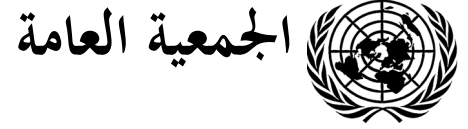


Distr.: Limited  
9 November 2018  
Arabic  
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي  
الفريق العامل الثالث (المعني بإصلاح نظام تسوية المنازعات  
بين المستثمرين والدول)  
الدورة السابعة والثلاثون  
نيويورك، ١-٥ نيسان/أبريل ٢٠١٩

## الإصلاحات الممكنة في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

### تعليقات مقدمة من حكومة إندونيسيا

#### مذكرة من الأمانة

تحضيراً لدورة الفريق العامل السابعة والثلاثين، قدّمت حكومة إندونيسيا إلى الأمانة منظوراً موجزاً بشأن إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. وقد قدّمت الصيغة الإنكليزية للورقة إلى الأمانة في ٢٩ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٨. ويرد في مرفق هذه المذكرة النصّ الذي تلقتة الأمانة مستنسخاً بالشكل الذي وردّ به.



## المرفق

## إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول: منظور وجيز مقدم من إندونيسيا

[الأصل: بالإنكليزية]

[التاريخ: ٢٩ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٨]

### ألف - مقدمة

- ١- تهدف هذه الورقة إلى عرض منظور إندونيسيا بشأن الشواغل المتعلقة بنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. ويستند النقاش بشأن الإصلاح المقترح لنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول في إطار الأونسيترال إلى ثنائية الموضوع - الإجراءات. وترى إندونيسيا أن هذه الثنائية قد تؤدي بالفعل إلى تفويض الغرض من إرساء آلية مجدية لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، إذ إنه يصعب الفصل بين الموضوع والإجراءات.
- ٢- وترى إندونيسيا أن القانون الإجرائي هو بطبيعته موضوعي، والعكس بالعكس. فالأحكام الموضوعية والإجرائية في اتفاقات الاستثمار الدولية متداخلة بطبيعتها.
- ٣- وعلاوةً على ذلك، سوف تتوسع هذه الورقة في عرض منظور إندونيسيا بشأن إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، تجسيداً لمراجعة إندونيسيا لمعاهدات الاستثمار الثنائية التي أبرمت بين عامي ٢٠١٤ و ٢٠١٦.
- ٤- ولا تلمس هذه الورقة بالموقف الذي ستتخذه حكومة إندونيسيا في المرحلة الثالثة من المداولات بشأن الحل الذي سيوصى به إذا كان الإصلاح مستصوباً من جميع الدول.

### باء - الموقف العام في عملية إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

- ٥- قد تستفيد عملية إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول من إشراك جميع الجهات المعنية، العامة منها والخاصة، التي تمثل المصالح التجارية وغير التجارية في العملية التبادلية لضمان التوازن وتحقيق نتائج يمكن أن تحظى بقبول واسع من جانب الدول والمستثمرين والأطراف الثالثة على حد سواء.
- ٦- وينبغي لعملية إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول أن تجسد جهداً يرمي إلى تحقيق توازن بين حقوق والتزامات جميع الجهات المعنية صاحبة المصلحة، من خلال حماية المستثمرين واستثماراتهم مع الحفاظ على حيز للسياسة العامة للدولة وحقها في تنظيم الاستثمارات الأجنبية في أقاليمها.

## جيم - الشواغل التي يتعين معالجتها فيما يتعلق بنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

٧- في عام ٢٠١٤، اتخذت إندونيسيا قراراً مهماً بمراجعة جميع اتفاقات الاستثمار الدولية القائمة، وذلك بعد المعاناة من عدة إجراءات تحكيم استثماري. ويكمن الأساس المنطقي لعملية المراجعة تلك في تقييم أثر اتفاقات الاستثمار الدولية القائمة في حقوق إندونيسيا في تحديد أهدافها السياسية المشروعة والسعي إلى تحقيقها، وكذلك تحديث اتفاقات الاستثمار الدولية بحيث تتضمن مبادئ وأحكاماً ترسي توازناً أكثر إنصافاً بين أهداف المستثمرين الأجانب وأهداف الدولة المضيفة. ويرد أدناه شرح أوفى للشواغل المتعلقة بآلية تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

