A/CN.9/890

الأمم المتحدة

الجمعية العامة

Distr.: General
24 May 2016
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة التاسعة والأربعون
نيويورك، ٢٧ حزيران/يونيه – ١٥ تموز/يوليه ٢٠١٦

تسوية المنازعات التجارية: عرض لورقة بحث حول اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول كنموذج محتمل لإصلاحات أخرى في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

مذكِّرة من الأمانة

المحتويات

		الصفحة
أولاً–	مقدِّمة	٢
ثانياً–	لمحة عامة موجزة عن ورقة البحث: اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول كنموذج محتمل لإصلاحات أخرى في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول	٣
	ألف– الخلفية: سمات اتفاقية موريشيوس ومقترحات الإصلاح الإجرائي الحالية	٣
	١– "نهج اتفاقية موريشيوس"	٣
	٢– التحديات التي تواجهها آليات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول	٥
	٣– مقترحات الإصلاح الإجرائي الموجودة	٨
	باء– تطبيق "نهج اتفاقية موريشيوس" على الإصلاحات الإجرائية المحتملة	٩
	١– تقييم الجدوى	٩
	٢– عرض موجز للمسائل المطروحة	١٢
ثالثاً–	ملاحظات ختامية	١٦

030616 V.16-03019 (A)

الرجاء إعادة الاستعمال

أولاً- مقدِّمة

١- لاحظت اللجنة مع التقدير، في دورتها الثامنة والأربعين المعقودة في عام ٢٠١٥، ما تبذله الأمانة من جهود متواصلة للتعاون والتنسيق مع المنظمات الناشطة في ميدان التحكيم والتوفيق الدوليين. وأشارت الأمانة كذلك إلى أنَّ معايير الأونسيترال في هذا المجال تتسم بالمرونة والانطباق العام على مختلف أنواع التحكيم، بما فيها التحكيم التجاري المحض والتحكيم بين المستثمرين والدول. وعلى ضوء ذلك، اتفقت اللجنة على أن تواصل الأمانة التنسيق مع تلك المنظمات بشأن مختلف أنواع التحكيم التي تنطبق عليها معايير الأونسيترال ورصد التطورات عن كثب، مع المضي في استكشاف مجالات للتعاون والتنسيق.[(١)]

٢- وفيما يتعلق بالتحكيم بين المستثمرين والدول، لاحظت اللجنة أنَّ الظروف الحالية تطرح عدداً من التحديات وقد صاغ عدد من المنظمات مقترحات بشأن الإصلاحات. وفي هذا السياق، أبلغت اللجنة أيضاً بأنَّ الأمانة تجري دراسة بشأن ما إذا كانت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول (اختصاراً: "اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية" أو "اتفاقية موريشيوس") يمكن أن توفِّر نموذجاً مفيداً لإصلاحات محتملة في مجال التحكيم بين المستثمرين والدول، وذلك بالتعاون مع مؤسسات مهتمة بهذا الشأن، منها مركز تسوية المنازعات الدولية، وهو مركز بحثي مشترك بين معهد الدراسات الدولية والإنمائية العليا وكلية القانون بجامعة جنيف. وعلى ضوء ذلك، طلب إلى الأمانة أن تقدم إلى اللجنة في دورة مقبلة تقريراً يتضمن معلومات محدَّثة بشأن هذه المسألة.[(٢)]

٣- وعملاً بذلك الطلب، تهدف هذه المذكِّرة إلى تزويد اللجنة بمعلومات محدَّثة عن الدراسة التي أجريت ضمن إطار مشروع بحثي قام به مركز تسوية المنازعات الدولية (والتي يشار إليها فيما يلي بـ"ورقة البحث") وإلى تقديم لمحة عامة موجزة عن نتائجها.[(٣)]

٤- والغرض من ورقة البحث هو تحليل ما إذا كان يمكن استخدام اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية كنموذج لتنفيذ مبادرات إصلاحية أوسع نطاقاً لإطار تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول إذا ما تقرر، في مرحلة لاحقة، إجراء إصلاحات على صعيد متعدد الأطراف. وكمثال توضيحي لإصلاح إجرائي محتمل يمكن أن يكون النهج المتَّبع في اتفاقية

(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السبعون، الملحق رقم ١٧ (A/70/17)، الفقرة ٢٦٨.

(٢) المرجع نفسه.

(٣) ورقة البحث متاحة في الموقع الشبكي للأونسيترال، باللغة الإنكليزية فقط، على الرابط www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/49th.html.

موريشيوس مفيداً فيه، ومن أجل توفير أساس للتحليل، تدرس ورقة البحث نطاق صك على غرار اتفاقية موريشيوس، وحدها أو مقترنة بصكوك أخرى، وما ينطوي عليه ذلك الصك من إمكانات وتحديات، بغية إنشاء '١' مجموعة أحكام دائمة لتسوية المنازعات تحل محل ما يوجد في المعاهدات الاستثمارية الحالية والمقبلة من أحكام خاصة بتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول أو تكمل تلك الأحكام؛ أو '٢' آلية للطعن في قرارات التحكيم الصادرة عن إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول ضمن إطار المعاهدات الاستثمارية الحالية أو المقبلة.

٥- غير أنَّ هذه المذكِّرة تقتصر على الإبلاغ عن نتائج الدراسة القانونية المتعلقة بما إذا كانت اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية يمكن أن تستخدم كنموذج لمبادرات إصلاح إجرائي أوسع نطاقاً في ميدان تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول إذا ما اتخذ قرار بإجراء إصلاحات على صعيد متعدد الأطراف. وتتضمن هذه المذكِّرة، لأغراض الإبلاغ فحسب، لمحة عامة موجزة عن المسائل القانونية التي تطرحها أيُّ إصلاحات إجرائية لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول ولا تقدِّم تحليلاً مفصلاً لتلك الإصلاحات، لأنَّ هذا يخرج عن نطاق الولاية التي أسندتها اللجنة. ولا تحتوي هذه المذكِّرة على توصيات بشأن أعمال مقبلة محتملة بخصوص أيِّ إصلاحات من هذا القبيل، إذ إنَّ ذلك يتطلب قراراً منفصلاً من جانب اللجنة.

