

Distr.: Limited
17 July 2019
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الثالث (المعني بإصلاح نظام
تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول)
الدورة الثامنة والثلاثون
فيينا، ١٤-١٨ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٩

الإصلاحات الممكنة في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

ورقة مقدمة من حكومة جنوب أفريقيا

مذكّرة من الأمانة

ترد في هذه المذكرة ورقة وردت في ١٧ تموز/يوليه ٢٠١٩ من حكومة جنوب أفريقيا في سياق التحضير للدورة الثامنة والثلاثين للفريق العامل الثالث. وترد الورقة في المرفق بهذه المذكرة بالصيغة التي تلقتها بها الأمانة.



الرجاء إعادة استعمال الورق



المرفق

أولاً - مقدمة

١- حدّد فريق الأونسيترال العامل الثالث أربع فئات من الشواغل المتعلقة بتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول يُعتبر الإصلاح مستصوباً بشأنها:

- الشواغل المتعلقة بعدم اتساق القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وتماسكها والقدرة على التنبؤ بها وصحتها: تباين تفسيرات المعايير الموضوعية، وتباين التفسيرات فيما يتعلق بالاختصاص والمقبولية، وعدم الاتساق الإجرائي؛ والافتقار إلى إطار لمعالجة الإجراءات المتعددة؛ ومحدودية قدرة الآليات الحالية على معالجة التضارب والخطأ في قرارات التحكيم؛^(١)

- الشواغل المتعلقة بالحكّمين وصنّاع القرار: الافتقار أو الافتقار الظاهري إلى الاستقلالية والحياد؛ وأوجه القصور في آليات الاعتراض القائمة؛ وقلة تنوع صنّاع القرار؛ ومؤهلات صنّاع القرار؛^(٢)

- الشواغل المتعلقة بتكلفة قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول ومدتها: طول مدة إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وارتفاع تكلفتها والافتقار إلى آلية للتصدي للقضايا العبيثة أو غير الوجيهة؛ وتوزيع التكاليف في إطار نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول؛ والشواغل المتعلقة بتوافر ضمانات للتكاليف في نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول؛ والشواغل المتعلقة بالتمويل المقدم من طرف ثالث؛^(٣)

- الشواغل المتعلقة بالتمويل المقدم من طرف ثالث: الافتقار إلى الشفافية والضوابط وأثر التمويل المقدم من طرف ثالث في جوانب مختلفة من نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، ومنها مثلاً زيادة عدد الدعاوى العبيثة، وتكلفة إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، وضمّانات التكاليف.^(٤)

٢- وأخذ الفريق العامل بعين الاعتبار، أثناء عمله من أجل استحداث أدوات للإصلاح، عدداً من الجوانب التي أُثيرت أثناء مناقشة شواغل أخرى، بهدف ضمان أن تعتبر جميع الجهات المعنية أن الحلول المقدّمة مشروعة. وتشمل هذه الجوانب ما يلي: النظر في وسائل أخرى غير التحكيم بين

(١) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، تقرير الفريق العامل الثالث (المعني بإصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول) عن أعمال دورته السادسة والثلاثين (فينا، ٢٩ تشرين الأول/أكتوبر - ٢ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١٨)، الفقرات ٣٩ و ٥٣ و ٦٣.

(٢) المرجع نفسه، الفقرات ٨٣ و ٩٠ و ٩٨ و ١٠٦.

(٣) المرجع نفسه، الفقرات ١٢٢ و ١٢٣ و ١٣٣.

(٤) الأونسيترال، تقرير الفريق العامل الثالث (المعني بإصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول) بشأن أعمال دورته السابعة والثلاثين (نيويورك، ١-٥ نيسان/أبريل ٢٠١٩) (يُشار إليه فيما يلي بعبارة "تقرير الدورة السابعة والثلاثين")، الفقرة ٢٥.

المستثمرين والدول لتسوية المنازعات الاستثمارية وكذلك طرائق لدرء المنازعات؛^(٥) واستنفاد سبل الانتصاف المحلية؛^(٦) ومشاركة المجتمعات المحلية المتأثرة بالمنازعة الاستثمارية، بما يتجاوز مجرد تقديمها مذكرات كأطراف ثالثة، بهدف ضمان تمثيل المسائل ذات الصلة وأخذها في الاعتبار؛^(٧) والتزامات المستثمرين والدعاوى المضادة؛^(٨) وفي سياق مناقشة الجمود التنظيمي، الأثر المحتمل لنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول على السياسات التنظيمية الرقابية التي تطبقها الدول.^(٩)

ثانياً – الإجراءات المتفق عليها لتحديد الحلول وطرحها

٣- اتفق الفريق العامل، في دورته السابعة والثلاثين المعقودة في نيويورك من ١ إلى ٥ نيسان/أبريل ٢٠١٩، على ما يلي:

- الخطوة ١: تُقدم الدول والمنظمات التي تتمتع بصفة مراقب، في موعد غايته ١٥ تموز/يوليه ٢٠١٩، ورقاتها إلى أمانة الأونسيترال بشأن ماهية الحلول الأخرى التي ينبغي وضعها ومتى يمكن معالجة هذه الحلول؛

- الخطوة ٢: يحدد الفريق العامل الثالث، في دورته المقبلة في تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٩ (من ١٤ إلى ١٨ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٩، كموعِد مؤقت)، الحلول التي سيناقشها وموعِد تلك المناقشة رهنا بتوافر القدرة والجدول الزمني؛

- الخطوة ٣: يبدأ الفريق العامل الثالث في بلورة وتطوير الحلول الممكنة التي سيوصي اللجنة بها.

٤- وتهدف هذه الورقة إلى عرض آراء جنوب أفريقيا بشأن خيارات الإصلاح الممكنة، مع مراعاة سياق نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وما يتصل به من مشاكل، والمبادئ الضرورية التي ينبغي أن تقوم عليها أي اقتراحات إصلاح ناجحة.

ثالثاً – تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول في سياقها المناسب

٥- ما فتئت المؤسسات الاقتصادية الدولية تروج على نطاق واسع للاستثمار الأجنبي باعتباره وسيلة للتنمية. وفي هذا السياق، تُفهم التنمية على أنها تعني التحرير المالي، وخصخصة السلع والخدمات العمومية، ورفع الضوابط التنظيمية، والانفتاح على الاستثمار الأجنبي، والانضباط

(٥) المرجع نفسه، الفقرة ٢٩.

(٦) المرجع نفسه، الفقرة ٣٠.

(٧) المرجع نفسه، الفقرات من ٣١ إلى ٣٣.

(٨) المرجع نفسه، الفقرتان ٣٤ و ٣٥.

(٩) المرجع نفسه، الفقرتان ٣٦ و ٣٧.

الجبائي وصغر حجم الحكومات. ومن ثم، ينطوي معنى التنمية على مفهوم النمو الاقتصادي من خلال السوق الحرة والملكية الفردية والتدفق الحر لرؤوس الأموال.

٦- وكثيراً ما يقال إن أفضل سبيل لتحقيق التنمية هو من خلال النمو الاقتصادي، ويتطلب تحقيق ذلك ضمان حرية الأسواق والمنافسة العادلة. وبالإضافة إلى ذلك، يلزم لتحقيق التنمية توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للملكية الخاصة والحقوق التعاقدية، وكذلك ضمان حرية حركة رؤوس الأموال العالمية من خلال التبادل التجاري والتجارة على الصعيد الدولي والاستثمار المباشر الأجنبي. ويُنظر إلى دور الدولة في هذا السياق على أنه يتمثل في وضع وصون إطار مؤسسي مناسب لهذه الممارسات. ووفقاً لوجهة النظر هذه، تكون الدولة مسؤولة عن ضمان حقوق الملكية من أجل تنمية السوق على النحو الأمثل. ويُعتقد أن عملية توزيع موارد الدولة، بما يشمل توفير الرعاية الصحية والإسكان والتعليم والمياه والصرف الصحي وما إلى ذلك، من الأفضل أن تُترك للسوق وينبغي ألا تتدخل الدولة فيها، لأن مصالح الدولة يمكن أن تُمس بالحياد والمنافسة العادلة في السوق.

٧- ووفقاً لهذا الرأي، تُعتبر حقوق الإنسان عنصراً باهظ التكلفة من تكاليف الإنتاج، ويُعتبر السكان الذين يعيشون في مناطق المشاريع الإنمائية جزءاً من مخاطرة قانونية يلزم معالجتها. وتُهجّر المجتمعات المحلية من أراضيها التقليدية بهدف إتاحة الحيز اللازم للمشاريع الاستثمارية، ولكن لا تُوفّر لها وظائف أو فرص جديدة، كما لا تولى مراعاة كافية، أو لا تولى أي مراعاة إطلاقاً، لارتباط هذه المجتمعات المحلية بأراضيها من الناحية الثقافية والاجتماعية والسياسية. وفي هذا المنطق، تعلق حقوق الملكية والحقوق التعاقدية التي يتمتع بها المستثمرون على مصلحة الناس واحتياجاتهم. وفضلاً عن ذلك، تكون حقوق المستثمرين محمية بعدة صكوك، مثل اتفاقات الاستثمار الدولية والعقود المبرمة بين المستثمرين والدول. ومن خلال المعاهدات الاستثمارية، تضمن الدول للمستثمرين حقوقاً، يوفر بعضها ضمانات مماثلة للضمانات الواردة في القانون الدولي لحقوق الإنسان، مثل الحق في عدم الحرمان من الممتلكات تعسفاً والحق في الحماية المتساوية. بمقتضى القانون. وفي الوقت نفسه، يمكن أن تُمس بعض حقوق المستثمرين هذه بمسائل تتعلق بالمصلحة العامة، مثل الصحة وظروف العمل والأمن الغذائي والبيئة وإمكانية الحصول على مياه الشرب المأمونة.

