

المنظمة الاستشارية القانونية الآسيوية الأفريقية



تقرير حول عمل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والمنظمات الدولية أخرى في مجال قانون التجارة الدولية

تم إعدادها من قبل:

أمانة ألكو

29 سي، ريزال مارج،

دبلوماسيك انكليف، تشاناكياپوري،

نيودلهي – 110021

الهند

تقرير حول عمل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والمنظمات الدولية أخرى في مجال قانون التجارة الدولية

جدول المحتويات

3	أولاً. مقدمة.....
3	أ. تمهيد
6	ب. قضايا للمداولة المركزة في الدورة السنوية الرابعة والخمسين لآلكو، عام 2015
6	ثانياً. اتفاقيات الاستثمار الدولية والدول المضيفة.....
8	ثالثاً. تكلفة التقاضي، نقص الخبرة وتقليص الحيز السياسي.....
9	رابعاً. الشفافية في التحكيم- التطورات في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.....
10	خامساً. تسوية النزاع بين المستثمر والدولة: عيوبه واستجابة الدولة.....
11	سادساً. تعليقات وملاحظات أمانة آلكو.....
14	سابعاً. الملحق.....

تقرير حول عمل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والمنظمات الدولية أخرى في مجال قانون التجارة الدولية*

أولاً. مقدمة

أ. تمهيد

1. تم تضمين القضايا المتعلقة بالقانون التجاري الدولي في جدول أعمال المنظمة الإستشارية القانونية الآسيوية الأفريقية (آكو) لأول مرة في الدورة الثالثة (كولومبو) في عام 1960، بموجب الإشارة التي أدلت بها حكومة الهند. في الدورة الرابعة لعام 1961 (طوكيو)، دُرِسَ موضوع "تناقض القوانين المتعلقة بالمبيعات والمشتريات في المعاملات التجارية بين الدول أو مواطنيها" من قبل الدول الأعضاء.

2. سُكِّلت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2205(XXI) التي عقدت دورتها الأولى في نيويورك في عام 1968، واختيرت البنود الرئيسية للدراسة والبحث من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي متضمنةً موضوع "البيع الدولي للبضائع". وتم تفويضها لإزالة العقبات القانونية للتجارة الدولية من خلال التحديث التدريجي والتوافق مع القانون التجاري. وتحضّر النصوص القانونية في عدد من المجالات الرئيسية مثل تسوية النزاع التجاري الدولي، التجارة الإلكترونية، الإفلاس، تسديد الديون الدولية، بيع البضائع، قانون النقل، المشتريات وتطوير البنية التحتية. في الدورة الثانية للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في عام 1969، ممثلي غانا والهند بأنه يجب على اللجنة الإستشارية القانونية الآسيوية الأفريقية (آكو) أن تحيي النظر في موضوع البيع الدولي للبضائع، وذلك لتعكس وجهة النظر الآسيوية الأفريقية في عمل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. وبناءً على هذا الطلب، قامت الآكو بدراسة كبنود أولوية في الدورة الحادية عشرة التي عُقدت في أكرا (غانا) في عام 1970.

3. حتى عام 2003، أخذت المنظمة بعين الاعتبار عنوان جدول الأعمال "التقرير التقدم بشأن الأنشطة التشريعية للأمم المتحدة والمنظمات الأخرى في مجال قانون التجارة الدولية". في الجلسة الثالثة والأربعين في (بالي) عام 2004، تم تغيير العنوان إلى "تقرير عن عمل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وغيرها من المنظمات الدولية في مجال القانون التجاري الدولي" وذلك للتركيز أكثر على عمل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. ومن الجدير بالذكر هنا، أنه قد تم تعزيز اهتمام آكو بعمل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي من خلال نجاح مراكز التحكيم الإقليمي التي أنشأت في أماكن مثل طهران، كوالالمبور، لاغوس، نيروبي والقاهرة. وقد بدأت هذه المراكز الإقليمية المعروفة جداً أيضاً بالإعتماد على عمل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. على سبيل المثال، قد اعتمد المركز الإقليمي كوالالمبور للتحكيم (KLRCA) على اتخاذ قواعد تحكيم جديدة للجنة الأمم المتحدة

للقانون التجاري الدولي 2010 (www.practicallaw.com/0-502-7805). وذلك في محاولة لتنظيم المداولات والنتائج في الدورة الرابعة والخمسين، يعالج هذا الموجز حصراً الآثار المترتبة على اتفاقيات الإستثمار الدولية (IIAs) للدول الأعضاء. حيث تم عقد عدد كبير من التحكيمات على اتفاقيات الإستثمار الدولية بموجب قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

4. في العقدين الأخيرين، وقعت الدول في جميع أنحاء العالم المئات من اتفاقيات الإستثمار الدولية في محاولة لجذب الإستثمار الأجنبي المباشر (FDI) من خلال خلق بيئة استثمارية أكثر استقراراً وشفافيةً للمستثمرين الأجانب. اتفاقية الإستثمار الدولية هي نوع من معاهدة بين الدول التي تعالج القضايا ذات العلاقة باستثمارات عبر الحدود، وعادةً تكون لغرض حماية وتعزيز وتحريم هذه الإستثمارات. تؤمن معظم اتفاقيات الإستثمار الدولية الإستثمار الأجنبي المباشر، و إستثمار الأوراق التجارية، ولكن تم استثناء البعض مؤخراً. الدول التي توصلت لإتفاقيات الإستثمار الدولية قد الزمت نفسها بالإلتزام بمعايير محددة للقيام بالإستثمارات الأجنبية داخل أراضيها. تُعرّف أيضاً اتفاقيات الإستثمار الدولية إجراءات قرار المنازعات التي ينبغي لهذه الإلتزامات عدم الوفاء بها. الأنواع الأكثر شيوعاً من اتفاقيات الإستثمار الدولية هي معاهدات الإستثمار الثنائية (BITS) والتجارة التفضيلية واتفاقيات الإستثمار (PTIAs). تم اعتبار اتفاقيات الضرائب الدولية ومعاهدات الإزدواج الضريبي أيضاً كإتفاقيات استثمار دولية، مثل فرض الضرائب عموماً الذي له تأثير هام على الإستثمار الأجنبي.¹