ثانياً- لمحة عامة موجزة عن ورقة البحث: اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول كنموذج محتمل لإصلاحات أخرى في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

ألف- الخلفية: سمات اتفاقية موريشيوس ومقترحات الإصلاح الإجرائي الحالية

١- "نهج اتفاقية موريشيوس"

٦- في عام ٢٠١٣، اعتمدت الأونسيترال قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول (اختصاراً: "قواعد الشفافية") جنبا إلى جنب مع مادة جديدة ١ (٤) لقواعد الأونسيترال للتحكيم (بصيغتها المنقَّحة في عام ٢٠١٠).[٤] وتتألف قواعد الشفافية، التي بدأ نفاذها في ١ نيسان/أبريل ٢٠١٤، من مجموعة قواعد إجرائية توفر الشفافية للتحكيم

(٤) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والستون، الملحق رقم ١٧ والتصويب (A/68/17 وCorr.1)، الفصل الثالث والمرفقان الأول والثاني.

التعاهدي بين المستثمرين والدول وتتيح لعامة الناس إمكانية الوصول إليه. وتنطبق قواعد الشفافية فيما يتعلق بالمنازعات الناشئة عن المعاهدات الاستثمارية المبرمة في ١ نيسان/أبريل ٢٠١٤ أو بعد ذلك التاريخ ("المعاهدات اللاحقة") عندما يستهل التحكيم بين المستثمر والدولة بمقتضى قواعد الأونسيترال للتحكيم ما لم تتفق الأطراف في المعاهدة الاستثمارية على خلاف ذلك.(٥) وتنطبق قواعد الشفافية فيما يتعلق بالمنازعات الناشئة عن المعاهدات الاستثمارية المبرمة قبل ١ نيسان/أبريل ٢٠١٤ عندما يتفق الأطراف في المعاهدة الاستثمارية ذات الصلة (أي الدول أو منظمات التكامل الاقتصادي الإقليمية)،(٦) أو طرفا المنازعة (أي المستثمر والدولة أو منظمة التكامل الاقتصادي الإقليمية)(٧) على تطبيقها. ويمكن أيضاً استخدام قواعد الشفافية في عمليات التحكيم بين المستثمرين والدول التي تستهل بمقتضى قواعد أخرى غير قواعد الأونسيترال للتحكيم وفي إجراءات مخصصة.(٨)

٧- وبعد اعتماد قواعد الشفافية، أعدت الأونسيترال اتفاقية تهدف إلى تسهيل تطبيق قواعد الشفافية على قرابة ٣ ٠٠٠ معاهدة استثمارية مبرمة قبل بدء نفاذ قواعد الشفافية، مما وفَّر للدول آلية ناجعة لتطبيق قواعد الشفافية على معاهداتها الاستثمارية القائمة، إذا ما رغبت في ذلك.(٩) واتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية هي، في واقع الأمر، صك تعرب فيه الأطراف في المعاهدات الاستثمارية المبرمة قبل ١ نيسان/أبريل ٢٠١٤ على موافقتها على تطبيق قواعد الشفافية على عمليات التحكيم الناشئة عن تلك المعاهدات.

٨- وتسمح اتفاقية موريشيوس بتطبيق قواعد الشفافية على جميع المعاهدات الاستثمارية الموجودة على الصعيد الثنائي والإقليمي والمتعدد الأطراف، وفي جميع محافل التحكيم المتاحة، إذا كانت الدولة المدَّعَى عليها ودولة المستثمر طرفين متعاقدين في اتفاقية موريشيوس أو، كبديل لذلك، إذا قبل المستثمر (بصفته المدعي) عرض الدولة المدعى عليها الأحادي الجانب لتطبيق قواعد الشفافية. ومن حيث المضمون، يمكن وصف "نهج اتفاقية موريشيوس" بأنه يُدخل المعايير الموضوعية للشفافية التي تجسدها قواعد الشفافية في القواعد المتشرذمة لكل

(٥) المادة ١ (١) من قواعد الشفافية.

(٦) المادة ١ (٢) (ب) من قواعد الشفافية. وفي حال المعاهدات الاستثمارية المتعددة الأطراف، يكفي أن تكون دولة المدعي ودولة المدعى عليه قد توصلتا إلى اتفاق بهذا الشأن.

(٧) المادة ١ (٢) (أ) من قواعد الشفافية.

(٨) المادة ١ (٩) من قواعد الشفافية.

(٩) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والستون، الملحق رقم ١٧ والتصويب (A/68/17 وCorr.1)، الفقرة ١٢٧.

معاهدة على حدة من خلال صك وحيد متعدد الأطراف. وهو يستحدث نظاماً مرناً إذ يرتئي جواز إبداء الأطراف المتعاهدة عددا محدودا من التحفظات.

٩- واتفاقية موريشيوس هي صك يُدخل على الكم الهائل الموجود من المعاهدات الاستثمارية مفهوم الشفافية، وهو جانب إجرائي لا تتناوله عادة الغالبية الساحقة من تلك المعاهدات. وهي تكمل المعاهدات الاستثمارية القائمة بإضافة نظام موحد للشفافية تجسده قواعد الشفافية. وقد عاودت اللجنة في دورتها السادسة والأربعين تأكيد الرأي الذي أبداه عدد كبير من الوفود في الدورة التاسعة والخمسين للفريق العامل الثاني، وهو أنَّ من شأن اتفاقية خاصة بالشفافية أن تشكل، عند بدء نفاذها، معاهدة خالفة تنشئ التزامات جديدة بمقتضى المادة ٣٠ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (١٩٦٩) (اختصاراً: "اتفاقية فيينا").[١٠]

