

Distr.: Limited
12 December 2017



Original: Arabic, Chinese, English,
French, Russian, Spanish

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الثالث (المعني بإصلاح نظام
تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول)
الدورة الخامسة والثلاثون
نيويورك، ٢٣-٢٧ نيسان/أبريل ٢٠١٨

إمكانية إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

ورقة من الاتحاد الأوروبي

تتضمّن في هذه المذكرة ورقة وردت من الاتحاد الأوروبي تحضيراً للدورة الخامسة
والثلاثين للفريق العامل الثالث. والورقة المذكورة مستنسخة في مرفق هذه المذكرة بالصيغة
والشكل اللذين تلقتهما بها الأمانة (بالإسبانية والإنكليزية والروسية والصينية والعربية والفرنسية).



الرجاء إعادة استعمال الورق



المرفق

٢٠ نوفمبر/تشرين الثاني ٢٠١٧

تعريف الشواغل المتعلقة بتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وأخذها في الاعتبار

١. مقدمة

١. القصد من هذه الورقة هو المساهمة في مناقشات الفريق العامل الثالث للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). وتهدف هذه الورقة تعريف الشواغل المتعلقة بالنظام الحالي لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول (ISDS) وأخذها في الاعتبار تمشياً مع المرحلة الأولى للولاية التي منحتها لجنة الأونسيترال للفريق العامل الثالث. دراسة الإصلاحات التي من المستحسن إدراجها تدخل ضمن المرحلة الثانية من المناقشات وبالتالي لم تتطرق إليها هذه الورقة.

٢. تمنح مذكرة أمانة الأونسيترال "إمكانية إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول (ISDS)" المؤرخة ١٨ سبتمبر/أيلول ٢٠١٧ قائمة بعدد من الشواغل التي تم التعرف عليها في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول (فقرة ١٩ وما يليها). أعدت هذه الورقة على أساس تلك المذكرة واستجابة لها. وبشكل خاص، فهي تقترح كوسيلة تفكير إضافية ومُكملة بشأن الشواغل المتعلقة بنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول أن يؤخذ في الاعتبار الإطار الذي يعمل فيه النظام الحالي. اعتبار النظام برمته يمد بطريقة للتعرف على الشواغل حيث أنه يسمح بمقارنة ومضاهاة النظام الحالي لتسوية المنازعات بالأنظمة الأخرى ذات السمات المشابهة. وبالتالي، فإن هذه الورقة تبدأ بدراسة أهم السمات والخصائص لنظام معاهدات الاستثمار (قسم ٢). ثم تتناول بإيجاز، وبطريقة مقارنة، كيفية إدارة المنازعات داخل أنظمة ذات خصائص يمكن مقارنتها مع نظام الاستثمار (قسم ٣). ثم تنظر في العوامل التي تؤثر على تصميم النظام الحالي لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول (قسم ٤) قبل أن تنتقل اعتماداً على تحليل الأقسام السابقة إلى التعرف على عدد من الشواغل التي تستحق دراسة مستفيضة (قسم ٥).

٢. أهم سمات نظام المعاهدات الاستثمارية

٣. تتبع أهم سمات نظام الاستثمار الحالي من سمتين أساسيتين. الأولى، هي أن النظام هو نظام قانون دولي عام. والثانية، هي أنه يشبه القانون العام من حيث أنه يهتم بشكل واسع بمعاملة المستثمرين وبالتبعية بالعلاقة بين الفاعلين الأفراد والدولة.

٤. نظام الاستثمار الدولي هو بمثابة حصيلة جمع عدد كبير من المعاهدات الدولية. هذه هي أدوات القانون الدولي العام، المبرمة بين فاعلي القانون الدولي العام المتصرفين من واقع قدرتهم السيادية.^٢ في هذه الاتفاقيات، تمنح الدول سلطة رفع الدعاوى من أجل تنفيذ تلك المعاهدات الدولية على الأشخاص الطبيعيين والقانونيين (المستثمرين). إلا أن ذلك لا ينفي بالضرورة طابع القانون الدولي العام لهذه الاتفاقيات، التي يوافق عليها، كما هي، بين كيانات سيادية. وكمعاهدات، فتلك الاتفاقيات يقصد بها أن تفسر أيضاً بما يتفق مع القانون الدولي العام. ويشمل ذلك قواعد تفسير المعاهدات والقواعد الأخرى الخلفية مثل القواعد الخاصة بمسؤولية الدول.

٥. معاهدات القانون الدولي العام تلك تتناول قدرة الدولة السيادية على التنظيم، من خلال منح حمايات معينة قابلة للإنفاذ بواسطة المستثمرين.^٣ وذلك يخلق موقف مشابه للقانون العام أو الدستوري حيث الأفراد محميون من أفعال الدولة وبإمكانهم التصرف من أجل إنفاذ تلك الحماية.^٤

١ A/CN.9/WG.III/WP.142.

٢ Roberts, Anthea "Clash of paradigms: actors and analogies shaping the investment treaty system"

(2013) American Journal of International Law, 107 (1) 45-94, 58-63.