5. اتفاقيات الإستثمار الدولي، وخاصة اتفاقيات الإستثمار الثنائية، تحتوي على اثنين من الإبتكارات الرئيسية التي جعلتها أداة لترويج الإستثمارات الشهيرة. أولاً، لأنها توفر للمستثمرين مجموعة واضحة من معايير حماية الإستثمار التي لها مكانة القانون الدولي. ثانياً، توفر للمستثمرين إمكانية الوصول المباشر إلى الإلزام، ونموذج محايد لتسوية النزاعات الإستثمارية وتنفيذ حقوق معاهدتهم. تعمل هذه الإبتكارات معاً على كبح جماح حكومات الدولة المضيفة في كيفية معاملة الإستثمارات الأجنبية والمستثمرين. هناك تجانس كبير في المضمون الأساسي لمعظم معاهدات الإستثمار الثنائية. فعلياً جميع اتفاقيات الإستثمار الثنائية تعنون أربعة مجالات ثابتة: "نطاق وتعريف الإستثمار الأجنبي؛ القبول والتأسيس؛ المعاملة الوطنية في مرحلة ما بعد التأسيس؛ الضمانات والتعويض في حالة نزع الملكية.....وتسوية النزاعات"²

6. يوفر الإستثمار الثنائي للمستثمرين الأجانب حقوق جديدة وقوية لحماية استثماراتهم ضد نزع الملكية وغيرها من أشكال التمييز والقدرة على مقاضاة الحكومات مباشرةً من خلال النموذج المبتكر لتسوية النزاع المعروف باسم تحكيم معاهدة الإستثمار. في السنوات القليلة الماضية، كان هناك استغلال لعدد من الإدعاءات التي رُفعت لتحكيم

* التركيز باختصار على الإتفاقيات الدولية للإستثمار وآثارها.

¹ انظر مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، برنامج عمل بشأن اتفاقيات الإستثمار الدولية (<http://www.unctad.org/iaa>)، وتقديم مختلف قواعد البيانات والمنشورات حول هذا الموضوع.

² للإطلاع على المناقشة المفصلة، انظر مبادئ رودولف دولزير وكريستوف سكروير، مبادئ قانون الإستثمار الدولي، عام (2008).

معاهدة الإستثمار ضد الدول النامية، مما يشكل تحدياً لمجموعة واسعة من الأنظمة الحكومية الحساسة والتي تسعى بشكل روتيني للملايين وحتى المليارات من الدولارات بالتعويضات.³

7. ونظراً لهذا، هناك مخاوف جديدة بشأن كيفية الإستعداد-الجيد للدول النامية للتغلب على التحدي المتمثل بمقاضاة هذه الإدعاءات. تحكيم معاهدة الإستثمار هو شكل معقد من التقاضي الذي يتطلب الكثير نوعاً ما من الموارد والخبرة القانونية. بسبب الحواجز المالية والإدارية، العديد من الدول النامية لا تملك الخبرة القانونية لخدمة حكومتهم في الدفاع عن ادعاءات معاهدة الإستثمار. ونتيجةً لذلك، تضطر معظم الدول النامية لإستئجار واحدة من عدد قليل من شركات المحاماة الدولية الذين يتقاضون نفس أسعار السوق العالية، حيث يدفع المستثمرون والشركات الفردية الثرية ثمن خدماتهم. وفي الوقت نفسه، تترك الدول النامية التي لا تستطيع إستئجار مستشار قانوني خارجي لتكافح بموارد السلطة القانونية المتناثرة والغير كاملة دون مساعدة قانونية منظمة من المجتمع الدولي. يهدد عدم تكافؤ وصول الدول النامية للسلطة القانونية والخبرة بتقويض شرعية عملية تحكيم معاهدة الإستثمار.

8. يوقع المصدرون الأساسيون- لرأس المال، في الدول المتقدمة معاهدات الإستثمار في المقام الأول لحماية الإستثمارات في الخارج لرعاياهم وشركاتهم. وفي الوقت نفسه، توقع الدول النامية معاهدات الإستثمار في مسعى لتعزيز الإستثمار الأجنبي المباشر. والإفتراض الأساسي وراء معاهدة الإستثمار هو وجود معاهدة واضحة وقابلة للتنفيذ القانوني التي ستجذب المزيد من الإستثمارات الأجنبية المباشرة من خلال تقديم بيئة استثمارية أكثر استقراراً. مع تراجع الإقتراض من البنوك التجارية وبرامج المعونات الرسمية خلال أعوام الثمانينات و التسعينات، أصبح الإستثمار الأجنبي المباشر أهم مصدر لرؤوس الأموال الخارجية للدول النامية، وتقدم مجموعة من المزايا المحتملة، بما في ذلك خلق فرص العمل، نقل التكنولوجيا، والإندماج في الشبكات العالمية للإنتاج.