١٠- وثمة مسألة يجدر النظر فيها هي ما إذا كان من شأن أيِّ اتفاقية منفذة لإصلاحات جديدة مدخلة على المعاهدات الاستثمارية الموجودة، وتكون مصوغة على غرار اتفاقية موريشيوس، أن تشكل معاهدة خالفة تنشئ التزامات جديدة بمقتضى المادة ٣٠ من اتفاقية فيينا، أم ستشكل تعديلا للمعاهدات الاستثمارية أو تغييرا فيها (بمقتضى أحكام المعاهدات الاستثمارية الجديدة والفصل الرابع من اتفاقية فيينا). فإذا ما اعتُبرت الاتفاقية المنفذة للإصلاحات الجديدة تعديلا للمعاهدات الاستثمارية الأصلية أو تغييرا فيها فسوف تكون هناك بضعة عناصر إضافية يلزم أخذها بعين الاعتبار لدى صياغة تلك الاتفاقية (مثل القواعد الإجرائية لتعديل/تغيير المعاهدات)، كما سيتعين على الدول الأطراف في الاتفاقية أن تراعي ما قد يلزم اتباعه من قواعد إجرائية داخلية في تنفيذ تلك الإصلاحات.

٢- التحديات التي تواجهها آليات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

١١- يضم النظام القانوني للاستثمارات الدولية ما يزيد على ٣ ٠٠٠ معاهدة استثمارية، منها اتفاقات تجارة حرة ثنائية أو متعددة الأطراف واسعة النطاق تتضمن فصلا يتعلق بحماية الاستثمار. ومع أنَّ المعاهدات الاستثمارية ليست متطابقة فيما بينها، فهي عادة ما تتبع أنماطاً متشابهة فيما يتعلق بهيكلها وتركز على عدد من المبادئ الأساسية. وأوجه التشابه العامة بين

(١٠) المرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/69/17)، الفقرة ٢٥. وعندما نظر الفريق العامل في هذه المسألة أثناء دورته التاسعة والخمسين، قيل إنه لا يمكن للمرء منطقيًّا، أن يشير إلى إدخال تعديل أو تغيير على المعاهدات الاستثمارية في سياق معاهدة لاحقة تنشئ التزامات جديدة بين الأطراف المتعاقدة، بل إلى أنَّ اتفاقية الشفافية ستكون بمثابة اتفاق خالف بين الأطراف المتعاقدة (انظر الفقرات ١٧-٢٢ من الوثيقة A/CN.9/794).

المعاهدات الاستثمارية تسمح بالتحدث عن "نظام" لحماية الاستثمارات الدولية، يقوم أساساً على عنصرين اثنين.

١٢- العنصر الأول هو أنَّ المعاهدات الاستثمارية توفِّر ضمانات موضوعية للمستثمرين تتخذ شكل التزامات دولية واقعة على الدول المتعاقدة، تتعهد الدول بمقتضاها، تجاه المستثمرين الأجانب واستثماراتهم، بمراعاة معايير معينة لحماية الاستثمار (مثل الإنصاف والتكافؤ في المعاملة، والحماية من المصادرة، وعدم التمييز).

١٣- والعنصر الثاني هو أنَّ معظم المعاهدات الاستثمارية تسمح للمستثمرين الأجانب بإنفاذ تدابير الحماية الموضوعية تلك من خلال آلية إجرائية لحل النزاعات. ومع أنَّ الأحكام المتعلقة بتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول تظهر تباينات في المعاهدات الاستثمارية المختلفة فهي تحتوي في العادة على السمات التالية: '١' أنه يجوز للمستثمر أن يقيم مباشرة دعوى على الدولة المضيفة؛ و'٢' أن تنظر في النزاع هيئة تحكيم تشكل خصيصاً[(١١)] للنظر في النزاع المعني؛ و'٣' أنَّ الطرفين المتنازعين، أي المستثمر (المدعي) والدولة المدعى عليها يقومان بدور مهم في اختيار هيئة التحكيم.

١٤- وتقدِّم ورقة البحث عرضاً وجيزاً للآراء المتباينة بشأن مزايا وعيوب نظام حماية الاستثمار الأجنبي، وخصوصاً نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، حسبما يرد في الفقرات التالية.

١٥- فمؤيدو النظام يشددون عادة على أنَّ نظام حماية الاستثمار الأجنبي قد أثبت عموماً فائدته وأنه أسهم إسهاماً إيجابيًّا في تعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي وفي أداء السوق العالمية لوظائفها وفي زيادة تدفقات الاستثمار الأجنبي، وكذلك في النمو الاقتصادي والتنمية البشرية في الدول المصدرة لرؤوس الأموال والدول المستوردة لها. وقد كان تطوير نظام تسوية المنازعات ين المستثمرين والدول جزءاً من مبادرة لاستحداث إجراءات ذات صبغة مؤسسية ورسمية على الصعيد الدولي، ضمن إطار مبادرة أوسع نطاقاً اعتبرت المعاهدات الاستثمارية (بما فيها أحكامها المتعلقة بتسوية المنازعات) بمثابة أدوات لتعزيز الثقة في استقرار بيئة الاستثمار في البلدان النامية.

(١١) يقصد بتعبير "خصيصاً" هنا أنَّ النزاع لا يعرض أمام هيئة دائمة، بل أمام هيئة تحكيم (سواء تحت رعاية مؤسسة تحكيمية أم لا) تشكل للنظر في ذلك النزاع بعينه (دون أيِّ ولاية تتجاوز نطاق ذلك النزاع). وهو لا يستخدم للإشارة إلى تحكيم غير مؤسسي.

١٦- ويشدِّد المناصرون أيضاً على الطابع الابتكاري لنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، الذي يسمح لشخص ما (سواء أكان فرداً أم شركة) بأن يقيم مباشرة دعوى دولية ضد دولة ذات سيادة، مما يمثل خروجاً ذا شأن على الآليات التقليدية التي ترتكز أساسا على مؤسسة الحماية الدبلوماسية (أو المناصرة الدبلوماسية). والمهم هنا أنَّ نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول أفضى أيضاً إلى "عدم تسييس" المنازعات الاستثمارية وقلل بصورة جذرية من احتمال تصاعدها إلى صراعات بين الدول.

