

Distr.: Limited
31 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 مقدّمة من جمهورية كوريا

مذكّرة من الأمانة

تستنسخ هذه المذكرة ورقة وردت في ٣١ تموز/يوليه ٢٠١٩، مقدّمة من حكومة جمهورية كوريا في سياق التحضير للدورة الثامنة والثلاثين للفريق العامل الثالث. والورقة المذكورة مستنسخة في مرفق هذه المذكرة بالصيغة التي تلقتها بها الأمانة.



المرفق

أولاً - مقدمة

تقدّر جمهورية كوريا ("كوريا") الجهود الجماعية التي بذلتها الدول الأعضاء المشاركة في الفريق العامل الثالث خلال الدورات الأربع الماضية لتحديد طائفة واسعة من الشواغل المتعلقة بآلية تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول الواردة في اتفاقات الاستثمار الدولية، واستكشاف الخيارات الممكنة للإصلاح. ولأن مناقشات الفريق العامل ستدخل المرحلة التالية في دورته الثامنة والثلاثين في تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٩، تود كوريا أن تقدم ملاحظاتها بشأن التركيز المستقبلي لأعمال الفريق العامل، من أجل المساهمة في المناقشات الجارية.

وبالنظر إلى الطابع المفتوح لمناقشات الفريق العامل والطبيعة المتطورة للمواضيع فإن كوريا تعتقد أن الفريق العامل سوف يستفيد إلى أقصى حد من اتخاذ موقف مرن في تقييم خيارات الإصلاح الممكنة، مع الحفاظ على الزخم الحالي. وفي هذا السياق، يتمثل هدف كوريا في تقديم إسهام عملي من أجل تيسير مناقشات الفريق العامل.

وفي هذه الورقة، التي تجسد أيضاً آراء متباينة مقدمة من الأوساط الأكاديمية والمجتمع المدني،^(١) تود كوريا أن تتناول ثلاثة مواضيع رئيسية: '١' أساليب المناقشات المقبلة؛ '٢' مواضيع إضافية لمناقشات الفريق العامل؛ '٣' المقترحات المتصلة بنهج الآلية الدائمة لتسوية المنازعات الاستثمارية الدولية ("الآلية الدائمة").

ثانياً - أساليب مناقشات الفريق العامل المقبلة

ظهر نهجان متميزان خلال دورات الفريق العامل السابقة. ويقترح أحد النهجين خيار إصلاح "تدريجي". كما يقترح أن تبحث الدول المزيد من الشواغل وأن تسعى إلى إدخال التغييرات اللازمة على الإطار الحالي لآلية تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.^(٢) ويقترح النهج الآخر أن تسعى الدول إلى إجراء إصلاحات "هيكلية". ويعني هذا النهج ضمناً أن الشواغل التي طُرحت حتى الآن تشير إلى ضرورة استكشاف إجراء إصلاح شامل لنظام تسوية المنازعات القائم.^(٣) وبعد أن

(١) نشر عدد من منظمات المجتمع المدني الكورية، المنضوية تحت اسم "منظمة تضامن الشعوب من أجل الديمقراطية القائمة على المشاركة"، بياناً مشتركاً قدمته إلى وزارة العدل الكورية في حزيران/يونيه ٢٠١٩، اقترحت فيه عدة خيارات للإصلاح فيما يتعلق بمناقشات الفريق العامل للأونسيترال. ويتضمن البيان '١' حظر التمويل المقدم من طرف ثالث؛ '٢' الاستنفاد الإلزامي لسبيل الانتصاف المحلية؛ '٣' توسيع نطاق مشاركة الأطراف الثالثة (بما فيها المجتمع المدني)؛ '٤' تعزيز استخدام المدعى عليهم للمطالبات المضادة؛ '٥' تعزيز الشفافية؛ '٦' درء المنازعات؛ بل حتى '٧' إلغاء نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. وأشارت إلى أن مناقشات الأونسيترال بشأن إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول هي فرصة عظيمة لوضع سياسة استثمارية أكثر ديمقراطية وأكثر مراعاة لحقوق الإنسان، تستند إلى أهداف الأمم المتحدة للتنمية المستدامة والأهداف الإنمائية للألفية.

