

Distr.: Limited
9 December 2010
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الثاني (المعني بالتحكيم والتوفيق)
الدورة الرابعة والخمسون
نيويورك، ٧-١١ شباط/فبراير ٢٠١١

تسوية المنازعات التجارية: إعداد معيار قانوني بشأن الشفافية
في التسوية التعاقدية للمنازعات بين المستثمرين والدول
مذكرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة	الفقرات
٣	٤-١ أولاً- مقدمة
٤	٢١-٥ ثانياً- نطاق المعيار القانوني بشأن الشفافية وأشكاله المحتملة
٤	٦-٥ ألف- نطاق المعيار القانوني بشأن الشفافية
٥	٢١-٧ باء- الأشكال المحتملة للمعيار القانوني بشأن الشفافية
٥	١٢-١٠ ١- بيان المبادئ النموذجي
٦	١٤-١٣ ٢- البنود النموذجية التي تُدرج في المعاهدات الاستثمارية
٦	١٥ ٣- المبادئ التوجيهية
٦	٢١-١٦ ٤- قواعد قائمة بذاتها
	١' قواعد مكملة لقواعد الأونسيتال للتحكيم في شكلها العام،
٧	١٩-١٧ لا تنطبق إلا على التحكيم التعاقدية بين المستثمرين والدول
٧	٢١-٢٠ ٢' قواعد منطبقة على أيّ تحكيم تعاقدية بين المستثمرين والدول



الصفحة	الفقرات
٨	ثالثاً- انطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية..... ٥٣-٢٢
٨	ألف- العلاقة بين الدول الأطراف في المعاهدات الاستثمارية..... ٤٨-٢٢
٨	١- إمكانية إعداد الأونسيترال صكوكاً بشأن انطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية على المعاهدات الاستثمارية الموجودة والمقبلة..... ٢٥-٢٢
٨	'١' إصدار توصية بشأن انطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية..... ٢٢
٨	'٢' إعداد اتفاقية بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول..... ٢٥-٢٣
٩	٢- التدابير التي يمكن للدول أن تتخذها بشأن المعاهدات الاستثمارية الموجودة..... ٤٢-٢٦
٩	'١' موافقة الدول الأطراف في المعاهدات الاستثمارية..... ٣١-٢٧
١٠	'٢' إصدار الدول إعلاناً تفسيرياً مشتركاً..... ٣٥-٣٢
١٢	'٣' إصدار الدول إعلانات أحادية الجانب..... ٣٧-٣٦
١٣	'٤' تعديل المعاهدة الاستثمارية أو تحويلها..... ٤٠-٣٨
١٤	'٥' هل يمكن منع الدول قانونياً من جعل المعيار القانوني المتعلق بالشفافية منطبقاً على المعاهدات الموجودة بالفعل؟..... ٤٢-٤١
١٥	٣- التدابير التي يمكن للدول اتخاذها بشأن المعاهدات المقبلة..... ٤٨-٤٣
١٥	'١' موافقة الدول الأطراف في المعاهدات الاستثمارية..... ٤٤-٤٣
١٥	'٢' التدابير التي يمكن اتخاذها لتطبيق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية على المعاهدات المقبلة..... ٤٨-٤٥
١٦	باء- العلاقة بين الدول المضيفة والمستثمر الطرفين في التحكيم..... ٥٣-٤٩
١٦	١- هل يمكن للمستثمر أن يخرج عن المعيار القانوني المتعلق بالشفافية؟..... ٥٢-٥٠
١٧	٢- هل يمكن للأطراف المتنازعين أن يخرجوا عن المعيار القانوني المتعلق بالشفافية؟..... ٥٣

أولاً - مقدمة

١- عهدت اللجنة إلى الفريق العامل، في دورتها الثالثة والأربعين (نيويورك، ٢١ حزيران/يونيه - ٩ تموز/يوليه ٢٠١٠)، بمهمة إعداد معيار قانوني بشأن موضوع الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول.^(١) وأبدي تأييد للرأي القائل بأن ينظر الفريق العامل أيضاً في الاضطلاع بعمل بشأن المسائل التي تنشأ بوجه أعم في مجال التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول، والتي تستحق مزيداً من العمل. وذهب الرأي السائد، اتساقاً مع القرار الذي سبق أن اتخذته اللجنة، إلى أن الوقت لم يحن بعد للبت في شكل ونطاق الصك المقبل بشأن التحكيم التعاهدي على وجه الدقة، وأن ولاية الفريق العامل ينبغي أن تقتصر على إعداد قواعد قانونية موحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول. غير أنه أُنْفِقَ على أنه يمكن للفريق العامل، بينما يعمل في إطار تلك الولاية، أن يحدّد أيّ موضوع آخر يتعلق بالتحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول قد يتطلّب أيضاً عملاً من اللجنة في المستقبل. وأُنْفِقَ على أنه يمكن إبلاغ اللجنة بأيّ موضوع من هذا القبيل في دورتها المقبلة عام ٢٠١١.^(٢)

٢- وبدأ الفريق العامل في دورته الثالثة والخمسين (فيينا، ٤-٨ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٠) عمله على إعداد معيار قانوني بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول. وكانت مناقشة الفريق العامل لهذا الموضوع في تلك الدورة، التي ترد في الوثيقة A/CN.9/712، مناقشة أولية وعامة، دون محاولة التوصل إلى توافق في الآراء في تلك المرحلة. وقد اختير ذلك النهج من أجل تحديد معالم المسائل المراد مناقشتها في دورة الفريق العامل التالية (انظر الفقرة ١٥ من الوثيقة A/CN.9/712). وشرع الفريق العامل في عمله بإجراء مناقشة عامة حول ما يمكن أن يتّخذ أيّ معيار قانوني بشأن الشفافية من طابع محتمل وأشكال مختلفة (انظر الفقرات ٢٢-٣٠ و ٧٦-١٠٠ من الوثيقة A/CN.9/712) وكذلك محتواه المحتمل (انظر الفقرات ٣١-٧٥ من الوثيقة A/CN.9/712).