١٧- وقد أجريت تحليلات تجريبية عديدة بهدف تقييم ما للمعاهدات الاستثمارية من تأثير فعلي في الاستثمارات المباشرة الأجنبية.[(١٢)] وخلصت تلك الدراسات إلى استنتاجات متباينة. فوفقاً لتقرير صادر عن مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الأونكتاد)، خلصت غالبية تلك الدراسات إلى أنَّ هناك بالفعل ارتباطاً إيجابيًّا بين المعاهدات الاستثمارية والاستثمار المباشر الأجنبي.[(١٣)] وثمة تقارير أخرى أقل جزماً بيَّنت أنَّ هذا التأثير يتوقف على محتوى المعاهدات الاستثمارية.[(١٤)] وأخيرا، وجد بعض الباحثين أنَّ ازدياد الاستثمارات الناشئ عن المعاهدات الاستثمارية كان معدوما أو ضئيلا.[(١٥)]

١٨- واجتذب نظام المعاهدات الاستثمارية أيضاً انتقادات شديدة ومتزايدة. ويمكن تقسيم تلك الانتقادات إلى فئتين رئيسيتين. فأمَّا المجموعة الأولى من الانتقادات فتركز على متخذي القرارات في نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، أي على المحكَّمين (وإلى حد أقل، على مؤسسات التحكيم التي قد تدير عمليات التحكيم بين المستثمرين والدول). وأمَّا المجموعة الثانية فتتعلق بعملية التحكيم ونتائجها وسماتها الهيكلية. إذ أبديت شواغل بشأن عدم اتساق قرارات التحكيم الصادرة عن هيئات التحكيم وتطول مدة الإجراءات وارتفاع تكاليفها وعدم وجود آليات رقابية مناسبة ونقص الشفافية.

---

(١٢) UNCTAD (2014), *The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment: An Overview of Empirical Studies 1998-2014*, IIA Issues Note, Working draft.

(١٣) المرجع نفسه.

(١٤) انظر، على سبيل المثال، Axel Berger, Matthias Busse, Peter Nunnenkamp and Martin Roy (2010), *Do Trade and Investment Agreements Lead to More FDI? Accounting for Key Provisions Inside the Black Box*, World Trade Organization, Economic Research and Statistics Division, Working Paper, also published under the same title as Kiel Institute for the World Economy, Working Paper No. 1647.

(١٥) انظر، على سبيل المثال، Mary Hallward-Driemeier (2003), *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit…and they could bite*, World Bank, Policy Research Paper WPS 3121.

١٩- والانتقادات الموجهة إلى نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول هي، في جوهرها، تجسيد لشواغل تتعلق بمشروعية عملية حل النزاعات هذه وبمدى قابليتها للمساءلة الديمقراطية. فمع أنَّ الدول نفسها هي التي أنشأت تلك الآلية، ومن ثم فإنَّ موافقتها تكفل مشروعية تلك الآلية بمقتضى القانون الدولي، فقد لا يكون هذا على الدوام هو ما ترتئيه الدول وجمهورها.

٢٠- وتشدِّد ورقة البحث على ضرورة معالجة النقص المتعلق بالمشروعية وإمكانية المساءلة، وعلى أنه ينبغي لتدابير المعالجة هذه أن تتفادى التضحية بالمكاسب التي حققها نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، وهي: '١' الحياد أو، بعبارة أخرى، ابتعاد متخذي القرارات عن السياسة - أي عدم التسييس الذي كان مدعاة الإشادة بالتحكيم الاستثماري - وعن المصالح التجارية في الوقت نفسه؛ و'٢' نهائية قرار التحكيم ووجوبية إنفاذه؛ و'٣' قابلية العملية للإدارة والتطبيق.

٣- مقترحات الإصلاح الإجرائي الموجودة

٢١- شهد العقد الماضي نقاشاً محتدماً بشأن إنشاء هيئات دائمة ضمن نطاق نظام المعاهدات الاستثمارية ودعوات متكررة إلى إنشائها، سواء في شكل آلية طعن[١٦] أو باللجوء إلى الحل الجذري المتمثل في الاستعاضة عن نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بهيئة دائمة لتسوية المنازعات.[١٧] وفي واقع الأمر، كانت هناك أثناء العقد الماضي مناسبات عدة اقتُرح فيها إنشاء هيئة دائمة لتسوية المنازعات أو آلية طعن مصممة خصيصاً لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. ومن أهم هذه المقترحات المحاولتان اللتان بذلهما المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية[١٨] ومنظمة التعاون والتنمية في الميدان

---

(١٦) انظر، بصورة عامة، UNCTAD (2014), *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel, Series on Issues in IIA II*, p. 192; UNCTAD (2013), *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap, Special issue for the Multilateral Dialogue on Investment*, International Investment Agreement Issues Note, No. 2, p. 8.

(١٧) انظر، بصورة عامة، UNCTAD (2014), *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel, Series on Issues in IIAs II*, p. 194; UNCTAD (2013), *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap Special issue for the Multilateral Dialogue on Investment*, International Investment Agreement Issues Note, No. 2, p. 9.

(١٨) ICSID Secretariat (2004), *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, Discussion Paper, p. 5.

الاقتصادي.[19] وكذلك العبارات البرنامجية الواردة في عدد من المعاهدات الاستثمارية[20] وما تضمنته بعض المعاهدات الاستثمارية الأخيرة[21] من ابتكارات ريادية تهدف إلى إنشاء هيئات دائمة معنية بالاستثمار.

