

Distr.: Limited
5 August 2011
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة القانون الدولي

الدورة الثالثة والستون

جنيف، ٢٦ نيسان/أبريل - ٣ حزيران/يونيه

و٤ تموز/يوليه - ١٢ آب/أغسطس ٢٠١١

مشروع تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثالثة والستين

المقرر: السيد أ. روهان بيريرا

الفصل الثاني عشر

شرط الدولة الأولى بالرعاية

المحتويات

الصفحة	الفقرات		
٢	٢-١	ألف - مقدمة
٢	١٨-٣	باء - النظر في الموضوع في الدورة الحالية
٣	١٦-٥	١ - مناقشات الفريق الدراسي
٧	١٨-١٧	٢ - برنامج العمل المستقبلي



الفصل الثاني عشر شرط الدولة الأولى بالرعاية

ألف - مقدمة

- ١ - قررت اللجنة، في دورتها الستين (٢٠٠٨)، أن تدرج موضوع "شرط الدولة الأولى بالرعاية" في برنامج عملها وأن تنشئ فريقاً دراسياً معنياً بالموضوع في دورتها الحادية والستين^(١).
- ٢ - وأنشئ فريق دراسي، يشترك في رئاسته كل من السيد دونالد م. ماكريه والسيد أ. روهان بيريرا، في الدورة الحادية والستين (٢٠٠٩)^(٢)، وأعيد تشكيله في الدورة الثانية والستين (٢٠١٠)، تحت الرئاسة المشتركة نفسها^(٣).

باء - النظر في الموضوع في الدورة الحالية

- ٣ - أعادت اللجنة، في الدورة الحالية، تشكيل الفريق الدراسي المعني بشرط الدولة الأولى بالرعاية الذي يشترك في رئاسته السيد دونالد م. ماكريه والسيد أ. روهان بيريرا.
- ٤ - وفي الجلسة ... المعقودة في ... آب/أغسطس ٢٠١١، أحاطت اللجنة علماً بالتقرير الشفوي الذي قدمه رئيسا الفريق الدراسي.

(١) في جلستها ٢٩٩٧ المعقودة في ٨ آب/أغسطس ٢٠٠٨. (الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والستون، الملحق رقم ١٠، (A/63/10)، الفقرة ٣٥٤). للاطلاع على مضامين هذا الموضوع، انظر المرجع نفسه، المرفق باء. وأحاطت الجمعية العامة علماً بالقرار، في الفقرة ٦ من قرارها ١٢٣/٦٣ المؤرخ ١١ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٨.

(٢) أحاطت اللجنة علماً في جلستها ٣٠٢٩ المعقودة في ٣١ تموز/يوليه ٢٠٠٩، بالتقرير الشفوي الذي قدمه رئيساً الفريق الدراسي المعني بشرط الدولة الأولى بالرعاية (المرجع نفسه، الدورة الرابعة والستون، الملحق رقم ١٠ (A/64/10)، الفقرات ٢١١ - ٢١٦). ونظر الفريق الدراسي في جملة أمور منها إطاراً من شأنه أن يكون بمثابة خريطة طريق للأعمال المقبلة، واتفق على جدول زمني للأعمال يشتمل على إعداد ورقات غرضها إلقاء مزيد من الضوء على المسائل المتعلقة خاصة بنطاق شروط الدولة الأولى بالرعاية وتفسيرها وتطبيقها.

(٣) أحاطت اللجنة علماً في جلستها ٣٠٧١ المعقودة في ٣٠ تموز/يوليه ٢٠١٠، بالتقرير الشفوي الذي قدمه رئيساً الفريق الدراسي (المرجع نفسه، الدورة الخامسة والستون، الملحق رقم ١٠ (A/65/10)، الفقرات ٣٥٩-٣٧٣). ونظر الفريق الدراسي في مختلف الورقات التي أعدت على أساس إطار عام ٢٠٠٩ لتكون بمثابة خريطة طريق للأعمال المقبلة، واستعرض تلك الورقات، واتفق على برنامج عمل لعام ٢٠١٠.

١- مناقشات الفريق الدراسي

٥- عقد الفريق الدراسي ٤ جلسات في ١ حزيران/يونيه، و ٢٠ تموز/يوليه، و ٤ آب/أغسطس ٢٠١١.

