المرفق

التقرير النهائي

الفريق الدراسي المعني بشرط الدولة الأولى بالرعاية

الفصل *الصفحة*

	مقدمة	١٨٨
الجزء الأول	معلومات أساسية	١٨٨
	ألف - نشأة الفريق الدراسي والغرض منه	١٨٨
	باء - مشروع مواد عام ١٩٧٨	١٩١
	١- المنشأ	١٩١
	٢- الأحكام الرئيسية	١٩١
	٣- مقرر الجمعية العامة بشأن مشروع مواد عام ١٩٧٨	١٩٤
	جيم - التطورات اللاحقة	١٩٤
	دال - تحليل أحكام الدولة الأولى بالرعاية في هيئات أخرى	١٩٦
	١- الأونكتاد	١٩٦
	٢- منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي	١٩٧
الجزء الثاني	الأهمية المعاصرة لشرط الدولة الأولى بالرعاية والقضايا المتعلقة بتفسيرها	١٩٨
	ألف - العناصر الرئيسية للدولة الأولى بالرعاية	١٩٨
	١- الأساس المنطقي لمعاملة الدولة الأولى بالرعاية	١٩٩
	باء - الممارسة المعاصرة فيما يتعلق بشرط الدولة الأولى بالرعاية	٢٠٠
	١- شرط الدولة الأولى بالرعاية في اتفاق الغات ومنظمة التجارة العالمية	٢٠٠
	٢- شرط الدولة الأولى بالرعاية في الاتفاقات التجارية الأخرى	٢٠٣
	٣- شرط الدولة الأولى بالرعاية في معاهدات الاستثمار	٢٠٣
	جيم - المسائل التفسيرية المتعلقة بشروط الدولة الأولى بالرعاية في اتفاقات الاستثمار	٢٠٦
	١- من يحق له الاستفادة من شرط الدولة الأولى بالرعاية؟	٢٠٦
	٢- مما تتشكل المعاملة التي "لا تقل رعاية"؟	٢٠٨
	٣- ما هو نطاق المعاملة التي ستمنح في إطار شرط الدولة الأولى بالرعاية؟	٢٠٩
	(أ) شرط الدولة الأولى بالرعاية والمسائل الإجرائية: منشأ المسألة	٢١٠

(ب) التفسير اللاحق لشروط الدولة الأولى بالرعاية فيما يتعلق بالمسائل الإجرائية من جانب هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار ٢١٢
'١' التمييز بين الالتزامات الموضوعية والإجرائية..... ٢١٣
'٢' تفسير شروط الدولة الأولى بالرعاية كمسألة ولاية قضائية ٢١٥
١- معيار تفسير مسائل الولاية القضائية..... ٢١٥
٢- تسوية المنازعات والولاية القضائية ٢١٧
'٣' القصد المحدد من الأحكام الأخرى في المعاهدة ٢٢٠
'٤' ممارسات الأطراف ٢٢١
'٥' الوقت المناسب لتحديد قصد الطرفين ٢٢٢
'٦' مضمون الحكم المقصود تغييره بالاحتجاج بحكم الدولة الأولى بالرعاية..... ٢٢٣
'٧' الاتساق في اتخاذ القرارات ٢٢٦
'٨' تعريف معاملة "لا تقل رعاية" ٢٢٦
'٩' وجود استثناءات قائمة على السياسة العامة ٢٢٧

الجزء الثالث اعتبارات متعلقة بتفسير شروط الدولة الأولى بالرعاية ٢٢٨
ألف - اعتبارات السياسة العامة فيما يتعلق بتفسير اتفاقات الاستثمار..... ٢٢٨
١- تفاوت القدرات في التفاوض على معاهدات الاستثمار الثنائية..... ٢٢٨
٢- خصوصية كل معاهدة ٢٢٨
باء - التحكيم الخاص بتسوية منازعات الاستثمار باعتباره "تحكيماً مختلطاً"..... ٢٣٠
جيم - الأهمية المعاصرة لمشاريع المواد التي وضعت في عام ١٩٧٨ في تفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية ٢٣١

الجزء الرابع توجيهات بشأن تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية ٢٣٢
ألف - يمكن، من حيث المبدأ، تطبيق أحكام الدولة الأولى بالرعاية على أحكام تسوية المنازعات في معاهدات الاستثمار الثنائية..... ٢٣٢
باء - الشروط المتعلقة بتسوية المنازعات وولاية المحكمة ٢٣٣
جيم - العوامل المهمة في تحديد ما إذا كان حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية ينطبق على شروط الاحتجاج بتسوية المنازعات ٢٣٥
١- مبدأ المعاصرة..... ٢٣٦
٢- أهمية الأعمال التحضيرية ٢٣٧
٣- الممارسة التعاهدية للأطراف ٢٣٨

٤- معنى السياق ٢٣٩
(أ) التوازن بين الأحكام المحددة والعامة ٢٣٩
(ب) مبدأ تخصيص الشيء بالذكر ٢٤٠
٥- أهمية مضمون الحكم المراد استبداله ٢٤٠
٦- تفسير الحكم المراد إدراجه ٢٤١
دال - العواقب المترتبة على مختلف الشروط النموذجية للدولة الأولى بالرعاية ٢٤١
١- الشروط الواردة في اتفاقات كانت قائمة وقت اتخاذ القرار في قضية مافيزيني (Maffezini) ٢٤٢
٢- الشروط الواردة في اتفاقات أُبرمت منذ اتخاذ القرار في قضية مافيزيني (Maffezini) ٢٤٣
الجزء الخامس ملخص الاستنتاجات ٢٤٤

مقدمة

١- يتضمن هذا التقرير عمل الفريق الدراسي الذي أنشأته اللجنة للنظر في القضايا المعاصرة المتعلقة بشرط الدولة الأولى بالرعاية. وقد تناولت اللجنة موضوع شرط الدولة الأولى بالرعاية في الفترة من عام ١٩٦٧ إلى عام ١٩٧٨، ورغم ذلك لم تُبرم معاهدة متعددة الأطراف على أساس مشاريع المواد التي وضعتها اللجنة. ومنذ ذلك الحين، أصبح شرط الدولة الأولى بالرعاية حجر الزاوية في منظمة التجارة العالمية، وأدرج في عدد لا حصر له من اتفاقات الاستثمار الثنائية والإقليمية. وعلى وجه الخصوص، نشأت خلافات في سياق اتفاقات الاستثمار الثنائية عند اتساع نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية من الالتزامات الموضوعية إلى أحكام تسوية المنازعات. ويستعرض التقرير هذه التطورات ويقدم بعض التعليقات على تفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية[(١)].

٢- وعند النظر في هذا الموضوع، سعى الفريق الدراسي إلى تحديد ما إذا كان من الممكن أن يتوصل إلى نتائج مفيدة من الناحية العملية فيما يتعلق بكل من إدراج شرط الدولة الأولى بالرعاية في المعاهدات وتفسير وتطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية في قرارات هيئات التحكيم وغيرها من الهيئات. ونظر الفريق الدراسي فيما إذا كان ثمة فائدة من إعادة النظر في مشاريع المواد التي وضعت في عام ١٩٧٨ أو في إعداد مجموعة من مشاريع المواد الجديدة وخلص إلى أنه ليست هناك فائدة من ذلك[(٢)]. وفي حين ركز الفريق الدراسي اهتمامه بوجه خاص على شرط الدولة الأولى بالرعاية في سياق اتفاقات الاستثمار، فإنه سعى أيضاً إلى النظر في شرط الدولة الأولى بالرعاية في سياق أوسع. وترد استنتاجات الفريق الدراسي في الفقرات ٢١٢ إلى ٢١٧ أدناه.

الجزء الأول
معلومات أساسية

٣- يتضمن هذا الجزء من التقرير معلومات أساسية عن عمل الفريق الدراسي ويصف العمل السابق الذي قامت به اللجنة بشأن موضوع شروط الدولة الأولى بالرعاية. ويستعرض هذا الجزء بعد ذلك التطورات التي حدثت في استخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية منذ عام ١٩٧٨.

ألف- نشأة الفريق الدراسي والغرض منه

٤- اعتمدت اللجنة في عام ١٩٧٨ مشاريع مواد بشأن شرط الدولة الأولى بالرعاية[(٣)]. ولم تتخذ الجمعية العامة إجراءات لعقد مؤتمر من أجل تحويل هذا المشروع إلى اتفاقية. وفي الدورة

(١) يستخدم مصطلح "شرط الدولة الأولى بالرعاية" ومصطلح "حكم الدولة الأولى بالرعاية" كمترادفين في هذا التقرير.

(٢) ربما تجدر الإشارة إلى أن بعض أعضاء الفريق الدراسي رأى أن من المناسب أن يعاد النظر في مشاريع المواد التي وضعت في عام ١٩٧٨.

(٣) *Yearbook .... 1978*, vol. II (Part Two), pp. 16-72.

الثامنة والخمسين للجنة، المعقودة في عام ٢٠٠٦، ناقش الفريق العامل المعني ببرنامج العمل الطويل الأجل مسألة ما إذا كان ينبغي النظر مرة أخرى في موضوع شرط الدولة الأولى بالرعاية. وفي الدورة التاسعة والخمسين، المعقودة في عام ٢٠٠٧، نظر فريق عامل غير رسمي تابع للجنة في هذه المسألة، وقررت اللجنة في دورتها الستين، المعقودة في عام ٢٠٠٨، أن تدرج موضوع شرط الدولة الأولى بالرعاية في برنامج عملها الطويل الأجل. وفي نفس الدورة، قررت اللجنة أن تدرج الموضوع في برنامج عملها الحالي وأن تنشئ فريقاً دراسياً معنياً به في دورتها الحادية والستين يشترك في رئاسته السيد دونالد ماكريه والسيد روهان بيريرا[٤]. وقد ترأس الفريق الدراسي السيد ماكريه، وفي حالة غيابه السيد ماتياس فورتو، منذ عام ٢٠١٢.

٥- وقد تأثرت اللجنة عندما قررت النظر مرة أخرى في مسألة شرط الدولة الأولى بالرعاية بالتطورات التي حدثت منذ عام ١٩٧٨ ومن بينها التوسع في تطبيق أحكام الدولة الأولى بالرعاية في إطار منظمة التجارة العالمية، وانتشار إدراج أحكام الدولة الأولى بالرعاية في معاهدات الاستثمار الثنائية والأحكام المتعلقة بالاستثمار في ترتيبات التكامل الاقتصادي الإقليمي، والصعوبات المحددة التي نشأت في تفسير وتطبيق أحكام الدولة الأولى بالرعاية في معاهدات الاستثمار.

٦- وعقد الفريق الدراسي ٢٤ جلسة بين عامي ٢٠٠٩ و٢٠١٥. واتفق الفريق الدراسي على إطار يكون بمثابة خارطة طريق لعمله، في ضوء القضايا التي برزت في المنهج الذي اتبعه للنظر في الموضوع[٥]. وشرع في عمله على أساس ورقات العمل غير الرسمية والوثائق غير الرسمية الأخرى التي أعدها أعضاء اللجنة لمساعدة الفريق الدراسي في عمله[٦].

---

(٤) *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والستون، الملحق رقم ١٠* (A/63/10)، الفقرات ٣٥١-٣٥٢. وانظر أيضا *المرجع السابق، الدورة الرابعة والستون، الملحق رقم ١٠* (A/64/10)، الفقرات ٢١١-٢١٦؛ و*المرجع السابق، الدورة الخامسة والستون، الملحق رقم ١٠* (A/65/10)، الفقرات ٣٥٩-٣٧٣؛ و*المرجع السابق، الدورة السادسة والستون، الملحق رقم ١٠* (A/66/10)، الفقرات ٣٤٩-٣٦٣.

(٥) *المرجع السابق، الدورة الرابعة والستون، الملحق رقم ١٠* (A/64/10)، الفقرة ٢١٦.

(٦) نظر الفريق الدراسي في أوراق عمل تتعلق بما يلي: (a) Review of the 1978 Draft Articles of the MFN Clause (Mr. Shinya Murase); (b) MFN in the GATT and the WTO (Mr. D.M. McRae); (c) The Most-Favoured-Nation Clause and the *Maffezini case* (Mr. A.R. Perera); (d) The Work of OECD on MFN (Mr. M.D. Hmoud); (e) The Work of UNCTAD on MFN (Mr. S.C. Vasciannie); (f) The Interpretation and application of MFN clauses in investment agreements (Mr. D.M. McRae); (g) The Interpretation of MFN Clauses by Investment Tribunals (Mr. D.M. McRae) (وكانت ورقة العمل هذه عبارة عن نسخة منقحة من ورقة العمل المعنونة "Interpretation and Application of MFN Clauses in Investment Agreements"); (h) The Effect of the Mixed Nature of Investment Tribunals on the Application of MFN Clauses to Procedural Provisions (Mr. M. Forteau); (i) A BIT on Mixed Tribunals: Legal Character of Investment Dispute Settlements (Mr. S. Murase); and (j) Survey of MFN language and Maffezini-related Jurisprudence (Mr.M.D. Hmoud) وعُرض على الفريق الدراسي أيضاً ما يلي: (أ) *A Catalogue of MFN provisions* (prepared Mr. D.M. McRae and Mr. A.R. Perera)؛ و(ب) وثيقة غير رسمية، في شكل جدول، تُحدد هيئات التحكيم والدفاع في قضايا الاستثمار التي تنطوي على شروط الدولة الأولى بالرعاية، بالإضافة إلى نوع حكم الدولة الأولى بالرعاية الخاضع للتفسير؛ و(ج) ورقة عمل غير رسمية بشأن الشروط النموذجية الخاصة بالدولة الأولى

٧- وتلقت اللجنة، طوال نظرها في الموضوع، تعليقات من الدول في اللجنة السادسة بشأن عمل الفريق الدراسي. وعلى الرغم من التردد الذي أبدته بعض الدول بشأن النظر في الموضوع[٧]، كان الرأي السائد هو أنه يمكن للجنة أن تسهم في هذا المجال. وكان من الواجب على اللجنة أن تراعي حقيقة أن أحكام الدولة الأولى بالرعاية تأتي بأشكال متباينة وأنه لا ينبغي بالضرورة أن يتوقع أن يكون التفسير أو التطبيق واحدا[٨]. وتمشياً مع التوجه العام للفريق الدراسي، أعرب كثيراً عن رأي مفاده أن اللجنة لا ينبغي أن تنتج مشاريع مواد جديدة ولا ينبغي أن تحاول إعادة النظر في مشاريع المواد التي وضعت في عام ١٩٧٨[٩]. ورئي بصورة عامة أنه ينبغي للجنة أن تحدد الاتجاهات في تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية وأن تقدم توجيهات للمفاوضين في المعاهدات، وواضعي السياسات، والممارسين في مجال الاستثمار[١٠].

٨- وقرر الفريق الدراسي عدم محاولة الفصل بين الآراء المتضاربة لهيئات التحكيم في قضايا الاستثمار عند تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية على تسوية المنازعات. فليس للجنة دور رسمي فيما يتعلق بقرارات لهيئات التحكيم في قضايا الاستثمار، والقول بأن هذه الهيئة على صواب والأخرى على خطأ سيؤدي فقط إلى إضافة صوت آخر هو صوت اللجنة في النقاش الجاري.

٩- وعوضاً عن ذلك، رأى الفريق الدراسي أن بعض التفسير أو التوضيح لنهج اللجنة في عام ١٩٧٨ سيكون مفيداً، لا سيما في ضوء عدم اليقين بشأن كيفية تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية. ورأى الفريق الدراسي أيضاً أن من المفيد النظر في تطبيق القواعد المتعلقة بتفسير المعاهدات على تفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية.

بالرعاية ما بعد *Maffezini*، تبحث مختلف طرق استجابة الدول لقضية *Maffezini*؛ و(د) ورقة عمل غير رسمية تُقدم استعراضاً عاماً للأسلوب النمطي لشرط الدولة الأولى بالرعاية، المستخدم في اتفاقات المقر التي تمنح ممثلي الدول لدى المنظمة نفس الامتيازات والحصانات الممنوحة للدبلوماسيين في الدولة المضيفة؛ و(هـ) ورقة عمل غير رسمية بشأن شرط الدولة الأولى بالرعاية في المعاهدات الدبلوماسية؛ و(و) ورقة عمل غير رسمية بشأن اتفاقات الملاحة وشرط الدولة الأولى بالرعاية.

(٧) انظر على سبيل المثال: A/C.6/65/SR.25، الفقرة ٧٥ (البرتغال)؛ وA/C.6/69/SR.27، الفقرة ٤٩ (جمهورية إيران الإسلامية)؛ وA/C.6/64/SR.23، الفقرة ٢٧ (جمهورية إيران الإسلامية).

(٨) انظر على سبيل المثال: A/C.6/64/SR.23، الفقرة ٥٢ (الولايات المتحدة الأمريكية)؛ وA/C.6/64/SR.23، الفقرة ٣١ (اليابان)؛ وA/C.6/65/SR.26، الفقرة ١٧ (الولايات المتحدة الأمريكية)؛ وA/C.6/69/SR.27، الفقرة ٩٤ (الولايات المتحدة الأمريكية)؛ وA/C.6/67/SR.21، الفقرة ١٠٣ (الولايات المتحدة الأمريكية).

(٩) انظر على سبيل المثال: A/C.6/64/SR.23، الفقرة ٥٢ (الولايات المتحدة الأمريكية)؛ وA/C.6/69/SR.25، الفقرة ٨٢ (المملكة المتحدة)؛ وA/C.6/65/SR.26، الفقرة ١٧ (الولايات المتحدة الأمريكية)؛ وA/C.6/69/SR.25، الفقرة ١١٥ (النمسا)؛ وA/C.6/65/SR.26، الفقرة ١٨ (المملكة المتحدة)؛ وA/C.6/69/SR.27، الفقرة ٢٦ (الولايات المتحدة الأمريكية).

(١٠) انظر على سبيل المثال: A/C.6/64/SR.18، الفقرة ٦٦ (هنغاريا)؛ وA/C.6/64/SR.22، الفقرة ٧٥ (نيوزيلندا)؛ وA/C.6/65/SR.26، الفقرة ٤٥ (سري لانكا)؛ وA/C.6/69/SR.27، الفقرة ٢٨ (سريلانكا)؛ وA/C.6/69/SR.27، الفقرة ٦٩ (الاتحاد الروسي)؛ وA/C.6/69/SR.27، الفقرة ٧٨ (البرتغال)؛ وA/C.6/69/SR.27، الفقرة ٨٩ (فييت نام)؛ وA/C.6/66/SR.28، الفقرة ٢١ (كندا)؛ وA/C.6/67/SR.20، الفقرة ١٠٩ (كندا)؛ وA/C.6/69/SR.25، الفقرة ٢١ (فيت نام)؛ وA/C.6/65/SR.26، الفقرة ٦٩ (سنغافورة)؛ وA/C.6/65/SR.26، الفقرة ٧٣ (أستراليا)؛ وA/C.6/69/SR.27، الفقرة ٧٦ (جمهورية كوريا).

باء- مشروع مواد عام ١٩٧٨

١- المنشأ

١٠- أثير موضوع شرط الدولة الأولى بالرعاية لأول مرة في عام ١٩٦٤ عندما كانت اللجنة بصدد بحث مسألة "المعاهدات والدول الثالثة"[١١]. وعندما قررت اللجنة إدراج الموضوع في برنامج عملها في عام ١٩٦٧، كان عنوان الموضوع "شرط الدولة الأولى بالرعاية في قانون المعاهدات"[١٢]. وكان الموضوع لذلك من المواضيع المتعلقة بقانون المعاهدات.

١١- ومن الناحية التاريخية، ورد شرط الدولة الأولى بالرعاية في معاهدات الصداقة والتجارة والملاحة الثنائية التي كانت مهمتها الرئيسية هي تنظيم مجموعة متنوعة من المسائل بين الطرفين، ذات الطابع التجاري عادة[١٣]. وعلى الرغم من مراعاة المقررين الخاصين عموماً في مشروع مواد عام ١٩٧٨ الطريقة التي يطبق بها شرط الدولة الأولى بالرعاية في المحاكم المحلية وفي المعاهدات وفي قرارات هيئات التحكيم، ركز مشروع مواد ١٩٧٨ عموماً على الوظيفة التقليدية لأحكام الدولة الأولى بالرعاية في المعاهدات التجارية الثنائية.

١٢- وهكذا، في حين ينظر كثيراً اليوم إلى الوظيفة الأساسية لشرط الدولة الأولى بالرعاية على أنها امتداد تلقائي وغير مشروط للمزايا، يتضمن مشروع مواد عام ١٩٧٨ أحكاماً مفصلة ومستفيضة بشأن "التعويض" و"المعاملة بالمثل"، مما يعكس على الأرجح الانشغال إلى حد ما بموقف بلدان التجارة الحكومية التي لا تؤيد التطبيق التلقائي تماماً لأحكام الدولة الأولى بالرعاية. وعلاوة على ذلك، أثير الجدل بشأن معالجة بعض المسائل مثل الاتحادات الجمركية والأفضليات للبلدان النامية.

٢- الأحكام الرئيسية

١٣- على الرغم من أن مشروع مواد عام ١٩٧٨ يتناول مجموعة متنوعة من المسائل، وأن بعضها قد حلت محلها تطورات لاحقة، فإنه يتضمن العناصر الرئيسية لأحكام الدولة الأولى بالرعاية ويقدم توجيهات بشأن تطبيقها تعتبر مفتاحاً لعمل شرط الدولة الأولى بالرعاية اليوم. وكان تعريف شرط الدولة الأولى بالرعاية في هذا المشروع ينص على ما يلي:

---

(١١) الأمم المتحدة، *أعمال لجنة القانون الدولي*، الطبعة الثامنة، المجلد الأول (٢٠١٢)، رقم المبيع بالأمم المتحدة E.12.V.2 (ISBN 978-92-1-133720-4)، الصفحة ١٧١.

(١٢) المرجع نفسه، الصفحة ١٧٢.

(١٣) Shinya Murase, *Kokusaiho no Keizaiteki Kiso* (Tokyo: Yuhikaku, 2001), pp. 14-201 [in Japanese]; Shinya Murase, "The Most-Favored-Nation Treatment in Japan's Treaty Practice 1854-1905" *American Journal of International Law,* vol.70 (1976), pp. 273-297.

"معاملة تمنحها الدولة المانحة للدولة المستفيدة، أو لأشخاص أو أشياء على علاقة محددة بهذه الدولة، ولا تقل رعاية من معاملة الدولة المانحة لدولة ثالثة أو لأشخاص أو أشياء على نفس تلك العلاقة بتلك الدولة الثالثة"[١٤].

وعلى الرغم من انتقاد هذا التعريف على أساس أنه غامض[١٥]، فإنه يحتوي على العناصر الرئيسية لشرط الدولة الأولى بالرعاية، وتتناول الأحكام اللاحقة لمشروع المواد بالتفصيل هذه العناصر.

١٤- وعلى وجه الخصوص، يبين مشروع المواد بوضوح أن المعاملة بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية ليست استثناء من القاعدة العامة لآثار المعاهدات على الدول الثالثة[١٦]. وتفترض المعاملة بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية أن المعاهدة التي تحتوى على الشرط هي المعاهدة الأساسية التي تنشئ العلاقة القانونية بين الدولة المانحة والدولة المستفيدة. وبعبارة أخرى، ينشأ حق الدولة المستفيدة في المعاملة بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية من الشرط المنصوص عليه في المعاهدة بين الدولة المانحة والدولة المستفيدة فقط وليس من المعاهدة بين الدولة المانحة ودولة ثالثة. وهكذا، لا ينشأ حق للغير *(jus tertii)*. وفي هذا الصدد، تنفذ اللجنة ما قررته محكمة العدل الدولية من قبل في قضية *شركة النفط البريطانية - الإيرانية*[١٧].

١٥- وتتضمن مشاريع المواد أيضاً تطبيقاً هاماً لمبدأ "من ذات النوع" *(ejusdem generis)* فيما يتعلق بشرط الدولة الأولى بالرعاية. وعند القيام بذلك، اعتمدت اللجنة على نطاق واسع على الممارسات والسوابق القضائية للغات فيما يتعلق بمفهوم "المنتجات الشبيهة". وتعالج اللجنة مبدأ "من ذات النوع" في مادتين، الأولى هي المادة ٩(١) التي تنص على ما يلي:

"لا يكسب شرط الدولة الأولى بالرعاية الدولة المستفيدة، لذاتها أو لصالح أشخاص أو أشياء على علاقة محددة بها، إلا المنافع التي تقع في حدود موضوع الشرط".

والثانية، المادة ١٠(١) التي تنص على ما يلي:

---

(١٤) انظر مثلاً مشروع المادة ٥ في مشروع المواد لعام ١٩٧٨، *Yearbook...1978*, vol. II, Part Two، الصفحة ٢١.

(١٥) أشار تعليق لكسمبرغ على مشروع المواد في القراءة الأولى إلى هذه الصعوبة بقوله: "وهنا نتساءل فيما يتعلق بنطاق النص ... الذي يشير إلى "أشخاص" أو "أشياء" على "علاقة محددة" بدولة ما. فمن هم هؤلاء الأشخاص؟ في حين أن الأمر واضح بما فيه الكفاية في حالة الأشخاص الطبيعيين، فإنه أقل من ذلك بكثير في حالة المؤسسات الاقتصادية، سواء كانت هيئات اعتبارية أو لم تكن كذلك. وهل تنطبق عبارة "أشياء" على الأشياء المادية فقط أم تنطبق أيضا على السلع غير المادية مثل الخدمات أو حقوق الملكية التجارية أو الصناعية أو الفكرية؟ وأخيراً، ما هو المقصود من عبارة "علاقة محددة" بهذه الدولة، لا سيما في حالة المؤسسات الاقتصادية أو السلع غير الملموسة؟" المرجع نفسه، الصفحة ١٦٧.

(١٦) المرجع نفسه، الصفحتان ٢٤ و٢٥ (مشروعا المادتين ٧ و٨).

(١٧) *Anglo-Iranian Oil Co. case (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, pp. 109-110.

"لا تكتسب الدولة المستفيدة، بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية، الحق في معاملة الدولة الأولى بالرعاية، إلا إذا قدمت الدولة المانحة لدولة ثالثة منافع تقع في حدود موضوع الشرط".

