الفصل الثاني عشر

شرط الدولة الأولى بالرعاية

ألف- مقدمة

٣٤٥- قررت اللجنة، في دورتها الستين (٢٠٠٨)، أن تدرج موضوع "شرط الدولة الأولى بالرعاية" في برنامج عملها وأن تنشئ فريق دراسة معنياً بالموضوع في دورتها الحادية والستين[٦٩٣].

٣٤٦- وأنشئ فريق دراسة، يشترك في رئاسته كل من السيد دونالد م. ماكريه والسيد أ. روهان بيريرا، في الدورة الحادية والستين (٢٠٠٩)[٦٩٤]، وأعيد تشكيله في الدورة الثانية والستين (٢٠١٠) تحت الرئاسة المشتركة نفسها[٦٩٥].

باء- النظر في الموضوع في الدورة الحالية

٣٤٧- أعادت اللجنة، في الدورة الحالية، تشكيل فريق الدراسة المعني بشرط الدولة الأولى بالرعاية الذي يشترك في رئاسته السيد دونالد م. ماكريه والسيد أ. روهان بيريرا.

٣٤٨- وفي الجلسة ٣١١٩، المعقودة في ٨ آب/أغسطس ٢٠١١، أحاطت اللجنة علماً بالتقرير الشفوي الذي قدمه رئيسا فريق الدراسة.

١- مناقشات فريق الدراسة

٣٤٩- عقد فريق الدراسة ٤ جلسات في ١ حزيران/يونيه و٢٠ تموز/يوليه و٤ آب/أغسطس ٢٠١١.

٣٥٠- وفي عام ٢٠١٠، قرر فريق الدراسة، حرصاً منه على الدفع بأعماله قدماً، أن يسعى إلى مواصلة تحديد المحتوى المعياري لشروط الدولة الأولى بالرعاية في مجال الاستثمار، وإلى إجراء مزيد من التحليل للاجتهاد القضائي، بما في ذلك دور المحكمين، والعوامل التي تفسر اختلاف النُهُج في تفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية، وأوجه الاختلاف والخطوات التي تتخذها الدول استجابة للاجتهاد القضائي. وكان معروضاً على فريق الدراسة في الدورة الحالية وثيقة غير رسمية، في شكل مصفوفة، تبين المحكمين والمحامين في قضايا الاستثمار المنطوية على شروط الدولة الأولى بالرعاية، فضلاً عن نوع شرط الدولة الأولى بالرعاية الذي كان موضع تفسير.

٣٥١- وكان معروضاً عليه أيضاً ورقة عمل بشأن تفسير شروط الدولة الأولى بالرعاية وتطبيقها في اتفاقات الاستثمار أعدها السيد ماكريه. واستندت ورقة العمل إلى الدراسة السابقة بشأن شرط الدولة الأولى بالرعاية وقضية *مافيزيني* التي أعدها السيد بيريرا[٦٩٦]، وذلك من خلال محاولة التعرف على العوامل التي أخذتها المحاكم بعين الاعتبار في التوصل إلى قراراتها من أجل الوقوف على ما إن كانت تلك العوامل تلقي بعض الضوء على أوجه الاختلاف القائمة في الاجتهاد القضائي، وهذا بهدف تحديد فئات العوامل التي استُظهر بها في عموم القضايا وتقييم أهميتها النسبية في تفسير شروط الدولة الأولى بالرعاية وتطبيقها. وفي هذا الصدد، نظرت ورقة العمل في مختلف الأغراض التي استُظهر لأجلها بشروط الدولة الأولى بالرعاية في منازعات الاستثمار، مع التركيز أساساً على استخدام هذه الشروط للحصول على منفعة موضوعية منصوص عليها في معاهدة الاستثمار الثنائية بين الدولة المدعى عليها ودولة ثالثة، وعلى استخدام هذه الشروط للحصول على أحكام لتسوية المنازعات تكون أكثر مؤاتاة مما هو منصوص عليه في اتفاق الاستثمار الثنائي الذي رُفعت الدعوى بمقتضاه[٦٩٧].

