

Distr.: General
17 July 2017
Arabic
Original: English



الدورة الثانية والسبعون

البند ٧٣ (ب) من جدول الأعمال المؤقت*

تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها: مسائل حقوق الإنسان،
بما في ذلك النهج البديلة لتحسين التمتع الفعلي بحقوق
الإنسان والحريات الأساسية

آثار الديون الخارجية للدول وما يتصل بها من التزامات مالية أخرى في التمتع الكامل بجميع حقوق الإنسان، وخاصة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

مذكرة من الأمين العام

يتشرف الأمين العام بأن يحيل إلى الجمعية العامة تقرير الخبير المستقل المعني بآثار الديون
الخارجية للدول وما يتصل بها من التزامات مالية دولية أخرى في التمتع الكامل بجميع حقوق الإنسان،
وخاصة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، خوان بابلو بوهوسلافسكي، المقدم عملاً بقراري
مجلس حقوق الإنسان ١٦/٢٥ و ٣/٣٤.



تقرير الخبير المستقل المعني بآثار الديون الخارجية للدول وما يتصل بها من التزامات مالية دولية أخرى في التمتع الكامل بجميع حقوق الإنسان، وخاصة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

موجز

في هذا التقرير، يقوم الخبير المستقل المعني بآثار الديون الخارجية للدول وما يتصل بها من التزامات مالية دولية أخرى في التمتع الكامل بجميع حقوق الإنسان، وخاصة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بدراسة ما للمنازعات المتصلة بالديون التي تحال إلى النظام الدولي للتحكيم في قضايا الاستثمار من انعكاسات على حقوق الإنسان، ودراسة مسألة ما إذا كان التحكيم الاستثماري يمثل، من منظور حقوق الإنسان، خياراً ملائماً لتسوية المنازعات في سياق عمليات إعادة هيكلة الديون.

وفي ظل غياب إطار دولي لإعادة هيكلة الديون السيادية، بات يُنظر إلى التحكيم الاستثماري في الآونة الأخيرة كمحفّل يمكن من خلاله للدائنين الممتنعين عن التعاون والصناديق الانتهازية أن يسعوا إلى إنفاذ صكوك الديون السيادية. غير أن نظام التحكيم في قضايا الاستثمار قد أنشئ بقصد توفير الأمن القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر والإسهام في التنمية الاقتصادية، لا بقصد إنفاذ الالتزامات المالية، ناهيك عن منح الصناديق التحوطية القائمة على المضاربة والدائنين غير المتعاونين وسيلة لإنفاذ مطالبهم. غير أنه حتى تاريخه، دأبت أغلبية هيئات التحكيم الاستثماري على اعتبار نفسها مختصة بالفصل في منازعات الديون السيادية. ويمكن أن يفضي استعداد المحكّمين في قضايا الاستثمار للفصل في القضايا المتصلة بهذه المنازعات إلى تشجيع الصناديق الانتهازية والدائنين غير المتعاونين على الاستعانة بهذا الشكل من أشكال تسوية المنازعات، مما يجعل إعادة هيكلة الديون عملية أطول أمداً وأكثر كلفة وصعوبة.

ومعظم معاهدات الاستثمار الثنائية لا يتضمن أي أحكام صريحة فيما يتعلق بحقوق الإنسان، وكانت هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار متحفظة إجمالاً إزاء إدراج مسألة حقوق الإنسان بقوة في قراراتها. وباستثناء بضعة قرارات لهيئات التحكيم، بقيت مراعاة حقوق الإنسان في النظام الدولي للتحكيم في قضايا الاستثمار حتى الآن على هامش نظام قانون الاستثمار الدولي. وفي ظل ما لأزمات الديون من آثار عميقة وواسعة النطاق على حقوق الإنسان، فإن تحوّل معاهدات الاستثمار الثنائية إلى محفل لتسوية منازعات الديون السيادية سيكون بمثابة تطوّر خطير.

وبينما يبذل المجتمع الدولي جهوداً عظيمة للحيلولة دون تحريك الدائنين غير المتعاونين لإجراءات التقاضي أو تقليل هذه الحالات إلى أدنى حد ممكن، فإن التحكيم الاستثماري قد يفتح باباً جديداً يستطيع هؤلاء الدائنون أن يوظفوا من خلاله استراتيجياتهم المخترية. وبالتالي فإن النظام الحالي للتحكيم في قضايا الاستثمار قد يعوق الانتعاش الاقتصادي وينتقص من حجم التمويل الحكومي للخدمات العامة والمؤسسات الحكومية القائمة على أعمال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وعلى حماية الحقوق المدنية والسياسية.

المحتويات

الصفحة

٣	أولا - مقدمة
٧	ثانيا - تاريخ نشوء معاهدات الاستثمار الثنائية ومقاصدها: لا صلة للديون بالأمر على الإطلاق
١٠	ثالثا - قانون الاستثمار وحقوق الإنسان: نظرة ضيقة إلى حدّ لا يمكن قبوله
١٤	رابعا - منازعات الديون في التحكيم الاستثماري
١٩	خامسا - معاهدات الاستثمار الثنائية، وعمليات إعادة هيكلة الديون، وحقوق الإنسان
٢٢	سادسا - الاستنتاجات والتوصيات
٢٢	ألف - الاستنتاجات
٢٥	باء - التوصيات

أولا - مقدمة

١ - إن معاهدات الاستثمار الثنائية، التي تضمن الأمن القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، قد تخلق توترات فيما يتصل بما على الدول من التزامات بحماية حقوق الإنسان. وفي حين أن الاستثمار الأجنبي المباشر، في ظل ظروف معينة، قد يدرّ مكاسب اقتصادية واجتماعية، فإن معاهدات الاستثمار كثيرا ما تقيد قدرة الدول على توفير الضوابط التنظيمية الوطنية الكافية فيما يتعلق بمعايير العمل والحق في الصحة والغذاء والماء والصرف الصحي، وكثيرا ما تعرّض الدول لمطالبات تعويض من المستثمرين من القطاعين الخاص والعام. ويمكن بالتالي أن يكون لها أثر مثير لثقل لقدرة الدول على إخضاع النشاط الاقتصادي داخل أقاليمها للضوابط التنظيمية الكافية. وقد أوجدت معاهدات الاستثمار الثنائية والمتعددة الأطراف شواغل أيضا على صعيد الحق في المشاركة في الحياة العامة، ذلك أن العديد منها قد تم التفاوض عليه في الخفاء. ووجهت انتقادات أيضا إلى التحكيم الاستثماري من منطلقات إجرائية تتعلق بانعدام الشفافية، وعدم تمثيل الأشخاص المتأثرين في إجراءات التحكيم، وغياب المراجعة القضائية.

٢ - ويتناول الخبر المستقل في هذا التقرير جانبا محمدا لعمليات التحكيم في قضايا الاستثمار، ألا وهو: توظيف التحكيم الاستثماري لإنفاذ سداد الديون في سياق عمليات إعادة هيكلة الديون وأثر ذلك على حقوق الإنسان^(١). وهو يحلل ما لمنازعات الديون التي تحال إلى النظام الدولي للتحكيم في قضايا الاستثمار من آثار على حقوق الإنسان، ويناقش مسألة ما إذا كانت معاهدات الاستثمار الثنائية تتيح إمكانية حل المشاكل التي تواجهها الدول المدينة فيما يتصل بأزمات الديون السيادية، أم أنها تسبب في تفاقم هذه المشاكل. والسؤال الرئيسي الذي يحاول الإجابة عليه هو ما إذا كان التحكيم الاستثماري يمثل، من منظور حقوق الإنسان، خيارا ملائما لتسوية المنازعات في سياق إعادة هيكلة الديون^(٢).

٣ - وفي حالات التوقف عن السداد، يتعين على الدول أن تحدد الكيفية التي ستدير بها عملية سداد ديونها مع الحرص على احترام حقوق الإنسان داخل أقاليمها. وفي ظل الموارد المحدودة، يكون بإمكان الدول إما أن تعطي الأولوية الكاملة لسداد الديون فتسحب التمويل من الخدمات العامة، وإما أن تحاول الاستمرار في توفير الخدمات العامة فتقتصر في خدمة ديونها بالشكل الكامل. وكل من النهجين قد يكون له أثر سلبي على قدرة الدولة على احترام وحماية حقوق الإنسان والوفاء بالتزاماتها في هذا المجال. ومن الجلي أنه لا يتم تطبيق أي من الخيارين بصورة مطلقة: فالدول لا تتصل مما عليها من ديون بشكل انفرادي وكامل على ضوء ما تواجهه من عسر اقتصادي، والدول التي تكون مستعدة لأن تطلب من شعوبها تقديم تضحيات كبيرة من أجل سداد الديون عادةً ما تحاول بذل الجهود لحماية شعبها من الأضرار التي ترافق تدابير تصحيح الأوضاع المالية.

٤ - وما نشاهده في الممارسة العملية هو أن الدولة التي تواجه إعسارا أو نقصا في السيولة عادةً ما تكون الطرف المبادر بإجراء مفاوضات بين المدينين والدائنين، حيث يلزم أن يتوصل الطرفان في نهاية

(١) يتوجه الخبر المستقل بالشكر إلى إدوارد غونترين، من جامعة ساسكس، على ما قام به من أعمال بحثية لأغراض إعداد هذا التقرير.

(٢) تشكل هذه الدراسة التي تتناول معاهدات الاستثمار الثنائية تكملة لتقارير أعدّها خبراء آخرون في مجال حقوق الإنسان بشأن هذا الموضوع. انظر A/HRC/19/59/Add.5 و A/69/299 و A/70/301 و A/HRC/33/42 و A/HRC/30/44 و A/HRC/33/40.

المطاف إلى اتفاق بشأن نطاق ومدى تخفيض الديون أو إعادة هيكلتها وبشأن شروط الإصلاح الاقتصادي. وبينما تمثل استعادة القدرة على تحمّل أعباء الدين العام أمرا بالغ الأهمية، فإن معاملة الدائنين بصورة تعسفية أو تجاهل حقوق الإنسان للسكان كلاهما لا يمكن اعتبارهما من الخيارات المشروعة^(٣). ومن ناحية أخرى، هناك طائفة شديدة الثراء من السلوكيات المسيئة أو التمييزية أو المنطوية على سوء نية التي قد يبيدها المدينون والدائنون، سواء قبل التوقّف عن السداد أو أثناءه أو بعده. وفي هذه الحالات الدينامية، تمثل الموازنة بين جميع المعايير القانونية المنطبقة مهمة شديدة التعقيد والحساسية.

٥ - وبينما سعت الجمعية العامة مؤخرا إلى الدفع قدما بما يسمى المبادئ الأساسية لعمليات إعادة هيكلة الديون السيادية (انظر القرار ٣١٩/٦٩)، فإن عدم تأييد معظم البلدان المتقدمة للقرار لأمر يظهر استمرار فشل المجتمع الدولي في إقامة إطار قانوني ومؤسسي قوي وشامل ومستدام للتعامل بشكل ملائم مع مسألة إعادة هيكلة الديون. وهذه الفجوة تجعل من مهمة التنسيق فيما بين الدائنين من جهة، وبين الدائنين والمدينين من جهة أخرى، عملية متشعبة لا يمكن التنبؤ بنتائجها. وقد نشأ عن الأزمة المالية العالمية لعام ٢٠٠٨ وأزمات الديون السيادية التي تشهدها حاليا عدة بلدان مزيد من الضغط على البنية المالية العالمية، إلى جانب إظهارها مكانا ضعفت هذه البنية^(٤).

٦ - ويمكن وصف المشكلة النمطية التي تجابه في هذا السياق على النحو التالي: إذا لم يتفق جميع الدائنين على شروط الدين التي تسعى الدولة المدينة إلى تطبيقها، قد يمتنع بعض الدائنين عن المشاركة من منطلق رغبتهم في تأمين ناتج أفضل في المستقبل. ويمكن أن يتسبب هؤلاء الدائنون غير المتعاونين في إبطاء عملية إعادة هيكلة الديون السيادية. وطالما بقي الدين غير مسدد، يصعب على الدول طرق الأسواق، وقد يفضي أيضا فقدان الثقة في قدرة الدولة على سداد ديونها والتغلب على أزمته المالية إلى تدفق رؤوس الأموال إلى خارج الدولة. وبالتالي قد تفضي إطالة أمد التأخيرات إلى أزمات اقتصادية ومالية أشد قسوة، مما قد يفضي في نهاية المطاف إلى مزيد من تقليص قيمة أصل الدين. وبالتالي، قد يترك الدائنون غير المتعاونين أثرا كبيرا على عمليات إعادة هيكلة الديون السيادية التي كانت لولا ذلك ستؤدي دورا يصبّ في اتجاه المصلحة الأعم. وقد أوجدت المخاطر المرتبطة بطول أمد عمليات إعادة هيكلة الديون وعدم إمكانية التنبؤ بنتائجها سوقا للصناديق التحوطية التي تسعى إلى استغلال الوضع من خلال شراء الديون غير المسددة بخضم كبير من حائزي السندات المتعثرة ثم السعي إلى إنفاذ شروط الصك لتعظيم عائداتها (ما يسمى بالصناديق الانتهازية)^(٥).

