المرفق الثاني

شرط الدولة الأولى بالرعاية

(الفريق العامل التابع للجنة)

١- اعتمدت اللجنة في عام ١٩٧٨ مشروع المواد المتعلقة بموضوع شرط الدولة الأولى بالرعاية[١]. ولم تتخذ الجمعية العامة أي إجراء بشأن هذا المشروع. وفي الدورة 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 وما إذا كان ينبغي إدراجه في برنامج العمل الطويل الأجل، ولكن اللجنة لم تتخذ أي قرار في هذا الشأن. ثم دعت اللجنة الحكومات إلى إبداء آرائها[٢]. وفي الدورة الحادية والستين للجنة السادسة، أعربت دولة واحدة عن تأييدها للفكرة، ولكن دولتين أعربتا عن شكوك حول ما إذا كان من الحكمة تناول هذا الموضوع. وقد أنشأت لجنة القانون الدولي الآن فريقاً عاملاً للنظر في ما إذا كان ينبغي إدراج موضوع شرط الدولة الأولى بالرعاية في برنامج عملها الطويل الأجل.

٢- وتستعرض هذه الورقة البحثية مسألة شرط الدولة الأولى بالرعاية: ما تقرر في عام ١٩٧٨، ولماذا لم تمضِ اللجنة قُدُماً في تناول هذه المسألة، وما الذي تغيَّر منذ عام ١٩٧٨، وما إذا كان هناك ما يمكن للجنة أن تفعله على نحوٍ مُجدٍ فيما يتصل بهذا الموضوع.

١- طبيعة شروط الدولة الأولى بالرعاية ومنشؤها وتطورها

٣- شرط الدولة الأولى بالرعاية هو حكم يرد في معاهدة توافق دولة ما بموجبه على أن تمنح الشريك المتعاقد الآخر معاملة لا تكون أقل مؤاتاة من تلك التي تمنحها لدول أخرى أو دول ثالثة. وقد كان هذا الحكم بمثابة شكل مبكِّر وخاص لشرط عدم التمييز، ويرجع منشؤه إلى بواكير معاهدات الصداقة والتجارة والملاحة. ومن ذلك مثلاً أن معاهدة مبرمة بين بريطانيا العظمى والسويد عام ١٦٥٤ قد نصت على ما يلي:

> يكون لشعب ورعايا وسكان كلا الاتحادين في مملكة الطرف الآخر وفي البلدان والأراضي والأقاليم التابعة له كل ما لأي أجنبي آخر، ويتمتعون بكل ما يتمتع به أي أجنبي آخر، حاضراً ومستقبلاً، من الامتيازات والتساهلات والحريات والحصانات[٣].

وهذا الشرط لا يكفل إلا منح تلك المعاملة التي يحظى بها الأجانب الآخرون. وهو لا يكفل منح معاملة مماثلة للمعاملة الوطنية. فالمواطنون قد يحصلون على معاملة أفضل أو أسوأ من المعاملة التي يحصل عليها الأجانب. وبالتالي فإن شرط الدولة الأولى بالرعاية لم يكن بمثابة حكم عدم تمييز شامل.

٤- وكما يتبين من الاتفاق المعقود بين بريطانيا العظمى والسويد، فإن منح معاملة الدولة الأولى بالرعاية كان لصالح "شعب ورعايا وسكان" كلتا الدولتين. وهذا موجود بصورة نموذجية في معاهدات الصداقة والتجارة والملاحة التي تتعلق في المقام الأول، وإن لم يكن بصورة حصرية، بالأنشطة الاقتصادية. وكان الهدف من المزايا الممنوحة بموجب هذه الاتفاقات هو تيسير الأنشطة الاقتصادية لرعايا كل دولة ضمن إقليم الدولة الأخرى. والواقع أن الأساس المنطقي لمنح معاملة الدولة الأولى بالرعاية كان اقتصادياً - أي رغبة الدولة التي تحصل على معاملة الدولة الأولى بالرعاية في تجنُّب وضع رعاياها في وضع غير مؤات اقتصادياً مقارنة برعايا دول ثالثة. ولم يكن منح هذه المعاملة يستند إلى أي مفهوم للمساواة بين الدول.

٥- إلا أن معاملة الدولة الأولى بالرعاية لم تكن تقتصر على المجال الاقتصادي وحده. فالمعاهدات الثنائية المتصلة بالعلاقات الدبلوماسية والقنصلية قد اشتملت أيضاً على ضمانات تتعلق بمنح معاملة الدولة الأولى بالرعاية، سواء فيما يتصل بالقدرة على صون المباني الدبلوماسية والقنصلية أو فيما يتصل بالامتيازات الممنوحة للموظفين الدبلوماسيين والقنصليين[٤]. وحالما نُظمت العلاقات الدبلوماسية والقنصلية بموجب اتفاقيات متعددة الأطراف تُنشئ حقوقاً شاملة لم تعد هناك حاجة لعقد اتفاقات ثنائية تمنع التمييز من خلال إدراج شرط الدولة الأولى بالرعاية.

٦- وخارج نطاق المجال الاقتصادي كان شرط الدولة الأولى بالرعاية بمثابة مبدأ عدم تمييز يتلاءم مع الظروف التي كانت تنظَّم فيها العلاقات بين الدول من خلال ترتيبات ثنائية. وقد كانت مثل هذه الشروط أقل جدوى في الحالات التي كانت العلاقات

---

(١) انظر *حولية ١٩٧٨*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرة ٧٤.

(٢) انظر *حولية ٢٠٠٦*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرة ٢٥٩.