٣- ووفقاً لقرار اللجنة في دورتها الثالثة والأربعين (انظر الفقرة ١ أعلاه)، شرع الفريق العامل أيضاً في مناقشة لتحديد سائر المسائل التي تنشأ بصفة أعم في سياق التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول والتي تستحق القيام بعمل إضافي بشأنها، ويمكن من ثم استرعاء انتباه اللجنة إليها في دورة قادمة. وأُنْفِقَ الفريق العامل في هذا الصدد على التماس

(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخامسة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/65/17)، الفقرة ١٩٠.

(٢) المرجع نفسه، الفقرة ١٩١.

إرشادات من اللجنة بشأن ما إذا كان يمكن للفريق العامل أن يناقش في سياق عمله الحالي احتمال أن تتدخل في التحكيم دولة طرف في المعاهدة الاستثمارية المعنية ولكنها ليست طرفاً في المنازعة (انظر الفقرتين ١٠٢ و ١٠٣ من الوثيقة A/CN.9/712).

٤ - وبناء على طلب الفريق العامل في دورته الثالثة والخمسين، تسعى هذه المذكرة إلى إجراء تحليل للمسائل التي حدّدها الفريق العامل فيما يتعلق بالشكل المحتمل لمعيار قانوني بشأن الشفافية (الباب الثاني) وانطباقه (الباب الثالث) ومضمونه (الباب الرابع)، لكي ينظر فيها الفريق العامل أثناء دورته الرابعة والخمسين (انظر الفقرة ١٠١ من الوثيقة A/CN.9/712). وجميع الإشارات الواردة في هذه المذكرة إلى مداولات الفريق العامل هي إشارات إلى مداولاته في دورته الثالثة والخمسين.

ثانياً - نطاق المعيار القانوني بشأن الشفافية وأشكاله المحتملة

ألف - نطاق المعيار القانوني بشأن الشفافية

٥ - كانت الولاية التي أسندتها اللجنة إلى الفريق العامل في دورتيها الحادية والأربعين^(٣) والثالثة والأربعين^(٤) هي أن يضع معياراً قانونياً بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول. وكانت اللجنة في دورتها الحادية والأربعين قد رأت أن من السابق لأوانه اتخاذ قرار بشأن شكل أي صك مقبل بشأن التحكيم التعاهدي وأنه ينبغي أن تُترك للفريق العامل صلاحية تقديرية واسعة في هذا الصدد. وقد دلت الاحتمالات المختلفة التي ارتأتها اللجنة على أن العمل المتعلق بذلك يراد به أن يتناول مسألة عامة تنشأ في جميع عمليات التحكيم بين المستثمرين والدول. ولم تجعل اللجنة نطاق المعيار القانوني بشأن الشفافية قاصراً على التحكيم بمقتضى قواعد الأونسيترال للتحكيم، بل جعلته يشمل إعداد صكوك مثل بنود نموذجية، أو قواعد أو توجيهات خاصة، أو مرفق يلحق بقواعد الأونسيترال للتحكيم في شكلها العام، أو قواعد تحكيم منفصلة، أو بنود اختيارية تُعتمد في معاهدات معيّنة.^(٥)

٦ - ولعلّ الفريق العامل يودّ أن ينظر فيما إذا كان ينبغي أن يكون المعيار القانوني بشأن الشفافية ذا انطباق عام، أي أن ينطبق على التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول، بصرف النظر عما إذا كانت هناك مجموعة معينة من قواعد التحكيم تنطبق على تسوية

(3) المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/63/17)، الفقرة ٣١٤.

(4) المرجع نفسه، الدورة الخامسة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/65/17)، الفقرتان ١٩٠ و ١٩١.

(5) المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/63/17)، الفقرة ٣١٤.

المنازعة (انظر الفقرات ١٦ و ٢٠ و ٢١ أدناه). ولعلّ الفريق العامل يودّ أن ينظر أيضاً فيما إذا كان الانطباق العام للمعيار القانوني بشأن الشفافية، غير المربوط بأيّ مجموعة قواعد معيّنة، هو الأنسب لتحقيق الولاية التي أسندتها اللجنة إلى الفريق العامل، بأن يعدّ صكاً يعزّز الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول.^(٦)

باء- الأشكال المحتملة للمعيار القانوني بشأن الشفافية

٧- أجرى الفريق العامل في دورته الثالثة والخمسين مناقشة عامة لطابع المعيار القانوني بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول وما يمكن أن يتخذه من أشكال مختلفة (انظر الفقرات ٢٢-٣٠ و ٧٦-١٠٠ من الوثيقة A/CN.9/712)، ورأى أن جميع الاقتراحات المقدمة في هذا الخصوص تتطلب مزيداً من التحليل القانوني (انظر الفقرة ٩٤ من الوثيقة A/CN.9/712).

٨- وتجدر الإشارة إلى أن المناقشة الواردة في الباب الثالث أدناه حول انطباق المعيار القانوني بشأن الشفافية، وكذلك المشروع المقترح لنص الأحكام المتعلقة بالشفافية، الوارد في الباب الرابع أدناه، لا يُقصد منهما إبداء تفضيل لأيّ خيار محتمل. فالت في مسألتنا طابع المعيار القانوني المتعلق بالشفافية وأشكاله المحتملة يظل من شأن الفريق العامل.

٩- وربما يجدر بالفريق العامل أن يلاحظ أن الأشكال المحتملة المختلفة للمعيار القانوني المتعلق بالشفافية، الواردة أدناه، لا يستبعد كلٌّ منها بالضرورة سواه من الأشكال.

١- بيان المبادئ النموذجي

١٠- لعلّ الفريق العامل يودّ أن ينظر فيما إذا كان من المفيد، تشجيعاً للشفافية وتيسيراً لها، إعداد بيان نموذجي بالمبادئ يُعرض على الدول لاعتماده.

١١- ويمكن لبيان المبادئ النموذجي أن ينص على قواعد موضوعية بشأن الشفافية وأن يتضمن نصّ حكم يمكن الدول من تبين ما إذا كانت تلك القواعد ستطبق، أم ستعرض للتطبيق، في حالة التحكيم مع مستثمر يعمل بمقتضى معاهدة استثمارية معينة. ويمكن للدول أن تعتمد بيان المبادئ هذا بإصدار إعلان مشترك أو أحادي الجانب (انظر الفقرات ٣٢-٣٧ أدناه)، ويمكن له من ثم أن يمثل خياراً لمعالجة انطباق القواعد المتعلقة بالشفافية على المعاهدات الموجودة.