٣ Ibid, at 63-68.

٤ انظر أيضاً على سبيل المثال لا الحصر، أعمال Van Harten, Gus & Loughlin, Martin "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", 17 European Journal of International Law 121 (2006)؛ Van Harten,

ومن المهم أن نذكر أن الدولة تتصرف من واقع قدرتها السيادية، لاعتماد تلك المعاهدات وأيضاً فيما يتعلق بالأفعال المطعون فيها. التزامات معاهدة الاستثمار تسري على كافة الأفعال التي يمكن أن تُعزى للدولة، سواء أكانت قانوناً صادراً من البرلمان أو قراراً فردياً صادراً عن مجلس محلي. وفي حال ما وجد أن الدولة لم تلتزم بواجباتها فينبغي أن تقدم التعويضات. وعادة ما تأخذ تلك التعويضات شكل التعويض المالي، مما يترتب عليه عبء على ميزانية الدولة.

٦. استناداً إلى هاتين السمتين الأساسيتين، أي قاعدة القانون الدولي العام بشأن المعاهدات وطابع القانون العام لهذه العلاقة، يمكن للمرء أن يتعرف على عدد من خصائص نظام الاستثمار الدولي التي لها صلة بالتفكير في النظام الحالي وتقييم الشواغل. نستطيع أن نردها كما يلي:

(a) عنصر قانون دستوري/إداري: الالتزامات المنصوص عليها في معاهدات الاستثمار يقصد بها حماية المستثمرين من تصرف معين (محدود) للدولة. وبالتالي، يتطلب تطبيق الالتزامات إقامة توازن بين حق ممارسة السلطة السيادية وواجب حماية الأفراد، وهو أمر طبيعي في قرارات القانون الدستوري/الإداري.

(b) نظام أحادي الاتجاه: يرفع المستثمر الدعوى ضد الدولة لأن المستثمر يقبل العرض الدائم للتحكيم الذي تنص عليه المعاهدات؛

(c) علاقة رأسية: أغلب المنازعات تتعلق بالمستثمرين الأجانب الذين يرفعون ضد الدول المضيفة الدعاوى التي تنشأ عن علاقة رأسية، تنظيمية بين هؤلاء الفاعلين بسبب دخول المستثمر لإقليم الدولة المضيفة وفي نظامها الاقتصادي والقانوني؛

(d) وظيفة متكررة: المعاهدات المشار إليها قد تتمخض عن منازعات متعددة قد تمتد لفترة زمنية طويلة. ولا بد من تمييز ذلك عن الأدوات القانونية التي تضع تسويات تعاقدية لمرة واحدة؛

(e) عنصر حاسم: الالتزامات الجوهرية ليست محددة بمعنى أنها موضوعة بشكل عام، المعايير عالية المستوى يُقصد بها أن تُطبق على نماذج حالات متعددة ومختلفة تشبه كثيراً أحكام القانون الدستوري؛ و،

(f) وظيفة قابلية التنبؤ/الاتساق: بالنظر للصيغة العامة لمعايير حماية الاستثمار وإدراكاً لوظيفة التكرار فإن أصحاب المصلحة (الحكومات، المستثمرين، المجتمع المدني) ينظرون في السوابق القضائية كيف يفهمون كيف تُفسر أو كيف ينبغي أن تُفسر هذه الالتزامات في المعاهدات. ويحدث ذلك داخل المعاهدة الواحدة كما بين المعاهدات المختلفة، بالنظر إلى اتساق تلك المعاهدات بدرجة عالية نسبياً. معنى ذلك أن دور التحكيم هو دور حيوي في إعداد وتنقيح المعنى الدقيق للالتزامات الجوهرية.

٣. تحليل مقارن

٧. المنازعات المنبثقة عن الأنظمة ذات السمات التي حددناها أعلاه غالباً ما تقود إلى تشكيل أجهزة دائمة من محكمين رفيعي المستوى متفرغين لتحكيم المنازعات. أجهزة التحكيم الدائمة تقدم عدة مزايا لتحكيم المنازعات بداخل أنظمة بتلك الخصائص. تعمل تلك المزايا بعدة طرق متشابهة فيما بينها. والأجهزة الدائمة، من منطلق طابعها الدائم، تتوفر فيها إمكانية التنبؤ والاتساق وإدارة احتمال نشوء منازعات عديدة، بما أنها تقدر على وضع وتنقيح فهم مجموعة من المعايير المحددة على مر الزمن وتضمن تطبيقها بشكل فعال ومتسق. ويكتسي ذلك أهمية خاصة عندما تكون المعايير غير محددة نسبياً. لدى تعيين المحكمين بشكل دائم،

"Investment Treaty Arbitration and Public Law" (2007); Schneiderman; David, "Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules And Democracy's Promise" (2008); Schill, Stephan W. "International Investment Law and Comparative Public Law—An Introduction", in "International Investment Law and Comparative Public Law" 3 (Stephan W. Schill ed., 2010); Montt, Santiago "State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional And Administrative Law in the BIT Generation" (2009)

يذهب التفكير إلى مقترب طويل المدى. وتكون من مصلحة الدول أن تُتخذ الإجراءات العامة وفي الوقت ذاته تُحمى مصالح الأفراد وهي تدرك أن التوازن بين تلك المصالح ينبغي أن يستمر على المدى الطويل. إن الأجهزة الدائمة التي تشمل محكمين متفرغين تخلص المحكمين من الحاجة للحصول على رواتب من مصادر أخرى كما توفر عادة نوعاً من الحيابة. وهذا يتفادى الضغط على المحكمين وأخذ الاعتبارات قصيرة الأجل في الحسبان والتأكد من عدم وجود أية مشاكل متعلقة بنزاهتهم.