Opinion on ISDS Reform submitted by Lawyers for Democratic Society and People's Solidarity for Participatory Democracy on June 27, 2019

(٢) A/CN.9/970، تقرير الفريق العامل الثالث (المعني بإصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول) عن أعمال دورته السابعة والثلاثين (نيويورك، ١-٥ نيسان/أبريل ٢٠١٩)، الفقرة ٦٨.

(٣) المرجع نفسه، الفقرة ٧١.

أدركت الدول وجود هذين النهجين المتميزين وما أحدثته الآراء المعرب عنها من انقسام في الفريق العامل، اتفقت على اعتماد نظام "ذي مسارين"، بحيث يستكشف الفريق العامل النهجين كليهما في مناقشاته المستقبلية، ويكرس نفس القدر من الوقت والموارد لكل منهما.^(٤)

والمهمة المتبقية هي كيفية إدارة هذا النهج الثنائي المسار على نحو عادل ومتوازن وكفء، بحيث يتسنى للدول تحقيق الأهداف الواردة في ولاية اللجنة. وكما نوقش بالفعل خلال الدورة السابعة والثلاثين للفريق العامل، فإن خطة ذات شقين للمناقشات والمفاوضات في إطار نظام المسارين ستفرض عبئاً لوجستياً على الدول الأعضاء وعلى الأمانة. ومن وجهة نظرنا، فقد نبهتنا الدورات الأربع الماضية إلى الأعباء اللوجستية الكبيرة التي تتحملها الدول الأعضاء والأمانة في تنظيم أعمال الفريق العامل والإعداد لها وإدارتها. وفي هذا الصدد، يمكن أن يضيف النظام ذو المسارين طبقة أخرى من التعقيد، ما لم تتم إدارته على النحو الواجب.

وأهم شيء، في رأي كوريا، هو أن النموذج ذا المسارين لا يجب أن يعني، في الواقع، وجود مجموعتين فرعيتين مختلفتين داخل الفريق العامل تعملان على نحو مستقل ومنفصل، أو السماح بوجودهما. فقد يؤدي ذلك لا إلى تعميق الانقسام داخل الفريق فحسب، بل قد يجعل أيضاً تحقيق الهدف أبعد منالاً، بسبب تزايد العقبات اللوجستية. ومن ثم ترى كوريا أن من الأهمية بمكان ضمان عدم تقسيم الفريق العامل إلى مجموعتين فرعيتين منفصلتين. وبدلاً من ذلك، ينبغي أن تكون هناك مجموعة واحدة، طوال هذه العملية، تعمل على مسارين مختلفين من المناقشات.

وللتوضيح، يجب أن تكون مناقشة كل مسار استمراراً لمناقشة المسار الآخر والعكس بالعكس. بعبارة أخرى، يجب ألا يكون هناك تعليق للمناقشات بشأن مسار واحد لبدء المسار الآخر. ويمكن للدول الأعضاء ببساطة أن تعدل طريقة نظرها في القضايا. وبالتالي، يمكن لمناقشات أحد المسارين تنوير مناقشات المسار الآخر بطريقة تكاملية. ولذلك يمكن الحفاظ على زخم المناقشات وكفاءة كفاءتها قدر الإمكان.

وتؤكد كوريا أن هذه الصيغة ممكنة لأننا نعتقد أن العناصر الموضوعية (أي الشواغل التي حُددت حتى الآن) التي ستناقش فيما يتعلق بالنهجين تظل كما هي (أو على الأقل تتداخل إلى حد بعيد). كما أن أهداف المناقشات ومواضيعها إما متطابقة أو متشابهة إلى حد بعيد. ويبدو أن الاختلاف الوحيد يكمن في كيفية معالجة الشواغل التي تم تحديدها. وإذا كان الأمر كذلك، فيمكن للفريق العامل أن ينظر في الصيغة التالية في كل أسبوع من الدورات المقبلة، يمكن أن يبدأ الفريق العامل المناقشة بتناول النهج التدريجي، ويمكن بعد ذلك نقل نتائج المناقشة إلى نهج الإصلاح الهيكلي؛ ولعل الاختلاف الوحيد في مناقشة الإصلاح الهيكلي سيكون هو النظر إلى نفس المسائل من منظور وضع آلية دائمة جديدة. وبالمثل، يمكن بعد ذلك نقل محتوى مناقشات مسار الإصلاح الهيكلي إلى المسار التدريجي عندما تستأنف الدورة التالية. وبعبارة أخرى، يمكن نقل المسائل التي نوقشت في أحد المسارين إلى الآخر على أساس مستمر. وتعتقد كوريا أنه يمكن من خلال التخطيط المسبق السليم تنفيذ هذا الاقتراح بطريقة تتسم بالكفاءة. ويمكن تكليف الأمانة بوضع خطة محددة في هذا الصدد.