٧ - وفي ظل الفراغ القانوني والمؤسسي القائم في هذا الميدان، وهو ما يتجلى على وجه الخصوص في النشاط المكثف للصناديق الانتهازية في أسواق الديون السيادية، بات الدائنون في السنوات الأخيرة

(٣) انظر Juan Pablo Bohoslavsky and Matthias Goldmann, "An incremental approach to sovereign debt restructuring: sovereign debt sustainability as a principle of public international law", *Yale Journal of International Law*, vol. 41, No. 2 (2016), and A/70/275.

(٤) Christian J. Tams, Stephan W. Schill and Rainer Hofmann, "International investment law and the global financial architecture: identifying linkages, mapping interactions," in *International Investment Law and the Global Financial Architecture*, Christian J. Tams, Stephan W. Schill and Rainer Hofmann, eds. (Cheltenham, Gloucestershire, Edward Elgar Publishing, 2017).

(٥) انظر قرار مجلس حقوق الإنسان ٣٠/٢٧، والوثقتين A/HRC/14/21 و A/HRC/33/54.

يستكشفون محافل بديلة لحماية حقوقهم التعاقدية. وتمثل أحد الخيارات في إحالة منازعات الديون إلى التحكيم الدولي تحت مظلة معاهدات الاستثمار الثنائية^(٦). وبعبارة بسيطة: يحتاج الدائنون في سياق أزمات الديون بقانون الاستثمار الأجنبي لحماية حقهم في استرداد ما لهم من ديون، فيقدمون مطالباتهم إلى هيئات التحكيم الدولي. وما قد يبدو للوهلة الأولى كحل عملي قد يكون في واقع الأمر بديلاً ينطوي على مشاكل عويصة من منظور حقوق الإنسان والقدرة على تحمل أعباء الديون.

٨ - وعندما تقف الدولة أمام نظامي حقوق الإنسان والاستثمار الدوليين في وقت واحد، تواجه الحكومات معضلة تتجسد بشكل ملموس عندما تصبح الحكومة عرضة لمطالبات على كلتا هاتين الجبهتين: فالدولة إما تكون مسؤولة عن عدم اتخاذ التدابير المطلوبة بموجب معاهدات حقوق الإنسان، وإما تعطي الأولوية للالتزامات حقوق الإنسان وبالتالي تمسّ بمصالح المستثمرين. وإلى حد ما، تتفاقم هذه المعضلة بفعل الممارسة المعتادة لهيئات التحكيم التي تكون مسؤولة عن تفسير وتطبيق معاهدات الاستثمار الثنائية: فهذه الهيئات تنظر إلى معاهدات الاستثمار باعتبارها الصكوك ذات المرجعية العليا، وهي لم تتنبه إلا مؤخراً إلى إمكان أن يكون للقانون الدولي لحقوق الإنسان دور في قراراتها^(٧). وقد أدى هذا الانقسام إلى تصنيف بعض التدابير التنظيمية الوطنية المتخذة لحماية حقوق الإنسان باعتبارها انتهاكات لمعاهدات الاستثمار الثنائية. وقد فرضت هيئات التحكيم الدولي في قضايا الاستثمار على الدول تعويضات صارمة، مما أدى بدوره إلى مزيد من تآكل الحيز المالي المتاح للدول التي تواجه صعوبات مالية^(٨).

(٦) منذ عام ٢٠٠٥، قدم الدائنون أربع مطالبات إلى هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار محاولة إنفاذ أحكام السندات السيادية (قضية أباكلات وآخرين ضد جمهورية الأرجنتين (*Abaclat and others v. Argentine Republic*, ICSID case No.) (ARB/07/5, decision on jurisdiction and admissibility, 4 August 2011)؛ وقضية أميينتي أوفيسيو وآخرين ضد جمهورية الأرجنتين (*Ambiente Ufficio and others v. Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/08/9, decision on) (jurisdiction and admissibility, 8 February 2013)؛ وقضية أليمانني وآخرين ضد جمهورية الأرجنتين (*Alemanni and others v. Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/07/8, decision on jurisdiction and admissibility, 17 November 2014)؛ وقضية بوشتوفا بانكا إيه إس وإيستروكابيتال إس إي ضد الجمهورية البولندية (*Poštová banka, a.s. and Istrokapital S.E. v. Hellenic Republic*, ICSID case No. ARB/13/8, award, 9 April 2015).

(٧) انظر بيان هيئة التحكيم في قضية سي إم إس غاس ترانسميشن كومباني ضد حكومة الأرجنتين (*CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/01/8, award, 12 May 2005). وقد حاولت الأرجنتين الاحتجاج بما لمعاهدات حقوق الإنسان من مركز دستوري في الأرجنتين لتبرير موقفها في النزاع. وفي الفقرة ١٢١، ذكرت المحكمة أنه "ما من شك في تأثير حقوق الإنسان الأساسية عند النظر في المسائل التي تمس كلا الطرفين". انظر أيضاً قضية برنارد فون بيزولد ضد جمهورية زيمبابوي (*Bernhard von Pezold v. Republic of Zimbabwe*, ICSID case No.) (ARB/10/15, award, 28 July 2015, procedural order No. 2, 26 June 2012)؛ حيث رفض المحكمون مذكرة مقدمة من جهة صديقة لهيئة التحكيم، واستندوا في قرار الرفض إلى أن حقوق الشعوب الأصلية لا تمت بصلة للمطالبة موضوع التحكيم، ثم اتخذوا من حظر التمييز العنصري حجة لحيثية لحكمهم لصالح المستثمر الأجنبي.

(٨) انظر قضية ساور إنترناشيونال إس إيه ضد جمهورية الأرجنتين (*Saur International S.A. v. Argentine Republic*,) (ICSID Case No. ARB/04/4, decision on jurisdiction and liability, 6 June 2012)؛ وقضية سوينر وسوسبيداد خنرال دي آغواس دي بارثلونا إس إيه وفيغندي يونيفرسال إس إيه ضد حكومة الأرجنتين (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID case No.) (ARB/03/19, decision on liability, 30 July 2010). انظر أيضاً "The conventional control of investment arbitrations: enhancing coherence through dialogue", *Transnational Dispute Management*, vol. 10, No. 1 (2013). وبخصوص القضية الأعم المتعلقة بتزايد فقدان الحيز السياسي خلال السنوات الـ ١٥ الماضية بسبب اتفاقات التجارة الحرة ومعاهدات الاستثمار الثنائية، انظر Rick Rowden, "The case for (policy space)", *The Mint*, Issue 2 (June 2017).

٩ - وينقسم هذا التقرير إلى ستة فروع: في الفرع الثاني، يستعرض الخبير المستقل متى وكيف ولماذا وُضع قانون حماية الاستثمار الأجنبي، ويدفع بأطروحة مفادها أن القصد الأساسي من القانون هو توفير الأمن القانوني لجميع أصحاب المصلحة في حالات الاستثمار المباشر، وأنه ليس نظاماً قانونياً أنشئ لمعالجة قضايا الديون الخاصة والعامة. وفي الفرع الثالث، يقدم الخبير المستقل تحليلاً نقدياً للتفسير الضيق للقانون المنطبق الذي يعتمده جلّ هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار عندما لا تعطي أهمية كبيرة لقانون حقوق الإنسان في تسوية ما يُعرض عليها من منازعات. وفي الفرع الرابع، يستعرض كيف يتم، أو يمكن أن يتم، استخدام معاهدات الاستثمار الثنائية ومعايير الاستثمار لتسوية منازعات الديون السيادية، مع الدفع بفكرة أنها لا تعالج بصورة وافية ما لعمليات إعادة هيكلة الديون السيادية من انعكاسات أوسع نطاقاً. وفي الفرع الخامس، يستعرض بمزيد من التفصيل ما ينطوي عليه مسار التحكيم من مشاكل، وذلك بتركيزه على الآثار الضارة التي تلحق بحقوق الإنسان من جراء استخدام معاهدات الاستثمار الثنائية لمعالجة عمليات إعادة هيكلة الديون. ويتضمن الفرع السادس النتائج والتوصيات الرئيسية.

ثانياً - تاريخ نشوء معاهدات الاستثمار الثنائية ومقاصدها: لا صلة للديون بالأمر على الإطلاق

١٠ - تتمثل السمة الملازمة للاستثمار الأجنبي المباشر في قيام فرد أو شركة (المستثمر الأجنبي) من حملة جنسية إحدى الدول (دولة المصدر) بتحويل أصول إلى إقليم دولة أخرى (الدولة المضيفة) بهدف جني مكسب اقتصادي طويل الأجل^(٩). وقبل أن توجد معاهدات الاستثمار الثنائية، كان المستثمرون الأجانب، بصفتهم أجنباً في الدولة المضيفة، مشمولين بحماية المعيار العرفي الدولي الأدنى الذي كان يجري إنفاذه من خلال الحماية الدبلوماسية. ولم يكن هذا النظام يوفر قدراً كبيراً من الحماية للمستثمرين الأجانب. فالأمر لم يكن مقتصرًا على كون عتبة نشوء انتهاك للمعيار العرفي عالية، بل وكانت أيضاً مسألة قبول الدولة المضيفة طوعاً للمطالبة المقدمة من المستثمر الأجنبي استناداً إلى الحماية الدبلوماسية مسألةً تقديرية ومرهنة بحجم النفوذ السياسي.

١١ - وقد كانت عملية إنهاء الاستعمار نقطة الانطلاق لاستحداث المعاهدات المكرسة لحماية المستثمرين الأجانب. فقد كانت هناك دول كثيرة من التي تخلّصت من الاستعمار حديثاً غير راضية عن الطريقة التي كانت تُستغلّ بها اقتصادياً خلال الفترة الاستعمارية، فاعتزضت على استمرار اتفاقات الامتياز القائمة من قِبَل مَنْ باتوا يُعرفون بالمستثمرين الأجانب^(١٠). ولإعمال استقلالها الاقتصادي (بالإضافة إلى استقلالها السياسي)، بدأت الدول التي تخلّصت من الاستعمار حديثاً بمصادرة الاستثمارات المملوكة للأجانب. وعلى إثر هذه المصادرات، وفي ظل حالة عدم اليقين القانونية التي تولّدت عن المناقشات التي جرت في الأمم المتحدة بشأن الحقوق القانونية للمستثمرين الأجانب، استُحدثت معاهدات الاستثمار الثنائية لتوفير اليقين القانونية. وتجدر الإشارة إلى أن البنك الدولي أنشأ المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في عام ١٩٦٥ ليكون أداة لتشجيع الاستثمارات الأجنبية. وبعد ذلك، وعلى إثر تنفيذ توافق

(٩) انظر OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 4th ed. (Paris, OECD, 2008).

(١٠) انظر Edward Guntrip, "Self-determination and foreign direct investment: re-imagining sovereignty in international investment law," *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, No. 4 (October 2016).

آراء واشنطن وتشجيع الاستثمار الأجنبي على الصعيد العالمي، أصبحت معاهدات الاستثمار الثنائية أداة واسعة الانتشار لحماية المستثمرين الأجانب. وعلى مدى السنوات الـ ٢٥ الماضية، ترسّخت معاهدات الاستثمار الثنائية باعتبارها الأداة الرئيسية في القانون الدولي لحماية الاستثمار الأجنبي المباشر. ويتألف نظام الاستثمار الدولي حاليا من قرابة ٣٠٠٠ معاهدة استثمار ثنائية وأكثر من ٣٥٠ معاهدة متعددة الأطراف تتضمن أحكاما تتعلق بالاستثمار^(١١).

١٢ - وفي هذا السياق، ليس من المستغرب أن ما يسمى اختبار سالييني^(١٢) كان مستخدما على نطاق واسع منذ وقت طويل من قبل المحكّمين لتحديد ما إذا كانت معاملة ما تعتبر استثمارا مباشرا أجنبيا لأغراض المادة ٢٥ من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية الناشئة بين الدول ورعايا الدول الأخرى. ويشترط الاختبار أن تكون هناك مساهمة بأموال أو أصول بقصد الاستثمار الطويل الأجل؛ وأن تكون هناك مخاطرة تجارية؛ وأن يكون النشاط داخل إقليم الدولة المضيفة؛ وأن يكون المستثمر الأجنبي قائما بدور فاعل في إدارة الاستثمار؛ وأن يساهم الاستثمار في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة. وعموما، كان اختبار سالييني يُستعمل بشكل جدي من جانب المحكّمين لتحديد ما إذا كانت المعاملة موضوع النزاع مستوفية لخصائص الاستثمار الأجنبي المباشر. وهذا يتماشى مع الأحكام المتصلة بالتنمية في اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية الناشئة بين الدول ورعايا الدول الأخرى، والتي شكلت الأساس الذي استند إليه الاختبار في الأصل. غير أنه مع عدم إجراء إصلاحات كبيرة لمعاهدات الاستثمار الثنائية، بات المحكّمون الآن أكثر استعدادا بكثير لمراعاة الالتزامات المالية المحضة بصورتها المشمولة بحماية معاهدات الاستثمار الثنائية.