(٦) المرجع نفسه، الدورة الخامسة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/65/17)، الفقرتان ١٩٠ و ١٩١.

١٢- وتبعاً للأسلوب الذي يصاغ به بيان المبادئ، يمكن أن يُعتبر، متى جعلته الدول الأطراف في المعاهدة الاستثمارية المعنية نافذاً، أنه يمثل التزاماً بالتحكيم الشفاف أو عرضاً إضافياً إلى المستثمر بشأن التحكيم يمثل لما يتضمنه البيان من أحكام بشأن الشفافية (انظر الفقرات ٥٠-٥٣ أدناه).

٢- البنود النموذجية التي تُدرج في المعاهدات الاستثمارية

١٣- ذكرت أيضاً من بين الأشكال المحتملة للمعيار القانوني بشأن الشفافية بنود نموذجية تُدرج في ما تتضمنه المعاهدات الاستثمارية من أحكام تتعلق بتسوية المنازعات. وتُحذر الإشارة إلى أن أحكام المعاهدات الاستثمارية المتعلقة بتسوية المنازعات كثيراً ما تركز على نموذج التحكيم التجاري، وهي في معظم الحالات لا تتناول مسائل مثل الإفصاح عن وجود إجراءات أو الإفصاح عن أيّ مستند إجرائي أو جلسات الاستماع المفتوحة أو المساهمات المقدمة من جهات ليست أطرافاً في التحكيم.

١٤- وباعتماد بنود من هذا القبيل في المعاهدات الاستثمارية، تُظهر الدول رغبتها في تعزيز الشفافية في التحكيم. ويمكن صوغ البنود النموذجية على نحو يجعلها تمثل إلزاماً للمستثمر بالتحكيم. بمقتضى أحكام الشفافية أو عرضاً بهذا المعنى (انظر الفقرات ٥٠-٥٣ أدناه).

٣- المبادئ التوجيهية

١٥- ثمة خيار محتمل آخر لمعالجة الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول هو صوغ مبادئ توجيهية تأخذها الدول في اعتبارها عند التفاوض على معاهدات استثمارية، وإلى هيئات التحكيم عند البت في مسائل من هذا القبيل، وإلى الأطراف في عملية التحكيم، وإلى جهات أخرى لها مصلحة مشروعة في نتائج التحكيم. ويمكن لهذه المبادئ التوجيهية أن تنطبق في حالات التحكيم. بمقتضى معاهدات قائمة أو مقبلة، طالما اتَّفَق الأطراف في عملية التحكيم على انطباقها.

٤- قواعد قائمة بذاتها

١٦- أبدي أثناء دورة الفريق العامل الثالثة والخمسين تأييداً لوضع معيار قانوني يكون في شكل ملحق لقواعد الأونسيتال للتحكيم أو في شكل قواعد بشأن الشفافية قائمة بذاتها (انظر الفقرة ٧٦ من الوثيقة A/CN.9/712). ولعلّ الفريق العامل يودّ أن ينظر في نطاق انطباق تلك القواعد (انظر الفقرتين ٥ و ٦ أعلاه). ولا يمكن أن يراد بالقواعد المتعلقة

بالشفافية أن تنطبق إلا فيما يخص إجراءات التحكيم التي تنظم بمقتضى قواعد الأونسيترال للتحكيم، بل أن تنطبق على إجراءات التحكيم بصفة أعم، بصرف النظر عما إذا كانت تلك الإجراءات خاضعة لمجموعة قواعد أخرى.

١٦' قواعد مكملة لقواعد الأونسيترال للتحكيم في شكلها العام، لا تنطبق إلا على التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول

١٧- لعلّ الفريق العامل يودّ أن ينظر في خيار صوغ قواعد خاصة تتناول الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول، فتكون مكملة لقواعد الأونسيترال للتحكيم في شكلها العام.

١٨- ولعلّ الفريق العامل يودّ أن ينظر في مدى حفاظ ذلك الخيار على الانطباق العام لقواعد الأونسيترال للتحكيم. كما أنّ وجود مجموعة خاصة من القواعد المنفصلة لا تنطبق إلا على التحكيم الاستثماري قد يثير مسائل شائكة تتعلق بتعريف التحكيم الاستثماري (الذي تتناوله تلك القواعد) في مقابل أنواع التحكيم الأخرى (التي لن تنطبق عليها تلك القواعد). وثمة مسألة أخرى يجدر النظر فيها، هي ما إذا كان من المناسب أن يقتصر صوغ القواعد الجديدة المتعلقة بالتحكيم الاستثماري على مسائل الشفافية، مع مراعاة ما يمكن توقع تناوله في قواعد تحكيم خاصة بالاستثمار من مسائل إضافية.

١٩- وانطباق قواعد متعلقة بالشفافية، مكملة لقواعد الأونسيترال للتحكيم، على المعاهدات الاستثمارية يفترض أنّ الدول الأطراف في تلك المعاهدات قد أبدوا موافقتهم على ذلك الانطباق (انظر الفقرات ٢٧-٣١ و ٤٤ و ٤٧ أدناه).

٢' قواعد منطبقة على أيّ تحكيم تعاهدي بين المستثمرين والدول

٢٠- لعلّ الفريق العامل يودّ أن ينظر فيما إذا كان ينبغي جعل القواعد القائمة بذاتها منطبقة على التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول، أيّاً كانت قواعد التحكيم المنطبقة (انظر الفقرات ٥ و ٦ و ١٦ أعلاه).

٢١- ويعني ذلك الرأي ضمناً أن تصاغ القواعد المتعلقة بالشفافية صياغة عامة، وأن تنطبق إذا أبدت الدول الأطراف في المعاهدة الاستثمارية المعنية موافقتها على ذلك الانطباق (انظر الفقرات ٢٧-٣١ و ٤٤ و ٤٦ أدناه).

ثالثاً - انطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية

ألف - العلاقة بين الدول الأطراف في المعاهدات الاستثمارية

١ - إمكانية إعداد الأونسيترال صكوكاً بشأن انطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية على المعاهدات الاستثمارية الموجودة والمقبلة

'١' إصدار توصية بشأن انطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية

٢٢ - تبعاً لشكل المعيار القانوني المتعلق بالشفافية، يمكن للأونسيترال أن تقوم بتعزيز انطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية على المعاهدات الاستثمارية من خلال توصية تحت الدول على جعل ذلك المعيار منطبقاً على المعاهدات الموجودة والمقبلة. ويكون الغرض من التوصية إبراز أهمية الشفافية في سياق التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول. وترك التوصية للدول أمر البت في وسائل تنفيذ المعيار المتعلق بالشفافية في سياق المعاهدات الموجودة والمقبلة على السواء (انظر الفقرات ٢٦-٤٠ و ٤٥-٤٨ أدناه).