(٤) المرجع نفسه، الفقرة ٨١.

وخلال هذه العملية، ترى كوريا أن من الأهمية بمكان احترام سلطة الرئيس التقديرية وصولها. ويمكن للرئيس ممارسة هذه السلطة التقديرية بطريقة مرنة، مع الحفاظ على التوازن العام والإنصاف. وينبغي أن يحظى كل مسار بقدر متساو من الوقت للمناقشات، من حيث المبدأ، شريطة أن يكون بإمكان الرئيس إعادة توزيع الوقت، حسب تطورات المناقشات.

وفيما يتعلق بالنتيجة النهائية لمناقشات الفريق العامل، تم التأكيد مراراً على أنه يجب ألا يكون هناك استنتاج محدد مسبقاً في هذه المرحلة بهذا الشأن. وينبغي أن يتأكد الفريق العامل من أن تظل النتيجة مفتوحة الاحتمالات. وهذه، في رأينا، أفضل طريقة ممكنة لتشجيع الدول على تقديم مساهمات مجدية وصریحة في أعمال الفريق العامل.

وفي نهاية المناقشات، يمكن طرح نتائج مناقشات المسارين لتناولها من أجل توحيدها أو تنظيمها أو تعديلها بصورة نهائية. ويفضل أن تكون هناك "حزمة" نهائية من النتائج. ويمكن، في إطار هذه الحزمة الواحدة النهائية، تقديم صك متعدد الأطراف للدول التي ترغب في هذا الخيار. ويمكن أن توفر الحزمة أيضاً توجيهات وبدائل يمكن للدول أن تختار منها لتطبيقها في اتفاقات الاستثمار الدولية التي تعقدتها في المستقبل. ويمكن للدولة ألا تختار أيًا من المسارين، أو أحدهما، أو كليهما، حسب ظروفها ومضمون الحزمة النهائية من النتائج.

ثالثاً - مواضيع إضافية لمناقشات الفريق العامل

ترغب كوريا في لفت انتباه الفريق العامل إلى المواضيع التالية لإثراء المناقشات الجارية: '١' تنظيم التمويل المقدم من طرف ثالث؛ '٢' التعاون الدولي في مجال درء المنازعات الاستثمارية؛ '٣' تنظيم مطالبات الصناديق التحوطية المتعددة الجنسيات.

١ - تنظيم التمويل المقدم من طرف ثالث

من خلال التعليقات والمعلومات المستمدة من الدورات السابقة، سلّم على نطاق واسع بأن الممارسة المتمثلة في التمويل المقدم من طرف ثالث شهدت نمواً كبيراً من حيث عدد الممولين العاملين، فضلاً عن مقدار رأس المال المتاح.^(٥) وفي كوريا، توجد مجموعة متنوعة من الآراء حول كيفية التعامل مع التمويل المقدم من طرف ثالث. فمُنظمات المجتمع المدني تؤكد أن التمويل المقدم من طرف ثالث ينبغي حظره من حيث المبدأ، على أن يُسمح به في ظروف استثنائية من أجل ضمان الوصول إلى العدالة.^(٦) غير أنه، بافتراض أن مناقشات الفريق العامل تسير في اتجاه تنظيم التمويل المقدم من طرف ثالث، لا باتجاه حظره الكامل، نود أن نقدم بعض النقاط للنظر فيها.

(٥) الإصلاحات الممكنة في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول: التمويل من طرف ثالث، مذكرة من الأمانة، وثيقة الأمم المتحدة A/CN.9/WG.III/WP.157، الفقرة ٧؛ وتقرير الفريق العامل الثالث (المعني بإصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول) عن أعمال دورته الخامسة والثلاثين (نيويورك، ٢٣-٢٧ نيسان/أبريل ٢٠١٨)، وثيقة الأمم المتحدة A/CN.9/935، الفقرة ٨٩.