٣٥٢- ونظرت ورقة العمل أيضاً في الاعتبارات التي كان لها دور في قرارات محاكم الاستثمار، حيث ركّزت على *مصدر* الحق في الحصول على معاملة الدولة الأولى بالرعاية، وكذا *نطاق* ذلك الحق. ومن حيث النطاق، لوحظ أن محاكم الاستثمار قد اتبعت

---

(٦٩٣) في جلستها ٢٩٩٧ المعقودة في ٨ آب/أغسطس ٢٠٠٨ (انظر *حولية ٢٠٠٨*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرة ٣٥٤). وللاطلاع على المخطط العام للموضوع، انظر المرجع نفسه، المرفق الثاني. وقد أحاطت الجمعية العامة علماً بهذا القرار في الفقرة ٦ من قرارها ١٢٣/٦٣ المؤرخ ١١ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٨.

(٦٩٤) أحاطت اللجنة علماً، في جلستها ٣٠٢٩ المعقودة في ٣١ تموز/يوليه ٢٠٠٩، بالتقرير الشفوي للرئيسين المشاركين لفريق الدراسة المعني بشرط الدولة الأولى بالرعاية (انظر *حولية ٢٠٠٩*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرات ٢١١-٢١٦). ونظر فريق الدراسة في جملة أمور منها إطار 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 خاصةً بنطاق شروط الدولة الأولى بالرعاية وتفسيرها وتطبيقها.

(٦٩٥) أحاطت اللجنة علماً، في جلستها ٣٠٧١ المعقودة في ٣٠ تموز/يوليه ٢٠١٠، بالتقرير الشفوي للرئيسين المشاركين لفريق الدراسة (انظر *حولية ٢٠١٠*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرات ٣٥٩-٣٧٣). ونظر فريق الدراسة في مختلف الورقات التي أُعدت على أساس إطار عام ٢٠٠٩ لتكون بمثابة خريطة طريق للأعمال المقبلة، واتفق على برنامج عمل لعام ٢٠١٠.

(٦٩٦) للاطلاع على عرض موجز لها، انظر *حولية ٢٠١٠*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرات ٣٦٦-٣٦٨. وبخصوص قضية *مافيزيني*، انظر: *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7. Available from https://icsid.worldbank.org/.

(٦٩٧) يمكن أيضاً الاحتجاج بها من أجل الحصول على منفعة ممنوحة لمستثمري أو استثمارات دولة ثالثة بموجب القانون المحلي أو التشريعات المحلية للبلد المرفوع ضده الدعوى (الدولة المدعى عليها).

طرقاً شتى في تحديد إطار تطبيق مبدأ "من ذات النوع"، بل إن بعض القرارات اتبعت في ثناياها نُهُجاً مختلفة. وشملت هذه ما يلي: (أ) التمييز بين الموضوع والإجراءات (الاختصاص)؛ و(ب) اتباع نهج قائم على *تفسير المعاهدات*، سواء عن طريق تفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية بوصفها مسألة عامة من مسائل تفسير المعاهدات، أو باعتبار أن المسألة تتعلق بتفسير اختصاص المحكمة؛ و(ج) اعتماد *نهج تنازع أحكام المعاهدات*، حيث تأخذ المحاكم في حسبانها حقيقة أن المسألة التي يرجى إدراجها في المعاهدة مشمولة أصلاً، على نحو مختلف، بالمعاهدة الأساسية نفسها؛ و(د) النظر في *ممارسات* الأطراف كوسيلة للتأكد من نية الأطراف فيما يتعلق بنطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية. وعلاوة على ذلك، نظرت ورقة العمل في مسألة لم تتناولها المحاكم صراحة بوصفها عاملاً من العوامل، وهي مسألة ما إن كان *نوع المطالبة* المقدمة له تأثير في قبول المحاكم لإدراج أحكام أخرى عن طريق شرط الدولة الأولى بالرعاية، وكذا *حدود تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية*، بما في ذلك الاستثناءات المتعلقة بـ "السياسات العامة" المبيّنة في قضية *مافيزيني*.