١٣ - ومن الناحية النظرية، تخلق معاهدات الاستثمار الثنائية يقينية قانونية للمستثمرين الأجانب بشمولها المستثمرين والمشاريع الاستثمارية بالحماية عن طريق الحماية الموضوعية والحقوق الإجرائية على السواء. وتكون معاهدات الاستثمار الثنائية مهيكلية بحيث يكون على الدولة المضيفة التزامات تجاه دولة المصدر، وهي التزامات قابلة للإنفاذ بشكل مباشر ضد الدولة المضيفة من جانب المستثمر الأجنبي. وتتعلق الحقوق الموضوعية المكفولة بشكل غير مباشر للمستثمر الأجنبي بحماية الممتلكات (الإلزام بالتعويض في حالة نزع الملكية)، والحقوق القانونية (المعاملة العادلة والمنصفة)، والأمن (الحماية والأمن الكاملان)، وعدم التمييز (المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية). ويقوم المستثمرون الأجانب بتحريك الإجراءات القانونية ببدء مطالبة استنادا إلى العرض القائم من الدولة المضيفة للتحكيم في قضايا الاستثمار (ويكون منشأ عادةً معاهدة استثمار ثنائية أو التشريعات المحلية).

١٤ - وبينما تهدف معاهدات الاستثمار الثنائية في المقام الأول إلى حماية المستثمر، فهي تمثل أيضا أدوات للتعبير عن الأيديولوجيات السياسية والاقتصادية. فخلال ثمانينيات وتسعينيات القرن العشرين، كانت أحكام معاهدات الاستثمار الثنائية تمثل انعكاسا لتوافق آراء واشنطن وما يستند إليه من سياسات قائمة على الفكر الليبرالي الجديد. وكان النهج السوقي المتبع في تخصيص الاستثمار الأجنبي المباشر متجسدا في معاهدات الاستثمار الثنائية التي تتضمن مستويات عالية من حماية الاستثمار كحافز

(١١) انظر متصفح اتفاقات الاستثمار الدولية التابع لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الأونكتاد)، المتاح على العنوان الشبكي <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

(١٢) انظر قضية سالييني كوستروتوري إس بي إيه وإيتالستريد إس بي إيه ضد المملكة المغربية (*Salini Costruttori S.p.A. and Italtrade S.p.A v. Kingdom of Morocco*, ICSID case No. ARB/00/4, decision on jurisdiction, 23 July 2001).

للمستثمرين الأجانب. وفي التسعينيات، أفضى استحداث اتفاق التجارة الحرة لأمريكا الشمالية إلى نشوء منازعات استثمارية بين الدول المتقدمة. وكرد فعل، ضيّقت الدول المتقدمة تفسير معايير حماية الاستثمار لتقليل درجة تعرّضها لمخاطر المطالبات إلى أدنى حد ممكن. ومنذ عام ٢٠٠٠، اتجهت أحكام معاهدات الاستثمار الثنائية بشكل تدريجي إلى مراعاة التطورات المستجدة على الصعيدين القانوني والسياسي^(١٣).

١٥ - وهناك افتراضان يركز إليهما هيكل معاهدات الاستثمار الثنائية. وأولهما أن المستثمر الأجنبي يحتاج إلى الحماية من الدولة المضيفة خلال مرحلة ما بعد الإنشاء في عملية الاستثمار. فبمجرد قيام المستثمر الأجنبي بالاستثمار في الدولة المضيفة، يصبح عرضة لممارسة الدولة المضيفة لسلطتها السيادية التي قد تُستخدم بطريقة تعسفية أو تمييزية. وفي ظل حجم ومدة مشاريع الاستثمار الأجنبي المباشر، يكون هناك خطر من احتمال أن تسلك الدولة المضيفة سلوكا ضارا. وتهدف معايير حماية الاستثمار إلى تقليل هذا الخطر إلى أدنى حد ممكن عن طريق تمكين المستثمر الأجنبي من الطعن في ممارسة الدولة لسلطتها بصورة تنتهك معايير حماية الاستثمار. والافتراض الثاني مرتبط بالأول. فبهدف اجتذاب المستثمرين الأجانب لدخول الإقليم الخاضع لولاية دولة ما، يتعين على الدول توفير الحماية على سبيل البرهنة على أنها لن تتصرف بطريقة تعسفية أو تمييزية. ومن الناحية النظرية، كلما ارتفع مستوى الحماية التي تقدمها الدولة، كلما انخفضت مخاطرة المستثمر الأجنبي وأصبحت الدولة أكثر جاذبية كوجهة للاستثمار الأجنبي. بيد أن صحة هذا الافتراض موضع شك على ضوء الدراسات القائمة على البيانات الواقعية لتدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر^(١٤).

١٦ - وتنص معاهدات الاستثمار الثنائية على تسوية المنازعات بصورة تخصصية في شكل التحكيم في قضايا الاستثمار، وهو الممارسة التي نشأت كمتدى يفترض أنه منفصل عن السياسية بهدف إزالة الانطباع المأخوذ عن انحياز المحاكم في الدول المضيفة. وهذه الممارسة المصمّمة على نسق التحكيم التجاري الدولي والأشكال التقليدية للتحكيم بين الدول تتسم بإجراءات يمكن أن تحكمها قواعد التحكيم الاستثماري التخصصية أو القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي. وعلى غرار التحكيم التجاري الدولي والتحكيم بين الدول، تتم تسمية المحكمين في قضايا الاستثمار من قبل الأطراف بشكل مخصّص لكل قضية على حدة. وعلاوة على ذلك، فتماشيا مع الممارسات المتبعة في شكلي التحكيم المذكورين، جرى العرف على أن يكون التحكيم في قضايا الاستثمار سرّيا. وقد تطوّرت الجوانب المرتبطة بالحقوق الخاصة للتحكيم في قضايا الاستثمار بحيث تعكس كون التحكيم الاستثماري مسألة مرتبطة بالصالح العام. وتشمل التدابير الرامية إلى زيادة مشاركة الجمهور في التحكيم في قضايا

(١٣) انظر Edward Guntrip, "Systemic integration and international investment law" in *Select Proceedings of the European Society of International Law, Volume 3* 2010, James Crawford and Sarah Nouwen, eds. (Oxford, Hart Publishing, 2012).

(١٤) انظر، على سبيل المثال، Mary Hallward-Driemeier, "Do bilateral investment treaties attract FDI? Only a bit and they could bite" in *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Karl P. Sauvant and Lisa E. Sachs, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2009); Lauge Skovgaard Poulsen, "The importance of BITs for foreign direct investment and political risk insurance: revisiting the evidence" in *Yearbook on International Investment Law and Policy* 2009/2010, Karl P. Sauvant, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2010).

الاستثمار زيادة الشفافية وبدء الأخذ بنظام تقديم المذكرات من الجهات الصديقة لهيئة التحكيم لإتاحة المجال لأن تكون وجهة نظر الصالح العام ممثلة.

١٧ - ومع ذلك، تجدر الإشارة إلى أن الجهات المتأثرة من الأطراف الثالثة، من قبيل السكان المتضررين من الاستثمارات الأجنبية، غالبا ما لا تكون ذات صفة بالصورة الكافية في التحكيم الاستثماري، ولا تتوفر لها سوى فرص محدودة للمشاركة. وتتم إجراءات التحكيم في معظم الحالات في جلسات سرية، مما يمنع الأطراف الثالثة المتأثرة من متابعتها. وبينما أصبحت المذكرات المقدمة من الجهات الصديقة لهيئة التحكيم قناة ممكنة لمراعاة الصالح العام في التحكيم في قضايا الاستثمار، فإنها لم تغلب على أزمة الشرعية التي يواجهها نظام قانون الاستثمار الدولي.

١٨ - وخالصة القول إنه في ظل كون الاستثمارات موضوع القضايا طويلة الأجل بطبيعتها، وفي ظل ضخامة التكاليف التي يتكبدها المستثمر الأجنبي، اعتُبر من الضروري أن تُكفّل للمستثمرين معايير حماية الاستثمار المنصوص عليها في معاهدات الاستثمار الثنائية. وهذا النظام، وحتى مع كل ما يعترضه من عيوب خطيرة، قد أنشئ بهدف التعامل مع المشاكل المتصلة بالاستثمار المباشر، لا المعاملات المالية. وعلاوة على ذلك، لم يكن مقصودا على الإطلاق بدياجة اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية الناشئة بين الدول ورعايا الدول الأخرى حمايةً لجهات من قبيل الصناديق التحوطية التي تمارس نشاط المضاربة مثلا، فالديباجة تنصّ على أن الغرض من الاتفاقية هو تعزيز التنمية الاقتصادية عن طريق تشجيع الاستثمار الخاص^(١٥).

١٩ - وعلاوة على ذلك، وحتى مع مراعاة أن عددا كبيرا من معاهدات الاستثمار الثنائية لا يغطي الاستثمار الأجنبي المباشر فحسب وإنما أيضا الاستثمار في المحافظات، فمن المثير للدهشة أن تفسير معاهدات الاستثمار الثنائية بطريقة فضفاضة تذهب إلى حد اعتبار أن منازعات الديون، في سياق إعادة هيكلة الديون، ينبغي أن تُحال إلى نظام التحكيم في قضايا الاستثمار، هو تفسير يلتف حول البنية المالية العالمية برمّتها وما يتصل بالأمر من معايير قانونية. فهل من المشروع ألا تُسمع حتى أصوات المؤسسات المالية المتعددة الأطراف وممثلي الدائنين من الجهات العامة والخاصة ودافعي الضرائب في عملية ستتحدّد على ضوءها ملامح إعادة هيكلة الديون، أو ألا تقوم هيئة التحكيم التي تتناول مثل هذه القضايا حتى بمراعاة مبادئ من قبيل القدرة على تحمل أعباء الديون؟

ثالثا - قانون الاستثمار وحقوق الإنسان: نظرة ضيقة إلى حدّ لا يمكن قبوله

٢٠ - على الرغم من النطاق الآخذ في الاتساع لمعاهدات الاستثمار الثنائية وعمليات التحكيم في قضايا الاستثمار التي تغطي المجالات الاقتصادية والاجتماعية الحساسة التي تمس حقوق الإنسان، فإن الأحكام الصادرة عن المحكّمين لم تعط وزنا كبيرا حتى الآن لمعاهدات حقوق الإنسان^(١٦). فقد أدرجت

(١٥) انظر Alex Grabowski, "The definition of investment under the ICSID Convention: a defense of Salini," *Chicago Journal of International Law*, vol. 15, No. 1 (2014).

(١٦) انظر Susan Karamanian, "The place of human rights in investor-state arbitration," *Lewis & Clark Law Review*, vol. 17, No. 2 (2013); and Pierre-Marie Dupuy and others, eds. *Human Rights in International Investment Arbitration* (Oxford, Oxford University Press, 2009).

هيئات التحكيم أحيانا إشارات مرجعية إلى التزامات حقوق الإنسان، ولكنها قلما طبقتها مباشرة. ويمكن أن يعزى ذلك إلى الفهم الضيق لمهامية ما ينبغي اعتباره القانون المنطبق.

٢١ - ويتمثل أحد الأسباب في أن معاهدات الاستثمار الثنائية لم يتم تضمينها حتى الآن تقريبا أي إشارات صريحة إلى حقوق الإنسان. ويتضمن بعض معاهدات الاستثمار الثنائية إشارات إلى أنه على المستثمرين احترام حقوق العمل الأساسية المذكورة في إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل^(١٧). بيد أن حقوق الإنسان غير مذكورة في أي من معاهدات الاستثمار الثنائية النموذجية التي يستخدمها كل من ألمانيا والصين وفرنسا والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية والولايات المتحدة الأمريكية. وعلى الرغم من أن المبادئ التوجيهية المتعلقة بالأعمال التجارية وحقوق الإنسان (A/HRC/17/31) تشدد على أنه "ينبغي للدول أن تحتفظ بمحيز للسياسات الداخلية كافٍ للوفاء بالتزاماتها المتعلقة بحقوق الإنسان عند متابعة الأهداف السياسية المتصلة بالأعمال التجارية مع دول أو مؤسسات تجارية أخرى، مثلاً من خلال معاهدات أو عقود استثمارية"، فإن الغالبية العظمى من معاهدات الاستثمار الثنائية السارية حالياً لا تتضمن أي ضمانات صريحة لحقوق الإنسان.