(٣) معاهدة السلام والتجارة بين بريطانيا العظمى والسويد (أوبسالا، ١١ نيسان/أبريل ١٦٥٤)، *British and State Foreign Papers 1812–1814*, vol. I, Part I, London, Ridgway, 1841, p. 692 (art. IV).

(٤) انظر مثلاً اتفاقية العلاقات القنصلية بين إيطاليا وتركيا المبرمة في ٩ أيلول/سبتمبر ١٩٢٩، League of Nations, *Treaty Series*, vol. CXXIX, p. 195، والمستشهَد بها في التقرير الأول بشأن شرط الدولة الأولى بالرعاية الذي أعده السيد إندريه أوستور، المقرر الخاص، *حولية ١٩٦٩*، المجلد الثاني، الوثيقة A/CN.4/213، ص ١٦٦، الفقرة ٥٧.

تنظَّم فيها بموجب اتفاقات متعددة الأطراف حيث كان بالإمكان أن تكون معاملة الدولة الأولى بالرعاية مشمولة ضمن حكم عام يتعلق بعدم التمييز. إلا أن شرط الدولة الأولى بالرعاية قد احتفظ بمكانته البارزة في المجال الاقتصادي، حيث اشتملت الاتفاقات المتعددة الأطراف على أحكام تتعلق بمعاملة الدولة الأولى بالرعاية. وهذا يعكس الهدف الاقتصادي لشرط الدولة الأولى بالرعاية في هذا المجال، وهو ما لا يعبِّر عنه حكم عام يتعلق بعدم التمييز.

٧- وفي المجال الاقتصادي في القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، كثيراً ما كان يتم منح معاملة الدولة الأولى بالرعاية بصورة مشروطة. فبدلاً من منح هذه المعاملة بصورة تلقائية، تقوم دولة ما بمنحها في مقابل ميزة توفِّرها لها الدولة الأخرى. أي أنه كان يتعين دفع مقابِل لمنح معاملة الدولة الأولى بالرعاية. وقد عُرِف هذا باسم "معاملة الدولة الأولى بالرعاية المشروطة". وقد تراجعت هذه المعاملة المشروطة مع تزايد إدراك أن ثمة مزايا اقتصادية تعود على الدولة المانحة من خلال منح معاملة الدولة الأولى بالرعاية بدون شروط. ولم يعد لمعاملة الدولة الأولى بالرعاية المشروطة سوى القليل من الأهمية اليوم.

٨- وقد أصبحت معاملة الدولة الأولى بالرعاية غير المشروطة تشكل حجر الزاوية في نظام الاتفاق العام بشأن التعريفات الجمركية والتجارة (الغات). فبموجب المادة الأولى من اتفاق الغات، تُمنح معاملة الدولة الأولى بالرعاية عند الحدود لسلع الأطراف المتعاقدة الأخرى في اتفاق الغات وذلك "بصورة فورية وغير مشروطة". وجنباً إلى جنب مع اشتراط المادة الثالثة من اتفاق الغات منح "معاملة وطنية" لتلك السلع حال دخولها إلى السوق المحلية لطرف متعاقد في اتفاق الغات، أصبح مبدأ الدولة الأولى بالرعاية يشكل بذلك جوهر مبدأ عدم التمييز بموجب اتفاق الغات، وقد ظل كذلك في إطار منظمة التجارة العالمية. فالواقع أن هذا المبدأ قد وُسِّع بموجب اتفاقات منظمة التجارة العالمية ليتجاوز نطاق تطبيقه الخاص بالسلع وأصبح ينطبق على مجال الخدمات وحماية حقوق الملكية الفكرية. وتنص المادة الثانية من الاتفاق العام بشأن التجارة في الخدمات على تطبيق واسع جداً لشرط الدولة الأولى بالرعاية فيما يخص "أي تدبير يشمله هذا الاتفاق".

٩- وعلى الرغم من المكانة المركزية لمعاملة الدولة الأولى بالرعاية بموجب المادة الأولى من اتفاق الغات، فإن هذا الاتفاق واتفاقات منظمة التجارة العالمية تنص أيضاً على استثناءات هامة من هذه المعاملة. ويتعلق الاستثناء الرئيسي بالترتيبات الإقليمية – الاتحادات الجمركية ومناطق التجارة الحرة – التي تمنح أفضليات للأعضاء في هذه الاتفاقات، وبالتالي فهي لا تمنح معاملة الدولة الأولى بالرعاية لجميع الأطراف المتعاقدة في اتفاق الغات. ووفقاً للمادة الرابعة والعشرين من اتفاق الغات، لا يتعين منح هذه المزايا للأطراف المتعاقدة الأخرى في اتفاق الغات أو للأعضاء في منظمة التجارة العالمية.

١٠- ثم إن استمرار العمل بمعاملة الدولة الأولى بالرعاية في إطار نظام منظمة التجارة العالمية التي تطبق عملية تسوية للمنازعات خاصة بها يعني أنه توجد ضمن النظام التجاري لمنظمة التجارة العالمية فرصة لتفسير اشتراط معاملة الدولة الأولى بالرعاية تفسيراً متسقاً. إلا أن فرصة جديدة للحياة قد أتيحت لمعاملة الدولة الأولى بالرعاية من خلال اتفاقات التجارة الإقليمية والتزايد الشديد لاتفاقات الاستثمار الثنائية، وجميعها تتضمن عادة شكلاً من أشكال اشتراط معاملة الدولة الأولى بالرعاية.