٨- ويسمح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول للمستثمرين الأجانب برفع الدعاوى على الحكومات المضيفة أمام هيئات تحكيم دولية، ويتيح للأطراف من القطاع الخاص إمكانية النفاذ إلى المستوى فوق الوطني. وهذا يشكل تمييزاً ضد الشركات التي تعمل على الصعيد المحلي، ويستجلب مسائل نظامية. ومع ذلك، لا تُتاح للأشخاص المتضررين والمجتمعات المحلية المتضررة من الاستثمارات الأجنبية آليات واضحة للمطالبة بالعدالة وجبر الضرر. وتخضع حقوقهم لنظام يقوم على منطق تجاري خاص بحت، مدفوع لأن يفصل في الدعاوى على أساس يركز حصرياً على خدمة المصالح الاقتصادية الخاصة للمستثمرين.

٩- ويُفترض أن يكون عدم قدرة الناس على المشاركة في التفاوض حول معاهدات الاستثمار أو في المنازعات الناشئة عنها سبباً كافياً للمطالبة بإدماج قانون حقوق الإنسان في الاتفاقات الاستثمارية الدولية على نحو ملائم وفعال. كما أن اكتفاء الإطار القانوني الدولي الحالي لحقوق الإنسان بإلزام الدول فحسب بتعزيز حقوق الناس وحمايتهم وضمانها يتجاهل النظام الاقتصادي

العالمي الحالي، الذي تتمتع فيه الشركات بقوة تأثير أكبر على حياة الناس دون إلزامها بالخضوع للمساءلة عن أفعالها، حيث إنها غير ملزمة بذلك على الأقل، من خلال الوسائل الرسمية. ونتيجة لذلك، تواجه البلدان نظاماً غير متوازن تتمتع فيه الشركات المتعددة الجنسيات بالحماية من خلال آلية الإنفاذ الخاصة بنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، في حين لا يحمي حقوق الإنسان والبيئة سوى "قانون ليين" غير قابل للإنفاذ. ومن ثم، فإن نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول يجلب المصلحة العامة وحقوق الناس إلى ساحة القانون الخاص.

١٠ - والاستثمار الأجنبي بعيد عن كونه مجرد مسألة خاصة حصرية تتعلق بالأرباح الاقتصادية التي يجنيها المستثمرون، بل ينطوي على شواغل تتعلق بحقوق الإنسان والمصلحة العامة. ولذلك يُثير التفاعل بين حقوق الإنسان وقانون الاستثمار الدولي شواغل جوهرية. بيد أن قانون المعاهدات الاستثمارية يقدم تفسيره الخاص للكيفية التي يتعين بها تأويل حقوق المستثمرين وإنفاذها، ويختلف في جوانب مهمة عن قانون حقوق الإنسان. وعلاوة على ذلك، يمكن لإنفاذ هذه الضمانات لصالح المستثمرين أن يؤدي بدوره إلى المساس بالضمانات المتعلقة بالحقوق الإنسانية لأشخاص آخرين قد لا يكونون ممثلين في هذه الإجراءات.

١١ - وبذلك، يلحق نظام الاستثمار الدولي الحالي ضرراً بالميزانيات العمومية، وباللوائح التنظيمية التي تخدم المصلحة العامة، وبالديمقراطية، وبسيادة القانون. والنظام الحالي لا يفعل شيئاً لحماية حقوق المتضررين من الاستثمارات الأجنبية. ولا تقع على عاتق الشركات المتعددة الجنسيات أي واجبات دولية ملزمة بشأن حقوق الإنسان والأيدي العاملة، وكذلك فيما يتعلق بحماية البيئة، ولا يوجد أمام المتضررين من الأفراد والمجتمعات المحلية أي سبيل للجوء إلى العدالة الدولية عندما تنتهك الشركات المتعددة الجنسيات حقوقهم. ويلزم إخضاع الشركات المتعددة الجنسيات، بصفتها كيانات خاصة هادفة للربح، لاعتبارات المصلحة العامة، لا على الصعيد الوطني فحسب، بل وعلى الصعيد الدولي أيضاً.

١٢ - ويتعين على البلدان أن تقيم التكاليف والمنافع المترتبة على المعاهدات الاستثمارية الدولية، وأن تفكر في أهدافها واستراتيجياتها المستقبلية. ومن الضروري أيضاً أن تُدرج فيها عبارات محددة تهدف إلى توضيح أن السعي إلى تحقيق أهداف المعاهدات الاستثمارية المتمثلة في حماية الاستثمار وتحريره من القيود يجب ألا يكون على حساب حماية الصحة أو السلامة أو البيئة أو تعزيز حقوق العمال المعترف بها دولياً.

١٣ - وبتزايد عدد البلدان التي تحاول معالجة عدم التكافؤ في نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول من خلال تغيير نظام الاستثمار الدولي أو الخروج منه، والتي تعمل على إبرام معاهدة في إطار الأمم المتحدة ملزمة للشركات المتعددة الجنسيات فيما يتعلق بحقوق الإنسان. وينبغي أن تتضمن هذه المعاهدة واجبات ملزمة للشركات المتعددة الجنسيات وآلية للإنفاذ، وبذلك تُسهم في وضع حد لما تتمتع به تلك الشركات من حصانة من العقاب فيما يتعلق بانتهاكات حقوق الإنسان، وتكفل إمكانية الوصول إلى العدالة للأشخاص المتضررين والمجتمعات المحلية المتضررة من انتهاكات الشركات المتعددة الجنسيات. وينبغي ألا يكون هناك مكان

- لاتفاقات تعطي الشركات المتعددة الجنسيات صلاحية مفاضلة الحكومات التي تلبى الاحتياجات الاجتماعية والاقتصادية. وبدلاً من ذلك، ينبغي تأمين حيزٍ سياسي من أجل:
- تعزيز وحماية حقوق الإنسان والأيدي العاملة وصحة الناس والبيئة؛
 - تمكين البلدان من عبور المرحلة الانتقالية دون مواجهة التزامات باهظة التكلفة ومخاطر تتعلق بالمسؤولية؛
 - ترسيخ أسبقية قانون حقوق الإنسان وقانون البيئة على الرغبة في جني الأرباح.

رابعاً- نهج الإصلاح

١٤- يلزم أن يبدأ أي إصلاح يتعلق بنظام الاستثمار الدولي بالعرض المتوخى من هذا النظام. وبالنظر إلى الأصل الذي نشأت منه اتفاقات الاستثمار الدولية، فإن الغرض الرئيسي منها كان ولا يزال هو حماية المستثمرين الأجانب، وفي وقت أحدث عهداً، تيسير عمليات المستثمرين، سعياً على هذا النحو إلى تشجيع تدفق المزيد من الاستثمار المباشر الأجنبي. غير أن هذا الغرض لم يعد كافياً بمفرده - ويلزم توسيع نطاقه. وعلى وجه الخصوص، يتعين أن تعترف اتفاقات الاستثمار الدولية، إضافة إلى ذلك، بالحاجة إلى تعزيز التنمية المستدامة وتدفقات الاستثمار المباشر الأجنبي التي تدعم تحقيق هذا الهدف.

١٥- ويجب أن يكون هناك اعتراف واع بمبدأ التنمية المستدامة من خلال تعزيز الاستثمار وتيسيره وضمّان الاستثمار المسؤول. ويعني هذا أيضاً أن الإصلاحات ينبغي أن تهدف إلى العمل على وضع بديل شامل للجميع لتسوية المنازعات المتصلة بالاستثمار.

١٦- وإلى جانب ذلك، يجب أن يكون إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول متسقاً مع أهداف التنمية المستدامة الأوسع نطاقاً. ومع شروع الفريق العامل الثالث في المرحلة ٣ وسعيه إلى إيجاد حلول للشواغل المستبانة، من المهم أن تسترشد مداورات الدول بالتزاماتها الدولية والوطنية. ويجب أن تكون أي حلول منبثقة عن المرحلة ٣ معززة لتحقيق أهداف الأمم المتحدة التي تجسّدت مؤخراً في أهداف التنمية المستدامة. وينبغي ألا يكون تعزيز الاستثمار واجتذابه غاية في حد ذاته بل خطوة نحو تحقيق أهداف التنمية المستدامة الأوسع نطاقاً والالتزامات المتعلقة بحقوق الإنسان، مثل الحد من الفقر والجوع وتمكين الشعوب الأصلية وتوفير العمل اللائق وعكس مسار التدهور البيئي وتغيير المناخ.

١٧- ويجب أن تنظر المناقشات المتعلقة بإصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول في مجموعة واسعة النطاق من اقتراحات الإصلاح وأن تخصص ما يكفي من الوقت لمناقشتها. كما يجب أن تهدف المناقشات المتعلقة بالإصلاح إلى العمل على التوصل إلى بديل منسق وشامل وجامع لتسوية المنازعات المتصلة بالاستثمار، يتناول أيضاً الشفافية في إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول ومشاركة الأطراف الثالثة غير المتنازعة التي تتأثر بتلك الإجراءات، أو مشاركة منظمات المصلحة العامة لكي تتولى في تلك الإجراءات مناصرة مصالح عامة معينة.

١٨- وإضافة إلى ذلك، ثمة حاجة إلى بديل لنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول يتخذ شكل عملية أكثر عصرية وأحْكَمَ تنظيمًا لتسوية المنازعات، تكون أفضل تكيفاً مع المنازعات الاستثمارية التي تتعلق بالتنمية المستدامة ومسائل السياسات العامة وطائفة متنوعة من الجهات المعنية والمصالح.

١٩- ويتعين أن تكون أي مناقشة بشأن نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول مندرجة في سياق أوسع وفي إطار حوار حول الإصلاح، وأن تشمل إصلاح أحكام المعاهدات التي يركز عليها ذلك النظام، لأن إصلاح هذا النظام غير كافٍ في حد ذاته لحل المشاكل الراهنة التي يواجهها. فالعديد من مشاكل النظام الحالي لا يمكن معالجتها إلا من خلال إصلاح للمعايير الموضوعية.