9. ومع ذلك، تفرض الدولة من خلال التوقيع على اتفاقية الإستثمار الدولية الإلتزامات التي قد تكون ضارة في نهاية المطاف. يتحمل المستوردون لرأس المال، والبلدان النامية أغلب مخاطر التقاضي الممول المتضمن في توقيع اتفاقية الإستثمار الدولي. وعلاوةً على ذلك، يمكن للإلتزامات اتفاقية الإستثمار الدولي أن تؤدي إلى فقدان "الحيز السياسي الوطني" للدول المضيفة عن طريق خلق العقبات القانونية التي تحد من قدرتها على تغيير السياسات الإقتصادية والتنظيمية الرئيسية في المستقبل.

10. وإضافةً إلى ذلك، صُممت آلية تسوية النزاع بين المستثمر والدولة (ISDS) لتسييس نزاعات الإستثمار وإنشاء منتدى والذي من شأنه أن يقدم للمستثمرين محاكمة عادلة أمام محكمة مستقلة ومحايدة ومؤهلة. كان يُرى كآلية لتقديم قرارات نهائية وقابلة للتنفيذ من خلال عملية سريعة ورخيصة، ومرنة، والتي سيكون لها سيطرة كبيرة على الأطراف المتنازعة. ومع ذلك، فقد أدى الأداء الفعلي لتسوية النزاع بين المستثمر والدولة بموجب معاهدات الإستثمار لقلق بشأن عجز نظامي في السلطة. في كثير من الحالات استخدم المستثمرون الأجانب ادعاءات تسوية النزاع بين

³ انظر اريك جوتوالد، تسوية أرض الملعب: هل حان الوقت لمركز المساعدة القانونية للدول النامية في تحكيم معاهدة الإستثمار، 22 الجامعة الأمريكية الدولية 1 ل. ر. 237 عام (2007).

المستثمر والدولة لإستئناف التدابير التي اعتمدها الدول في المصلحة العامة (على سبيل المثال، السياسات الرامية إلى تعزيز العدالة الاجتماعية، وتعزيز حماية البيئة أو حماية الصحة العامة). وقد أثّرت أسئلة عمّا إذا عيّنت ثلاثة أفراد على أساس التخصص، يمكن أن ينظر الجمهور عموماً على أنها شرعية بشكل كافي لتقييم صحة أعمال الدول، لا سيما إذا كانت تتضمن نزاع على قضايا السياسة العامة الحساسة. وفي هذا السياق ستنم مناقشة الآثار المترتبة على معاهدات الإستثمار للدول الأعضاء في ألكو.

ب. قضايا للمداولة المركزة في الدورة السنوية الرابعة والخمسين لآلكو، عام 2015

- (1) الإطار القائم الذي يتم فيه التفاوض في معاهدات الإستثمار الدولية.
- (2) التكلفة الضخمة للتقاضي والتعويض وآثارها على الحكومات المضيفة.
- (3) حقوق المستثمرين الخاصة والوطنية.
- (4) تقليص الحيز السياسي للحكومات المضيفة وآثاره على السيادة.
- (5) ملائمة تسوية النزاع بين المستثمر والدولة والآلية المنصوص عليها في اتفاقيات الإستثمار الدولية.

ثانياً. اتفاقيات الإستثمار الدولية والدول المضيفة.

11. كما ذكر سابقاً، مع انتشار اتفاقيات الإستثمار الدولية، والنسب المتزايدة من الإستثمار الأجنبي المباشر العالمي المحمي من جانب واحد أو أكثر بمعاهدة الإستثمار يحصل المستثمرون الأجانب على مزيد من الفرص لمقاضاة الحكومات. قبل ظهور تحكيم معاهدة الإستثمار، كان للمستثمرون خيارات محدودة جداً لمعالجة انتهاكات القانون الدولي التي أثّرت سلباً على استثماراتهم. بما أنه لا يوجد سلطة للمستثمرين بموجب القانون الدولي العرفي لرفع دعوى مباشرة ضد الدولة، كان ملجأهم الوحيد متابعة هذه المسألة داخل محاكم الدولة المضيفة أو محاولة إقناع حكومتهم بتبني الإدعاء بشكل مباشر مع الحكومة المضيفة.

12. ومن أجل معالجة هذه القيود، تحتوي معاهدات الإستثمار على بنود التحكيم بين المستثمر والدولة التي تسمح للمستثمرين بمقاضاة الدول مباشرة لإنفاذ حقوق المعاهدة. وهذا يعني أن المستثمرين الأجانب يمكنهم أن يطبقوا مباشرة حقوق المعاهدة دون الحاجة أولاً لإقناع البيروقراطية الحكومية لتبني ادعاءهم، وتجنب خطر استهلاك نزاعهما من قبل ماتمليه اعتبارات السياسة الخارجية الأكبر.

13. لا ينبغي إغفال أهمية هذا الابتكار في تسوية النزاع. على سبيل المقارنة، في منظمة التجارة العالمية، الدول وحدها لديها دافع للتصرف ضد دول أخرى لانتهاكات القانون التجاري. توفر آلية معاهدات الإستثمار أهمية خاصة من خلال السماح للمستثمرين بتنفيذ حقوق المعاهدة من خلال الشروع في التحكيم الإلزامي بموجب حكم قابل للتنفيذ. تتزايد مبادرة التحكيم للمستثمرين لمعالجة الإنتهاكات المزعومة لحقوق معاهدة الإستثمار من قبل الحكومات المضيفة.