٢- العمل السابق للجنة بشأن شرط الدولة الأولى بالرعاية

١١- نشأت معالجة اللجنة لأحكام الدولة الأولى بالرعاية عن عملها المتعلق بقانون المعاهدات. وقد اقتُرح إدراج حكم في مشاريع المواد المتعلقة بقانون المعاهدات يستبعد انطباقها في حالة أحكام الدولة الأولى بالرعاية. وقررت اللجنة ألا تفعل ذلك بل أن تنظر في أحكام الدولة الأولى بالرعاية كموضوع منفصل[٥]. وقد أجرى المقرر الخاص، السيد إندريه أوستور، وخَلَفه السيد نيكولاي أوشاكوف، تحليلات مسهبة لأحكام الدولة الأولى بالرعاية القائمة حتى منتصف فترة السبعينيات من القرن الماضي. وقد استندت تقاريرهما إلى قدر كبير من ممارسات الدول في مجال إبرام المعاهدات التي تشتمل على أحكام الدولة الأولى بالرعاية في مجموعة متنوعة من المجالات، وإلى قرارات محكمة العدل الدولية التي تطرقت إلى مثل هذه الأحكام (قضية *شركة النفط الأنكلو – إيرانية*[٦]، و*القضية المتعلقة بحقوق رعايا الولايات المتحدة الأمريكية في المغرب*[٧]، وقضية *أمباتييلوس*)[٨]، و*مطالبة أمباتييلوس*[٩]، ومجموعة كبيرة من أحكام المحاكم الوطنية.

١٢- وقد تمثَّل النهج الذي اتبعته اللجنة في أن تدرس شرط الدولة الأولى بالرعاية ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية "كمؤسسة قانونية"[١٠] وليس كمجرد مسألة تندرج في إطار قانون المعاهدات، وفي النظر إلى إعمال هذا الحكم بصورة موسعة لا تقتصر على مجال التجارة الدولية. وقد سعت اللجنة إلى تجنب محاولة حل المسائل التي تتسم بـ "طابع اقتصادي تقني"[١١].

---

(٥) *حولية ١٩٧٨*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرة ١٥.

(٦) *Anglo–Iranian Oil Co. case (jurisdiction), Preliminary objection, Judgment of 22 July 1952, I.C.J. Reports 1952*, p. 93.

(٧) *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of 27 August 1952, I.C.J. Reports 1952*, p. 176.

(٨) *Ambatielos case (Greece* v. *United Kingdom), Jurisdiction, Judgment of 1 July 1952, ibid.*, p. 28.

(٩) *Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland),* UNRIAA, vol. XII (Sales No. 1963.V.3), pp. 83–153.

(١٠) *حولية ١٩٧٨*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرة ٦١.

(١١) المرجع نفسه، الفقرة ٦٢.

١٣- وقد اشتملت مشاريع المواد الثلاثين التي صاغتها اللجنة[١٢] على مسائل مثل تعريف شرط الدولة الأولى بالرعاية ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية (مشروعا المادتين ٤ و٥)، ونطاق التطبيق، والأساس القانوني لمعاملة الدولة الأولى بالرعاية المستند إلى القانون الدولي التعاهدي لا العرفي (مشروع المادة ٧)، ونطاق معاملة الدولة الأولى بالرعاية (مشاريع المواد ٨ و٩ و١٠)، وأثر معاملة الدولة الأولى بالرعاية المشروطة وغير المشروطة (مشاريع المواد ١١ و١٢ و١٣)، ومصدر المعاملة الممنوحة بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية (مشاريع المواد ١٤-١٩)، والوقت الذي تنشأ فيه الحقوق بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية (مشروع المادة ٢٠)، وإنهاء أو تعليق شرط الدولة الأولى بالرعاية (مشروع المادة ٢١)، وعلاقة شرط الدولة الأولى بالرعاية بنظام أفضليات معمم (مشروعا المادتين ٢٣ و٢٤)، والحالات الخاصة للمرور عبر الحدود وحقوق المرور العابر للدول غير الساحلية.

٣- رد فعل اللجنة السادسة على مشاريع المواد

١٤- لم تمضِ الجمعية العامة قُدُماً في تناول مشاريع المواد المتعلقة بشرط الدولة الأولى بالرعاية. ويدل النقاش الذي جرى في اللجنة السادسة[١٣] على وجود عدة شواغل إزاء مشاريع المواد هذه، ولكن كانت ثمة مسألتان بارزتان ضمن تلك الشواغل. المسألة الأولى هي أنه كانت هناك شواغل مفادها أن مشاريع المواد لم تستبعد الاتحادات الجمركية ومناطق التجارة الحرة. وقد كانت هذه مسألة مهمة بصفة خاصة لأعضاء الجماعة الاقتصادية الأوروبية الذين لم يريدوا أن تحصل دول غير أعضاء في الجماعة الاقتصادية الأوروبية، من خلال شرط الدولة الأولى بالرعاية، على المزايا المتاحة بموجب المعاهدة المنشئة للجماعة الاقتصادية الأوروبية. وكان هؤلاء يفضّلون استبعاد الاتحادات الجمركية ومناطق التجارة الحرة من نطاق مشروع المواد. كما أن البلدان النامية التي أخذت تدخل في اتفاقات إقليمية للتجارة الحرة قد أعربت عن شواغل مماثلة.

١٥- أما المسألة الثانية فهي أنه كانت هناك شواغل إزاء معالجة مسألة التنمية في إطار مشاريع المواد، بما في ذلك معالجة نُظُم الأفضليات المعمّمة. وقد رأى البعض أن مشاريع المواد لا تعالج مسألة منح الأفضليات للبلدان النامية معالجة وافية؛ ورأى البعض الآخر أن مشاريع المواد قد ضلّت سبيلها فدلفت إلى النقاش الدائر حول النظام الاقتصادي الدولي الجديد. وكان معنى كل هذه الشواغل وغيرها هو أنه لا يوجد في الجمعية العامة ما يكفي من المؤيِّدين لتحويل مشاريع المواد إلى اتفاقية. وترى بعض الدول أنه ينبغي النظر إلى مشاريع المواد بوصفها مجرد مبادئ توجيهية.