٢٠- وترى جنوب أفريقيا أنه لا يمكن الفصل بين الشواغل الإجرائية والشواغل الموضوعية، بالنظر إلى أنها مترابطة ارتباطاً وثيقاً. ونظراً لأن قيادة العملية المضطلع بها في إطار الأونسيترال هي بيد الحكومات، وأن اللجنة اتفقت عند إسناد الولاية على أن تترك للفريق العامل صلاحية تقديرية واسعة للاضطلاع بولايته، فلن يكون الفريق العامل مضطرباً بولايته على الوجه الأكمل إذا استبعدت المناقشات بشأن الشواغل الموضوعية.

٢١- ولن يتسنى معالجة الشواغل المتعلقة بنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول على نحو شامل إلا من خلال إصلاح نُظْمِي. ولن يُفضي اتباع نهج تجزئية بهذا الشأن إلا إلى آثار محدودة، نظراً لاستمرار وجود اتفاقات الاستثمار الدولية "القديمة"، وقُدرة المستثمرين على هيكلة استثماراتهم بحيث يستفيدون من تلك الاتفاقات.

٢٢- ويتطلب مبدأ التنمية المستدامة أن يفهم قانون الاستثمار على أنه أداة تتيح للدول المضيفة تحقيق أهدافها الإنمائية، وليس عقبة أمام التنمية. وفي الوقت نفسه، يتطلب مبدأ التنمية المستدامة أيضاً إخضاع الاستثمار الأجنبي للوائح تنظيمية فعّالة على الصعيدين المحلي والدولي تجنباً للأضرار البيئية والاجتماعية.

٢٣- ومن ثم، تحتاج البلدان إلى الاضطلاع بعملية إصلاح منهجية ومستدامة وموجهة نحو التنمية. وتحتاج البلدان عند القيام بذلك إلى إدراج اتفاقات الاستثمار الدولية في سياق التنمية المستدامة الأوسع نطاقاً، وإلى الموازنة بين التطلعات الإنمائية الوطنية والإقليمية. وفي هذا السياق، يجب أن يتمثل دور قانون الاستثمار وأي نظام لتسوية المنازعات الاستثمارية في تعزيز الاستقرار السياسي اللازم لانخراط المستثمرين المحليين والأجانب في نشاط اقتصادي موجه نحو النمو دون إعاقة السعي إلى تلبية الشواغل العمومية المنافسة.

٢٤- ومن ثم، تحتاج البلدان إلى التحول نحو الاتفاقات التي:

- تمكّن من الاستثمار من أجل التنمية؛
- تضمن أن تُخدم قواعد الاستثمار النمو الاقتصادي؛
- تضمن تعميم منظور التنمية المستدامة في المناقشات بشأن سياسات الاستثمار بوجه عام، وكذلك أخذ التنمية المستدامة بعين الاعتبار في الجليل الجديد من المعاهدات الاستثمارية؛

- تضمن أن يكون هدفا النمو الشامل للجميع والتنمية المستدامة في صميم سياسات الاستثمار الوطنية والدولية؛
- تضمن أن الاضطلاع بوضع نظام لتسوية المنازعات الاستثمارية يهدف إلى تعزيز التنمية المستدامة.
- ٢٥- وتحتاج البلدان إلى تعزيز الاستثمار وتيسيره من أجل ضمان الاستثمار المسؤول. ويجب أن تُسهم الشركات المحلية والشركات المتعددة الجنسيات في تحقيق التنمية المستدامة وتوفير العمل اللائق، من خلال احترام سيادة القانون وحقوق العمال في عملياتها واستثماراتها، وكذلك من خلال موازنة مبادراتها المؤسسية مع السياسات العامة وأولويات البلد المتعلقة بالعمل اللائق.
- ٢٦- وتحتاج البلدان إلى آلية واسعة النطاق وبرامجية ومتوازنة وشاملة تأخذ بعين الاعتبار تعقّد الاستثمارات العابرة للحدود، وتتسم بدرجة كافية من المرونة للتعامل مع منازعات متنوعة تطوي على مجموعة متباينة، ويمكن أن تكون متضاربة، من المصالح والحقوق والالتزامات.
- ٢٧- ويجب أن تستهدف البلدان الحلول التي توفر حماية ملائمة وتحافظ على الحيز المتاح للسياسات التنظيمية.
- ٢٨- وعلى الرغم من التوافق المتزايد في الآراء بشأن الحاجة إلى إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، لا يزال نطاق هذا الإصلاح وطرائقه واستراتيجياته محل خلاف. ولكي يُكَلِّم الإصلاح المنهجي لنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بالنجاح، لا بد من وضع مقترحات للإصلاح تعالج الشواغل المستبانة معالجة فعّالة ومشروعة، ومقترحات تستند إلى إطار معياري متوافق عليه عالمياً. ويمكن استخدام الإطار الموضوع لصياغة عدد من المقترحات الملموسة لإصلاح قانون الاستثمار وتنفيذ آليات تتيح للدول أن تكفل تطوّر نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول على نحو ديمقراطي يحترم حقوق الإنسان ويتوافق مع مبدأ سيادة القانون.

خامساً - مبادئ الإصلاح

حماية الحقوق الأساسية وحقوق الإنسان

- ٢٩- تمثل حماية الحقوق الأساسية وحقوق الإنسان شاغلا دستوريا مشتركا على الصعيد العالمي يمكن أن يكون معيارا لإصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وإعادة تصميمه. ويجب على البلدان أن تأخذ بعين الاعتبار أهمية حقوق الإنسان في إرشاد العلاقات الاستثمارية الدولية وفي أي عملية تهدف إلى إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. ويتطلب ذلك أن تراعي القرارات التي تتخذها أي آلية لتسوية المنازعات الشواغل غير الاستثمارية المنافسة، وألا تضع عقبات أمام الحكومات تؤدي إلى تقصيرها عن الوفاء بالالتزامات حقوق الإنسان.

الحيز السياسي اللازم للتنظيم

- ٣٠- ينبغي أن يكون هناك حيز سياسي يتيح للدول المضيفة وضع لوائح تنظيمية تخدم المصلحة العامة.

التوازن في الحقوق والالتزامات

٣١- يجب أن يكون هناك توازن في الحقوق والالتزامات بين الدول المضيفة والمستثمرين، يخدم مصالح التنمية.

شمول الجميع

٣٢- يجب أن تكون هناك شفافية في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، وأن يُسمح للأطراف الثالثة غير المنازعة التي تتأثر بإجراءات تسوية تلك المنازعات بأن تشارك في تلك الإجراءات. وينبغي أن يشمل ذلك مشاركة منظمات معنية بالمصلحة العمومية لكي تتولى مناصرة مصالح عالمية معينة قد تنطوي عليها إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. ومن ثم، ينبغي أن تُوجه الإصلاحات نحو العمل على وضع بديل شامل للجميع لتسوية المنازعات المتصلة بالاستثمار.

احترام سيادة القانون

٣٣- تتطلب سيادة القانون الاتساق وإمكانية التنبؤ، كما تستدعي هيكلة نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول على نحو لا يجعل الوصول إلى العدالة أمراً متعذراً.

حماية الاستثمار المسؤول

٣٤- ينبغي أن تقتصر الحماية على المطالبات المقدمة من مستثمرين مسؤولين لم ينتهكوا أي قوانين وقواعد ولوائح تنظيمية وقيم معترف بها دولياً، أو شاركوا في أنشطة فاسدة، وأن تُستبعد المطالبات التي تستهدف التشريعات التي تُخدم المصلحة العمومية.

٣٥- ومن أجل بلوغ درجة التغيير النظمي اللازمة لتلبية أهداف الأونسيترال، يمكن، بل وينبغي، أن تكون هذه الإصلاحات الإجرائية لتسوية المنازعات الاستثمارية مقترنة بتغييرات كبيرة في قواعد حماية المستثمرين، تشمل تقييد تعريف الاستثمار ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية وتضييق نطاقهما، واستبعاد الآليات الأكثر إثارة للجدل المستخدمة في الاعتراض على القرارات التنظيمية للدول، مثل نزع الملكية غير المباشر، والمعاملة العادلة والمنصفة، والأمن المادي بما يتجاوز معايير القانون الدولي العرفي، أو تقييد هذه الآليات تقييداً شديداً. وينبغي أن تُدرج أيضاً التزامات مقابلة تتعلق بمسؤولية المستثمرين.

سادساً- الحلول الإصلاحية الممكنة

٣٦- تجد أوساط قانون الاستثمار الدولي الحالي نفسها على مفترق طرق فيما يتصل باستخدام الطرائق المناسبة لتسوية المنازعات الاستثمارية الدولية. وبغية إحراز تقدم في المناقشات بشأن مزايا نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، من الضروري النظر فيما إذا كانت هناك نهج أخرى قد تُخدم أهدافه على نحو أفضل وبتكلفة أقل. ومن ثم، فإن التركيز ينصب على إيجاد حلول متوازنة ومقبولة وعملية للمنازعات الاستثمارية.

ضرورة وجود نظام لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول - يجب على البلدان أن تنظر فيما إذا كانت هناك حاجة حقيقية إلى آليات لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

٣٧- السؤال هو ما إذا كان من المستصوب أو الضروري في المقام الأول وجود آليات لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. ويجب على البلدان ألا تتعجل في افتراض وجوب أن تكون سياسات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول جزءاً من اتفاقاتها الاستثمارية، ويجب أن تضع في اعتبارها الأصول التي نشأ منها نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. فهذا النظام لم يُنظر له أبداً على أنه بديل للنظم الداخلية لتسوية المنازعات القانونية، بل كتدبير مؤقت في حالات سوء الإدارة الشديد من جانب الحكومات.

سياسات درء المنازعات

٣٨- تُوضع سياسات درء المنازعات قبل نشوء المنازعة بين المستثمر والدولة، أو حتى نشوب خلاف بينهما. وهي تساعد على درء نشوء المنازعات الاستثمارية المحتملة أو التعامل معها بكفاءة، بما يجدد من إمكانية تصعيد المنازعات الاستثمارية وتقديمها إلى التحكيم الدولي. ومن ثم، فإن سياسات درء المنازعات تسعى إلى الحيلولة دون نشوء المنازعات.

