقلال القضاء

المبدأ الآخر الذي يدخل في تكوين مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، يتمثل في استقلال القضاء. وهو ما يقتضي أن تمارس الهيئات القضائية في الدولة مهامها باستقلالية تامة بعيدا عن كل الضغوطات التي يمكن أن تمارس عليها من قبل أي سلطة أخرى. وهذا ما يعتبر أحد الضمانات التي تمنح للمستثمر الأجنبي في حالة لجوئه إلى قضاء الدولة المستضيفة بعد حدوث نزاع. ويقتضي المبدأ أيضا أن تمارس الجهات القضائية مهامها مراعية في ذلك مبدأ الحياد، فلا تتأثر بالرأي العام ولا بسياسة الدولة ولا بالوضع الاقتصادي في الدولة، إنما تمارس مهامها بموضوعية تامة، وتصدر أحكامها وفق ما يعرض عليها من وقائع بمناسبة الخلاف المعروض عليها.

المطلب الثالث: الشفافية وحسن النية

إضافة إلى العناصر السابق ذكرها، ومن أجل تعزيز الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، أكدت المنظمات الدولة وعلى رأسها منظمة التعاون والتنمية الإقتصادية وكذا المحاكم التحكيمية على أن عنصر الشفافية أثناء تنفيذ عملية الاستثمار (الفرع الأول) لا يمكن فصله عن مبدأ حسن النية (الفرع الثاني)، كون أن الإخلال بالأول يعبر عن سوء النية في تنفيذ عملية الاستثمار، وهو ما يعد أيضا إخلالا بمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة.

الفرع الأول: الشفافية

تعتبر الشفافية عنصرا هاما في العلاقة الاستثمارية التي تربط الدولة المستقبلة بالمستثمر الأجنبي، إذ تعبر بالدرجة الأولى عن رغبة الدولة المضيفة في التعامل مع المستثمر الأجنبي. والتعامل وفق مقتضى

الشفافية في مجال الاستثمار الأجنبي، يقتضي وضع التشريعات السارية المفعول بالدولة المستقبلة، والتي يمكن أن يكون لها تأثير على عملية الاستثمار، في متناول المستثمر حتى يتسنى له الإطلاع عليها (GAILLARD, 2008, pp. 394 – 395)

والتشريعات التي عادتا ما يكون لها تأثير مباشر على مجال الاستثمار، تتمثل في التشريعات والقوانين الخاصة بالاستثمار، التشريعات الخاصة بالجباية والتشريعات المتعلقة بالنشاط المصرفي. فهذه المجالات تكون لها علاقة مستمرة ودائمة بالاستثمار، وإذا طرأ أي تغيير في إحدى هذه المجالات فإن ذلك سيؤثر تأثيرا مباشرا في عملية الاستثمار إما إيجابيا أو سلبيا. لقد حاولت بعض المحاكم، استنادا إلى المفاهيم الجديدة الخاصة بالشفافية وضع تعريف لمبدأ الشفافية. ففي قضية شركة Metalclad ضد المكسيك، قدرت المحكمة أن غياب قواعد قانونية واضحة خاصة بالمتطلبات المتعلقة برخص البناء في المكسيك، يشكل نقص في الشفافية وعدم توفر إطار ملائم يناسب طبيعة نشاط المستثمر الأجنبي. وصرحت بعد ذلك أن المكسيك، وبعد عدم مراعاته لمتطلبات الشفافية التي يشترطها اتفاق التبادل الحر لدول أمريكا الشمالية لاسيما المادة 1802 منه، قد أخل بمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة المنصوص عليه في المادة 1105 من نفس الاتفاق.

Metalclad Corporationc/. Mexique, (30/08/2000). Affaire d'arbitrage, Récupéré en date du 09/01/2013 du site : http ://www.worldbank.org/icsid/cases.

على إثر ذلك قامت المحكمة بوضع تعريف لمبدأ الشفافية، استنادا إلى المادة 1802 من الاتفاق المذكور، والذي يمكن أن يُعتد به في مجال الاستثمار. فأكدت المحكمة أن الشفافية هي الفكرة التي تقتضي إعلام جميع المستثمرين، وفي أقصى الآجال الممكنة، بالمتطلبات القانونية الملائمة لاحتياجاتهم، كما تتضمن فكرة الشفافية اتخاذ جميع الإجراءات الكفيلة بتوضيح الغموض وعدم الوضوح الذي قد يشوب أحد القطاعات المعنية بالاستثمار بصفة فعَّالة على نحو يسمح للمستثمرين باستكمال جميع الشكليات بصفة لا تدع أي مجال للشك عندهم أنهم تصرفوا وفقا للقانون. (GAILLARD, 2002, p237)، وعليه، يفرض مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة على الدولة المضيفة وضع التشريعات السارية المفعول، المؤثرة منها على الاستثمار، في متناول المستثمرين الأجانب حتى يتسنى لهم دراسة الوضع القانوني في الدولة التي يقدمون على الاستثمار فيها.