(٦) *Opinion on ISDS Reform submitted by Lawyers for Democratic Society and People's Solidarity for Participatory Democracy on June 27, 2019*

لقد أظهرت المناقشات السابقة في الفريق العامل أن لدى الدول فهما مشتركا للأسس المنطقية الأساسية لضرورة تنظيم التمويل المقدم من طرف ثالث، مثل معالجة مسائل تضارب المصالح الخفي بين المحكّمين والممولين، والسيطرة والتأثير غير المريرين للطرف الثالث على إدارة القضايا أو تسوية المنازعات، والمشاكل المتعلقة بالسرية، وضمانات التكاليف، وازدياد المطالبات العبيثة.^(٧) وتساور كوريا نفس الشواغل، وتود أن تؤكد من جديد اهتمامها ببدء مناقشة شاملة بشأن هذا الموضوع. ومن الأفضل معالجة هذه المناقشة في ثلاث مراحل هي: نطاق التنظيم؛ وواجب الإفصاح والمتطلبات ذات الصلة؛ وتدابير الإنفاذ.

فمن حيث نطاق التنظيم، يمكن التركيز على ضرورة إدراج المستشارين والممثلين القانونيين في نطاق التنظيم المحتمل للتمويل المقدم من طرف ثالث. وقد حُدّد عدم قدرة الطرف على الامتثال لقرارات التحكيم المعاكسة (بما في ذلك القرارات المعاكسة بشأن التكاليف) كأحد الشواغل الأساسية من وراء تنظيم التمويل المقدم من طرف ثالث.^(٨) وينطبق ذلك بصفة خاصة على الدول المدّعى عليها، حيث كانت هناك حالات حُكِمَ فيها للدول بالتكاليف ولكنها فشلت في تحصيلها في النهاية.^(٩) وتشكل ترتيبات الرسوم البديلة، مثل ترتيبات الأتعاب المشروطة، أمثلة كلاسيكية على التمويل المقدم من ممثلي الأطراف، ويمكن في كثير من الحالات أن تنطوي على خطر أن يكون أحد الأطراف معسراً. كما أن ضمان التنظيم المرتقب للتمويل المقدم من طرف ثالث، لكي يشمل تكاليف المستشارين والممثلين القانونيين، يمكن أن يساعد على تعزيز فعالية هذا التنظيم الجديد.

وبالنسبة لمتطلبات الإفصاح، يمكن إضافة حكم صريح ينص على حضور الأطراف لواجب الإفصاح فيما يخص وجود تمويل مقدم من طرف ثالث، وهوية الجهة الممولة، وربما الطبيعة العامة لاتفاق التمويل ذي الصلة المقدم من الطرف الثالث وأحكامه. ويمكن تكملة المتطلبات ذات الصلة من خلال اتفاقات الاستثمار الدولية أو من خلال تحويل السلطة للمحكمة بأن تأمر بإفصاح أو سع نطاقاً عندما تعتبر ذلك ضرورياً. وعلاوة على ذلك، يمكن للمحكمة، بعد أن تأخذ في الاعتبار ظروف المنازعة ذات الصلة، مثل وجود تمويل مقدم من طرف ثالث وطبيعة ترتيباته، أن تأمر بتقديم ضمان للتكاليف من أجل معالجة احتمال أن يكون أحد الأطراف معسراً.

وفي حال وقوع أي خرق أو عدم امتثال لهذه المتطلبات، سيكون من الضروري وجود وسيلة سليمة للإنفاذ. وفي هذا الصدد، يمكن أن يكون إيقاف الإجراءات - الذي قد يؤدي إلى إنهاء الإجراءات - أو إمكانية التوزيع المعاكس للتكاليف، خيارين مجددين. كما يمكن النص على أنه يجوز للمحكمة اتخاذ عدم الإفصاح أساساً لتطبيق استدلال سلمي على الطرف المعني.

(٧) الإصلاحات الممكنة في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول: التمويل من طرف ثالث، مذكرة من الأمانة، وثيقة الأمم المتحدة A/CN.9/WG.III/WP.157، الفقرة ١٦-٣٤.