٦- وفي عام ٢٠١٠، قرر الفريق الدراسي، حرصاً منه على الدّفع قدماً بأعماله، أن يسعى إلى مواصلة تحديد المحتوى المعياري لشروط الدولة الأولى بالرعاية في مجال الاستثمار، وإجراء مزيد من التحليل للاجتهاد القضائي، بما في ذلك دور المحكّمين، العوامل التي تفسر اختلاف التّهجّج في تفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية، وأوجه الاختلافات، والخطوات التي تتخذها الدول استجابة للاجتهاد القضائي. وكان معروضاً على الفريق الدراسي في الدورة الحالية، وثيقة غير رسمية، في شكل مصفوفة، تُبيّن المحكّمين والمحامين في قضايا الاستثمار المنطوية على أحكام الدولة الأولى بالرعاية، جنباً إلى جنب مع نوع حكم الدولة الأولى بالرعاية الذي كان موضع تفسير.

٧- وكان معروضاً عليه أيضاً ورقة عمل بشأن "تفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية وتطبيقها في اتفاقات الاستثمار" أعدها دونالد ماكريه. واستندت ورقة العمل إلى الدراسة السابقة لها عن "شرط الدولة الأولى بالرعاية وقضية مافيزيني" التي أعدها روهان بيريرا^(٤)، وذلك من خلال محاولة التعرف على العوامل التي وضعتها المحاكم في اعتبارها للتوصل إلى قراراتها، من أجل الوقوف على ما إن كانت تلك العوامل تلقي بعض الضوء على أوجه الاختلاف القائمة في الاجتهاد القضائي، على أن الهدف هو تحديد فئات العوامل التي تم الاستظهار بها في عموم القضايا وتقييم أهميتها النسبية في تفسير شروط الدولة الأولى بالرعاية وتطبيقها. وفي هذا الصدد، نظرت ورقة العمل في مختلف الأغراض التي سُخّر لها الاستظهار بشروط الدولة الأولى بالرعاية في منازعات الاستثمار، مع التركيز أساساً على استخدام شروط الدولة الأولى بالرعاية للحصول على منفعة موضوعية منصوص عليها في معاهدة الاستثمار الثنائية بين الدولة المدعى عليها ودولة ثالثة؛ واستخدام شروط الدولة الأولى بالرعاية للحصول على أحكام لتسوية منازعة تكون أكثر ملاءمة مما هو منصوص عليه في اتفاق الاستثمار الثنائي الذي رفعت الدعوى بمقتضاه^(٥).

(٤) للاطلاع على معلومات موجزة، انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخامسة والستون، الملحق رقم ١٠، (A/65/10)، الفقرات ٣٦٦-٣٦٨.

(٥) يمكن أيضاً الاستظهار بها من أجل الحصول على منفعة منوطة لمستثمري أو استثمارات دولة ثالثة بموجب القانون المحلي أو تشريع الدولة التي رفعت ضدها الدعوى (الدولة مدعى عليها).

٨- ونظرت أيضاً في الاعتبارات التي كان لها دور في قرارات محاكم الاستثمار، حيث ركزت على مصدر الحق في المعاملة كدولة أولى بالرعاية، وكذا نطاق ذلك الحق. ومن حيث النطاق، لوحظ أن محاكم الاستثمار قد اتبعت طرقاً شتى في تحديد إطار تطبيق مبدأ "من ذات النوع"، بل إن بعض القرارات اتبعت في ثناياها نهجاً مختلفة. وشملت هذه (أ) التمييز بين (الولاية القضائية) الموضوعية والإجرائية؛ (ب) اتباع نهج قائم على تفسير المعاهدات، سواء عن طريق تفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية، بوصفها مسألة عامة من مسائل تفسير المعاهدات، أو اعتبار أن المسألة تتعلق بتفسير الولاية القضائية للمحكمة؛ (ج) اعتماد نهج تنازع أحكام المعاهدات الذي جعل المحاكم تأخذ في حسابها حقيقة أن المسألة التي يرجى إدراجها في معاهدة، مشمولة أصلاً، على نحو مختلف، بالمعاهدة الأساسية نفسها؛ (د) النظر في ممارسات الأطراف كوسيلة للتأكد من نية الأطراف فيما يتعلق بنطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية. وعلاوة على ذلك، نظرت ورقة العمل في السؤال المطروح، وإن لم تكن المحاكم قد تناولته صراحة باعتباره عاملاً من العوامل، حول ما إذا كان نوع المطالبة المقدمة له تأثير في رغبة المحاكم في إدراج الأحكام الأخرى عن طريق شرط الدولة الأولى بالرعاية، وكذا حدود تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية، بما في ذلك الاستثناءات المتعلقة "بالسياسات العامة" المبينة في قضية مافيزيني.