وفي قضية المستثمر الأرجنتيني "MAFFEZENI" ضد مملكة إسبانيا، Aff. Maffezini c/Espagne, (13/11/2000). *Affaire d'arbitrage*, Récupéré en date du 09/01/2013 du site : http ://www.worldbank.org/icsid/cases.

أكدت المحكمة، في خصوص عملية تحويل لأموال المستثمر الأجنبي، بعملية غير مرخص بها، والتي قام بها موظف إسباني، على أنه واعتبارا أن ما قامت به شركة الادخار العام الإسبانية فيما يخص

القروض التي تقدمها، لا يمكن اعتبار هذا التحويل عملا تجاريا، بل تعدى اختصاصها إلى عمل السلطة العامة، وبالتالي أدى ذلك إلى قيام مسؤولية المملكة الإسبانية، لكونها أخلت بالالتزامات المنصوص عليها في المادة 3 فقرة 1 من الاتفاق الثنائي المبرم بن إسبانيا والأرجنتين، والمتعلقة بضمان الحماية للمستثمر الأجنبي على إقليمها. وأضافت المحكمة أن قلة الشفافية والغموض الذي ميَّز هذه العملية لا يتناسب مع طبيعة الالتزام الذي التزمت به إسبانيا والذي يقضي بضمان معاملة عادلة ومنصفة للمستثمرين الأرجنتينيين طبقا للمادة 4 فقرة 1 من الاتفاق الثنائي. وعلى ذلك حكمت المحكمة بتأسيس طلب المستثمر وحصوله على التعويض(OCDE, 2004,p30).

الفرع الثاني: حسن النية

من العناصر الأساسية والجوهرية التي تدخل أيضا في تكوين المعاملة العادلة والمنصفة، والتي توصلت إليها المحاكم التحكيمية الدولية؛ التعامل بحسن نية من طرف الدولة المضيفة في العلاقة التي تربطها بالمستثمر الأجنبي. ففي قضية شركة TECMED S.A ضد دولة المكسيك أكدت المحكمة أن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ينحدر من مبدأ حسن النية في التعامل.

Aff. TMT S.A c/ Mexique, (2/05/2003). Affaire d'arbitrage, Récupéré en date du 09/01/2013 du site : http ://www.worldbank.org/icsid/cases.

وأضافت أن هذا المبدأ يعتبر تعبيرا صريحا من البلد المضيف على الإرادة في التعامل مع المستثمر الأجنبي، وأنه أحد العناصر الأساسية المكونة لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة في القانون الدولي العرفي. كما أكدت المحكمة أنه، وعلى ضوء مبدأ حسن النية المقرر في القانون الدولي، يقتضي أن تمنح الأطراف المتعاقدة للمستثمرين الأجانب معاملة في مستوى ما كان ينتظره المستثمر الأجنبي، الذي كان ينتظر أن تتم معاملته من قبل الدولة المضيفة بصفة منسجمة وخالية من كل غموض وأن تتم معاملته بشفافية تامة (OCDE, 2004,p30) ويعتبر مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة من بين أهم المبادئ التي تبرز حسن نية الدولة المضيفة في التعامل مع المستثمر الأجنبي، إذ يعبر منح مثل هذه المعاملة للمستثمر عن إرادة الدولة في تحقيق المشروع الاستثماري وذلك بتوفير كل الوسائل الضرورية للمستثمر الأجنبي والتي من بينها هذا تطبق واحترام المبدأ. وعلى العكس من ذلك فإن تلاعب الدولة المضيفة بهذا المبدأ أو التلاعب بتأويله يعتبر، بلا شك، من أهم المؤشرات التي تظهر سوء النية لديها، حيث أن الدولة لو كانت حسنة النية في ذلك لقامت بضمان المعاملة العادلة والمنصفة للمستثمر وهو ما يدخل مباشرة في صميم تشجيع الاستثمار الأجنبيفلا يمكن أن يـُبرر حرمان الدولة المستثمر الأجنبي من مزايا المبدأ إلا بسوء نيتها في التعامل معه.

خاتمة:

إذا كان مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة يضمن للمستثمر الأجنبي قدرا من الضمان، ويسمح له بتأمين مشروعه الاستثماري إلا أن تطبيق المبدأ من طرف بعض الدول يبقى بعيدا عن تأملات المستثمرين، خاصة إذا علمنا أن هذه الدول عادة ما تلجأ إلى مبادئ قوانينها الوطنية للانحراف عن مبدأ العدل والإنصاف في معاملة المستثمر الأجنبي. وهذا ما يفسر من جهة تخوفات الكثير من المستثمرين من استثمار أموالهم في عدد من الدول من جهة، وتزايد حجم القضايا المتراكمة على المحاكم التحكيمية الدولية من جهة أخرى.