'٢' إعداد اتفاقية بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول

٢٣ - تعزيزاً لانطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية على المعاهدات الاستثمارية، قدم أثناء دورة الفريق العامل الثالثة والخمسين اقتراح بإعداد اتفاقية دولية بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول، يمكن للدول من خلالها أن تبدي موافقتها على تطبيق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية أو أن تتفق على ذلك (انظر الفقرة ٩٣ من الوثيقة A/CN.9/712).

٢٤ - وفيما يتعلق بالمعاهدات الموجودة، يكون الغرض من اتباع نهج من هذا القبيل هو تفادي اضطراب الدولة إلى الخوض في إجراءات لتعديل ما سبق لها أن أبرمته من معاهدات استثمارية (انظر الفقرات ٣٢-٤٠ أدناه، حيث يرد عرض لتلك الإجراءات).^(٧) لكن من شأن اتفاقية جديدة أن تجعل المعيار القانوني المتعلق بالشفافية لا ينطبق إلا على المعاهدات الاستثمارية بين الدول الأطراف التي هي أيضاً أطراف في الاتفاقية الجديدة.

(7) أُبّيع في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية (٢٠٠٥) نهج مشابه فيما يتعلق باستخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين العقود أو تنفيذها بمقتضى اتفاقيات معينة. ويمكن أن يرتأى لصك من هذا القبيل حكم على غرار المادة ٢٠ (١) من تلك الاتفاقية، التي تنص على ما يلي: "١ - تنطبق أحكام هذه الاتفاقية على استخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد تسري عليه أي من الاتفاقيات الدولية التالية، التي تكون الدولة المتعاقدة في هذه الاتفاقية، أو قد تصبح، دولة متعاقدة فيها..."

٢٥- ومن شأن نص الاتفاقية الجديدة أن يوضح أن معايير الشفافية تنطبق على المعاهدات الاستثمارية المقبلة في الظروف التي تحددها تلك الاتفاقية.

٢- التدابير التي يمكن للدول أن تتخذها بشأن المعاهدات الاستثمارية الموجودة

٢٦- نظر الفريق العامل أثناء دورته الثالثة والخمسين في التدابير التي يمكن للدول أن تتخذها لضمان انطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية على ما يوجد حالياً من معاهدات استثمارية ثنائية أو متعددة الأطراف. وكانت وفود كثيرة قد أبدت تأييدها لاستحسان انطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية على المعاهدات الاستثمارية الموجودة أيضاً. ولكن طُرح تساؤل عما إذا كان ذلك الانطباق على المعاهدات الموجودة ممكناً في الناحيتين القانونية والعملية (انظر الفقرتين ٨٥-٨٦ من الوثيقة A/CN.9/712).

١' موافقة الدول الأطراف في المعاهدات الاستثمارية

٢٧- المعاهدة الدولية هي اتفاق دولي يُبرم بين الدول في شكل كتابي ويحكمه القانون الدولي. بمقتضى المادة ٢ (١) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (١٩٦٩)^(٨) (اختصاراً: "اتفاقية فيينا")، التي اعترف بها كقانون دولي عُرفي.

٢٨- وعادة ما تتضمن المعاهدات الاستثمارية حكماً يتعلق بتسوية المنازعات بين الدولة المضيفة والمستثمر، ينص على اختيار قواعد تحكيم لتسوية المنازعات. ولا يمكن جعل المعيار القانوني المتعلق بالشفافية منطبقاً بصورة تلقائية على حكم من هذا القبيل في معاهدة موجودة، لأن ذلك المعيار القانوني سيشكل تعديلاً لحكم المعاهدة المتعلق بتسوية المنازعات، وهذا أمر لا يمكن فعله دون موافقة الأطراف في تلك المعاهدة (انظر المواد ٣٩-٤١ من اتفاقية فيينا)، الذين هم "أسياد" معاهدتهم.

٢٩- ولكي تتحقق تلك الموافقة، لا يكفي أن تكون الأونسيترال، بصفتها هيئة حكومية دولية، قد أعدت معياراً قانونياً بشأن الشفافية في أيٍّ من الأشكال المذكورة في الفقرات ١٠ إلى ٢١ أعلاه. فالأونسيترال ليست لديها صلاحية في أن تفرض على الدول تطبيق نصوص الأونسيترال.^(٩)

(٨) حُرِّرت في فيينا في ٢٣ أيار/ مايو ١٩٦٩، وبدأ نفاذها في ٢٧ كانون الثاني/ يناير ١٩٨٠. الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد ١١٥٥، الصفحة ٣٣١.

(٩) انظر قرار الجمعية العامة ٢٢٠٥ (د-٢١)، الباب الثاني، الفقرة ٨.

٣٠- وأبدي في دورة الفريق العامل الثالثة والخمسين رأي مفاده أنه يمكن تحقيق انطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية تلقائياً على المعاهدات الموجودة بالفعل بتفسير ما أبدي في المعاهدة الاستثمارية من موافقة على إجراء التحكيم بين المستثمر والدولة بمقتضى قواعد الأونسيترال للتحكيم بأنها تنطوي على ارتقاب تطور نظام الأونسيترال للتحكيم مع مرور الزمن. وذهب ذلك الرأي إلى أن المعيار القانوني المتعلق بالشفافية سوف ينطبق تلقائياً لأنه سيكون جزءاً من ذلك النظام المتطور (انظر الفقرة ٨٩ من الوثيقة A/CN.9/712). وربما يجدر بالفريق العامل أن يلاحظ أن انطباق المعيار القانوني على المعاهدات الموجودة بالفعل بدون موافقة الدول الأطراف فيها على ذلك الانطباق، بإصدار إعلان تفسيري مشترك مثلاً (انظر الفقرات ٣٢-٣٥ أدناه)، يمكن أن يعتبر انتهاكاً للمعاهدة وللقانون الدولي المنطبق، لأنه سيفضي إلى أن يُدمج في معاهدة موجودة معيار قانوني لم يبدأ نفاذه إلا بعد إبرام تلك المعاهدة. ولعله يمكن استذكار أن المادة ٣١ (١) من اتفاقية فيينا تنص، كقاعدة عامة لتفسير المعاهدات، على أن "تفسر المعاهدات بنية حسنة وفقاً للمعاني العادية التي ينبغي إعطاؤها لتعابير المعاهدة حسب السياق الوارد فيه وفي ضوء موضوع المعاهدة وغرضها".