١٦- وتوضح المادتان ٩ و١٠ أيضاً أنه لا تكتسب الدولة المستفيدة الحقوق المتعلقة بالأشخاص أو الأشياء التي لها علاقة محددة بها إلا إذا كانت من نفس فئة الأشخاص أو الأشياء التي لها علاقة محددة بدولة ثالثة، ولها بالدولة المستفيدة ما لأولئك الأشخاص أو الأشياء من علاقة بتلك الدولة الثالثة[١٨].

١٧- وتناول مشروع مواد عام ١٩٧٨ أيضاً كيفية التعامل مع شرط الدولة الأولى بالرعاية عندما يكون مشروطاً بالحصول على تعويض أو تقديم منافع متبادلة. وعلاوة على ذلك، يقدم المشروع قواعد خاصة بشأن البلدان النامية، والحركة على الحدود، والدول غير الساحلية.

١٨- وكانت الأحكام المتعلقة بالبلدان النامية أحد الأسباب التي دعت إلى بقاء العمل الذي قامت به اللجنة في شكل مشروع مواد. ورأت بعض الدول أن الأحكام تتجاوز ما هو مقبول في القانون الدولي العرفي[١٩] أو إنها بعيدة عن التطورات الواقعة في أماكن أخرى، لا سيما في سياق الغات[٢٠]. ورأت دول كثيرة أن مشروع المواد لا يقدم ما يكفي لحماية مصالح البلدان النامية[٢١]. ورأت دول أخرى أن مشروع المادة ٢٤، المتعلق بالترتيبات بين البلدان النامية، ضيق للغاية[٢٢] أو يحتاج إلى مزيد من التوضيح[٢٣]. وبالمثل، أدى عدم مراعاة التعقيدات المتصلة بالعلاقة بين معاملة الدولة الأولى بالرعاية في إطار الاتفاقات الثنائية ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية في إطار الاتفاقات المتعددة الأطراف إلى عدم الارتياح لمشروع المواد[٢٤]. وعلى وجه الخصوص، رفضت دول كثيرة النظر في تحويل مشروع المواد إلى اتفاقية ملزمة دون النص صراحة على إعفاء الاتحادات

---

(١٨) *Yearbook...1978*, vol. II, Part Two، الصفحة ٢٧ [انظر بوجه خاص مشروع المادة ١٠(٢)].

(١٩) A/C.6/33/SR.37، الفقرة ٥٢ (كندا).

(٢٠) A/C.6/33/SR.46، الفقرة ٢ (الدانمرك)؛ وA/C.6/33/SR.37، الفقرة ١١ (المملكة المتحدة).

(٢١) A/C.6/33/SR.37، الفقرة ٢٤ (ليبريا)؛ وA/C.6/33/SR.41، الفقرة ٤٣ (إكوادور)؛ وA/C.6/33/SR.43، الفقرة ٢٣ (غانا)؛ A/C.6/33/SR.45، الفقرات ٢١-٢٦ (سوازيلند). ورأت الجماعة الاقتصادية الأوروبية أنه كان من الواجب على مشروع المواد أن يتناول بوضوح العلاقة بين الدول ذات المراكز الاقتصادية المختلفة: A/C.6/33/SR.32، الفقرات ٦ و٧، و١٦-١٧ (الجماعة الاقتصادية الأوروبية). وانظر أيضاً A/C.6/33/SR.39، الفقرة ٢٤ (بلجيكا).

(٢٢) A/C.6/33/SR.32، الفقرة ٢٠ (جامايكا)؛ وA/C.6/33/SR.42، الفقرة ٣٠ (بنغلاديش).

(٢٣) A/C.6/33/SR.37، الفقرة ٤٢ (شيلي)؛ وA/C.6/33/SR.43، الفقرة ٣٩ (غيانا). وطلبت عدة دول تعريفاً قانونياً أفضل للدول "المتقدمة" و"النامية": A/C.6/33/SR.39، الفقرة ٢٧ (بلجيكا)؛ وA/C.6/33/SR.40، الفقرة ٥ (الولايات المتحدة الأمريكية).

(٢٤) A/C.6/33/SR.33، الفقرة ٢٨ (جمهورية ألمانيا الاتحادية)؛ وA/C.6/33/SR.37، الفقرة ٣٣ (رومانيا)؛ A/C.6/33/SR.40، الفقرة ٦٣ (سوريا)؛ وA/C.6/33/SR.41، الفقرة ٦٠ (الجماهيرية العربية الليبية). وأعربت إيطاليا عن خيبة أملها لعدم الإشارة في مشروع المواد إلى الهيئات فوق الوطنية: A/C.6/33/SR.44، الفقرة ٩ (إيطاليا).

الجمركية[٢٥]. وأعربت بعض الدول عن خشيتها من أن يمنع مشروع المواد الدول "من الإقدام على أي عملية للتكامل الإقليمي"[٢٦].

٣- مقرر الجمعية العامة بشأن مشروع مواد عام ١٩٧٨

١٩- بعد دعوة الحكومات إلى التعليق على مشاريع المواد في الفترة من عام ١٩٧٨ إلى عام ١٩٨٨، اختتمت الجمعية العامة النظر في الموضوع وقررت،

"توجيه نظر الدول الأعضاء والمنظمات الحكومية الدولية المعنية إلى مشاريع المواد المتعلقة بشرط الدولة الأولى بالرعاية، على النحو الوارد في تقرير اللجنة عن أعمال دورتها الثلاثين، لكي تنظر فيها في الحالات المناسبة وبقدر ما تراه ملائماً"[٢٧].

جيم- التطورات اللاحقة

٢٠- تغيرت الظروف التي كانت قائمة عندما تناولت اللجنة موضوع شرط الدولة الأولى بالرعاية في تقاريرها وفي مشروع مواد عام ١٩٧٨ كثيراً. ووجد انحسار في استخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية في الميدان الاقتصادي، ولكن اتسع في نفس الوقت نطاق الدولة الأولى بالرعاية في هذا الميدان. وتناول المقررون الخاصون المعنيون بمشروع مواد عام ١٩٧٨ مجموعة واسعة من المجالات التي تعمل فيها شرط الدولة الأولى بالرعاية، بما في ذلك حقوق الملاحة والحصانات الدبلوماسية. واليوم، يعمل مبدأ الدولة الأولى بالرعاية أساساً في مجال القانون الاقتصادي الدولي، وبخاصة فيما يتعلق بالتجارة والاستثمار. وفي بعض الحالات، حلت الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي تنص على التزامات أوسع نطاقاً بعدم التمييز محل المعاملة بشرط الدولة الأولى بالرعاية بناء على معاهدات ثنائية[٢٨].

---

(٢٥) A/C.6/33/SR.31، الفقرة ٥ (هولندا)؛ وA/C.6/33/SR.33، الفقرة ٢ (الدانمرك)؛ وA/C.6/33/SR.36، الفقرتان ٢ و٣ (السويد)؛ وA/C.6/33/SR.37، الفقرة ٢ (النمسا)؛ وA/C.6/33/SR.37، الفقرة ١٠ (المملكة المتحدة)؛ وA/C.6/33/SR.39، الفقرة ١٠ (اليونان)؛ وA/C.6/33/SR.39، الفقرة ٢٥ (بلجيكا)؛ وA/C.6/33/SR.39، الفقرة ٤٨ (كولومبيا)؛ A/C.6/33/SR.40، الفقرة ٥٢ (زامبيا)؛ وA/C.6/33/SR.41، الفقرة ١١ (تركيا)؛ وA/C.6/33/SR.42، الفقرة ٦ (أيرلندا)؛ وA/C.6/33/SR.42، الفقرة ٣٩ (نيجيريا)؛ وA/C.6/33/SR.42، الفقرة ٤٣ (بيرو)؛ وA/C.6/33/SR.43، الفقرة ١١ (فنزويلا)؛ وA/C.6/33/SR.43، الفقرة ٣٠ (أوروغواي)؛ وA/C.6/33/SR.44، الفقرة ١٣ (إيطاليا)؛ وA/C.6/33/SR.44، الفقرة ٢٠ (مصر)؛ وA/C.6/33/SR.37، الفقرة ٢٧ (سوازيلند)؛ وA/C.6/33/SR.46، الفقرة ٢ (موجز مقدم من رئيس لجنة القانون الدولي).

(٢٦) A/C.6/33/SR.32، الفقرات ٨-١٢ (الجماعة الاقتصادية الأوروبية). انظر أيضاً A/C.6/33/SR.31، الفقرة ٤ (هولندا): "أبرز نقص في النص النهائي لمشروع المواد أنه يتجاهل تماماً التطورات التي وقعت مؤخراً في التعاون الاقتصادي الإقليمي وأثره على تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية".

(٢٧) مقرر الجمعية العامة ٤٦/٤١٦ المؤرخ ١٩ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩١.

(٢٨) اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، المعقودة في فيينا في ١٨ نيسان/أبريل ١٩٦١، United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, p. 95، واتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية، المعقودة في فيينا في ٢٤ نيسان/أبريل ١٩٦٣، United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, p. 261.

٢١- وهناك مجالات أخرى تستخدم فيها أحكام لعدم التمييز مشابهة لأحكام الدولة الأولى بالرعاية، منها اتفاقات المقر والمعاهدات الضريبية، ولكن يبدو أن استخدامها غير متواتر ولا يثير الجدل[٢٩]. وعلى النقيض من ذلك، اتسع نطاق المعاملة بشرط الدولة الأولى بالرعاية في المجال الاقتصادي، وزادت وتيرة استخدامه. واتفاق الغات الذي كان مصدراً رئيسياً للنظر في حكم الدولة الأولى بالرعاية أصبح يندرج الآن ضمن الإطار الأوسع لمنظمة التجارة العالمية وأدى هذا إلى توسيع نطاق حكم الدولة الأولى بالرعاية إلى مجالات غير السلع تشمل التجارة في الخدمات والجوانب المتصلة بالتجارة من الملكية الفكرية. وعلاوة على ذلك، أصبحت المعاملة بشرط الدولة الأولى بالرعاية مبدأ أساسياً في معاهدات الاستثمار الثنائية، وهو شكل من المعاهدات لم يكن موجوداً عملياً تقريباً عندما وضعت مشاريع مواد عام ١٩٧٨. وعلى الرغم من البدء في إبرام معاهدات الاستثمار الثنائية في أواخر الخمسينات، شهدت نهاية الحرب الباردة انتشاراً لهذه المعاهدات، وكذلك اللجوء المتكرر لأحكام تسوية النزاعات الواردة فيها[٣٠].

٢٢- وأدت في الواقع إجراءات تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، وكذلك الإجراءات الأخرى لتسوية منازعات الاستثمار، إلى مجموعة من القواعد المتعلقة بتفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية، لا سيما في سياق التجارة والاستثمار. وتم الاحتجاج بالمادة الأولى من اتفاق الغات، التي تجسد شرط الدولة الأولى بالرعاية، في تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، وقامت هيئة الاستئناف في منظمة التجارة العالمية بتفسيرها. وكان شرط الدولة الأولى بالرعاية في مجال التجارة في الخدمات أيضاً من مواضيع تسوية المنازعات. وبالإضافة إلى ذلك، هناك مجموعة كبيرة من الحالات التي سعت فيها هيئات التحكيم إلى تفسير نطاق وتطبيق أحكام الدولة الأولى بالرعاية في معاهدات الاستثمار الثنائية وكانت النتائج التي توصلت إليها متضاربة ومتناقضة.

٢٣- وباختصار، فإن السياق الذي تعمل فيه أحكام الدولة الأولى بالرعاية اليوم يختلف كثيراً عن السياق الذي كانت تعمل فيه تلك الأحكام عندما نظرت اللجنة في الموضوع. وعلى هذا الأساس، رأت اللجنة أن من المفيد أن تعيد النظر في الموضوع.

---

(٢٩) الاتفاق بين الأمم لمتحدة والولايات المتحدة بشأن مقر الأمم المتحدة المعقود في ليك سكسس في ٢٦ حزيران/يونيه ١٩٤٧، United Nations, *Treaty Series,* vol. 11, No. 147, p. 11، المادة خامساً-١٥(٤)؛ والاتفاق بين حكومة أستراليا وحكومة الولايات المتحدة المكسيكية لتجنب الازدواج الضريبي ومنع التهرب الضريبي فيما يتعلق بضريبة الدخل، المعقود في مدينة مكسيكو في ٩ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٢، Australian Treaty Series vol. 4 (2004)، متاحة على الموقع التالي: <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/2004/4.html>.

(٣٠) Stephan W. Schill, "W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law", *European Journal of International Law*, vol.22 (2011), pp. 875–908.

دال- تحليل أحكام الدولة الأولى بالرعاية في هيئات أخرى

٢٤- أحاط الفريق الدراسي علماً بقيام كل من مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الأونكتاد) ومنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي بقدر كبير من العمل بشأن شرط الدولة الأولى بالرعاية.

١- الأونكتاد

٢٥- يشارك الأونكتاد في سياسات التنمية الدولية منذ فترة طويلة، لا سيما عن طريق نشر معلومات تقنية بشأن المسائل المتعلقة بالاستثمار. وهو مسؤول عن تطوير سلسلتين من المنشورات: إحداهما بشأن "القضايا المتصلة باتفاقات الاستثمار الدولية" والأخرى بعنوان "سياسات الاستثمار الدولية لأغراض التنمية". ونشر الأونكتاد مؤخراً سلسلة بعنوان "مذكرات بشأن القضايا المتصلة باتفاقات الاستثمار الدولية"، وتتضمن هذه السلسلة منشوراً سنوياً بشأن "التطورات الأخيرة في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدولة". وتعتبر الخلاصتان الوافيتان للأونكتاد المتعلقتان باتفاقات الاستثمار الدولية - *International Investment Instruments: A Compendium*[٣١] و *Investment Policy Hub*[٣٢] - مصدرين مهمين لتحديد أماكن تقع فيها اتفاقات الاستثمار الدولية.

٢٦- وتعالج القضايا المتعلقة بشرط الدولة الأولى بالرعاية ضمن المناقشة الأوسع نطاقاً لاتفاقات الاستثمار في مجموعة متنوعة من منشورات الأونكتاد الأخرى. وعلى وجه الخصوص، يقدم الاستعراض السنوي الذي يقدمه الأونكتاد للتطورات الأخيرة في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدولة في سلسلة المذكرات بشأن القضايا المتصلة باتفاقات الاستثمار الدولية موجزاً لقرارات هيئات التحكيم الاستثمارية في العام السابق. ويشمل هذا الموجز القرارات المتعلقة بتفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية. ويتضمن هذا الموجز ملخصاً للقرارات والاختلاف بينها وبين قرارات السنوات الماضية، ولكنه لا يحلل النهج التفسيرية لهيئات التحكيم في قضايا الاستثمار.

٢٧- ويقدم عمل الأونكتاد في مجال شرط الدولة الأولى بالرعاية معلومات أساسية هامة وسياقاً للنظر في أحكام الدولة الأولى بالرعاية. ويميل الأونكتاد إلى التركيز على قضايا السياسة العامة التي تنطبق على أحكام الدولة الأولى بالرعاية وليس على مسائل القانون الدولي العرفي وتفسير المعاهدات التي هي محور عمل الفريق الدراسي.

---

(٣١) UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, UNCTAD/DITE/4 vol. XIII, available at <http://unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=410>. Volumes VI, VII, VIII, IX and X، وهي متاحة أيضاً بشكل إلكتروني.

(٣٢) UNCTAD, "Investment Policy Hub" في الموقع التالي: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

٢- منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي

٢٨- يتمثل الدور الرئيسي لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي في مجال الاستثمار في صياغة صكوك لتسهيل الاستثمار لأعضائها الذين من المحتمل أن يكونوا أطرافاً فيها. وتتضمن هذه الصكوك التزامات بعدم التمييز، بما في ذلك التزامات في شكل أحكام الدولة الأولى بالرعاية.

٢٩- وتنص كل من مدونة تحرير حركة رؤوس الأموال، التي تغطي الاستثمار المباشر والتأسيس، ومدونة تحرير العمليات غير المرئية، التي تغطي الخدمات، على الالتزام بعدم التمييز. وعلى الرغم من عدم النص على هذا الالتزام بالعبارات المعتادة لشرط الدولة الأولى بالرعاية، فإن منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي تعتبر هذا الالتزام مكافئاً من الناحية الوظيفية لشرط الدولة الأولى بالرعاية. فتنص المادة ٩ المشتركة بين المدونتين على ما يلي:

"لا يجوز لأي عضو أن يميز بين الأعضاء الآخرين في الإذن بإبرام وتنفيذ الصفقات والتحويلات الواردة في المرفق ألف والتي تخضع لأى درجة من التحرير".

٣٠- وذكرت منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي في دليل المدونات ما يلي[٣٣]:

"يتوقع من أعضاء منظمة والتعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي تمكين الأشخاص المقيمين في جميع البلدان الأعضاء الأخرى من الاستفادة من الأسواق المفتوحة على حد سواء، بدون تمييز. وعندما توجد قيود، ينبغي أن تطبق على الجميع بنفس الطريقة. ... ولا تسمح المدونات بتقديم تحفظات على عدم التمييز، أو مبدأ الدولة الأولى بالرعاية".

٣١- وتحتوي المدونات على استثناءات هامة لمعاملة الدولة الأولى بالرعاية، بما في ذلك استثناءات لأعضاء الاتحادات الجمركية أو النظم النقدية الخاصة، وبوجه أعم استثناءات للحفاظ على النظام العام أو حماية الصحة العامة والآداب والسلامة العامة، أو حماية المصالح الأمنية الأساسية للأعضاء، أو الوفاء بالالتزامات المتعلقة بالسلم والأمن الدوليين[٣٤].

٣٢- وكانت منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي مسئولة أيضاً عن تنظيم المفاوضات المتعلقة بوضع اتفاق متعدد الأطراف بشأن الاستثمار. وتضمن هذا الاتفاق حكماً بشأن الدولة الأولى بالرعاية تحت عنوان "معاملة لا تقل رعاية" ينطبق على "إنشاء الاستثمارات واقتنائها وتوسيعها وتشغيلها وإدارتها والحفاظ عليها واستخدامها والتمتع بها وبيعها أو التصرف فيها بأي وجه آخر"[٣٥]. وعند ترك المفاوضات، كان هناك خلاف حول ما إذا كان ينبغي تطبيق شرط

---

(٣٣) OECD, *OECD Codes of Liberalisation: Users Guide 2008* (online: OECD, 2007) at p. 11, available at <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/38072327.pdf>.

(٣٤) المرجع نفسه، المادة ٣.

(٣٥) OECD Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment, The Multilateral Agreement On Investment Draft Consolidated Text, 22 April 1998, OECD document DAFFE/MAI(98)7/REV1.

الدولة الأولى بالرعاية على الاستثمارات داخل إقليم الدولة المانحة لمعاملة الدولة الأولى بالرعاية أم أن مصطلح "في ظروف مماثلة" هو الذي يحدد المستفيدين الذين يحق لهم الحصول على هذه المعاملة.

٣٣- وتضمن مشروع الاتفاق المتعدد الأطراف بشأن الاستثمار أيضاً عدداً من الاستثناءات التي تشمل المصالح الأمنية، والالتزامات المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة، والضرائب. وهناك أيضاً عدد من الاستثناءات المختلف عليها والتي لم يتم التوصل لحل لها، تشمل إعادة جدولة الدين العام، والصفقات الرامية إلى تحقيق السياسات النقدية والاقتصادية، واتفاقات التكامل الاقتصادي الإقليمي[٣٦].

الجزء الثاني
الأهمية المعاصرة لشرط الدولة الأولى بالرعاية والقضايا المتعلقة بتفسيرها

٣٤- يتناول هذا الجزء طبيعة شرط الدولة الأولى بالرعاية وكيف يتم استخدامها وتطبيقها حالياً في المعاهدات. ويتناول هذا الجزء أيضاً المسائل التي أثيرت فيما يتعلق بتفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية، لا سيما في سياق اتفاقات الاستثمار الدولية.

ألف- العناصر الرئيسية للدولة الأولى بالرعاية

٣٥- كما يتبين من مشروع مواد عام ١٩٧٨، تتكون أحكام الدولة الأولى بالرعاية في المعاهدات الثنائية أو المتعددة الأطراف[٣٧] من العناصر الرئيسية التالية:

- الأول، توافق الدولة بموجب هذا الحكم على منح مستوى معيناً من المعاملة لدولة أو دول أخرى، ولأشخاص وكيانات على علاقة محددة بهذه الدولة أو الدول[٣٨]؛
- الثاني، يتحدد مستوى المعاملة التي تمنح بموجب حكم الدولة الأولى بالرعاية بالمعاملة التي تمنحها الدولة المانحة لدولة ثالثة ("لا تقل رعاية")[٣٩]؛
- الثالث، ينطبق الالتزام بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية على المعاملة التي تكون من نفس فئة المعاملة الممنوحة لدولة ثالثة فقط ("من ذات النوع")[٤٠]؛

---

(٣٦) المرجع نفسه، الصفحة ١٣.

(٣٧) لم تستبعد اللجنة إمكانية أن يرد حكم الدولة الأولى بالرعاية في أماكن أخرى خلاف المعاهدات. *حولية ... ١٩٧٨*، الصفحة ١٦ (مشروع المادة ١).

(٣٨) المرجع نفسه، الصفحة ٢١ (مشروع المادة ٥).

(٣٩) المرجع نفسه.

(٤٠) المرجع نفسه، الصفحة ٢٧ (مشروع المادة ٩).

- الرابع، الأشخاص أو الكيانات الذين يحق لهم الاستفادة من معاملة الدولة الأولى بالرعاية هم فقط الأشخاص أو الكيانات الذين يكونون من نفس فئة الأشخاص أو الكيانات التابعة لدولة ثالثة الذين يحق لهم الحصول على المعاملة المطلوبة[٤١].

٣٦- والعنصران الثاني والثالث هما اللذان يثيران أكبر قدر من الصعوبات عند تطبيق أحكام الدولة الأولى بالرعاية. وأدت مسألة ما يشكل معاملة لا تقل رعاية، ومسألة ما إذا كانت المعاملة المطلوبة من نفس فئة المعاملة الممنوحة لدولة ثالثة، إلى منازعات في إطار كل من الغات ومنظمة التجارة العالمية. وكما سيتبين أدناه، مسألة ما إذا كانت المعاملة المطلوبة من نفس فئة المعاملة الممنوحة لدولة ثالثة في قلب جميع الخلافات الحالية في مجال الاستثمار.

١- الأساس المنطقي لمعاملة الدولة الأولى بالرعاية

٣٧- إن معاملة الدولة الأولى بالرعاية أساساً وسيلة لعدم التمييز بين دولة واحدة ودول أخرى ولذلك يمكن أن تعتبر انعكاساً لمبدأ المساواة في السيادة. ومع ذلك، تشير نشأتها إلى أنها وجدت لتحقيق غاية واقعية هي منع المزايا التنافسية في المجال الاقتصادي. وكما أشار المقرر الخاص المعني بمشروع مواد عام ١٩٧٨ في تقريره الأول[٤٢]، سعى التجار في العصور الوسطى الذين لم يتمكنوا من الحصول على الاحتكار في الأسواق الخارجية إلى عدم معاملتهم بشكل أسوأ من معاملة منافسيهم. وأدرجت هذه المعاملة بعد ذلك في الاتفاقات بين القوى السيادية - معاهدات الصداقة والتجارة والملاحة - وتجاوزت حدود التجارة لضمان معاملة رعايا الدولة الأجنبية بطريقة مماثلة لرعايا الدول الأخرى.

٣٨- ويرتبط منع التمييز أيضاً بالمفهوم الاقتصادي للمزايا النسبية الذي بنيت عليه مفاهيم حرية التجارة والليبرالية الاقتصادية. وبموجب نظرية المزايا النسبية، ينبغي للبلدان أن تنتج ما هي أكثر كفاءة في إنتاجه. والتجارة في السلع المنتجة بكفاءة، كما تقول النظرية، تفيد المستهلكين وتحقق أقصى قدر ممكن من الرفاه[٤٣]. ولكن تضيع الكفاءة عندما يميّز البلد ألف ضد سلع البلد باء لصالح سلع مماثلة من البلد جيم. ويمنع شرط الدولة الأولى بالرعاية مثل هذا التمييز عن طريق ضمان أن يمنح البلد ألف للبلد باء معاملة لا تقل عن المعاملة التي يوفرها للبلد جيم. ولذلك، تعتبر معاملة الدولة الأولى بالرعاية ركناً أساسياً للغات ومنظمة التجارة العالمية[٤٤].

---

(٤١) المرجع نفسه (مشروع المادة ١٠(٢)).

(٤٢) *Yearbook...1968*, vol. II، المجلد الثاني، الصفحة ١٦٥، الوثيقة A/CN.4/L.127 .

(٤٣) John Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd edition (Cambridge: MIT Press, 1997), at Chapter 2.

(٤٤) WTO Appellate Body Report, *Canada – Certain Measures Affecting The Automotive Industry*, WTO document WT/DS139/AB/R (31 May 2000). See also WTO Appellate Body Report, *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WTO document WT/DS246/AB/R (adopted 20 April 2004), at para. 101.

٣٩- واستغرقت المقارنة بين فوائد عدم التمييز وفوائد الأفضليات، لا سيما فيما يتعلق بالبلدان النامية، وقتاً طويلاً، ولا تزال بلا حل في كثير من النواحي في مجال التجارة[٤٥].

٤٠- ولا تزال أهمية المنطق الاقتصادي لمعاملة الدولة الأولى بالرعاية خارج نطاق التجارة في السلع، والتجارة في الخدمات، والاستثمار، وغير ذلك موضع جدل أيضاً. وقيل إن الغرض من عدم التمييز في مجال التجارة هو حماية الفرص التنافسية (المفهوم المنطقي للمزايا النسبية) بينما الغرض من عدم التمييز في مجال الاستثمار هو حماية حقوق المستثمرين[٤٦]. ومع ذلك، بغض النظر عن الأساس المنطقي المحدد لعدم التمييز خارج مجال التجارة في السلع، لا تزال الاتفاقات المتعلقة بالاستثمار والخدمات تتضمن أحكاماً للمعاملة على أساس الدولة الأولى بالرعاية (والمعاملة الوطنية). وإذ يلاحظ الفريق الدراسي هذا الاختلاف في الرأي، فإنه لا يرى لزوماً لمواصلة النظر في مسألة المنطق الاقتصادي لأحكام الدولة الأولى بالرعاية.