٢٢- وانطلاقاً من خلفية تلك النقاشات وما نشأ عنها من محاولات إصلاحية، يمكن التساؤل عما إذا كانت اتفاقية موريشيوس يمكن أن تمثل نموذجاً لإصلاح قانون الاستثمارات الدولية فيما يخص استحداث هيئة دائمة لتسوية المنازعات وآلية للطعن.

باء- تطبيق "نهج اتفاقية موريشيوس" على الإصلاحات الإجرائية المحتملة

١- تقييم الجدوى

٢٣- تقدِّم ورقة البحث رؤية متبصرة لمزايا اعتماد نهج اتفاقية موريشيوس لتنفيذ إصلاحات للمعاهدات الاستثمارية الموجودة تتعلق بإنشاء هيئة دائمة لتسوية المنازعات أو آلية للطعن، حسبما ورد بيانه بإيجاز أعلاه.

٢٤- فأولاً، من شأن هذا النهج أن يريح الدول من عبء الخوض في إجراءات التعديل الواردة في العديد من معاهداتها الاستثمارية الموجودة والتي يمكن أن تكون معقَّدة ومطوَّلة. وفي واقع الأمر، من شأن اتفاقية تجسد الإصلاحات الإجرائية الجديدة وتكون مصوغة على غرار اتفاقية موريشيوس (يشار إليها فيما يلي بـ"الاتفاقية المأخوذ بها اختياريًّا") أن تجعل الإصلاحات الجديدة منطبقة بشكل مباشر على المعاهدات الاستثمارية الموجودة فيما يخص الدول التي ترغب في الأخذ بتلك الإصلاحات.

٢٥- وثانياً، يمكن لنهج اتفاقية موريشيوس أن يسمح بإنشاء نظام دائم متعدِّد الأطراف لتسوية المنازعات. كما أنَّ من شأنه، في واقع الأمر، أن يفضي إلى إنشاء هيئة وحيدة معنية بالاستثمار يمكن أن تختص بحل النزاعات الاستثمارية المتعلقة بالدول التي تختار الانضمام إليها، أيًّا كان عدد تلك الدول، و/أو إلى إنشاء آلية طعن وحيدة يمكن أن تختص بالعمل

(١٩) استكشفت لجنة الاستثمار التابعة لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، في عام ٢٠٠٦، إمكانية ومدى ملاءمة إنشاء آلية طعن خاصة بالمنازعات الاستثمارية.

(٢٠) انظر، على سبيل المثال، the 2012 Model Bilateral Investment Treaty of the United States of America (Article 28(10)); or the Canada-Korea Free Trade Agreement, 1 January 2015, (Annex 8-E).

(٢١) انظر the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) (Chapter 8 Section F); or the European Union-Vietnam Free Trade Agreement (Chapter 8.II Section 3).

كهيئة للنظر في الطعون المقدَّمة ضد قرارات التحكيم المنبثقة من عمليات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول ضمن إطار جميع المعاهدات الاستثمارية. وهذا النهج يمكن أن يساعد على تعزيز الاتساق في قانون الاستثمارات الدولية، ومن ثم تفادي النهج المجزأ لكل معاهدة على حدة.

٢٦- وثالثاً، من شأن عملية الإصلاح التي تستند إلى نهج اتفاقية موريشيوس أن تركز عموماً على جزء متميز معين من المسائل الحرجة المرتبطة بالمعاهدات الاستثمارية، أي الجزء المتعلق بتسوية المنازعات وأن تتفادى الخوض في المسائل الخلافية المحيطة بالمعايير الموضوعية. وبذلك، يزداد احتمال نجاحها، لأنَّ أيَّ محاولة لتوحيد الأحكام الموضوعية يمكن أن تفضي إلى سنوات من المناقشات دونما ضمانة بالتوصل إلى توافق في الآراء.

٢٧- وبعبارة محددة، من شأن نتائج الإصلاح القائم على نهج اتفاقية موريشيوس أن تستتبع استمرار الكم الهائل من المعاهدات الاستثمارية الأصلية في تناول الالتزامات الموضوعية؛ وبذلك ستكون مهمة الهيئة الدائمة المستحدثة لتسوية المنازعات و/أو آلية الطعن هي تطبيق هذه المعاهدات الاستثمارية الأصلية المختلفة. ومن المسلم به أنَّ التوحيد التام لن يتحقق لأنَّ الأحكام القانونية المنطبقة - أي المعايير الموضوعية للمعاهدات - ستظل مرساة في معاهدات استثمارية مختلفة. ومع ذلك، فسوف يتحقَّق الاتساق في تطبيق المعاهدة الاستثمارية نفسها وفي تطبيق المعاهدات الاستثمارية المختلفة المصوغة بعبارات متطابقة أو شبه متطابقة. وحتى عند تطبيق المعاهدات الاستثمارية المصوغة بعبارات مغايرة، سوف يتوقع أن يكون سعي الهيئة الدائمة لتسوية المنازعات و/أو آلية الطعن إلى تحقيق الاتساق أكبر شأناً كنتيجة طبيعية لما يقترن بالهيئات الدائمة، خلافا للهيئات الظرفية، من سمات متأصلة تتمثل في تكوّن تراث تقليدي واستمرارية وعلاقات زمالة.

٢٨- وأخيراً، من شأن الاتفاقية المأخوذ بها اختياريًّا، المصوغة على غرار اتفاقية موريشيوس، أن تسمح ببدء مشروع إصلاحي متعدد الأطراف، يتيح للدول الأخرى إمكانية الانضمام إليه في مرحلة لاحقة، متى رأت ذلك مناسبا. وهذا من شأنه أيضاً أن يدعم فرص نجاح ذلك الإصلاح.