٩- وخلصت ورقة العمل، في الأساس، إلى أن دراسة قرارات محاكم الاستثمار كشفت عدم وجود نهج ثابت في تعليقات المحاكم يسمح باستخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية لإدراج أحكام لتسوية المنازعات في المعاهدات. وكشفت أيضاً ضعف الاتساق في تعليقات تلك المحاكم التي رفضت استخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية لإدراج تلك الأحكام في المعاهدات. وتطلب الأمر عملية من خطوتين لتقرير ما إذا كان من الممكن استخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية لإدراج أحكام تسوية المنازعات في المعاهدة الأساسية. وأولى الخطوتين هي اتخاذ قرار صريح أو ضمني، بشأن ما إن كانت شروط الدولة الأولى بالرعاية تشمل، من حيث المبدأ، أحكام تسوية المنازعات، أما الخطوة الثانية فهي تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية المعني لمعرفة ما إن كان يسري في الواقع على أحكام تسوية المنازعات. ولم يكن هذان النهجان صريحين دائماً، بل إن المحاكم بينت، في بعض الحالات، أنها تتبع نهج تفسير المعاهدات، وهو ما يبدو تجاهلاً منها للخطوة الأولى.

١٠- وأجرى الفريق الدراسي مناقشة مستفيضة على أساس ورقة العمل وإطار من الأسئلة أُعدّ لتقديم لمحة عامة عن القضايا التي قد يلزم النظر فيها في سياق مجمل أعمال الفريق الدراسي: تتفاوت من الاعتبارات القانونية البحتة إلى جوانب السياسة العامة الأوسع منحي، بما فيها التساؤل حول ما إذا كان التفسير المتحرر لنطاق أحكام الدولة الأولى بالرعاية قد يُخلّ بما يتضمنه اتفاق الاستثمار من توازن عام بين حماية المستثمر واستثماراته من جهة وحيز السياسات الضروري للدولة المضيفة من جهة أخرى.

١١ - وأكد الفريق الدراسي على الفهم العام الذي مؤداه أن مصدر الحق في معاملة الدولة الأولى بالرعاية هو المعاهدة الأساسية، وليس معاهدة الطرف الثالث^(٦)؛ وأن أحكام الدولة الأولى بالرعاية ليست استثناء من قاعدة الصلة التعاقدية في تفسير المعاهدات. وسلم الفريق الدراسي أيضاً بأنه يبدو أن المسألة الأساسية في القرارات الاستثمارية المتعلقة بشرط الدولة الأولى بالرعاية هي كيفية تحديد نطاق الحق في معاملة الدولة الأولى بالرعاية، أي تحديد ما هو "مشمول صراحة أو ضمناً في موضوع شرط الدولة الأولى بالرعاية".

١٢ - وبذلك، يكون الفريق الدراسي قد حصر الطرق التي صيغت بها مسألة "من ذات النوع"، وخاصة من خلال الاستظهار بالتمييز بين أحكام (الولاية القضائية) الموضوعية والإجرائية. وحيثما ينص صراحة شرط الدولة الأولى بالرعاية على إجراءات تسوية المنازعات أو يستبعد صراحة، لا تكون هناك حاجة إلى تفسير. أما التفسير فيصبح ضرورة، بالنظر إلى كون العديد من معاهدات الاستثمار الثنائية مفتوحة الصياغة بطبيعتها، في الحالات التي تكون فيها نية الأطراف غير معلنة صراحة، فيما يتعلق بمدى انطباق شرط الدولة الأولى بالرعاية من عدمه على آلية تسوية المنازعات، أو حين يتعذر التيقن من تلك النية بوضوح، أو عندما لا تكون صيغتها غير معقولة. ووضع الفريق الدراسي في اعتباره التطورات الحديثة الأخرى، بما في ذلك إصدار تنمة المجموعة الثانية من سلسلة الأونكتاد بشأن قضايا اتفاقات الاستثمار الدولية، معاملة الدولة الأولى بالرعاية^(٧) التي تعكس في جملة أمور رد فعل الدول التي أبرمت اتفاقات استثمار بعد قضية مافيزيني، حيث ظهر نزوع إلى التعبير صراحة عن سريان شرط الدولة الأولى بالرعاية على إجراءات تسوية المنازعات أو عدم انطباقه عليها.