باء- الممارسة المعاصرة فيما يتعلق بشرط الدولة الأولى بالرعاية

١- شرط الدولة الأولى بالرعاية في اتفاق الغات ومنظمة التجارة العالمية

٤١- اعتبرت معاملة الدولة الأولى بالرعاية دائماً الالتزام الرئيسي في النظام التجاري المتعدد الأطراف. وترد هذه المعاملة في شكلها الأكثر شمولاً في المادة ١-١ من اتفاق الغات بوصفها التزاماً لمعاملة الدولة الأولى بالرعاية ولكنها ترد أيضاً مباشرة وبطريق غير مباشر في أحكام أخرى من اتفاق الغات[٤٧]. وهناك جانبان رئيسيان لمعاملة الدولة الأولى بالرعاية مكرسان في اتفاق الغات. أولاً، أنها تعمل على نطاق متعدد الأطراف وأن "المزايا والإعفاءات والامتيازات والحصانات" التي تمنح لطرف متعاقد ينبغي أن تمنح لجميع الأطراف المتعاقدة. وثانياً، أنها ينبغي أن تمنح بدون شرط.

٤٢- وتكمن مركزية معاملة الدولة الأولى بالرعاية في اتفاق الغات في أنه يتجنب التمييز في تطبيق الرسوم الجمركية والمعاملات الأخرى التي تمنح للسلع عند عبورها للحدود. وتاريخياً، كان التفاوض على التعريفات يتم بصورة ثنائية أو بين مجموعات من البلدان ويتم تطبيقها بعد ذلك في جميع المجالات لجميع الأطراف المتعاقدة بموجب حكم الدولة الأولى بالرعاية. وهذه هي الطريقة التي كان ينبغي عن طريقها الحفاظ على المساواة في الفرص التنافسية بين التجار.

---

(٤٥) *The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the new Millennium,* Report of the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi (Geneva: WTO, 2004) at paras. 88-102 ("Sutherland Report").

(٤٦) Nicholas DiMascio, and Joost Pauwelyn, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?" *American Journal of International Law* vol. 102 (2008), pp. 48-89.

(٤٧) الاتفاق العام بشأن التعريفات الجمركية والتجارة (الغات) لعام ١٩٩٤، ١٥ نيسان/أبريل ١٩٩٤، United Nations, *Treaty Series,* vol. 1867، المواد الثانية، والثالثة (٤)، والرابعة، والخامسة (٢) و(٥) و(٦)، والتاسعة (١)، والثالثة عشرة (١)، والسابعة عشرة (١)، والعشرين (ي).

٤٣- بيد أن في إطار منظمة التجارة العالمية، امتد تطبيق معاملة الدولة الأولى بالرعاية من التجارة في السلع إلى النظام الجديد للتجارة في الخدمات[٤٨]. وأدرج في الالتزامات الجديدة في إطار منظمة التجارة العالمية ضمن الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (TRIPS). وهكذا، أصبحت معاملة الدولة الأولى بالرعاية منتشرة في جميع أنحاء نظام منظمة التجارة العالمية.

٤٤- واستعرض الفريق الدراسي الطريقة التي تم بها تطبيق أحكام الدولة الأولى بالرعاية في كل من اتفاق الغات ومنظمة التجارة العالمية. ويمكن من خلال هذا الاستعراض استخلاص بعض الاستنتاجات العامة بشأن نطاق وتطبيق معاملة الدولة الأولى بالرعاية في نظام منظمة التجارة العالمية.

٤٥- فأولاً، على الرغم من صياغة الأحكام المتعلقة بالدولة الأولى بالرعاية في منظمة التجارة العالمية بعبارات مختلفة، فإن النهج الذي اتبعته هيئة الاستئناف هو معاملتها جميعاً على أنها تحمل نفس المعنى[٤٩]. والتفسير الحرفي للنصوص أقل أهمية من المفهوم الكامن وراء معاملة الدولة الأولى بالرعاية.

٤٦- وثانياً، فسرت هيئة الاستئناف معاملة الدولة الأولى بالرعاية بموجب المادة الأولى من اتفاق الغات على أنها تتمتع بأوسع نطاق ممكن. فكما قالت هيئة الاستئناف، "جميع" المزايا والحقوق والامتيازات يعني فعلاً "جميعها"[٥٠]. ولم تتناول هيئة الاستئناف المسألة المحددة لما إذا كانت معاملة الدولة الأولى بالرعاية تنطبق على الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية على حد سواء.

٤٧- وثالثاً، بينما كان المقصود من معاملة الدولة الأولى بالرعاية أن تكون غير مشروطة، فإن جميع اتفاقات منظمة التجارة العالمية تتضمن استثناءات من تطبيق معاملة الدولة الأولى بالرعاية ولذلك فإن تطبيقها من الناحية العملية أكثر تقييداً من الظاهر. فالاستثناءات المتعلقة بالاتحادات الجمركية ومناطق التجارة الحرة[٥١]، والضمانات والتدابير التصحيحية التجارية الأخرى، وكذلك الاستثناءات العامة والأحكام التي تتعلق بـ "المعاملة الخاصة والتمييزية" تحد جميعها من النطاق الفعلي لمعاملة الدولة الأولى بالرعاية في إطار اتفاقات منظمة التجارة العالمية. وعلى الرغم من النهج التقييدي الذي اتبعته هيئة الاستئناف كثيراً بشأن تفسير الاستثناءات[٥٢]، فإن نطاقها وتغطيتها يحد كثيراً من نطاق تطبيق معاملة الدولة الأولى بالرعاية في إطار اتفاقات منظمة التجارة العالمية.

---

(٤٨) الاتفاق العام بشأن التجارة في الخدمات، ١٥ نيسان/أبريل ١٩٩٤، United Nations, *Treaty Series* vol.1869, p. 183، المادة الثانية.

(٤٩) WTO Appellate Body Report, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R (adopted 25 September 1997) at para. 231.

(٥٠) *Canada – Certain Measures Affecting The Automotive Industry. WT/DS139/AB/R (adopted. 19 June 2000) at para. 79.*

(٥١) الغات، المادة الرابعة والعشرون. واكتسبت الاتحادات الجمركية ومناطق التجارة الحرة مزيدا من الأهمية مع انتشار الاتفاقات التجارية الإقليمية.

(٥٢) انظر مثلاً: WTO Appellate Body Report, *United States - Import Prohibition Of Certain Shrimp And Shrimp Products*, WTO document WT/DS58/AB/R (12 October 1998).

٤٨- وتعني الطبيعة الخاصة لنظام منظمة التجارة العالمية، بمجموعته الخاصة من الاتفاقات وعمليات تسوية المنازعات التي تقوم بتفسير وتطبيق هذه الاتفاقات، أن هناك صلة مباشرة محدودة لتفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية في إطار منظمة التجارة العالمية في اتفاقات أخرى. ويمكن أن يستمر تفسير معاملة الدولة الأولى بالرعاية في نظام منظمة التجارة العالمية بصرف النظر عن كيفية معاملة أحكام الدولة الأولى بالرعاية في سياقات أخرى.

٤٩- ومع ذلك، لا تدخل معاملة الدولة الأولى بالرعاية في نظام منظمة التجارة العالمية بالكامل في هذا النظام. فقد تنطبق خارج نطاق اتفاقات منظمة التجارة العالمية. وقبل منظمة التجارة العالمية، جرى التساؤل عما إذا كان يجوز لطرف متعاقد مع الغات أن يطالب بموجب حكم الدولة الأولى بالرعاية الاستفادة من المزايا المنصوص عليها في "مدونة" جولة طوكيو على الرغم من أنه ليس طرفاً فيها. ولم تحل هذه المسألة أبداً. والسؤال في الوقت الحالي يتعلق بما إذا كان يجوز لطرف في اتفاق متعدد الأطراف من "الاتفاقات المتعددة الأطراف" المتصلة باتفاقات منظمة التجارة العالمية ولكن التي ليست جزءاً منها أن يستخدم حكم الدولة الأولى بالرعاية للمطالبة بالمزايا التي توفرها الاتفاقات المتعددة الأطراف على الرغم من أنه ليس طرفاً في هذا الاتفاق. مرة أخرى، لم تحل هذه المسألة حتى الآن.

٥٠- وثمة سؤال متصل بذلك في إطار حكم الدولة الأولى بالرعاية في الاتفاق العام بشأن التجارة في الخدمات. وتشمل التجارة في الخدمات في إطار هذا الاتفاق الخدمات التي يقدمها المورد للعضو من خلال التواجد التجاري لأشخاص طبيعيين في إقليم عضو آخر[٥٣]. وتنص المادة المادة الثانية من الاتفاق العام بشأن التجارة في الخدمات على ما يلي:

"فيما يتعلق بأي تدابير يغطيها هذا الاتفاق، يتعين على كل عضو أن يمنح فوراً وبدون قيود خدمات وموردي الخدمات التابعين لأي عضو آخر معاملة لا تقل رعاية عن المعاملة التي يمنحها لخدمات مماثلة أو موردي خدمات مماثلين من أي بلد آخر".

٥١- وقد تدخل التدابير التي تؤثر على موردي الخدمات بموجب معاهدات الاستثمار الثنائية مع دول ثالثة في نطاق المادة الثانية. وبعبارة أخرى، السؤال هو هل يجوز لعضو في منظمة التجارة العالمية، بحكم المادة الثانية من الاتفاق العام بشأن التجارة في الخدمات، المطالبة بالاستفادة من أحكام معاهدة استثمار ثنائية بين عضو آخر في المنظمة ودولة ثالثة إذا كانت التدابير بموجب هذه المعاهدة توفر معاملة أكثر ملاءمة لموردي الخدمات من الدولة الثالثة. ولم يعثر الفريق الدراسي على أية ممارسة أو سوابق قضائية في هذا الشأن.

٥٢- وعلى الرغم من وجود قضايا عالقة فيما يتعلق بمعاملة الدولة الأولى بالرعاية في إطار منظمة التجارة العالمية وإمكان أن تصبح مثيرة للجدل في المستقبل، فإن الفريق الدراسي يرى أنه

(٥٣) الاتفاق العام بشأن التجارة في الخدمات، المادة ١(٢)(د).

لا يمكن إضافة شيء بمتابعة تلك القضايا في الوقت الحالي. ولمنظمة التجارة العالمية آليتها الخاصة لتسوية المنازعات ويتم تفسير اتفاقات منظمة التجارة العالمية على أساس المادتين ٣١ و٣٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات(٥٤). ويضمن وجود هيكل الاستئناف إمكانية إعادة التفكير في التفسيرات السابقة وإذا لزم الأمر في إلغائها.

٢- شرط الدولة الأولى بالرعاية في الاتفاقات التجارية الأخرى

٥٣- لا تتضمن في العادة الاتفاقات التجارية الإقليمية والثنائية(٥٥) أحكام الدولة الأولى بالرعاية فيما يتعلق بالتجارة في السلع. فهذه الاتفاقات تنص أصلاً على معاملة تفضيلية لجميع الأطراف، فيما يتصل بالتعريفات الجمركية، لذا فإن معاملة الدولة الأولى بالرعاية لا موجب لها. وبخلاف ذلك، فإن المعاملة الوطنية مهمة. غير أن بعض الاتفاقات الإقليمية تتضمن شكلاً من أشكال شرط الدولة الأولى بالرعاية فيما يتعلق بالتجارة في السلع، حيث تنص على أنه عند تخفيض معدل الرسوم الجمركية بالنسبة للدولة الأولى بالرعاية، ينبغي أن يمنح ذلك المعدل ذاته للطرف الآخر بمجرد أن يصبح أقل من المعدل المتفق عليه في إطار الاتفاق التجاري الإقليمي(٥٦).

٥٤- وبالمقابل، فإن الاتفاقات الاقتصادية الثنائية أو الإقليمية التي تتجاوز مجال التجارة، تنص على معاملة الدولة الأولى بالرعاية فيما يتعلق بالخدمات والاستثمار(٥٧). وفي هذا الصدد، فهي لا تختلف عن منظمة التجارة العالمية فيما يتعلق بالخدمات أو الاتفاقات الاستثمار الثنائية. وفي حالة هذه الاتفاقات، لا يختلف النهج المتبع في تفسير معاملة الدولة الأولى بالرعاية عن النهج المطبق على اتفاقات الاستثمار الثنائية. ومع ذلك، لا يبدو أنه يوجد حتى الآن أي تعليق قضائي على هذه الأحكام، كما أنها لم تخضع عموماً للتحليل الأكاديمي.

٣- شرط الدولة الأولى بالرعاية في معاهدات الاستثمار

٥٥- توجد منذ أمد طويل التزامات بموجب اتفاقات الاستثمار بتوفير معاملة الدولة الأولى بالرعاية. فهي موجودة في أوائل معاهدات الصداقة والتجارة والملاحة، واستمر العمل بها في معاهدات الاستثمار الثنائية الحديثة، والاتفاقات التجارية الإقليمية التي تتضمن أحكاماً بشأن

---

(٥٤) المعقودة في فيينا، في ٢٣ أيار/مايو ١٩٦٩، الأمم المتحدة، United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, p. 150.

(٥٥) يشمل أيضاً مصطلح "الاتفاقات الإقليمية" الاتفاقات المشار إليها بوصفها اتفاقات تكامل اقتصادي إقليمي، واتفاقات انتساب، واتحادات جمركية.

(٥٦) اتفاق التجارة الحرة بين الاتحاد الأوروبي ودوله الأعضاء، من جهة، وجمهورية كوريا، من جهة أخرى، *Official Journal of the European Union* L127 vol. 54 (14 May 2011), p. 9 at art. 2.5؛ الاتفاق المنشئ لشراكة بين الجماعة الأوروبية ودولها الأعضاء، من جهة، وجمهورية شيلي، من جهة أخرى، *Official Journal of the European Union* L352 vol. 45 (30 December 2002), p. 19 at art. 60(4).

(٥٧) اتفاق التجارة الحرة لأمريكا الشمالية، *International Legal Materials* vol. 32 (1993), pp. 289 and 605 at Chap.11, art.1103 (investment), art.1203 (services), and art.1406 (financial services).

الاستثمار. وهكذا، فإن معاملة الدولة الأولى بالرعاية والمعاملة الوطنية مدرجتان في معاهدات الاستثمار الثنائية، كما لو كانتا، مثلما عليه الحال في اتفاق الغات، التزامين أساسيين تنهض عليهما المعاهدة.

٥٦- ومع أن شروط الدولة الأولى بالرعاية ترد بصيّغ شتى في اتفاقات الاستثمار، فهي تعكس عموماً الصيغة الواردة في المادة الثانية من اتفاق الغات، أي "معاملة لا تقل رعاية". وعلى سبيل المثال، فإن الاتفاق بين النمسا والجمهوريتين التشيكية والسلوفاكية المؤرخ ١٥ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٠ ينص على ما يلي:

"يمنح كل طرف متعاقد مستثمري الطرف المتعاقد الآخر معاملة لا تقل رعاية عن المعاملة الممنوحة لمستثمريه هو أو لمستثمري دولة ثالثة واستثماراهم"[(٥٨)].

٥٧- وفي بعض الحالات يتضمن شرط الدولة الأولى بالرعاية التزامين معاً بتوفير معاملة الدولة الأولى بالرعاية، وبتوفير المعاملة الوطنية. فعلى سبيل المثال، ينص الاتفاق المبرم بين الأرجنتين والمملكة المتحدة في ١١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٠ على ما يلي:

"لا يُخضع أي من الطرفين المتعاقدين في إقليمه استثمارات الطرف المتعاقد الآخر أو عائدات مستثمريه أو شركاته لمعاملة أقل رعاية من تلك التي يمنحها لاستثماراته هو أو لعائدات مستثمريه أو شركاته أو استثمارات أو عائدات مواطني أية دولة ثالثة أو شركاتها"[(٥٩)].

٥٨- وفي حالات أخرى، يقترن الالتزام بتقديم معاملة الدولة الأكثر رعاية بالتزام بتوفير معاملة عادلة ومنصفة. فعلى سبيل المثال، ينص الاتفاق المبرم بين الصين وبيرو في ٩ حزيران/يونيه ١٩٩٤ على ما يلي:

"تمنح الاستثمارات والأنشطة المرتبطة باستثمارات مستثمري أي من الطرفين المتعاقدين معاملة عادلة ومنصفة، وتتمتع بالحماية في إقليم الطرف المتعاقد الآخر.

ولا تكون المعاملة والحماية المشار إليهما في الفقرة ١ من هذه المادة أقل رعاية مما يُمنح من معاملة وحماية لاستثمارات المستثمرين من دولة ثالثة ولأنشطتهم المرتبطة بتلك الاستثمارات"[(٦٠)].

---

(٥٨) اتفاق بين جمهورية النمسا والجمهورية الاتحادية التشيكية السلوفاكية بشأن تعزيز وحماية الاستثمارات، مبرم في فيينا في ١٥ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٠، United Nations, *Treaty Series,* vol. 1653, p. 127، المادة ٣(١).

(٥٩) اتفاق بين حكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية وحكومة جمهورية الأرجنتين من أجل تعزيز وحماية الاستثمارات، مبرم في لندن في ١١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٠، المادة ٣ (١)، متاح على الرابط التالي: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>.

(٦٠) اتفاق بين حكومة جمهورية بيرو وحكومة جمهورية الصين الشعبية بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، مبرم في بكين في ٩ حزيران/يونيه ١٩٩٤، المادتان ٣(١) و٣(٢)، متاح على الرباط التالي: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/42/treaty/954>.

٥٩- ورغم كون معاملة الدولة الأولى بالرعاية التزام مشترك بين معاهدات الاستثمار الثنائية، فإن طريقة التعبير عن هذا الالتزام تتباين. وفي هذا الصدد، يمكن تحديد ستة أنواع من الالتزام، وإن كانت بعض الاتفاقات قد تخلط بين مختلف أنواع الالتزام ضمن الشرط الواحد من شروط الدولة الأولى بالرعاية.

٦٠- والنوع الأول هو الحالة التي يكون فيها الالتزام المتعلق بالدولة الأولى بالرعاية مجرد "معاملة" ممنوحة للمستثمر أو الاستثمارات. والاتفاق المبرم بين النمسا والجمهوريتين التشيكية والسلوفاكية هو مثال على هذا النوع.

٦١- أما النوع الثاني من الالتزام فهو الحالة التي يتوسع فيها نطاق المعاملة المقرر منحها بالإشارة إلى "كافة" أنواع المعاملة. وأحد الأمثلة على هذا النوع هو الاتفاق المبرم بين الأرجنتين وإسبانيا، الذي ينص على أن شرط الدولة الأولى بالرعاية ينطبق على "كافة المسائل المشمولة بالاتفاق"[(٦١)].

٦٢- والنوع الثالث من الالتزام هو الحالة التي يرتبط فيها مصطلح "المعاملة" بجوانب محددة من عملية الاستثمار، مثل "إدارة "الاستثمارات التي تنطبق عليها معاملة الدولة الأولى بالرعاية، وعمليات "الصيانة" و"الاستخدام"، و"التخلص"[(٦٢)]. وفي بعض الحالات، تنص الاتفاقات على منح معاملة الدولة الأولى بالرعاية من أجل "تأسيس" الاستثمار، وبالتالي، فهي توفر حماية تشمل كلاً من فترة ما قبل الاستثمار، فضلاً عن فترة ما بعد الاستثمار[(٦٣)].

٦٣- ويتمثل النوع الرابع في الحالات التي ترتبط فيها معاملة الدولة الأولى بالرعاية بالتزامات محددة بموجب المعاهدة، مثل الالتزام بتوفير معاملة عادلة ومنصفة.

٦٤- والنوع الخامس من الالتزام يمتثل في الحالة التي لا تمنح فيها معاملة الدولة الأولى بالرعاية إلا لأولئك المستثمرين أو تلك الاستثمارات "في ظروف مماثلة"[(٦٤)] أو "في حالات شبيهة"[(٦٥)] لفئة من المستثمرين أو الاستثمارات تجري المقارنة بها.

---

(٦١) الاتفاق المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، المبرم في بوينس أيرس في ٣ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩١، United Nations, *Treaty Series,* vol. 1699, p. 187.

(٦٢) ينص اتفاق التجارة الحرة لأمريكا الشمالية على منح معاملة الدولة الأولى بالرعاية فيما يتعلق بعمليات "تأسيس الاستثمارات واحتيازها وتوسيعها وتنظيمها وإدارتها وتشغيلها وبيعها أو التصرف فيها بأي وجه آخر". NAFTA, art.1103.

(٦٣) المرجع نفسه.

(٦٤) المرجع نفسه.

(٦٥) الاتفاق بين جمهورية تركيا وتركمانستان بشأن التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، المبرم في عشق أباد في ٢ أيار/مايو ١٩٩٢، المادة الثانية، متاح على الرابط التالي:
<http://investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0335%20-%20Turkey%20-%20Turkmenistan%20(1992)%20[English].pdf>.

٦٥- والنوع السادس يتمثل في تلك الاتفاقات التي يبدو أنها تتضمن حدوداً إقليمية. فعلى سبيل المثال، ينص الاتفاق المبرم بين إيطاليا والأردن في ٢١ تموز/يوليه ١٩٩٦ على اتفاق الطرفين المتعاقدين على توفير معاملة الدولة الأكثر رعاية "داخل حدود أراضي كل منهما"(٦٦).

٦٦- وغالباً ما تنص أيضاً شروط الدولة الأولى بالرعاية في اتفاقات الاستثمار على استثناءات لا ينطبق فيها الالتزام بتوفير معاملة الدولة الأولى بالرعاية. وتتعلق الاستثناءات الأكثر شيوعاً بالضرائب، والمشتريات الحكومية، أو الفوائد التي يحصل عليها أحد الأطراف بموجب انتسابه طرفاً في اتحاد جمركي(٦٧).

جيم- المسائل التفسيرية المتعلقة بشروط الدولة الأولى بالرعاية في اتفاقات الاستثمار

٦٧- من المسلم به على نطاق واسع من قبل هيئات تسوية المنازعات الاستثمارية أن شروط الدولة الأولى بالرعاية، باعتبارها أحكاماً تعاهدية، يجب أن تفسر وفقاً لقواعد تفسير المعاهدات المنصوص عليها في المادتين ٣١ و٣٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. ومع ذلك، فإن الجدل حول تفسير شروط الدولة الأولى بالرعاية يعكس أحياناً اختلافاً أساسياً في تطبيق أحكام اتفاقية فيينا(٦٨).

٦٨- ورغم التباينات في صياغة شروط الدولة الأولى بالرعاية، هناك مسائل تفسيرية مشتركة بين جميع هذه الشروط، سواء في مجال التجارة أو الاستثمار أو الخدمات. وهناك ثلاثة جوانب لشروط الدولة الأولى بالرعاية أثارت مسائل تفسيرية، سيجري تناولها أدناه: تحديد المستفيد من شرط الدولة الأولى بالرعاية، وتحديد المعاملة اللازمة، وتحديد نطاق الشرط. ومن بين هذه المسائل التفسيرية الرئيسية الثلاث، لم يخضع لقدر كبير من المناقشة والتنازع أمام هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار سوى نطاق "المعاملة" التي يتعين توفيرها بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية.

١- من يحق له الاستفادة من شرط الدولة الأولى بالرعاية؟

٦٩- المسألة التفسيرية الأولى هي تحديد المستفيدين من شرط الدولة الأولى بالرعاية. وقد وصفت اللجنة في عام ١٩٧٨ الحق في الاستفادة من شرط الدولة الأولى بالرعاية على أنه يعود

---

(٦٦) اتفاق بين حكومة المملكة الأردنية الهاشمية وحكومة الجمهورية الإيطالية بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات مبرم في عمّان في ٢١ تموز/يوليه ١٩٩٦، متاح على الرابط التالي: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1681>.

(٦٧) اتفاق بين حكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية وحكومة جمهورية الأرجنتين من أجل تعزيز وحماية الاستثمارات، مبرم في لندن في ١١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٠، المادة ٧، متاح على الرابط التالي: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>. انظر OECD, "Most Favoured Nation Treatment in International Law" *OECD Working Papers on International Investment,* vol. 2 (2004), p. 5.

(٦٨) انظر الفقرات ١٧٤-١٩٣ أدناه.

"للدولة المستفيدة، أو لأشخاص أو أشياء على علاقة محددة بهذه الدولة". وفي اتفاقيات الاستثمار، يُبين في العادة أن هذا الالتزام يعني توفير معاملة الدولة الأولى بالرعاية "للمستثمر" أو "لاستثماراته". وتقصر بعض الاتفاقات الاستفادة من حكم الدولة الأولى بالرعاية على الاستثمار(٦٩). ومع ذلك، فبينما لا تذهب بعض اتفاقات الاستثمار أكثر من ذلك، تنص أخرى على ضرورة أن يكون المستفيد مستثمراً أو استثماراً يكون في "ظروف مماثلة" أو "حالة شبيهة" لجهة مقارن بها.

٧٠- وقد أثار هذا جدلاً كبيراً حول تحديد ماهية "الاستثمار"، وبخاصة، ما إذا كان الاستثمار يجب أن يُسهم في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة(٧٠). ومع ذلك، فإن تعريف الاستثمار هو مسألة متصلة باتفاق الاستثمار برمته ولا يثير أية قضايا كلية بشأن شروط الدولة الأولى بالرعاية أو بشأن تفسيرها. وبناء عليه، لم يجد الفريق الدراسي ضرورة تدعوه إلى مواصلة النظر في هذه المسألة.

٧١- وترد عبارة "في ظروف مماثلة" في الفصل المتعلق بالاستثمار من اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية، لكنها لا ترد في العديد من الاتفاقات الأخرى. ويبدو أن المفردات تضع بعض القيود على تحديد مَنْ مِنَ المستثمرين أو الاستثمارات يمكن أن يطالب بمزايا شرط الدولة الأولى بالرعاية - وربما تُلمح إلى أن من يمكنه ذلك هم فقط المستثمرون والاستثمارات في "ظروف مماثلة" بالمعاهدة التي يقارن بها.

٧٢- والسؤال الذي يطرح نفسه هو ما إذا كان في واقع الأمر إدراج الشرط المقيد "في ظروف مماثلة" يضيف أي شيء إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية. وبموجب قاعدة "من ذات النوع"، لا يمكن بأي حال من الأحوال إعمال أية مطالبة بشرط الدولة الأولى بالرعاية إلا فيما يتعلق بالموضوع نفسه ولصالح من هم على العلاقة ذاتها بالجهة المقارن بها. وهذا هو الأثر المترتب على مشروعي المادتين ٩ و١٠ من مشاريع مواد عام ١٩٧٨.