٣٥٣- وخلصت ورقة العمل، إجمالاً، إلى أن دراسة قرارات محاكم الاستثمار كشفت عن عدم وجود نهج ثابت في تعليلات المحاكم يسمح باستخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية لإدراج أحكام لتسوية المنازعات. وتبيَّن أيضاً ضعف الاتساق في تعليلات تلك المحاكم التي رفضت استخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية لإدراج تلك الأحكام. وقد انطوى الأمر على القيام بعملية مؤلفة من خطوتين لتقرير ما إن كان من الممكن استخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية لإدراج أحكام لتسوية 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 تكن هذه النُهُج صريحة دائماً، بل إن المحاكم بيّنت، في بعض الحالات، أنها تتبع نهج تفسير المعاهدات، وهو ما يبدو تجاهلاً منها للخطوة الأولى.

٣٥٤- وأجرى فريق الدراسة مناقشة مستفيضة على أساس ورقة العمل وإطار من الأسئلة أُعد لتقديم لمحة عامة عن القضايا التي قد يلزم النظر فيها في سياق مجمل أعمال فريق الدراسة، وهي تتفاوت من الاعتبارات القانونية البحتة إلى جوانب السياسة العامة الأوسع منحى، بما في ذلك التساؤل عما إن كان التفسير المتحرر لنطاق شروط الدولة الأولى بالرعاية قد يخل بما يتضمنه اتفاق الاستثمار من توازن عام بين حماية المستثمر واستثماراته وبين مجال الحركة الضروري للدولة المضيفة من حيث السياسات المتبعة.

٣٥٥- وأكد فريق الدراسة على الفهم العام الذي مؤداه أن مصدر الحق في معاملة الدولة الأولى بالرعاية هو المعاهدة الأساسية، وليس معاهدة الطرف الثالث(٦٩٨)؛ فشروط الدولة الأولى بالرعاية ليست استثناء من قاعدة الصلة التعاقدية في تفسير المعاهدات. وسلّم فريق الدراسة أيضاً بأنه يبدو أن المسألة الأساسية في القرارات الاستثمارية المتعلقة بمعاملة الدولة الأولى بالرعاية هي كيفية تحديد نطاق الحق في الحصول على تلك المعاملة، أي تحديد ما هو مشمول صراحة أو ضمناً "ضمن نطاق موضوع شرط الدولة الأولى بالرعاية".

٣٥٦- وبذلك يكون فريق الدراسة قد حصر الطرق التي صيغت بها مسألة "من ذات النوع"، وخاصة من خلال الاستظهار بالتمييز بين الأحكام الموضوعية والإجرائية (المتعلقة بالاختصاص). وحيثما يشتمل شرط الدولة الأولى بالرعاية صراحةً على إجراءات لتسوية المنازعات، أو يستبعدها صراحة، لا تكون هناك حاجة إلى مزيد من التفسير. بيد أن التفسير يصبح ضرورياً في الحالات التي تكون فيها نية الأطراف غير معلنة صراحة فيما يتعلق بانطباق شرط الدولة الأولى بالرعاية من عدمه على آلية تسوية المنازعات، أو حين يتعذر التيقن من تلك النية، وهي حالة شائعة في العديد من معاهدات الاستثمار الثنائية التي تكون أحكامها مفتوحة الصياغة. وقد وضع فريق الدراسة في اعتباره التطورات الأخرى التي حدثت مؤخراً، بما في ذلك إصدار تتمة سلسلة مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الأونكتاد) بشأن القضايا المتعلقة باتفاقات الاستثمار الدولية (المجموعة الثانية)، *معاملة الدولة الأولى بالرعاية*(٦٩٩)، وهي 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 سريانه عليها.