٣١- ولعل الفريق العامل يود أن يستذكر أنه كان يدرك صعوبة الانطباق الرجعي في سياق المعاهدات الاستثمارية، ومن ثم فقد صاغ المادة ١ (٢) من قواعد الأونسيترال للتحكيم، بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠، على نحو يستوعب مفعول الانطباق الرجعي غير المقصود (انظر الفقرة ٧٦ من الوثيقة A/CN.9/646).

٢' إصدار الدول إعلاناً تفسيرياً مشتركاً

٣٢- يمكن تحقيق انطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية على المعاهدات الاستثمارية الموجودة بإصدار الدول الأطراف إعلاناً تفسيرياً مشتركاً. فالمادة ٣١ (٣) (أ) من اتفاقية فيينا تنص على أن يراعى "أي اتفاق لاحق بين الأطراف بشأن تفسير المعاهدة أو تطبيقها"، مع سياق ذلك الاتفاق.

٣٣- وتوجد في القانون الدولي العام أمثلة كثيرة لإعلانات تفسيرية مشتركة أصدرتها الدول. فعلى سبيل المثال الإيضاحي، أبرمت الدول الأطراف في معاهدة القوات التقليدية في أوروبا لعام ١٩٩٠، في عام ١٩٩٣، وثيقة صادرة عن الدول الأطراف تضمنت تفاهماً بشأن تفسير وتطبيق أحكام معينة في تلك المعاهدة، بلغ مصاف تعديل للمعاهدة وثمة مثال آخر لتفسير المعاهدات تفسيراً ذا حجية، هو اتخاذ الدول الأعضاء في ما كان يسمى آنذاك بالجماعة الأوروبية قراراً مشتركاً بالاستعاضة عن تعبير "ECU" (وحدة النقد الأوروبية)

بتعبير "Euro" (اليورو) للإشارة إلى وحدة النقد الأوروبية في معاهدة الجماعة الأوروبية. وتوصلت الدول الأعضاء إلى اتفاق بشأن ذلك التعبير، وبذلك أمكن تفادي إجراء تعديل للمعاهدة، كان يمكن أن ينطوي على تمحيص برلماني وإجراءات تصديق يستغرقان الكثير من الوقت. وكانت صياغة الاتفاق الذي توصلت إليه الدول الأعضاء في اجتماعها المعقود في مدريد، عام ١٩٩٥، كما يلي: "سوف يستخدم تعبير "Euro" بدلاً من تعبير "ECU" العام المستخدم في المعاهدة للإشارة إلى وحدة النقد الأوروبية. وقد توصلت حكومات الدول الأعضاء الخمس عشرة إلى اتفاق مشترك على أن هذا القرار هو التفسير المتفق عليه والقطعي لأحكام المعاهدة ذات الصلة".

٣٤- ومن شأن إصدار الدول الأطراف في أي معاهدة استثمارية إعلاناً تفسيرياً مشتركاً أن يعرب عن اتفاق تلك الدول على أن يفسر حكم المعاهدة الذي ينص على التحكيم بين المستثمر والدولة بأنه يتضمن انطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية. وهذا التفسير بمقتضى المادة ٣١ (٣) (أ) من اتفاقية فيينا لا يتطلب أي شكل خاص،^(١٠) أي شكل معاهدة، ولكن يتعين أن يثبت نية الأطراف في أن يشكل إعلانهم أساساً متفقاً عليه للتفسير.

٣٥- ويمكن أن ينظر إلى ذلك الإعلان التفسيري على أنه يكاد يكون تحويراً أو تعديلاً للمعاهدة الأصلية. وقد قبلت المحاكم وهيئات التحكيم الدولية أي إعلان لاحق يخرج عن مقصد الأطراف الأصلي بمقتضى المعاهدة، و/أو نص المعاهدة الصريح، باعتباره تفسيراً صحيحاً لها.^(١١) لكن التمييز بين تفسير المعاهدة وتعديلها ليس واضحاً على الإطلاق في إطار

(10) انظر، مثلاً، حكم محكمة العدل الدولية في قضية كاسيكيلي/جزيرة سيدودو (بوتسوانا/ناميبيا)، الصادر في ١٣ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٩ (انظر تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٩٩، الصفحة ١٠٤٥، الفقرة ٤٩، المتاحة في الموقع www.icj-cij.org/docket/files/98/7577.pdf)، والذي يوضح أن المادة ٣١ (٣) (أ) من اتفاقية فيينا لا ترتئي حاجة إلى إدراج اتفاق لاحق بنفس ما للمعاهدة من متطلبات شكلية لكي يكون لذلك الاتفاق دور في المعاهدة.

(11) انظر، مثلاً، القضية المتعلقة بالمنازعة حول حقوق الملاحة والحقوق ذات الصلة (كوستاريكا ضد نيكاراغوا)، حكم محكمة العدل الدولية الصادر في ١٣ تموز/يوليه ٢٠٠٩، الفقرة ٦٤، المتاحة في الموقع www.icj-cij.org/docket/files/133/15321.pdf، وقضية تفسير اتفاق خدمات النقل الجوي، المزمع في ٢٧ آذار/مارس ١٩٤٦ (فرنسا ضد الولايات المتحدة الأمريكية)، الحكم الصادر في ٢٢ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٣، الصفحات ٦٠ وما بعدها، المتاحة في الموقع http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XVI/5-74.pdf، وقضية ترسيم الحدود في طابا (مصر ضد إسرائيل)، قرار التحكيم الصادر في ٢٨ أيلول/سبتمبر ١٩٨٨، الفقرة ٢١٠، المتاحة في الموقع http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XX/1-118.pdf، وقضية تفسير اتفاق خدمات النقل الجوي، المزمع في ٦ شباط/فبراير ١٩٤٨ (إيطاليا ضد الولايات المتحدة)، الحكم الصادر في ١٧ تموز/يوليه ١٩٦٥، الصفحات ٩٩ وما بعدها، المتاحة في الموقع http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XVI/75-108.pdf.

