

# უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მოქმედების ფარგლები ინვესტორსა და სახელმწიფოს შორის წარმოშობილი დავის საარბიტრაჟო განხილვისას

## I. შესავალი

ინვესტიციები საჭიროებენ საერთაშორისო სამართლით დაცვას, რაც თანამედროვე სამართლის ერთ-ერთი აქტუალური გამოწვევაა. სახელმწიფოები ცდილობენ შექმნან მდგრადი, სტაბილური, ინვესტორებისთვის სასურველი გარემო ინვესტიციების მოსაზიდად<sup>1</sup>, ვინაიდან სწორედ ინვესტიციები, სხვა ფაქტორებთან ერთად, განსაზღვრავენ ეკონომიკურ მდგრადობასა და ქვეყნის განვითარების დონეს.<sup>2</sup> აღნიშნული განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია განვითარებადი ქვეყნებისთვის. ბიზნესის ოპერირება და ზოგადად, ბიზნესურთიერთობები დიდი ხანია გასცდა კონკრეტული ქვეყნის მასშტაბებს, შესაბამისად, საჭიროა საერთაშორისო სამართლის ჩართულობა და იმ ზოგადი წესებისა თუ პრინციპების ფორმულირება, რასაც დაეყრდნობა სამომავლოდ ნებისმიერი ბიზნესოპერირება თუ ინვესტიციის განხორციელება.

უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი ერთ-ერთია იმ ფუნდამენტურ პრინციპებს შორის, რომელსაც სახელმწიფო უნდა ითვალისწინებდეს საინვესტიციო ხელშეკრულების დადებისას. საქართველოს კანონი „საინვესტიციო საქმიანობის ხელშეწყობისა და გარანტიების შესახებ“ საერთოდ არ ითვალისწინებს უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ცნებას,<sup>3</sup> თუმცა იგი გათვალისწინებულია საქართველოს მიერ სხვადასხვა ქვეყნებთან დადებულ საინვესტიციო შეთანხმებებში. საქართველოსა და იაპონიას შორის ინვესტიციების ლიბერალიზაციის, ხელშეწყობისა

\* სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის სამართლის მაგისტრი.

<sup>1</sup> ტაკაშვილი ს., უცხოური ინვესტიციების დაცვის საერთაშორისო სტანდარტები და ეროვნული კანონმდებლობის შესაბამისობა ევროპულ და საერთაშორისო საინვესტიციო რეჟიმთან, თბილისი, 2018, 7.

<sup>2</sup> საგინაშვილი ნ., ახალი სავაჭრო კავშირები მსოფლიოში და საქართველოს პრაქტიკა, თბილისი, 2020, 8.

<sup>3</sup> საქართველო კანონი „საინვესტიციო საქმიანობის ხელშეწყობისა და გარანტიების შესახებ“.

და დაცვის შესახებ შეთანხმებით განსაზღვრულია, რომ „თითოეული ხელშემკვრელი მხარე, მეორე ხელშემკვრელი მხარის ინვესტიციებსა და მათ ინვესტიციებს თავის ტერიტორიაზე მიანიჭებს რეჟიმს, რომელიც არანაკლებ ხელსაყრელია, ვიდრე ის რეჟიმი, რომელსაც მსგავს გარემოებებში ანიჭებს არახელშემკვრელი მხარე ინვესტიციებს, მათ საინვესტიციო საქმიანობებთან მიმართებით“<sup>4</sup>. თუმცა, ეს არ არის უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ზოგადი განმარტება, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი, ყველაზე გავრცელებული განმარტების შესაბამისად, მოიაზრებს დათქმას იმის თაობაზე, რომ არცერთი ხელშემკვრელი მხარე საკუთარ ტერიტორიაზე არ მოექცევა მეორე მხარისთვის მიკუთვნებულ სუბიექტების კონტროლირებად ინვესტიციებს იმაზე უარესად, ვიდრე ეს გათვალისწინებულია ექვივალენტურ პირობებში მყოფი მესამე სახელმწიფოს ფიზიკური პირებისა და კომპანიებისთვის.<sup>5</sup> ამჟამად საქართველო 176 ქვეყანასთან თანამშრომლობს სხვადასხვა ფორმით, რაც გულისხმობს იმას, რომ ხელშემკვრელ მხარეებთან, ქართველი ინვესტიორები და საქართველოდან იმპორტირებული საქონელი მიიღებს თანაბარ ხელშეწყობას ბაზარზე, ამასთანავე, განხორციელდება საიმპორტო ტარიფების შემცირება ხელშემკვრელი სახელმწიფოებისგან.<sup>6</sup>

უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმზე დაყრდნობა და მისი ფარგლები ასევე აქტუალური საკითხია. ხელშემკვრელ სახელმწიფოებს საკუთარ ქვეყანაში შემოჭყავთ „ტროას ცხენი“<sup>7</sup>, როდესაც ორმხრივ საინვესტიციო ხელშეკრულებებში გათვალისწინებულია უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის პუნქტი. ეს გავლენას ახდენს ხელშეკრულებების ზოგად ბალანსირებაზე, როგორც ამას ადასტურებს საინვესტიციო არბიტრაჟის უახლესი სასამართლო პრაქტიკა, ვინაიდან უნდა დადგინდეს მისი გავრცელების ფარგლები და ის გავლენა, რასაც უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი ავლენს ხელშეკრულების სხვა პუნქტებზე. მთავარი საკითხი ფაქტობრივად არის უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გამოყენების ფარგლები დავის გადანეგების ცალკეულ დებულებებზე. ამ საკითხის საფუძველში არის წინააღმდეგობა უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გავრცელების პუნქტსა და ორმხრივ საინვესტიციო ხელშეკრულების სხვა დებულებებს შორის, როგორც

<sup>4</sup> საქართველოსა და იაპონიას შორის ინვესტიციების ლიბერალიზაციის, ხელშეწყობისა და დაცვის შესახებ შეთანხმება, მუხლი 3.

<sup>5</sup> The Oxford Handbook of International Investment Law, Edited by P. Muchlinski, F. Ortino and C. Schreuer, Oxford University Press, 2008, 367.

<sup>6</sup> საგინაშვილი ნ., ახალი სავაჭრო კავშირები მსოფლიოში და საქართველოს პრაქტიკა, თბილისი, 2020, 39.

<sup>7</sup> Radi Y., The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the “Trojan Horse”, The European Journal of International Law Vol. 18, No. 4, 2007, 760.

უნდა იყოს მათი პროცედურული თუ მატერიალური ბუნება. ეს წინააღმდეგობა კითხვის ნიშნის ქვეშ აყენებს ორმხრივ საინვესტიციო ხელშეკრულებებში უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის პუნქტების ჩართვის რაციონალურობას.

აღნიშნული საკითხების განხილვა მნიშვნელოვანია, როგორც პრაქტიკული, ისე თეორიული თვალსაზრისით, რამდენადაც არ არსებობს უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ერთიანი ცნება. იგი გვაძლევს მისი ინტერპრეტაციის როგორც ვიწრო, ისე ფართო შესაძლებლობებს და სწორედ ამის გამო, ხშირად ხდება მისი აღრევა საერთაშორისო საინვესტიციო სამართალში მოქმედ სხვა პრინციპებთან ან მათი აღსრულების მექანიზმად მიკუთვნება.<sup>8</sup> პრაქტიკული მნიშვნელობა აღნიშნული ნაშრომისა კი მდგომარეობს საერთაშორისო საინვესტიციო სამართლის ინტერესში, თავისუფალ სავაჭრო სფეროში მოქმედ ბიზნესჩვეულებებზე, თუკი სამომავლოდ წამოიქმნება დავა სახელმწიფოსა და ინვესტორს შორის, საერთოდ გავრცელდება თუ არა უპირატესი ხელშეწყობის დათქმა და თუ გავრცელდება, რა ფარგლებში? რა მნიშვნელობა ენიჭება უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმს შეთანხმებებში, იგი უფრო შემზღუდავი, თუ პირიქით, პრივილეგიების მიმნიჭებელი ხასიათის მქონეა?