14. وقد استغل عدد من تحكيم منازعات معاهدة الإستثمار التي رفعت في المركز الدولي لمجموعة البنك الدولي لتسوية منازعات الإستثمار (ICSID) وغيرها من محافل التحكيم في السنوات الأخيرة.⁴ في عام 2013، بدأ مستثمرون بـ 57 قضية معروفة على الأقل لتسوية منازعات بين المستثمر والدولة تبعاً لإتفاقيات الإستثمار الدولية. هذا يقترب من الرقم القياسي المسجل في العام السابق للإدعاءات الجديدة. من 57 حالة جديدة، 45 تم تقديمها من قبل مستثمرين من البلدان المتقدمة والباقي من قبل مستثمرين من البلدان النامية. قد تمت إدارة الغالبية العظمى من هذه التحكيمات إما عن طريق مجموعة البنك الدولي لتسوية منازعات الإستثمار أو عقدت على أساس الموضوع المتعلق بإطار لجنة الأمم المتحدة حول قواعد القانون التجاري الدولي.⁵

15. ويمكن أن يعزى الإرتفاع في الإدعاءات بمعاهدة الاستثمار إلى عدة عوامل. مع الإرتفاع على المدى الطويل بالإستثمار الأجنبي المباشر والشبكة الكثيفة المتزايدة من الإستثمار الثنائي، هناك ببساطة فرص أكثر لظهور النزاعات والتي تغطيها معاهدة الإستثمار. وعلاوةً على ذلك، فإن زيادة تكرر قرارات التحكيم الكبرى من المرجح أنها ستشجع المزيد من المستثمرين للإستفادة من بنود تحكيم معاهدة الإستثمار. وتوفر معظم معاهدات الإستثمار للمستثمرين الإختيار بين التحكيم التي أجرته مجموعة البنك الدولي لتسوية نزاع الإستثمار أو فيما يتعلق بإدارة التحكيم وفقاً لقواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للتحكيم ". هناك اختلافات هامة بين هذين الشكلين من أشكال التحكيم فيما يتعلق بالشفافية والإشراف على الإجراءات. كمؤسسة مصممة خصيصاً للتعامل مع النزاعات بين المستثمر والدولة، توفر مجموعة البنك الدولي لتسوية نزاع الإستثمار السهولة والدعم لإدارة إجراءات التحكيم أثناء المقاضاة من طاقمها. تبعاً لهذا الموضوع يتم التحكيم بموجب قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، من ناحية أخرى، على أساس البعد المركزي وغير الخاضع للرقابة. يفضل المستثمرون أحياناً لهذا الغرض التحكيم بموجب قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، لأنها توفر المزيد من المرونة في هيكله الإجراءات، تعزز الخصوصية، واحتمالية الخسائر المؤقتة. كشبكة مستوردة لرأس المال العالمي، تحملت الدول النامية الوطأة العظمى لعبء الدفاع عن عدد متزايد من ادعاءات معاهدة الإستثمار.

⁴ مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية عام (2012)، إطار سياسة الإستثمار من أجل التنمية المستدامة، وهي متاحة على الموقع

http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2012d6_en.pdf

⁵ مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية عام (2014)، التطورات الأخيرة لحل النزاع بين الدولة والمستثمر، ملاحظة قضية اتفاقية الإستثمار الدولية.

ثالثاً. تكلفة التقاضي، نقص الخبرة وتقليص الحيز السياسي

16. وفقاً لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة وتنمية البيانات (UNCTAD)، تم رفع ما يقارب ثلثي ادعاءات معاهدة الاستثمار المعروفة ضد حكومات الدول النامية.⁶ الدفاع عن مطالبات تحكيم معاهدة الاستثمار يطرح عدداً من التحديات بالنسبة للدول النامية، بما في ذلك تكاليف التقاضي، إحصائية القرارات الوخيمة الكبيرة، وحتى قيود جديدة على حريتها الرامية إلى تنفيذ سياسات الحكومة التي تعتبر متعارضة مع التزامات المعاهدة. تحوي الموجة من الدعاوى القضائية للمستثمر أثراً بعيداً المدى على حرية الدول النامية للتنظيم من أجل المصلحة العامة. يجب على المستثمرين العمل على تحكيم معاهدة الاستثمار للإعترض على تشكيلة واسعة من الإجراءات الحكومية في عدد من المناطق الحساسة، بما في ذلك توفير المياه والكهرباء والتخلص من النفايات، وخدمات الصرف الصحي للشعب. وقر المستثمرون الأجانب لتسع حالات على الأقل، المياه والصرف الصحي في البلدان النامية التي رفعت ادعاءات معاهدة الاستثمار لحل خلافاتهم مع الدولة والسلطات التنظيمية المحلية.