### المطالبات العيبية

- ٨- تجدر الإشارة إلى أن المدعين في أي نظام قانوني يميلون إلى استهلال دعاوهم بمطالبات تعويضية مبالغ فيها. وتُقدّم المطالبة المبالغ فيها على أمل أن تُعتبر المطالبة التي تنطوي على قدر أقل من المبالغة ولكنها تظل مع ذلك غير قابلة للدفاع عنها معقولة لدى مقارنتها بالمطالبة المبالغ فيها. وعادةً ما تكون الفجوة بين تقييم المدعي والمدعى عليه كبيرة في منازعات المستثمرين والدول المتعلقة بالموارد الطبيعية. وتتطلب هذه الفجوة عملية تقييم معقدة للمنشآت التجارية ونظاماً للضوابط والموازن من أجل الحد من مخاطر إساءة الاستغلال. ويؤدي إخفاق المحكمين في كبح هذه المخاطر إلى أخطاء اقتصادية فادحة، وكثيراً ما تكون الدول هي من يدفع ثمن هذه الأخطاء.
- ٩- ولتبيد هذا الشاغل، ينبغي وضع مبادئ توجيهية تتضمن آلية للضوابط والموازن الخاصة بالمطالبات، وطريقة معتمدة لتقييم المنشآت التجارية وفقاً لمعايير الإبلاغ المالي المعترف بها دولياً، ومدونة قواعد لسلوك لمحكمين في الحكم على ذلك التقييم، وآلية لرفض المطالبات العيبية في مرحلة مبكرة.

### الجمود التنظيمي

- ١٠- هناك أيضاً شواهد تدل على أن خطر اللجوء إلى نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول يمكن أن يؤدي إلى "جمود تنظيمي"، إذ تصبح الحكومات مترددة في اتخاذ التدابير التنظيمية المشروعة في إطار المصلحة العامة خوفاً من المطالبات، مما يعيق حق الحكومة في التنظيم. فحالما تُدخل الحكومة تغييرات في أنظمة قائمة أو تصدر أنظمة جديدة، تُعرض نفسها لمطالبات قانونية محتملة من جانب المستثمرين. والخشية من إصدار هيئات التحكيم الدولي قرارات لصالح المستثمرين قد تؤثر على ما تتخذه الحكومات من تدابير لإجراء تغييرات سياسية مشروعة في المستقبل. ونتيجة لذلك، تخاطر الحكومات بفقدان حيزها السياسي وبتقييد حقها في وضع اللوائح التنظيمية خوفاً من تعرضها للمقاضاة أو مواجهة تهديدات المستثمرين الساخطين.

## إنشاء نظام مواز للفصل في القضايا

- ١١ - يتيح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول للمستثمرين الأجانب تفادي الإجراءات القانونية المحلية ومقاضاة البلد المضيف أمام هيئات التحكيم الدولي. بل إن المستثمرين يمكنهم الطعن فيما تتخذه الحكومة من تدابير هي، في واقع الأمر، متوافقة مع دستورها وقوانينها.
- ١٢ - وقد قدمت مقترحات لإدخال قيود إجرائية من خلال قاعدة سبل الانتصاف المحلية، التي تقضي بأن يقدم المستثمرون مطالباتهم عن طريق المحاكم المحلية أولاً قبل أن يتاح لهم الوصول إلى نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول (استنفاد سبل الانتصاف المحلية). وتعترف هيئات التحكيم التي تتبع نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بأهمية وجود محكمة إدارية وطنية لضبط سلطة الدولة والتمسك بسيادة القانون من خلال توفير سبل انتصاف للكيانات والشخصيات الخاضعة للتنظيم في مواجهة سوء سلوك الدولة. وتتناول المحاكم الإدارية الوطنية ونظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وقائع أو حالات مماثلة فيما يخص المستثمرين، مثل عدم مراعاة الأصول الإجرائية أو الرفض الجائر أو التعسفي لمنح التراخيص، وكذلك اللجوء إلى نزع الملكية وإدخال تغييرات في السياسات التنظيمية أو الضريبية.