٧٣- وأثناء المفاوضات المتعلقة بوضع اتفاق متعدد الأطراف بشأن الاستثمار، كانت الأطراف مختلفة على هذه النقطة تحديدا، وبالتالي لم يكن هناك أبداً أي اتفاق بشأن إدراج عبارة "في ظروف مماثلة" في النص التفاوضي. والأهمية العملية لهذه المسألة هي ما إذا كانت تفسيرات الاتفاقات التي تتضمن عبارة "في ظروف مماثلة" وجيهة بالنسبة لتفسير الاتفاقات التي لا تتضمن هذه المفردات. وعلى النحو المشار إليه أدناه، فمن الخطورة بمكان اعتماد تفسيرات اتفاق على أنها تنطبق تلقائياً على اتفاقات أخرى، والخطورة في هذا الصدد أكبر، عندما تكون صياغة الاتفاقين مختلفة.

---

(٦٩) The Energy Charter Treaty (Annex 1 To The Final Act Of The European Energy Charter Conference), done at Lisbon on 17 December 1994, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2080, p. 95 at art.10(7).

(٧٠) *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4, para. 52؛ وأحدث عهدا من ذلك: *Standard Chartered Bank v. United Republic of Tanzania*, Award, ICSID Case No. ARB/10/12, November 2, 2012.

٢- مما تتشكل المعاملة التي "لا تقل رعاية"؟

٧٤- المسألة التفسيرية الثانية هي تحديد ماهية المعاملة التي "لا تقل رعاية". ولم يكن لدى اللجنة في عام ١٩٧٨ كثير مما تقوله بشأن هذه المسألة، عدا شرح مبرر استخدام مصطلح "لا تقل رعاية" عوضاً عن مصطلح "مساوية"، وأن المعاملة لا يمكن أن تقل رعاية إذا كانت الجهة المقارن بها لا تتلقى المعاملة في الواقع ولكنها مستحقة لها[٧١]. وهذه المسألة متصلة، إلى حد ما، بالمسألة الثالثة، وهي تحديد نطاق المعاملة.

٧٥- وهناك رأي مفاده أن الأساس المنطقي لمنح معاملة "لا تقل رعاية" هو رغبة الدولة المستفيدة في كفالة تكافؤ الفرص التنافسية بين مواطنيها ومواطني الدول الثالثة[٧٢]. وهذا هو الأساس المنطقي لتوفير معاملة الدولة الأولى بالرعاية فيما يتعلق بالتجارة في السلع في إطار الغات ومنظمة التجارة العالمية، وهو جوهري بالنسبة للمستثمرين واستثماراتهم. وهناك رأي بديل مؤداه أن هدف الدولة الأولى بالرعاية والمعاملة الوطنية هو الاعتراف "بحقوق" المستثمرين" وإعمالها[٧٣]. ومع ذلك، فالغرض من "الحق" في سياق الدولة الأولى بالرعاية والمعاملة الوطنية هو ضمان تكافؤ الفرص التنافسية لمستثمر مع المستثمرين الأجانب أو المواطنين الآخرين، حسب الحالة.

٧٦- وحيثما تقوم رابطة بين شرط "لا تقل رعاية" وأحكام "المعاملة الوطنية"، تكون الدولة المانحة موافقة على توفير معاملة "لا تقل رعاية" عن تلك المعاملة التي تمنحها لمواطنيها. ويعاني حكم المعاملة الوطنية من نفس المشكلة الناشئة عن قاعدة "من ذات النوع" في تحديد تشابه كاف بين المواضيع. وبالمثل، فإن أحكام المعاملة الوطنية، شأنها شأن شروط الدولة الأولى بالرعاية، كثيراً ما تستخدم عبارة "في ظروف مماثلة" أو "في حالات شبيهة" لتحديد نطاق استحقاق جهة مستفيدة من حكم المعاملة الوطنية. وبالتالي، فالحكمان كلاهما يثيران مسائل تفسيرية متشابهة.

٧٧- ولم تقل مشاريع مواد عام ١٩٧٨ الكثير عن العلاقة بين شرطي الدولة الأولى بالرعاية والمعاملة الوطنية. ونصت على إمكانية أن يقوم الشرطان جنباً إلى جنب في صك واحد دون أن يؤثر ذلك في معاملة الدولة الأولى بالرعاية[٧٤]. ونصت أيضاً على أن معاملة الدولة الأولى بالرعاية تسري حتى إذا كانت المعاملة الممنوحة للدولة الثالثة قد منحت لها على أساس أنها معاملة وطنية. ويرى الفريق الدراسي أن تفسيرات عبارات مثل "في ظروف مماثلة" أو "في حالات شبيهة" في

---

(٧١) انظر التعليق على مشروع المادة ٥، *Yearbook...1978*, vol. II (Part Two), p. 21.

(٧٢) Todd Weiler, *The Interpretation Of International Investment Law: Equality, Discrimination, and Minimum Standards Of Treatment In Historical Context* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), pp. 415-416.

(٧٣) DiMascio and Pauwelyn.

(٧٤) *Yearbook...1978*, vol. II (Part Two), p. 51 (مشروع المادة ١٩).

سياق المعاملة الوطنية يمكن أن توفر مبادئ توجيهية مهمة لتفسير تلك العبارات في سياق شروط الدولة الأولى بالرعاية.

٧٨- ولم يثر معنى عبارة "لا تقل رعاية" جدلاً كبيراً في المنازعات الاستثمارية التي تنطوي على معاملة الدولة الأولى بالرعاية. وأثناء المفاوضات المتعلقة بوضع اتفاق متعدد الأطراف بشأن الاستثمار، اقترح البعض استخدام مصطلح "مساوية"، باعتباره معيار المعاملة بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية بدلاً من معاملة "لا تقل رعاية". ورغم أن المسألة لو تجد تسوية نهائية، فقد كانت الحجة المضادة هي أن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يقصد منه تقييد الدولة المانحة فيما قد تمنحه. فقد تمنح معاملة أفضل من المعاملة "المساوية"، إن شاءت، رغم أن ذلك قد تترتب عليه آثار فيما لديها من اتفاقات أخرى تتعلق بشرط الدولة الأولى بالرعاية. فالمعاملة التي "لا تقل رعاية" تشكل حداً أدنى لما يمنح من معاملة.

٣- ما هو نطاق المعاملة التي ستمنح في إطار شرط الدولة الأولى بالرعاية؟

٧٩- المسألة التفسيرية الأخيرة هي نطاق الحق الممنوح بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية. وبعبارة أخرى، ما هو مضمون "المعاملة"؟ وقد انتبهت اللجنة في عام ١٩٧٨ لهذه المسألة حيث تناولتها في المادة ٩ من مشاريع المواد عندما نصت على أن حكم الدولة الأولى بالرعاية لا يشمل "إلا الحقوق التي تقع داخل حدود موضوع الحكم"[(٧٥)]. وهذا، ما يُعرف، مثلما أوضحته اللجنة في تعليقها، بقاعدة *"من ذات النوع"* [(٧٦)].

٨٠- وباتت مسألة نطاق المعاملة التي يلزم منحها بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية إحدى أكثر المسائل التفسيرية التي نوقشت باستفاضة في إطار اتفاقات الاستثمار الدولية. فالمشكلة تتعلق بسريان شرط الدولة الأولى بالرعاية على الأحكام الإجرائية، باعتبارها منفصلة عن الأحكام الموضوعية لمعاهدة ما. وتنطوي أيضاً على المسألة الأكبر المتمثلة فيما إذا كان مستثمر ما يمكن، بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية، أن يعتدّ بأية حقوق مشمولة بمعاهدة مع دولة ثالثة وفيها منافع أكبر له.

٨١- وقد استُظهر بأحكام الدولة الأولى بالرعاية في معاهدة أساسية لتوسيع نطاق أحكام تسوية المنازعات في المعاهدة بعدة طرق. ومن بين هذه الطرق ما يلي: (أ) الاحتجاج بعملية لتسوية المنازعات غير منصوص عليها في المعاهدة الأساسية؛ (ب) توسيع نطاق الاختصاص القضائي عندما تكون المعاهدة الأساسية قد قيدت نطاق حكم تسوية المنازعات لتقصره على نوع معين من المنازعات، مثل المنازعات المتعلقة بالتعويض عن نزع الملكية؛ (ج) نقض تطبيق حكم تعاهدي يشترط عرض نزاع ما على محكمة محلية خلال "فترة انتظار" مدتها ١٨ شهراً، قبل

---

(٧٥) المرجع نفسه، الصفحة ٢٧ (نص مشروع المادة ٩).

(٧٦) المرجع نفسه. (التعليق على مشروعي المادتين ٩ و١٠).

عرض النزاع على التحكيم الدولي. وهذه الحالة الثالثة هي الحالة التي شاع فيها الاستظهار بشرط الدولة الأولى بالرعاية، ولذلك، سنوليها عناية خاصة.

(أ) شرط الدولة الأولى بالرعاية والمسائل الإجرائية: منشأ المسألة

٨٢- كثيراً ما يعزى منشأ استخدام الدولة الأولى بالرعاية فيما يتصل بالاستفادة من المسائل الإجرائية إلى قرار التحكيم لعام ١٩٥٦ في قضية *أمباتييلوس (Ambatielos)*[٧٧] حيث جاء فيه أن "إقامة العدل" تشكل جزءاً مهماً لحقوق التجار، وبالتالي ينبغي، بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية، اعتبارها مشمولة بعبارة "جميع المسائل المتصلة بالتجارة والملاحة"[٧٨].

٨٣- وبعد مرور ٤٥ عاماً تقريباً، عادت المسألة من جديد إلى الواجهة في قضية *مافيزيني ضد مملكة إسبانيا*[٧٩] حيث قبلت هيئة التحكيم حجة المدعي أن باستطاعته الاستظهار بشرط الدولة الأولى بالرعاية في معاهدة الاستثمار الثنائية المبرمة عام ١٩٩١ بين الأرجنتين وإسبانيا للالتفاف على شرط الانتظار لمدة ١٨ شهراً قبل تحريك دعوى بموجب معاهدة الاستثمار الثنائية. غير أن المدعي اعتدّ بمعاهدة الاستثمار الثنائية المبرمة عام ١٩٩١ بين إسبانيا وشيلي، والتي لا تتضمن هذا الاشتراط وتسمح للمستثمر باللجوء إلى التحكيم الدولي بعد ستة أشهر[٨٠]. وينص شرط الدولة الأولى بالرعاية في معاهدة الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإسبانيا على ما يلي:

"لا تكون هذه المعاملة، في جميع المسائل التي يحكمها هذا الاتفاق، أقل رعاية من تلك التي يمنحها كل من الطرفين للاستثمارات التي يستثمرها في إقليمه مستثمرون من بلد ثالث"[٨١].

٨٤- ووضعت هيئة التحكيم في اعتبارها، لدى تأييدها حجة المدعي، اتساع صيغة شرط الدولة الأولى بالرعاية الذي يسري على "جميع المسائل التي يحكمها هذا الاتفاق". وشددت على ضرورة تحديد نية الأطراف المتعاقدة، وأهمية تقييم الممارسات السابقة للدول فيما يتعلق بإدراج شرط الدولة الأولى بالرعاية في معاهدات الاستثمار الثنائية الأخرى (وهو التقييم الذي يؤيد حجة المدعي)، وأهمية مراعاة اعتبارات السياسة العامة.

---

(٧٧) *The Ambatielios Claim (Greece v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), United Nations Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, p. 83.

(٧٨) المرجع نفسه، الصفحة ١٠٧.

(٧٩) *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB 97/7 (25 January 2000), *ICSID Reports*, vol. 5, p. 396.

(٨٠) المرجع نفسه، الفقرة ٣٩.

(٨١) الاتفاق المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، المبرم في بوينس أيرس في ٣ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩١، United Nations, Treaty Series, vol. 1699, p. 187 at art. IV.

٨٥- واعتمدت هيئة التحكيم على وجه الخصوص على دعوى *أمباتييلوس*[٨٢] التي أكدت فيها لجنة التحكيم على أهمية قاعدة "من ذات النوع". وذكرت اللجنة أن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمكنه أن يضم سوى المسائل التي تنتمي إلى نفس فئة الموضوع وأنه "لا يمكن البتّ في المسألة إلا وفقاً لنية الأطراف المتعاقدة المستنتجة من تفسير معقول للمعاهدة"[٨٣].

٨٦- ومن باب احترام قاعدة *"من ذات النوع"*، رأت هيئة التحكيم في قضية *مافيزيني* أن ترتيبات تسوية المنازعات، في السياق الاقتصادي الحالي، ترتبط ارتباطاً وثيقاً بحماية المستثمرين الأجانب، وأن تسوية المنازعات أداة بالغة الأهمية بالنسبة لحماية المستثمر. ولذلك، ينبغي ألا تعتبر هذه الترتيبات مجرد أدوات إجرائية فحسب، بل ترتيبات تهدف إلى توفير حماية أفضل لحقوق المستثمرين عن طريق اللجوء إلى التحكيم الدولي.

٨٧- وبناء على ذلك، خلصت هيئة التحكيم إلي ما يلي:

"... إذا تضمنت معاهدة مع طرف ثالث أحكاماً لتسوية المنازعات أكثر رعاية لحماية حقوق المستثمر ومصالحه من تلك الموجودة في المعاهدة الأساسية، يجوز توسيع نطاق هذه الأحكام لتشمل المستفيد من شرط الدولة الأولى بالرعاية، لأنها متوافقة تماماً مع قاعدة "من ذات النوع"[٨٤].

٨٨- وترى هيئة التحكيم أن تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية على ترتيبات تسوية المنازعات قد يفضي إلى "مواءمة هذه الترتيبات وتوسيع نطاقها"[٨٥]. ومع ذلك، كانت هيئة التحكيم مُدركة لحقيقة أن تفسيرها لشرط الدولة الأولى بالرعاية تفسير متوسع، وربما تنشأن عنه جملة أمور منها السلوك المعطل المتمثل في "انتقاء أحكام المعاهدات"[٨٦]. وأشارت إلى ما يلي:

"ينبغي، كمسألة مبدأ، ألا يسمح للمستفيد من الشرط بإلغاء اعتبارات السياسة العامة التي قد تكون الأطراف المتعاقدة قد توخت وضعها كشروط أساسية لقبولها للاتفاق المذكور، ولا سيما إذا كان المستفيد هو مستثمر من القطاع الخاص، وهو ما يكون عليه الحال غالباً. وبالتالي، فإن نطاق الشرط قد يكون أضيق مما يبدو للوهلة الأولى"[٨٧].

٨٩- ومن ثم، راحت هيئة التحكيم تبين الحالات الأربع التي يمكن، برأيها، الاستظهار فيها بشرط الدولة الأولى بالرعاية:

---

(٨٢) *Maffezini,* para. 49.

(٨٣) *Ambatielios,* p. 107.

(٨٤) *Maffezini,* para. 56.

(٨٥) المرجع نفسه، الفقرة ٦٢.

(٨٦) المرجع نفسه، الفقرة ٦٣.

(٨٧) المرجع نفسه، الفقرة ٦٢.

- عندما يكون أحد الأطراف المتعاقدة قد رهن موافقته على التحكيم باستنفاد سبل الانتصاف المحلية، لأن هذا النوع من الاشتراطات يعكس "قاعدة أساسية من قواعد القانون الدولي"؛
- عندما تكون الأطراف المتعاقدة قد اتفقت على ترتيبات لتسوية المنازعات تشمل ما يسمى بحكم "الخيار النهائي"، لأن استبدال هذا الحكم قد يخل "بالغاية من الترتيبات" التي تعتبرها البلدان مسائل مهمة تتعلق بالسياسة العامة؛
- عندما ينص الاتفاق على هيئة معينة للتحكيم، مثل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وتكون لدى أحد الأطراف رغبة في تغيير ذلك إلى هيئة تحكيم مختلفة؛
- عندما يتفق الأطراف على نظام تحكيم له طابع مؤسسي متجذر يتضمن نظاماً داخلياً (مثل اتفاق التجارة الحرة لأمريكا الشمالية)، لأن هذه الأحكام المحددة جداً تعكس إرادة الأطراف المتعاقدة بصورة محددة[٨٨].

٩٠- وتركت هيئة التحكيم الباب مفتوحاً أيضاً أمام احتمال أن "تحدد الأطراف أو هيئات التحكيم دون شك عناصر أخرى من عناصر السياسة العامة تحد من تطبيق الشرط"[٨٩].

(ب) التفسير اللاحق لشروط الدولة الأولى بالرعاية فيما يتعلق بالمسائل الإجرائية من جانب هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار

٩١- شهدت القرارات اللاحقة الصادرة عن هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار انقساماً بشأن اتباع نهج قضية *مافيزيني*. واعترفت هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار على نطاق واسع، تصريحاً وتلميحاً، بأن مسألة نطاق أحكام الدولة الأولى بالرعاية في أية معاهدة استثمار ثنائية بعينها هو مسألة تفسير لتلك المعاهدة المعينة[٩٠]. وكثيراً ما تستشهد هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار بالمادتين ٣١ و٣٢ من اتفاقية فيينا ومبادئ مثل تخصيص الشيء بالذكر يفيد استثناء ما عداه. وتؤكد هيئات التحكيم على أنها تسعى إلى التحقق من نية الأطراف. ومع ذلك، لا يوجد أي نهج منتظم للتفسير، ويبدو أن عوامل مختلفة، لا علاقة لها أحياناً بالمفردات المستخدمة في المعاهدات المعروضة، يُعطى لها وزن.

٩٢- وسعى الفريق الدراسي إلى تحديد العوامل التي يبدو أنها تؤثر في تفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية من جانب هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار وتحديد ما إذا كانت هناك اتجاهات معينة. وكان الفريق الدراسي يدرك، وهو يقوم بذلك، الحاجة إلى تعزيز احترام قواعد

---

(٨٨) المرجع نفسه، الفقرة ٦٣.

(٨٩) المرجع نفسه.

(٩٠) *Salini*; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/8 (3 August 2004) (Argentina-Germany BIT)، على الرابط التالي: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>.

التفسير الواردة في اتفاقية فيينا، التي تنطبق على جميع المعاهدات. وفيما يلي بيان لأبرز العوامل التي أثرت في قرارات هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار بشأن تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية على المسائل الإجرائية.

‘ ١’ *التمييز بين الالتزامات الموضوعية والإجرائية*

٩٣- هناك نقطة بداية تواترت هيئات التحكيم على الانطلاق منها هي تحديد ما إذا كان شرط الدولة الأولى بالرعاية يمكن، من حيث المبدأ، أن يتعلق بالأحكام الإجرائية والموضوعية للمعاهدة على حد سواء. وكان السؤال المطروح في قضية *مافيزيني* هو:

"ما إذا كانت أحكام تسوية المنازعات الواردة في معاهدة مع طرف ثالث يمكن أن تعتبر متصلة بصورة معقولة بالمعاملة العادلة والمنصفة التي يسري عليها شرط الدولة الأولى بالرعاية بموجب المعاهدات الأساسية بشأن التجارة والملاحة أو الاستثمارات، وبالتالي، ما إذا كان يمكن اعتبارها موضوعاً مشمولاً بالشرط"(٩١).

٩٤- ومثلما أشير إليه أعلاه، خلصت هيئة التحكيم إلى أن معاملة الدولة الأولى بالرعاية يمكن أن تشمل الأحكام الإجرائية رهناً ببعض اعتبارات "السياسة العامة"(٩٢). ومن أجل التوصل إلى ذلك القرار، استشهدت هيئة التحكيم بقرار لجنة التحكيم في قضية *أمباتييلوس* وقالت: "هناك أسباب وجيهة لاستنتاج أن ترتيبات تسوية المنازعات اليوم ترتبط ارتباطاً وثيقاً بحماية المستثمرين الأجانب، لأنها ترتبط أيضاً بحماية حقوق التجار بموجب معاهدات التجارة"(٩٣).

٩٥- ومن ركائز القرار في قضية *مافيزيني* استنتاج مفاده أن أحكام تسوية المنازعات تشكل، من حيث المبدأ، جزءاً من حماية المستثمرين والاستثمارات المنصوص عليها في اتفاقيات الاستثمار الثنائية. وبالتالي، فإن أحكام تسوية المنازعات، بحكم تعريفها، تكاد تكون قابلة على الدوام للإدراج في اتفاق استثمار بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية. وبموجب اتفاق استثمار، تقع تسوية المنازعات، مثلما نصت عليه بالحرف المادة ٩ من مشاريع المواد لعام ١٩٧٨، "في حدود موضوع" حكم الدولة الأولى بالرعاية.

٩٦- وتمثل أحد العناصر الاستدلالية المهمة في بعض القرارات اللاحقة لهيئات التحكيم في قضايا الاستثمار في الاستنتاج الذي مفاده أن المسائل الإجرائية، وتحديداً أحكام تسوية المنازعات، تدخل بحكم طبيعتها ضمن نفس الفئة مع الحماية الموضوعية للمستثمرين الأجانب. وفي قضية *سيمنز (Siemens)*، أعلنت هيئة التحكيم أن تسوية المنازعات "جزء من الحماية الممنوحة بموجب المعاهدة. وهي جزء من معاملة المستثمرين والاستثمارات الأجانب ومن المزايا

(٩١) *Maffezini,* para. 46.

(٩٢) المرجع نفسه، الفقرة ٥٦.

(٩٣) المرجع نفسه، الفقرة ٥٤.

التي يمكن الحصول عليها من خلال شرط الدولة الأولى بالرعاية"[٩٤]. وقالت هيئة التحكيم في قضية *AWG* إنها "لم تجد أي أساس للتمييز بين مسائل تسوية المنازعات وأية مسائل أخرى مشمولة بمعاهدة استثمار ثنائية"[٩٥].

٩٧- ومع ذلك، فقد تساءلت بعض هيئات التحكيم ما إذا كانت أحكام تسوية المنازعات مشمولة بطبيعتها بشروط الدولة الأولى بالرعاية. فقد شككت هيئة التحكيم في قضية *ساليني* (*Salini*) في أن يكون قرار هيئة التحكيم في قضية *أمباتييلوس* حجة تؤيد هذه الفكرة[٩٦]، مستشهدة بآراء القضاة المعارضة في القرار السابق للقضية الصادر عن محكمة العدل الدولية ومفادها أن "التجارة والملاحة" لا تشمل "إقامة العدل"[٩٧]. وأشارت كذلك هيئة التحكيم في قضية *ساليني* إلى أن لجنة التحكيم في قضية *أمباتييلوس*، على أية حالة، عندما أشارت إلى "إقامة العدل"، فإنها لم تكن تشير إلى أحكام إجرائية أو تسوية منازعات، وإنما إلى أحكام موضوعية بموجب معاهدات استثمار أخرى متعلقة بمعاملة المواطنين وفقاً للعدل والإنصاف[٩٨].

٩٨- وكانت هيئة التحكيم في قضية *تلينور* (*Telenor*) أقوى توكيداً لاستبعاد الأحكام الإجرائية من تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية، حيث قالت:

---

(٩٤) *Siemens*, para. 102.

(٩٥) *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, UNCITRAL (3 August 2006), para. 59 ((Argentina-UK BIT متاح على الرابط التالي: <http://www.italaw.com/cases/106>. انظر أيضاً *National Grid, plc v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, UNCITRAL (20 June 2006), para. 89 (Argentina-UK BIT) متاح على الرباط التالي: <http://www.italaw.com/cases/732>; *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/10 (17 June 2005), para. 29 (Argentina-Spain BIT); متاح على الرابط التالي: <http://www.italaw.com/documents/GasNaturalSDG-DecisiononPreliminaryQuestionsonJurisdiction.pdf>; *RosInvest Co. UK Ltd. v. The Russian Federation,* Award on Jurisdiction, SCC Case No. V079/2005 (1 October 2007), paras. 131-132 (UK-USSR BIT) متاح على الرابط التاي: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>; *Renta 4 S.V.S.A, Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valors SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation*, Award on Preliminary Objections, SCC No. 24/2007 (20 March 2009), para. 100 (Spain/Russia BIT) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1075.pdf>; *Austrian Airlines v. The Slovak Republic, final award,* UNCITRAL (9 October 2009), para. 124 (Austria-Czech/Slovak Republic BIT) متاح على الرابط التالي: <http://www.italaw.com/cases/103>.

(٩٦) *Salini,* para. 112؛ انظر أيضاً *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, SCC Case No. 080/2004 (21 April 2006), para. 175 (Belgium/Luxembourg-USSR BIT).

(٩٧) *Salini, para. 106. Ambatielos (Greece v. United Kingdom), Merits: Obligation to Arbitrate,* Judgment, I.C.J. Reports 1953, p. 10.

(٩٨) المرجع نفسه، الفقرتان ١١١-١١٢.

"في غياب ما يفيد العكس من مفردات أو سياق، يكون المعنى العادي لعبارة "تمنح الاستثمارات معاملة لا تقل رعاية عن تلك الممنوحة لاستثمارات المستثمرين من أية دولة ثالثة" هو أن الحقوق الموضوعية للمستثمر فيما يتعلق بالاستثمار تمنح معاملة لا تقل رعاية بموجب معاهدة استثمار ثنائية بين الدولة المضيفة ودولة ثالثة، ولا يوجد ما يوجب تفسير العبارة الواردة أعلاه على أنها تشمل الحقوق الإجرائية أيضاً"[٩٩].

٩٩- والرأي القائل بأن شروط الدولة الأولى بالرعاية في معاهدات الاستثمار يمكن، من الناحية النظرية، أن تسري على المسائل الإجرائية والموضوعية معاً لا يعني أنها ستطبق دائماً على هذا النحو[١٠٠]. بيد أن هيئات التحكيم فسرت، في عدد من القضايا، شروط الدولة الأولى بالرعاية على أنها تشمل إجراءات تسوية المنازعات على أساس أن شروط الدولة الأولى بالرعاية تسري، من حيث المبدأ، على كلتا الفئتين.

'٢' *تفسير شروط الدولة الأولى بالرعاية كمسألة ولاية قضائية*

١٠٠- تأثر عدد من هيئات التحكيم بالرأي القائل إن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمكن أن يسري على أحكام تسوية المنازعات إذا كانت تتعلق بالولاية القضائية لهيئة التحكيم. وقد أدى هذا إلى تباين في وجهات النظر بين هيئات التحكيم فيما يتعلق بمسألتين مختلفتين. المسألة الأولى هي ما إذا كانت المسائل المتعلقة بالولاية القضائية تشترط اتباع نهج تفسيري أكثر صرامة. والمسألة الثانية هي ما إذا كان سريان حكم الدولة الأولى بالرعاية على أحكام تسوية المنازعات يتعلق بالولاية القضائية لهيئة تحكيمية.