القانون الدولي العام. ولعلّ الفريق العامل يؤدّ أن يأخذ بعين الاعتبار أنّ بعض الدول، على الرغم من اعتراف الدول الأطراف بما للإعلان التفسيري من مفعول تحويري أو تعديلي بمقتضى القانون الدولي العرفي، قد تتلكأ في الأخذ بذلك الخيار بسبب احتمال نشوء خلافات بشأن مفعول ذلك التفسير.

٣٣ إصدار الدول لإعلانات أحادية الجانب

٣٦- أبدي أيضاً في دورة الفريق العامل الثالثة والخمسين رأي مفاده أنه يمكن تحقيق انطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية من خلال إصدار الدول لإعلانات أحادية الجانب (انظر الفقرة ٩٣ من الوثيقة A/CN.9/712).

٣٧- وإصدار إعلان من جانب دولة واحدة فقط لن يكون كافياً لجعل المعيار القانوني المتعلق بالشفافية منطبقاً على المعاهدات الموجودة بالفعل، لأن المعاهدة تستند إلى اتفاق الدول الأطراف فيها، مما يستلزم أن تتخذ الدولة الطرف (الدول الأطراف) الأخرى إجراءً يفيد بأنها تشاطر تلك الدولة نفس الفهم. ومن ثم، يلزم أن تصدر الدول الأطراف في المعاهدة الاستثمارية إعلانات أحادية الجانب بنفس المعنى لكي ينطبق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية على المعاهدة الموجودة. وعندئذ، تشكل تلك الإعلانات الأحادية الجانب اتفاقاً لاحقاً بين الدول الأطراف بشأن تفسير المعاهدة أو تطبيق أحكامها. بمقتضى المادة ٣١ (٣) (أ) من اتفاقية فيينا (انظر الفقرات ٣٢-٣٥ أعلاه). وهذه الإعلانات اللاحقة لا يلزم بالضرورة أن تتخذ شكل بيان "مشترك"، ولكن يلزم وجود شواهد تدل على وجود اتفاق بين الأطراف على تفسير المعاهدة، يمكن أن يعبر عنه بتبادل مذكرات بهذا الشأن. وقد ذكرت لجنة القانون الدولي في مشاريع مبادئها التوجيهية المتعلقة بالإعلانات ذات الصلة بالاتفاقات الثنائية^(١٢) أنّ تفسير المعاهدة تفسيراً ذا حجية يمكن أن ينشأ من إعلان تفسيري تصدره واحدة فقط من الدولتين الطرفين في المعاهدة إذا قبل الطرف الآخر ذلك الإعلان.^(١٣)

(12) تُرد مشاريع المبادئ التوجيهية المتعلقة بالاتفاقات الثنائية في مشاريع المبادئ التوجيهية المتعلقة بالتحفظات والإعلان التفسيري للمعاهدة. بمقتضى المادة ٣١ (٣) (أ) من اتفاقية فيينا، والصادرة عن لجنة القانون الدولي (انظر تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثانية والستين، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخامسة والستون، الملحق رقم ١٠ (A/65/10)، الصفحة ٤٩، المتاح في الموقع <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2010/2010report.htm>).

(13) المرجع نفسه، مشروع المبدأ التوجيهي ١-٥-٣.

٤' تعديل المعاهدة الاستثمارية أو تحويرها

٣٨- تنص المادة ٣٩ من اتفاقية فيينا على أنه يجوز تعديل معاهدة ما باتفاق الأطراف. وتنطبق القواعد المنصوص عليها في الباب الثاني على مثل هذا الاتفاق باستثناء ما قد تنص عليه المعاهدة خلافًا لذلك. وتتضمن المادتان ٤٠ و ٤١ من اتفاقية فيينا تفاصيل أخرى عن تعديل المعاهدات أو تحويرها. وتعدُّ إمكانية تعديل المعاهدة إلا باتفاق جديد ومنفصل ينشأ من مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين". وبذلك لا يكون الاتفاق ملزماً إلا بين الدول الأطراف الموافقة عليه.

٣٩- ولا تنطبق أحكام المواد ٣٩ إلى ٤١ من اتفاقية فيينا إلا إذا كانت المعاهدة لا تنص على خلاف ذلك لتعديل المعاهدة أو تحويرها. ولعل الفريق العامل يلاحظ أن كثيراً من المعاهدات الاستثمارية يتضمن أحكاماً بشأن تعديل المعاهدة. وحتى عندما تنص المعاهدة على إجراءات تعديل معينة، يمكن لاتفاق جماعي لاحق بين الدول الأطراف أن يجُزَّ تلك الإجراءات. ولعل الفريق العامل يلاحظ أن الاتفاق غير الرسمي على تعديل المعاهدة أو تحويرها يمكن أن يثير صعوبات دستورية محلية، حتى وإن لم تنص المواد ٣٩-٤١ من اتفاقية فيينا على أنه، من منظور القانون الدولي العام، ينبغي أن يجري تعديل المعاهدة أو تحويرها على نفس النحو الذي أبرمت به.

٤٠- وينص بعض المعاهدات الاستثمارية، صراحةً على أن تُقر الدول الأطراف تلك التعديلات وفقاً لقواعدها الإجرائية القانونية. وكمثال إيضاحي لمعاهدة استثمارية تنص صراحة على وجود اتفاق بين الأطراف لتعديل المعاهدة، تنص المادة ٢٢-٢ من اتفاق التجارة الحرة بين الولايات المتحدة وأمريكا الوسطى والجمهورية الدومينيكية (CAFTA-DR) لعام ٢٠٠٤ على ما يلي: "(١) يجوز للأطراف أن يتفقوا على أي تعديل لهذا الاتفاق... (٢) عندما يُتفق على ذلك، ويُقر كل طرف ذلك التعديل وفقاً لقواعده الإجرائية القانونية المنطبقة، يشكل التعديل جزءاً من صميم هذا الاتفاق ويدخل حيز النفاذ في التاريخ الذي يقوم فيه جميع الأطراف بإبلاغ الوديع كتابياً بأنهم أقرروا ذلك التعديل، أو في أي تاريخ آخر يتفق عليه الأطراف".^(٤) وثمة مثال آخر هو الاتفاق بين اليابان والولايات المتحدة المكسيكية على تدعيم الشراكة الاقتصادية ("اتفاق التجارة الحرة بين اليابان والمكسيك") لعام ٢٠٠٤، الذي ينص في المادة ١٧٤ على ما يلي: "(١) يجوز تعديل هذا الاتفاق، ما لم ينص على خلاف ذلك، باتفاق الطرفين. ويتعين أن يقر الطرفان

(14) نص الاتفاق متاح في الموقع www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text.