## مصادقية نظام التحكيم الدولي

- ١٣ - تتسم قرارات التحكيم التي تصدرها هيئات التحكيم الاستثماري بالتضارب، بل وبالتناقض، في بعض الأحيان، ولا توجد آلية مناسبة لمعالجة حالات التضارب تلك أو للحد منها. ويمكن لقرارات التحكيم المتضاربة أن تؤثر سلباً على موثوقية نظام التحكيم الاستثماري وفعالته وقابليته للاستقرار، وكذلك على مصداقيته في المدى الطويل.
- ١٤ - وثمة أمر آخر يتعلق بمسألتي استقلال المحكّمين وحيادهم، هو تبادل الأدوار بين المحكّمين والمستشارين والخبراء في مختلف القضايا. كما أنهم يراوون أحياناً بين ممارستهم المتعلقة بالتحكيم الخاص وممارسات الخدمة العمومية (الاضطلاع بأدوار مزدوجة أو ثلاثية)؛ وتفيد التقارير بأن هناك عدة محكّمين يضطلعون بأدوار حكومية رسمية أو غير رسمية في التفاوض بشأن أنواع اتفاقات الاستثمار الدولية نفسها التي يفصلون فيها ويعالجونها في القطاع الخاص، وهو ما يؤدي إلى نشوء انطباع بالتحيز والافتقار إلى الاستقلالية.

## دال - الخيارات المتاحة لإصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

- ١٥ - ترى إندونيسيا أنّ الحفاظ على النهج التقليدي لنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول يكاد لا يعتبر خياراً صالحاً، بالنظر إلى الانتقادات الموجهة حالياً إلى آليته القائمة. ولذلك يُقترح إدخال تحسينات على النهج التقليدي لذلك النظام بما يحدُّ على نحو فعال من تعرض الدولة للمخاطر القانونية والمالية الناجمة عن آلية ذلك النظام. واستناداً إلى عملية مراجعة إندونيسيا لمعاهدات الاستثمار الثنائية، ترد فيما يلي مجموعة من الخيارات التي يمكن التوسع في مناقشتها بشأن إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول:

- توفير المزيد من الضمانات في الأحكام الموضوعية وأحكام نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بحيث يمكن معالجة حقوق المستثمرين والتزامهم على نحو منصف.
- السماح للمستثمرين بتقديم مطالباتهم إلى هيئات التحكيم الدولي بعد استنفاد سبل الانتصاف المحلية.
- اشتراط الحصول على موافقة كتابية منفصلة كي يقدم المستثمر مطالباته المتعلقة بتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول إلى التحكيم الدولي.
- الأخذ بالوساطة الإلزامية كسبيل بديل لحل المنازعات قبل اللجوء إلى نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

توفير المزيد من الضمانات في الأحكام الموضوعية والأحكام الخاصة بتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بحيث يمكن معالجة حقوق المستثمرين والتزامهم على نحو منصف

١٦- قد لا يشكل استبعاد أحكام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول نهجاً حكيماً، لا سيما إذا كان القصد الرئيسي هو جذب الاستثمارات الأجنبية. ومن ثم، فإن إندونيسيا تنظر بالأحرى في اعتماد نهج أكثر توازناً في سياق تحديث نموذجها الخاص بالمعاهدات الاستثمارية ليشمل المزيد من الضمانات في الأحكام الموضوعية والأحكام الخاصة بتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول على السواء. ومن الضمانات التي تعتبرها إندونيسيا مهمة وضع تعريف الاستثمار (تعريف يستند إلى الموجودات مع بعض الاستثناءات والقيود)، وللاستثمار المستر (يشترط اجتياز اختبار قبول وفقاً للقوانين الداخلية)، ووضع مواد تشريعية بشأن الحق في التنظيم، وتدابير مكافحة الفساد، والمسؤولية الاجتماعية للشركات، واستبعاد المطالبات، والاستثناءات العامة والأمنية، وميزان المدفوعات، والتدابير التحوطية، والدين العام.