١- معيار تفسير مسائل الولاية القضائية

١٠١- وفي قضية *بلاما (Plama)*، تناولت هيئة التحكيم مسألة نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية على أنها مسألة اتفاق بشأن التحكيم، قائلة إنه "مبدأ ثابت في القانون الداخلي والقانون الدولي كليهما، أنه ينبغي أن يكون هذا الاتفاق واضحاً لا لبس فيه"[١٠١]. ونتيجة لذلك، "ينبغي الإعراب بوضوح ودون لبس عن النية في إدراج أحكام تسوية المنازعات"[١٠٢]. وبناء عليه، فإن الطرف الساعي إلى تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية على مسألة تتعلق بالولاية القضائية يتحمل عبء

---

(٩٩) التشديد في النص الأصلي. *Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary,* ICSID Case No. ARB/04/15 (13 September 2006), para. 92 (Norway-Hungary BIT).

(١٠٠) *Renta,* para. 100; *Austrian Airlines*; *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. Republic of Argentina,* Award on Jurisdiction, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-9 (10 February 2012), (UK/Argentina BIT).

(١٠١) *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/24 (8 February 2005), para. 198 (Cyprus-Bulgaria BIT).

(١٠٢) *المرجع نفسه*، الفقرة ٢٠٤.

إثبات أن هذا التطبيق كان مقصوداً بوضوح – وهذا اشتراط تصعب تلبيته. وقد أيدت هذا الرأي هيئة التحكيم في قضية *تيلينور*[١٠٣]، ووجد له صدى في قضية *وينترشال (Wintershall)*[١٠٤].

١٠٢- بيد أن هذا النهج قوبل بمعارضة كبيرة. فقد رُفض في قضية *Austrian Airlines* وقضية *Suez* حيث قالت هيئة التحكيم إن "أحكام تسوية المنازعات تخضع للتفسير، شأنها شأن أية أحكام أخرى في معاهدة، على نحو لا يكون أكثر تقييداً ولا أكثر توسعاً"[١٠٥]. وقالت هيئة التحكيم إن الأحكام المتعلقة بالولاية القضائية يجب أن تفسر كأي حكم آخر من أحكام معاهدة، على أساس قواعد التفسير المنصوص عليها في المادتين ٣١ و٣٢ من معاهدة فيينا[١٠٦].

١٠٣- والرأي القائل إن تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية على مسائل تسوية المنازعات يتسبب بكونه مسألة ولاية قضائية في زيادة العبء على طرف يسعى إلى الاستظهار بشرط الدولة الأولى بالرعاية، رأي لم يجد سوى تأييد ضعيف في قرارات هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار الأحدث عهداً، وإن كان قد أيده على الأقل بعض المعلقين[١٠٧]. وادعى أيضاً من يعارضون النهج على أنه غير متسق مع قواعد القانون الدولي بشأن تفسير الأحكام المتعلقة بالولاية القضائية. ومع ذلك، فقد أشارت هيئة التحكيم في قضية *ICS* إلى أن هيئة التحكيم في قضية *بلاما (Plama)* لم تُرسِ قاعدة بشأن الولاية القضائية؛ بل بينت ببساطة أنه لا يمكن افتراض الموافقة على الولاية القضائية[١٠٨].

---

(١٠٣) *Telenor,* para. 91.

(١٠٤) *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/04/14 (8 December 2008), para. 167 (Argentina-Germany BIT). وأخذت هيئة التحكيم بالرأي القائل إن الأحكام الإجرائية لا يمكن أن تدرج في نطاق حكم الدولة بالرعاية ما لم يكن "شرط الدولة الأولى بالرعاية في المعاهدة الأساسية يشير بصورة واضحة لا لبس فيها إلى أنه ينبغي أن يفسر على هذا النحو: وهو ما يختلف عن حالة القضية الراهنة".

(١٠٥) *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic,* Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/17 (16 May 2006), para. 64 (France-Argentina and Spain-Argentina BITs).

(١٠٦) *Austrian Airlines*, para. 95. واعتمدت هيئة التحكيم أيضا على مقولة في الرأي المستقل للقاضي هيغينز في قضية منصات النفط *(Oil Platforms)* بأنه لا يوجد في الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الدولي الدائمة أو محكمة العدل الدولية ما يؤيد اتباع نهج تقييدي في تفسير الشروط التحكيمية، ولا توجد في الواقع أية سياسة تقييدية أو توسعية في تفسيرها: *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) Preliminary Objections*, Judgment of 12 December 1996, Separate Opinion by Judge Higgins, *I.C.J. Reports 1996*, p. 857 at para. 35, cited in *Austrian Airlines* at para. 120.

(١٠٧) Campbell MacLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford: Oxford University Press. 2008), para. 7.168.

(١٠٨) *ICS v. Argentina*, paras. 281-2.

٢- تسوية المنازعات والولاية القضائية

١٠٤- جددت هيئات التحكيم اهتمامها في الآونة الأخيرة بمسألة ما إذا كان تطبيق شروط الدولة الأولى بالرعاية على الأحكام المتعلقة بتسوية المنازعات يؤثر في الولاية القضائية للهيئة. والحجة هي أن الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية مختلفة في القانون الدولي، إذ بعكس القانون المحلي، لا يستتبع الحق الموضوعي تلقائياً حقاً إجرائياً في إنفاذه الجبري[١٠٩]. وكون الدولة مقيدة بالتزام موضوعي لا يعني أن بالإمكان إجبارها على الخضوع للمقاضاة على ذلك الالتزام. فالحق في الإجبار على التقاضي يتطلب قبولاً إضافياً بالولاية القضائية للهيئة القائمة بالمقاضاة[١١٠].

١٠٥- ووفقاً لهذا الرأي، إذا أريدَ إنفاذ الحقوق الموضوعية بموجب معاهدة استثمار ثنائية، لا بد أن يستوفي المدعي شروط *الاختصاص الموضوعي والاختصاص الشخصي والاختصاص الزمني* لكي تمارس هيئة تسوية المنازعات ولايتها القضائية. فعلى سبيل المثال، لا يمكن لفرد لا يستوفي المعايير التي تحدد صفة المستثمر بموجب معاهدة استثمار ثنائية أن يصبح مستثمراً بالاحتجاج بحكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية[١١١]. ومثلما لا يمكن استخدام أحكام الدولة الأولى بالرعاية لتغيير شروط ممارسة الحقوق الموضوعية، لا يمكن استخدامها أيضاً لتغيير شروط ممارسة الحقوق الإجرائية أو الحقوق المتعلقة بالولاية القضائية. ولا يمكن للمستثمر الذي لم يستوف شروط تحريك دعوى ضد الدولة المدعى عليها أن يتفادى تلك الشروط بالاحتجاج بالأحكام الإجرائية المنصوص عليها في معاهدة استثمار ثنائية أخرى.

١٠٦- وقد طُرحت هذه المسألة أيضاً من زاوية الموافقة على التحكيم[١١٢]. فالولاية القضائية لهيئة التحكيم تُشكّله الشروط المحددة في اتفاق الاستثمار ذي الصلة، التي تبين الأساس الذي يجعل الدولة المدعى عليها توافق على أن تمارس هيئة التحكيم ولايتها القضائية. ولا بد أن يمتثل المستثمر المدعي لتلك الشروط لكي تمارس الهيئة ولايتها القضائية على المنازعة. وما لم تتنازل الدولة المدعى عليها عن تطبيق شروط موافقتها على ممارسة الولاية القضائية، فليس للهيئة أية ولاية قضائية للاستماع إلى الدعوى ولو كان المدعي مستثمراً بالمعنى المقصود في معاهدة الاستثمار الثنائية المعنية. ولهذا السبب، لا يمكن استخدام أحكام الدولة الأولى بالرعاية لتغيير أساس ممارسة الولاية القضائية.

---

(١٠٩) *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, Concurring and Dissenting Opinion of Professor Brigitte Stern, ICSID Case No. ARB/07/17 (21 June 2011).

(١١٠) المرجع نفسه.

(١١١) يبدو أن هذا الموقف قد قبلته المحكمة بالفعل في قضية *HICEE B.V. ضد الجمهورية السلوفاكية*، Partial Award, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-11 (23 May 2011), para. 149 (Netherlands/Czech and Slovak Republic BIT).

(١١٢) Dissenting Opinion of arbitrator Christopher Thomas in *Hochtief AG v. The Argentine Republic,* Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/07/31 (24 October 2011), (Germany/Argentina BIT).

١٠٧- وحظي الرأي القائل إن المسألة تتعلق بالولاية القضائية بتأييد قرار هيئة التحكيم في قضية *ICS ضد الأرجنتين*، الذي يستند في جزء منه إلى بيان محكمة العدل الدولية في قضية *جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد رواندا*[١١٣]، حيث أفادت الهيئة بأنه

"عند التعبير عن الموافقة في شرط تحكيم مدرج في اتفاق دولي، يجب النظر إلى أي شروط تخضع لها تلك الموافقة باعتبارها شروطاً تشكل حدود الموافقة. ولذلك ترى المحكمة أن بحث هذه الشروط يتعلق بولايتها القضائية لا بمقبولية الطلب"[١١٤].

١٠٨- وخلصت هيئة التحكيم في قضية *ICS* إلى أن ما تنص عليه معاهدة الاستثمار الثنائية من ضرورة التقاضي ١٨ شهراً شرطٌ أساسي لقبول الأرجنتين بعرض الدعوى على هيئة التحكيم، وأن "عدم احترام الشرط المسبق لموافقة المدعى عليه على التحكيم لا يمكن إلا أن يؤدي إلى استنتاج مفاده أن هيئة التحكيم ليست لها ولاية قضائية للنظر في هذه المنازعة"[١١٥].

١٠٩- وعند الفصل في ما إذا كان شرط التقاضي ١٨ شهراً مسألة تتعلق بالولاية القضائية، تناولت هيئة التحكيم في قضية *ICS* معنى كلمة "معاملة" الواردة في الفقرة ٢ من المادة ٣ من معاهدة الاستثمار الثنائية بين المملكة المتحدة والأرجنتين. ووافقت على أن كلمة "معاملة" يمكن أن يكون لها معنى واسع، ولا تنطوي على أي عنصر يحصر نطاقها في المسائل الموضوعية. غير أن الهيئة طبقت ما سمته مبدأ "المعاصرة في تفسير المعاهدات"[١١٦]، فنظرت فيما يمكن أن يكون الطرفان قد فهماه من تلك الكلمة عند إبرام معاهدة الاستثمار الثنائية. وفي ضوء السوابق القضائية المتاحة آنذاك ومبادئ البنك الدولي التوجيهية بشأن معاملة الاستثمار الأجنبي المباشر، خلصت الهيئة إلى أن من الأرجح أن يكون الطرفان قد اعتبرا أن كلمة "معاملة" تتعلق بالالتزامات الموضوعية فقط.

١١٠- وأشارت هيئة التحكيم في قضية *ICS* أيضاً إلى ما يلي: (أ) حصر نطاق معاملة الدولة الأولى بالرعاية بموجب معاهدة الاستثمار الثنائية في "إدارة" الاستثمارات "أو صيانتها أو استعمالها أو الانتفاع بها أو التصرف فيها"؛ (ب) حصر نطاق حكم الدولة الأولى بالرعاية في المعاملة من جانب الدولة المضيفة "داخل إقليمها"؛ (ج) ارتباط الاستثناءات من معاملة الدولة الأولى بالرعاية بموجب المعاهدة بالمسائل الموضوعية فقط؛ (د) احتمال انعدام الجدوى من إدراج شرط التقاضي ١٨ شهراً في معاهدة ما عندما يكون الطرف المتعاقد قد سبق أن أبرم معاهدات لا تتضمن هذا الشرط، فيصبح من ثم شرط التقاضي ١٨ شهراً لاغياً منذ البداية بتطبيق حكم

---

(١١٣) *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo* v. *Rwanda),* Judgment, *I.C.J. Reports 2006*, p. 6 at para. 88.

(١١٤) *ICS v. Argentina*, para. 258.

(١١٥) المرجع نفسه، الفقرة ٣٦٢.

(١١٦) المرجع نفسه، الفقرة ٢٨٩.

الدولة الأولى بالرعاية. وخلصت الهيئة إلى أن هذه العوامل كافة تشير إلى استحالة أن يكون الطرفان قد قصدا، عند إبرام معاهدة الاستثمار الثنائية بين المملكة المتحدة والأرجنتين، إدراج أحكام تتعلق بالتسوية الدولية للمنازعات ضمن نطاق انطباق شرط الدولة الأولى بالرعاية(١١٧).

١١١- وكُرر النهج المتبع في قضية *ICS* في قضية *Daimler Financial Services AG ضد جمهورية الأرجنتين*(١١٨)، حيث خلصت هيئة التحكيم إلى أن شرط مهلة ١٨ شهراً هو شرط مسبق لممارسة الولاية القضائية، ومن ثم لا يمكن تغييره بتطبيق حكم الدولة الأولى بالرعاية. واستُنتج الأمر نفسه في قضية *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi ضد تركمانستان*(١١٩)، حيث رأت هيئة التحكيم أن موافقة الدولة المدعى عليها على التحكيم رهينة باستيفاء الشروط الواردة في معاهدة الاستثمار الثنائية، بما فيها شرط مهلة ١٨ شهراً. ولما كان عدم الامتثال لهذا الحكم يؤدي إلى رفض الولاية القضائية، فلا يمكن معالجة المسألة بتطبيق حكم الدولة الأولى بالرعاية. وبالمثل، استُنتج في قضية *ST-AD GmbH (Germany) ضد جمهورية بلغاريا*(١٢٠) أن عدم الامتثال لشرط مهلة ١٨ شهراً يحرم هيئة التحكيم من الولاية القضائية.

١١٢- غير أن هيئة التحكيم في قضية *Hochtief* رأت أن شرط التقاضي محلياً ١٨ شهراً ليس مسألة تتعلق بالولاية القضائية(١٢١)، بل تتعلق بالمقبولية - أي مسألة يمكن أن يثيرها طرف في المنازعة على وجه الاعتراض، ولكنه غير ملزم بإثارتها. وميزت الهيئة بين حكم يؤثر في الحق في تحريك دعوى (الولاية القضائية) وحكم يؤثر في طريقة تحريك الدعوى (المقبولية). ومن ثم فإن تجاهل المدعي شرط التقاضي ١٨ شهراً بموجب معاهدة الاستثمار الثنائية بين ألمانيا والأرجنتين، واستنادَه بدلاً من ذلك إلى أحكام تسوية المنازعات المنصوص عليها في معاهدة الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وشيلي، لا يؤثران في مسألة الولاية القضائية (١٢٢).

---

(١١٧) المرجع نفسه، في الفقرة ٣٢٦. وافقت هيئة التحكيم على أن تسوية المنازعة محلياً مشمولة بحكم الدولة الأولى بالرعاية لأنها تجري داخل إقليم الدولة المضيفة.

(١١٨) *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic,* Award, ICSID Case No. ARB/05/1, 22 August 2012. اتُّخذ القرار بالأغلبية، وأبدى محكم واحد رأياً مخالفاً.

(١١٩) *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, Decision on Article VII.2 of the Turkey-Turkmenistan Bilateral Investment Treaty, ICSID Case No. ARB/10/1، متاح على الرابط التالي: < http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515_0.pdf>.

(١٢٠) *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, Award on Jurisdiction, UNCITRAL PCA Case No. 2011-06, 18 July 2013.

(١٢١) *Hochtief* (رأي الأغلبية).

(١٢٢) المرجع نفسه.

١١٣- وأيدت هيئة التحكيم في قضية *Teinver*[١٢٣] تطبيق حكم الدولة الأولى بالرعاية على شرط مهلة ١٨ شهراً وعلى مدة التفاوض المحددة في ٦ أشهر. ورأت الهيئة أن لهذين الحكمين صلة بالمقبولية لا بالولاية القضائية. غير أن هذا التصنيف استند فيما يبدو إلى تقرير صادر عن الأونكتاد بشأن شروط الدولة الأولى بالرعاية[١٢٤]، اعتبر القضايا المتصلة بشرط التقاضي ١٨ شهراً قضايا تتعلق بالمقبولية، واعتبر القضايا الأخرى التي يُحتج فيها بشرط من شروط الدولة الأولى بالرعاية في سياق تسوية المنازعات قضايا بشأن "نطاق الولاية القضائية". ولكن الأونكتاد لا يورد في تقريره أي تفسير للسبب الذي يدفعه إلى اعتبار القضايا التي تتناول شرط التقاضي ١٨ شهراً متعلقةً بالمقبولية بدلاً من الولاية القضائية.

١١٤- وتتبع القضايا التي لم يُسمح فيها باستبعاد شرط مهلة ١٨ شهراً نهجاً واحداً. فلا بد من إثبات أن حكم الدولة الأولى بالرعاية مصمم ليُطبَّق من أجل تغيير قيود الاختصاص المفروضة على هيئة التحكيم لأن موافقة الدولة المضيفة تستند إلى الامتثال لتلك القيود. فالأثر الضمني المقصود هو اشتراط تقديم دليل "واضح ولا لبس فيه" على نية تغيير الولاية القضائية لهيئة التحكيم، بالأخذ بالنهج المتبع في قضية *Plama*، وإن لأسباب مختلفة.

'٣' القصد المحدد من الأحكام الأخرى في المعاهدة

١١٥- عند تفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية، في بعض القضايا، أخذت هيئات التحكيم في اعتبارها أن الفائدة التي يُرجى الحصول عليها من المعاهدة الأخرى قد تناولتها بالفعل المعاهدة الأساسية نفسها على نحو مختلف وأكثر تحديداً. ويدخل هذا إلى حد ما في صميم شرط الدولة الأولى بالرعاية: إذ يسعى ليتيح للمستفيد شيئاً أفضل مما كان سيتلقاه بموجب المعاهدة الأساسية. وبناءً على ذلك، إذا كانت المعاهدة الأساسية تنص على معاملة معينة، قد يبدو ألا مفر من أن تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية سيؤدي إلى تغليبه على الحكم الوارد في المعاهدة الأساسية.

١١٦- وفي قضية *RosInvest*، رأت هيئة التحكيم أن كون تفعيل حكم الدولة الأولى بالرعاية يوسع ولايتها القضائية "نتيجةٌ عادية من نتائج تطبيق شروط الدولة الأولى بالرعاية، التي تنطوي بحكم طبيعتها وغرضها على توسيع نطاق الحماية غير المقبولة في معاهدة ما بنقل الحماية الممنوحة في معاهدة أخرى"[١٢٥].

١١٧- غير أن هناك من أعرب عن الرأي المخالف أيضاً. ففي قضية *CME*، أفاد المحكِّم أيان براونلي، الذي أبدى رأياً مخالفاً، بأنه يرفض استخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية من أجل

(١٢٣) *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A.* v. *The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/09/01, December 21, 2012.

(١٢٤) UNCTAD Series on International Investment Agreements vol. II, *Most Favoured-Nation Treatment*, 24 January 2011, document UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, at pp. 66-67.

(١٢٥) *RosInvest,* para. 131. ذكرت هيئة التحكيم في قضية *Renta*، الفقرة ٩٢، أن "توسيع نطاق الالتزامات يكمن في طبيعة شروط الدولة الأولى بالرعاية".

استحضار صيغة بديلة في المعاهدة تتعلق بالتعويض، إذ من شأن ذلك أن يبطل حكم المعاهدة الصريح بشأن التعويض[١٢٦]. وفي قضية *Austrian Airlines*، اعتبرت هيئة التحكيم أن الأحكام المحددة التي تنص عليها المعاهدة بشأن الولاية القضائية هي نفسها إشارة واضحة إلى أن الطرفين لم يقصدا السماح بتوسيع الولاية القضائية للهيئة من خلال حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية. ورأت الهيئة أنه لا يتعين تغليب القصد العام من حكم الدولة الأولى بالرعاية على القصد المحدد من تلك الأحكام المتعلقة بالاختصاص[١٢٧]. وعززت الهيئة هذا الاستنتاج بالنظر في التاريخ التفاوضي بشأن معاهدة الاستثمار الثنائية بين النمسا وسلوفاكيا، حيث رُفضت صيغة أوسع للولاية القضائية المحكمة. وفي قضية *Berschader*، نظرت الهيئة في أحكام أخرى في المعاهدة لكي تبين أن هناك بعض الأحكام التي لا يمكن أن ينطبق عليها شرط الدولة الأولى بالرعاية، ولا يمكن من ثم فهم عبارة "جميع المسائل المشمولة بهذه المعاهدة" فهماً حرفياً[١٢٨].

١١٨- وفي قضية *Austrian Airlines*، نظرت الهيئة أيضاً في حكم الدولة الأولى بالرعاية في سياق الأحكام الأخرى في المعاهدة، مركِّزة على كون المعاهدة نفسها تنص بالذات على نطاق محدود للتحكيم. ورأت الهيئة أنه لما كانت المعاهدة تتضمن "قصداً واضحاً ومحدداً" لحصر التحكيم في المنازعات على مبلغ التعويض، بعكس المنازعات على مبدأ التعويض، "فسيكون من التناقض إبطال ذلك القصد المحدد بالإشارة إلى القصد العام غير المحدد الوارد في شرط الدولة الأولى بالرعاية"[١٢٩]. ورأت هيئة التحكيم في قضية *Tza Yap Shum* أيضاً أن القصد العام من حكم الدولة الأولى بالرعاية يجب أن يفسح المجال أمام القصد المحدد كما هو مبيّن في حكم معيّن من أحكام المعاهدة الأساسية[١٣٠].

‘٤’ *ممارسات الأطراف*

١١٩- اعتبرت بعض هيئات التحكيم أن الممارسات الأخرى التي يتبعها في وضع المعاهدات طرفا معاهدة الاستثمار الثنائية التي حركت دعوى بشأنها تتعلق بشرط الدولة الأولى بالرعاية، وسيلةٌ لتأكيد ما يقصده الطرفان إزاء نطاق ذلك الشرط. ففي قضية *Maffezini*، استعرضت هيئة التحكيم ممارسة إسبانيا في مجال وضع معاهدات الاستثمار الثنائية، ولاحظت أن إسبانيا دأبت على السماح بعرض المنازعات على التحكيم من دون مراعاة شرط مهلة ١٨ شهراً الذي تفرضه معاهدة الاستثمار الثنائية

---

(١٢٦) *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic,* Separate Opinion on the Issues at the Quantum phases, UNCITRAL (14 March 2003), para. 11 (Netherlands-Czech Republic BIT)، متاح على الرابط التالي: <http://italaw.com/cases/documents/282>.

(١٢٧) *Austrian Airlines,* para. 137.

(١٢٨) *Berschader,* para. 192.

(١٢٩) *Austrian Airlines,* para. 135.

(١٣٠) *Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, Decision on Jurisdiction and Competence (Spanish), ICSID Case No. ARB/07/6 (19 June 2009) at para. 220 (Peru-China BIT).

بين الأرجنتين وإسبانيا. ولاحظت الهيئة أيضاً أن هذه المعاهدة الثنائية هي الوحيدة، من ضمن معاهدات الاستثمار الثنائية التي أبرمتها إسبانيا، التي تستخدم في شرط الدولة الأولى بالرعاية الوارد فيها صيغة عامة هي صيغة "في جميع المسائل التي يحكمها هذا الاتفاق"[١٣١]. غير أن الهيئة لم توضح الأهمية القانونية لهذه الممارسة اللاحقة التي يتبعها الطرفان ولا المبرر التفسيري للإشارة إليها.

١٢٠- وفي قضية *Telenor*[١٣٢]، اعتبرت هيئة التحكيم ممارسة الطرفين هامة على نحو مختلف إلى حد ما. فلما كانت هنغاريا قد أبرمت معاهدات استثمار ثنائية أخرى لا تقيد نطاق التحكيم، خلصت الهيئة إلى أن معاهدة الاستثمار الثنائية بين هنغاريا والنرويج قد قصدت بالفعل تقييد نطاق التحكيم. ومن ثم لا يمكن استخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية لتوسيع نطاق التحكيم.

١٢١- واستندت هيئة التحكيم في قضية *Austrian Airlines* إلى الممارسات الأخرى التي تتبعها سلوفاكيا في مجال المعاهدات، لتأكيد استنتاجاتها[١٣٣]. وفي المقابل، رفضت الهيئة في قضية *Renta* النظر في ممارسات روسيا في معاهدات الاستثمار الثنائية الأخرى، مشيرة إلى أن قرارها يستند إلى نص معاهدة الاستثمار الثنائية المعروضة عليها ومن ثم لا يمكن الاستعاضة عنه بالممارسة المتبعة في معاهدات الاستثمار الثنائية الأخرى[١٣٤].

١٢٢- والأساس القانوني الذي تستند إليه هيئات التحكيم لتبرير إشارتها إلى الممارسة اللاحقة التي تتبعها دولة واحدة فقط غير واضح. فهل هذه أداة تفسير قائمة على اتفاقية فيينا، أم هي شكل مستقل من أشكال التحقق من قصد ضمني توخاه الطرفان، أو توخاه على الأقل الطرف الذي رُفعت ضده الدعوى؟ وفي قضية *Plama*، ذكرت هيئة التحكيم ما يلي: "صحيح أن المعاهدات المبرمة بين أحد الطرفين المتعاقدين ودول ثالثة يمكن أن تؤخذ في الحسبان لغرض توضيح المعنى المقصود من نص معاهدة ما وقت إبرامها"[١٣٥]. ولكن الهيئة لا تبين الأساس الذي دفعها إلى اعتبار المعاهدات التي تبرمها دولة مع طرف ثالث هامةً في تفسير معاهدة بين تلك الدولة ودولة أخرى، رغم أن الهيئة ربما استندت ضمناً إلى المادة ٣٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

'٥' الوقت المناسب لتحديد قصد الطرفين

١٢٣- لم تتناول معظم هيئات التحكيم الوقت الذي ينبغي أن يحدَّد فيه قصد طرفي معاهدة استثمار ثنائية. غير أن هيئة التحكيم في قضية *ICS* تناولت هذه المسألة بالذات، فأشارت إلى أن الوقت المناسب هو عند إبرام المعاهدة، وفسرت كلمة "معاملة" بناءً على معناها في ذلك

(١٣١) *Maffezini,* para. 57.

(١٣٢) *Telenor,* paras 96-97.

(١٣٣) *Austrian Airlines,* para. 134.

(١٣٤) *Renta*, para. 120.

(١٣٥) *Plama,* para. 195.