٤- التطورات منذ عام ١٩٧٨

١٦- لقد تغيّرت كثيراً الظروف التي كانت قائمة عندما تناولت اللجنة موضوع شرط الدولة الأولى بالرعاية في تقاريرها وفي مشاريع المواد النهائية لعام ١٩٧٨.

أولاً، إن عدة ترتيبات من الترتيبات الثنائية التي استند إليها المقررون الخاصون لبيان ممارسة الدول فيما يتعلق بأحكام الدولة الأولى بالرعاية قد حلّت محلها ترتيبات متعددة الأطراف. والنتيجة التي ترتبت على ذلك هي أن شرط الدولة الأولى بالرعاية قد أصبح اليوم أكثر تركيزاً على المجال الاقتصادي.

ثانياً، إن اتفاق الغات الذي كان مصدراً رئيسياً للنظر في شرط الدولة الأولى بالرعاية قد أصبح يندرج الآن ضمن الإطار الأوسع لمنظمة التجارة العالمية. وقد أدى هذا إلى توسيع نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى مجالات غير السلع تشمل الخدمات والملكية الفكرية. ويضاف إلى ذلك أن نظام تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، وهو نظام يشمل عملية استئناف، قد أتاح فرصة لتفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية في اتفاقات منظمة التجارة العالمية تفسيراً ذا حجية.

ثالثاً، لقد حدثت زيادة هائلة في عمليات التفاوض على اتفاقات التجارة الحرة على أساس ثنائي وإقليمي، والتفاوض على اتفاقات استثمار ثنائية تتضمن أحكاماً للدولة الأولى بالرعاية.

رابعاً، لقد أدى اللجوء إلى تسوية المنازعات في إطار اتفاقات الاستثمار من خلال إجراءات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو قواعد التحكيم الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى تفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية في سياق الاستثمار.

١٧- ولهذه التطورات جميعها آثار بالنسبة للطريقة التي ينبغي بها اليوم النظر إلى أحكام الدولة الأولى بالرعاية وبالنسبة لمدى صلة مشاريع المواد التي وضعتها اللجنة في عام ١٩٧٨ بالأوضاع المعاصرة. فهناك الآن مجموعة جديدة وكبيرة من الممارسات التي ينبغي أخذها في الاعتبار لدى تقييم الكيفية التي تُستخدم بها أحكام الدولة الأولى بالرعاية والكيفية التي تطبَّق بها في الممارسة العملية. ومسألة العلاقة بين الالتزام العام بشرط الدولة الأولى بالرعاية في المادة الأولى من اتفاق الغات وسلطة الدول المتمثلة في منح المعاملة التفضيلية للبلدان النامية هي مسألة ناقشتها تحديداً هيئة الاستئناف التابعة لمنظمة التجارة العالمية[١٤].

---

(١٢) المرجع نفسه، الفقرة ٧٤.

(١٣) *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والثلاثون، اللجنة السادسة، الجلسات ٢٧-٤٥* (A/C.6/33/SR.27-45). وقد أثير هذا الموضوع في اللجنة السادسة من عام ١٩٨٠ إلى عام ١٩٨٣، وفي عامي ١٩٨٨ و١٩٨٩، ثم في عام ١٩٩١.

(١٤) *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries, AB-2004-1, Report of the WTO Appellate Body* (WT/DS246/AB/R), 24 April 2004.

١٨- كما أن الممارسة المتصلة بأحكام الدولة الأولى بالرعاية تحدث أيضاً في سياق يختلف عن ذلك السياق الذي كان قائماً في آخر مرة نظرت فيها اللجنة في هذه الأحكام. وقد استندت مشاريع المواد التي أُعدت عام ١٩٧٨، إلى حد بعيد، إلى ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية[١٥] وذلك لدى النظر في علاقة شرط الدولة الأولى بالرعاية بمسألة المعاملة التفضيلية للدول النامية. والنقاش الدائر حول المعاملة التفضيلية للبلدان النامية في ميدان التجارة يجري الآن ضمن إطار منظمة التجارة العالمية التي أخذت العضوية فيها تصبح عالمية على نحو متزايد، وبخاصة ضمن سياق جولة الدوحة الإنمائية من المفاوضات التجارية المتعددة الأطراف.

١٩- وفي مجال اتفاقات الاستثمار، احتلت طبيعة ونطاق أحكام الدولة الأولى بالرعاية مكان الصدارة بصفة خاصة. فالنطاق الذي تتسم به بعض أحكام الدولة الأولى بالرعاية واختلاف النُهُج المتَّبعة من قِبل مختلف الهيئات القضائية المعنية بالاستثمار قد أثارا ما قد يُعتبر التحدي الأكبر فيما يتصل بأحكام الدولة الأولى بالرعاية. وهذا يمثِّل أيضاً مجموعة من السوابق القضائية التي لم تكن متاحة للجنة وقت اضطلاعها بعملها السابق في هذا المجال.