٣٩- ويمكن اعتبار سياسات درء المنازعات من بين النهج الواعدة للتصدي لمشكلة تزايد عدد قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. وفي حين أن الإجراءات البديلة لتسوية المنازعات، مثل التحكيم، لا يزال يتعين عليها أن تتعامل مع منازعة قائمة تحتاج إلى تسوية، ويجب أن تكون إمكانية عدم وجود منازعة على الإطلاق هي الخيار المفضل في نظر الحكومات.

السبل البديلة لتسوية المنازعات

٤٠- تشكل السبل البديلة لتسوية المنازعات بديلاً لكل من التحكيم بمقتضى المعاهدات الاستثمارية واللجوء إلى المحاكم الوطنية على السواء. ويمكن أن تنطوي السبل البديلة لتسوية المنازعات على التوفيق أو الوساطة، ولكن يمكن أيضاً أن تركز على عملية لتقصي الحقائق تتيح تضيق النطاق الفعلي للمنازعة. وتهدف هذه العملية إلى تسوية المنازعات.

٤١- ومزية هذه النهج البديلة هي أنها تتيح فرصة لتسوية المنازعات بطريقة أسرع وأقل تكلفة، ويتحقق ذلك بصورة أفضل عند التصدي للمشكلة في مرحلة مبكرة وبهدف محدد يتمثل في تجنب التصعيد.

إجراءات إعادة النظر الإدارية على الصعيد المحلي - إعادة النظر الإدارية في القانون أو التدبير الذي يعتبره المستثمر مخالفاً للمعاهدة.

٤٢- يتمثل أحد السبل الإضافية لدرء تصعيد المنازعات في إنشاء آليات مؤسسية تسمح للمستثمرين المتضررين بالبدء في اتخاذ إجراءات في الدولة المضيفة بهدف الاضطلاع بإعادة نظر إدارية في القانون أو التدبير الذي يعتبره المستثمر مخالفاً للمعاهدة. ومن مزايا إعادة النظر الإدارية

أنها يمكن أن تتيح فرصة لحل المشكلة بسهولة. ويمكن أن يكون اللجوء إلى إجراء مؤسسي أو إداري ودي مفيداً لكل من الحكومات والمستثمرين المعنيين.

المحاكم المحلية - وجوب استنفاد سبل الانتصاف المحلية قبل اللجوء إلى نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

٤٣- هذا يضمن أن تحظى المؤسسات القضائية المحلية بفرصة أولى لمعالجة سلوك الحكومة قبل أن تنتقل القضية إلى نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. ومن شأن هذا أيضاً أن يؤدي إلى اتساق قانون الاستثمار مع القانون الدولي العرفي والقانون الدولي لحقوق الإنسان، وأن يساعد على تجنب التعارض مع القوانين واللوائح الوطنية.

٤٤- ونظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول يعرقل تطور الحوكمة الرشيدة. إذ إن اللجوء إلى التحكيم الدولي ينطوي على الاستعاضة عن استخدام المؤسسات القانونية المحلية بنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، وهو ما يمكن أن يؤدي إلى ترسيخ نقاط ضعف تلك المؤسسات. ويؤدي توافر نظام لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول على الصعيد الدولي إلى تخفيف الضغوط الخارجية التي تمارس على الدول من أجل تحسين الآليات والممارسات الحكومية المحلية.

٤٥- ويشكل ما ينطوي عليه نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول من تباين في القوانين المنطبقة على المؤسسات الأجنبية والمؤسسات المحلية تحديات إجرائية، وكذلك تحديات موضوعية كبيرة. فنظراً لأن المحاكم المحلية يجري تجاوزها إلى حد بعيد، تتمتع هيئات التحكيم بصلاحيات تفسير وتطبيق مسائل متصلة بالقانون الداخلي من منظور تجاري وليس من منظور السياسة العمومية، مما يؤدي في كثير من الأحيان إلى ترجيح كفة المصالح الخاصة على كفة المصالح العمومية. وبوجه عام، يكون المحكمون من المتخصصين في قانون الاستثمار الدولي، وليسوا بالضرورة على دراية بتعقيدات النظام القانوني الداخلي. وبغية إيلاء احترام للأوساط السياسية المحلية، ينبغي اشتراط إحالة المسائل المتصلة بالقانون الداخلي إلى السلطات المحلية.

٤٦- وحتى في مجال قانون حقوق الإنسان، يجب على الشخص الذي يدعي أنه تعرّض لانتهاك أن يتظلم أولاً إلى السلطات المحلية، مما يتيح لها أن تصحح أي ظلم ربما يكون قد وقع عليه. فلماذا يحق للمستثمرين الأجانب أن يتظلموا فوراً على الصعيد الدولي دون أن يكونوا ملزمين باستنفاد سبل الانتصاف المحلية أولاً؟

أمانة المظالم - إنشاء أمانة مظالم لتؤدي وظيفة مجمع خدمات لتلقي الشكاوى.

٤٧- توفر أمانة المظالم قناة رسمية للمستثمرين لمعالجة المسائل والمشاكل في مرحلة مبكرة. ويمكن أن تشكل سبيلاً يسلكه المستثمر بهدف محاولة حل مشكلة متعلقة باستثماره على نحو سريع ومبكر، ويمكن أيضاً أن يكون قليل التكلفة وودياً. وتشكل أمانة المظالم للدول المضيفة نقطة اتصال أولى أو بوابة للتعامل مع المشكلة التي يواجهها المستثمر الأجنبي. ويمكن أن توفر أمانة المظالم للسلطات معلومات مبكرة وأن تمكنها من تقييم المشكلة. ويمكن أن تيسر أيضاً اتخاذ إجراء مبكر، عند الاقتضاء، يسمح للسلطات بتصحيح المشكلة قبل تفاقمها.

التعاون بين الدول في درء المنازعات - التعاون بين الدول بدلا من المواجهة - من المرجح أن تكون المنفعة المستمدة من المعالجة السريعة وغير المعقدة للشكوى المقدمة خيارا مفضلاً على إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول التي تتسم بأنها باهظة التكلفة وتستغرق وقتاً طويلاً.

٤٨ - هناك لجان مشتركة بين الدول أنشئت بهدف التعاون ولغرض معالجة شكاوى المستثمرين وتوجيهها إلى الأجهزة الحكومية الصحيحة لإحضارها لمزيد من المراجعة. ويمكن للمستثمرين الاتصال بممثل اللجنة المشتركة في بلدهم، ويتشاور الممثل عندئذ مع نظيره في الدولة المضيفة بهذا الشأن في محاولة للتوصل إلى تسوية مبكرة للمنازعة الناشئة.

مؤسسات التحكيم

٤٩ - تؤدي مؤسسات التحكيم أيضاً دوراً في زيادة شيوع اللجوء إلى الوسائل البديلة في أوساط قانون الاستثمار الدولي:

- يمكن لمؤسسات التحكيم أن تقترح قواعد مبسطة للسبيل البديلة لتسوية المنازعات أو أن توفر المزيد من المرونة في القواعد المتعلقة بالتوفيق والوساطة وتفصي الحقائق، بهدف جعلها أكثر جاذبية لمن يرغبون في استخدامها في الإجراءات القانونية المتعلقة بمسائل الاستثمار؛

- يمكن لمؤسسات التحكيم أن تيسر أيضاً إمكانية الوصول إلى الإجراءات البديلة لتسوية المنازعات، من خلال تنمية القدرات أو من خلال التشجيع على أن تضم قوائم المحكمين الموجودة لديها خبراء في الأساليب البديلة لتسوية المنازعات؛

- يمكن لمؤسسات التحكيم أن تزيد أيضاً من الدعم الذي تقدمه إلى الأطراف الراغبة في اللجوء إلى إجراء بديل لتسوية المنازعات - ويمكن أن يأخذ هذا الدعم شكل دعم لوجستي أو خدمات أمانة أو ما إلى ذلك.

المنظمات الدولية - يمكن أن تؤدي المنظمات الدولية دوراً مهماً في بناء الوعي داخل أوساط الاستثمار الدولي وفيما بين الدول بشأن المزايا المحتملة التي يمكن أن تجلبها النهج البديلة للتحكيم. عمقتى المعاهدات الاستثمارية.

٥٠ - يمكن أن تقدم المنظمات الدولية المشورة بشأن تصميم سياسات ملائمة لدرء المنازعات وتجنبها وبشأن وضع تلك السياسات وتنفيذها، بما في ذلك توفير ما قد يلزم من المساعدة التقنية وبناء القدرات. ومن شأن ذلك أن يسمح للدول بتدعيم أطرها المؤسسية بهدف درء نشوء المنازعات الاستثمارية.

السوابق القضائية - السوابق القضائية هي الأساس للاتساق ولوضع مجموعة متناسقة من القوانين، وينبغي أن تكون ملزمة

٥١ - كثيراً ما يشير المحكمون إلى قرارات تحكيم سابقة ويستشهدون بها، مما ينشئ نوعاً من السوابق القضائية المقنعة، غير أن هذا لا يزال ينتج قرارات تحكيم غير متسقة، لأن المحكمين لا يطبقون جميعاً هذا المبدأ.

الوضعية القانونية - تمتع جميع المتأثرين بإجراء ما بالوضعية القانونية اللازمة للتدخل فيه.

٥٢ - يعني السماح بالدعاوى التي يرفعها المستثمرون ضد الدول، وكذلك السماح للأفراد والمجتمعات المحلية المتأثرة برفع دعاوى ضد المستثمرين، أن يكون بإمكان الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين ممن لهم مصلحة مباشرة وقائمة أن يتدخلوا في الإجراءات. وهذا جزء ضروري من جعل هذه العملية أكثر إنصافاً وجعلها محفلاً يحمي حقوق جميع الناس - لا حقوق الشركات المتعددة الجنسيات فحسب.