١٣ - ونظر الفريق الدراسي أيضاً في قرار صدر مؤخراً في قضية إميرغليو ضد جمهورية الأرجنتين^(٨)، ولا سيما الرأي المؤيد والمعارض للأستاذة بريجيت ستيرن، محكمة، الذي حاجج، في جملة أمور بأن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمكن أن ينطبق على تسوية المنازعات لسبب أساسي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بجوهر القانون الدولي نفسه: لا توجد مساواة تلقائية بين الحقوق الموضوعية والوسائل القضائية لإنفاذها، وهو ما يعني وجود فرق بين

(٦) *Anglo-Iranian Oil Co. Case (Preliminary objection)*, 22 July 1952, *I.C.J. Reports* 1952 at 109. انظر أيضاً مشروع المادتين ٨ و ٩ من مشاريع مواد لجنة القانون الدولي بشأن شرط الدولة الأولى بالرعاية.

(٧) *UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, Series on Issues in International Investment Agreements II* (United Nations Publication, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, Sales no. E.10.II.D.19, New York and Geneva: 2010), pp.84-87.

(٨) *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic* (Argentine Republic-Italy BIT), ICSID Case No. ARB/07/17, 17 June 2011.

انظر:

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=viewCase&reqFrom=Home&caseId=C109>

شروط أهلية الحصول على الحقوق الموضوعية وشروط أهلية اللجوء إلى الوسائل القضائية^(٩). ولوحظ أيضاً وجود اختلافات في الرأي الفقهي بشأن تحديد النهج السليم، حيث رأى بعض المعلقين أنه لا يوجد سبب مقنع للتمييز بين الأحكام الموضوعية وتسوية المنازعات، بينما، رأى آخرون أن تفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية مسألة تختص بها المحاكم، حيث يجب الإعلان بصورة واضحة لا لبس فيها عن نية إدراج أحكام لتسوية المنازعات.

١٤ - وجرى التسليم بأن مختلف القرارات تنطوي ضمناً على ما يبدو أنه موقف فلسفي مما إذا كانت أحكام الدولة الأولى بالرعاية تشمل من حيث المبدأ أحكام تسوية المنازعات. وينطلق أحد السيناريوهات من افتراض بأن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمكن أن يشمل حقوقاً إجرائية، بينما يفترض السيناريو الثاني أن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يشمل حقوقاً إجرائية. ولوحظ على وجه العموم أن اللغز الخير هو أنه لا وجود، في الواقع، لأسلوب منهجي في التفسير يكون موحداً على نطاق المحاكم، ذلك أن المحاكم المختلفة تتأثر، على ما يبدو، بعوامل مختلفة. وفي مثل هذه الظروف، فإن استخلاص أي استنتاجات عامة بشأن التهجّج التفسيرية المتبعة على نطاق قرارات الاستثمار مهمة ليست سهلة. وتمثل جزء من التحدي الذي واجهه الفريق الدراسي في إجراء تقييم من شأنه أن يخرج بإطار نظري ما يستند إليه في توضيح النسق التعليلي للقرارات.