17. أيضاً، الدول النامية بحاجة ماسة إلى خبراء في تحكيم الاستثمار. الخبرة في هذا المجال محدودة بشكل عام لمجموعة مرتبطة من المحامين والمحكمين الذين يعملون من أجل واحدة من عدد قليل من شركات المحاماة الدولية الكبرى التي لديها ممارسات متخصصة في هذا المجال. "استئجار واحدة من هذه الشركات يقدم عدداً من المزايا الهامة. أولاً، المحامون في هذه الشركات يقاضون حالات تحكيم معاهدة الاستثمار أكثر بكثير من الأطراف الأخرى، كسب خبرة قيمة واحتكاك مهني في هذه العملية. ثانياً، تقدم الشركة "ذاكرة مؤسسية" هامة، فيما يتعلق بقرارات التحكيم الماضية، قواعد التحكيم ذات الصلة، اختيار المحكم، والترتيبات النظامية للتقاضي عموماً. وقد خدم بعض الشركاء والمحامين في الشركات الدولية الكبرى كمحامين في الحالات الأخرى، مما يوفر رؤية فريدة في هذه العملية. وقد وجد أن المعرفة المكتسبة من المشاركة في التحكيم الماضية، بما في ذلك تجربة عدم النشر أو الطباعة قبل الحكم، يمكن أن توفر نفوذاً إضافياً في إقناع الحكومات، ولاسيما تلك التي لديها خبرة ضئيلة في تحكيم عملية تسوية ادعاء المستثمر.

18. والجدير بالذكر، أن الشركة سيكون لديها أفضل طرق الوصول الممكنة إلى كلا المصادر المنشورة وغير المنشورة للسلطة القانونية عبر محاسبي المكتبات القانونية، موظفي الدعم، والشبكات المهنية الرسمية. ونظراً لنقص الخبرة والموارد ضمن الخدمات الحكومية الخاصة بها، تضطر العديد من الدول النامية لتوظيف مستشار خارجي للدفاع عن ادعاء معاهدة الاستثمار. قد تطلب هذه الشركات أجوراً مطابقة للمتهمين من عملائها الآخرين، بما في ذلك الشركات الخاصة، المستثمرين الأفراد الأثرياء، والحكومات الأكثر ازدهاراً.

19. لا تستأجر جميع الدول النامية مستشاراً خارجياً، سواء لأسباب مالية أو تكتيكية. وهذا قد يعني أن مهمة الدفاع عن ادعاء معاهدة الاستثمار تقع على عاتق محامي الحكومة من دون خبرة أو موارد لحشد دفاع فعال. في بعض

⁶ ملاحظة سوبرا 3.

الحالات، يمكن أن يؤدي هذا إلى تفاوت فظيع في نوعية التمثيل القانوني بين المدعي المستثمر والدولة النامية المدعى عليها.

رابعاً. الشفافية في التحكيم- التطورات في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

20. القلق الرئيسي الآخر هو عدم وجود الشفافية في كل مرحلة من مراحل عملية التحكيم. دون موافقة الأطراف على تحكيم المستثمر والدولة، بشكل عام ليس هناك إذن للشعب بالدخول إلى المرافعات، الأدلة، جلسات الاستماع، أو حتى قرار المحكمة، واحدة من العوائق الرئيسية لإيجاد سابقة ذات صلة هي عدم وجود المعرفة العامة بوجود نزاع معاهدة الإستثمار لمندبيات التحكيم الكبرى، حيث تحافظ مجموعة البنك الدولي لتسوية منازعات الإستثمار وحدها على سجل عمومي للإدعاءات. شهد عام 2014 تطورات هامة متعددة الجوانب موجهة نحو زيادة الشفافية في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدولة. ويشمل سريان مفعول قواعد الشفافية للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي⁷ وتبني اتفاقية الشفافية المرتكزة على معاهدة تحكيم المستثمر والدولة، حيث سيتم فتح باب التوقيع في وقت لاحق في عام 2015.

21. تمثل قواعد الشفافية تغييراً أساسياً من حالات التحكيم التي أجريت خارج تسليط الضوء العام. وتوفر هذه القواعد الجديدة التوازن المثالي بين المصلحة العامة في تحكيم المستثمر والدولة، ومصصلحة الطرف المتنازع، من أجل ضمان حل عادل وفعال للنزاع. ومن المتوقع جعل تحكيم الإستثمار أكثر انفتاحاً على المشاركة العامة والتدقيق، أملاً بأنه سيؤدي لتحسين الشفافية في النظام. في الواقع، السرية هي غالباً ميزة قيّمة للتحكيم التجاري. ومع ذلك، في النزاعات بين المستثمر والدولة، ينطوي التحكيم على الدولة وغالباً قضايا للمصلحة العامة، وكذلك أموال دافعي الضرائب. واعترافاً بالدور الأساسي للشعب بوصفه من أصحاب المصلحة في النزاعات بين المستثمر والدولة، قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بصياغة قواعد الشفافية لتوفير مستوى من الشفافية وسهولة منال الشعب لهذه الخلافات التي حتى الآن لا سابقه لها. القواعد هي أيضاً متجددة في نهجها لتحقيق التوازن بين المصلحة العامة في التحكيم التي تنطوي على الدولة، ومصصلحة الأطراف المتنازعة في قرار عادل وفعال لنزاعهما.

22. تنطبق القواعد الجديدة على جميع تحكيمات الإستثمار التي شرّعت بموجب قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للتحكيم، وهي وفقاً للمعاهدة، تنص على حماية الإستثمارات أو المستثمرين بشرط إتمام المعاهدة بعد 1 نيسان/ أبريل عام 2014. وسوف تكون متاحة أيضاً في التحكيم بين المستثمر والدولة، التي استهلت بموجب قواعد أخرى من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للتحكيم أو في إجراءات لذات الغرض، إذا اتفقت الأطراف المتنازعة على تطبيقه. وعلاوة على ذلك، فإن القواعد الجديدة تخطو خطوة أبعد من قواعد تحكيم المركز الدولي لتسوية نزاعات الإستثمار، وهي أيضاً تؤمن وصول الشعب إلى الوثائق الرئيسية التي حضرت خلال مسار الإجراءات (بما في ذلك تبليغات الأطراف)، إلا في حالات محدودة حيث من المهم حماية المعلومات المحمية أو

⁷ أخذت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على عاتقها العمل بشأن الشفافية في تحكيم المعاهدة بين المستثمر والدولة اعتباراً من عام 2010، واعتمدت في عام 2013 قواعد الشفافية في تحكيم المعاهدة المرتكزة على المستثمر والدولة (قواعد الشفافية).