٥٣ - وهذا يختلف عن مذكرات أصدقاء المحكمة. وقد اتّسمت عملية أصدقاء المحكمة الحالية بالعشوائية والتطبيق غير المتسق. وفي كثير من الأحيان، أدى عدم وجود نصوص تتضمن أحكاماً تلزم بالسماح بالتدخل إلى الحرمان من الوضعية القانونية اللازمة. ولكي تكون هناك مشاركة مجدية من عامة الناس، يجب أن تكون هناك قواعد مكتوبة وواضحة تنص على قدرة عامة الناس على المشاركة في الإجراءات.

٥٤ - وضماناً لأن تتبّع محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف الممارسات الفضلى المتمثلة في أن تكون عملياتها مفتوحة وشفافة، يجب أن يكون هناك مزيد من الوضوح بشأن تدخلات الأطراف الثالثة. وهناك حاجة لضمان أن يكون التدخل في خدمة المصلحة العامة وليس بهدف التأثير بطريقة غير عادلة على أطراف المنازعة الاستثمارية. ويجب أن تكون هناك قواعد تنص على ضمان أن يكون من شأن قبول محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف بتدخل شخص ما أن يساعد المحكمة على الفصل في المسائل المنظورة أمامها من خلال تقديم آراء جديدة أو مستقلة.

الولاية القضائية - قصر الولاية القضائية على الدعاوى المرفوعة من مستثمرين مسؤولين لم ينتهكوا أي قوانين أو قواعد أو لوائح تنظيمية أو قيم معترف بها دولياً.

٥٥ - أتباع نهج "الأيدي النظيفة" ورفض الدعاوى المرتبطة بانتهاك أي قوانين أو لوائح تنظيمية أو التزامات دولية.

خيار مراعاة المصلحة العامة - هذا البند يستبعد الاعتراضات المقدمة ضد القوانين واللوائح التنظيمية والتشريعات الرامية إلى تحقيق المصلحة العامة.

٥٦ - هناك حاجة إلى ضمان عدم تمكن المستثمرين من الاعتراض على اللوائح التنظيمية الرامية إلى تحقيق مصلحة عامة مشروعة.

٥٧ - وخيار مراعاة المصلحة العامة مهم لأن أحد أخطر الجوانب السلبية لنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول هو أن المستثمرين استخدموه للاعتراض على سياسات ولوائح تنظيمية اجتماعية - اقتصادية من خلال التهديد بالمقاضاة.

بند السُّمو - بند خاص بالسُّمو يوضح أن الحماية التي تتمتع بها الاستثمارات لا ترجع على التزامات البلدان الاجتماعية والبيئية والمتصلة بحقوق الإنسان.

٥٨ - يجب أن يُتاح للبلدان الحيز السياسي الذي تحتاج إليه من أجل الوفاء بالتزاماتها الاجتماعية والبيئية الدولية. ومن شأن إدراج حكم خاص بالسُّمو أن يوضح لمحكّمي الاستثمار

أن الالتزامات الناشئة عن الاتفاقات الدولية البيئية والاجتماعية والمتصلة بحقوق الإنسان تعلق على الالتزامات الناشئة عن اتفاقات الاستثمار الدولية. وفي حال وجود تضارب بين هذه القواعد، تكون الحماية التي يتمتع بها المستثمرون مرهونة بالالتزامات الاجتماعية والبيئية العامة.

مدونة قواعد سلوك المحكمين - وضع مدونة لقواعد السلوك تتناول السلوك الأخلاقي الذي يجب أن يتحلّى به المسؤولون عن الفصل في المنازعات الاستثمارية، وتوفّر مجموعة أوضح من القواعد الملزمة التي تضمن استقلالية المحكمين وحيادهم، واعتماد قواعد أفضل بشأن إسقاط أهلية المحكمين.

٥٩ - هناك قلق من أن المحكمين في هيئات التحكيم المعنية بتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول لا يعملون على نحو مستقل ومحيد. ونظراً لأن الأفراد المعنيين قد لا يعملون كمحكمين فحسب، بل أيضاً كمحامين لدى الشركات أو الحكومات، فقد أعرب عن شواغل بشأن احتمال التحيز أو تضارب المصالح. وتشعر البلدان بالقلق من أن يتسبب النظام في إيجاد حالات تضارب في المصالح، لأن المحكمين يعملون أيضاً كمحامين وقد يتوقعون أن يحصلوا على عمل من المستثمرين بهذه الصفة في المستقبل.

٦٠ - وثمة حاجة إلى مدونة قواعد سلوك تحظر انخراط القضاة في العمل كمحامين في قضايا مماثلة - أي ازدواجية المهام، وإلى إرساء التزامات بشأن الاستقلالية والحياد. ويجب أن تُدرج أيضاً المسائل المتصلة بمدة الولاية وتكرار التعيين - إذ يجب أن يكون القضاة مؤهلين للتعين لمدة ولاية واحدة فقط.

التكاليف - قواعد إجرائية لإدارة القضايا، وفرض ضوابط على أتعاب المحكمين، وإرساء حد أقصى لأتعاب المحكمين.

٦١ - من شأن تبسيط العمليات والإجراءات ووضع أطر زمنية محدّدة وإرساء هيكل شفاف للأتعاب أن يوفر الكفاءة والفعالية في إدارة القضايا، وأن يفضي من ثمّ إلى خفض التكاليف.

الأحكام المتعلقة بضمانات التكاليف - إدراج أحكام تتعلق بضمانات التكاليف، والنص على أن تعلق هيئة التحكيم الإجراءات أو تنهيتها إذا لم تُسدّد ضمانات التكاليف في غضون الفترة المنصوص عليها.

٦٢ - من شأن ضمانات التكاليف أن تكفل إمكانية إنفاذ البلدان لقرارات التحكيم الصادرة لصالحها فيما يتعلق بأتعاب التحكيم والأتعاب القانونية. وهذا ضروري لأن البلدان كثيراً ما تواجه صعوبات في إنفاذ قرارات التحكيم المتعلقة بالإلزام بدفع التكاليف المتصلة بالدفاع في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. وينبغي أن تكون ضمانات التكاليف المسدّدة متناسبة ومعقولة، وأن تراعي عدداً من العوامل، مثل المبلغ الذي تنطوي عليه الدعوى. ويمكن لاشتراط توفير ضمانات للتكاليف أن يثني المدّعين عن رفع دعاوى غير وحيية أو كيدية أو عبثية. وينبغي أن يكون توفير ضمانات التكاليف شرطاً إلزامياً في الدعاوى الممولة من أطراف ثالثة.

الجمود التنظيمي - ينبغي استحداث استثناءات/خيارات متعلقة بنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

٦٣ - كثيراً ما يستخدم المستثمرون نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول على نحو استراتيجي، فيرفعون الدعاوى علناً وبصورة متكررة بغية قسر الحكومات على الموافقة على شروط

مؤاتية لاستثماراتهم، بدلا من اللجوء إليه كملاذ أخير. وعلى الرغم من أن اتفاقات الاستثمار الدولية لا تُقيّد في حد ذاتها السلطات التشريعية أو التنظيمية للدول تقييداً مباشراً، فيمكن لها أن تدفع الحكومات إلى أن تتخذ خطواتها بحذر أكثر - وهو ما يعني اتخاذ إجراءات يمكن أن تكون غير كافية من منظور المصلحة العامة - عند التخطيط لفرض قواعد تنظيمية أو عند تصميمها. وعلى هذا النحو، يمكن أن تمتنع الحكومات عن اتخاذ تدابير تنظيمية تخدم المصلحة العامة خوفاً من التهديد باللجوء إلى التحكيم الاستثماري وما قد ينطوي عليه من تعويضات كبيرة.

الدعاوى المضادة - ينبغي أن يُسمح للدول برفع دعاوى مضادة ضد المستثمرين المخلّين بالتزاماتهم.

٦٤- دائما ما تكون الدول في موقف المدعى عليه، ولا يمكنها رفع دعاوى مضادة ضد المستثمرين عن أي إخلال بالتزاماتهم. وهذا النظام غير متكافئ، وينبغي السماح برفع دعاوى مضادة من أجل معالجة عدم التوازن في الآلية الحالية لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

التأمين على الاستثمارات - التأمين على الاستثمارات كبديل عن نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

٦٥- ثمة اقتراح يدعو إلى اللجوء إلى التأمين على الاستثمارات كبديل عن نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. ويمكن أن يساعد التأمين ضد المخاطر السياسية - وهو متاح لدى مقدمي خدمات التأمين من القطاعين العام والخاص - على حماية المستثمرين من الخسائر الناجمة عن عدم التيقن القانوني والحروب والاضطرابات الأهلية ونزع الملكية والأضرار المادية، وفرض قيود على التحويلات والإخلال بالعقود وما إلى ذلك.

توحيد صياغة الالتزامات الموضوعية

٦٦- يجب أن تُوحّد صياغة الالتزامات الموضوعية الواردة في اتفاقات الاستثمار الدولية من أجل ضمان الاتساق.

التمويل المقدم من طرف ثالث - ينبغي حظر التمويل المقدم من طرف ثالث. وإذا لم يُحظر التمويل المقدم من طرف ثالث، ينبغي الإفصاح عن وجود أطراف ثالثة ممولة وهوية تلك الأطراف، من أجل تجنب تضارب المصالح. ويجب أيضاً الإفصاح عن اتفاق التمويل وفرض عقوبات على عدم الإفصاح عنه. ويجب أن تكون هناك ضمانات للتكاليف في الدعاوى التي تنطوي على تمويل مقدم من طرف ثالث.

٦٧- ثمة أسباب سياسية مهمة تدعو إلى منع التمويل المقدم من طرف ثالث في الدعاوى المتصلة باتفاقات الاستثمار الدولية - ومنها مثلاً أن السماح به قد يؤدي إلى زيادة عدد المطالبات المريبة. فمن منظور البلد المدعى عليه، يمكن لهذه الدعاوى العنثية، حتى وإن كان مصير معظمها هو الفشل، أن تستهلك قدراً كبيراً من الموارد، وقد تسبّب في الإضرار بسمعة البلد.