١٥ - وفي هذا الصدد، لوحظ أيضاً أن الرأي المؤيد والمخالف في قضية *Impregilo S.p.A* أتاح إطاراً ممكناً لاستقراء السبل التي ينبغي بها التعامل مع مسألة "من ذات النوع"، أي من خلال القيام أولاً بتحديد مدى استيفاء الشروط الأساسية المسبقة للاستظهار بشروط الاختصاص الشخصي، والاختصاص الموضوعي، والاختصاص الزمني للحصول على الحقوق التي تمنحها معاهدة الاستثمار الثنائية. وفي هذا الصدد، أُشير إلى أن المادة ١٤ من مشاريع المواد المتعلقة بشرط الدولة الأولى بالرعاية لعام ١٩٧٨، تنص على أن ممارسة الحقوق الناشئة بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية بالنسبة للدولة المستفيدة أو بالنسبة للأشخاص أو الأشياء المرتبطتين بعلاقة محددة مع تلك الدولة مرهون بالامتثال للأحكام والشروط ذات الصلة المنصوص عليها في المعاهدة المتضمنة لهذا الشرط أو تلك المتفق عليها بين الدولة المانحة والدولة المستفيدة. وهذه شروط تتعلق بالمضمون الواقعي نفسه لمعاملة الدولة الأولى بالرعاية، وهي مرتبطة موضوعياً بالمزايا التي من المقرر منحها، ويجب ألا تستخدم لغرض ممارسة تمييز مستتر. وبعبارة أخرى، بدلاً من عملية من خطوتين يتقرر فيها أولاً، بصورة صريحة أو ضمنية، ما إن كانت أحكام الدولة الأولى بالرعاية شاملة من حيث المبدأ لأحكام تسوية المنازعات، ثم يُشرع في تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية المعني لمعرفة ما إذا كان يسري في الواقع على أحكام تسوية المنازعات، هناك خطوة سابقة لهذا كله، ربما أغفلها الاجتهاد

(٩) الرأي المخالف للأستاذة المحكّمة بريجيت ستيرن، الفقرتان ١٦ و ٤٥.

القضائي، ترمي إلى تحديد من تحقق له الاستفادة، وتحديد مدى استيفاء الشروط المسبقة للحصول على المنافع.

١٦- وارتأى الفريق الدراسي أن من المستحسن استعراض مختلف التّهج المتبعة وتوجيه النظر إلى مواطن القوة والضعف في كل منهج. ولوحظ أن نهج تفسير المعاهدات قد يكون تسمية خاطئة لأن العملية برمتها تدور حول تفسير المعاهدات. وتم التأكيد على أن نقطة الانطلاق العامة هي اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، مشفوعة بأية مبادئ يمكن استخلاصها من الممارسة في مجال الاستثمار، وإن كان قد لوحظ أن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لا يبدو أن فيها ما يؤيد الإشارة إلى الممارسات الأخرى في مجال إبرام المعاهدات بين أطراف معاهدة استثمار ثنائية تكون موضوع مطالبة في إطار شرط الدولة الأولى بالرعاية، كوسيلة للتحقق من نية الأطراف فيما يتعلق بنطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية.

٢- برنامج العمل المستقبلي

١٧- أكد الفريق الدراسي مرة أخرى ضرورة إجراء مزيد من الدراسة لمسألة الدولة الأولى بالرعاية فيما يتعلق بتجارة الخدمات واتفاقات الاستثمار، فضلاً عن العلاقة بين شرط الدولة الأولى بالرعاية والمعاملة العادلة والمنصفة، ومعايير المعاملة الوطنية. وينبغي أيضاً إنعام النظر في مجالات أخرى من القانون الدولي للوقوف على ما إن كان أي تطبيق فيها لمعاملة الدولة الأولى بالرعاية من شأنه أن يُنير الفريق الدراسي في أعماله.

١٨- ويتوقع الفريق الدراسي أن ينجز أعماله في غضون دورتين أخريين للجنة. وجرى التأكيد على أنه ينبغي لأعمال الفريق الدراسي أن تسعى إلى الحؤول دون تجزؤ القانون الدولي بتأكيداتها على أهمية تحقيق مزيد من الاتساق في التّهج المتبعة في القرارات التحكيمية. واعتُبر أن باستطاعة الفريق الدراسي أن يساهم في ضمان توافر قدر أكبر من اليقين والاستقرار في مجال قانون الاستثمار. وشُدّد على أن الجهود ينبغي أن تنصبّ على الخروج بنتيجة تكون ذات فائدة عملية للعاملين في مجال الاستثمار والجهات تقرير السياسات. وأكد الفريق الدراسي عزمه على ألا يعدّ أية مشاريع مواد أو ينقّح مشاريع مواد عام ١٩٧٨. بل سيجري مزيداً من الأعمال بتوجيه عام من رئيسي الفريق الدراسي لإعداد مشروع تقرير يتضمن معلومات عن الخلفية العامة ويقدم تحليلاً للاجتهاد القضائي ويضعه في سياقه، ويوجه النظر إلى المسائل الناشئة والاتجاهات السائدة في الممارسة، ويقدم، حسب الاقتضاء، توصيات، بما في ذلك بنود نموذجية.