الوقت[١٣٦]. ووفقاً للهيئة، لا بد من تطبيق مبدأ "المعاصرة" في تفسير المعاهدات. ورغم عدم اعتراض أي هيئة صراحة على هذا الموقف، لم تتناول الهيئات صراحة قبل قضية *ICS* المعنى المقصود بشرط الدولة الأولى بالرعاية وقت إبرام المعاهدة. فقد نظرت إلى الأعمال التحضيرية، ولما لم تجد فيها ذكراً للمعنى المقصود، فُسر شرط الدولة الأولى بالرعاية من دون أي إشارة تفيد إن كان يُقصد به معنى معاصر أم معنى متداول وقت إبرام المعاهدة.

'٦' مضمون الحكم المقصود تغييره بالاحتجاج بحكم الدولة الأولى بالرعاية

١٢٤- يُطرح تساؤل لتحديد ما إذا كان مضمون الحكم الوارد في المعاهدة الأساسية المقصود تغييره قد أثر في استعداد هيئات التحكيم للسماح بالاحتجاج بشرط الدولة الأولى بالرعاية. وفي هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أن ١٢ قضية من أصل ١٨ قضية حتى الآن احتُج فيها بحكم الدولة الأولى بالرعاية احتجاجاً ناجحاً، تعلقت بالحكم نفسه، أي الالتزام برفع دعوى أمام المحاكم المحلية والتقاضي مدة ١٨ شهراً قبل الاحتجاج بتسوية المنازعة بموجب معاهدة الاستثمار الثنائية. وفي كل قضية، أدى حكم الدولة الأولى بالرعاية إلى إعفاء المدعي من الالتزام بالتقاضي محلياً مدة ١٨ شهراً. وتعلقت هذه القضايا بمعاهدات استثمار ثنائية أبرمتها الأرجنتين مع ألمانيا وإسبانيا والمملكة المتحدة. ورغم أن شرط التقاضي ١٨ شهراً ترتب عليه الأثر الموضوعي نفسه، لم تكن لأحكام الدولة الأولى بالرعاية التي احتُج بها الصياغة نفسها.

١٢٥- وأُلمح في قضية *Plama* إلى رأي مفاده أن طبيعة الحكم في المعاهدة الأساسية ربما تكون قد أثرت في النتيجة، حيث ذهبت الهيئة (في سياق لم تتناول فيه شرط التقاضي محلياً ١٨ شهراً) إلى أن القرار المتخذ في قضية *Maffezini* "مفهوم" لأنه حاول إبطال مفعول حكم "لا معنى له من وجهة نظر عملية"[١٣٧].

١٢٦- وفي قضية *Abaclat ضد الأرجنتين*[١٣٨]، رأت هيئة التحكيم أن تأخير حق المستثمر في تحريك الدعوى مدة ١٨ شهراً يتعارض مع ما تتوخاه معاهدة الاستثمار الثنائية من هدف صريح يتمثل في التسريع بتسوية المنازعات، ومن ثم يمكن للمدعي أن يتجاهل تلك المدة. غير أن هيئة

---

(١٣٦) *ICS v. Argentina*, para. 289.

(١٣٧) *Plama*, para. 224. ومع ذلك لا يتضح سبب اعتبار الحكم المتعلق بالتقاضي محلياً ١٨ شهراً حكماً لا معنى له. فهو يتيح فرصة لتسوية المسألة أمام المحاكم المحلية – وهذا شكل محدود من أشكال شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية يكفل عدم تأخير المستثمر مدة تتجاوز ١٨ شهراً.

(١٣٨) لم تتناول الأغلبية في قضية *Abaclat* شكوى تتعلق بشرط الدولة الأولى بالرعاية. غير أن الهيئة تناولت بالفعل شرط التقاضي ١٨ شهراً تحت عنوان "مقبولية الشكوى". *Abaclat and Others v. Argentine Republic (Case formerly known as Giovanna a Beccara and Others)*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No. ARB/07/5 (4 August 2011), (Italy-Argentina BIT). وأعرب المحكم Georges Abi-Saab عن الرأي المخالف، في الفقرات ٣١-٣٣.

التحكيم في قضية *ICS ضد الأرجنتين* رفضت هذا الرأي، إذ ذهبت إلى أن الهيئة لا يمكنها أن "تستحدث استثناءات من قواعد المعاهدة تستند فقط إلى تقييم لمدى حكمة السياسة المعنية"[١٣٩].

١٢٧- وجرت محاولات لاستخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية من أجل إضافة أنواع أخرى من أحكام تسوية المنازعات، تتجاوز مهلة التقاضي المحددة في ١٨ شهراً، ولكنها لم تفلح عموماً. ففي قضية *Salini*، احتُج بحكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية لتغيير إجراءات تسوية المنازعات في العقود. وفي قضية *Plama*، احتُج بحكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية لنقل عملية تسوية المنازعة من التحكيم المخصص إلى التسوية في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. وكان الهدف من هاتين المحاولتين إذن الاستعاضة عن شكل من التحكيم بشكل آخر، ولكن الهيئتين معاً رفضتاهما.

١٢٨- وعلى العكس من ذلك، سمحت هيئة لمدَّعٍ بالاحتجاج بشرط الدولة الأولى بالرعاية لاستبدال شكل من تسوية المنازعات بشكل آخر. ففي قضية *Garanti Kos LLP ضد تركمانستان*[١٤٠]، قررت الهيئة أن اللجوء إلى التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بموجب معاهدة الاستثمار الثنائية بين المملكة المتحدة وتركمانستان، أمر غير ممكن إلا بموافقة المدعى عليه، وهو ما لم يبادر إليه المدعى عليه، وفي المقابل، ترِد الموافقة على التحكيم في إطار المركز الدولي في معاهدات استثمار ثنائية أخرى أبرمتها تركمانستان واستُحضرت في معاهدتها مع المملكة المتحدة من خلال تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية. ونتيجة لذلك، استعيض عن التحكيم بموجب قواعد الأونسيترال الذي نصت معاهدة الاستثمار الثنائية بين المملكة المتحدة وتركمانستان على اللجوء إليه ما لم يُتفق على شكل آخر من أشكال تسوية المنازعات، بالتحكيم في إطار المركز الدولي عن طريق شرط الدولة الأولى بالرعاية.

١٢٩- ومع ذلك، حتى وإن أمكن تفسير القضايا التي تنطوي على شرط التقاضي محلياً ١٨ شهراً تفسيراً جزئياً برأي مفاده أن هذا الشرط تافه إلى حد ما، فإن تعليل هيئات التحكيم لا يستند إلى الأهمية النسبية التي يكتسيها حكم يتضمن شرط التقاضي محلياً ١٨ شهراً. وكما ذُكر أعلاه، استند التعليل في حالات كثيرة إلى افتراض مفاده أن شروط الدولة الأولى بالرعاية في معاهدات الاستثمار الثنائية تشمل بحكم طبيعتها تسوية المنازعات.

١٣٠- وتتعلق القضايا الأخرى، التي سُمح فيها باستخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية للاستفادة من الأحكام الواردة في معاهدات أطراف ثالثة، بمسائل موضوعية لا إجرائية.

---

(١٣٩) علاوة على ذلك، ذهبت هيئة التحكيم في قضية *ICS* إلى عدم وجود أي دليل لديها يمكن أن يدفعها إلى أن تستنتج أن محاكم الأرجنتين لن تكون فعالة في التعامل مع هذه المسألة. *ICS v. Argentina*، الفقرات ٢٦٧-٢٦٩. انظر أيضاً الرأي المخالف للمحكم J. Christopher Thomas في قضية *Hochtief*.

(١٤٠) *Garanti Kos LLP* v. *Turkmenistan*, Decision on the Objection to Jurisdiction, 3 July 2013, ICSID Case No. ARB/11/20، اتُّخذ القرار بأغلبية الأصوات. وأرفقت المحكّمة Laurence Boisson de Chazournes القرار برأي مخالف.

ففي قضية *RosInvest*، اعتبرت الهيئة أن لها ولاية قضائية، بناءً على شرط الدولة الأولى بالرعاية الوارد في معاهدة الاستثمار الثنائية بين المملكة المتحدة والاتحاد السوفياتي، للبت في قانونية نزع ملكية مدعى به، ولا تقتصر ولايتها على المسألة الأضيق المتعلقة بشؤون التعويض، وهو ما نصت عليه هذه المعاهدة الثنائية.

١٣١- غير أن هيئتين رفضتا هذا الاستخدام لشروط الدولة الأولى بالرعاية. ففي قضية *Renta*، رفضت أغلبية أعضاء الهيئة تفسير حكم الدولة الأولى بالرعاية، الوارد في الاتفاق بين إسبانيا وروسيا، بأنه يسمح بتحريك دعاوى تتجاوز مسألة التعويض على نزع الملكية، لأنها رأت أن هذا الحكم لا ينطبق إلا على توفير معاملة عادلة ومنصفة[١٤١]. وبالمثل، خلصت هيئة التحكيم في قضية *Austrian Airlines*، استناداً إلى تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية، إلى أن نطاقه لا يمكن أن يتجاوز منح الولاية القضائية صراحةً لتناول مسائل تتعلق بالتعويض في حالة نزع الملكية[١٤٢].

١٣٢- وفي قضية *MTD*، أبدت الهيئة استعدادها لتوسيع نطاق المعاملة العادلة والمنصفة في إطار معاهدة الاستثمار الثنائية بين شيلي وماليزيا بالإحالة إلى معيار المعاملة العادلة والمنصفة الوارد في معاهدتي الاستثمار الثنائيتين بين شيلي والدانمرك وبين شيلي وكرواتيا. ومع ذلك، يبدو أن أياً من الطرفين لم يطعن في قدرة الهيئة على توسيع ذلك النطاق، رغم أنهما لم يتفقا على جميع الآثار التي تترتب على فعلها ذلك[١٤٣].

١٣٣- وفي قضية *Telsim*[١٤٤] كذلك، يبدو أن الطرفين اتفقا على أن حكم الدولة الأولى بالرعاية يفضي إلى ضرورة تفسير المعاملة العادلة والمنصفة بموجب معاهدة الاستثمار الثنائية بين تركيا وكازاخستان في ضوء المعنى المقصود بالمعاملة العادلة والمنصفة الواردة في معاهدات الاستثمار الثنائية الأخرى التي أبرمتها كازاخستان. وعلاوة على ذلك، لم يُقدَّم في قضية *Bayindir*[١٤٥] أي اعتراض على المبدأ العام الذي يفيد بأن حكم الدولة الأولى بالرعاية يؤدي إلى ضرورة تحديد مضمون "المعاملة العادلة والمنصفة" المنصوص عليها في معاهدة الاستثمار الثنائية بين تركيا وباكستان في ضوء أحكام المعاملة العادلة والمنصفة الواردة في معاهدات الاستثمار الثنائية الأخرى التي أبرمتها باكستان.

---

(١٤١) *Renta*, paras 105-119.

(١٤٢) *Austrian Airlines*, paras 138-139.

(١٤٣) *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Award, ICSID Case No. ARB/01/7, 25 May 2004. متاح على الرابط التالي: <http:/www.italaw.com/documents/MTD-Award_000.pdf>.

(١٤٤) *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakhstan,* Award, ICSID Case No. ARB/05/16 (29 July 2008), at paras. 581-587, 591-605 (Turkey-Kazakhstan BIT). متاح على الرابط التالي: < http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf>.

(١٤٥) *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Award, ICSID Case No. ARB/03/29 (27 August 2009), at para. 153 (Turkey-Pakistan BIT). متاح على الرابط التالي: <http://www.italaw.com/documents/Bayandiraward.pdf>.

١٣٤- وثمة قضية واحدة فقط قدمت فيها الهيئة إضافة موضوعية إلى التزامات الطرفين استناداً إلى حكم الدولة الأولى بالرعاية رغم اعتراض أحد الطرفين عليها. ففي قضية *CME*، خلصت الهيئة بأغلبية أعضائها إلى أن عبارة "تعويض عادل" الواردة في معاهدة الاستثمار الثنائية بين هولندا والجمهورية التشيكية ينبغي أن تُفسَّر بأنها تعني "قيمة سوقية منصفة"، ويعزى ذلك جزئياً لاستعدادها، بناءً على حكم الدولة الأولى بالرعاية، إلى استحضار مفهوم "القيمة السوقية المنصفة" الوارد في معاهدة الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والجمهورية التشيكية[١٤٦].

'٧' الاتساق في اتخاذ القرارات

١٣٥- أشارت هيئات التحكيم إلى أن قرارات الهيئات الأخرى ليست لها قيمة رسمية كسوابق قضائية، غير أن الرغبة في الاتساق أثرت بلا شك في عملية اتخاذ القرارات. وقليلة هي الهيئات التي ذكرت هذه المسألة بالقدر نفسه من الوضوح الذي أبدته الأغلبية في قضية *Impregilo*:

> "ومع ذلك، ففي القضايا التي أشار فيها شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى 'جميع المسائل' أو 'أي من المسائل' التي تنظمها معاهدة الاستثمار الثنائية، كادت الآراء تُجمع على استنتاج مفاده أن هذا الشرط يشمل قواعد تسوية المنازعات. ومن ثم، تخلص أغلبية أعضاء الهيئة إلى حق شركة *Impregilo* في الاستناد، في هذا السياق، إلى قواعد تسوية المنازعات الواردة في معاهدة الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين والولايات المتحدة"[١٤٧].

١٣٦- والواقع أن الأغلبية رأت أن مسألة انطباق شرط الدولة الأولى بالرعاية قد حُلت، على الأقل فيما يتعلق بشروط الدولة الأولى بالرعاية الواسعة الصياغة وشرط رفع دعوى والتقاضي مدة ١٨ شهراً.

'٨' تعريف معاملة "لا تقل رعاية"

١٣٧- تتجلى صعوبة تحديد نوع المعاملة التي لا تقل رعاية في الحالات التي يُستخدم فيها شرط الدولة الأولى بالرعاية للاستعاضة عن شكل من أشكال تسوية المنازعات بشكل آخر. وقد تساءلت بعض الهيئات إن كانت مقارنة أحكام معاهدات أطراف ثالثة بأحكام المعاهدة الأساسية مقارنةً صحيحة[١٤٨]. فإذا كانت المعاهدة الأساسية تنص على شرط التقاضي ١٨ شهراً، في حين أن معاهدة الطرف الثالث لا تتضمن هذا الشرط ولكنها تشتمل على حكم الخيار النهائي، فهل تتيح هذه المعاهدة حقاً معاملة أكثر رعاية؟ فمن جهة، تفرض المعاهدة الأساسية التقيد بمهلة ١٨ شهراً قبل الاحتجاج بأحكام تسوية المنازعات الواردة في معاهدة الاستثمار الثنائية، ولكن المستثمر يستفيد من الإجراءات المحلية والدولية على السواء. ومن جهة

(١٤٦) *CME*, para. 500.

(١٤٧) *Impregilo*, para. 108.

(١٤٨) المرجع نفسه. انظر أيضاً قضية *Hochtief*.

أخرى، يمكن أن يصل المستثمر، بموجب معاهدة الطرف الثالث، إلى الإجراءات الدولية لتسوية المنازعات في وقت مبكر ولكنه يفقد إمكانية الاستفادة من الإجراءات الدولية والمحلية معاً لتسوية المنازعات. فأي المعاملتين أكثر رعاية إذن؟

١٣٨- ورأت الهيئة في قضية *ICS* أن المستثمر الذي يستند إلى حكم الدولة الأولى بالرعاية لتفادي شرط التقاضي ١٨ شهراً سيخضع لحكم الاختيار النهائي الوارد في معاهدة الطرف الثالث[١٤٩]. وذهبت الهيئة في قضية *Garanti Kos* إلى أن من الصعب القول إن تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أفضل موضوعياً من تحكيم الأونسيترال، ولكن التحكيمين "مختلفان بالتأكيد"[١٥٠]. وخلصت الهيئة في نهاية المطاف إلى أن وجود خيار أفضلُ من عدمه ويسمح للمدعي باستحضار تحكيم المركز الدولي بناءً على حكم الدولة الأولى بالرعاية الوارد في المعاهدة الأساسية[١٥١].

١٣٩- ولم تتناول هيئات تحكيم قضايا الاستثمار في قراراتها السابقة بالتفصيل مسألة ما إذا كان الحكم الذي يُلتمس الاستناد إليه في معاهدة الطرف الثالث أفضل من الحكم الذي يُلتمس تفاديه في المعاهدة الأساسية. وقد افتُرض عموماً أن عدم التقاضي أمام المحاكم المحلية ١٨ شهراً أفضل من الانتظار والتقاضي. غير أن ذلك قد يثير التساؤل، ما لم تكن هناك افتراضات سلبية بشأن المحاكم المحلية المعنية.

'٩' وجود استثناءات قائمة على السياسة العامة

١٤٠- أبدت هيئة التحكيم في قضية *Maffezini* قلقها من الآثار البعيدة المدى المترتبة على قرارها، فحددت استثناءات معيّنة قائمة على "السياسة العامة" لا يمكن أن ينطبق فيها حكم الدولة الأولى بالرعاية على المسائل الإجرائية[١٥٢]. وأيدت هيئات أخرى فيما بعد فكرة ضرورة بعض الاستثناءات القائمة على السياسة العامة، ولكنها لم تحتج بهذه الاستثناءات كمبرر لقرارها، رغم أنها ربما كانت قابلة للتطبيق في بعض الحالات. فعلى سبيل المثال، استعاضت الهيئة في قضية *Garanti Kos* عن تحكيم الأونسيترال بتحكيم المركز الدولي، الأمر الذي تحظره الاستثناءات القائمة على السياسة العامة في قضية *Maffezini*. وأشار الفريق الدراسي إلى تباين الأسباب المقدمة لتبرير السماح باستخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية أو رفض استخدامه كأساس لتمييز أحكام تسوية المنازعات الواردة في اتفاقات الاستثمار الثنائية، ولاحظ أن هناك نُهُجاً مختلفة تستند أحياناً إلى أوجه الاختلاف في الافتراضات بدلاً من الاستناد إلى تناقض مباشر في التعليل.

---

(١٤٩) *ICS v. Argentina*, paras. 318-325.

(١٥٠) *Garanti Kos*, para. 92.

(١٥١) المرجع نفسه، الفقرات ٩٤-٩٧.

(١٥٢) انظر الفقرات ٨٨-٩٠.

الجزء الثالث
اعتبارات متعلقة بتفسير شروط الدولة الأولى بالرعاية

ألف- اعتبارات السياسة العامة فيما يتعلق بتفسير اتفاقات الاستثمار

١- تفاوت القدرات في التفاوض على معاهدات الاستثمار الثنائية

١٤١- كانت اتفاقات الاستثمار في الماضي تُبرم عموماً بين البلدان المتقدمة والبلدان النامية وتنطوي على افتراض تفاوت وعدم تكافؤ القدرة التفاوضية[١٥٣]. أما الآن فتُبرم العديد من اتفاقات الاستثمار الثنائية بين البلدان المتقدمة أو بين البلدان النامية نفسها بحيث لم يُعد ذلك الافتراض قائماً.

١٤٢- ويمكن تقديم تعليق موضوعي أكثر على عملية التفاوض على اتفاقات الاستثمار. فلدى بعض البلدان اتفاق استثمار ثنائي نموذجي خاص بها، تستند إليه المفاوضات عموماً مع بلدان أخرى. ومن ثم، فبدلاً من الانطلاق من صفحة بيضاء، تنطوي المفاوضات على قبول أو تعديل شكل الاتفاق النموذجي الذي يكون قد سبق أن أعده أحد الطرفين. وعليه فإن أقصى ما يمكن أن تسفر عنه هذه المفاوضات تعديلات في صياغة أحكام معينة بدلاً من اتفاق جديد تماماً.

١٤٣- ورغم ذلك، فإن اتفاقات الاستثمار تتشابه في جوانب رئيسية كثيرة، بصرف النظر عن الأطراف وأياً كان الاتفاق النموذجي المتبع. ولا غرابة في ذلك. فاتفاقات الاستثمار الحديثة تستند إلى أحكام رئيسية معينة هي: شرط الدولة الأولى بالرعاية، والمعاملة الوطنية، والمعاملة العادلة والمنصفة، وحظر نزع الملكية ما لم تُستوف شروط معينة، وأحكام تسوية المنازعات التي تشمل عموماً تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. وسواء أكان هناك تفاوت في القدرة التفاوضية أم لا، يبدو أن النتيجة هي نفسها.

١٤٤- وبعد النظر في مسألة التفاوت، رأى الفريق الدراسي أن هذا عامل يسهم في فهم أوسع لمجال قانون الاستثمار الدولي، ولكنه ليس عاملاً ذا صلة بتفسير كل اتفاق استثمار على حدة.

٢- خصوصية كل معاهدة

١٤٥- ذكرت عدة دول أن لكل معاهدة أحكامها الخاصة بالدولة الأولى بالرعاية[١٥٤]، ومن ثم لا تناسب هذه الأحكام اعتماد نهج موحد[١٥٥]. ولا شك في أن أحكام الدولة الأولى بالرعاية

---

(١٥٣) Jeswald W. Salacuse and Nicholas P. Sullivan, “Do BIT’s Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain” *Harvard International Law Journal*, vol. 46 (2005), p. 67 at 78.

(١٥٤) A/C.6/65/SR.25، الفقرتان ٧٥ و٧٦ (البرتغال)؛ وA/C.6/66/SR.27، الفقرة ٤٩ (إيران (جمهورية - الإسلامية))؛ وA/C.6/66/SR.27، الفقرة ٧٨ (البرتغال)؛ وA/C.6/66/SR.28 (المملكة المتحدة)؛ وA/C.6/67/SR.23 (إيران (جمهورية - الإسلامية)).

المتعلقة بالاستثمار ترِد عموماً في اتفاقات استثمار ثنائية منفصلة، وأن كل اتفاق يتضمن صيغة معيّنة لأحكام الدولة الأولى بالرعاية.

١٤٦- وفي الوقت نفسه، تتوخى أحكام الدولة الأولى بالرعاية تحقيق هدف مشترك بصرف النظر عن تاريخها التفاوضي أو الاتفاق الذي ترِد فيه. ففي عام ١٩٧٨، عرّفت اللجنة شرط الدولة الأولى بالرعاية، في مشروع المادة ٤، باعتباره "نصاً تعاهدياً تتعهد فيه دولة ما بمنح دولة أخرى معاملة الدولة الأولى بالرعاية في مجال علاقات متفق عليه". وفي مشروع المادة ٥، عرّفت اللجنة معاملة الدولة الأولى بالرعاية بأنها "معاملة تمنحها الدولة المانحة للدولة المستفيدة ... لا تقل رعاية عن معاملة الدولة المانحة لدولة ثالثة". وبعبارة أخرى، فبصرف النظر عن الصيغة المحددة، إذا كان حكم في معاهدة ما يمنح معاملة لا تقل رعاية عن المعاملة الممنوحة لدول ثالثة، فهو إذن شرط من شروط الدولة الأولى بالرعاية. وهو يتسم بالصفات نفسها التي تميز أي شرط آخر من شروط الدولة الأولى بالرعاية ويتوخى تحقيق الهدف العام ذاته.

١٤٧- غير أن الطريقة التي يتحقق بها ذلك الهدف العام تكمن في الصيغة الفعلية المستخدمة للتعبير عن التزام الدولة الأولى بالرعاية والتعبير عن نطاقه ومجال انطباقه والمستفيدين منه. ومن ثم فإن المسألة الرئيسية المتعلقة بقاعدة النوع المثيل - أي نطاق المعاملة التي يمكن طلبها - ينبغي أن تُحدد في كل قضية على حدة.

١٤٨- ومع ذلك، رأى الفريق الدراسي أن الهدف المشترك بين جميع أحكام الدولة الأولى بالرعاية، وتشابه المفردات المستخدمة في كثير من اتفاقات الاستثمار، يعنيان أن تفسير حكم الدولة الأولى بالرعاية في اتفاق استثمار معيّن يمكن أن يقدم إرشادات كذلك في تفسير حكم الدولة الأولى بالرعاية في اتفاق آخر. وقد نظرت هيئات التحكيم المعنية بقضايا الاستثمار بالفعل في الأحكام الواردة في اتفاقات غير الاتفاق المعروض عليها سعياً لتفسير حكم الدولة الأولى بالرعاية.

١٤٩- غير أن تفسير أي حكم بعينه من أحكام الدولة الأولى بالرعاية يجب أن يكون وفقاً للمادتين ٣١ و٣٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. وعليه، يمكن التماس التوجيه من معنى معاملة الدولة الأولى بالرعاية في اتفاقات أخرى، ولكن كل حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية لا بد أن يفسَّر بناءً على صيغته والسياق المحيط بالاتفاق الذي يرد فيه. ونتيجة لذلك، ليس هناك أي أساس لاستنتاج وجود تفسير وحيد لحكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية ينطبق على جميع اتفاقات الاستثمار.

---

(١٥٥) A/C.6/65/SR.26، الفقرة ١٧ (الولايات المتحدة الأمريكية)؛ وA/C.6/66/SR.27، الفقرة ٩٤ (الولايات المتحدة الأمريكية).

باء- التحكيم الخاص بتسوية منازعات الاستثمار باعتباره "تحكيماً مختلطاً"

١٥٠- ارتأت اللجنة، في عام ١٩٧٨، ألا تستفيد من حكم الدولة الأولى بالرعاية الدولة الطرف فقط في الاتفاق الذي يتضمن ذلك الحكم، بل أن يستفيد منه أيضاً "أشخاص أو أشياء على علاقة محددة بهذه الدولة"[١٥٦]. وبموجب اتفاقات الاستثمار، لا تنمح الدول عموماً معاملة الدولة الأولى بالرعاية للدولة الأخرى فحسب، بل أيضاً لمستثمري أو استثمارات تلك الدولة الأخرى. ورفضت اللجنة آنذاك مواصلة النظر في الآثار المترتبة على كون المستفيد شخصاً، ورأت أنها لن تستمر في بحث المسألة ما دامت مشاريع مواد اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لا تتناول انطباق المعاهدات على الأفراد.