السرية. إضافةً إلى ذلك، ظل تعريف المعلومات السرية أو المحمية محفوظاً بشكل شامل، من أجل توفير ضمانات كافية لهذا الغرض.

23. ونظراً للصلة بين قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وتطبيق قواعد الشفافية، أُعدت نسخة جديدة من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الفقرة 4 من المادة الجديدة 1، في عام 2013) ("قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للتحكيم عام 2013")، وأصبحت سارية المفعول في 1 نيسان/أبريل عام 2014. يضمن مثل هذا التنقيح (أي إدراج فقرة جديدة 4 للمادة 1) أن قواعد الشفافية تدمج بشكل واضح في أحدث نسخة من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، لتوفير أقصى درجات الوضوح فيما يتعلق بتطبيق قواعد الشفافية في النزاعات التي تنشأ بموجب المعاهدات المستقبلية، والتي بدأت بموجب قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. في جميع المجالات الأخرى تبقى قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 2013 دون تغيير من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للتحكيم (بصيغتها المنقحة في عام 2010).

24. وفي وقت لاحق، اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية المرتكزة على معاهدة تحكيم المستثمر والدولة في 10 كانون الأول/ديسمبر عام 2014. أذنت الجمعية العامة بفتح باب التوقيع على الاتفاقية في حفل التوقيع الذي سيعقد في 17 آذار/مارس عام 2015، في بورت لويس، موريشيوس، والتي ستقوم عليه الاتفاقية لفتح باب التوقيع. تشكل الاتفاقية آلية فعالة ومرنة، والتي ستطبق قواعد الشفافية على النزاعات التي نشأت بموجب وجود 3,000 ثنائية ومعاهدات الإستثمار المتعددة الأطراف المعمول بها حالياً. جنباً إلى جنب مع قواعد الشفافية، تسهم هذه الاتفاقية في تعزيز الشفافية في تحكيم المعاهدة المرتكزة على المستثمر والدولة، وإلى نشر المعرفة حول الإجراءات السلمية لتسوية النزاع الذي يؤثر على القطاعات العامة الحساسة مثل الصحة والمياه والصرف الصحي والنقل والزراعة -بذلك يتم اشراك وتمكين الأفراد والمجتمعات المحلية المتأثرة بشكل مباشر .

خامساً. تسوية النزاع بين المستثمر والدولة: عيوبه واستجابة الدولة

25. تم توثيق أوجه القصور في نظام تسوية النزاع بين المستثمر والدولة جيداً. وتشمل الإهتـمات: (أولاً) الإستخدام الموسع لإتفاقيات الإستثمار الدولية التي تصل إلى أبعد مما كان مقصود أصلاً. (ثانياً) التفسيرات المتناقضة للأحكام الرئيسية لإتفاقيات الإستثمار الدولية من قبل المحاكم المتعلقة بالموضوع، مما يؤدي إلى عدم اليقين حول معناها. (ثالثاً) عدم كفاية إلغاء المركز الدولي لتسوية نزاعات الإستثمار أو آليات المراجعة القضائية الوطنية لتصحيح الأخطاء الفنية للمحاكم من المستوى الأول. (رابعاً) ظهور "نادي" الأفراد الذين يخدمون فيه كمستشارين في بعض الحالات ومحكمين في حالات أخرى، والحصول في كثير من الأحيان على التعيينات المتكررة، التي تثير المخاوف بشأن تضارب محتمل في المصالح. (خامساً) ممارسة المحكمين الترشيح الحزبي الذي من المرجح أن يدعم موقف

الحزب المعيين له / لها. (سادساً) السرية للعديد من الإجراءات؛ (سابعاً) ارتفاع التكاليف وأهمية المدة لإجراءات التحكيم. و(ثامناً) المخاوف العامة حول الشرعية والإنصاف في النظام.

26. في الماضي القريب، بدأت الدول بالاستجابة للتحديات الناشئة في نظام تسوية النزاع بين المستثمر والدولة الحالي. أنهت بعض الدول معاهدات الإستثمار، وانسحبت من تسوية النزاع بين المستثمر والدولة، أو من جوانب معينة بذلك - وهو الخيار الذي يثير عدداً من الأسئلة القانونية المعقدة والجديدة. على سبيل المثال، في أيلول/ سبتمبر عام 2012، أبلغت جنوب أفريقيا الإتحاد الإقتصادي البلجيكي- لوكسمبورغ، من خلال إشعار الإنهاء أنها لن تجدد معاهدة الإستثمار الثنائية القائمة، والتي كان من المقرر أن تنتهي في آذار/ مارس عام 2013. صرحت جنوب أفريقيا عن عزمها إلغاء المزيد من المعاهدات مع شركاء أوروبيين آخرين، لأن معظم هذه المعاهدات تصل لنافذة محددة زمنياً للإنهاء، والتي إذا لم يتم استخدامها، ستؤدي للتمديد التلقائي لهذه الإتفاقيات لمدة 10 سنوات أو أكثر.⁸ وقد عمل الآخرون على تحسين لغة المعاهدة التي هي مصدر للإدعاءات المثيرة للجدل أو الإعتراض على قرارات تسوية النزاع بين المستثمر والدولة حالما تكون قد أصدرت. كبديل آخر، يمكن للدول أن تتخذ موقفاً أكثر نشاطاً عندما يتعلق الأمر بتفسير التزامات الإتفاقية الدولية. على وجه الخصوص، يمكن تعزيز قابلية التوقع أكثر والتفسير المنطقي لبعض أحكام المعاهدة.