ذلك التعديل وفقاً لإجراءاتهما القانونية. ويدخل ذلك التعديل حيز النفاذ في اليوم الثلاثين من تاريخ تبادل المذكرات الدبلوماسية التي تدل على ذلك الإقرار. (٢) يشكل أي تعديل لهذا الاتفاق جزءاً من صميم هذا الاتفاق.^(١٥) وهناك أيضاً اتفاقات استثمارية لا يذكر فيها صراحة اشتراط إقرار الدول الأطراف للتعديل وفقاً لقواعدها الإجرائية القانونية، منها مثلاً الاتفاق المنشئ لمنطقة التجارة الحرة بين رابطة أمم جنوب شرق آسيا (آسيان) وأستراليا ونيوزيلندا لعام ٢٠٠٩، الذي ينص في المادة ٦ من الفصل ١٨ على أنه "يجوز تعديل هذا الاتفاق باتفاق الأطراف كتابياً على ذلك، وتدخل تلك التعديلات حيز النفاذ في التاريخ الذي (أو التواريخ التي) يتفقون عليه (عليها) فيما بينهم".^(١٦)

٥' هل يمكن منع الدول قانونياً من جعل المعيار القانوني المتعلق بالشفافية منطبقاً على المعاهدات الموجودة بالفعل؟

٤١- لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان يمكن لأي حق يتمتع به المستثمر بمقتضى معاهدة استثمارية، أو أي توقع مشروع لعملية تحكيم غير شفافة في إطار تلك المعاهدة، أن يمنع الدول من جعل المعيار القانوني المتعلق بالشفافية منطبقاً على المعاهدة الموجودة بالفعل. وربما يجدر بالفريق العامل أن يلاحظ أن إمكانية اعتبار أن المعاهدة الاستثمارية تنشئ حقاً أو توقعاً مشروعاً من هذا القبيل هي أمر مشكوك فيه. فإذا كانت المعاهدة الاستثمارية تنص على التحكيم بمقتضى قواعد تحكيم موجودة معينة فهي لا تستبعد، بعرضها قواعد التحكيم تلك، أن تحدث إجراءات التحكيم الفعلية على نحو شفاف. وإلى جانب ذلك، تشير معاهدات استثمارية كثيرة إلى إمكانية قيام المستثمر دعوى للتحكيم بمقتضى "أي مجموعة قواعد أخرى"، مما يتطلب أحياناً موافقة كلا الطرفين على سريان تلك القواعد الأخرى.^(١٧)

(15) نص الاتفاق متاح في الموقع www.mofa.go.jp/region/latin/mexico/agreement/agreement.pdf.

(16) نص الاتفاق متاح في الموقع www.dfat.gov.au/trade/fta/asean/aanzfta/contents.htm.

(17) انظر مثلاً، معاهدة الولايات المتحدة الأمريكية النموذجية بشأن تشجيع الاستثمار وحمايته المتبادلة ("US Model BIT") لعام ٢٠٠٤، التي تنص في المادة ٢٤ (٣) (ب) على أن يجوز للمدعي أن يقدم دعواه للتحكيم، "إذا أُنْفِق المدعي والمدعي عليه، أمام أي مؤسسة تحكيم أخرى أو بمقتضى أي قواعد تحكيم أخرى"؛ والاتفاق المنشئ لمنطقة التجارة الحرة بين آسيان وأستراليا ونيوزيلندا، لعام ٢٠٠٩، الذي ينص في المادة ٢١ (١) على أنه "...، إذا اتفق الطرفان المتنازعان، أمام أي مؤسسة تحكيم أخرى أو بمقتضى أي قواعد تحكيم أخرى"؛ والاتفاق بين اليابان والولايات المتحدة المكسيكية بشأن تدعيم الشراكة الاقتصادية ("اتفاق التجارة الحرة بين اليابان والمكسيك") لعام ٢٠٠٤، الذي ينص في المادة ٧٩ (١) (د) على أنه "...، إذا أُنْفِق الطرفان المتنازعان، أي تحكيم وفقاً لقواعد تحكيم أخرى".

٤٢- وربما يجدر بالفريق العامل أن يلاحظ أنه يمكن اعتبار أن حق المستثمر أو توقعه المشروع لا ينشأ إلا متى قبل المستثمر عرض التحكيم. بمقتضى المعاهدة الاستثمارية، وهذا يحدث في كثير من الأحيان وقت تقديمه دعواه.

٣- التدابير التي يمكن للدول اتخاذها بشأن المعاهدات المقبلة

'٢٠' موافقة الدول الأطراف في المعاهدات الاستثمارية

٤٣- فيما يتعلق بانطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية على المعاهدات المقبلة، قيل أثناء دورة الفريق العامل الثالثة والخمسين إنه يمكن النص على افتراض انطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية على نحو يكفل للأطراف القدر اللازم من التيقن بشأن ما إذا كانوا، أم لم يكونوا، يعملون بمقتضى قواعد الشفافية في عملية التحكيم المعنية (انظر الفقرات ٨٢-٨٤ من الوثيقة A/CN.9/712).

٤٤- وفي هذا الصدد، ربما يجدر بالفريق العامل أن يلاحظ أن تطبيق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية على المعاهدات الاستثمارية المقبلة لا يمكن فعله تلقائياً. وقد رئي في دورة الفريق العامل الثالثة والخمسين أن من المهم أن تكون الأحكام التي ستصاغ بشأن انطباق القواعد المتعلقة بالشفافية على المعاهدات المقبلة واضحة وتوفر القدر اللازم من التيقن بشأن وجود موافقة الدول الأطراف على اعتماد ذلك المعيار كجزء. من عملياتهم التحكيمية (انظر الفقرة ٨٤ من الوثيقة A/CN.9/712).