٢٠- وفي ظل بيئة عالمية سمتها التحرير الاقتصادي والاندماج الاقتصادي الأعمق، يظل شرط الدولة الأولى بالرعاية يمثِّل عاملاً بالغ الأهمية في العلاقات الاقتصادية الدولية فيما بين الدول الأعضاء. وربما أمكن النظر إلى استمرار أهمية شرط الدولة الأولى بالرعاية في سياق مرحلتين اثنتين. ففي المرحلة الأولى، أبرز تزايد الاتفاقات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار في فترة التسعينيات من القرن الماضي الأهمية المستمرة لشرط الدولة الأولى بالرعاية الذي يكفل، إلى جانب غيره من الأحكام، المعايير الدولية الدنيا لمعاملة المستثمرين الأجانب واستثماراتهم. وفي المرحلة الثانية، ظهرت قضايا جديدة فيما يتعلق بتطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية وذلك نتيجة لظهور اتفاقات للتجارة الحرة وللشراكات الاقتصادية الشاملة تنص على تحرير التجارة في السلع والخدمات ومعاملة الاستثمار بطريقة متكاملة، مع وجود صلات وثيقة متبادَلة بين قطاعي الخدمات والاستثمار.

٢١- ويمثل منح معاملة الدولة الأولى بالرعاية فيما يتصل بالاستثمار، حتى في مرحلة ما قبل التأسيس، سمة من سمات اتفاقات التجارة الحرة لم تكن شائعة في الماضي في اتفاقات تشجيع وحماية الاستثمار، حيث كانت معاملة الدولة الأولى بالرعاية تقتصر على مرحلة ما بعد التأسيس. ويمثل إبرام اتفاقات التجارة الحرة واتفاقات الشراكة الاقتصادية الشاملة هذه، التي تتضمن فصولاً أساسية بشأن الاستثمار الأجنبي، مرحلة جديدة فيما يتصل بأهمية شرط الدولة الأولى بالرعاية في العلاقات الاقتصادية المعاصرة فيما بين الدول. واستعراض الدور الذي يؤديه هذا الشرط في سياق اتفاقات التكامل الاقتصادي الجديدة هذه يستحق دراسة أوثق من منظور قانوني.

٥- التحديات التي يطرحها اليوم شرط الدولة الأولى بالرعاية

٢٢- مما لا شك فيه أن من شأن إجراء دراسة مستفيضة لممارسة إدراج أحكام الدولة الأولى بالرعاية في المعاهدات أن يسلِّط أضواء جديدة على طريقة عمل هذا الحكم وتطبيقه من قِبَل الدول. ومن شأن ذلك أن يتيح النظر لشرط الدولة الأولى بالرعاية بصورة أكثر تعمقاً. بيد أنه قد نشأت في مجال الاستثمار مشاكل محددة فيما يتعلق بتطبيق أحكام الدولة الأولى بالرعاية، وهي مشاكل قد تكون لها انعكاساتها على تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية في سياقات أخرى أيضاً.

٢٣- وقد نشأت هذه المسألة في قضية *مافيزيني*[١٦]. فقد رفع المدّعي مافيزيني، وهو مواطن أرجنتيني، دعوى بموجب الاتفاق المعقود بين جمهورية الأرجنتين ومملكة إسبانيا بشأن التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات[١٧]. وفي تلك القضية، دفعت إسبانيا بأنه كان يتعين على مافيزيني، وفقاً للفقرة (٣) من المادة العاشرة من ذلك الاتفاق، أن يرفع الدعوى أمام المحاكم المحلية في إسبانيا لمدة ١٨ شهراً قبل أن يشرع في إقامة دعوى بموجب أحكام الاتفاق. إلا أن المدعي احتج بحكم الدولة الأولى بالرعاية الوارد في اتفاق الاستثمار المعقود بين الأرجنتين وإسبانيا (المادة الرابعة) والذي ينص على ما يلي: "في جميع المسائل التي تخضع لهذا الاتفاق، لا تكون هذه المعاملة أقل مؤاتاة من تلك التي يمنحها كل من طرفي الاتفاق لاستثمارات المستثمرين من بلد ثالث في إقليمه". وقد استطاع المدعي بعد ذلك أن يُثبت أنه بموجب الاتفاق المتعلق بالحماية والتشجيع المتبادلين للاستثمارات بين إسبانيا وشيلي[١٨]، لا يتعين على المستثمرين الذي يقيمون دعاوى بموجب ذلك الاتفاق أن يقوموا أولاً برفع دعاوى أمام المحاكم الإسبانية المحلية. وبالمقارنة، إذن، كانت المعاملة التي عومل بها المستثمر الأرجنتيني أقل مؤاتاة من المعاملة التي يعامَل بها المستثمرون الشيليون في إسبانيا. وبالتالي، وبموجب شرط الدولة

---

(١٥) قرار الجمعية العامة ٣٢٨١(د-٢٩) المؤرخ ١٢ كانون الأول/ديسمبر ١٩٧٤.

(١٦) *Maffezini* v. *Kingdom of Spain*, *Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction of 25 January 2000,* ICSID, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, No. 1 (2001), p. 1؛ ونص القرار متاح أيضاً من خلال الموقع الشبكي التالي: http://icsid.worldbank.org.

(١٧) وُقع في بوينس آيرس في ٣ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩١، United Nations, *Treaty Series*, vol. 1699, No. 29403, p. 187.

(١٨) وُقع في سنتياغو في ٢ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩١، *ibid.*, vol. 1774, No. 30883, p. 15.

الأولى بالرعاية الوارد في الاتفاق المبرم بين الأرجنتين وإسبانيا، قال المدعي إنه يحق له الحصول على المعاملة الأفضل التي يحصل عليها المستثمرون الشيليون بموجب اتفاق الاستثمار الثنائي المعقود بين إسبانيا وشيلي. ولذلك، حسب دفعه، فإن تخلُّفه عن القيام أولاً برفع دعوى أمام المحاكم الإسبانية لا يشكِّل حاجزاً أمام إقامة دعوى بموجب اتفاق الاستثمار المعقود بين الأرجنتين وإسبانيا.