٦٨- وبالنظر إلى أن معظم الكيانات التي تقدم التمويل من طرف ثالث هي كيانات تهدف إلى الربح، فليس لديها مصلحة في المسائل الموضوعية المعروضة أمام هيئة التحكيم. ونتيجة لذلك،

فمن الأرجح أن تستثمر هذه الكيانات أموالها في الدعاوى التي يجتمل أن تنتهي بتعويضات كبيرة. وإضافة إلى ذلك، لا يكون الممولون أطرافاً في إجراءات التحكيم الاستثماري بالمعنى الدقيق للكلمة، ولكن يمكنهم من خلال تقديم التمويل أن يكتسبوا السيطرة والسطوة الاقتصادية على الدعوى. ومن ثم، يمكنهم التأثير على إدارة الدعوى، وفي نهاية المطاف، على نتيجة المنازعة بين المستثمر والدولة المدعى عليها. وإلى جانب ذلك، لا يمكن للبلدان، وهي دائماً ما تكون في موقف المدعى عليه، أن ترفع دعاوى مضادة. وهذا يعني أن البلد المضيف هو من يدفع دائماً تكلفة التمويل المقدم من طرف ثالث. والبلدان المضيفة هي، في واقع الأمر، من يدفع تكلفة التمويل المقدم من طرف ثالث في التحكيم الاستثماري. وي طرح هذا الأمر إشكالية، لأن هذه الأموال تُدفع من الإيرادات الضريبية. ومن ثم فهناك خطر جدي بأن يشكل التمويل المقدم من طرف ثالث عبئاً كبيراً على البلدان المضيفة، وأن يمس باللوائح التنظيمية.

٦٩- وعلاوة على ذلك، لا يزال هناك كثير من الأمور غير المعروفة عن التمويل المقدم من طرف ثالث في التحكيم الاستثماري الدولي، وثمة تساؤلات مهمة تنشأ بشأن هذا التمويل. فهل يُعدُّ اللجوء إلى التمويل المقدم من طرف ثالث ضرورياً أم لا يعدو أن يكون نتيجة قرار متصل بتمويل الشركات؟ وما هي حقاً الجهات التي تطلب التمويل المقدم من طرف ثالث - هل هي صغار المستثمرين أم هي الشركات الكبيرة؟ يبدو أن الزعم بأن التمويل المقدم من أطراف ثالثة لا يؤدي إلى زيادة عدد الدعاوى العيثية بسبب إجراءات العناية الواجبة والتدقيق التي يخضع لها الممولون قبل تمويل أي دعوى لا يجسد سوى صورة جزئية عن الواقع الاقتصادي. ففي كثير من الأحيان، تكون الجهات التي توفر التمويل من طرف ثالث حافضة دعاوى تتيح للممول أن يتبع توجهاً يقوم على المضاربة بقدر أكبر وأن ينفذ "استراتيجيات لتنويع المخاطر". فهناك احتمال حقيقي للغاية بأن يزداد عدد قضايا التحكيم الاستثماري الدولي، مما يمكن أن يكون له تأثير كبير وسلبى للغاية على البلدان المضيفة المدعى عليها، وعلى الأخص البلدان النامية.

التزامات المستثمرين - ينبغي أن تكون حقوق المستثمرين مشروطة بوجود التزامات عليهم. ودون تحقيق هذا التوازن، سيكون قانون الاستثمار أحادي الجانب وغير ديمقراطي.

٧٠- هناك العديد من التزامات المستثمرين التي من المفيد أن تُضاف إلى قانون الاستثمار. وبعبارة أدق، هناك حاجة إلى الحفاظ على حدود دنيا للمعايير البيئية والمعايير الخاصة بالأيدي العاملة - وهذا يعني أن يُنصَّ مباشرة على التزامات المستثمرين في المعاهدات، مما يسهم في استحداث معيار دولي أدنى.

المطالبات العيثية

٧١- رفض الدعاوى العيثية

متطلبات الإفصاح عن المعلومات وضمائم التكاليف - يمكن لتوافر معلومات مهمة تتعلق بجنسية المستثمر ووجود استثمار مؤهّل وطبيعة الأضرار موضوع الدعوى ومداهما أن تتيح للدول إمكانية استبانة عيوب في الدعاوى تسوّغ رفضها في مرحلة مبكرة.

٧٢- ومن شأن ذلك أن يمكّن الدول من استبانة عيوب في الدعاوى تُسوِّغ رفضها في مرحلة مبكرة.

الأضرار - صك توجيهي بشأن منح التعويضات

٧٣- يمكن أن يؤدي هذا الصك إلى الحد من عدم اتساق قرارات التحكيم ومن عدم إمكانية التنبؤ بها.

عدم وجود قاعدة بشأن الخسائر الانعكاسية - عدم السماح بالدعاوى المتعلقة بالتعويض عن الخسائر الانعكاسية

٧٤- ينبغي السماح بمطالبات استرداد الخسائر التي تتكبدها الشركات المتضررة تضرراً مباشراً فحسب، لا بالمطالبات غير المباشرة - أي ينبغي منع المساهمين من تقديم مطالبات في حال تضررهم من خسائر انعكاسية لم تنتج إلا عن الأضرار التي لحقت بالشركة التي يساهمون فيها. وهذا يضمن أن تكون المطالبات المقدمة من المساهمين مرتبطة بالأضرار التي لحقت بالشركة فحسب، وألا يتمكّنوا من ادعاء تكبدهم بصفة شخصية أي خسارة تتعلق بحق شخصي. وهذا يكفل تجنب ازدواجية الاسترداد. فهناك مطالبات غير مباشرة كثيرة ترتبط بممارسات تعسفية، مثل المفاضلة بين المحاكم والإجراءات المتوازية.

الدعاوى المتعددة - ضم الدعاوى المتعددة المرفوعة بمقتضى المعاهدة نفسها.

٧٥- تتمثل فوائد ضم الدعاوى المتعددة في توفير الوقت والتكاليف، كما أنها تضمن صدور قرار واحد في الدعاوى التي تنطوي على وقائع متشابهة.

فترة التقادم

٧٦- تحديد فترة تقادم لإقامة الدعاوى.

محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف وهيئة الاستئناف

يمكن أن تسهم محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف وآلية الاستئناف في تعزيز سيادة القانون من خلال استحداث درجة تقاضٍ إضافية يمكن أن تضمن صحة القرارات الصادرة في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

٧٧- ومع ذلك، فمن المشكوك فيه أن تتمكّن محكمة الاستثمار وآلية الاستئناف من زيادة الاتساق في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول ومن الإسهام في ظهور نظام سوابق قضائية.

٧٨- ويمكن لمحكمة الاستثمار المتعددة الأطراف أن تستحدث نظاماً مستقلاً ومشروعاً لتسوية المنازعات في إطار المعاهدات الاستثمارية، غير أن هذا لا يمكن أن يتحقّق إلا إذا جرت عملية إنشاء المحكمة ذاتها بطريقة عادلة وحيادية. وبالمقارنة بنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين

والدول، يمكن أن تدخل محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف تحسينات مؤسسية. غير أن هذه التحسينات لا تقدم حلاً لمسائل التمييز والمسائل النظمية.

٧٩- ومن المرجح أن تتمثل مزية آلية الاستئناف على محكمة الاستثمار الدائمة في أن إنشاء آلية الاستئناف أسهل من الناحية السياسية مقارنة بإنشاء محكمة استثمار متعددة الأطراف. وفضلاً عن ذلك، يمكن الجمع بين آلية استئناف ونظام التحكيم الحالي باعتباره درجة تقاض أولى. ويمكن لهذا النظام أن يستفيد من تجربة آلية تسوية المنازعات التابعة لمنظمة التجارة العالمية، حيث تشرف هيئة الاستئناف التابعة لمنظمة التجارة العالمية على منظومة أفرقة تُشكّل للبت في كل منازعة على حدة. وبالمقارنة بمحكمة دائمة مشكّلة من قضاة دائمين يلزم أن تُدفع لهم مرتباتهم بصرف النظر عن وجود دعاوى فعلية، من شأن هذا النظام أن يكون أكثر نجاعة من حيث التكلفة.

٨٠- والاقتراح المقدم من الاتحاد الأوروبي بإنشاء محكمة استثمار لا يتناول أيّاً من أوجه عدم التكافؤ وعدم التوازن الموضوعية الناشئة عن أحكام المعاهدات الاستثمارية. وعلى هذا النحو، سيواصل نظام التعويضات المالية تقديم الحوافز للمستثمرين ومكاتب المحاماة لرفع دعاوى ما كانوا ليرفعوها بخلاف ذلك، نظراً لأن النظام يقوم على العديد من اتفاقات الاستثمار الدولية التي تُتسم بغموضها ورداءة صياغة أحكامها وكونها تسمح بتفسيرات فضفاضة.

٨١- ويتوقّف مدى قدرة أي محكمة على زيادة الاتساق في عملية اتخاذ القرارات على القانون المنطبق. فإذا ظلّ هذا القانون مستمداً من معاهدات ثنائية، سيكون تحقيق الاتساق أصعب، مما يُبقي على خطر إقدام المحكمة على زيادة توسيع نطاق ضمانات المستثمرين على نحو أكثر ديمومة. ومن ثمّ، فمن المشكوك فيه أن تنجح أي محكمة في أن تحد من عدم التيقن في عملية اتخاذ القرارات وفي أن تزيد من القدرة على التنبؤ والتيقن القانوني لدى كل من المستثمرين والحكومات المضيفة.

٨٢- ولا توجد اقتراحات بأن يكون على المستثمرين، قبل أن تُتاح لهم إمكانية اللجوء إلى محكمة الاستثمار، أن يستنفدوا أولاً سبل الانتصاف المحلية أو أن يثبتوا أن المحاكم المحلية لن تكون قادرة على معالجة قضية معينة.

٨٣- وإلى جانب ذلك، لا توجد ضمانات تمنع المحكمة المقترحة من إحداث حالة من الجمود التنظيمي. فهذه الحقوق الموضوعية الواسعة النطاق تثير احتمال نشوء التزام مالي يمكن أن يكون له تأثير مثبط على صنّاع القرار.