٢٩- وتبعاً لنهج اتفاقية موريشيوس، إذا كان يراد تنفيذ مشروع إصلاحي من هذا القبيل فإنَّ المهمة الأولى يمكن أن تتمثل في تحديد السمات "الموضوعية" للهيئة الدائمة لتسوية المنازعات وآلية الطعن. وسوف تشمل هذه المهمة تحديد ولايتهما وطبيعتهما وهيكلهما وتنظيمهما. وتجسِّد هذه الخطوة العمل المنجز بشأن الشفافية، الذي اتفق فيه لأول مرة في

وقواعد الشفافية على محتوى الأحكام الجديدة المتعلقة بالشفافية. أمَّا الخطوة الثانية، التالية منطقيًّا، فسوف تتمثل في صياغة اتفاقية مأخوذ بها اختياريًّا (مثلما جرى مع اتفاقية موريشيوس) تحقق انسحاب القواعد الجديدة الخاصة بالهيئة الدائمة لتسوية المنازعات وآلية الطعن على المعاهدات الاستثمارية الموجودة.

٣٠- ولدى فعل ذلك، ينبغي تقرير ما إذا كانت الاتفاقية المأخوذ بها اختياريًّا ستشكل معاهدة خالفة تنشئ التزامات جديدة بمقتضى المادة ٣٠ من اتفاقية فيينا، أم ستشكل تعديلاً أو تغييراً للمعاهدات الاستثمارية الموجودة بمقتضى أحكام تلك المعاهدات والفصل الرابع من اتفاقية فيينا.

٣١- والرد على هذا السؤال يتوقف على الكيفية المحددة التي سينفذ بها المشروع الإصلاحي، وعلى كيفية تفاعل هذا المشروع مع الآليات الموجودة لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول المنصوص عليها في المعاهدات الاستثمارية. فإذا ما ارتئي المشروع الإصلاحي بصفته تغييرا لتلك الآليات (لا كتعديل لما في المعاهدات الاستثمارية من أحكام بشأن تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول) لا يرقى بالضرورة إلى اعتباره تعديلا للمعاهدات الاستثمارية. وعلى نفس المنوال، إذا كان المشروع الإصلاحي يهدف إلى توفير آلية إضافية لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، دون أن تحل محل الآليات الموجودة، فيمكن اعتبار الاتفاقية المأخوذ بها اختياريا والتي تستحدث نظاماً إضافيًّا لتسوية المنازعات بمثابة معاهدة خالفة تنشئ التزامات جديدة بمقتضى المادة ٣٠ من اتفاقية فيينا.

٣٢- والإصلاح الإجرائي لنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول يمكن أن يفضي أيضاً إلى تعديل/تغيير أحكام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول الواردة في المعاهدات الاستثمارية الموجودة، وخصوصاً إذا كان الإصلاح يهدف إلى الاستعاضة عن الآليات الحالية لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بآلية جديدة. وفي هذه الحالة، ينبغي أن تراعى في الاتفاقية المأخوذ بها اختياريا الأحكام المتعلقة بتعديل/تغيير المعاهدات الاستثمارية. وإذا اقتضت الضرورة، يمكن أن تُجمع من الدول معلومات إضافية عما ستستدعيه تلك الإصلاحات من إجراءات على الصعيد الوطني.

٣٣- وفي سياق مسائل قانون المعاهدات التي يطرحها تنفيذ الاتفاقية المأخوذ بها اختياريا، تناقش ورقة البحث أيضاً "بنود التوافق" المحتملة لتناول العلاقة بين الاتفاقية المأخوذ بها اختياريا والمعاهدات الاستثمارية الموجودة. ومن نفس المنطلق، ثمة مسألة أخرى يجدر النظر فيها، هي العلاقة بين الاتفاقية المأخوذ بها اختياريا التي تشير إلى آلية للطعن في قرارات

التحكيم واتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات التجارية، التي تستبعد أيَّ طعن أو سبيل انتصاف آخر، باستثناء سبل الانتصاف المنصوص عليها في الاتفاقية ذاتها (المادة ٥٣).

٣٤- وإلى جانب ذلك، إذا ما نفذت إصلاحات من هذا القبيل يمكن ارتياء آليات تتيح قدراً من المرونة في التزامات الدول. وبذلك يمكن للدول الأطراف، ضمن حدود متفق عليها، أن تكيف درجة انخراطها في تلك الإصلاحات بإبداء تحفظات مناسبة أو بإصدار إعلانات قبول/عدم قبول. ومن شأن هذه الإمكانيات أن تستوعب ما لدى الدول من شواغل أو أهداف معينة، تبتغي مثلا استبعاد معاهدات استثمارية معينة من نطاق الإصلاحات أو اعتماد هيئات جديدة لتسوية المنازعات تضاف إلى (ولا تحل محل) الخيارات الموجودة لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

٣٥- وفي هذا الشأن، تجدر الإشارة إلى أنَّ اتفاقية موريشيوس تسمح أيضاً بإبداء عدد محدود من التحفظات وأنه يمكن اعتماد نهج مشابه فيما يخص الاتفاقية المأخوذ بها اختياريا.

٢- عرض موجز للمسائل المطروحة

٣٦- نظرا لأنَّ مسألة ما إذا كان يمكن استخدام نهج اتفاقية موريشيوس كنموذج محتمل لإصلاحات إضافية لا يمكن أن ينظر فيها في فراغ، تجري ورقة البحث تحليلاً مفصلاً لمثال استخدام ذلك النهج في تصميم هيئة دائمة لتسوية المنازعات أو آلية للاستئناف.

٣٧- ومن شأن توفير عرض كامل للتحليل المضطلع به في إطار ورقة البحث في هذه المرحلة أن يتجاوز نطاق الولاية التي أسندها اللجنة إلى الأمانة. وبغية تقديم عرض إيضاحي فحسب، تقتصر الأبواب التالية على تقديم عرض أولي لأهم المسائل القانونية المتعلقة بإنشاء هيئة دائمة لتسوية المنازعات أو آلية للطعن. وقد أجري تحليل واف لتلك المسائل في ورقة البحث.