'٢١' التدابير التي يمكن اتخاذها لتطبيق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية على المعاهدات المقبلة

٤٥- يمكن تحقيق موافقة الدول على تطبيق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية إما باعتماد الدول اتفاقية بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول (انظر الفقرات ٢٣-٢٥ أعلاه)، أو بأن تدرج في المعاهدات الاستثمارية أحكاماً بشأن الشفافية تستند إلى بنود نموذجية (انظر الفقرتين ١٣ و ١٤ أعلاه) في حال عدم وجود اتفاقية من هذا القبيل، أو بالإشارة إلى مجموعة قواعد بشأن الشفافية قائمة بذاتها (انظر الفقرات ١٦-٢١ أعلاه).

٤٦- وفي حال اتخاذ المعيار القانوني المتعلق بالشفافية شكل قواعد قائمة بذاتها، ثمة نهج محتمل هو ألا ينطبق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية إلا إذا كانت الدول الأطراف في المعاهدة الاستثمارية قد أخذت صراحة بالتحكيم الشفاف. ويمكن للقواعد القائمة بذاتها بشأن الشفافية أن تتضمن عبارات على غرار: "سوف تنطبق القواعد المتعلقة بالشفافية على

أيّ عملية تحكيم تُستهل بمقتضى معاهدة استثمارية يصدّق عليها فيما بعد، شريطة أن يكون الأطراف قد اتّفقوا صراحة على انطباقها".

٤٧- وثمة نهج محتمل آخر هو أن ترسي القواعد المتعلقة بالشفافية افتراضاً بشأن انطباقها في السياق المحدود للتحكيم بمقتضى قواعد الأونسيترال للتحكيم. وسوف تتوقف صياغة الافتراض على الطريقة التي تُستكمل بها قواعد الأونسيترال للتحكيم بقواعد متعلقة بالشفافية. وقد رئي أثناء دورة الفريق العامل الثالثة والخمسين أنه يمكن للقواعد القائمة بذاتها بشأن الشفافية أن تتضمن عبارات على غرار: "هذه القواعد سوف تُدمج في قواعد الأونسيترال للتحكيم لكي تستخدم في أيّ عملية تحكيم تُستهل بمقتضى تلك القواعد، عملاً بمعاهدة استثمارية يصدّق عليها فيما بعد، ما لم تنص المعاهدة صراحة على أن هذه القواعد لن تنطبق (انظر الفقرة ٨٣ من الوثيقة A/CN.9/712)".

٤٨- ورئي أثناء دورة الفريق العامل الثالثة والخمسين أنه ينبغي تقييم أيّ حل يُختار بشأن المعاهدات المقبلة من حيث تأثيره على المعاهدات الاستثمارية التي سبق إبرامها (انظر الفقرة ٨٤ من الوثيقة A/CN.9/712).

باء- العلاقة بين الدول المضيفة والمستثمر الطرفين في التحكيم

٤٩- متى اتّفقت الدول الأطراف في المعاهدة الاستثمارية على انطباق المعيار القانوني، يكون ذلك المعيار منطبقاً على المنازعات بين الدولة المضيفة والمستثمر. والمسائل المطروحة للبحث هي ما إذا كان يمكن للمستثمر أن يرفض عرضاً لتحكيم شفاف أو أن يقبله جزئياً فحسب، وما إذا كان يمكن للطرفين أن يقررا عدم تطبيق القواعد المتعلقة بالشفافية.

١- هل يمكن للمستثمر أن يخرج عن المعيار القانوني المتعلق بالشفافية؟

٥٠- كان الفريق العامل قد نظر أثناء دورته الثالثة والخمسين في مسألة ما إذا كان ينبغي إعطاء المستثمر فرصة لرفض عرض للتحكيم بمقتضى المعيار القانوني المتعلق بالشفافية الوارد في المعاهدة، أو أن يخرج عن أحكام ذلك المعيار (انظر الفقرات ٣٠ و ٩٥-٩٦ من الوثيقة A/CN.9/712). وذكر في ذلك الصدد أن التحكيم التعاهدي بين المستثمر والدولة، خلافاً للتحكيم التجاري، ينظّم بالاستناد إلى معاهدة أصلية بين الدول الأطراف، مما يحد من قدرة الأطراف في التحكيم على الخروج عن السبيل الذي تفرضه تلك المعاهدة.

٥١- وقيل كذلك إنَّ منح المستثمر الكلمة الأخيرة بشأن انطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية يعطيه مزية لا مسوّغ لها ويفضي إلى نقصان في الشفافية ويتعارض مع ولاية اللجنة في تعزيز الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول. بيد أنه قيل أيضاً إنه قد يكون من المستصوب، ضماناً للمساواة بين الأطراف في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول، إعطاء المستثمر حق الرد على ما تعرضه الدولة المضيفة من تحكيم شفاف (انظر الفقرة ٩٦ من الوثيقة A/CN.9/712).

٥٢- واقترح في هذا الصدد جعل بعض أحكام المعيار القانوني المتعلق بالشفافية غير قابلة للخروج عنها، وتحديد ماهية الأحكام التي يمكن، وتلك التي لا يمكن، الخروج عنها (انظر الفقرة ٩٨ من الوثيقة A/CN.9/712). ولعلّ الفريق العامل يودّ أن ينظر في القرار السياسي الذي يتعين اتخاذه بشأن ما إذا كان ينبغي أن ينص المعيار القانوني نفسه، أم المعاهدة الاستثمارية الأصلية، على عدم قابلية الخروج عن المعيار القانوني أو عن بعض أحكامه.

٢- هل يمكن للأطراف المتنازعين أن يخرجوا عن المعيار القانوني المتعلق بالشفافية؟

٥٣- ناقش الفريق العامل كذلك ما إذا كان ينبغي أن يُسمَح للأطراف المتنازعين أن يخرجوا عن المعيار القانوني المتعلق بالشفافية. وحسبما ذكر أعلاه، من شأن المعاهدة الأصلية، تبعاً لكيفية نصها على تطبيق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية، أن تمنع ذلك الخروج أو لا تمنعه. فإذا كانت المعاهدة لا تسمح بذلك الخروج فلا يمكن للدولة المضيفة الطرف في التحكيم أن تخرج عن أحكام تلك المعاهدة من جانب واحد.