٨٤- ولا يرد أيُّ ذكر لالتزامات المستثمرين أو للصكوك القانونية التي يمكن أن تنشئ التزامات من هذا القبيل.

٨٥- ولا توجد أيضاً أيُّ قيود على إمكانية وصول المستثمرين إلى النظام، مما يعني أن بإمكان المستثمرين الذين أسأروا إلى العاملين لديهم أو لوثوا البيئة أن يرفعوا دعاوهم من خلاله. ولن تغير المحكمة هذا الوضع، وبذلك يستند النظام الحالي لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، بما ينطوي عليه من مشاكل.

٨٦- وكيف ستفاعل محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف مع المحاكم المحلية في حال الاحتياج إلى مساعدة من المحاكم الوطنية؟ وينبغي إلزام محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف بإشراك المحاكم

المحلية في الدولة المضيفة في المسائل المتصلة بالقانون الداخلي. وهذا لا يضمن فحسب توفير الإرشاد الملائم بشأن الكيفية التي ينبغي أن يفهم بها القانون الداخلي، بل ويساعد أيضاً على تجنب احتمال أن يتبين أن الاتفاق يتعارض مع القوانين الوطنية.

٨٧- ويسمح الاستئناف للمحكمة بتعديل القرار الصادر. فماذا ستكون أسباب الاستئناف؟ وهي وقوع أخطاء قانونية أو وقائية؟ - وما هي الأسباب الأخرى التي سينظر فيها؟ هل ستكون هيئة الاستئناف صلاحية تقرير الوقائع بنفسها، أم هل ستُعاد جميع المسائل المتعلقة بالوقائع إلى هيئة التحكيم الأصلية؟ وهل ستكون هيئة الاستئناف صلاحية منح تدابير مؤقتة وتدابير انتصاف تمهيدية بهدف المحافظة على الوضع القائم إلى أن يُبتَّ في دعوى الاستئناف؟ وكم من القضاة ستضمُّ هيئة الاستئناف في تشكيلتها؟ وسوف تحتاج هيئة الاستئناف إلى وضع قواعد إجرائية لعملها، بما في ذلك تقرير الحدود الزمنية. وينبغي أن تُنشر الأحكام الصادرة عن هيئة الاستئناف، وأن تكون لقراراتها السابقة قوة السابقة القانونية المقنعة في الدعاوى اللاحقة، مما يوفر إطاراً للصلاحية القانونية التي تستند إليها للبت في المنازعات المعروضة أمام المحكمة.

٨٨- وإنشاء محكمة استثمار يستجلب مشاكله الخاصة به. إذ يلزم أن تُنشأ كل من آلية الاستئناف ومحكمة الاستثمار الدائمة في شكل مؤسسة متعددة الأطراف قادرة على الإشراف على قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول على نحو مستقل عن الأطراف المتنازعة واتفاق الاستثمار الدولي ذي الصلة. وفي الممارسة العملية، سيكون من الضروري لنجاح هذا النظام إيجاد معاهدة متعددة الأطراف تنشئ محكمة الاستثمار وتحدد نطاق اختصاصها. وعلاوة على ذلك، سيستلزم إنشاء محكمة الاستثمار تكييف المعاهدات الثنائية والإقليمية التي تنطوي حالياً على الموافقة على التحكيم، أو إنشاء آلية خاصة بها تدعى لها الدول. وسوف يتعين التغلب على هذه المشاكل الهيكلية الضخمة.

٨٩- كما يمكن أن يثير استحداث نظام محكمة متعددة الأطراف شواغله الخاصة بشأن المشروعية. فمثلاً في اختيار القضاة - من هم صنّاع القرار بهذا الشأن، ومن سيعينهم أو يختارهم؟ وأين سيكون مقر هذه المحكمة؟ وهل ستكون لهذه المؤسسة امتيازاتها وحصاناتها ذات الصلة؟ ويلزم إخضاع عملية اختيار أعضاء هيئة المحكمة إلى تمحيص شديد، بالنظر إلى وجود شاغل مثاره احتمال عودة محكّمين من نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول مسؤولين عن تفسيرات فضفاضة إلى الظهور بصفة قضاة في محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف، وينبغي أن تكون عملية التعيين تحت سيطرة الدول، لا إعطاء السيطرة للمستثمرين والدول على السواء.

٩٠- ويبدو أن محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف تنطوي على إمكانية الابتعاد عن نموذج يتولى فيه الفصل في الدعاوى في المقام الأول قضاة من أطراف المنازعة المعنية والأخذ بنظام يقوم على هيئة قضائية مستقلة. وستكون آليات تعيين القضاة أمراً محورياً. فالخلافات الأخيرة حول تسييس التعيينات في هيئة الاستئناف التابعة لمنظمة التجارة العالمية تدل على تعقّد مسألة صوغ عملية تعيين يستحيل أن تهيمن عليها أو تتلاعب بها دولة أو دول مصممة على تسييسها.

٩١- ومن المتوقع أن تضم المحكمة عدداً قليلاً من القضاة. وسينتج عن ذلك تنافس بين المصالح المختلفة في البلدان ستؤدي فيه السلطة السياسية دوراً مهماً من أجل السيطرة على المحكمة. وسيلزم وضع قواعد واضحة وشفافة تحدد شكل هذه السلطة تفادياً لعدم المساواة وتعيين قضاة متحيزين.

٩٢- ولا تزال هناك شواغل بشأن ضمان التنوع في تركيبة المحكمة وبشأن عملية معالجة الاعتراضات على القضاة. وينبغي بذل أفضل الجهود من أجل تحقيق التنوع في عضوية هيئة المحكمة - جغرافياً وبين الذكور والإناث وما إلى ذلك.

٩٣- ويمثل الاستقلال القضائي شرطاً لازماً مهماً لمصادقية المحاكم وهيئات التحكيم الدولية ومشروعيتها. ويستدعي ذلك إجراء مراجعة دقيقة لمعايير الاستقلال القضائي والنزاهة القضائية تفادياً لأي نوع من التحيز من جانب قضاة محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف المحتملين وضماناً لاستقلالهم.

٩٤- ولا يكفي لتحقيق العدالة وسيادة القانون مجرد الإعلان عن محكمة استثمار جديدة متعددة الأطراف. فنظراً لأهمية الإنفاذ المحورية في النجاح الإجمالي لمحكمة الاستثمار المتعددة الأطراف، فإن صلاحيات محكمة من هذا القبيل وما إذا كانت قراراتها ستكون ملزمة وواجبة للإنفاذ هي اعتبارات مهمة للبلدان التي تؤيد إنشاء محكمة استثمار متعددة الأطراف. وإلى جانب ذلك، هل ستكون قرارات التحكيم الصادرة عن محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف واجبة الإنفاذ بمقتضى اتفاقية نيويورك أم اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية الناشئة بين الدول ورعايا الدول الأخرى؟

٩٥- وتتسم القواعد الإجرائية التي تعتمد عليها محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف بالأهمية. فهذه المحكمة (سواء أكانت ابتدائية أو استئنافية) سوف تتخذ قرارات مهمة تحكم كلا من الحقوق والالتزامات الخصوصية والعمومية. ويجب أن يكون لدى محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف مجموعة مفصلة من القواعد الإجرائية التي تتسم بالشفافية. وكحد أدنى، يجب على محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف تحقيق الأهداف التالية: أن تكون محايدة وفعالة وقابلة للتنبؤ ومتسقة في حماية نظام تسوية المنازعات الخاص بها وإنفاذه. فالأحكام الإجرائية غير المتوازنة سوف تقوض الثقة في حيادية محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف وتتعارض مع مراعاة الأصول القانونية والإنصاف والعدالة.

٩٦- ويرتبط كثير من الشواغل التي أدت إلى اقتراح إنشاء محكمة استثمار متعددة الأطراف بالحاجة إلى الشفافية ومشاركة عامة الناس. فهناك حاجة إلى أحكام واضحة ومباشرة لضمان السماح بتدخلات وحيهة، ضماناً لعدم المساس بحقوق الأطراف المتنازعة في الحصول على محاكمة منظمة ومنصفة. وتتوقف الثقة في استقلالية محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف ونزاهتها على شفافية العملية التي يجري بها اختيار القضاة. فينبغي اختيار القضاة من خلال عملية شفافة تطوي على أخذ مصالح الجهات المعنية في الاعتبار. ولكي تكون لدى الناس ثقة في محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف، يلزم تعزيز الشفافية والكشف العلني عن الاعتراضات المقدمة ضد أعضاء محكمة الاستثمار. ويجب إتاحة مشاركة الناس من أجل الحفاظ على الثقة والاستقلالية.

٩٧- وهناك مسألة مستمرة في نظام التحكيم الاستثماري القائم، هي أن الإجراءات وقرارات التحكيم كثيراً ما تكون سرية. فعلى سبيل المثال، تنص قواعد الأونسيترال على موافقة جميع الأطراف قبل الإعلان عن أي قرار أو إجراء، وإجراءات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تتسم بالسرية أيضاً. غير أن، المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية ينشر قرارات التحكيم على موقعه الشبكي، كما أن العديد من قرارات التحكيم غير الصادرة عن المركز تظهر إلى العلن عندما يُطعن فيها إما في المحاكم المحلية أو عندما يتعين على الدولة تحمل مسؤولية دفع المبلغ الوارد في قرار التحكيم. غير أن

المشكلة المتبقية تتمثل في سرية إجراءات التحكيم الاستثماري، رغم أن معظم المنازعات الاستثمارية هي في واقع الأمر منازعات علنية. ويتعامل التحكيم الاستثماري مع القانون العام الدولي - أي تقييم الإجراءات التنظيمية لدولة ذات سيادة - ومن شأن قرار تحكيمي ضد الدولة أن يمس مواطني تلك الدولة أيضاً. فالإجراءات السرية وقرارات التحكيم الطرفية لا تتيح للناس إلا فهماً محدوداً لإجراءات التحكيم وتعليقاته. أما البلد فهو مسؤول أمام شعبه، وشرعية الإجراءات التنظيمية لبلد ما هي مسألة تُهم الناس ولا ينبغي أن تكون سرية. وسيتعين على محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف فتح إجراءاتها أمام الأطراف الثالثة وإعلان قراراتها وتعليقاتها. ويمكن للبلدان أن تستخدم قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في تسوية المنازعات، وحيثما ترى البلدان أن تلك القواعد لا تفي بالغرض، يمكن للبلدان أن تزيد من تعزيز تلك القواعد.