الخيارات

٣٨- من الاحتمالات الممكنة إنشاء هيئة دائمة مؤلفة من أعضاء ثابتين (أو شبه ثابتين)، تكون مهمتها تسوية المنازعات الاستثمارية بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة (انظر الفقرات ٣٩ إلى ٤٥ أعلاه). ويمكن أن تكون تلك الهيئة الدائمة قائمة، على نظام تقاض مؤلف من طبقتين، أي يضم في داخله نظاماً للاستئناف، أو غير قائمة على نظام من ذلك القبيل. ويجب ألاَّ يخلط بين وجود نظام استئناف داخلي في ذلك السيناريو وإنشاء آلية

الاستئناف المذكورة أدناه في الفقرات ٤٦ إلى ٤٩، التي تتناول إنشاء آلية لاستئناف قرارات التحكيم الصادرة في البيئة التقليدية لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

النقاط والمسائل القانونية المتعلقة بإنشاء هيئة دائمة لتسوية المنازعات

٣٩- يلزم النظر في المسائل التالية المتعلقة بإنشاء هيئة دائمة لتسوية المنازعات.

٤٠- المسألة الأولى تتعلق بتحديد الصفة القانونية للهيئة الدائمة لتسوية المنازعات: هل ستكون لها صفة "هيئة تحكيم" أم "محكمة دولية". فالإجابة عن هذه المسألة سيكون لها تأثير على تحديد القانون الذي يحكم الدعاوى المنظورة أمام الهيئة الدائمة لتسوية المنازعات، كما أنَّ لها أهمية فائقة لأغراض الاعتراف بالقرارات/قرارات التحكيم الصادرة عن تلك الهيئة وإنفاذها. وفيما يخص هذه النقطة، تحلل ورقة البحث السمات الرئيسية التي يلزم أن تتسم بها الهيئة الدائمة لتسوية المنازعات لكي توصف بأنها هيئة تحكيم أو محكمة دولية. وخلاصة القول، إنَّ العنصر الأهم لاكتساب الهيئة الدائمة لتسوية المنازعات صفة هيئة تحكيم، لا محفل لتسوية المنازعات أشبه ما يكون بمحكمة، هو أن يكون اللجوء إلى تلك الهيئة مستنداً إلى اتفاق بين الدولة والمستثمر. وهذه الموافقة تشمل القبول بطريقة اختيار أعضاء هيئة التحكيم المنصوص عليها في الصك المنشئ لها.

٤١- وثمة نقطة أخرى ترتبط بتلك المسألة الأولى، وتتعلق بالقانون الذي يحكم الدعاوى المنظورة أمام الهيئة الدائمة لتسوية المنازعات، والذي له تبعات مهمة بشأن الاختصاص الإشرافي المحتمل للمحاكم المحلية فيما يتعلق بالإلغاء/الاستئناف وبالإنفاذ. وتشير ورقة البحث إلى أنَّ هناك خياراً يستحق النظر فيه، هو ألاَّ تخضع الدعاوى إلاَّ للقانون الدولي. فمن شأن هذا الحل أن يتفادى الصعوبات المرتبطة بالاختيار المسبق لقانون تحكيم محلي مناسب (تكون الدول كلها مستعدة للاتفاق عليه) أو بترك أو اختيار المقر (وبالتالي اختيار القانون الإجرائي) للطرفين المتنازعين أو للهيئة الدائمة لتسوية المنازعات، مما قد يفضي إلى تضاربات في حال اختيار مقرين مختلفين وقانوني تحكيم مختلفين. وعلى نقيض ذلك، ليس هناك داع لتصور نشوء أيِّ مشكلة في حال الأخذ بنظام مكتمل حقًّا (فيما يخص الإجراءات) يكون معزولاً عن إشراف ورقابة أيِّ محكمة محلية. وتقترح ورقة البحث أن يكون الخيار، أيًّا كان نوعه، مبيَّناً بوضوح.

٤٢- والمسألة الثانية تتعلق بتوافر نظم رقابية بشأن القرارات/قرارات للتحكيم الصادرة عن الهيئة الدائمة لتسوية المنازعات، وخصوصاً إلغاءها واستئنافها، والخيارات البديلة للاستئناف، مثل القرارات الأولية وقرارات المحكمة بكامل هيئتها وآليات التشاور. وتتناول ورقة البحث

التحدي المتمثل في صوغ إطار يقيم توازناً دقيقاً بين الحاجات المتضاربة: الحاجة إلى آلية فعالة وحاسمة لتسوية المنازعات، من ناحية، والشاغل المتمثل في حماية نزاهة العملية وصحة أطر اتخاذ القرارات، من ناحية أخرى. كما تحلل الورقة الخيارات الرقابية المعتادة ونظم الإلغاء وآليات الاستئناف المدمجة (مع كل ما يتصل بها من مسائل، مثل تركيبة هيئة التحكيم الاستئنافية ودواعي الاستئناف ومعايير المراجعة، ومفعول قرار الاستئناف والطابع الملزم للقرار). وتنظر ورقة البحث أيضاً في بدائل لنظام الاستئناف المدمج؛ منها القرارات الأولية وقرارات المحكمة بكامل هيئتها وآليات التشاور.

٤٣- والمسألة الثالثة تتعلق بإنفاذ القرارات/قرارات التحكيم الصادرة عن الهيئة الدائمة لتسوية المنازعات، وهو أمر أساسي لضمان فعالية النظام في نهاية المطاف، وينظر فيها بافتراض أنَّ الهيئة الدائمة لتسوية المنازعات ستكون لها صفة هيئة تحكيم (لا صفة محكمة). وتدرس ورقة البحث هذه المسألة في الحالة التي يلزم فيها إنفاذ القرارات/قرارات التحكيم الصادرة عن الهيئة الدائمة لتسوية المنازعات في إقليم دولة طرف في الاتفاقية المأخوذ بها اختياريا، وكذلك في الحالة التي يلتمس فيها الإنفاذ في بلد ليس طرفا في الاتفاقية المأخوذ بها اختياريا. كما تدرس مسائل الإنفاذ ضمن إطار اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، ١٩٥٨) ("اتفاقية نيويورك")، وخصوصاً '١' ما إذا كانت الهيئة الدائمة لتسوية المنازعات ترقى إلى مصاف "هيئة تحكيم دائمة" بمقتضى اتفاقية نيويورك؛ و'٢' ما إذا كانت قراراتها/قراراتها التحكيمية تفي بالاشتراطات الإقليمية الواردة في اتفاقية نيويورك؛ و'٣' المسائل المتعلقة بانطباق اتفاقية نيويورك في حال النص على آلية استئناف مدمجة.