٣٥٧- ونظر فريق الدراسة أيضاً في القرار الصادر مؤخراً في قضية *شركة إمبريجيلو ضد جمهورية الأرجنتين*(٧٠٠)، ولا سيما الرأي المؤيد والمخالف الذي قدمته الأستاذة بريجيت ستيرن، المحكّمة، والذي حاجت فيه، 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 شروط أهلية الحصول على الحقوق الموضوعية

---

(٦٩٨) *Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction)*, *Judgment of July 22nd, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 93. at p. 109. انظر أيضاً مشروعي المادتين ٨ و٩ من مشاريع مواد اللجنة بشأن شروط الدولة الأولى بالرعاية، *حولية ١٩٧٨*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ٢٥-٣٣.

(٦٩٩) UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (Sales No. E.10.II.D.19), pp. 84–87. Available from http://unctad.org/en/docs/diaeia20101_en.pdf.

(٧٠٠) ICSID Case No. ARB/07/17, Award of 21 June 2011. Available from https://icsid.worldbank.org/.

والحقوق الموضوعية ذاتها، وشروط أهلية اللجوء إلى الوسائل القضائية وممارسة الولاية القضائية ذاتها[٧٠١]. ولوحظ أيضاً وجود اختلافات في الآراء الفقهية بشأن تحديد النهج السليم، حيث رأى بعض المعلقين أنه لا يوجد سبب مقنع للتمييز بين الأحكام الموضوعية وبين تسوية المنازعات، بينما رأى آخرون أن تفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية مسألة تتعلق بالاختصاص القضائي، حيث يجب الإفصاح بصورة واضحة لا لبس فيها عن نية إدراج أحكام تسوية المنازعات.

٣٥٨- وقد سُلِّم بأن مختلف القرارات تنطوي ضمناً على ما يبدو أنه موقف فلسفي بشأن ما إن كانت شروط الدولة الأولى بالرعاية تشمل من حيث المبدأ أحكام تسوية المنازعات. وينطلق أحد السيناريوهات من افتراض أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمكن أن يشمل الحقوق الإجرائية، بينما يفترض السيناريو الثاني أن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يشمل تلك الحقوق. ولوحظ على وجه العموم أن اللغز المحير هو أنه لا وجود في الواقع لأسلوب منهجي في التفسير تطبقه شتى المحاكم بصورة موحدة؛ ذلك أن المحاكم المختلفة تتأثر، على ما يبدو، بعوامل مختلفة. وفي ظل هذه الظروف، فإن استخلاص أي استنتاجات عامة بشأن النُهُج التفسيرية المتبعة فيما يخص شتى قرارات الاستثمار مهمة ليست سهلة. وقد تمثَّل جزء من التحدي الذي واجهه فريق الدراسة في إجراء تقييم من شأنه أن يخرج بإطار نظري ما يُستند إليه في توضيح النسق التعليلي لتلك القرارات.