٢٤- وقد رفضت المحكمة الحجّة التي ساقتها إسبانيا ومفادها أن شرط الدولة الأولى بالرعاية الوارد في اتفاق الاستثمار الثنائي المعقود بين الأرجنتين وإسبانيا ينطبق فقط على الأحكام الموضوعية وليس الإجرائية، وأوضحت المحكمة أن شرط الدولة الأولى بالرعاية ينطبق، بموجب عباراته ذاتها، على "جميع المسائل التي تخضع لهذا الاتفاق". وبعد مراجعة للسوابق القضائية الدولية والممارسة الإسبانية في مجال المعاهدات، خلصت المحكمة إلى أنه يمكن للمدعي أن يحتج بشرط الدولة الأولى بالرعاية الوارد في اتفاق الاستثمار الثنائي المعقود بين الأرجنتين وإسبانيا للمطالبة بالحصول على المعاملة الأفضل التي يوفرها اتفاق الاستثمار المعقود بين إسبانيا وشيلي وبالتالي يتجنب الالتزام المتمثل في وجوب تقديم مطالبته إلى المحاكم المحلية الإسبانية.

٢٥- وفي أوقات لاحقة، قامت الهيئات القضائية التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار باتِّباع[١٩] الحكم الصادر في قضية *مافيزيني*، وقامت كذلك ببيان ما له من خصوصية[٢٠]، رغم أنه ليس من الواضح ما إذا كان قد نشأ عن ذلك أي تفسير متّسق لأحكام الدولة الأولى بالرعاية. ويفسح الحكم الصادر في قضية *مافيزيني* المجال أمام إمكانية أن يكون لشرط الدولة الأولى بالرعاية نطاق شديد الاتساع. فمثل هذا الشرط يمكن أن يتحول إلى حكم يعلو على سائر الأحكام التعاهدية، ويسمح ببساطة للدول المستفيدة بأن تنتقي وتختار ما تشاء من المزايا التي تحصل عليها دول ثالثة من الطرف المتعاقد الآخر - أو ما يُشار إليه أحياناً بتعبير "المفاضلة بين المعاهدات" (treaty shopping). وقد رأى أعضاء المحكمة في قضية *مافيزيني* أن ثمة مشاكل محتملة قد تنشأ عن حكمهم ومن ثم فقد سعوا إلى تقييد نطاق هذا الحكم بعدد من الاستثناءات. ولكن المبدأ الذي تستند إليه تلك الاستثناءات ليس موضّحاً في الحكم، كما أنه ليس من الواضح ما إذا كانت هذه الاستثناءات حصرية.

٢٦- والمشكلة التي يثيرها الحكم الصادر في قضية *مافيزيني* بالنسبة للدول هي ما إذا كان بإمكان الدول أن تحدِّد مسبقاً وبأي قدر من اليقين الالتزام الذي تكون قد قطعته على نفسها عندما تُدرج شرط الدولة الأولى بالرعاية في اتفاق استثمار. فهل هي تمنح حقوقاً واسعة، أم أن الحقوق التي تمنحها مقيّدة بدرجة ما؟. ولا توفر مشاريع المواد التي اعتمدت في عام ١٩٧٨ إلا قدراً محدوداً من الإرشاد بشأن هذه المسألة. فبموجب مشروع المادة ٩، لا تكتسب الدولة المستفيدة بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية "إلا تلك الحقوق التي تندرج ضمن موضوع الشرط"[٢١]. ولكن تحديد موضوع الشرط هو المسألة ذاتها التي بذلت الهيئة القضائية في قضية *مافيزيني* وغيرها من الهيئات القضائية جهوداً جهيدة لحلها.

٢٧- وهناك أبعاد أخرى تنطوي عليها مسألة نطاق حكم الدولة الأولى بالرعاية، وبخاصة علاقة هذا الحكم بالأحكام الأخرى الواردة في اتفاقات الاستثمار، مثل تلك الأحكام المتصلة بالمعاملة الوطنية و"المعاملة العادلة والمنصفة". وقد رأى بعض الهيئات القضائية المعنية بالاستثمار أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يبرِّر الرجوع إلى اتفاقات استثمار أخرى لتحديد المعاملة التي تشكل "معاملة عادلة ومنصفة"[٢٢]. وأفضى هذا أيضاً إلى حالة من عدم التيقن فيما يتصل بنطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية.

٢٨- وقد أفضت قضية *مافيزيني* إلى قيام الدول بمحاولة صياغة شروط الدولة الأولى بالرعاية بحيث لا تكون لها نتائج واسعة النطاق. وبالتالي فإن حالات التمييز بين الأحكام الموضوعية والأحكام الإجرائية، واستبعاد تسوية المنازعات من نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية، وقصر شرط الدولة الأولى بالرعاية على مزايا محددة، هي حالات قد وجدت طريقها إلى مختلف الاتفاقات. والمشكلة المطروحة هي أن الدول لا يمكنها أن تتيقن من الكيفية التي سيتم بها تفسير هذه الأحكام الجديدة في الواقع العملي.