السماح للمستثمرين بتقديم مطالباتهم إلى التحكيم الدولي بعد استنفاد سبل الانتصاف المحلية

١٧- تنظر إندونيسيا أيضاً في خيار الاشتراط على المستثمرين أن يستنفدوا سبل الانتصاف المحلية قبل تقديم مطالبة في إطار نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. وإضافةً إلى ذلك، يتعين على الدول أن تدعم نظمها القانونية الداخلية باعتماد قوانين ولوائح ذات صلة لتوفير سبل انتصاف للمستثمرين الأجانب في غضون فترة زمنية معقولة. ويتسق شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية مع القانون الدولي العرفي من حيث ضرورة كون تلك السبل هي المسار الأول الذي ينبغي أن تلجأ إليه الدولة للتسوية قبل أن يمكن استهلال أي إجراءات في سياق التحكيم الدولي.

اشتراط الحصول على موافقة كتابية منفصلة كي يقدم المستثمر مطالباته في إطار نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول إلى التحكيم الدولي

١٨- تماشياً مع النهج الجديد المقترح، لا تكون للتحكيم الدولي ولاية الفصل في المنازعات بين المستثمرين والدول إلا إذا أبرم المستثمر المعني والدولة المضيفة اتفاقاً بشأن تقديم المنازعات

الناشئة بينهما إلى التحكيم الدولي. وتنظر إندونيسيا في استحداث شرط الحصول على موافقة منفصلة في شكل اتفاق كتابي قبل أن يمكن للمستثمر إحالة المسألة إلى التحكيم الدولي. وسيلزم الحصول على موافقة كتابية أو اتفاق خاص ينص على تسوية المنازعة عن طريق التحكيم الدولي مع تحديد تفاصيل المنازعة، مثل اسم المستثمر المنازع وعنوانه، وأحكام الاتفاق الذي يُرَعَم انتهاكُه، والأساس الوقائي والقانوني للمطالبة. ولا يمكن أن يُفهم هذا النهج على أنه وسيلة تتجنب بها الدول التحكيم الدولي كلياً.

#### الوساطة الإلزامية

١٩- يُنظر أيضاً في استخدام طرائق أخرى لتسوية المنازعات غير التحكيم، كبدايل محتملة لنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. إذ يمكن للدول أن تستخدم الأدوات المنصوص عليها في معاهداتها الاستثمارية لتقليص مدة الإجراءات وتكاليفها من خلال استخدام سبل بديلة لتسوية المنازعات بخلاف التحكيم، مثل الوساطة. وترى إندونيسيا أن الوساطة الإلزامية، بعد استنفاد عملية التشاور، تمثل مخرجاً لتفادي تصعيد المنازعة إلى منازعة قانونية يمكن أن تكون باهظة التكلفة ومضرة بالعلاقة بين الأطراف المتنازعة. ويلتمس المستثمرون، تبعاً لمقتضيات الحالة، مساعدة وسيط لحل المنازعات حالما يوجه إشعار بشأن منازعة محتملة ضد الدولة وتُستنفد عملية التشاور.

٢٠- وقد استحدثت إندونيسيا إجراءات الوساطة هذه في مفاوضاتها الثنائية بشأن اتفاقات الاستثمار الدولي كأداة بديلة لتسوية المنازعات تكون ملزمة للمستثمرين قبل أن يمكنهم اللجوء إلى نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. ويؤمل أن يساعد اتخاذ خطوة رسمية في هذه العملية على إبراز صورة الإجراءات البديلة لتسوية المنازعات كبديل فعال، بالنظر إلى الطبيعة التخاصمية للتقاضي والتحكيم الدولي.

#### هاء- الخاتمة

٢١- يشكل الحكم المتعلق بتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، الذي زاد من تعرض الدول لمطالبات المستثمرين في التحكيم الدولي، أحد أهم الشواغل لدى إندونيسيا. ولذلك، يُقترح أن تنظر الأونسيترال في إمكانية إدخال تحسينات على النهج التقليدي لنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بما يحدُّ على نحو فعال من تعرض الدولة دون ضرورة للمخاطر القانونية والمالية الناجمة عن آلية تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. ولا يزال هناك الكثير مما يتعين القيام به مستقبلاً في هذا المجال من مجالات البحث.