ნაშრომის კვლევის საგანია ზემოხსენებული საკითხის შეფასება, როგორც თეორიული, ისე პრაქტიკული თვალსაზრისით და შესაბამისი რეკომენდაციების წარმოდგენა. ნაშრომის მიზანი მკითხველისთვის უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმზე მრავალფეროვანი ინფორმაციის მიწოდება და მისი ჩაშლაა, თუ რა გზებით არის მისი იმპლემენტაცია შესაძლებელი საინვესტიციო ხელშეკრულებებში. აგრეთვე, განსაზღვრება იმისა, თუ როგორ წესრიგდება ყოველივე ზემოაღნიშნული საარბიტრაჟო ტრიბუნალების მიერ? რა ფარგლებში მოქმედებენ ისინი და რა ფორმით ვრცელდება უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის დათქმა თავად საარბიტრაჟო განხილვაზე? რა უფლებამოსილება ენიჭება ამაზე დაყრდნობით არბიტრაჟს განხილვის პროცესში? ნათლად წარმოჩინდება უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ერთიანი დეფინიციის არქონით აღმოცენებული პრობლემები, ვინაიდან სწორედ აქედან გამომდინარეობს შემდგომში უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მოქმედების ფარგლების დადგენის სირთულე. არგუმენტაციისთვის მოყვანილ იქნება იურიდიულ დოქტრინაში არსებული მრავალფეროვანი შეხედულებები და რელევანტური საარბიტრაჟო პრაქტიკა, რომლის უარყოფითი და დადებითი მხარეები განსაზღვრავენ თანამედროვე საინვესტიციო სამართალში აღმოცენებულ „ქარბორბალას“ გამონწვევების სახით.

<sup>8</sup> აბულაძე თ., უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი და იურისდიქცია საერთაშორისო საინვესტიციო არბიტრაჟში, „საქართველოს იურიდიული ფირმების ასოციაციის ჟურნალი“, №16, 2018, 82; იხ. ციტირება: Most-favoured-nation treatment in international investment law, Organization for Economic Cooperation and Development, 2004, 2-3.

კვლევაში გამოყენებულია დესკრიფციული, დედუქციური და ანალიტიკური კვლევის მეთოდები, რომლებიც მიმართულია ნაშრომში წამოწეული პრობლემის აქტუალობისა და პრობლემების გადაჭრის გზების მონახვისკენ. კვლევა მოიცავს როგორც ქართული, ისე უცხოური კანონმდებლობის მაგალითებზე პრობლემური ასპექტების განხილვას რელევანტურ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებზე დაყრდნობით. ამასთანავე, კვლევაში გამოყენებულ იქნება ტელეოლოგიური, სისტემური და შედარებითსამართლებრივი მეთოდები, რაც შესაძლებლობას იძლევა აღნიშნული საკითხი უფრო ვრცლად იქნეს განხილული, მკაფიოდ წამოჭრას ამ სფეროში არსებული გამოწვევები და შეძლებისდაგვარად, ჩამოყალიბდეს მათი გადაჭრის ყველაზე ოპტიმალური გზები.