٢٩- والمشكلة المطروحة هي، على أحد المستويات، مجرد مسألة تفسير للمعاهدات. فشروط الدولة الأولى بالرعاية تُصاغ بطرق مختلفة في مختلف الاتفاقات. فنطاق بعض هذه الشروط واسع ونطاق بعضها الآخر ضيق. وبعضها يقصر منح معاملة الدولة الأولى بالرعاية على أولئك الذين يكونون في "ظروف مماثلة". ولذلك فإن وظيفة المفسِّر تتمثل في تحديد النطاق الدقيق للشرط قيد البحث. وبمقتضى هذا النهج، يمكن حل المشكلة من خلال التفسير. ولكن المسألة هي، على مستوى آخر، مسألة أساسية بدرجة أكبر. فتفسير المعاهدات لا يحدث في فراغ. فالطريقة التي

(١٩) *Siemens A.G.* v. *Argentine Republic, Case No. ARB/02/8, Decision on jurisdiction of 3 August 2004*, ICSID, *Journal de droit international*, vol. 132 (2005)؛ ونص القرار متاح أيضاً من خلال الموقع الشبكي التالي: http://icsid.worldbank.org.

(٢٠) انظر مثلاً *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A.* v. *the Hashemite Kingdom of Jordan, Case No. ARB/02/13, Decision on jurisdiction of 9 November 2004*, ICSID, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, No. 1 (2005), p. 148؛ ونص القرار متاح أيضاً من خلال الموقع الشبكي التالي: http://icsid.worldbank.org.

(٢١) *حولية ١٩٧٨*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ٢٧.

(٢٢) *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A.* v. *Chile, Case No. ARB/01/7, Award of 25 May 2004*, ICSID (انظر http://icsid.worldbank.org)؛ و *Pope and Talbot, Inc.* v. *Canada, Award of the NAFTA Tribunal of 10 April 2001*, ILR, vol. 122 (2002), p. 352

يتناول بها المفسِّر أحد شروط الدولة الأولى بالرعاية تتوقف جزئياً على الكيفية التي ينظر بها المفسِّر إلى طبيعة مثل هذه الشروط.

٣٠- فإذا نُظِر إلى أحكام الدولة الأولى بالرعاية باعتبارها أحكاماً تهدف إلى تشجيع عدم التمييز والتوحيد، أمكن لمفسِّر المعاهدة عندئذ أن يعتبر أن ذات الغرض من الحكم هو إجازة المفاضلة بين المعاهدات، بل التشجيع عليها. والمفسِّر الذي ينظر إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية بوصفه حكماً له غرض اقتصادي يتمثل في السماح بالمنافسة على أساس تكافؤ الفرص قد يكون أكثر ميلاً لتحبيذ إجراء تمييز موضوعي/إجرائي في تفسير ذلك الشرط. وفي هذا الصدد، قد يكون في تجربة تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية في السياق المتعلق بمنظمة التجارة العالمية وفي مجالات أخرى ما يوفِّر إرشاداً لتفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية في سياق اتفاقات الاستثمار.

٦- ما الذي يمكن للجنة أن تفعله على نحوٍ مُجْدٍ؟

٣١- من الواضح أن الظروف قد تغيّرت كثيراً منذ اعتماد مشاريع المواد المتعلقة بشرط الدولة الأولى بالرعاية في عام ١٩٧٨. فهناك الآن مجموعة من الممارسات والسوابق القضائية التي لم تكن متاحة آنذاك. كما أن هناك مشكلة قد نشأت فيما يتعلق بتطبيق أحكام الدولة الأولى بالرعاية في اتفاقات الاستثمار، مما يفضي إلى حاجة الدول لتوضيح القانون القائم في هذا المجال وربما تطويره التدريجي.

٣٢- أما الحجة التي تعتبر أن المشاكل الأساسية التي جعلت الجمعية العامة تمتنع عن تحويل مشاريع المواد التي اعتُمدت عام ١٩٧٨ إلى اتفاقية لا تزال قائمة فهي حجة لن تكون دامغة إلا لو اقتُرح أن تقوم اللجنة بتحديث وتنقيح مشاريع المواد التي اعتُمدت عام ١٩٧٨. وهناك محافل قائمة لمعالجة المسائل التي أثارت قلقاً فيما يتصل بمشاريع المواد هذه. ففيما يتعلق بمسألة نظم الأفضليات المعممة والمسألة الأوسع نطاقاً المتمثلة في التنمية، فهما مسألتان تجري معالجتهما في إطار منظمة التجارة العالمية وجولة الدوحة الإنمائية. وفيما يتعلق بمسألتي الاتحادات الجمركية ومناطق التجارة الحرة، فهما أيضاً مسألتان تجري معالجتهما في إطار اتفاقات منظمة التجارة العالمية. وليس هناك من سبب يستدعي أن تنظر اللجنة في الاضطلاع بعملية تدوين أو تطوير تدريجي لنظام آخذ في التطور في إطار المادة الرابعة والعشرين من اتفاق الغات وقرارات أفرقة منظمة التجارة العالمية وهيئة الاستئناف التابعة لها.

٣٣- والمسألة المطروحة اليوم فيما يتعلق بشرط الدولة الأولى بالرعاية تختلف عن المسائل التي أثارت هواجس فيما يتعلق بمشاريع المواد المعتمدة عام ١٩٧٨. فقد نشأت هذه المسألة تحديداً في سياق اتفاقات الاستثمار ولكنها قد تكون منطبقة على نطاق أوسع. والمسألة الحقيقية، بالنظر إلى طبيعة المشكلة القائمة حالياً، هي ما إذا كان هناك أي شيء يمكن للجنة أن تفعله على نحو مُجْدٍ، بوصفها جهاز الأمم المتحدة المعني بالتطوير التدريجي للقانون الدولي وتدوينه.