(٨) الإصلاحات الممكنة في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول: التمويل من طرف ثالث، مذكرة من الأمانة، وثيقة الأمم المتحدة A/CN.9/WG.III/WP.157، الفقرة ٣١.

(٩) ICSID Secretariat, *Survey for ICSID Member States on Compliance with ICSID Awards (2017)*, at 4; Christine Sim, *Security for Costs in Investor-State Arbitration*, 33(3) ARBITRATION INTERNATIONAL 427, at 461-462.

وقد قدمت كوريا تعليقات على هذه المسألة في سياق تعديلات قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.^(١٠) وتقدم المناقشات الحالية لتعديل قواعد المركز المذكور بشأن التمويل المقدم من طرف ثالث، بمدخلات من أمانة المركز ومن الدول المشاركة، إسهاماً هاماً في المناقشات المقبلة بشأن هذه المسألة في إطار الفريق العامل.

٢- التعاون الدولي لدرء المنازعات الاستثمارية ومعالجتها

تتطلب الاستجابة لإجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول قدراً كبيراً من الوقت والتكاليف، كما أكدت العديد من الدراسات. وترى كوريا أن التركيز على "درء" المنازعات، بدلاً من تنظيم "ما بعد نشوب المنازعة"، هو أكثر فعالية من حيث التكلفة. وفي الواقع، تبذل كوريا جهوداً متواصلة لوضع وتنفيذ تدابير لدرء المنازعات بين المستثمرين والدول بما في ذلك، على نحو ما لاحظت بعض الدول الأعضاء خلال مناقشاتنا، نظام أمين المظالم ونشر الكتيبات.

وتشير تجربة كوريا إلى أن نظام أمين المظالم المعني بالاستثمار الأجنبي يمكن أن يكون عنصراً قيماً لاستبقاء الاستثمار ودرء المنازعات، من خلال توفير "رعاية لاحقة" شاملة للمستثمرين الأجانب. فمن خلال هذا النظام، يمكن معالجة الشكاوى وتقوم التباينات بين الهيئات ذات الصلة. ويمكن أن يساعد نظام أمين المظالم على منع تصعيد الشكاوى إلى مستوى منازعة استثمارية. وتنتشر الحكومة الكورية أدلة وكتيبات عن تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وتعممها من أجل توفير معلومات عامة عن درء المنازعات وعن معاني الأحكام الرئيسية لاتفاقات الاستثمار الدولية. وتقدم الوزارة المسؤولة، بناءً على طلب من الهيئات الحكومية أو البلديات المحلية أو الكيانات العامة، محاضرات وحلقات دراسية حول درء المنازعات بين المستثمرين والدول بناءً على المعلومات الواردة في تلك الأدلة.

ومن الجدير بالذكر أن كوريا تعلمت من تجربتها مع سلسلة حديثة من قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول أن تراكم الخبرة والتجربة والمعرفة والقدرات المؤسسية يؤدي دوراً حاسماً في المعالجة الفعالة للمنازعات الاستثمارية، لا سيما في المراحل المبكرة من التحكيم الاستثماري. وفي هذا السياق، ترى كوريا أن الدول الأعضاء يمكن أن تستفيد كثيراً من وضع طريقة منهجية لتبادل المعارف والممارسات الناجحة في مجال درء المنازعات ومعالجتها. وقد أثارت حكومة تايلند من قبل نقطة مماثلة في الفريق العامل،^(١١) واقترحت أن يستكشف الفريق العامل استحداث "مبادئ توجيهية بشأن درء نشوء المنازعات" وإنشاء "مركز استشاري معني بقانون الاستثمار الدولي".^(١٢) وتقر كوريا بمزايا هذين المقترحين وتدعمهما.

(١٠) *The Republic of Korea's Further Comments to ICSID Rule Amendments*, at 3-5, 9-11. متاحة على الموقع الشبكي:

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Korea_CommentsWP2_06.28.2019.pdf

(١١) إمكانية إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول: مذكرة من الأمانة، وثيقة الأمم المتحدة A/CN.9/WG.III/WP.149، الفقرة ٥٩.

(١٢) ورقة مقدمة من حكومة تايلند، وثيقة الأمم المتحدة A/CN.9/WG.III/WP.162، الفقرات ٢٥-٢٧.