٢٢ - ولا ينبغي أن يتسبب عدم وجود أحكام صريحة تتناول حقوق الإنسان في معاهدات الاستثمار في امتناع المحكمين عن تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان. فأولاً، من الممكن للدول أن تدافع عن التدابير الرامية إلى حماية حقوق شعوبها بالاستناد إلى الأحكام الواردة في العديد من معاهدات الاستثمار بخصوص حماية سلطاتها التنظيمية، مثل الأحكام العامة الواردة في بعض معاهدات الاستثمار والتي تعطي الدولة المضيفة الحق في اعتماد تدابير لحماية الأمن أو الحياة البشرية أو حقوق العمل أو الصحة العامة أو البيئة^(١٨). وثانياً، فإن قانون الاستثمار الدولي يشكل جزءاً من القانون الدولي العام، وينبغي بالتالي أن يراعي الالتزامات الأخرى في القانون الدولي العام، بما في ذلك حقوق الإنسان. وبالفعل، فوفقاً للمادة ٣١ (٣) (ج) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات والمادة ٤٢ من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية الناشئة بين الدول ورعايا الدول الأخرى والأحكام العامة الواردة في العديد من معاهدات الاستثمار الثنائية، لا ينبغي أن يراعي المحكمون نص معاهدات الاستثمار فقط، بل وأن يراعوا أيضاً "أي قاعدة ذات صلة من قواعد القانون الدولي المنطبق على العلاقة بين الأطراف". ولذلك ذهب البعض إلى أن المادة ٣١ (٣) (ج) من اتفاقية فيينا توفر مدخلاً هاماً للإدماج الممنهج لحقوق الإنسان في التحكيم في قضايا الاستثمار^(١٩).

٢٣ - وتتمتع معاهدات حقوق الإنسان الرئيسية، من قبيل العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، بدرجة عالية جداً من اتساع نطاق التصديق عليها. وفي معظم الحالات، تُعتبر هذه المعاهدات القانون الدولي المنطبق بالنسبة للدولتين الطرف في معاهدة الاستثمار الثنائية، وهي تتيح بالتالي المجال لهيئات التحكيم لمراعاة مسائل حقوق الإنسان في سياق منازعات الاستثمار. وإذا لم تكن الدولة طرفاً في إحدى معاهدات حقوق الإنسان، يمكن الاحتجاج بمفهوم أن معايير حقوق الإنسان الأساسية تعتبر التزامات تجاه الكافة، وأنها ملزمة

(١٧) انظر، على سبيل المثال، المادة ١٣ من معاهدة الاستثمار النموذجية للولايات المتحدة لعام ٢٠١٢.

(١٨) انظر، على سبيل المثال، المادتين ١٠ و ١١ من معاهدة الاستثمار الثنائية النموذجية لكندا لعام ٢٠٠٤.

(١٩) انظر Bruno Simma, "Foreign investment arbitration: a place for human rights?", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, No. 3 (July 2011).

لجميع الدول، ذلك أن حماية هذه الحقوق تمثل مصلحة عالمية النطاق لا سبيل إلى إنكارها. وبالتالي فإن تطبيقها شامل. ولا يُعقل أن يتوقع المستثمرون أن تحميهم المعاهدات الثنائية التي تُخدم أغراضاً محددة من الالتزامات السارية تجاه الكافة المتأصلة في معاهدات حقوق الإنسان الموضوعية المتعددة الأطراف.

٢٤ - وبما أن معاهدات حقوق الإنسان المتعددة الأطراف تستلزم اعترافاً واسع النطاق بما أنشأته من التزامات، فلا يمكن الاستخفاف بالأمر إلى حد افتراض أن دولة أبرمت معاهدة استثمار ثنائية ستجعل نفسها في وضع متناف مع التزاماتها تجاه المجتمع الدولي ككل. وبما أن التضارب المعياري الذي يجري تناوله في هذه السطور يقع في صميم العلاقات بين المستثمرين والدول المدينة المضيفة، يجب أن يُسعى إلى إضفاء تكامل ممنهج على القانون الدولي. ويستلزم النهج التداولي الذي تركز إليه هذه المعايير انفتاحاً تجاه تفسير "المنطلقات المنطقية المختلفة لشتى شرائح تنظيم المجال المالي"، ذلك أن السياسات النقدية والمالية والمصرفية والإئتمانية هي بطبيعتها سياسات مترابطة^(٢٠).

٢٥ - وعند تسوية منازعة بين دولة ومستثمر ويكون للأمر صلة بحقوق الإنسان، يجب أن تأخذ هيئات التحكيم في الحسبان التفاعل القائم بين النظامين القانونيين المنطبقين على تحليلاتها، مع الحرص على ألا يجلّ أحدهما محل الآخر. والمبدأ التوجيهي الأساسي للتعامل مع هذا التفاعل بشكل عقلاني هو الاهتمام إلى تفسيرات لمعاهدة الاستثمار الثنائية تكون متوافقة مع التزامات حقوق الإنسان، والعكس بالعكس. ويلزم مراعاة الاتساق تجنباً لتجزؤ النظام القانوني الدولي الذي ينشد الشرعية، وينشد الاتساق بالتبعية. وصحيح أن بعض هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار بدأت مؤخراً تضمن قراراتها إشارات إلى حقوق الإنسان، ولكن هذا لم يصبح بعد ممارسة واسعة الانتشار أو مترسخة^(٢١).

٢٦ - وكان كثير من الحالات الأولى لهيئات التحكيم في قضايا الاستثمار يحجم عن توسيع نطاق اختصاصه ليشمل حقوق الإنسان. ويمكن أن يعزى ذلك إلى كون الاختصاص القضائي لهيئات التحكيم في قضايا الاستثمار هو اختصاص محدود، ولا سيما في عمليات التحكيم التي تتم وفقاً لاتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية الناشئة بين الدول ورعايا الدول الأخرى، التي تقصر الاختصاص على "أي نزاع قانوني يكون ناشئاً عن الاستثمار بشكل مباشر" (المادة ٢٥). ومع ذلك، فإن هيئات التحكيم الاستثماري إما لم تعترف بأهمية حقوق الإنسان وإما قللت من احتمالات حدوث حالات تضارب في الالتزامات التعاقدية بين الالتزامات النابعة من معاهدات الاستثمار الثنائية وبين الصكوك الدولية لحقوق الإنسان^(٢٢). وهناك هيئات تحكيم أخرى وظفت حقوق الإنسان بشكل غير متسق لتأييد مطالبات المستثمرين الأجانب^(٢٣). وكان أحدث قرار صدر لمعالجة مسألة حقوق الإنسان في

(٢٠) انظر Matthias Goldmann, "International investment law and financial regulation: towards a deliberative approach," in *International Investment Law and the Global Financial Architecture*

(٢١) انظر قضية هشام الوزراق ضد جمهورية إندونيسيا (*Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia, United Nations Commission on International Trade Law, final award, 15 December 2014*)؛ وقضية فيليب موريس براندز إس إيه آر إل وأبال هيرمانوس إس إيه ضد جمهورية أوروغواي الشرقية (*Philip Morris Brands Sàrl and Abal v. Hermanos S.A v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID case No. ARB/10/7, 8 July 2016*).

(٢٢) انظر، على سبيل المثال، قضية *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*.

(٢٣) انظر، على سبيل المثال، قضية *Bernhard von Pezold v. Republic of Zimbabwe*.

حالات التحكيم في قضايا الاستثمار هو القرار الصادر في قضية أورباسير ضد الأرجنتين^(٢٤). فقد أدمجت محكمة الاستثمار حقوق الإنسان في قرارها من خلال نظرها في كيفية تأثير التزامات حقوق الإنسان على الالتزام بمعايير المعاملة العادلة والمنصفة، وذلك من زاوية انطباقه على الدفاع عن الضرورة، وخلصت إلى أنها مختصة بنظر الشكوى المضادة القائمة على حقوق الإنسان. وبالتالي كان هذا الحكم أشمل الأحكام من هذا النوع من حيث أسلوب معالجته لمساحة التقاطع بين حقوق الإنسان وقانون الاستثمار الدولي. وأثبت الحكم أن بعض المحكمين في قضايا الاستثمار قد يكونون مستعدين لاعتماد نهج منفتح على حقوق الإنسان تجاه التحكيم الاستثماري. بيد أن هذا القرار مثار جدل بسبب الطريقة التي سعت بها هيئة التحكيم إلى وضع التزامات في مجال حقوق الإنسان على عاتق المستثمر الأجنبي بشكل مباشر^(٢٥). وبالتالي فإنه من غير الواضح في هذه المرحلة ما إذا كان هذا الحكم سيؤخذ في المستقبل كسابقة لفتح أبواب التحكيم الاستثماري أمام المعالجة الممثلة لمعايير حقوق الإنسان المنطبقة.

٢٧ - وبالتالي، فصحيح أن هناك اعترافاً بدأ يتكوّن بحقوق الإنسان باعتبارها من العناصر الوجيهة لمعاهدات الاستثمار الثنائية، ولكن أمام هذا الاعتراف شوطاً طويلاً لكي يتسّخ. وبناء على ذلك، فإن استخدام حقوق الإنسان في قانون الاستثمار الدولي يظل على هامش النظام القانوني.

٢٨ - وبدأت معاهدات الاستثمار الثنائية النموذجية المعدّة مؤخراً تستحدث معايير أكثر مرونة لحماية الاستثمارات يُعترف فيها بحقوق الإنسان. فمعاهدة الاستثمار الثنائية النموذجية للهند لعام ٢٠١٦ تتضمن أحكاماً تهدف إلى حماية حقوق الإنسان وتضع التزامات على عاتق دولة المصدر^(٢٦)، وإن لم يتبيّن بعد كيف سيتم استقبالها من جانب الدول الأخرى. وهناك أيضاً الاتفاقية الاقتصادية والتجارية الشاملة بين كندا والاتحاد الأوروبي، التي تنتظر التصديق عليها من الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، والتي تتضمن هي الأخرى إشارات إلى حقوق الإنسان في الديباجة. بيد أن مستوى حماية حقوق الإنسان الذي تكفله الاتفاقية كان موضع انتقادات من جانب هيئات حقوق الإنسان^(٢٧).

٢٩ - وعلى الرغم من هذه التطورات، فإن معاهدات الاستثمار الثنائية القائمة ستبقى ملزمة للدول لمدة لا يستهان بها، وربما تظل سارية حتى بعد أن تنسحب منها الدول نظراً لاحتوائها على بنود الانقضاء الموقوت^(٢٨). وبالنسبة للغالبية العظمى من المنازعات الاستثمارية المقبلة، لن يكون هناك بالتالي أي سند نصّي وارد في معاهدات الاستثمار الثنائية يفرض على هيئة التحكيم الاستثماري تناول التزامات حقوق الإنسان ذات الصلة.

(٢٤) *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia v. Republic of Argentina* ICSID case No. ARB/07/26, award, 6 December 2016.

(٢٥) انظر Edward Guntrip, “*Urbaser v Argentina: the origins of a host state human rights counterclaim in ICSID arbitration?*” *EJIL: Talk!* 10 February 2017.

(٢٦) انظر المادتين (v) (1) و 12 و 13.

(٢٧) انظر، على سبيل المثال، Commission nationale consultative des droits de l’homme (France), “Let us not sacrifice human rights for commercial interests”, 15 December 2016.

(٢٨) هذا هو الحال بالنسبة لدول مثل بولندا. انظر Agnieszka Zarowna, “Termination of BITs and sunset clauses – what can investors in Poland expect?” available from <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/02/28/booked-22-february-polish-bits/>

رابعاً - منازعات الديون في التحكيم الاستثماري

٣٠ - لقد بدأ الدائنون الممتنعون عن التعاون استخدام التحكيم الاستثماري في محاولة إنفاذ أحكام صكوك الديون السيادية. وبينما هناك أحكام أخرى كانت قد صدرت بالفعل وأرست مفهوم أن المعاملات المالية البحتة تستوفي مواصفات الاستثمارات^(٢٩)، فإن الفقه القانوني السائد في هذا المجال ينبع من أزمت الديون السيادية في الأرجنتين^(٣٠). ويبدو أن هذه القرارات تحمل في طياتها فكرة أن الاستخدام التعسفي من جانب الدول لسلطاتها السيادية من أجل تغيير شروط التزاماتها المالية تجاه الدائنين قد يشكل انتهاكاً لمعاهدة^(٣١). بيد أنه من الضروري تكوين فهم كامل لهوية الجهة القائمة بتعديل الشروط التعاقدية ولكيفية وسبب قيامها بذلك. ومن المخيب للآمال بالتالي أن نجد أن تلك القرارات، بما لها من تداعيات متعددة، لم يراع فيها ما إذا كانت أغلبية فائقة من الدائنين قد وافقت على الشروط الجديدة. وبما أن هذه القرارات كانت تتناول الاختصاص لا الموضوع (وإن تم في بعض الحالات تسوية بعض المطالبات بمجرد إقامة الاختصاص)، فإننا نكون بذلك قد أهدرنا فرصة لاستجلاء ما إذا كانت هيئة التحكيم ستبدي استعداداً للنظر في مسألة ما إذا كان قرارها سيرتك للدولة المقترضة حيزاً مالياً كافياً للوفاء بالتزاماتها نحو شعبها في مجال حقوق الإنسان. غير أن تلك القرارات المتعلقة بالاختصاص قد تشجع الدائنين غير المتعاونين على عدم المشاركة في عمليات إعادة هيكلة الديون، ليطالبوا بدلاً من ذلك باسترداد الدين كاملاً من خلال مقاضاة المدينين السياديين أمام هيئات التحكيم. وقد أرست هذه القرارات للأسف سوابق لا تصب في اتجاه المصلحة الأعم، حيث تتيح المجال لأقلية من الدائنين لأن يضعوا عراقيل بواسطة التحكيم الاستثماري أمام ترتيبات إعادة هيكلة الديون الموافق عليها من أغلبية فائقة من الدائنين^(٣٢).