٨. ومن الممكن أن نلاحظ، على المستوى الدولي والمحلي على السواء، أن المنازعات داخل الأنظمة الأخرى التي تنطوي على السمات التي أشرنا إليها أعلاه لنظام الاستثمار عامة ما تُحل أمام الأجهزة الدائمة. ويتألف أعضاء هذه الأجهزة التحكيمية من محكمين متفرغين معينين من قبل الدول يتسمون بمستوى عالٍ من الاستقلالية والنزاهة. وكثيراً ما تتم مراجعة قرارات هذه الأجهزة الدائمة بطريق الطعن سعياً لضمان الصحة ودرجة تنبؤ عالية.

٩. على الصعيد الدولي، من ضمن الأمثلة توجد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان مع المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان واتفاقية البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان مع محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان. تشترك الأنظمة القانونية التي تطبقها هذه المحاكم في العديد من السمات التي عرفناها في الفقرات السابقة فيما يتعلق بنظام الاستثمار^٥. هذان الجهازان يملكان محاكم قائمة ودائمة بمحكمين متفرغين معينين من قبل أطراف المعاهدة. وعلى الرغم من عدم وجود اختصاص في الدعاوى المرفوعة من الأفراد، إلا أن منظمة التجارة العالمية تتولى أيضاً مراجعة الإجراءات التي تتخذها الدولة. ويتم السماح لتلك المطالبات في إطار هيكل يسمح بإعادة النظر في الاستئناف من قبل محكمين يعينهم أطراف المعاهدة.

١٠. وعلى الصعيد المحلي، فإن الأنظمة القانونية التي تتشابه سماتها مع نظام الاستثمار غالباً ما تشمل أجهزة تحكيم دائمة. وهناك ميزة تتعرف عليها بسهولة داخل الأنظمة القانونية المحلية في أنحاء العالم ألا وهي أن منازعات القانون العام أو القانون الإداري تتولاها محاكم قائمة دائمة مشكلة من قضاة مستقلين داخل ترتيب هرمي يسمح بالمراجعة الاستئنافية.

١١. تلك الأمثلة مفيدة، ليس بالضرورة في جميع تفاصيلها وخصائصها، ولكن لأنها توضح أنه عندما يتم إنشاء أو تطوير أنظمة ذات سمات مشابهة لنظام الاستثمار، فإن الدول دائماً ما تنشئ أجهزة قائمة ودائمة. القسم التالي يذكرنا بإيجاز بطبيعة النظام الموجود حالياً قبل أن تتجه الورقة نحو الشواغل التي تنشأ داخل النظام الحالي على ضوء السمات الواردة في القسم ٢.

٤. آليات تسوية المنازعات الحالية في نظام الاستثمار

١٢. في الستينات من القرن السابق، اتسم النهج العام لتنظيم الاستثمار الأجنبي بـ (١) نشوء التحكيم الدولي كوسيلة مشتركة لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار و (٢) زيادة اعتراف قانون المعاهدات بقدرة المستثمرين على إنفاذ المعاهدات مباشرة في مواجهة الدولة المضيفة. اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)، المبرمة عام ١٩٦٥ والتي تلزم ما يناهز ١٦١ دولة، شكلت ولا تزال تشكل تقدماً بارزاً في تطوير قانون الاستثمار الدولي.

١٣. وتوظف الاتفاقية نموذجاً لفض المنازعات قائماً على التحكيم. تُعين بمقتضاه الأطراف المتنازعة المحاكم على أساس كل حالة على حدة لسماح نزاعاً معيناً. ومن الممكن إلغاء قرارات التحكيم لأسباب محددة وبواسطة لجنة إلغاء مخصصة لهذا الغرض. تسويات المنازعات بين الدولة والمستثمر الأخرى تتم على أساس قواعد وضعت في الأصل للتحكيم التجاري مثل قواعد التحكيم الخاصة بالأونسيترال.

١٤. نشأت اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار قبل ظهور الجهاز الكبير الخاص بالمعاهدات الاستثمارية. ومن بين ما عدده ٢٦٦٧ معاهدة قيد التنفيذ، لم يكن في عام ١٩٧٠ سوى ٦٣ معاهدة فقط^٦ (دخلت اتفاقية ICSID حيز التنفيذ في ١٤ أكتوبر/تشرين الثاني ١٩٦٦). ولم يكن آنذاك في مخيلة الصائغين أن نظام فض المنازعات الذي تتضمنه اتفاقية ICSID سوف يستخدم، كما هو حاصل في الوقت الحالي، وبشكل أساسي لفض المنازعات الخاصة بالمعاهدة. وفي الواقع تخيلوا أنه سيستعمل أساساً لفض المنازعات

٥ كما أن هناك اختلافاً هامة مثل طبيعة الحلول أو العلاقة مع الدعاوى القضائية المحلية.