ويمكن أن يصبح المركز الاستشاري مركزاً لجمع أفضل الممارسات والمعلومات المؤسسية ونشرها. كما يمكن أن يساعد الدول النامية من خلال نشر مبادئ توجيهية بشأن السياسات، وتوفير التثقيف بشأن درء المنازعات، وإنشاء قاعدة بيانات لقرارات التحكيم والقرارات الأخرى، وتقديم المشورة القانونية بشأن كيفية إدارة المنازعات المحتملة. وفي هذا السياق، تود كوريا أن تضيف أن شبكة من المراكز الاستشارية الإقليمية قد تكون أكثر فعالية في العمل على تحقيق هذا الهدف. وتود كوريا أن تغتنم هذه الفرصة لتبلغ الدول الأعضاء بأنها ترى أن مركز الأونسيترال الإقليمي القائم لآسيا والمحيط الهادئ قد يكون خياراً مجدياً لتحمل تلك المسؤوليات.

٣- المطالبات المقدمة من الصناديق التحوطية المتعددة الجنسيات

تود كوريا أن تسترعي انتباه الدول الأعضاء إلى ضرورة تنظيم المطالبات التعسفية المقدمة من الصناديق التحوطية المتعددة الجنسيات، كنقطة أخيرة لمزيد من المناقشات في الفريق العامل.^(١٣) وكما أشارت بعض الوفود، عن حق، خلال الدورات السابقة، فإن عدد المطالبات المقدمة من الصناديق المتعددة الجنسيات، وكذلك حجمها، قد ازداد. وعلى الرغم من الطعون المتزايدة بشأن مدى توافق هذه الصناديق مع الغاية والغرض من اتفاقات الاستثمار الدولية، يُزعم أن بعضها يُسيء استغلال هيكله التي تتخذ شكل شركات متعددة الطبقات وغامضة (مصممة خصيصاً للأغراض الضريبية عادة) في "التسويق" بحثاً عن قضايا تسوية المنازعات في ولايات قضائية مختلفة.

وتهدف اتفاقات الاستثمار الدولية الموقعة والمصدق عليها حتى الآن كلها تقريباً إلى تحقيق الهدف المتمثل في تعزيز التنمية الاقتصادية للدول الأطراف من خلال تهيئة الظروف التي يرجح أن يدخل في ظلها المستثمرون الأجانب إلى البلد، مع حماية حقوق المستثمرين الأجانب في نفس الوقت.^(١٤) وتفرض اتفاقات الاستثمار الدولية عموماً قيوداً على نطاق الحماية الموضوعية والولاية القضائية، من خلال النص على الاستثمارات "المشمولة" أو "المحمية" والمستثمرين. وفي هذا الصدد، أكدت قرارات التحكيم السابقة أن الاستثمارات الجديدة بالحماية يجب أن تتمتع بصفات معينة، مثل المدة الكافية والمساهمات في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.^(١٥) ومع ذلك، لم تُنح لنظام اتفاقات الاستثمار الدولية الحالي الفرصة للتدقيق من هذا المنظور في الطبيعة الفريدة لمطالبات الصناديق التحوطية على المدى القصير. كما لم تنظر هيئات التحكيم في هذه الظاهرة ولم تستحدث الاجتهادات القضائية المناسبة. ويمكن طرح أسئلة حول ما إذا كانت هذه الصناديق تفي أو لا تفي بالمتطلبات الأساسية لتكون "استثماراً" و/أو "مستثماراً"، وكيف.

(١٣) في الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.149، إمكانية إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول: مذكرة من الأمانة، القسم ألف-٢ من المرفق، أشير إلى إساءة استخدام الإجراءات بوصفها إحدى المشاكل الحالية لآلية تسوية المنازعات.

(١٤) KENNETH VANDEVELDE, *BILATERAL INVESTMENT TREATIES: HISTORY, POLICY, AND INTERPRETATION*, (١٤) Oxford University Press (2009), at 1-2.

(١٥) اعترف بمذنبين المتطلبين منذ أمد طويل باعتبارهما يشكلان جزءاً لا يتجزأ مما يسمى "اختبار ساليبي". انظر CHRISTOPH SCHREUER ET AL., *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* (2ND EDITION), انظر Cambridge University Press (2009), at 130-134.