١٥١- أما من الناحية العملية، فوقت صياغة مشاريع مواد عام ١٩٧٨، لم تكن هناك ممارسة تُذكر لمراعاتها فيما يتعلق بالأفراد كمستفيدين. وتقع على الدولة المستفيدة مسؤولية إنفاذ التزام الدولة المانحة بتوفير معاملة الدولة الأولى بالرعاية. وعدم توفير معاملة الدولة الأولى بالرعاية يشكل انتهاكاً للمعاهدة، يمكن أن ترفع دولة بناءً عليه دعوى ضد الدولة الأخرى شريطة وجود محكمة للبت في الأمر. ولم تكن توجد محكمة دولية يمكن أن يلجأ إليها مستثمر ضد دولة أجنبية، رغم أن المستثمر ربما يكون قد رفع بالفعل دعوى أمام المحاكم المحلية لتلك الدولة إذا كانت الالتزامات التعاهدية قد أصبحت جزءاً من القانون المحلي، أو عندما يكون هناك حق مستقل لاتخاذ إجراء قانوني بموجب القانون المحلي. وفي هاتين الحالتين، تستند الدعوى المرفوعة ضد الدولة المانحة أمام محكمتها المحلية إلى حق لا يُستمد من المعاهدة بل من القانون المحلي للدولة المانحة.

١٥٢- وقد أدى ظهور مسألة تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول إلى تغيير كبير في هذا الصدد، إذ سُمح للمستثمر بأن يرفع دعوى بمعزل عن دولته، مباشرة ضد الدولة المانحة، أمام آلية لتسوية المنازعات ينشئها طرفا اتفاق الاستثمار. وأدى ذلك إلى صدور سوابق قضائية كثيرة عن هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، بشأن تفسير اتفاقات الاستثمار ولا سيما شروط الدولة الأولى بالرعاية.

١٥٣- غير أن الطابع المختلط للتحكيم بين المستثمرين والدول يطرح تحديات خاصة في تفسير اتفاقات الاستثمار. فالاتفاق يُبرم بين الدول وهو بذلك معاهدة. ولكن المحكمة التي يُفسَّر فيها تشبه إلى حد ما هيئات التحكيم التجاري التي هي على مر التاريخ مؤسسات تدخل في إطار القانون الخاص لا العام. ومن ثم فإن نظرة المفسر إلى الاتفاق باعتباره صكاً قانونياً دولياً لا ترتيباً تعاقدياً يمكن أن تؤثر في طريقة تفسير حكم الدولة الأولى بالرعاية.

١٥٤- ويمكن أن تُثار أسئلة بشأن وضع الهيئات المعنية بالتحكيم "المختلط" وبشأن محصلة عملها. فهذه الهيئات "مختلطة" بمعنى أن طرفي المنازعة لا يتساويان في مركزهما بموجب القانون الدولي. وفي عهد اتفاقات الامتياز، كان الاتفاق نفسه يُبرم بين كيان من كيانات القانون الدولي

---

(١٥٦) *Yearbook...1978*, vol. II (Part Two), p. 21 (draft art. 5).

العام، هو الدولة، وكيان تابع للقانون الخاص، هو الشخص أو الشركة الذي يُبرم معه الاتفاق. وكان مبعث القلق الأول في هذا الصدد تحديد ما إذا كانت هذه الاتفاقات التي كان طرف واحد فيها فقط موضوع القانون الدولي، خاضعة للقانون الدولي أم للقانون المحلي، وأثير جدل بشأن مفهومي القانون عبر الوطني والقانون شبه الدولي.

١٥٥- وتتفادى اتفاقات الاستثمار هذه المشكلة لأنها معاهدات بالتأكيد. ومع ذلك، تظل المنازعة بموجب حكم تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول منازعةً بين طرفين يختلف مركزهما بموجب القانون الدولي. ولذلك قيل إن المحكِّم الذي يتناول، في إطار تحكيم مختلط، دعوى مقدمة من مدعٍ خاص، أي ما قد يُعتبر دعوى محلية، يضطلع بمسؤولية ووظيفة لا تختلفان عما يضطلع به قاض محلي[١٥٧]. وبهذا المعنى، يمكن اعتبار تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بديلاً للتقاضي المحلي، وهذا عنصرٌ تُعززه أحكام "الخيار النهائي" التي ترِد عموماً في اتفاقات الاستثمار حيث يُلزَم المستثمر المدعي في مرحلة معينة بأن يختار بين إطار التقاضي المحلي أو إطار تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

١٥٦- ومع ذلك، يتعين على هيئة التحكيم التي تنظر في هذه المنازعة، وهي هيئة تُنشأ بموجب آلية تتفق عليها الدول، أن تفسر أحكام معاهدة وتطبقها. وهي لا تطبق عادة أحكام القانون المحلي رغم أن المعاهدة قد تدعو في بعض الحالات إلى تطبيق القانون المحلي. وعلاوة على ذلك، إذا أنشئت الهيئة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فإنها تُكلَّف تحديداً بتطبيق "ما يسري من قواعد القانون الدولي"[١٥٨].

١٥٧- وخلص الفريق الدراسي إلى أن الطابع "المختلط" للتحكيم المعني بتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول لا يبرر اتباع نهج مختلف إزاء تطبيق القواعد المتعلقة بتفسير المعاهدات عند النظر في أحكام الدولة الأولى بالرعاية. فاتفاق الاستثمار معاهدة تتضمن أحكاماً اتفقت عليها الأطراف. وليس للمستثمر الفرد أي دور في وضع التزامات المعاهدة، وإنما له فقط الحق في رفع دعوى بموجبها. ولما كان الاتفاق معاهدة وجب تفسيره وفقاً لقواعد القانون الدولي المقبولة التي تنظم تفسير المعاهدات.

جيم- الأهمية المعاصرة لمشاريع المواد التي وضعت في عام ١٩٧٨ في تفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية

١٥٨- مثلما ذكر الفريق الدراسي سابقا، فإن مشاريع المواد التي وُضعت في عام ١٩٧٨ توقعت أن المستفيد من حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية قد يكون فردا أو كيانا "على علاقة محددة" بالدولة المستفيدة. لكنها لم تنظر في آثار ذلك بما أنه يتعلق بحقوق أشخاص يقعون خارج ولاية تلك الدولة. ومع ذلك، كثيرا ما تحيل هيئات تسوية المنازعات بين الدول والمستثمرين إلى

(١٥٧) فيما يتعلق بتداخل الجانبين العام والخاص في التحكيم الدولي، انظر: Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), chap.3.

(١٥٨) Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States, done at Washington on 18 March 1965, United Nations *Treaty Series*, vol. 575, p. 159 at art.42.

مشاريع المواد المذكورة على أنها تحدد القانون الأساسي بشأن أحكام الدولة الأولى بالرعاية، لا سيما فيما يتعلق بقاعدة "من ذات النوع".

١٥٩- ولاحظ الفريق الدراسي، مع ذلك، أنه إذا كانت مشاريع المواد التي وُضعت في عام ١٩٧٨ توفر القانون الأساسي بشأن تعريف شرط الدولة الأولى بالرعاية والمعاملة بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية ومعناهما، وتضع المبادئ الأساسية، فإنها لا تقدم توجيهات بشأن المسائل المحددة المتعلقة بالتفسير التي قد تنشأ عن المصطلحات المستخدمة بالفعل في معاهدة معينة. ويبقى السؤال عما إذا كان من الممكن تعديل حكم إجرائي متعلق بتسوية المنازعات بالاستناد إلى حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية سؤالا بدون جواب، أو على الأقل دون جواب مباشر، في مشاريع المواد التي وُضعت في عام ١٩٧٨.

١٦٠- ويرى الفريق الدراسي أن الأحكام الأساسية لمشاريع المواد لعام ١٩٧٨[١٥٩]، التي لم يُعترض عليها أبداً والتي كثيراً ما تطبَّق، تبقى مصدراً هاماً من مصادر القانون الدولي عند النظر في تعريف شرط الدولة الأولى بالرعاية وفي نطاقه وتطبيقه.

الجزء الرابع
توجيهات بشأن تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية

١٦١- يحدد هذا الجزء إطارا للتطبيق السليم لقواعد ومبادئ تفسير المعاهدات على تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية. وقد استخلص الفريق الدراسي من تحليله السابق أن هناك ثلاثة أسئلة رئيسية متعلقة بالطريقة التي تعاملت بها هيئات التحكيم مع تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية فيما يخص أحكام تسوية المنازعات. أولها، هل يمكن تطبيق أحكام الدولة الأولى بالرعاية على أحكام تسوية المنازعات في معاهدات الاستثمار الثنائية؟ وثانيها، هل تتأثر ولاية هيئة تحكيم ما بالشروط المنصوص عليها في معاهدات الاستثمار الثنائية فيما يتعلق بنوع أحكام تسوية المنازعات التي يجوز أن يحتج بها المستثمرون؟ وثالثها، ما هي العوامل المهمة في عملية التفسير عند تحديد ما إذا كان حكم الدولة الأولى بالرعاية الوارد في معاهدة استثمار ثنائية ينطبق أم لا على الشروط اللازمة للاحتجاج بأحكام تسوية المنازعات؟ وتعالَج هذه المسائل بدورها في الفروع الواردة أدناه.

ألف- يمكن، من حيث المبدأ، تطبيق أحكام الدولة الأولى بالرعاية على أحكام تسوية المنازعات في معاهدات الاستثمار الثنائية

١٦٢- لا يكاد يوجد شك في إمكانية تطبيق أحكام الدولة الأولى بالرعاية، من حيث المبدأ، على أحكام تسوية المنازعات الواردة في معاهدات الاستثمار الثنائية رغم الجدل الذي أحاط بها

(١٥٩) انظر بالأخص المواد ١-١٤، *Yearbook...1978*, vol. II (Part Two), pp. 16-39.

في بعض السوابق من قرارات هيئات التحكيم. وهذا هو الحال بغض النظر عن احتمال استناد الفكرة في الأصل إلى تفسير خاطئ لما كانت تقصده لجنة التحكيم في قضية *أمباتييلوس* عندما أشارت إلى أن "إقامة العدل" تندرج في نطاق حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية يتضمن إشارة إلى "جميع المسائل المتصلة بالتجارة والملاحة". فقد كانت اللجنة في تلك القضية تشير إلى اللجوء إلى محاكم المملكة المتحدة من أجل إنفاذ الحقوق الموضوعية وليس إلى حق في تغيير الشروط اللازمة للاحتجاج بأحكام تسوية المنازعات. لكن ذلك يبدو دون أهمية في الوقت الحاضر. فالأمر يتعلق بالأساس بإرادة الطرفين؛ إذ يمكن للطرفين في معاهدة استثمار ثنائية، إن أرادا، أن يدرجا شروطا بشأن اللجوء إلى تسوية المنازعات ضمن نطاق تغطية حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية. والسؤال المطروح في كل قضية هو ما إذا كان الطرفان قد فعلا ذلك.

١٦٣- وفي هذا الصدد، يتعلق السؤال حقا بتفسير المعاهدات ولا يمكن الإجابة عليه إلا بالنظر إلى كل قضية بعينها. وعندما يدرج الطرفان صراحة شروطا بشأن اللجوء إلى تسوية المنازعات في إطار حكم الدولة الأولى بالرعاية الخاص بهما[١٦٠]، لا تنشأ حينها أي صعوبات. وبالمثل، عندما يستبعد الطرفان صراحة تطبيق حكم الدولة الأولى بالرعاية على الشروط المتعلقة باللجوء إلى تسوية المنازعات، لا تنشأ أي صعوبات. بيد أن السواد الأعظم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية في معاهدات الاستثمار الثنائية الحالية غير صريح بشأن هذه النقطة ولذا سيتكرر طرح السؤال بشأن طريقة تفسير هذه الأحكام في كل قضية. وكحد أدنى، مع ذلك، يمكن القول إن هيئات التحكيم التي تفسر أحكام الدولة الأولى بالرعاية في معاهدات الاستثمار الثنائية لا حاجة لها في أن تباشر أي تحقيق فيما إذا كانت هذه الأحكام قابلة للتطبيق من حيث المبدأ على أحكام تسوية المنازعات.

باء- الشروط المتعلقة بتسوية المنازعات وولاية المحكمة

١٦٤- إذا كان هناك قبول، مع ذلك، بأن المسألة هي مسألة تفسير، فإن السؤال يُطرح بشأن ما إذا كانت أحكام الدولة الأولى بالرعاية أو الأحكام المتعلقة بشروط لجوء المستثمرين إلى تسوية المنازعات تنطوي بطبيعتها على أي شيء قد يفيد في عملية التفسير. وفي هذا الصدد، يبقى السؤال عما إذا كانت هذه المسائل تندرج في إطار ولاية محكمة ما سؤالا وجيها. وهناك بعض المقاييس (*الاختصاص الموضوعي والاختصاص الشخصي والاختصاص الزمني*، وغير ذلك) التي يجب أن يعمل في حدودها حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية[١٦١]، وبالتالي يصبح السؤال هو ما إذا كانت الشروط المتعلقة باللجوء إلى تسوية المنازعات تشكل هي نفسها أحد المقاييس الوجيهة.

---

(١٦٠) United Kingdom Model BIT, 2008، متاح على <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2847>.

(١٦١) انظر أيضاً الفقرة ١٠٥ أعلاه.

١٦٥- ولا يمكن لتفسير وتطبيق حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية أن يكون عملية لا حد لها. ومثلما يبين مشروع المادة ١٤ من مشاريع المواد التي وُضعت في عام ١٩٧٨، فإن:

"ممارسة الحقوق الناشئة عن حكم من أحكام الدولة الأكثر رعاية لصالح الدولة المستفيدة أو لصالح أشخاص أو أشياء على علاقة محددة بتلك الدولة، تخضع للتقيد بالشروط والأحكام ذات الصلة المنصوص عليها في المعاهدة التي تتضمن الحكم أو التي يتفق عليها بين الدولة المانحة والدولة المستفيدة".

١٦٦- وما من شك في أنه إذا وافقت دولة في معاهدة استثمار ثنائية على الاعتراف ببعض فئات الأشخاص كمستثمرين، لا يمكن الاحتجاج بحكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية من أجل تغيير تلك الفئات[١٦٢]. وببساطة ليست لدى هيئة تحكيم منشأة بموجب معاهدة استثمار ثنائية ولاية الفصل في حقوق تتعلق بكيان ليس مستثمرا. والسؤال المطروح هو ما إذا كان قيد مفروض على اللجوء إلى تسوية المنازعات، كشرط التقاضي لمدة ١٨ شهرا على المستوى المحلي، يشكل قيدا مماثلا على الولاية القضائية ينطبق على المستثمرين المؤهلين.

١٦٧- ويتوقف الجواب عن هذا، من جهة، على ما إذا كان هذا أمرا يتعلق بالولاية القضائية أو أمرا يتعلق بالمقبولية. وليس من الواضح دائما الفرق بين الولاية القضائية والمقبولية ويستخدم المصطلحان كمترادفين أحياناً[١٦٣]. بيد أن الفرق بين الاعتراضات الموجهة إلى المحكمة والاعتراضات الموجهة إلى الدعوى يعتبر أساس التمييز بينهما[١٦٤].

١٦٨- وعلى هذا الأساس، يمكن القول إن شرط التقاضي لمدة ١٨ شهرا يصنّف في خانة الولاية القضائية لكونه يحدد ما إذا كان باستطاعة مستثمر أن يحرك دعوى أصلاً - فالأمر لا يتعلق بدعوى المستثمر ذاتها؛ إذ لا يمكن أن يحرك ذلك المستثمر أي دعوى ما لم يستوف شرط التقاضي لمدة ١٨ شهراً.

١٦٩- ومن وجهة نظر الفريق الدراسي، تعكس هذه النهج المتنافسة ما ذُكر من قبل - فرق بين من يعتبرون اتفاقات الاستثمار على أنها من صكوك القانون الدولي العام، ومن يعتبرون تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول على أنها تتسم أكثر بطابع القانون الخاص شأنها شأن الترتيبات التعاقدية. وفي حالة اتفاقات الاستثمار، تشكل الولاية والموافقة على التحكيم مسألتين ذاتي أهمية شديدة بالنسبة إلى الدول، أما في حالة تسوية المنازعات فالمسألة تتعلق ببساطة بمعنى مصطلح "المعاملة" أو خلافه من المفردات التي تنص على استحقاق المستفيد.

---

(١٦٢) انظر *HICEE*, para.149

(١٦٣) انظر عموماً: Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005,* 4th ed (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006) at pp. 505-586.

(١٦٤) Jan Paulsson, "Jurisdiction and Admissibility" in Gerald Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, and Anne Marie Whitesell (eds), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (Paris: ICC Publishing, 2005) p. 601 at p. 616.

١٧٠- والنتيجة العملية لهذه النهج هي أن من يركزون على جانب القانون الدولي العام في اتفاقات الاستثمار يميلون إلى اعتبار شرط التقاضي لمدة ١٨ شهرا شبيها بقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. أما من يعتبرون هذه الاتفاقات على أنها تندرج أكثر في إطار التحكيم الخاص أو التجاري، فقد يرون أن ذلك الشرط يشكل حكما معوّقا يؤدي إلى تأجيل حق مستثمر في تحريك دعوى، مما يتعارض مع الهدف العام المنشود من معاهدة استثمار ثنائية، ي وهو تهيئة الظروف المواتية للاستثمار.

١٧١- والقاسم المشترك للنُهج "القضائية" هو أنه ما لم تكن الصياغة واضحة، أو ما لم تكن هناك ظروف سياقية خاصة، لا يمكن لحكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية أن يغير شروط اللجوء إلى تسوية المنازعات. ويتعلق الأمر دائما بتفسير المعاهدة، وبالأحرى بتفسير المعاهدة الذي ينطلق من افتراض مبدئي بأن حكما من أحكام الدولة الأولى بالرعاية لا ينطبق تلقائياً على أحكام تسوية المنازعات في معاهدة استثمار ثنائية. ويتناقض هذا مع الافتراضات الأولية لعدد من هيئات التحكيم التي مفادها أن أحكام الدولة الأولى بالرعاية تنطبق في الظاهر على تسوية المنازعات، لأن تسوية المنازعات هي جزء من أشكال الحماية التي تنص عليها معاهدة استثمار ثنائية. وفي إطار هذا النهج، تطبق أحكام الدولة الأولى بالرعاية على تسوية المنازعات ما لم يثبت أن الطرفين في معاهدة الاستثمار الثنائية لم يقصدا هذا التطبيق.

١٧٢- وقد أخذ الفريق الدراسي بالرأي القائل إن هذا النقاش المفاهيمي جزئياً حول طبيعة اتفاقات الاستثمار والافتراضات التي أفضي إليها بشأن تفسير تلك الاتفاقات ليس بمسألة يمكن تقديم حل نهائي لها. وتشتمل اتفاقات الاستثمار على عناصر ذات طابع عام وخاص سواء بسواء. وعدم القدرة على إيجاد جواب نهائي رسمي هو نتيجة معالجة المسألة من خلال تحكيم "مختلط" على أيدي محكمين "مخصصين". وفي منظومة "مغلقة" مثل منظمة التجارة العالمية، تستطيع هيئة استئنافية حل المسألة، وسواء كان الحل صوابا أو خطأ، فإنه يكون هو الجواب على جميع القضايا داخل المنظومة. ولا تتاح تلك الفرصة في حالة تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. ولا يرى الفريق الدراسي أنه من المناسب للجنة الاضطلاع بدور من هذا القبيل.

١٧٣- ومع ذلك، يلاحظ الفريق الدراسي أن الاستنتاجات بشأن إمكانية تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية على أحكام تسوية المنازعات ينبغي أن تقوم على تفسير الأحكام المعنية وتحليلها وليس على افتراضات بشأن طبيعة اتفاقات الاستثمار أو الحقوق الممنوحة بموجبها.

جيم- العوامل المهمة في تحديد ما إذا كان حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية ينطبق على شروط الاحتجاج بتسوية المنازعات

١٧٤- بما أن معاهدات الاستثمار الثنائية هي اتفاقات دولية، فإن قواعد تفسير المعاهدات الواردة في المادتين ٣١ و٣٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات تنطبق على تفسيرها[١٦٥]. وترد القاعدة

(١٦٥) تعتبر عموماً هذه الأحكام المتعلقة بالتفسير أحكاماً تعكس القانون الدولي العرفي.

العامة المتعلقة بتفسير المعاهدات في المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، وتنص الفقرة ١ من هذه المادة على أن "تفسر المعاهدة بحسن نية ووفقاً للمعنى الذي يعطى لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها"[١٦٦]. وهناك من ذهب إلى القول بأن هذه الصيغة "تقوم بوضوح على الرأي الذي مفاده أنه يجب افتراض أن نص المعاهدة هو التعبير ذو الحجية عن نية الأطراف"[١٦٧].

١٧٥- ومن الشائع اتخاذ موقف في قرارات هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار مفاده أن القواعد الواردة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات توفر الإطار القانوني الصحيح لتفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية. ومع ذلك، توجد اختلافات في النهج حتى ضمن هذا الإطار المشترك. وفي وقت سابق، حدد الفريق الدراسي عوامل مختلفة يبدو أنها تؤثر في الهيئات عند تفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية. ويستعرض الفريق الدراسي بعض هذه العوامل في الفقرات التالية.

١- مبدأ المعاصرة

١٧٦- إن مبدأ المعاصرة، الذي اعتمدت عليه هيئات التحكيم بشكل صريح في قضيتي ICS و*Daimler*، والذي اعتمدت عليه بعض الهيئات الأخرى بشكل ضمني في قراراتها[١٦٨]، لا يوجد تحديداً في قواعد اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. ومع ذلك، فقد أحالت إليه بشكل مباشر أو غير مباشر محكمة العدل الدولية ومحاكم دولية أخرى. وفي الفتوى المتعلقة بالآثار القانونية المترتبة بالنسبة للدول على استمرار وجود جنوب أفريقيا في ناميبيا، أشارت المحكمة إلى "الضرورة الأساسية المتمثلة في تفسير الصك وفقاً لنوايا الأطراف في وقت إبرامه"[١٦٩]. وأيدت أيضاً لجنة الحدود بين إريتريا وإثيوبيا ما يشار إليه بأنه "مبدأ المعاصرة"[١٧٠].

١٧٧- وفي الوقت نفسه، نصت محكمة العدل الدولية في قضية النزاع المتعلق بحقوق الملاحة والحقوق المتصلة بها (*كوستاريكا ضد نيكاراغوا*) *Dispute regarding navigational and related rights (Costa Rica v. Nicaragua)* على أن الأمر "لا يعني، مع ذلك، أنه عندما يتغير معنى

---

(١٦٦) *Yearbook ….1966,* vol. II p. 220, at para. 11.

(١٦٧) Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed (Manchester: Manchester University Press, 1984) at p. 115.

(١٦٨) *Plama*, para. 197.

(١٦٩) *فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية المترتبة بالنسبة للدول على استمرار وجود جنوب أفريقيا في ناميبيا (أفريقيا الجنوبية الغربية) رغم قرار مجلس الأمن ٢٧٦ (١٩٧٠)* *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C. J. Reports 1971*, p. 16 at p. 30, para. 53.

(١٧٠) *قرار بشأن ترسيم الحدود بين دولة إريتريا وجمهورية إثيوبيا الديمقراطية الاتحادية* (١٣ نيسان/أبريل ٢٠٠٢) *Decision Regarding the Delimitation of the Border between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia*, UNRIAA vol. XXV, pp. 83-195 at para. 3.5.

مصطلح عن معناه المراد في تاريخ إبرام المعاهدة، فلا يراعى أبدا معناه المكتسب في تاريخ تفسير المعاهدة لغرض تطبيقها"[١٧١]. ووفقاً للمحكمة، فإن ذلك يصدق بوجه خاص على "الحالات التي تكون فيها نية الأطراف عند إبرام المعاهدة هي، قطعا أو افتراضا، إعطاء المصطلحات المستخدمة – أو بعضها – معنى أو مضمونا قابلا للتطور، لا ثابتا مدى الدهر، من باب الحرص على جملة أمور منها تطور القانون الدولي"[١٧٢].

١٧٨- ويرى الفريق الدراسي أن تحديد ما إذا كان الأخذ بتفسير تطوري مناسبا أم لا في أي قضية معينة هو أمر يتوقف على عدد من العوامل، بما فيها نية الأطراف في أن يفسَّر المصطلح المعني بأسلوب تطوري[١٧٣]، والممارسة اللاحقة للأطراف، والطريقة التي تفسر وتطبق بها الأطراف بنفسها الاتفاق المبرم بينها. ويوفر النهج الذي اتبعته المحكمة في قضية ICS سعياً إلى التأكد من معنى "المعاملة" التي ينطبق عليها حكم الدولة الأولى بالرعاية، من خلال النظر في الطريقة التي كان سيُفهم بها هذا المصطلح في الوقت الذي بدأ فيه نفاذ معاهدة الاستثمار الثنائية بين المملكة المتحدة والأرجنتين، توجيهات مهمة بشأن التفسير لكن لا يمكن اعتبارها بالضرورة نهائية.

٢- أهمية الأعمال التحضيرية

١٧٩- من ناحية ما، تعتبر الإحالة إلى الأعمال التحضيرية تطبيقا لمبدأ المعاصرة، بما أنها محاولة من أجل تحديد نية الأطراف وقت إبرام الاتفاق[١٧٤]. ومن غير المألوف اللجوء إلى الأعمال التحضيرية في قرارات هيئات التحكيم التي تفسر أحكام الدولة الأولى بالرعاية، ربما لأن تلك المواد ليست متاحة بسهولة في كثير من الأحيان[١٧٥]. لكن في قضية *Austrian Airlines*، نظرت هيئة التحكيم في المسودات المتتالية لأحكام المعاهدة، التي بينت توالي الجهود لتضييق نطاق أحكام التحكيم، من أجل تأكيد استنتاج أن الطرفين أرادا أن يقتصر التحكيم بموجب ذلك الاتفاق على بعض الأمور المعينة[١٧٦]. ورأى الفريق الدراسي أن هذا يقدم توضيحا مهما لأهمية الأعمال التحضيرية.

---

(١٧١) *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 213, at p. 242, para. 64.

(١٧٢) المرجع نفسه

(١٧٣) لجنة القانون الدولي، الاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات، الوثيقة A/CN.4/L.813، في مشروع الاستنتاج ٣. وانظر أيضاً استمرار هذا الوثيقة في: لجنة القانون الدولي، الاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات، الوثيقة A/CN.4/L.833. وانظر أيضا *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والستون، الملحق رقم ١٠* (A/68/10)، الفصل الرابع.

(١٧٤) تنص المادة ٣٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على أنه "يمكن الاستعانة بوسائل تفسير تكميلية، بما في ذلك الأعمال التحضيرية للمعاهدة ...".