٩٨- ولا ينبغي اشتراط العضوية الكاملة في المحكمة لتجريب استخدامها. وينبغي أن تصمم المحكمة بصفتها محفلاً لتسوية المنازعات فيما بين الدول وبين المستثمرين والدول. وينبغي أن يكون استخدام محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف لتسوية المنازعات طوعياً.

٩٩- وتنطوي محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف المقترحة على احتمال عرقلة إصلاح حقوق الملكية الفكرية. ومن الأمثلة على ذلك شركة "Eli Lilly" للمستحضرات الصيدلانية في الولايات المتحدة الأمريكية التي طالبت بمبلغ ٥٠٠ مليون دولار كندي في عملية تحكيم في إطار نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بعدما عدلت كندا قانونها الخاص ببراءات الاختراع، لضمان تحسين إمكانية الحصول على الأدوية. إذ رأت تلك الشركة أن إصلاح كندا لقانون براءات الاختراع لا يتوافق مع اتفاق "ترييس" بشأن الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، الصادرة عن منظمة التجارة العالمية. وأمكن للمحتكم إليهم الاستثماريين الذين يفسرون اتفاق "ترييس" ويتبنون بشأن الامتثال له أن يغيروا دينامية التفسير، لأن المستثمرين يخضعون لقيود أقل من تلك التي تخضع لها الدول فيما يتعلق بالسياسات، وهناك فرق بين النظر إلى حقوق الملكية الفكرية باعتبارها محفزات للابتكار والنظر إليها باعتبارها موجودات.

١٠٠- ويمكن أن تؤدي محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف المقترحة إلى تقويض حماية البيانات. إذ سيكون المستثمرون الأجانب قادرين على استخدام محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف للطعن في تدابير إنفاذ حماية البيانات المتخذة لتنظيم تدفقات البيانات عبر الحدود. وبذلك، يمكن أن تقوض محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف حماية البيانات الشخصية.

١٠١- ويمكن أن تعرقل محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف المقترحة الإجراءات المتعلقة بتغير المناخ. فمن أجل التصدي لتغير المناخ، تحتاج البلدان إلى التحول عن الموجودات العالية الكربون صوب الطاقة النظيفة. وسيطلب ذلك تغييراً هائلاً في الاستثمار واعتماد سياسات عمومية لدعم أنواع الاستثمار المناسبة وتحفيزها. ويمكن لنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول أن يقوض جهود الحكومات في المجالات المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بسياسات الوقاية والتخفيف والتكيف المراعية للمناخ. وينبغي استخدام الأموال العمومية لدعم التحول نحو الطاقة النظيفة، لا لتعويض الملوئين عن فقدان إيراداتهم المستقبلية عندما يفشلون في تكيف نموذج أعمالهم في الوقت المناسب وعلى نحو مسؤول.

١٠٢- ومن شأن محكمة استثمار متعددة الأطراف، خلافاً لنظم القانون الداخلي، أن تتيح للمستثمرين إمكانيات للمطالبة بالتعويض. ومن شأن ذلك أن يجعل الإصلاحات الحكومية باهظة التكاليف، وأن يسبب جموداً تنظيمياً، ومن ثم أن يُعيق اتخاذ تدابير حاسمة بشأن تغير المناخ. وهذا يزيد من تقويض قدرة البلدان على الإصلاح، وقدرتها على التصدي للأزمات، بما فيها تغير المناخ.

١٠٣- وإذا أُخذ في الاعتبار ما قد ينشأ من مشاكل، يبدو أن اقتراح محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف يهدف إلى إبقاء العديد من السمات الرئيسية على حالها، مما يمثل احتفاظاً فعلياً بنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. وعلى وجه العموم، فإن اقتراح محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف لا يعدو كونه إصلاحات تجميلية، إذ لا يتناول المشاكل الأساسية لهذا النظام. وفي واقع الأمر، يبدو أن محكمة الاستثمار المتعددة الأطراف تحافظ على نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وتؤكدده. ومن ثم، فإن من شأن محكمة للاستثمار أن تزيد من خطورة هذا النظام غير المتوازن والضار وأن ترسخه.

١٠٤- إننا بحاجة إلى إجراء مناقشات بشأن إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وتحدياته على نحو بناء، ويجب تنظيم هيكل المناقشة بما يتجاوز نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول ونظاماً للمحاكم لتشمل خيارات أخرى لتسوية المنازعات (درء المنازعات، والمنازعات فيما بين الدول؛ وما إلى ذلك). وينبغي أن يُستكمل نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بإصلاحات لمعالجة الشواغل الموضوعية الأعمق الناشئة عن أحكام المعاهدات الاستثمارية.

١٠٥- ويمكن أن تستوعب المناقشات المتعلقة بإصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول إشارة إلى صكوك مثل معاهدة الأمم المتحدة الملزمة بشأن الأعمال التجارية وحقوق الإنسان من أجل تعزيز اتساق السياسات الموجهة نحو التنمية المستدامة. وعلاوة على ذلك، ثمة حاجة إلى إجراء دراسة لمعايير الاستثمار الموضوعية الواردة في المعاهدات الاستثمارية.

١٠٦- وبالنظر إلى رغبة عدد من البلدان في استكشاف بدائل مختلفة، فمن الأهمية بمكان أن تستمر المناقشات حول إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول على نحو مستنير وأن تراعى مصالح جميع الجهات المعنية على نحو متوازن.

سابعاً - الخلاصة

١٠٧- إن جنوب أفريقيا تؤيد من حيث المبدأ إجراء مناقشات حول إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وبناء آلية جديدة لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار. ومن شأن عدم الانخراط في مناقشات بشأن الإصلاح أن يستجلب نقائص خطيرة من حيث إنه لن يعالج أيًا من التحديات الناشئة عن النظام العالمي لاتفاقات الاستثمار الدولية القائم حالياً، وأن يقي البلدان عرضة للمخاطر الناشئة عن اتفاقات الاستثمار الدولية في شكلها التقليدي.

١٠٨- وتوافق جنوب أفريقيا على وجود حاجة إلى بديل للنظام التقليدي لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول يتخذ شكل عملية أكثر حداثة وإحكاماً لتسوية المنازعات - عملية يمكنها

أن تتكيف على نحو أفضل مع المنازعات الاستثمارية التي تتعلق بمسائل التنمية المستدامة ومسائل السياسات العمومية ومع طائفة متنوعة من الجهات المعنية والمصالح المختلفة.

١٠٩- ويجب على الدول إجراء مناقشات بشأن نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وتحدياته على نحو بناء، ويجب أن ينظّم هيكل المناقشة بما يتجاوز نظام تسوية المنازعات لتشمل خيارات أخرى لتسوية المنازعات (درء المنازعات؛ المنازعات فيما بين الدول، وما إلى ذلك)، وأن تؤخذ في الاعتبار صكوك أخرى، مثل معاهدة الأمم المتحدة الملزمة بشأن الأعمال التجارية وحقوق الإنسان من أجل تعزيز اتساق السياسات الموجهة نحو التنمية المستدامة.

١١٠- وإلى جانب ذلك، يتعين أيضاً أن تُدرج أي مناقشة بشأن تسوية المنازعات في سياق أوسع وأن تتضمن دراسة تحاورية لإصلاح أحكام المعاهدات الارتكازية. كما يجب أن تهدف أي مناقشات بشأن نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول إلى الترويج للعملية الضرورية المتمثلة في وضع بديل شامل وجامع لتسوية المنازعات المتصلة بالاستثمار.

١١١- ومن الجدير بالذكر أن إصلاح نظام تسوية المنازعات لا يكفي في حد ذاته لحل جميع المشاكل التي يواجهها نظام الاستثمار الدولي. وثمة مشاكل كثيرة سبق استبانتها في مراحل سابقة لا يمكن معالجتها بشكل صحيح إلا من خلال إصلاح للمعايير الموضوعية.

١١٢- ولذلك ينبغي استكمال إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بإصلاحات تعالج الشواغل الموضوعية الأعمق الناشئة عن أحكام معاهدات الاستثمار التي تهدف إلى البت فيها وإنفاذها. وثمة حاجة إلى إجراء دراسة لمعايير الاستثمار الموضوعية الواردة في المعاهدات الاستثمارية.

١١٣- وعلى نحو مشابه، لن يكون تحقيق الاتساق الكامل ممكناً إذا كان العديد من آلاف اتفاقات الاستثمار الدولية لا يزال قائماً. ولتحقيق توازن أفضل ومزيد من الاتساق، وللتوصل إلى نظام استثمار دولي أكثر مشروعية بشكل عام، من الضروري إصلاح مضمون المعاهدات الاستثمارية وإعادة النظر في الشكل الذي أبرمت به، على حد سواء.

١١٤- وثمة رغبة لدى عدد من البلدان في استكشاف بدائل مختلفة للنموذج التقليدي لنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. ويتعارض التفاوض بشأن معاهدات جديدة تشمل نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول مع القرار الذي اتخذته بعض البلدان لإصلاح هذه الاتفاقات أو إنهاؤها من أجل حماية حقها في فرض ضوابط. ومن ثم، فمن الأهمية بمكان أن تستمر المناقشات حول إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول على نحو مستنير يراعي مصالح جميع الجهات المعنية على نحو متوازن.