سادساً. تعليقات وملاحظات أمانة الكو

27. أنتجت المشاركة المتزايدة لصانعي القرار السياسي والأكاديميين ورجال الأعمال والمجتمع المدني في قضايا تسوية النزاع بين المستثمر والدولة، مجموعة متنوعة من الإقتراحات للإصلاح:

• كبح جماح عدد متزايد من حالات تسوية النزاع بين المستثمر والدولة من خلال: (أولاً) تشجيع استخدام الوساطة والمصالحة بدلاً من التحكيم. (ثانياً) تنفيذ سياسات منع النزاع الوطني (على سبيل المثال موظف محقق في شكاوى الشعب). (ثالثاً) تحديد مهلة زمنية لتقديم ادعاءات المستثمر (على سبيل المثال، ثلاث سنوات)، أو (رابعاً) تحديد القواعد الممكنة للادعاءات بعناية أكبر.

• تعزيز الشرعية وزيادة الشفافية في إجراءات تسوية النزاع بين المستثمر والدولة، عن طريق السماح للشعب بالإطلاع على الوثائق ذات الصلة، عقد جلسات استماع عامة، وقبول رسائل من أصدقاء المحكمة.

• التعامل مع قراءات متضاربة من الأحكام الرئيسية في إتفاقيات الإستثمار الدولية وسوء تفسير المعاهدات من خلال: (أولاً) تحسين أحكام إتفاقية الإستثمار الدولية المعمول بها، مما يترك مساحة أقل للتفسير. (ثانياً) طلب المحاكم لتفسير

⁸ مطبوعات من قبل المتحدث باسم وزارة جنوب أفريقيا للتجارة والصناعة. وهي متاحة على <http://www.bdlive.co.za/opinion/letters/2012/10/01/letter-critical-issues-ignored>

المعاهدات وفقاً للقانون الدولي العرفي. (ثالثاً) زيادة تدخل الدولة في العملية التفسيرية (على سبيل المثال من خلال آليات التفسير المشتركة)؛ و (رابعاً) إنشاء هيئة استئناف لمراجعة القرارات.

• تحسين نزاهة وجودة المحكمين من خلال إنشاء التعيين المحايد والشفاف مع المحكمين الدائمين أو شبه الدائمين، وإلغاء نظام تعيينات الحزب أحادي الجانب.

• الحد من طول وتكاليف الإجراءات، عن طريق إدخال آليات للتخلص الفوري من الإدعاءات "التافهة" و من أجل توطيد المطالبات المرتبطة، والتجاوزات الجيدة لأجور المحكم.

• مساعدة البلدان النامية في التعامل مع حالات تسوية النزاع بين المستثمر والدولة، من خلال إنشاء تقرير استشاري تيسيلي أو مركز للمساعدة القانونية بناءً على قانون الإستثمار الدولي وزيادة بناء القدرات والمساعدة التقنية.

• معالجة المخاوف العامة حول سير عمل النظام، بما في ذلك عدم الإتساق بين القرارات، من خلال إنشاء محكمة إستثمار دولية كاملة مع القضاة الدائمين ليحلوا محل مخصص التحكيم بموجب قواعد متعددة، أو عن طريق طلب استئناف للطعون المحلية.

28. إبرام معاهدات الإستثمار الثنائية الذي بلغ ذروته في عام 1990. انخفاض الرغبة بعد خمسة عشر عاماً للدخول في مثل هذه المعاهدات. قد جلب هذا نظام الإستثمار الدولي إلى المنعطف الذي يوفر فرصة سانحة لإجراء التحسين النظامي. مع بلوغ الإتفاقيات تاريخ إنتهاء صلاحيتها، يمكن للشريك في المعاهدة أن يختار التمديد التلقائي للمعاهدة أو يبلغ عن رغبته بإلغاء المعاهدة. وهذا من شأنه أن يعطي شركاء المعاهدة فرصة لإعادة النظر في اتفاقاتهم، بهدف معالجة التناقضات والتداخلات في نظام معاهدة الإستثمار المتعددة الأوجه والمتعددة الطبقات. وعلاوةً على ذلك، فإنه يقدم فرصة لتعزيز البعد التطويري للنظام.

الجهود التي تبذلها البلدان لمواجهة التحديات الحالية تكشف عن أربعة مسارات مختلفة للعمل:

(أولاً) الإبقاء على الوضع الراهن، والإمتناع إلى حد كبير عن التغييرات في الطريقة التي تدخل في التزامات اتفاقية استثمار دولية جديدة.

(ثانياً) فك الارتباط من نظام التزامات اتفاقية استثمار دولية من جانب واحد لإنهاء المعاهدات القائمة أو استتكار إتفاقيات التحكيم المتعددة الأطراف.

(ثالثاً) تنفيذ تعديلات انتقائية، وتعديل نماذج للمعاهدات في المستقبل، لكن بترك جوهر المعاهدة وجسم المعاهدات القائمة دون تغيير كبير.