(١٧٥) أشارت هيئة التحكيم في قضية *بلاما*، الفقرة ١٩٦، إلى أن الطرفين لم ينجزا أي *أعمال تحضيرية*.

(١٧٦) *Austrian Airlines*, para. 137.

٣- الممارسة التعاهدية للأطراف

١٨٠- من الواضح أن الممارسة المعاصرة أو اللاحقة للأطراف مهمة لتفسير أحكام معاهدة ما. لكن، بموجب الفقرتين ٢ و٣ من المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، تقتصر الممارسة ذات الصلة على ما يلي: الاتفاقات المتعلقة بالمعاهدة، التي انضمت إليها جميع الأطراف؛ والصكوك المتصلة بالمعاهدة، التي يبرمها طرف واحد وتقبلها الأطراف الأخرى؛ والاتفاقات اللاحقة بين الطرفين؛ والممارسة اللاحقة التي تثبت اتفاق الأطراف(١٧٧). وبالتالي، مادامت هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار تعتمد على هذه المواد فإنها تتصرف بوضوح وفقاً للعناصر التفسيرية ذات الصلة.

١٨١- ومع ذلك، تظل معظم معاهدات الاستثمار الثنائية مستقلة كاتفاقات مبرمة بين دولتين غير مصحوبة باتفاقات أو ممارسات معاصرة أو لاحقة بين طرفي معاهدة الاستثمار الثنائية(١٧٨). ومن ثم، فإن ما تحيل إليه هيئات التحكيم في معظم الأحيان هو اتفاقات يبرمها أحد الطرفين في معاهدة الاستثمار الثنائية مع دولة ثالثة(١٧٩). ورأت إحدى هيئات التحكيم أن المعاهدات المبرمة مع دول ثالثة لا يعتد بها لأن نص معاهدة الاستثمار الثنائية الذي أمامها هو ما يجب تفسيره(١٨٠).

١٨٢- وقد تنطوي الأفعال التي تقوم بها دولة طرف في معاهدة استثمار ثنائية ولا تشارك فيها الدولة الطرف الأخرى على بعض الأهمية السياقية بإظهارها لموقف أحد الطرفين في المعاهدة. لكن هذه الأفعال لا تندرج في إطار الفقرة ٣(ب) من المادة ٣١ من اتفاقية فيينا، التي تأخذ النية المشتركة للأطراف بعين الاعتبار، لكن يمكن وضعها في الاعتبار بموجب المادة ٣٢(١٨١).

١٨٣- والسؤال المطروح، مع ذلك، هو ما إذا كان هناك أي أساس آخر يمكن بالاستناد إليه اعتبار ممارسة طرف واحد فقط فيما يخص إبرام المعاهدات ممارسة وجيهة. وفي قضية *ICS*، رأت هيئة التحكيم أن ممارسة إبرام المعاهدات لدى طرف واحد فقط لا يعتد بها. لكنها اعتبرت استمرار دولة ما في إدراج شرط ١٨ شهراً في معاهدات الاستثمار الثنائية اللاحقة أمراً وجيهاً.

---

(١٧٧) لجنة القانون الدولي، الاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات، الوثيقة A/CN.4/L.813، [الجزء ١]، والوثيقة A/CN.4/L.833 [الجزء ٢]. انظر بالأخص مشروع الاستنتاج ٧. وانظر أيضا *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والستون، الملحق رقم ١٠* (A/69/10)، الفصل السادس.

(١٧٨) لكن بموجب اتفاق التجارة الحرة لأمريكا الشمالية، لدى الأطراف السلطة في إطار المعاهدة لإصدار "تفسيرات ذات حجية" تكون ملزمة عندئذ للمحاكم. انظر اتفاق التجارة الحرة لأمريكا الشمالية، في المادة ١١٣١(٢).

(١٧٩) وفي قضية *بلاما*، قالت هيئة التحكيم: "صحيح أنه يجوز أخذ المعاهدات المبرمة بين الأطراف المتعاقدة ودول ثالثة بعين الاعتبار لغرض توضيح معنى نص اتفاقية ما في وقت الانضمام إليها." قضية *بلاما*، الفقرة ١٩٥.

(١٨٠) قضية *رينتا*.

(١٨١) انظر على الخصوص، لجنة القانون الدولي، الاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات، انظر مشروعي الاستنتاجين ١(٤) و٤(٣)، بما في ذلك التعليقات المرافقة لهما، *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والستون، الملحق رقم ١٠* (A/68/10)، الفقرتان ٣٨ و٣٩.

ورأت هيئة التحكيم أنه من غير المحتمل أن تصر الدولة على إبرام حكم وهي تعرف أنه لن يكون له أي *أثر مفيد* بسبب إدراج حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية[١٨٢]. ويظهر هذا الأهمية المحتملة، وإن كانت محدودة، لممارسة طرف واحد.

٤- معنى السياق

١٨٤- يمكن أن يكون لمصطلح "ضمن السياق الخاص بموضوعها" الوارد في المادة ٣١ معنى واسع النطاق. فهو يشمل، بموجب الفقرة ٢ من المادة ٣١ أحكام المعاهدة نفسها، والديباجة والملاحق، بالإضافة إلى الاتفاقات التي تبرم بين الأطراف بشأن المعاهدة وتتناول إبرامها، والصكوك المتصلة بالمعاهدة، التي يبرمها طرف واحد ويقبلها الطرف الآخر كصك متصل بالمعاهدة.

١٨٥- وينشأ سؤالان معينان فيما يخص السياق عن قرارات هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار. الأول هو هل يمكن تغليب حكم ذي صيغة أعم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية على حكم محدد في معاهدة استثمار ثنائية؟ والسؤال الثاني هو ما أهمية تضمن معاهدة استثمار ثنائية استثناءات معينة من تطبيق مبدأ الدولة الأولى بالرعاية؟ وهل يستبعد هذا استثناءات أخرى غير مذكورة من معاملة الدولة الأولى بالرعاية؟

(أ) التوازن بين الأحكام المحددة والعامة

١٨٦- سعى المحكمون، في بعض القرارات، إلى الموازنة بين الحكم المحدد الوارد في معاهدة ما، الذي يتناول الظروف التي يمكن فيها لمستثمر أن يطلب التحكيم بين المستثمر والدولة، والحكم العام لشرط الدولة الأولى بالرعاية. وكان الاستنتاج المستخلص هو أنه لا يمكن إلغاء حكم محدد بشأن المعاملة الممنوحة بموجب معاهدة ما، من قبيل شرط يجب استيفاؤه قبل الاحتجاج بتسوية المنازعات، بموجب حكم عام ينطبق على "جميع أنواع المعاملة" مثلما يرد في حكم الدولة الأولى بالرعاية. وكما أفادت اللجنة في تقريرها بشأن التجزؤ، فإن مبدأ *القانون الخاص ينسخ القانون العام* مقبول عموماً كمبدأ لتفسير المعاهدات[١٨٣]. ومع ذلك، قد تكون أهمية هذا المبدأ محدودة في سياق تفسير حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية.

١٨٧- ويعِد حكم الدولة الأولى بالرعاية، بحكم طبيعته، بشيء أفضل مما هو منصوص عليه في المعاهدة، ولذلك فإن مجرد وجود حكم محدد في المعاهدة الأساسية لا يمكن أن يحسم فيما إذا كان بإمكان حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية أن يوفر معاملة أفضل مما هو منصوص عليه بالفعل في المعاهدة الأساسية. وبطبيعة الحال، إذا كانت هناك أدلة تفسيرية مستقلة في المعاهدة تبين أن

---

(١٨٢) *ICS v. Argentina*, paras. 314-315.

(١٨٣) استنتاجات عمل الفريق الدراسي المعني بتجزؤ القانون الدولي: الصعوبات الناشئة عن تنوع وتوسع القانون الدولي، *حولية ... ٢٠٠٦*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، في الاستنتاج ٥.

الأطراف كانت تقصد ألا يطبق حكم الدولة الأولى بالرعاية على الحكم المحدد المعني، فإن الأمر يختلف. لكن الفريق الدراسي يرى أن الافتراض بأن الحكم المحدد يغلب على الحكم العام هو ببساطة افتراض غير حاسم في تفسير حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية.

(ب) *مبدأ تخصيص الشيء بالذكر*

١٨٨- كثيراً ما يستشهد بمبدأ *تخصيص الشيء بالذكر يفيد استثناء ما عداه*، لا سيما فيما يخص التعبير عن الاستثناءات من تطبيق حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية. ومفاد ذلك أنه عندما تتضمن معاهدة الاستثمار الثنائية استثناءات صريحة من تطبيق حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية، فإن تلك الاستثناءات تستبعد الاستثناءات الأخرى غير المذكورة[١٨٤]. وبالتالي، فإن عدم إدراج أي إحالة إلى أحكام تسوية المنازعات في قائمة الأمور التي تستثنى من تطبيق حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية يعني أن هذا الحكم يغطي تسوية المنازعات. ومع ذلك، ومثلما أفاد بعض المؤلفين، يشكل مبدأ *تخصيص الشيء بالذكر* في أفضل الأحوال افتراضاً وينبغي ألا يؤخذ على أنه حل نهائي للمسألة[١٨٥]. فهو عامل ينبغي أخذه بعين الاعتبار لا أكثر. وفضلاً عن ذلك، ومثلما أوضحت هيئة التحكيم في قضية *ICS*، قد يفضي ذلك المبدأ إلى نتيجة عكسية. وإذا كانت قائمة الاستثناءات لا تشمل سوى الاستثناءات المتعلقة بالمعاملة الموضوعية، فقد يعني ذلك أن الأطراف لا تعتقد أن حكم الدولة الأولى بالرعاية مناسب للمسائل الإجرائية أو للمسائل المتعلقة بتسوية المنازعات[١٨٦]. ووفقاً لذلك، يرى الفريق الدراسي أنه إذا كان مبدأ *تخصيص الشيء بالذكر* عاملاً ينبغي أخذه في الحسبان، فإنه لا يمكن اعتباره عاملاً حاسماً.

٥- أهمية مضمون الحكم المراد استبداله

١٨٩- لقد اعتبرت بعض هيئات التحكيم أن شرط التقاضي لمدة ١٨ شهراً يفرض عائقاً لا لزوم له على المستثمرين الذين يسعون إلى إعمال حقوقهم من خلال الاحتجاج بحكم تسوية المنازعات الوارد في معاهدة استثمار ثنائية، ويتعارض مع الهدف العام لمعاهدات الاستثمار الثنائية المتمثل في تعزيز الاستثمار وتيسيره. ومع ذلك، ومثلما أوضحت هيئات تحكيم أخرى، يشكل هذا الشرط بديلاً لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية ويقوم على أساس منطقي خاص به. وما دامت هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار قد تأثرت في تفسيرها لحكم الدولة الأولى بالرعاية بمضمون الحكم الوارد في المعاهدة الأساسية التي تأثرت بتطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية، فإن من الصعب على الفريق الدراسي رؤية الطريقة التي يمكن بها تبرير هذا الاعتبار بموجب قواعد تفسير المعاهدات.

---

(١٨٤) انظر الرأي الفردي لشارلز ن. براور في قضية *Austrian Airlines*.

(١٨٥) Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd ed (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), pp. 248-249.

(١٨٦) *ICS v. Argentina*, paras. 315-317.

١٩٠- ويرجع القرار السياسي المتعلق بما إذا كان يتعين إدراج حكم خاص أم لا في معاهدة استثمار ثنائية إلى طرفي تلك المعاهدة، فهو ليس أمراً يمكن لهيئات تسوية المنازعات التخمين بشأنه. ووظيفة هيئة التحكيم هي التأكد من المعنى والنية لدى الأطراف وليس بحث الاختيارات السياسية للأطراف. وعلى هذا الأساس، فإن مضمون حكم يُلتف عليه بتطبيق حكم الدولة الأولى بالرعاية هو، في نظر الفريق الدراسي، مضمون لا أهمية له فيما يخص تفسير المعاهدة.

٦- تفسير الحكم المراد إدراجه

١٩١- تثير المسألة الرئيسية المتعلقة بنطاق أو مدى الفائدة التي يمكن الحصول عليها من معاهدة الطرف الثالث بإعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية، موضوع تطبيق قاعدة "من ذات النوع". ومن الواضح أنه إذا كان موضوع حكم الدولة الأولى بالرعاية في المعاهدة الأساسية مقتصراً على المسائل الموضوعية، فإنه لا يمكن حينها استخدام الحكم للاستفادة من الحقوق الإجرائية بموجب معاهدة الطرف الثالث. والسؤال الأصعب هو ما إذا كان يجوز للدولة المستفيدة من حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية متصل بالأحكام الإجرائية أن تنتقي وتختار الفوائد الإجرائية التي يمكن الاعتماد عليها.

١٩٢- وفي هذا الصدد، وبينما تقدم مشاريع المواد التي وضعت في عام ١٩٧٨ جواباً عاماً، فهي غير محددة بما يكفي للمساعدة في حل المشكل الفعلي الذي ينشأ في سياق معاهدات الاستثمار. ويشير مشروعا المادتين ٩ و١٠ إلى أن الدولة المستفيدة تكتسب الحقوق أو [الحق] في المعاملة "داخل حدود موضوع الحكم". ويذهب التعليق إلى اقتراح أن عبارة "داخل حدود موضوع الحكم" تتضمن إحالة ضمنية إلى مفهوم التشابه[١٨٧]. ومع ذلك، ما زال يتعين على هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار تطوير أي اجتهادات قضائية بشأن فكرة التشابه. فليس هناك فهم مشترك، في حالة المثال السابق، بشأن ما إذا كان شرط التقاضي لمدة ١٨ شهراً دون أن يكون مقترناً بأي حكم للاختيار النهائي أكثر أو أقل رعاية من اللجوء مباشرة إلى التحكيم بين المستثمر والدولة المقترن بحكم الاختيار النهائي.

١٩٣- ويرى الفريق الدراسي أنه لا يمكن الإجابة على سؤال ما الذي يشكل معاملة أقل رعاية إلا بالاستناد إلى تحليل لكل حالة على حدة. وعلى الأقل، فإن هذه مسألة يجب معالجتها في أي تفسير أو تطبيق لحكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية.

دال- العواقب المترتبة على مختلف الشروط النموذجية للدولة الأولى بالرعاية

١٩٤- رغم أن الفريق الدراسي فكر في مستهل أعماله في إمكانية أن يصوغ هو بنفسه شروطاً نموذجية للدولة الأولى بالرعاية، فقد توصل إلى استنتاج أن هذا لن يكون عملاً مفيداً. فهناك عدد

(١٨٧) *Yearbook...1978*, vol. II (Part Two), pp. 33، الفقرتان ٢٥ و٢٦.

كبير من شروط الدولة الأولى بالرعاية التي أدرجتها الدول أصلاً في اتفاقاتها الاستثمارية والتي يمكن أن تقدم نماذج للاتفاقات المستقبلية. ويبقى الأهم هو فهم العواقب المترتبة على صياغة معينة.

١- الشروط الواردة في اتفاقات كانت قائمة وقت اتخاذ القرار في قضية *مافيزيني (Maffezini)*

١٩٥- فضلاً عن النهج التفسيرية المختلفة التي سبق تحديدها، يبدو أن هناك قاسماً مشتركاً معيناً في تفسير بعض أنواع العبارات في شروط الدولة الأولى بالرعاية.

١٩٦- أولاً، عندما ينص شرط الدولة الأولى بالرعاية ببساطة على "معاملة لا تقل رعاية" دون أي وصف يمكن أن يُحتج به لتوسيع نطاق المعاملة التي يجب منحها، ترفض هيئات التحكيم دائماً تفسير هذا الحكم على أنه يشمل تسوية المنازعات.

١٩٧- ثانياً، عندما يشمل شرط الدولة الأولى بالرعاية أحكاماً تحيل إلى "جميع أنواع المعاملة" أو "جميع المسائل" التي تنظمها المعاهدة، تنزع هيئات التحكيم إلى منح تفسير واسع لهذه الأحكام، وإلى استنتاج أنها قابلة للتطبيق على أحكام تسوية المنازعات. وفي حالة واحدة فقط، لم يُعتبر حكمٌ صيغ بعبارات عامة قابلاً للتطبيق على تسوية المنازعات[١٨٨].

١٩٨- ثالثاً، عندما يصف شرط الدولة الأولى بالرعاية المعاملة التي يجب تلقيها بالإحالة إلى "الاستخدام"، و"الإدارة"، و"الصيانة"، و"الانتفاع"، و"التصرف"، تخلص أغلبية هيئات التحكيم إلى أن هذه الأحكام واسعة بما يكفي لكي تشمل أحكام تسوية المنازعات.

١٩٩- رابعاً، في القضيتين اللتين تربطان شرط الدولة الأولى بالرعاية بشكل مباشر بالمعاملة العادلة والمنصفة، لم تخلص أي من الهيئتين إلى أن هذا الشرط يشمل أحكام تسوية المنازعات.

٢٠٠- خامساً، في القضايا التي وُضع فيها قيد إقليمي على شرط الدولة الأولى بالرعاية، كانت النتيجة مختلطة. فقد خلصت بعض القضايا إلى أنه لا أهمية للقيد الإقليمي في تحديد ما إذا كان الشرط يشمل أحكام تسوية المنازعات[١٨٩]، في حين تقرَّر في قضايا أخرى أن شرط القيد الإقليمي يمنع من إدراج أحكام تسوية المنازعات الدولية ضمن شرط الدولة الأولى بالرعاية[١٩٠].

٢٠١- سادساً، في جميع القضايا التي يحصر فيها شرط الدولة الأولى بالرعاية تطبيقه على المستثمرين أو الاستثمارات "في ظروف مماثلة" أو "في حالات شبيهة"، لم تعامل أية هيئة تحكيم مسألة ما إذا كان هذا الشرط ينطبق على أحكام تسوية المنازعات أم لا على أنها مسألة ذات أهمية.

---

(١٨٨) *Berchsader*.

(١٨٩) *Maffezini*, para. 61; *Hotchief*, paras. 107-111 (majority).

(١٩٠) *ICS v. Argentina*, paras. 296, 305-308; *Daimler*, paras. 225-231, 236 (majority).

٢٠٢- ويبين هذا التحليل الممارسة السابقة، ولا يشكل بياناً بشأن الطريقة التي سيبت بها في القضايا في المستقبل. ولما كانت هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار هيئات مخصصة، ولما كان هناك اختلاف في الأحكام المحددة لشرط الدولة الأولى بالرعاية وفي السياق المتعلق به، فإنه يستحيل توقع الطريقة التي سيفصل بها أعضاء هذه الهيئات، حتى وإن كان قد بتّ بعضهم أو كلهم في قضايا سابقة متعلقة بأحكام الدولة الأولى بالرعاية. ومع ذلك، فعندما يكون شرط الدولة الأولى بالرعاية قابلاً لتفسير أوسع، يبدو أن الهيئات تنزع أكثر إلى التعامل معه كشرط قابل للتطبيق على أحكام تسوية المنازعات. ويرى الفريق الدراسي أن هذا يوفر توجيهات أولية للدول بشأن الكيفية التي قد تتعامل بها هيئات التحكيم مع عبارة معينة.

٢- الشروط الواردة في اتفاقات أُبرمت منذ اتخاذ القرار في قضية *مافيزيني* (*Maffezini*)

٢٠٣- منذ القرار المتخذ في قضية *مافيزيني*، أُبرم عدد من اتفاقات الاستثمار التي تشمل أحكام الدولة الأولى بالرعاية. وتندرج هذه الاتفاقات عموماً في ثلاث فئات.

٢٠٤- أولاً، هناك اتفاقات تستبعد صراحة تطبيق القرار المتعلق بقضية *مافيزيني*. ويجوز فعل ذلك من خلال الإحالة الصريحة إلى القرار[١٩١]، أو من خلال النص على أن أحكام تسوية المنازعات لا تقع ضمن نطاق حكم الدولة الأولى بالرعاية[١٩٢]. وعموماً، لا يبدو أن ذلك يجري من خلال إدراج القرار في قائمة الاستثناءات من تطبيق معاملة الدولة الأولى بالرعاية.

٢٠٥- ثانياً، هناك اتفاقات تتضمن صراحة أحكام تسوية المنازعات ضمن نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية[١٩٣].

٢٠٦- ثالثاً، هناك تلك الاتفاقات التي لا تذكر ما إذا كانت أحكام تسوية المعاهدات تندرج أم لا ضمن نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية. وبعضها يحدد نطاق تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية باعتباره ينطبق "على إنشاء الاستثمارات واقتنائها وتوسيعها وتسييرها وتشغيلها وبيعها أو التصرف فيها بأي وجه آخر في إقليم الدولة". ومع ذلك، وكما ذكر آنفا، فإن بعض هيئات التحكيم فسرت مثل هذا الحكم على أنه لا يشمل تسوية المنازعات بينما فسرته هيئات أخرى على أنه يشمل ذلك.

---

(١٩١) مشروع اتفاق التجارة الحرة لأمريكا الوسطى (٢٨ كانون الثاني/يناير ٢٠٠٤)، متاح على العنوان التالي: <http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/Jan28draft/CAFTAind_e.asp>.

(١٩٢) الاتفاق بين جمهورية كولومبيا والاتحاد السويسري بشأن تشجيع الاستثمارات وحمايتها المتبادلة، المبرم في برن في ١٧ أيار/مايو ٢٠٠٦، متاح على العنوان التالي: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/45/treaty/1008>.

(١٩٣) الاتفاق بين اليابان والولايات المتحدة المكسيكية لتعزيز الشراكة الاقتصادية، المبرم في مدينة مكسيكو في ١٧ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٤، متاح على الرابط التالي: <http://www.sice.oas.org/Trade/MEX_JPN_e/agreement.pdf>؛ ولم تغير المملكة المتحدة معاهدتها الاستثمارية الثنائية النموذجية، التي تطبق حكم الدولة الأولى بالرعاية على تسوية المنازعات.

٢٠٧- ولاحظ الفريق الدراسي أن مسألة الدولة الأولى بالرعاية وأحكام تسوية المنازعات لم تحفز الدول على توضيح لغة الاتفاقات القائمة من أجل استبعاد تسوية المنازعات، ولا من أجل التفاوض بشأن اتفاقات جديدة تستبعد تطبيق حكم الدولة الأولى بالرعاية. وفي الواقع، تنزع معظم الاتفاقات الجديدة إلى تجاهل المسألة. وهناك على الأقل ثلاثة تفسيرات محتملة لذلك.

٢٠٨- أولاً، تشكل إعادة التفاوض بشأن الاتفاقات القائمة عملية طويلة ومعقدة، وقد لا تولي الدول أولية قصوى لهذه المسألة في جدول أعمالها الخاص بإبرام المعاهدات أو قد تكون مهتمة بإعادة فتح مسائل أخرى في المعاهدة.

٢٠٩- ثانيا، قد تتخوف الدول من أن تُفسر هيئات التحكيم صياغة اتفاقاتها الجديدة الرامية إلى منع تطبيق المعاملة بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية على تسوية المنازعات، على أنها إشارة إلى أن اتفاقاتها القائمة تغطي فعلا تسوية المنازعات.

٢١٠- ثالثاً، يمكن للدول أن ترى أنه في الممارسة العملية، على النحو المبين أعلاه، لم تطبق أحكام الدولة الأولى بالرعاية على تسوية المنازعات إلا في حالة صياغة شرط الدولة الأولى بالرعاية بعبارات عامة، وأن أحكام الدولة الأولى بالرعاية الخاصة بها ليست مصاغة بعبارات عامة.

٢١١- وعلى أي حال، فقد خلص الفريق الدراسي إلى أنه من شأن التوجيهات المقدمة هنا بشأن الصياغة التي ربما تفسَّر على أنها تدرج أحكام تسوية المنازعات ضمن نطاق أحكام الدولة الأولى بالرعاية، والأمثلة المتعلقة باتفاقات استبعدت فيها الحكومات ذلك، أن تساعد الدول على النظر في الطريقة التي يمكن أن تفسَّر بها اتفاقاتها الاستثمارية وفيما يمكنها أخذه بعين الاعتبار عند التفاوض بشأن اتفاقات جديدة.

الجزء الخامس
ملخص الاستنتاجات

٢١٢- لم يطرأ أي تغيير على شرط الدولة الأولى بالرعاية، بل ظل هو نفسه من حيث طابعه منذ أن وضعت مشاريع المواد في عام ١٩٧٨. وما زالت الأحكام الأساسية في مشاريع المواد التي وضعت في عام ١٩٧٨ تشكل الأساس لتفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية وتطبيقه في الوقت الحالي. ومع ذلك، فهي لا تقدم أجوبة على جميع المسائل التفسيرية التي تنشأ بخصوص شرط الدولة الأولى بالرعاية.

٢١٣- ويجب تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية بالاستناد إلى قواعد تفسير المعاهدات مثلما ترد في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

٢١٤- وتتعلق المسألة التفسيرية الأساسية فيما يخص شرط الدولة الأولى بالرعاية بنطاق الشرط وبتطبيق قاعدة "من ذات النوع". أي أن نطاق وطبيعة الفائدة التي يمكن الحصول عليها بموجب حكم الدولة الأولى بالرعاية يتوقفان على تفسير حكم الدولة الأولى بالرعاية نفسه.

٢١٥- وقد أتى تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية على أحكام تسوية المنازعات في مجال التحكيم المتعلق بمعاهدات الاستثمار، بدلاً من حصره في الالتزامات الموضوعية، ببعد جديد للتفكير بشأن أحكام الدولة الأولى بالرعاية، وربما بنتائج لم تتوقعهما الأطراف أثناء التفاوض على اتفاقاتها الاستثمارية. ومع ذلك، ما زالت المسألة مسألة متعلقة بتفسير المعاهدات.

٢١٦- وإن تحديد ما إذا كان يتعين أن يغطي شرط الدولة الأولى بالرعاية أحكام تسوية المنازعات هو أمر يرجع في نهاية المطاف إلى الدول التي تتفاوض بشأن هذا الشرط. ويمكن للغة الواضحة أن تؤكد ما إذا كان حكم من أحكام الدولة الأولى بالرعاية قابلاً للتطبيق على أحكام تسوية المنازعات. وإلا فستترك المسألة لهيئات تسوية المنازعات لتفسر شرط الدولة الأولى بالرعاية في كل حالة على حدة.

٢١٧- وترمي التقنيات التفسيرية التي استعرضها الفريق الدراسي في هذا التقرير إلى المساعدة على تفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية وتطبيقها.

140915 140915 GE.15-13770 (A)

الرجاء إعادة استعمال الورق