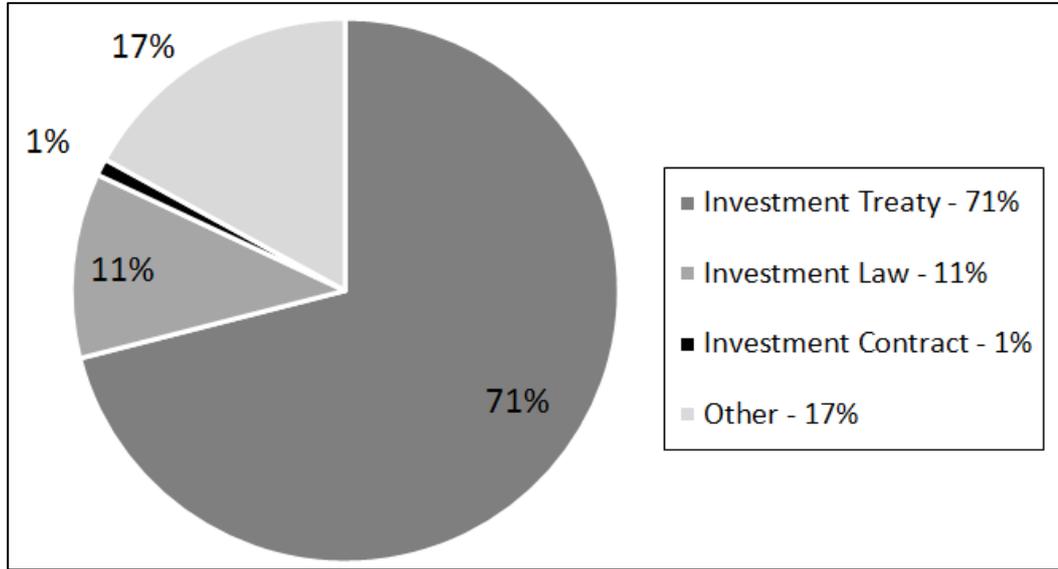
٦ المصدر: UNCTAD Investment Policy Hub.

المتعلقة بعقود الاستثمار. وتوقع صانعو اتفاقية ICSID أن ما يقرب من ٩٠% من الدعاوى ستتعلق بعقود الاستثمار والامتيازات وليس بالمعاهدات الاستثمارية^٧. ومن الممكن أن نفهم ذلك كدافع وراء الاختيارات الرئيسية التي تمت في إطار اتفاقية ICSID.

١٥. وفي الواقع، لم تبدأ الدول في إدراج أحكام تسمح للمستثمرين بإنفاذ المعاهدات بأنفسهم، ولو جزئياً في اقتراح اتفاقية ICSID إلا ابتداءً من ١٩٧٠. ويعكس ذلك الاختيار الإرادي للدول بأن تزيل منازعات المعاهدات من مستوى الدولة إزاء الدولة، مما يسمح للمستثمرين بإنفاذ الاتفاقية بدون الحاجة لإقناع دولتهم بتبني الدعوى.

١٦. أول حالات عرضت على ICSID كانت على أساس أحكام تحكيمية في عقود الاستثمار أو التشريعات المحلية بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية. نزاع AAPL ابتداءً من ١٩٩٠ يعتبر أول حالة تسمح لمستثمرين أجانب بمطالبات متعلقة بالمعاهدة على أساس أن قبول الأطراف لتحكيم ICSID "يُنقَح" من خلال قبول المستثمر لعرض الدولة المضيفة للتحكيم في المعاهدة.^٨

١٧. نزاع AAPL كان بداية تصاعد عدد الدعاوى المتعلقة بالمعاهدة، وعززته التغيير في ممارسة الدول لإدراج أحكام نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول "ISDS". أكثر من ٧٠% من دعاوى ICSID قد تمت في الواقع في إطار المعاهدات الاستثمارية و١% فقط يتعلق حصراً بالعقود الاستثمارية، كما يظهر في الجدول رقم ١ أدناه.



جدول رقم ١ أدوات القبول في قضايا تحكيم^٩: ICSID (١٩٧٦-٢٠١٦).

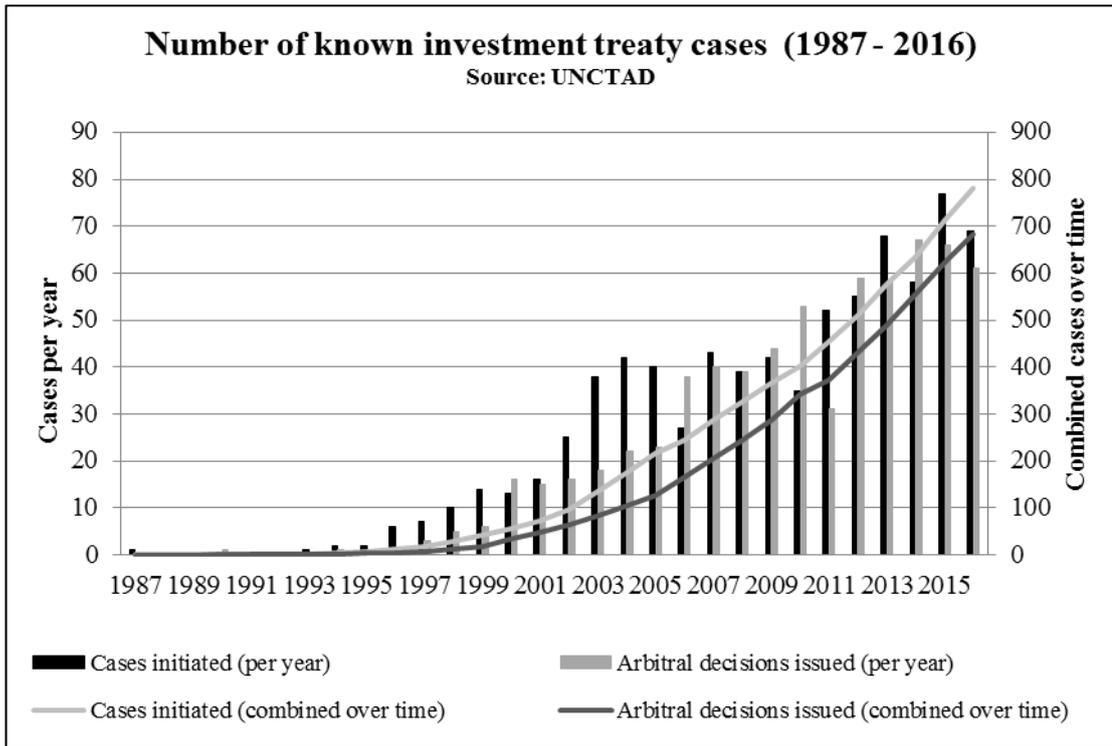
^٧ أنظر، J.C. Thomas and H.K. Dhillon "The Foundations of Investment treaty Arbitration, The ICSID Convention, Investment Treaties and the review of Arbitration Awards" (2017) 32(3) ICSID Review