## II. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის არსი და სახეები

### 1. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ცნება

უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი თავის თავში მოიაზრებს ინვესტორისათვის სამართლებრივი დაცვის ისეთი გარანტიის მიცემას, რომელიც მას არ ჩააყენებს უფრო მძიმე პირობებში, ვიდრე ეს განსაზღვრულია სხვა სახელმწიფოს რეზიდენტი ინვესტორებისთვის.<sup>9</sup> მარტივად რომ განვმარტოთ აღნიშნული, უპირატესი ხელშეკრულების რეჟიმით გათვალისწინებულია ინვესტორისთვის ყველაზე ლოიალური პირობების შექმნა და აღნიშნული პირობების სამართლებრივ ჩარჩოში მოქცევა, რაც ემსახურება, პირველ რიგში, სტაბილური საინვესტიციო გარემოს შექმნასა და რაც შესაძლებელია, მეტი ინვესტორის მოზიდვას, რაც ასე მნიშვნელოვანია სახელმწიფო და მსოფლიო ეკონომიკისთვის, განსაკუთრებით კი, განვითარებადი ქვეყნებისთვის. მაგალითისთვის შეგვიძლია მოვიყვანოთ საქართველოსა და იაპონიას შორის ინვესტიციების ლიბერალიზაციის, ხელშეწყობისა და დაცვის შესახებ შეთანხმება, რომლის მესამე მუხლში პირდაპირ არის განსაზღვრული უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი, კერძოდ, „თითოეული ხელშემკვერელი მხარე, მეორე ხელშემკვერელი მხარის ინვესტორებსა და მათ ინვესტიციებს, თავის ტერიტორიაზე, მიაწოდებს რეჟიმს, რომელიც არანაკლებ ხელსაყრელია, ვიდრე ის რეჟიმი, რომელსაც მსგავს გარემოებებში ანიჭებს არახელშემკვერელი მხარის ინვესტორებს მათ საინვესტიციო საქმიანობებთან მიმართებით“<sup>10</sup>. ასეთივე დათქმას შეიცავს საქართველოსა და აზერბაიჯანის

<sup>9</sup> ცერცვაძე გ., შესავალი საერთაშორისო საინვესტიციო სამართალში, თბილისი, 2013, 184, იხ. ციტირება: Muchlinski P., Policy Issues in: Muchlinski P., Ortino F., Schreuer C., (Editors) The Oxford Handbook of International Investment Law, "Oxford University Press," 2008, 22.

<sup>10</sup> საქართველოსა და იაპონიას შორის ინვესტიციების ლიბერალიზაციის, ხელშეწყობისა და დაცვის შესახებ შეთანხმება, მუხლი 3.

რესპუბლიკას შორის დადებული შეთანხმება საინვესტიციო საქმიანობის წახალისების შესახებ.<sup>11</sup> უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის შესახებ დათქმა არის უნიკალური შესაძლებლობა ინვესტორებისთვის მიუთითოს მისთვის ყველაზე ხელსაყრელ რეგულირებაზე, რომელიც შესაძლოა უკვე არსებობდეს ან მომავალში იქნება გათვალისწინებული ინვესტიციის ბენეფიციარი სახელმწიფოს მიერ სხვა სახელმწიფოებთან დადებულ საინვესტიციო ხელშეკრულებებში.<sup>12</sup> ისტორიულად, მე-12 საუკუნიდან გამოიყენება უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმზე დათქმა, რომლის მთავარი მიზანია დისკრიმინაციის აკრძალვა იყო საერთაშორისო ვაჭრობაში.<sup>13</sup> თუმცა, დღესდღეობით, მისი გამოყენება გაფართოვდა და იგი აქტიურად გამოიყენება საინვესტიციო სამართალში. მისი გამოყენება უკიდევანოა, იგი არ შემოისაზღვრება მხოლოდ რომელიმე კონკრეტული საინვესტიციო ხელშეკრულებით, არამედ ავტომატურად ხდება ნაწილი იმ საინვესტიციო ხელშეკრულებების, რომლებიც დაიდო მხარეებს შორის ან/და სამომავლოდ გაფორმდება.<sup>14</sup> უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი არის ორმხრივად მომგებიანი, მაგალითად, ასოცირების შესახებ შეთანხმებით არის განსაზღვრული, რომ „საქართველოს შვილობილი კომპანიების, ფილიალებისა და იურიდიული პირების წარმომადგენლობების დაფუძნებას/საქმიანობას იმაზე არანაკლებ ხელსაყრელი რეჟიმი ექნება, ვიდრე ევროკავშირი ანიჭებს საკუთარ იურიდიულ პირებს, მათ ფილიალებს და წარმომადგენლობებს ან რომელიმე მესამე ქვეყნის შვილობილ კომპანიებს, ფილიალებს და წარმომადგენლობებს“<sup>15</sup>. საბოლოოდ, დროთა განმავლობაში, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი ჩამოყალიბდა, როგორც საერთაშორისო საინვესტიციო სამართლის ერთ-ერთი ფუძემდებლური პრინციპი და იქცა მის განუყოფელ ნაწილად.<sup>16</sup> იურისპრუდენციაში ძალზე გაყოფილია აზრები უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ცნებასთან მიმართებით. უპირატეს-