(رابعاً) يوجد مسار إصلاح منهجي يهدف لمعالجة شاملة لتحديات نظام اتفاقية الإستثمار الدولية بطريقة شمولية.

29. في حين أن كل هذه المسارات لديها مزايا وعيوب، ترى الأمانة أن الإصلاح المنهجي يمكن أن يعالج بشكل فعال تعقيدات نظام اتفاقية الإستثمار الدولية، ويجعلها تتماشى مع ضرورة التنمية الإستمرارية. عملية الإصلاح الشاملة لنظام اتفاقية الإستثمار الدولية، تمكن من اتباع نهج تدريجي مع إجراءات متسلسلة بعناية: (أولاً) تحديد مجالات الإصلاح، (ثانياً) تصميم خارطة طريق للإصلاح، و (ثالثاً) تنفيذها على المستويات الوطنية الثنائية والإقليمية، مع التسهيل على المستوى المتعدد الأطراف. متابعة الإصلاح المنهجي تعني تصميم الإلتزامات الدولية التي تعزز التنمية المستدامة والتي تتماشى مع الإستثمار والتنمية لنموذج متغير. مع النشاطات السياسية على جميع مستويات الحكم، وهذا هو النهج الأكثر شمولية للإصلاح الحالي لنظام اتفاقية الإستثمار الدولية. وهذا المسار للعمل يستلزم تصميم نموذج معاهدة اتفاقية الإستثمار الدولية الجديد الذي يتناول بشكل فعال تحديات زيادة البعد الإنمائي، إعادة التوازن في الحقوق والواجبات، وإدارة التعقيد الآلي لنظام اتفاقية الإستثمار الدولية، والتي تركز على تعزيز استباقي للإستثمار من أجل التنمية المستمرة.

30. للوهلة الأولى، يبدو هذا المسار للعمل صعباً ومتحدياً للدول الأعضاء في العديد من الجبهات. قد يكون مكثفاً للوقت والموارد. يتطلب التنفيذ الشامل لهذا المسار التعامل مع اتفاقيات الإستثمار الدولية القائمة، والتي يمكن أن ينظر إليها على أنها تؤثر على "الحقوق المكتسبة" للمستثمرين. تتطلب التعديلات أو إعادة التفاوض تعاون عدد كبير محتمل لنظراء المعاهدة. يعد هذا المسار من العمل هو الوحيد الذي يمكنه إحداث إصلاح شامل ومتماسك. وهو أيضاً الوحيد الأنسب لتعزيز استجابة مشتركة من المجتمع الدولي لتحدي مشترك في الوقت الحاضر لترقية الإستثمار وتحقيق الأهداف الإنمائية المستدامة (SDGs).

31. وبصرف النظر عن هذا الهدف على المدى الطويل، يجوز للدول الأعضاء في أكو التركيز على أنشطة بناء القدرات لتجهيز موظفيها القانونيين للتعامل بفعالية مع حالة تسوية المنازعات بين المستثمرين والدولة مع الحد الأدنى من المساعدة الخارجية. ومن المتوقع أن تقل إلى حد كبير المدفوعات لشركات المحاماة الدولية. ويمكن أن تُفوض أمانة أكو لتنظيم حلقات العمل التدريبية والعيادات القانونية في تعزيز هذا الهدف. وعلاوةً على ذلك، فإن مراكز التحكيم الإقليمية لأكو تقع في نيروبي، لاجوس، القاهرة، طهران وكوالالمبور التي يمكن أن تسهل على حكومات الدول الأعضاء إيجاد حكام خبراء وتقديم الخبرة في مجال البحث والصياغة للمتابعة في التقاضي.

سابعاً. الملحق

مسودة الأمانة

AALCO/RES/DFT/54/S 12

18 شباط / فبراير 2015

قرار حول "تقرير عن أعمال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ومنظمات دولية أخرى في مجال قانون

التجارة الدولية "

(متداول)

المنظمة القانونية الإستشارية الآسيوية الأفريقية في دورتها الرابعة والخمسين

نُظر في موجز بعنوان "تقرير عن عمل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والمنظمات الدولية الأخرى في مجال قانون التجارة الدولية"، مشدداً على اتفاقيات الإستثمار الدولية وآثارها، حضر من قبل أمانة ألكو.

ملاحظة مع التقدير البيان الإستهلاكي للأمين العام،

تم إدراك أهمية اتفاقيات الإستثمار الدولية في تشجيع الإستثمار الأجنبي وبذلك تحفيز النمو الاقتصادي في السلطات القضائية المضيفة.

الإعتراف بدورها الحاسم في ضمان الحماية الكافية للمستثمرين الأجانب ضد نزع الملكية وغيرها من أشكال التمييز.

وإذ يلاحظ مع القلق انتشار عدد ادعاءات تحكيم معاهدة الإستثمار المرفوعة ضد العديد من الدول الأعضاء مما أدى إلى نفقات ضخمة لحكوماتهم.

ادراك أوجه القصور النظامية في آلية تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وضرورة استكشاف السبل والوسائل لتطوير الأنهج البديلة لمعالجة هذه العيوب.

1. تشجع الدول الأعضاء على التماس المساعدة من الأمانة العامة ومراكز التحكيم الإقليمية

في بناء القدرات.

2. بحث الأمانة العامة على تنظيم ورش عمل لضباط القانون من الدول الأعضاء التي تهدف إلى تعزيز خبراتهم في مجال تحكيم معاهدة الإستثمار.

3. تقرر وضع هذا البند على جدول الأعمال المؤقت للدورة السنوية الخامسة والخمسين.