^٨ أنظر، J Pauwelyn, "At the Edge of Chaos ? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed," ICSID Review, Vol. 29, No. 2 (2014) pp. 372-418, in particular pp 401-402 quoting Professor Lowenfeld (a member of the US Delegation negotiating ICSID) الذي كتب: "لم تقم أية من المناقشات التي تمت في الاجتماعات الاستشارية لتحضير اتفاقية ICSID]، أو حتى الآن على علمي في الصياغة المعاصرة واعتبار القوانين، بتناول احتمال منح الدولة المضيفة في معاهدة ثنائية موافقتها على التحكيم في المنازعات التي تنشأ مع مستثمرين من دول أخرى بدون الإحالة لاتفاق استثماري خاص أو نزاع استثماري بعينه. وأنا أعلم أنني لم أذكر هذا الاحتمال في شهادتي أمام الكونجرس الأمريكي ولم يقم به أي شخص آخر."

^٩ Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICISD J. Paulsson, "Arbitration without Privy, أنظر ايضا، Case No. ARB/87/3, Award (27 June 1990) ICSID Review, Vol. 10, No. 2 (1995) pp. 232-257

^{١٠} Jonathan Bonnitcha, Lauge Poulsen and Michael Waibel "The Political Economy of the Investment Treaty Regime" Oxford University Press, 2017 P. 61 Source على ٥٧٣ قضية ICSID حتى أغسطس/آب ٢٠١٦.

١٨. بدأت الدعاوى تزداد منذ ١٩٩٠ وخاصة في العقدين الأخيرين، كما يتضح من الجدول رقم ٢ أدناه.



جدول رقم ٢ الدعاوى المتعلقة بالمعاهدة الاستثمارية المعروفة (٢٠١٦-١٩٨٧).

١٩. شبكة المعاهدات الاستثمارية الواسعة أدت إلى نشوء اجتهادات أو سوابق قضائية بعدد كبير لا يفتأ يتزايد، في مجال التحكيم في منازعات الاستثمار. عدد الدعاوى الاستثمارية المتزايدة على أساس المعاهدة أدى إلى التساؤل حول جدوى النظام الحالي لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار.

٥. شواغل متعلقة بآليات تسوية المنازعات الحالية في نظام الاستثمار

٢٠. عند مقارنة السمات الرئيسية لنظام المعاهدة الاستثمارية مع هيكل نظام التحكيم في المنازعات الاستثمارية، يظهر عدد من الشواغل داخل النظام الحالي. وتتفق هذه الشواغل مع تلك التي حددتها ورقة الأمانة كما أنها تظهر أيضاً على المستوى البنوي أو كنتيجة منبثقة عن طبيعة النظام. وتزداد أهمية هذه الشواغل عندما ندرك مستوى الدعاوى المرتفع والمستديم. ويمكننا أن نحدد هذه الشواغل على النحو التالي:

(أ) آثار النظام الظرفي من حيث اتساقها وإمكانية التنبؤ بها

٢١. الطابع الظرفي لاتساق وإمكانية التنبؤ بآثار النظام. إن نظام التعيين الظرفي لمحكمة التحكيم من شأنه أن يؤثر على النتائج، حيث المحكمين لاعبين مواظبين، أو يحاولون أن يكونوا لاعبين مواظبين داخل نظام يحتاج لتعيين محكمين جدد في كل نزاع. وعند النظر إليه من الجانب البنوي، فيمكن أن يعتقد أن من شأنه أن يقود لنتائج أكثر ارتباطاً بوقائع معينة^{١١}. ولا يؤدي ذلك لزيادة الاستقرار واتساق النظام وبالتالي يضعف قدرة أصحاب المصلحة، سواء تعلق الأمر بأصحاب الأعمال، أو الحكومات أو فاعلي المجتمع المدني، في سعيهم للحصول على توجيهات بشأن القضايا السابقة كي يحددوا كيفية تطبيق القواعد على مجموعة معينة من الظروف.