٣٥٩- وفي هذا الصدد، لوحظ أيضاً أن الرأي المؤيد والمخالف في قضية *شركة إمبريجيلو ضد جمهورية الأرجنتين* أتاح إطاراً ممكناً لاستقراء السبل التي ينبغي التعامل بها مع مسألة "من ذات النوع"، أي من خلال القيام أولاً بتحديد مدى استيفاء الشروط الأساسية المسبقة للمطالبة بالحصول على الحقوق - شروط الاختصاص الشخصي والاختصاص الموضوعي والاختصاص الزمني فيما يتصل بالحصول على الحقوق التي تمنحها معاهدة الاستثمار الثنائية. وفي هذا الصدد، أشير 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 المرتبطين بعلاقة محددة مع تلك الدولة، مرهونة بالامتثال للأحكام والشروط ذات الصلة المنصوص عليها في المعاهدة المتضمنة لهذا الشرط أو تلك المتفق عليها بين الدولة المانحة والدولة المستفيدة[٧٠٢]. وبعبارة أخرى، فبدلاً من عملية مؤلفة من خطوتين يتقرر فيها أولاً، بصورة صريحة أو ضمنية، ما إن كانت شروط الدولة الأولى بالرعاية شاملة من حيث المبدأ لأحكام تسوية المنازعات، ثم يُشرع في تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية المعني لمعرفة ما إن كان يسري في الواقع على أحكام تسوية المنازعات، فإن ثمة خطوة سابقة لهذا، ربما أغفلتها الاجتهادات القضائية، ترمي إلى تحديد من تحق له الاستفادة وتحديد مدى استيفاء الشروط المسبقة المتعلقة بالحصول على المنافع.

٣٦٠- وارتأى فريق الدراسة أن من المستحسن استعراض مختلف النُهُج المتبعة وتوجيه النظر إلى مواطن القوة والضعف في كل نهج. ولوحظ أن *نهج تفسير المعاهدات* قد يكون تسمية خاطئة لأن العملية برمتها تدور حول تفسير المعاهدات. وأُكد على أن نقطة الانطلاق العامة هي اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩، مقرونة بأية مبادئ يمكن استخلاصها من الممارسة في مجال الاستثمار، وإن كان قد لوحظ أن اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩ لا يبدو أن فيها ما يؤيد الرجوع إلى ممارسات إبرام المعاهدات الأخرى من جانب كل من طرفي معاهدة استثمار ثنائية، قُدمت بشأنها مطالبة للحصول على معاملة الدولة الأولى بالرعاية، كوسيلة للتحقق من نية الطرفين فيما يتعلق بنطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية.

٢- الأعمال المقبلة

٣٦١- أكد فريق الدراسة مرة أخرى ضرورة إجراء مزيد من الدراسة لمسألة شرط 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 أن يُنظر مجدداً في مجالات أخرى من مجالات القانون الدولي للوقوف على ما إن كان أي تطبيق فيها لشرط الدولة الأولى بالرعاية من شأنه أن يرشد فريق الدراسة في أعماله.

٣٦٢- ويتوقع فريق الدراسة أن ينجز أعماله في غضون دورتين أخريين للجنة. وأُكد على أنه ينبغي لأعمال فريق الدراسة أن تسعى إلى الحؤول دون تجزؤ القانون الدولي بتأكيدها على أهمية تحقيق مزيد من الاتساق في النُهُج المتبعة في القرارات التحكيمية. واعتُبر أن باستطاعة فريق الدراسة أن يساهم في ضمان توافر قدر أكبر من اليقين والاستقرار في مجال قانون الاستثمار. وشُدد على أن الجهود ينبغي أن تنصب على الخروج بنتيجة تكون ذات فائدة عملية للعاملين في مجال الاستثمار ولجهات تقرير السياسات. وأكد فريق الدراسة عزمه على ألا يُعِد أية مشاريع مواد أو ينقح مشاريع مواد عام ١٩٧٨. وسيضطلع عوضاً عن ذلك بمزيد من الأعمال بتوجيه عام من رئيسي فريق الدراسة لإعداد مشروع تقرير يتضمن المعلومات الأساسية ذات الصلة، ويقدم تحليلاً للاجتهاد القضائي ويضعه في سياقه، ويوجه النظر إلى المسائل المطروحة والاتجاهات السائدة في الممارسة، ويقدم توصيات حيثما اقتضى الأمر، بما في ذلك بنود نموذجية.

---

(٧٠١) الرأي المؤيد والمخالف الذي قدمته الأستاذة بريجيت ستيرن، المحكّمة، الفقرتان ١٦ و٤٥.

(٧٠٢) *حولية ١٩٧٨*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ٣٩ و٤٠.