رابعاً - المناقشة بشأن آلية دائمة

على الرغم من أن كوريا تعتقد أن الإصلاح الهيكلي هو أحد الخيارات العملية لمعالجة الشواغل التي سبق تحديدها من جانب الدول فيما يتعلق بالنظام الحالي لتسوية المنازعات بين المستثمرين، إلا أنها ترى أنه، قبل أن يصل الفريق العامل إلى أي استنتاج سابق لأوانه، من الضروري أولاً استكشاف المسائل القانونية والتحديات اللوجستية المتعلقة بهذا الإصلاح الهيكلي الشامل وبحثها بعناية ودقة. ونود أن نشير إلى أن الإصلاح الهيكلي قد تترتب عليه عواقب غير مقصودة أو غير متوقعة في كثير من النواحي، لأن الفريق العامل بصدد مراجعة نظام عمره ٥٣ عاماً أنتج أكثر من ٣٣٠٠ من اتفاقات الاستثمار الدولية. وعلى وجه الخصوص، فإن من شأن توفر صورة أوضح لترتيب متعدد الأطراف، مثل آلية دائمة، لا تشمل نقاط قوتها فحسب بل نقاط ضعفها أيضاً، أن يساعد الدول على تقليل هذه الآثار غير المقصودة إلى أدنى حد والاستعداد لها.

وقد يكون التوافق مع النظام الحالي لتسوية المنازعات بين المستثمرين من المسائل التي تستحق أكبر قدر من الاهتمام. وينبغي إيلاء مزيد من الاهتمام لتوافق الترتيب المتعدد الأطراف المرتقب مع الاتفاقية الحالية لتسوية المنازعات الاستثمارية الناشئة بين الدول ورعايا الدول الأخرى، واتفاقية نيويورك، واتفاقات الاستثمار الدولية التي أبرمتها الدول. وبصفة أكثر تحديداً، قد تسعى الدول للحصول على توضيح بشأن ما إذا كان سيتعين تعديل هذه الصكوك القائمة لاستيعاب الآلية الدائمة المرتقبة. وقد يتعين على بعض الدول الأعضاء أيضاً تعديل تشريعاتها الداخلية.

وهناك مسألة هامة أخرى هي المدة التي قد تستغرقها الفترة الانتقالية. ويبدو أن من الممكن أن تواجه بعض الدول موقفاً تتعامل فيه مع نظامين مختلفين خلال الفترة الانتقالية. فسيُتبع على الدول التعامل مع إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بموجب اتفاقات الاستثمار الدولية القائمة الخاصة بها، وفي الوقت نفسه التعامل مع الإجراءات في إطار آلية دائمة حديثة الإنشاء. وبالنسبة لبعض الدول، قد يعني ذلك طبقة أخرى من التجزؤ فيما يتعلق بتسوية المنازعات الاستثمارية. ولذلك، يبدو أن كيفية التعامل مع هذا الموقف خلال الفترة الانتقالية هو موضوع مناقشة مهم للفريق العامل.

وبالإضافة إلى ذلك، سيكون اختيار القضاة تحدياً عملياً آخر. وفيما يتعلق بمعايير الاختيار، يجب مراعاة العديد من العوامل، مثل التمثيل الإقليمي، وتنوع الخلفيات، والخبرة المثبتة. وستكون لوضع عملية اختيار مقبولة نفس الأهمية. وسيكون اختيار قضاة يمكنهم معالجة الشواغل المحددة واستبقاؤهم أساسياً لنجاح الإصلاح. وبالمثل، فإن إيجاد صيغة لتأمين الموارد المالية اللازمة لتمويل الترتيب الجديد المتعدد الأطراف وتوزيع التكاليف بين الدول يستحق عناية دقيقة من الفريق العامل. وما إذا كان خيار الإصلاح الهيكلي سيكون قابلاً للتطبيق ومجدياً حقاً سيتوقف، في نهاية المطاف، على كيفية معالجة الفريق العامل لهذه المسائل المحددة وتفكيره الكافي فيها.

وفي هذا السياق، تعتقد كوريا أن مناقشات الفريق العامل بشأن الإصلاحات الهيكلية قد تكون أكثر فائدة إذا أمكن إجراؤها مع مراعاة هذه الآثار النظامية والتحديات العملية.