^{١١} أنظر، Todd Tucker, "Inside the Black Box: Collegial Patterns on Investment Tribunals" (2016)

٢٢. وهناك العديد من الأمثلة حول عدم اتساق قرارات التحكيم في جوانب أساسية من أحكام حماية الاستثمار التقليدية. الأسئلة التي أثارها تلك القضايا المتضاربة تتعلق بالمفاهيم العامة ووظائف قواعد الاستثمار الجوهرية التي تثار تكراراً في العديد من المنازعات حيث يكون من المستحسن وجود إجابات متسقة.
٢٣. ومن أحد الأمثلة تلك الملحمة المتواصلة بشأن إمكانية تطبيق أحكام الدولة الأولى بالرعاية (MFN) على المسائل الإجرائية (مثلاً، فض المنازعات). فبينما قضت بعض المحاكم بأن أحكام الدولة الأولى بالرعاية تمتد إلى أحكام فض المنازعات التي ترد في المعاهدات بين الدولة المدعى عليها والدول الأخرى،^{١٢} انتهت محاكم أخرى إلى عكس ذلك^{١٣}. ولا تزال هذه المسألة تثار في العديد من القضايا. مثلاً، *APR Energy* وآخرين ضد استراليا حيث يسعى المدعون إلى جلب شرط فض المنازعات إلى معاهدة لا تنص على قبول التحكيم^{١٤}.
٢٤. وفيما يتعلق بتفسير غرض وأثر البند الجامع، قضت بعض المحاكم بأن هذا البند سوف يؤدي في النهاية إلى انتهاك المعاهدة الاستثمارية كمحصلة لانتهاكات بعض التزامات العقود الاستثمارية،^{١٥} وذهبت أخرى إلى إنكار هذا الأثر فيما يتعلق بالعقود التجارية العادية.^{١٦}
٢٥. وتشمل أمثلة أخرى العديد من القرارات التحكيمية الصادرة على إثر أزمة الأرجنتين المالية والاقتصادية عامي ٢٠٠١-٢٠٠٢ بشأن دفاع الضرورة بناء على المادة ١١ من المعاهدات الاستثمارية الثنائية بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين. على سبيل المثال، فسرت محكمة *Enron* هذا البند بالإشارة إلى المعيار الأشد صرامة "الضرورة" كظرف نافذ لعدم المشروعية،^{١٧} بينما فسرت محكمة *Continental Casualty* البند بالإشارة إلى المعيار الأقل صرامة "ضروري" بشأن إجراءات الدولة التي وضعت بموجب قانون منظمة التجارة العالمية.^{١٨}
٢٦. لن يتصرف المحامي بالعناية الواجبة إذا لم يتمكن من توظيف كافة الإمكانيات من أجل الحصول على حجة من شأنها أن تساعد عملاءه. فالنظام الظرفي يخلق ما يشجع اللجوء لتلك الحجج حيث أنه لا يوجد هيكل من شأنه أن يحقق الاتساق ويلتزم به.

^{١٢} أنظر مثلاً، *Emilio Augustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para. 64; *Siemens v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, para. 103; *Gas Natural v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, paras. 31 and 49; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, paras. 53-66.

^{١٣} أنظر مثلاً، *Plama Consortium Ltd v. Republic of Bulgaria* ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, paras; 184, 223, 227; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, para. 119; *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, paras. 90-100.

^{١٤} *Power Rental Asset Co Two LLC (AssetCo), Power Rental Op Co Australia LLC (OpCo), APR Energy LLC v. the Government of Australia*, UNCITRAL.

^{١٥} *SGS Société Générale de Surveillance s.a. (SGS) v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para. 128.

^{١٦} *SGS Société Générale de Surveillance s.a. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, para. 166.

^{١٧} *Enron Creditors Recovery Corp. & Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, paras. 322-345.

^{١٨} *Continental Casualty Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, paras. 189-230.

وبالتالي فالنظام في حد ذاته يخلق نفقات إضافية. علاوة على الصعوبة الواضحة التي تنشأ بشأن الاتساق وإمكانية التنبؤ. طابع النظام التكراري وطبيعة الالتزامات غير المحددة نسبياً تضاعف من أهمية الشواغل المتعلقة بهذا الاتساق وإمكانية التنبؤ.

(ب) شواغل هامة بشأن التصور

٢٧. إن من السمات الأساسية لأنظمة التقاضي الدولية والمحلية المشار إليها أعلاه، على حد تعبير رئيس قضاة المحاكم الإنجليزية، "لا ينبغي فقط إقامة العدالة بل يجب أن يرى الجميع بدون شك وبوضوح، أن العدالة تأخذ مجراها".^{١٩} هذا الوضع يعبر عن الابتعاد الحاسم عن الأنظمة الظرفية للمسائل العامة في كافة الأنظمة القانونية، يقوده تفكير جبريمي بنتهام، فولتير وألكسندر هاميلتون^{٢٠}. إن الطابع الظرفي لنظام التحكيم لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول حيث المحكمين، بحكم التعريف، يمارسون أنشطة أخرى يخلق مشاكل تصور جادة. مشاكل التصور هذه تنبع من أن مصالح الأشخاص المشتركين في النظام المهنية و/أو الخاصة قد ينظر إليها على أنها ذات تأثير على نتائج المنازعات. فبينما تفاصيل الواقع والتفاعل المركب بين الحكام أنفسهم والفاعلين الذين يعينونهم من شأنها بلا شك أن ترسم صورة أكثر تعقيداً، فإدماج طبيعة النظام أحادية الاتجاه وأهمية التصور، لمشاهدة العدالة التي تأخذ مجراها، يثير العديد من الشواغل.