٤٤- والمسألة الرابعة تتعلق بتركيبة الهيئة الدائمة لتسوية المنازعات، وهي تشمل الطريقة التي يصبح بها الأعضاء جزءا من هيئة التقاضي الجديدة، أي إجراءات الانتخاب/الاختيار، والطريقة التي يجري بها تعيين أولئك الأعضاء المنتخبين أو تكليفهم للعمل في فريق يتولى الفصل في النزاع.

٤٥- والمسألة الخامسة تتعلق بولاية الهيئة الدائمة لتسوية المنازعات وعلاقة الهيئة بسائر آليات تسوية المنازعات التي يمكن أن تتفاعل معها (مثل هيئات التحكيم فيما بين الدول ولجان الدول المتعاقدة التي تتمتع بمقتضى المعاهدات الاستثمارية بصلاحية تقديم تفسيرات لتلك المعاهدات). وتقدم ورقة البحث قدرا من التبصر بشأن المسائل المتعلقة بتعيين حدود ولاية الهيئة.

النقاط والمسائل القانونية المتعلقة بإنشاء آلية للاستئناف

٤٦- تشدد ورقة البحث على أنَّ عدداً من النقاط التي تطرح في سياق إنشاء الهيئة الدائمة لتسوية المنازعات تطرح أيضاً فيما يتعلق بإنشاء آلية استئناف.

٤٧- وتتناول ورقة البحث تحديد خصائص آلية الاستئناف. وهي تشدد على أنه بالرغم من أنَّ معظم نظم التحكيم تستبعد إمكانية استئناف قرارات التحكيم (ولا توفر في المقابل للأطراف غير الراضية سوى سبيلي انتصاف محدودين، هما الإلغاء والتنقيح)، فهناك أمثلة لنظم صادرة من مؤسسات تحكيم تنص على مراجعة استئنافية داخلية لقرارات التحكيم.(٢٢) ففي إطار بعض قوانين التحكيم الوطنية، يجوز للطرفين أن يتفقا على عملية تحكيم ذات مستويين، وليس هناك ما يدل على أنَّ وجود الاستئناف يجعل العملية مختلفة عن التحكيم.

٤٨- وتتناول ورقة البحث عدداً من المسائل التي يمكن أن يثيرها استحداث آلية للاستئناف في سياق عمليات التحكيم التي تجرى بمقتضى قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية وتلك التي لا تجرى بمقتضى تلك القواعد، مثل مسألة القانون الذي يحكم الدعوى المنظورة أمام آلية الاستئناف، وتفاعل آلية الاستئناف مع سبل الانتصاف الإلغائية التي تتاح عادة ضد قرارات التحكيم الصادرة بشأن المنازعات بين المستثمرين والدول، ومسألة الإنفاذ.

٤٩- وعلاوة على ذلك، تدرس ورقة البحث ما يتعين أخذه في الاعتبار، لدى تصميم آلية للاستئناف، من نقاط قانونية خاصة، مثل '١' تحديد أنواع قرارات التحكيم الخاضعة للاستئناف؛ و'٢' أسباب الاستئناف ومعيار المراجعة؛ و'٣' مفعول القرار الاستئنافي؛ و'٤' الطابع الملزم لذلك القرار.

---

(٢٢) انظر، على سبيل المثال، قواعد استئناف قرارات التحكيم (لعام ٢٠٠٩)، الصادرة عن المعهد النيوزيلندي للمحكمين والوسطاء (AMINS)؛ والقواعد الاختيارية لاستئناف قرارات التحكيم (لعام ٢٠١٣)، الصادرة عن رابطة التحكيم الأمريكية (AAA)؛ والقواعد الإجرائية الاختيارية لاستئناف قرارات التحكيم (لعام ٢٠٠٣)، الصادرة عن مؤسسة "JAMS" الأمريكية لخدمات التحكيم والوساطة؛ والقواعد الإجرائية لاستئناف قرارات التحكيم (لعام ٢٠١٥)، الصادرة عن المعهد الدولي لدرء المنازعات وتسويتها (CPR)؛ والمادة ٢٨ من قواعد التحكيم (لعام ٢٠١٥)، الصادرة عن محكمة التحكيم الأوروبية (ECA)؛ وفي قطاع السلع الأولية، انظر المواد ١٠-١٥ من قواعد التحكيم رقم ١٢٥ (لعام ٢٠١٤)، الصادرة عن رابطة تجارة الحبوب والأعلاف (GAFTA).

ثالثاً- ملاحظات ختامية

٥٠- لعل اللجنة تود أن تعرب عن تقديرها للسيدة غ. كاوفمان-كولر والسيد م. بوتستا لقيامهما بإعداد الدراسة وورقة البحث، التي تقدم تحليلاً وافياً للمسألة.

٥١- ولعل اللجنة تود النظر فيما إذا كان ينبغي للأمانة أن تواصل إجراء الدراسة بالتعاون مع مركز جنيف لتسوية المنازعات الدولية، حسبما ذكر أعلاه، وإذا كان الأمر كذلك فما هي المواضيع التي تتطلب دراسة إضافية.

٥٢- ولعل اللجنة تود أيضاً أن تبت فيما إذا كان ينبغي إتاحة ورقة البحث لمزيد من النظر في دورة مقبلة. وأخيراً، لعل اللجنة تود إجراء مناقشة بشأن ما إذا كان ينبغي مواصلة العمل في هذا الميدان مستقبلاً، وإذا كان الأمر كذلك فكيف ينبغي أن يُواصَل.