٣١ - ومن ناحية أخرى، ففي قضية بوشتوفا بانكا ضد اليونان (٢٠١٥)، خلصت هيئة التحكيم إلى أن السندات السيادية لا تدخل في نطاق معاهدة الاستثمار الثنائية بين سلوفاكيا واليونان، وذلك استناداً إلى الحجة الرئيسية التي مفادها أن الديون السيادية موضوع النزاع لا تندرج ضمن تعريف الاستثمار في المعاهدة^(٣٣). ونتيجة لذلك، ذهبت هيئة التحكيم إلى أن الفصل في هذه المطالبة ليس من اختصاصها. وبالمقارنة مع القرارات المتعلقة بالأرجنتين التي ورد وصفها في الفقرة السابقة، ثمة فائدة

(٢٩) انظر، على سبيل المثال قضية فيدكس إن في ضد جمهورية فنزويلا (*Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, ICSID)، وقضية تشيسكوسلوفاكيا (case No. ARB/96/3, decision on objections to jurisdiction, 11 July 1997)؛ وقضية تشيسكوسلوفاكيا (*Ceskoslovenska Obchodni Banka v. the Slovak Republic*, ICSID)، وأوبشوندي بانكا ضد الجمهورية السلوفاكية (case No. ARB/97/4, decisions on objections to jurisdiction, 24 May 1999 and 1 December 2000).

(٣٠) انظر قضية *Alemanni and others v. Argentine Republic*؛ وقضية *Ambiente Ufficio and others v. Argentine Republic*؛ وقضية *Abaclat and others v. Argentine Republic*. وعلى الرغم من أن السندات السيادية تُشترى في السوق الثانوية، فقد تحققت إثبات الصلة بالإقليم، ذلك أنه لكي يكون الصك المالي موجوداً في إقليم، ينبغي أن تكون الأموال متاحة للدولة المضيفة فقط (انظر أيضاً الحاشية ١٣).

(٣١) Charles N. Brower, and Alexandra Goetz-Charlier, "International investment arbitration and the global financial system: are they 'yin' and 'yang' or like oil and water?", in *International Investment Law and the Global Financial Architecture*.

(٣٢) Felipe Suescun de Roa, "Investor-state arbitration in sovereign debt restructuring: the role of holdouts", *Journal of International Arbitration*, vol. 30, No. 2 (2013).

(٣٣) ICSID case No. ARB/13/8, award, 9 April 2015.

تعليمية من تأمل الطريقة المبهمة التي تعامل بها محكّمو الاستثمار مع المطالبات المقدّمة ضد اليونان، فهي تجسّد مدى عدم الاتساق الذي قد يشوب عمليات التحكيم الاستثماري.

٣٢ - وعلى أي حال، فإن هذه القرارات هي بمثابة دليل على مدى الاتساع الذي شهده نطاق التحكيم الاستثماري، وعلى قدرة المحكمين في قضايا الاستثمار على تفسير الشروط الواردة في معاهدات الاستثمار الثنائية بشكل فضفاض للغاية، مما يحدّد من الخيارات السياسية المتاحة أمام الدول في القضايا المحورية. ونظراً لأن هيئات التحكيم المذكورة أعلاه بدت وكأنها غير ملّمة بالسياق الأوسع الذي تشتغل في إطاره الديون السيادية، فإن أحكامها تبين أيضاً أن التحكيم الاستثماري لا يراعي في كثير من الأحيان اعتبارات أخرى خلاف حماية الاستثمار.

٣٣ - وإذا ما أُقيم الاختصاص القضائي، قد تنشأ عن منازعات الديون السيادية التزامات محتملة في إطار معايير حماية الاستثمار. ولم يتم في أي من أحكام هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار تناول تلك المعايير، وبالتالي يظل النهج الممكن اتباعه غير واضح. بيد أن بعض التفسيرات الممكنة لتلك المعايير سيُتناول الآن بدوره.

٣٤ - وبموجب أحكام الدولة الأولى بالرعاية وأحكام المعاملة الوطنية في معاهدات الاستثمار، لا يجوز للدولة المضيفة أن تميّز بين مستثمر أجنبي وآخر أو بين المستثمرين الأجانب والوطنيين. ونتيجة لذلك، قد تلزم أحكام المعاملة الوطنية الدولة المصدرة للسندات بمنح حملة السندات من الأجانب معاملة لا تقل أفضلية عن المعاملة التي يحصل عليها حملة السندات من الأهالي. وقد يُلزم معيار الدولة الأولى بالرعاية الدولة المصدرة للسندات بالسماح لحملة السندات من الأجانب بالاستفادة من أفضل معاملة يتلقاها حملة السند من رعايا البلدان الثالثة^(٣٤). وقد يكون هذا أمراً إشكالياً لأن حملة السندات المحليين يحصلون في كثير من الأحيان على معاملة أفضل من التي يحصل عليها المستثمرون الأجانب، وذلك بقصد زيادة السيولة في الاقتصاد الوطني ومنع تدفق العملات الأجنبية إلى الخارج^(٣٥). ولذلك، يظل من الممكن أن تنشأ المسؤولية في معاهدات الاستثمار الثنائية التي يكون ملحقاً بها مرفقات تقصر المنازعات على هذه المعايير.

٣٥ - وتمنع أحكام نزع الملكية في معاهدات الاستثمار الدول من الاستيلاء على ممتلكات المستثمر الأجنبي، سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، لخدمة أغراض عامة دون تقديم تعويض. وقد يذهب البعض إلى أن مبادلة السندات تنشئ نوعاً من المصادرة غير المباشرة بسبب ما تنطوي عليه من تخفيض للقيمة، أو لتعارضها مع التوقعات المشروعة للمستثمر باسترداد أمواله. وعلى وجه الخصوص، فإن الصفقات من نوع التخيير بين قبول المعروض أو عدم الحصول على شيء هي صفقات قد تنطوي على قدر لا يستهان به من مصادرة الحقوق^(٣٦). ومسألة ما إذا كان مفهوم نزع الملكية ينطبق على الحقوق

(٣٤) انظر Michael Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press, 2011).

(٣٥) انظر Anna Gelpern and Brad Setser, "Domestic and external debt: the doomed quest for equal treatment," *Georgetown Journal of International Law*, vol. 35, No. 4 (2004); UNCTAD, IIA Issues Note No. 2 "Sovereign debt restructuring and international investment agreements" July 2011.

(٣٦) انظر Alison Wirtz, "Bilateral investment treaties, holdout investors, and their impact on Grenada's sovereign debt crisis," *Chicago Journal of International Law*, vol. 16, No. 1. (2015).

التعاقدية لا تزال مسألة غير محسومة^(٣٤). وبالتالي فإن إثبات أن عملية إعادة هيكلة الديون السيادية هي إجراء متخذ لخدمة غرض عام قد يكون صعبا إذا كانت العملية معتبرة معاملة تجارية، وذلك وفقا لما قضت به هيئات التحكيم في بعض الحالات^(٣٧). وفي المقابل، تنطبق مطالبات الطعن في نزاع الملكية على تصرفات الدول^(٣٤).

٣٦ - وقد تشكل عمليات مبادلة الديون السيادية انتهاكا لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة على أساس أن المبادلة تنتقص من استقرار الإطار القانوني للدولة المضيفة، وقد تشكل أيضا خرقا لتوقعات الدائنين المشروعة^(٣٤). وقد تفتقر عمليات إعادة هيكلة الديون السيادية أيضا إلى القدر المطلوب من الشفافية. وإذا أتبع أسلوب التخيير بين أخذ المعروض أو لا شيء على الإطلاق، فإن هذا قد يشكل انتهاكا للأصول الإجرائية وخروجًا عن نطاق التصرف بحسن نية. ونظرا لما يحظى به معيار المعاملة العادلة والمنصفة من تفسير واسع، فإذا ما تكوّن لدى المستثمر الأجنبي توقع معقول باسترداد أمواله، فقد يستتبع ذلك نشوء مسؤولية عن التعويض.

٣٧ - وتنص الأحكام التي تُعرف بالأحكام المظلمة في معاهدات الاستثمار الثنائية على أن ارتكاب خرق للالتزام تعاقدي قد يشكل في الوقت نفسه انتهاكا لأحكام هذه المعاهدة. وهي تغطي في كثير جدا من الأحيان حالات خرق الالتزامات الإضافية التي تأخذها الدولة المضيفة على عاتقها، كالاتزامات الواردة في التشريعات الوطنية على سبيل المثال. ومعاهدات الاستثمار الثنائية إنما ترسي معايير للمعاملة، لا التزامات. ولإثبات وقوع انتهاك لمعاهدة استثمار ثنائية، يلزم بالتالي أن يكون هناك انتهاك للعقد يشكل أيضا انتهاكا لمعايير حماية الاستثمار. ويمكن القول بأنه عندما يقبل دائن الشروط التعاقدية الجديدة في إطار بند شرطي للعمل الجماعي، تكون الأحكام الجديدة ملزمة قانونا بما أنه قد أمكن أن تقبل أغلبية فائقة خفضا لقيمة أصل الدين يسري على جميع الدائنين. وثمة رأي بديل مفاده أنه بما أن إعادة هيكلة الديون السيادية هي تصرف سيادي، فمن الممكن أن يرقى خرق الالتزام التعاقدي إلى مستوى انتهاك معيار من معايير معاهدة استثمار ثنائية، وهو ما لن يكون محميا ببند شرطي للعمل الجماعي^(٣٨). بيد أن معظم الديون السيادية تكون محكومة بالقانون الداخلي لأحد المراكز المالية الأجنبية، لا بالقانون الدولي. وبالتالي فإن تطبيق مثل هذا البند قد يكون محدودا إذا كان هناك كيان آخر متمتع بالاختصاص الحصري للفصل في النزاع. وكبديل آخر، قد ينطوي اللجوء إلى التحكيم الاستثماري على إنكار لأحكام الاختصاص الحصري المدرجة في العقود^(٣٤). ولم تتضح بعد في هذه المرحلة الطريقة التي سيتم بها التعامل مع هذه العلاقة.

(٣٧) انظر Youngjin Jung and Sangwook Daniel Han, "Sovereign debt restructuring under the investor-state dispute regime", *Journal of International Arbitration*, vol. 31. No. 1 (2014) وبخصوص هذه المسألة، انظر أيضا Tomoko Ishikawa, "Collective action clauses in sovereign bond contracts and investment treaty arbitration- an approach to reconcile the irreconcilable" *Accounting, Economics, and Law: A Convivium*, vo. 4, No. 2 (July 2014)

(٣٨) انظر UNCTAD IIA Issues Note No. 2 "Sovereign debt restructuring and international investment agreements"; Ellie Norton, "International investment arbitration and the European debt crisis", *Chicago Journal of International Law*, vol. 13. No. 1 (2012)

٣٨ - وثمة مثال آخر يبيّن أن قانون الاستثمار لا يصلح للتعامل بشكل جيد مع منازعات الديون، ألا وهو مثال الحجج الدفاعية المستندة إلى اعتباري القوة القاهرة والضرورة، وهي حجج ليس متعارفاً، في النظرية أو التطبيق، على كونها مفاهيم قانونية قد تفيّد في تسوية المطالبات في سياق إعادة هيكلة الديون^(٣٩).

٣٩ - وقد يبدو للوهلة الأولى أن هذه الحجج الدفاعية ربما تنطبق في الحالات التي تكون فيها الدولة قد واجهت انهياراً مالياً، فتشكل مبرراً للدولة لعدم الوفاء بما عليها من التزامات في إطار الديون السيادية لكي تحافظ على معايير حقوق الإنسان. بيد أن القوة القاهرة ليست من الأسانيد التي يمكن فعلياً للجهات السيادية المدينة الاحتجاج بها. والمادة ٢٣ من مواد لجنة القانون الدولي المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً تشترط لجواز الدفع بحجة القوة القاهرة أن يكون التصرف الذي قامت به الدولة ناتجاً عن قوة لا سبيل إلى مقاومتها، وغير متوقعة، وخارجة عن سيطرة الدولة. غير أن المادة ٢٣ تنص أيضاً على أن الدول لا يمكنها الدفع بحجة القوة القاهرة إذا كانت الحالة راجعة، بشكل حصري أو بالاقتران مع عوامل أخرى، إلى سلوك قامت به الدولة الدافعة بهذه الحجة. وبالإضافة إلى ذلك، فإن المادة ٢٣ تنص تحديداً على أن "مفهوم القوة القاهرة لا يشمل الظروف التي تزداد فيه صعوبة الوفاء بالتزام ما، كحالات الأزمات السياسية أو الاقتصادية على سبيل المثال"^(٤٠).