(ج) قلة المراجعات المنهجية للصحة والاتساق

٢٨. ومن الشواغل الأخرى المتصلة بالنظام الحالي ضعف إمكانية المراجعة المنهجية للصحة والاتساق. فبموجب نظام اتفاقية ICSID، يقتصر الإلغاء على تصحيح عدد محدود فقط من الأخطاء. فالمادة ٥٢ من نظام اتفاقية ICSID لا تنص على الإلغاء سوى في ظروف محدودة^{٢١}. ولا تتطرق إلى صحة قرار التحكيم الموضوعية. وبالمثل، فقوانين التحكيم المحلية أو اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها قد قيدت الأسس التي يبنى عليها رفض قرار التحكيم وإنفاذه.

٢٩. معنى ذلك أن قرار التحكيم يمكن أن يكون غير صحيح من الجانب القانوني إلا أن النظام لا يسمح لهم بتصحيحه. في قضية *CMS v Argentina*، على سبيل المثال، قالت لجنة الإلغاء:

"طوال نظرها في قرار التحكيم، تعرفت اللجنة على مجموعة من الأخطاء والقصور. فقرار التحكيم يحتوي بشكل لا يحتمل الشك على أخطاء قانونية. كما أنه يعاني من الثغرات والحذف. كل ذلك تعرفت عليه اللجنة وأبرزته. بيد أن اللجنة تدرك أنها تمارس اختصاصها بناء على ولاية ضيقة ومحدودة منحتها لها المادة ٥٢ من اتفاقية ICSID. ويتمثل نطاق هذه الولاية في السماح بالإلغاء كخيار فقط في حالة توفر ظروف خاصة. وكما سبقت الإشارة إليه (فقرة ١٣٦ أعلاه)، في هذه الظروف، لا يمكن للجنة أن تستبدل ببساطة نظرتها الخاصة للقانون وتقديرها الخاص للوقائع بنظرة وتقدير المحكمة."^{٢٢}

٣٠. مشكلة ضمان الصحة تجمع سمات النظام الحالي الأخرى التي تقود إلى الافتقار للاتساق وإمكانية التنبؤ المشار إليهما أعلاه. إن أهمية ذلك، مرة أخرى، تتصل بوظيفة التكرار في المنازعات المحتملة ومستوى الحتمية النسبية. ومن الجدير بالذكر أن وظيفة المحاكم الدستورية والعليا في تفسير المعايير العامة وغير المحددة نسبياً، تبلور ذلك وتضفي عليه الوضوح من أن لآخر. ويكون

^{١٩} Lord Chief Justice Gordon Hewart in *R v Sussex Justices, Ex Parte McCarty* [1924] 1 KB 256

^{٢٠} Gaukrodger, D. (2017), "Adjudicator Compensation Systems and Investor-State Dispute Settlement",

OECD Working Papers on International Investment, No. 2017/05, OECD Publishing, Paris.

^{٢١} أنظر المادة ٥٢-١ من اتفاقية ICSID (لأي من الطرفين أن يطلب إلغاء قرار التحكيم عن طريق طلب كتابي موجه إلى الأمين العام على واحد أو أكثر من الأسباب التالية: (أ) أن المحكمة لم تُشكل على النحو الصحيح؛ (ب) أن المحكمة قد تجاوزت صلاحياتها بشكل واضح؛ (ج) أن كان هناك فساد من جانب بعض أعضاء المحكمة؛ (د) أن هناك خروجاً خطيراً على قاعدة إجرائية؛ أو (هـ) أن قرار التحكيم فشل في ذكر الأسباب التي يستند إليها.").

^{٢٢} *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8), Annulment Decision, para. 158.

لذلك في كثير من الأحيان آثارا هامة على إضفاء الشرعية واستقرار المفاهيم بشأن القواعد الموضوعية الأساسية. ومثال على ذلك، هيئة الاستئناف بمنظمة التجارة العالمية التي نجحت من خلال عدد من التقارير التأسيسية في أواخر عام ١٩٩٠ وبداية ٢٠٠٠ في تحقيق المعايير الفعالة للتوازن بين التزامات التجارة الحرة ضمن اتفاقيات المنظمة وقدرة أعضاء المنظمة على التنظيم.^{٢٣}

د) طبيعة تعيين المحكمين

٣١. عندما تقوم الدول بتعيين المحكمين مسبقاً (أي قبل نشوء نزاع خاص)، فإنها تتصرف من واقع قدرتها كدول أطراف في المعاهدات لديها حافظ لتوازن مصالحها، وضمان اختيار محكمين يتسمون بالعدل والتوازن، تسعد بمعايشتهم سواء عُرضت عليها فيما بعد قضية من مستثمريها أو ضدهم كمدعى عليهم. بيد أنه في التحكيم، يتم اختيار المحكمين ليس قبل نشوء النزاع بل بعده، مما يعني أن المستثمرين والدول المدعى عليها يتخذون القرارات بشأن المحكمين بهدف خدمة مصالحهم على أكمل وجه في إطار هذه القضية بعينها. وهذا يدفعهم إلى التركيز على المحكمين المعروفين داخل النظام لميلهم لجانب أو آخر (يميلون للمستثمر أو للدولة). من ناحية، فهذا رد فعل طبيعي إزاء المنظومة التي يعمل بداخلها الأطراف حيث أنه يمثل الخيار الأكثر أمناً في مثل تلك الظروف.^{٢٤} ومن ناحية أخرى، فهذا يعني أن الأطراف تنظر للتعيين في النزاع في المقام الأول من حيث قدرتها كأطراف في النزاع، وليس من حيث قدرتها ككيانات ذات سيادة، حيث ينبغي أن تلعب مصالحها على المدى الطويل دوراً أكثر بروزاً، بالنظر إلى الطابع المتكرر للمنازعات المحتملة، وعدم التحديد النسبي، والعلاقة الرأسيّة وسمات كل من القانون الدولي العام والقانون العام للنظام. ويزيد من حدة هذا الطابع المتكرر للمنازعات المحتملة، وعدم التحديد النسبي، والعلاقة الرأسيّة وسمات كل من القانون الدولي العام والقانون العام للنظام.