٣٤- وهذا لا يعني القول إن المسألة هي مسألة تقنية وذات نطاق ضيق ومن ثم فإن الإطار الصحيح لمعالجتها هو ضمن نطاق اختصاص هيئة أخرى. فهي ليست كذلك. فالمسائل الرئيسية المتعلقة بأحكام الدولة الأولى بالرعاية هي مسائل تندرج في إطار القانون الدولي العام. والمسألة المركزية هي مسألة الكيفية التي ينبغي بها تفسير تلك الأحكام. وفي حين أن هذه مسألة قد تبدو ضيقة النطاق فإنها، في الواقع، ذات نطاق واسع يشمل تفسير المعاهدات كما يشمل طبيعة ومدى الالتزامات المعقودة من قِبَل الدول في نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية. وهي تتطلب فهمنا لدور ووظيفة شروط الدولة الأولى بالرعاية وعلاقة هذه الشروط بمبدأ عدم التمييز في القانون الدولي.

٣٥- وهناك هيئات أخرى ما برحت تركِّز على هذا الموضوع أيضاً. فقد أعدت منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي دراسة بشأن شروط الدولة الأولى بالرعاية[٢٣]، وهو ما فعله مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الأونكتاد) أيضاً[٢٤]. كما يجري بحث هذا الموضوع في المؤلفات الأكاديمية. وهذا لا يعني أنه لم يعد هناك متّسع لمزيد من البحث في هذا المجال.

٣٦- أما الرأي المعاكس الذي تتبناه بعض الحكومات فهو أن أحكام الدولة الأولى بالرعاية هي أحكام متفاوتة ولا يمكن إدراجها بسهولة في فئات عامة. فالحكومات تستطيع صياغة أحكام تلائم احتياجاتها وبالتالي فليس ثمة حاجة لأي نظر عام في الموضوع. أما المشاكل التي نشأت فيمكن أن تعالَج على أساس كل حالة على حدة. وبالتالي فإنه من المناسب أن يُسمَح للفقه بشأن تفسير أحكام الدولة الأولى بالرعاية بأن يتطور مثلما تطوّر في السابق. واستناداً إلى هذا التحليل، لن يكون هناك دور للجنة فيما يتعلق بهذا الموضوع.

٣٧- ويعتبر أولئك الذين يؤيدون اضطلاع اللجنة بعمل ما في هذا المجال أن ما يمكن للجنة أن تفعله على نحو مُجْدٍ في هذا الصدد هو أن توفِّر إرشادات ذات حجيّة بشأن تفسير أحكام

---

(٢٣) OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, "Most-favoured-nation treatment in international investment law", Working Papers on International Investment, No. 2004/2 (2004). متاحة للاطلاع من خلال الموقع الشبكي: www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_2.pdf.

(٢٤) UNCTAD, "Most-favoured-nation treatment", *UNCTAD Series on issues in international investment agreements*, UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. III) (United Nations publication, Sales No. E.99.II.D.11) (1999).

الدولة الأولى بالرعاية. وهذا يتطلب إجراء تحليل مستفيض لتطوُّر طبيعة شروط الدولة الأولى بالرعاية ونطاقها والأساس المنطقي الذي تستند إليه، والفقه القائم بشأن شرط الدولة الأولى بالرعاية في مختلف المجالات المعاصرة التي يطبَّق فيها هذا الحكم اليوم، وتنوُّع شروط الدولة الأولى بالرعاية واستخداماتها في الممارسة المعاصرة، والكيفية التي فُسِّرت بها هذه الشروط والكيفية التي ينبغي أن تُفسَّر بها.

٣٨- ويمكن أن تتمثل نتيجة عمل اللجنة في اعتماد مشاريع مواد أو مشاريع مبادئ توجيهية تتصل بتفسير شروط الدولة الأولى بالرعاية، أو يمكن أن تتمثل في سلسلة من الشروط النموذجية للدولة الأولى بالرعاية أو في فئات من الشروط مع تعليقات على تفسيرها. ومن شأن أي من النتيجتين أن توفِّر للدول إرشادات في تفاوضها على عقد اتفاقات تتضمن شروطاً للدولة الأولى بالرعاية، وأن توفِّر للمحكَّمين إرشادات في تفسيرهم لاتفاقات الاستثمار.

٣٩- وموضوع تفسير شروط الدولة الأولى بالرعاية هو موضوع يستجيب لاحتياجات الدول. وقد أصبحت الممارسة متطورة بما يكفي لإتاحة إجراء قدر من التطوير التدريجي، وربما التدوين، في هذا المجال. ولهذا الموضوع نطاق محدد ومن الممكن أن يُنجَز ضمن فترة السنوات الخمس الحالية.

ثبتُ مراجع مختارة

DOLZER, R. and T. MYERS: "After *Tecmed*: most-favored-nation clauses in investment protection agreements", *ICSID Review–Foreign Investment Law Journal*, vol. 19, No. 1 (2004), p. 49.

EHRING, L.: "De facto discrimination in world trade law: national and most-favoured-nation treatment – or equal treatment?", *Journal of World Trade*, vol. 36, No. 5 (2002), p. 921.

FREYER, D. H. and D. HERLIHY: "Most-favored nation treatment and dispute settlement in investment arbitration: just how 'favored' is 'most-favored'?", *ICSID Review–Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, No. 1 (Spring 2005), p. 58.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD): "Most-favoured-nation treatment in international investment law", Working Papers on International Investment, No. 2004/2 (2004). Available from www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_2.pdf.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD): "Most-favoured-nation treatment", UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. III) (United Nations publication, Sales No. E.99.II.D.11) (1999).

YANAI, A.: "The function of the MFN clause in the global trading system", Working Paper Series 01/02 – No. 3, Institute of Developing Economies APEC Study Center(2002). Available from www.ide.go.jp/English/Publish/Download/Apec/pdf/2001_15.pdf.