٤٠ - وعلى نفس المنوال، فإن المادة ٢٥ من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً ترسخ فكرة أنه لا يمكن الدفع بحجة الضرورة إذا كانت الدولة قد أسهمت في حدوث حالة الضرورة، أو إذا كان التصرف موضوع النقاش ليس هو السبيل الوحيد أمام الدولة لحماية مصلحة أساسية من خطر جسيم ووشيك. ويكفي الدائنين أن يدفّعوا بأنه كان من الأجدر إعادة هيكلة الديون في وقت سابق أو لاحق، أو، إذا أرادوا اتباع أسلوب آخر، أن يقيموا البرهان على أن الدولة أسهمت في حدوث المشكلة أو أنه كان أمامها خيارات أخرى. وسيتعين على هيئة التحكيم عندئذ فتح نقاش بشأن السيناريوهات الافتراضية البديلة، وذلك تحقيقاً لغاية وحيدة هي معرفة ما إذا كانت الدولة المعسرة باستطاعتها إعادة هيكلة ديونها لاستعادة القدرة على تحمل أعباء الديون.

٤١ - والدفع بحجج القوة القاهرة وحالة الضرورة لا يغطي جميع التعقيدات التي تنطوي عليها الأزمات المالية والاقتصادية. وليس من المستغرب أن الدفع بحجج الضرورة المالية لم يفض إلى نتائج ناجحة في التحكيم الاستثماري إلا بقدر محدود للغاية. فلم يكن هناك سوى عدد قليل من القضايا الدولية الأولى التي فصلت فيها محكمة العدل الدولي الدائمة حيث جرى الاعتراف بقيمة القوة القاهرة كمبدأ قانوني عام في سياق منازعات الديون^(٤١).

٤٢ - ويزداد وضوح عدم كفاية دفع الضرورة أو القوة القاهرة لأغراض تسوية منازعات الديون إذا ما تأمل المرء كذلك المادة ٢٧ من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، التي تنصّ على أنه لا يعود من الممكن اللجوء إلى دفع القوة القاهرة والضرورة بمجرد انتفاء حالة الضرورة

(٣٩) انظر *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentina*, ICSID case No. ARB/03/19, decision on liability, 30 July 2010.

(٤٠) انظر حولية لجنة القانون الدولي لعام ٢٠٠١، المجلد الثاني، الجزء ٢.

(٤١) للاطلاع على مناقشة مفصلة لهذه المسألة، انظر Anastasios Gourgourinis, "Financial crisis as a *force majeure* under international law and EU law: defending emergency measures, à la européenne, in investment arbitration under intra-EU BITs", in *International Investment Law and the Global Financial Architecture*

المستند إليها. أو بعبارة أخرى، يتجدد سريان واجب امتثال الالتزامات التعاهدية بعد انتهاء الأزمة المالية. وتنص المادة ذاتها على أنه حتى إذا أمكن تبرير عدم الامتثال أثناء حالة الضرورة، يظل يتعين أن تتم بشكل مستقل تسوية مسألة التعويض عن أي خسارة مادية يكون قد تسبب فيها عدم الامتثال. وحتى إذا نجحت الدولة في الاحتجاج بهذه الدفع لإعادة التفاوض بشأن ديونها مع الدائنين وتخفيض ديونها إلى مستوى يمكنها تحمّل أعبائه، ينبغي استئناف المناقشات مع الدائنين بعد انتهاء أزمة الديون، ومن ثم العودة إلى نقطة البداية بكل ما يحيط بها من مشاكل.

٤٣ - وما يتبيّن من هذا التحليل هو أن أحكام معاهدات الاستثمار الثنائية ومعايير الاستثمار التي تطوّرت على أيدي المحكمين على مدى العقود الأخيرة هي ببساطة غير متوافقة مع حالات إعادة هيكلة الديون. والتحكيم في قضايا الاستثمار لم يكن مصمّمًا للتعامل مع الدائنين الذين يحاولون إنفاذ شروط السندات السيادية، وهو ليس متمتعًا بالاختصاص المؤسسي لتحديد ما إذا كانت الدولة قادرة عن سداد ما عليها من ديون بعد توقّفها عن خدمة الدين^(٤٢). وهذا راجع إلى أن نظام معاهدات الاستثمار الثنائية يحمي حقوق الملكية الفردية من تصرّفات الدول، وأنه لا ينطوي على أي محاولة لخلق توزيع معيّن للأصول في المحصلة الفعلية إزاء مصالح أصحاب المطالبات الأخرى. ولو كان المقصود بمعاهدات الاستثمار الثنائية هو أن تكون شكلًا من أشكال قانون الإعسار للدول لكانت أدرجت فيها أحكام صريحة لمعالجة عناصر قوانين الإعسار والإفلاس، مثل الأحكام المتعلقة بتجميع المطالبات والأموال القابلة للرهن وخلافه^(٤٣). وبالتالي فإن الجانب المقاصدي للتحكيم الاستثماري، بالاقتران مع نمط تطبيقه في الأحكام حتى تاريخه، يقدم الدليل على أن التحكيم الاستثماري لا يصلح لمعالجة الانعكاسات الأوسع نطاقًا لإعادة هيكلة الديون السيادية.

٤٤ - وتلخيصًا للأفكار المعروضة في هذا الفرع، فإن معظم هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار عندما ووجهت بالأمر قرّرت أن المنازعات المتعلقة بالديون السيادية تقع ضمن نطاق اختصاصها. ولعل الحكم الأخير المستند إلى معاهدة الاستثمار الثنائية بين سلوفاكيا واليونان يحمل دلالة على حدوث تغيير للنهج المتبع، ولكن هيئة التحكيم كانت في هذه الحالة بصدد تفسير أحكام أخرى. ويبدو أن الأساس المنطقي الذي يستند إليه معظم هيئات التحكيم في قضايا الاستثمار ينطوي على توسيع لنطاق توظيف هذا الشكل من أشكال تسوية المنازعات إلى ما هو أبعد من نطاق اختصاصه الأصلي. ويمكن أن يفضي استعداد المحكمين الاستثماريين للفصل في هذه المنازعات إلى تشجيع الصناديق الانتهازية والدائنين غير المتعاونين على اللجوء إلى التحكيم الاستثماري لتسوية المنازعات. وإذا تكثّلت هذه المطالبات بالنجاح في مرحلة النظر في الحثثيات الموضوعية، قد تكون هناك تداعيات كبيرة على صعيد المسؤولية الملقاة على عاتق الدولة المضيفة التي قامت بعملية إعادة هيكلة الديون. وكل هذا يفضي إلى تأخير وربما عرقلة العمليات الجماعية لإعادة هيكلة الديون. وبالإضافة إلى الانعكاسات الاقتصادية

(٤٢) انظر Alison Wirtz, "Bilateral investment treaties, holdout investors, and their impact on Grenada's sovereign debt crisis", *Chicago Journal of International Law*, vol. 16, No. 1. Ellie Norton, "International investment arbitration and the European debt crisis"; and Michael Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals*.

(٤٣) Robert M. Ziff, "The sovereign debtor's prison: analysis of the Argentine crisis arbitrations and the implications for investment treaty law", *Richmond Journal of Global Law and Business*, vol. 10, No. 3 (2011).

المباشرة لمثل هذه القرارات، هناك أيضا انعكاسات على صعيد حقوق الإنسان قد تكون واسعة النطاق، وهو ما سيجري تناوله في الفرع التالي.

خامسا - معاهدات الاستثمار الثنائية، وعمليات إعادة هيكلة الديون، وحقوق الإنسان

٤٥ - تُلحق أزمات الديون السيادية بالدول آثارا اقتصادية فورية. فهي قد تؤدي إلى انهيار العملة وانكماش الاقتصاد وحدوث طفرات في معدلات التضخم. وقد ينهار النظام المصرفي أيضا. وفي هذا السياق، تجد الدول صعوبة شديدة في تنمية اقتصاداتها أو اجتذاب الاستثمار الأجنبي المباشر. وقد يكون الأثر الاجتماعي الذي يلحق بالسكان شديدا. فمن المرجح أن تنكمش الأجور وترتفع أسعار السلع المستوردة، مما يقلل من القوة الشرائية. وترتفع معدلات البطالة ويزداد التفاوت الاقتصادي. وتتوقف الخدمات العامة عن العمل بصورة وافية، وتدخل أعداد إضافية من الناس دائرة الفقر^(٤٤). وإذا لم يعد باستطاعة الدول المدينة تمويل الخدمات والمؤسسات العامة الأساسية القائمة على حماية الحق في الصحة والتعليم والإسكان والأمن الاجتماعي أو المادي، فستقوض حقوق الإنسان بشدة. وكثيرا ما تتأثر أيضا فعالية أداء وكالات إنفاذ القانون والمؤسسات القضائية بسبب نقص الموظفين والأموال. ولا يتوقف نجاح إعادة هيكلة الديون على استعادة القدرة على تحمل أعباء الديون فحسب، بل ويلزم إجراء تقييم لتحديد ما إذا كانت إعادة هيكلة الديون قد قللت من الكلفة الاجتماعية والبشرية للأزمة المالية.

٤٦ - ومن الضروري تحديد السياق السليم لطريقة أداء عملية إعادة هيكلة الديون لدورها في ضمان توفير الحماية الكافية لحقوق الإنسان في مثل هذه الحالات. وينبغي إيلاء الاعتبار لما يجري من تحويل لوجهة الدخل القومي من الإنفاق الاجتماعي والاقتصادي إلى خدمة الديون^(٤٥). ويجب أيضا إدراك ما يجري من فقدان لسيطرة الحكومات على سياساتها المالية بسبب المشروطيات المرتبطة بالإقراض. وهناك ضرورة لتحليل الكيفية التي قد تتسبب بها هذه المشروطيات، بما في ذلك جهود تثبيت الأوضاع المالية، في تقويض قدرة الدولة على احترام وحماية وإعمال حقوق الإنسان. وهذا يتطلب التحول من نهج الرعاية التلطيفية المعتمد حاليا في القطاع المالي. وهو يتطلب أيضا الاعتراف بأن الدول الدائنة عليها التزامات في مجال حقوق الإنسان تتجاوز حدودها الإقليمية. وعلاوة على ذلك، لا يجوز استخدام مواد اتفاقات المؤسسات المالية الدولية كذريعة من جانب الدول لثلا تراعي حقوق الإنسان. فعند تحديد نطاقات عمليات إعادة الهيكلة وخفض الديون، يتعين على المؤسسات المالية الدولية والحكومات التي تواجه أزمات مالية كفالة أن تكون هناك موارد كافية تحت تصرفها لضمان قدرة الدولة المعنية على تلبية التزاماتها في مجال حقوق الإنسان بصورة وافية.

٤٧ - وقد استُشِد بهذه الاعتبارات في المبادرات الدولية لتخفيف أعباء الديون، من قبيل مبادرة البلدان الفقيرة المثقلة بالديون والمبادرة المتعددة الأطراف لتخفيف عبء الديون لصندوق النقد الدولي والبنك الدولي، التي تربط بين تخفيف عبء الديون والحد من الفقر. وفي حين أنها تعتبر تطورا إيجابيا من حيث كونها توفر نقطة انطلاق للخروج من النظام القائم، فإن إسهام هذه البرامج في الحد من الفقر

(٤٤) انظر على سبيل المثال الوثيقتين A/HRC/31/60/Add.2 و A/HRC/34/57/Add.1.

(٤٥) Celine Tan, "Life, debt and human rights: contextualizing the international regime for sovereign debt relief" in *Poverty and the International Economic Legal System: Duties to the World's Poor*, K Nadakavukaren Schefer, ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2013).

و ضمان القدرة على تحمل أعباء الديون كان محدودا، كما أنها لم تحظ بمشاركة جميع الدائنين، وبالتالي لا تزال المنظومة عرضة لتأثيرات الصناديق الانتهازية والدائنين غير المتعاونين. وعلى الرغم من هذه العيوب، فإن هذا النظام يبرز ضرورة توافر عملية منضبطة لإعادة هيكلة الديون تعطي فيها الأولوية للمهام الاجتماعية والاقتصادية المنوطة بالمدين بوصفه الجهة المقدمة للمنافع والخدمات العامة.