٣٢. علاوة على التشجيع على تعيين المحكمين ذوي الميول المعروفة مسبقاً والعدد المحدود للفاعلين المتكررين، فإن من ضمن مشاكل هذا المقترح أنه يقود إلى التركيز المكثف المستمر على الأشخاص الذين اكتسبوا خبرتهم كمحكمين بشكل أساسي في مجال التحكيم التجاري الذي ينطوي على منازعات "القانون الخاص" وليس في منازعات القانون الدولي العام. هؤلاء الأشخاص غالباً ما يكونوا من الناحية المهنية أقل إلماماً بالقانون الدولي العام (وبالطبع فإن المعاهدات الاستثمارية تشكل حقلًا في القانون الدولي العام) والقانون الخاص (وهو يعتبر مهم لأن القضايا تتعلق بتصرف الدول من منطلق قدرتها السيادية). وأخيراً، فإن نظام التعيين الظرفي يؤثر أيضاً على تنوع الأفراد الذين سيتم اختيارهم كمحكمين من حيث الجنس والإقليم، مع نظام يقود إلى تنوع محدود نسبياً على الجبهتين.

هـ) التكاليف الباهظة

٣٣. كما أشرنا إليه مسبقاً، فمن ضمن مشاكل النظام أسلوب توليده للتكاليف^{٢٥}. وهذا ينبع من نقص الاتساق وإمكانية التنبؤ الكامنين في النظام حيث المحامي المجتهد يدفع بحجج قد تكون رُفضت في قضية أخرى على أمل تقبلها من محكمة أخرى. كما أن النفقات تنتج أيضاً من الحاجة إلى العثور على محكمين معينين ثم تعيينهم. فضلاً عن ذلك، فإن الأطراف المتنازعة ذاتها هي التي تتحمل أعباء التحكيم ومصاريف المؤسسات التحكيمية.

^{٢٣} Wagner, Markus, Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law (March 16, 2014). University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 36, No. 1, 2014-2015;

University of Miami Legal Studies Research Paper No. 2014-10.

^{٢٤} Roberts, Anthea "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States" (2010) American Journal of International Law, 104 (4) 179-225.

^{٢٥} See, Gaukrodger, D. and K. Gordon (2012), "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", OECD Working Papers on International Investment, 2012/03, OECD Publishing, p. 19 et seq..

٣٤. تلك العناصر إذا ما جُمعت إلى نفقات التقاضي الباهظة في المنازعات، وخاصة تعيين المحامي المتخصص، وطبيعة التقاضي الثقيلة، فإن التكاليف الإجمالية لرفع الدعوى أمام النظام الموجود بالفعل من شأنها أن تكون بمثابة تعجيز لعدد غير ضئيل من المستثمرين الصغار والمتوسطين.

(و) نقص الشفافية

٣٥. إن النظام الحالي، الذي يعتمد في الأساس على التحكيم التجاري أو ينبع منه لم يعتبر الشفافية على مر التاريخ كعنصر ضروري في حسم المنازعات. معنى ذلك أن المعلومة حول المنازعات الاستثمارية لا تُمنح للجمهور في جميع الحالات. في الوقت الذي تتخذ فيه بعض الخطوات الهامة من أجل تحسين هذا الوضع، من خلال التعديلات التي طرأت على قواعد تحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية بهدف تحقيق مستوى معين من الشفافية، وحتى تبني قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول واتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول (المعروفة باسم "اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية") للتوصل إلى زيادة قبول الأفراد المتنازعة للشفافية، فإن المشكلة تظل قائمة داخل النظام الحالي.

٦. الخلاصة

٣٦. توجد شواغل هامة بشأن نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول "ISDS" الحالي. يمكن تحديدها فيما يلي:

- نقص الاتساق وإمكانية التنبؤ الناجمين عن طابع النظام الظرفي؛

- نشوء شواغل هامة من التصور الذي يولده النظام؛

- قلة المراجعات المنهجية للصحة والاتساق في غياب نظام استئناف فعال؛

- طبيعة إجراء التعيين الذي يؤثر على نتائج إجراء التحكيم؛

- التكاليف الباهظة؛ و،

- نقص الشفافية.

٣٧. هذه الشواغل ذات طابع عام. حيث أنها تنبع من ترابط وتفاعل عدد من عناصر النظام فيما بينها، ولكن الأهم من ذلك كله طبيعة المحاكم الخاصة وغياب إعادة النظر في الاستئناف. كما أوضحناه أعلاه، فإن من أهم خصائص النظام الاستثماري الحالي المنازعات المتكررة، وعدم التحديد النسبي والعلاقة الرأسية في سياق حالات القانون الدولي العام والقانون العام. وتوضح المقارنة أن المجتمع الدولي والدول كل منها على حدة، عادة ما تختار إنشاء أو تطوير أجهزة قائمة دائمة للفصل في المنازعات في سياق تلك الأنظمة.

* * *