هذا الواقع، إن كان يدل على شيء فإنه يدل على أن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة يبقى لوحده غير كاف لضمان وتأمين أموال المستثمرين الأجانب في دول العالم الثالث، رغم اعتبار جانب من الفقه وكذلك القضاء أن هذا المبدأ مرتبط ارتباطا وثيقا بمبدأ الحد الأدنى من المعاملة المعروف في أعراف القانون الدولي للاستثمار، وأنه لابد من وجود مبادئ أخرى إلى جانب مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة لضمان معاملة موضوعية للمستثمر الأجنبي، وهو ما فعلته الاتفاقيات الثنائية بتكريس مبدأ عدم التمييز بنوعيه: مبدأ المعاملة الوطنية وشرط الدولة الأولى بالرعاية.

كما أن تضمين الاتفاقيات الدولية مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة دون ذكر أي مفهوم أو تعريف له يبقى غير كاف، بل ويفتح المجال لتأويله وتفسيره بما قد لا يحقق الهدف من ضمانه. بالتالي ينبغي وضع مفهوم ومعايير تقوم بتوضيح وتعريف المبدأ بدقة، وذلك من خلال الأحكام التي تصدرها المحاكم الدولية أو من خلال القوانين الوطنية للوصول إلى حماية أموال المستثمر الأجنبي وبالتالي ترقية وتشجيع الاستثمارات التي من أجلها وضعت الاتفاقيات الثنائية للاستثمار.

قائمة المراجع:

أولا- المراجع باللغة العربية:

- صفوت،أحمد عبد الحفيظ.(2005)، *دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص*،الإسكندرية، ديوان المطبوعات الجامعية.

- عيبوط، محند وعلي،(2006)، *الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر*، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

- عيبوط، محند وعلي.(2010). مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات الأجنبية. *المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية. جامعة مولود معمري تيزي وزو*، (العدد 01)، ص 100 – 128.

- عجة، الجيلالي، (2006)، *الكامل في القانون الجزائري للاستثمار*، الجزائر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع.

- مرسوم رئاسي رقم 91-345 مؤرخ في 26 ربيع الأول 1412 الموافق 5 أكتوبر 1991 يتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 25 أبريل سنة 1991، ج. ر.عدد 46 لسنة 1991.

- مرسوم رئاسي رقم 94- 01 مؤرخ في 19 رجب عام 1414 الموافق 2 يناير 1994، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فبراير سنة 1993، ج. ر. عدد 01 لسنة 1994.

- مرسوم رئاسي رقم 07-378 مؤرخ في 21 ذي القعدة عام 1428 الموافق أول ديسمبر 2007، يتضمن التصديق على الاتفاق حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ومملكة هولندا، الموقع بلاهاي في 20 مارس 2007، ج ر عدد 78 لسنة 2007.

ثانيا - المراجع باللغة الأجنبية:

- American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) (Etats-Unis d'Amérique) contre la République démocratique du Congo, CIRDI, Affaire ARB/93/1 décision du le 21 février 1997, http ://www.worldbank.org/icsid/cases.

- Maffezini c/ le Royaume d'Espagne, CIRDI, affaire ARB/97/7, décision rendue le 13 novembre2000), http ://www.worldbank.org/icsid/cases.

- Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c /les Etats-Unis du Mexique, CIRDI, affaire ARB/00/2 décision 29 mai 2003, http ://www.worldbank.org/icsid/cases.

- Wena Hotels LTD (Royaume Uni) c / La République arabe Egyptienne, CIRDI, affaire ARB/98/4, décision 8 décembre 2000, http ://www.worldbank.org/icsid/cases.

-CARREAU, Dominique et JUILLARD, Patrick. (2005). Droit international économique. (2eme édition). Paris : Dalloz.

-GAILLARD, Emmanuel. (2002), Chronique des sentences arbitrales, Journal du droit international, (numéro1), p. 189-242.

-GAILLARD, Emmanuel. (2008), Chronique des sentences arbitrales, Journal du Droit International, (numéro1) , pp. 311 à 364.

Metalclad Corporation c. Mexique, affaire CIRDI, affaire ARB/97/1, sentence du 30 août 2000, http ://www.worldbank.org/icsid/cases.

-OCDE, (2004, septembre), La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements, Document de travail sur l'investissement international.

-Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c/ Chili, CIRID, affaire ARB/98/2/, sentence du 08 mai 2008, http ://www.worldbank.org/icsid/cases.