٤٨ - وفي الوقت الحالي، هناك عدد من البلدان التي حصلت على مساعدات التخفيف من أعباء الديون في إطار المبادرات المذكورة أعلاه تواجه الآن من جديد أزمات على صعيد الديون السيادية بسبب الإفراط في الاقتراض في الأسواق التجارية. ولعل الدفع في اتجاه التمويل الخاص والمختلط في إطار خطة التنمية المستدامة لعام ٢٠٣٠ سيفاقم هذا الوضع، حيث يجري حمل الحكومات الآن على البحث عن "أشكال للتمويل تكون مبتكرة ومستمدة من الجهات الخاصة" في وقت يشهد تراجعاً في التمويل العام للمنافع العامة العالمية والخدمات العامة. وبدون تقليص حجم الاستدانة غير المقدر على تحمل أعبائها، سيُنتقص بشدة من التقدم المحرز على صعيد تحقيق أهداف التنمية المستدامة وإعمال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية.

٤٩ - وفي ظل اللغة المبهمة والمفتوحة أمام التأويلات المختلفة التي تصاغ بها نصوص معاهدات الاستثمار الثنائية، وفي ظل ما يعتمد عليه المحكمون الدوليون من تفسيرات فضفاضة لحقوق المستثمرين، إلى جانب محدودية خلفياتهم في المسائل غير التجارية^(٤٦) ومحدودية خضوعهم للمساءلة، لا يمكن أن يصبح التحكيم الاستثماري بسهولة جزءاً من إطار يجمع بين حقوق الإنسان والاستدامة الاجتماعية والاقتصادية. بل هو سيفضي على الأرجح إلى إبطاء عمليات إعادة هيكلة الديون السيادية لإيجاده محفلاً يسهل الوصول إليه من قبل الدائنين غير المتعاونين والصناديق الانتهازية، مما يشكل عاملاً محفزاً على عدم التوصل إلى التسويات التفاوضية. وكلما طال أمد العملية، كلما ازدادت شدة إضرارها بالدول المدينة. فالتأخيرات تتسبب في سحب مزيد من رؤوس الأموال إلى خارج الدول، وهو ما يلحق أضراراً إضافية بإعمال حقوق الإنسان في البلدان المعنية. وبالإضافة إلى ذلك، لا يمكن للمؤسسات المالية الدولية أن تشارك بصورة يعتدّ بها في إجراءات التحكيم الاستثماري، فهي لا يمكن أن تتم مقاضاتها أو أن تقوم هي بمقاضاة طرف آخر بموجب معاهدات الاستثمار الثنائية.

٥٠ - ولم يعترف التحكيم الاستثماري حتى الآن بالسياق الأوسع الذي تشتغل في إطاره عمليات إعادة هيكلة الديون. فقد كانت تعاريف الاستثمار المتمحورة حول الأصول عاملاً مشجعاً لمعظم هيئات التحكيم الاستثماري على إقامة الاختصاص في قضايا السندات السيادية. فإذا ما بلغت القضية مرحلة الحكم على الأسس الموضوعية، قد يفضي غموض معايير حماية الاستثمار إلى نشوء مسؤولية على الدولة المدينة بسبب الإجراءات التي اتخذتها في إطار إعادة هيكلة الديون. وقد تنشأ المسؤولية عن عدد من معايير حماية الاستثمار، خاصة وأنه من غير المرجح أن توفر البنود الشرطية للإجراءات الجماعية الحصانة الكاملة إزاء الإجراءات المشروعة التي تتخذها الدولة في إطار ممارسة سلطتها السيادية: فالبنود الشرطية

(٤٦) يتعلق أحد الأسباب الرئيسية لاتباع هذا النهج بالثقافة القانونية للتحكيم التجاري، التي هي الثقافة المهيمنة على أوساط التحكيم الاستثماري: فالعقلية التجارية تركز على التزامات القانون الخاص، وبالأخص على أهمية الالتزامات التعاقدية. وتتأثر هذه الثقافة القانونية بدرجة كبيرة بنفوذ طرفي النزاع القانوني، وهي تميل إلى التقليل من أهمية دور المصلحة العامة (بما في ذلك دور قضايا حقوق الإنسان). انظر: Moshe Hirsch, "Investment tribunals and human rights: divergent paths," in *Human Rights in International Investment Arbitration*.

للعمل الجماعي لا تحمي المدنيين السياديين من التلاعب بالأغلبية من قبل عدد قليل من الدائنين الأقوياء. ويكمن الخطر في أن تقضي هيئات التحكيم الاستثماري بكل بساطة بأن الدول المدينة التي لا تسدد ١٠٠ في المائة من ديونها إلى جميع دائنيها تظل مسؤولة عن سداد جميع ديونها، مما يفضي إلى مزيد من تآكل الحيز المالي المتاح للدول التي تمر بصعوبات اقتصادية.

٥١ - وبالإضافة إلى ذلك، تحجم المحاكم وهيئات التحكيم عن الاعتراف بدفع حالة الضرورة وتأييدها في قراراتها، حتى وإن كانت الدولة المعنية تواجه مشاكل اجتماعية واقتصادية بالغة الصعوبة أثناء تعاملها مع إعادة هيكلة الديون^(٤١).

٥٢ - وقد يحد التحكيم الاستثماري من الحيز المالي والسياساتي المتاح للدولة ويؤدي إلى تفاقم آثار أزمة الديون. وهو قد يحول دون تنفيذ الإصلاحات لمعالجة الأسباب الجذرية للمشاكل التي أدت إلى التوقف عن السداد. ويخلق التحكيم الاستثماري "توترا عميقا بين الحاجة القوية إلى الإصلاح وبين احتمالات نشوء مسؤولية كبيرة. وكلما ازدادت ضراوة الأزمة، كلما ازدادت احتمالات أن يكون الإصلاح ضروريا. ولكن كلما ازداد الإصلاح عمقا، كلما ازدادت احتمالات تقديم المستثمرين مطالبات في إطار معاهدات الاستثمار"^(٤٣).

٥٣ - وكانت هيئات التحكيم الاستثماري حتى الآن تحجم عن إيلاء الاعتبار لحقوق الإنسان عند الفصل في المنازعات بين الدائنين والدول المتخلفة عن السداد. وكما هو مبين أعلاه، ليس لحقوق الإنسان مكان راسخ في التحكيم الاستثماري، ومعظم نصوص معاهدات الاستثمار الثنائية يتسم بالضعف في مجال حقوق الإنسان. فمن غير الوارد إذن أن يتم بصفة اعتيادية إيلاء الاعتبار بشكل مفضل وقوي لنصوص من قبيل العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أو المبادئ الأساسية بشأن عمليات إعادة هيكلة الديون السيادية، على سبيل المثال، فهذه النصوص تشمل مبادئ رئيسية، مثل القدرة على تحمل أعباء الديون وسواد رأي الأغلبية وحقوق الإنسان ومنع السلوك التلاعبي. وعلاوة على ذلك، فإن عدم تفريق هيئات التحكيم الاستثماري بين السندات السيادية والسندات التجارية يدل على أنها لا تأخذ في الحسبان التزامات الدول في إطار عملية صنع القرار.

٥٤ - ومن المرجح أن يقوض الدائنون غير المتعاونين والصناديق الانتهازية أي نهج مراعى لحقوق الإنسان يُتخذ تجاه حل مشاكل الديون، وذلك بلجوئهم إلى التحكيم الاستثماري لإنفاذ أحكام السندات السيادية. والتحكيم الاستثماري لا يصلح من الناحية القانونية أو المؤسسية لتأدية هذا الدور، ومن غير الوارد في ممارسات المحكمين في قضايا الاستثمار أن يُسمح للسياق الأعم لإعادة هيكلة الديون (بما في ذلك انعكاساتها على حقوق الإنسان) بأن يؤثر على عمليات صنع القرار في هيئات التحكيم. وقد تكون نتيجة ذلك ازدياد قوة الدائنين غير المتعاونين والصناديق الانتهازية وازدياد حجم المسؤولية الملقاة على عاتق الدول المدينة، مع اقتران ذلك بتزايد خطر أن يُنتقص من حقوق الإنسان في الدول المدينة.

٥٥ - ونظريا، يمكن تفسير معاهدات الاستثمار الثنائية على نحو يراعى الحاجة إلى الاستقرار المالي وتحقيق الأهداف الأعم على صعيد الاقتصاد الكلي والصعيد الاجتماعي. بيد أنه في الممارسة العملية، من غير المرجح أن يتخطى المحكمون الغطاء التقني المتمثل في معاهدات الاستثمار الثنائية لكي يعالجوا بصورة وافية المسائل المعقدة والشاملة التي تنطوي عليها عمليات إعادة هيكلة الديون، بما في ذلك إيجاد حلول للأزمات المالية تكون مراعية لحقوق الإنسان.

سادسا - الاستنتاجات والتوصيات

ألف - الاستنتاجات

٥٦ - في ظل غياب إطار دولي لإعادة هيكلة الديون السيادية، بات يُنظر إلى التحكيم الاستثماري في الآونة الأخيرة كمحفّل يمكن من خلاله للدائنين الممتنعين عن التعاون والصناديق الانتهازية أن يحاولوا إنفاذ صكوك الديون السيادية. وهذا يتعارض مع كون التحكيم الاستثماري قد أنشئ بقصد حماية الاستثمار الأجنبي المباشر والاستثمار المنتج بهدف تعزيز التنمية الاقتصادية. وليس نظام التحكيم الاستثماري مصمّمًا للتعامل مع الالتزامات المالية، أو لتوفير الحماية لمطالبات الصناديق التحوطية التي تمارس المضاربة أو مطالبات الدائنين غير المتعاونين. بيد أن معظم هيئات التحكيم الاستثماري حتى الآن قد اعتبر نفسه مختصا بالفصل في منازعات الديون السيادية، وذلك على الرغم من السياق الفريد الذي تتم في إطاره عمليات إعادة هيكلة الديون. ويمكن أن يفضي استعداد المحكّمين الاستثماريين للفصل في هذه المنازعات إلى تشجيع الصناديق الانتهازية والدائنين غير المتعاونين على الاستعانة بهذا الشكل من أشكال تسوية المنازعات.

٥٧ - ومن منظور اقتصادي بحت، لا تتضمن معاهدات الاستثمار الثنائية معايير أو مبادئ توجيهية تتيح المجال للحكم على عمليات إعادة هيكلة الديون بصورة كلية، وهي لا تتعامل كذلك مع المشاكل المرتبطة بالتحرك الجماعي والتي تكمن في صميم أي عملية إفلاس. بل على العكس من ذلك، سينزع الدائنون إلى التكبّس من الوضع بلا كلفة عن طريق الامتناع عن المساهمة في المسعى الجماعي مع تمتعهم بالمكاسب الناتجة عن الجهد الذي قام به جميع الدائنين. "فليس من أهداف قانون الاستثمار تيسير معاملة بعض المستثمرين (أولئك الذين يقبلون عروض استبدال السندات) بشكل ظالم لفائدة مستثمرين آخرين يواجهون نفس الحالة (أولئك الذين اختاروا التفاوضي). وبالتالي فإن معيار المعاملة العادلة والمنصفة ينبغي أن يقتصر على حماية المستثمرين من الإجراءات الظالمة المتخذة على سبيل تسوية الديون السيادية، كالحماية مثلا من إجراء المفاوضات بصورة غير شفافة يصعب الوصول إليها، أو ضد التنصل من الديون بشكل أحادي الجانب وبلا مفاوضات على الإطلاق." (٢٠) ومع ذلك نجد المحكّمين مستعدين للذهاب إلى ما هو أبعد من هذا التكييف.

٥٨ - وفي قضية أباكالات وآخرين ضد الأرجنتين، أشارت المحكمة إلى أن النزاع "لم ينشأ عن مجرد عدم سداد الأرجنتين لالتزاماتها بموجب السندات، بل عن تدخلها بموجب السلطة التي تتمتع بها كدولة ذات سيادة لتعديل التزاماتها بسداد ما لدائنيها من أموال". وهذه حجة باطلة. فكون المدين غير قادر على سداد ١٠٠ في المائة من ديونه هو سبب وجود حاجة إلى تخفيف عبء الديون. وهيئة التحكيم هنا، من وجهة النظر الاقتصادية، تطلب المستحيل؛ وهي من منظور حقوق الإنسان تدفع الدولة إلى خذلان شعبها.

٥٩ - ومن شأن مثل هذه القرارات أن تخلق مزيدا من المشاكل الاقتصادية بسبب تعطيلها عمليات إعادة هيكلة الديون. وهي تعرقل عمليات إعادة الهيكلة أيضا بما أنها تخلق حافزا للدائنين على عدم الاتفاق مع المدين من أجل الوصول بالدين إلى مستوى يمكن تحمل أعبائه، ذلك أن أحدا لن يكون مستعدا للتعاون إذا رأى أن بعض الدائنين قد تمكّنوا من تحصيل ١٠٠ في المائة مما لهم من أموال. وفي نهاية الأمر، سيكون على المحكّمين البت في مسألة ما إذا كانت هناك بالفعل

حماية مكفولة للمستثمرين الذين يختارون ألا يتفقوا مع الأغلبية ليظلوا ممانعين ويحركوا إجراءات التقاضي، وما هو مدى هذه الحماية في حال وجودها. والمشكلة هي أنه في سياق إعسار الديون السيادية، يكون المدين بحكم التعريف غير قادر على سداد ديونه بالكامل. والتوسع في توفير الحماية لحقوق المستثمرين في مثل هذه السياقات يلقي بمزيد من المسؤوليات على عاتق الدول المدينة، ويعيق تحقيقها الانتعاش الاقتصادي، ويقلل من التمويل المخصص للخدمات العامة التي يتم من خلالها الوفاء بالالتزامات المتعلقة بحقوق الإنسان. وغني عن القول إنه ليس هناك بعد إجماع بين المحكمين على فكرة أن معاهدات الاستثمار الثنائية تغطي السندات السيادية، وهو ما تجلّى مؤخراً في قضية بوشتوفا بانكا ضد اليونان.

٦٠ - وبينما تبذل الدول والمجتمع الدولي جهوداً كبيرة للحيلولة دون تحريك إجراءات التقاضي من جانب الصناديق الانتهازية والدائنين الممتنعين عن التعاون أو لتقليل هذه الظاهرة إلى أدنى حد ممكن، فإن قيام المحكمين في قضايا الاستثمار على ما يبدو بفتح باب جديد لأولئك الدائنين لتوظيف استراتيجياتهم المخربة تلك هو أمر أقل ما يقال عنه إنه مخيب للآمال. بل وتزداد الصورة قتامة إذا ما أخذ بعين الاعتبار أنه ليس للقانون المالي أو قانون حقوق الإنسان دور يُعتدّ به في التحكيم الاستثماري. وتحتاج المخاطر المالية النظامية إلى استجابات أفضل من جانب المؤسسات العالمية والقانون الدولي، على أن تكون منسقة بشكل جيد. والأمر يتطلب اتباع نهج تداولي: فيلزم تفسير قانون حماية الاستثمار بصورة متوافقة مع المنطلقات المنطقية لغيره من القوانين، مثل القانون الدولي لحقوق الإنسان والضوابط التنظيمية المالية اللازمة لكفالة القدرة على تحمل أعباء الديون وتحقق الاستقرار المالي والتكافؤ وإعمال الحقوق الاجتماعية والاقتصادية^(٢٠).

٦١ - ويلزم أن يكون الخفل المؤسسي الذي يتم في إطاره الفصل في المنازعات المتصلة بالديون مستنداً إلى توافق آراء دولي عريض. وإذا كانت البلدان تعتقد بالفعل أنه من المستصوب أن يكون المحكمون الاستثماريون هم المسؤولون عن اتخاذ أهم القرارات الأساسية أثناء الأزمات المالية وبعدها، فعليها أن تقول ذلك صراحةً، ولكن أكثر معاهدات الاستثمار الثنائية لا يبدو وكأنه يجسّد هذه الفكرة. بل إن معاهدات الاستثمار الثنائية التي تُستخدم فيها عبارة "الديون السيادية" أو "السندات السيادية" نادرة الوجود، وهناك ترتيبات خاصة لمعالجة "الأوراق المالية الحكومية" و "المديونيات العامة" توجد في عدد قليل (وإن كان متزايداً) من المعاهدات التي أبرمت منذ التسعينيات^(٤٧). وفي هذا السياق، تنص شروط جميع السندات السيادية الصادرة تقريباً على تسوية المنازعات بالتقاضي لا التحكيم^(٤٨).

(٤٧) انظر Kei Nakajima, "An elusive safeguard with loopholes: sovereign debt and its 'negotiated restructuring' in international investment agreements in the age of global financial crisis," *International Review of Law*, vol. 2016, No. 3, 2016. انظر أيضاً، على سبيل المثال، المرفق G من معاهدة الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة وأوروغواي (٢٠٠٥)؛ واتفاق التجارة الحرة بين الولايات المتحدة وبيرو (٢٠٠٦)؛ ومعاهدة الاستثمار الثنائية بين كندا وبوركينا فاسو (وُقعت عام ٢٠١٥ ولكن لم تدخل بعد حيز النفاذ).

(٤٨) انظر، على سبيل المثال، Stephen J. Choi and Mitu Gulati, "An empirical study of securities disclosure practice," *Tulane Law Review*, vol. 80 (2006).

٦٢ - وإذا ما خلص المحكمون إلى تفسيرات مفادها أنهم محتصون بالفصل في المنازعات المتعلقة بالديون، فيجب أن يُعتبر قانون حقوق الإنسان قانوناً واجب التطبيق على المدنيين والدائنين على السواء. ففكرة أن تكون هناك أجزاء معينة من مجتمعاتنا تتمتع بحصانة من معايير حقوق الإنسان هي فكرة خاطئة بقدر ما هي خطيرة. ويجب أن تكون إعادة هيكلة الديون السيادية خاضعة لمبادئ حقوق الإنسان المتمثلة في عدم التمييز والإعمال التدريجي وعدم التراجع وضمان الالتزامات الأساسية الدنيا. فهناك بالتالي حاجة إلى إجراء تقييم لتحديد ما إذا كان سيحدث أي تدهور على صعيد الحقوق، وتحديد طبيعة ما سيحدث من تفاعلات فيما بين مختلف التأثيرات التي ستلحق بحقوق الإنسان خلال الفترة ذات الصلة^(٤٩). والوضع المثالي هو إجراء تقييم للأثر على حقوق الإنسان تليه عملية رصد. وهذا قد يتطلب أيضاً إيلاء الاعتبار لما سيحدث من تبادلات تعويضية على صعيد حقوق الإنسان بين الحقب الزمنية، ذلك أنه قد يلزم تقليص بعض النفقات من أجل ضمان استدامة الخدمات العامة في المستقبل. فحماية الخدمات العامة في الأجل القصير مع زيادة الديون في الوقت ذاته قد تؤدي إلى تفاقم الصعوبات التي ستجابه على صعيد الامتثال لحقوق الإنسان في المراحل اللاحقة. ومن جهة أخرى، يلزم أن تراعى الدول أيضاً الأثر الطويل الأجل لأمر من قبيل تقليص الإنفاق على تعليم الأجيال المقبلة على سبيل المثال. وعندما تسعى الدول إلى تحقيق هذا التوازن، سيلزم أن يتحلّى الدائنون بالمرونة.

٦٣ - وينبغي تسوية منازعات الديون الدولية بطريقة شفافة ومنصفة ومنضبطة زمنياً من خلال آلية دولية لتسوية الديون السيادية تسترشد بالمبادئ التوجيهية المتعلقة بالديون الخارجية وحقوق الإنسان (A/HRC/20/23 و Corr. 1) والمبادئ الأساسية بشأن عمليات إعادة هيكلة الديون السيادية. وقد أفضت المبادئ الأساسية إلى منهجة ودمج المبادئ القانونية التي يقوم عليها القانون الدولي العام، وهو ما يعكس الاتجاهات التقدمية التي تشهدها الممارسة الحالية ويعضد مبادئ منها على سبيل المثال مبدأ القدرة على تحمل أعباء الديون السيادية^(٥٠). وسيلزم أن تتوافر لدى المحكمين في قضايا الاستثمار أسباب شديدة الوجيهة لعدم مراعاتهم هذه المبادئ إذا كان عليهم الفصل في منازعات الديون التي لها تأثير في عمليات إعادة هيكلة الديون.

باء - التوصيات

١ - التفاوض على اتفاقات الاستثمار

٦٤ - يجب إخضاع اتفاقات الاستثمار الثنائية والمتعددة الأطراف لعمليات تقييم لأثرها على حقوق الإنسان قبل أن يتم إبرامها. وتوفر المبادئ التوجيهية المتعلقة بتقييمات أثر اتفاقات التجارة والاستثمار على حقوق الإنسان (A/HRC/19/59/Add.5) إرشادات للدول بشأن أفضل السبل للتأكد من كون الاتفاقات التجارية والاستثمارية متوافقة مع التزاماتها في ميدان حقوق الإنسان.

(٤٩) Daniel Bradlow, "Can parallel lines ever meet? The strange case of the international standards on sovereign debt and business and human rights," *Yale Journal of International Law*, vol. 41, No. 2 (2016).

(٥٠) انظر Juan Pablo Bohoslavsky and Matthias Goldmann, "An incremental approach to sovereign debt restructuring: sovereign debt sustainability as a principle of public international law"

- ٦٥ - وينبغي أن تكفل الدول إجراء المفاوضات بشأن اتفاقات الاستثمار بطريقة مفتوحة وشفافة، فنتيح للبرلمانيين والمجتمعات المحلية المتأثرة وغير ذلك من أصحاب المصلحة (كدافعي الضرائب مثلا) الاطلاع على جميع الوثائق ذات الصلة.
- ٦٦ - ويجب وضع إجراءات وآليات مناسبة للتشاور لضمان إعمال الحق في المشاركة في عمليات صياغة اتفاقات الاستثمار الدولية والتفاوض عليها وإقرارها.

٢ - محتوى اتفاقات الاستثمار

- ٦٧ - عند التفاوض على اتفاقات الاستثمار أو تنقيحها، ينبغي أن تكفل الدول احتواءها على أحكام صريحة تشير إلى الالتزامات الواقعة على عاتق المستثمرين والدول المضيفة ودول المصدر في مجال حقوق الإنسان.
- ٦٨ - وينبغي أن تتضمن اتفاقات الاستثمار أحكاما تؤكد أن على المستثمرين احترام حقوق الإنسان، وفق ما هو منصوص عليه في المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، والمبادئ التوجيهية بشأن الأعمال التجارية وحقوق الإنسان، وإعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل.
- ٦٩ - وينبغي أن تُستبعد من اتفاقات الاستثمار الدولية المطالبات الاستثمارية المتعلقة بمنازعات إعادة هيكلة الديون. واستنادا إلى حجم وطبيعة وانعكاسات المشاكل التي يطرحها التحكيم الاستثماري في مواجهة الدول التي عليها ديون سيادية وشعوبها والدائنين والنظام المالي الدولي، ينبغي أن تقوم الدول باستبعاد هذه الإمكانية بشكل صريح، مثلما هو الحال بالفعل في بعض المعاهدات الثنائية^(٥١). فهذه هي الممارسة المتبعة، على سبيل المثال، في اتفاقات الاستثمار التي تبرمها كولومبيا.
- ٧٠ - وينبغي أن تشمل اتفاقات الاستثمار، في أي حالة كانت، أحكاما تتعلق بالحق في إخضاع الأنشطة الاقتصادية للضوابط التنظيمية، ولا سيما خلال أوقات الأزمات الاقتصادية أو الانهيار المالي. وهي ينبغي أن تشمل اتفاقات الديون التي يتم التوصل إليها بطريقة غير تمييزية مع أغلبية فائقة من الدائنين.
- ٧١ - وينبغي أن تنص اتفاقات الاستثمار على أن التدابير المتخذة بحسن نية بهدف حماية حقوق الإنسان للسكان وضمان القدرة على تحمل أعباء الدين لا تشكل خرقا للاتفاق، وأنه لا يتوجب التعويض عنها.

٣ - تسوية المنازعات الاستثمارية

- ٧٢ - ينبغي لهيئات التحكيم أن تعتبر القانون الدولي لحقوق الإنسان قانونا واجب التطبيق لأغراض تفسير معاهدات الاستثمار.
- ٧٣ - وينبغي زيادة الشفافية في التحكيم الاستثماري من خلال نشر جميع تفاصيل النزاع، وإجمالا من خلال عقد جلسات الاستماع بشكل علني.

(٥١) انظر على سبيل المثال اتفاق التجارة الحرة بين بيرو وجمهورية كوريا، واتفاق التجارة الحرة بين الجمهورية الدومينيكية ومنطقة أمريكا الوسطى، ومعاهدة الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة وأوروغواي.

- ٧٤ - وينبغي أن يكون من حق الجهات من غير الأطراف في النزاع حضور إجراءات التحكيم، وأن يكون من حق المجتمعات المتضررة ومنظمات الدفاع عن المصالح العامة تقديم البيانات الخطية ومذكرات أصدقاء هيئة التحكيم.
- ٧٥ - وينبغي أن تهيئ معاهدات الاستثمار الدولية الساحة لإقامة نظام قوي لمراجعة أحكامها بهدف الحد من التعسف.
- ٧٦ - وينبغي أن تشمل اتفاقات الاستثمار قواعد تكفل استقلال المحكمين المعينين وتشتت أن تتوافر لديهم المعرفة الكافية بمعايير قانون الاستثمار والقانون الدولي في مجالات التمويل وحقوق الإنسان والعمل والبيئة.
- ٧٧ - وينبغي أن يراعي المحكمون بشكل جدي مبادئ القانون المالي وقانون الإفلاس القائمين إذا كانوا يعتبرون أنفسهم مختصين بالفصل في منازعات الديون. وعلى المحكمين بصفة خاصة أن يراعوا ما لأحكامهم من انعكاسات على اقتصاد الدولة المدينة، وعلى حقوق السكان المتضررين وحقوق جميع الدائنين.