<sup>11</sup> საქართველოს მთავრობასა და აზერბაიჯანის რესპუბლიკის მთავრობას შორის ინვესტიციების წახალისებისა და ურთიერთდაცვის შესახებ შეთანხმება, მუხლი 4.

<sup>12</sup> ხვედელიძე მ., ასოცირების შესახებ შეთანხმების გავლენა საქართველოსთან დაკავშირებულ საინვესტიციოსამართლებრივ ურთიერთობებზე, ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“, №4(60), 2018, 69.

<sup>13</sup> Radi Y., The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the “Trojan Horse”, The European Journal of International Law Vol. 18, No. 4, 2007, 758.

<sup>14</sup> ხვედელიძე მ., ასოცირების შესახებ შეთანხმების გავლენა საქართველოსთან დაკავშირებულ საინვესტიციოსამართლებრივ ურთიერთობებზე, ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“, №4(60), 2018, 68.

<sup>15</sup> ასოცირების შესახებ შეთანხმება ერთი მხრივ, საქართველოსა და მეორეს მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის, მუხლი 79.

<sup>16</sup> Nikiema H. S., The Most-Favoured Nation Clause in Investment Treaties, International Institute for Sustainable Development, 2017, 2.

სი ხელშეწყობის ინტერპრეტაცია უკვე დიდი ხანია ხასიათდება წინააღმდეგობებით მიდგომებს – „ქვევიდან ზევით“ და „ზევიდან ქვევით“ შორის.<sup>17</sup> მიდგომა „ქვევიდან ზევით“ ასახულია ლორდ მაკნეირის აქსიომაში, რომელიც მდგომარეობს შემდეგში: „არ არსებობს ისეთი მცნება, როგორც უპირატესი ხელშეწყობის საჭიროების რეჟიმი: ყველა ხელშეკრულება მოითხოვს დამოუკიდებელ შესწავლას“<sup>18</sup>. მიდგომა „ზევიდან ქვევით“, პირიქით, მომდინარეობს იმ აზრიდან რომ „შეთანხმებაში მონაწილე მხარეებს მხედველობაში აქვთ რაღაც, ზოგადად გასაგები (ყველასთვის გასაგები), რაც გასაგები ხდება უპირატესი ხელშეწყობის სტანდარტის დებულებების ჩართვით მათ შეთანხმებაში“<sup>19</sup>.

უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი არის თანამედროვე საინვესტიციო სამართლის გამოწვევა, რომელზეც დღესდღეობით ცხარე კამათი მიმდინარეობს.<sup>20</sup> ერთადერთი, რაზეც უპირობოდ შეიძლება შეთანხმება არის ის, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის დებულებების განზრახვა იყო დაემკვიდრებინათ და შეენარჩუნებინათ ფუნდამენტური თანასწორობა დისკრიმინაციის გარეშე ყველა დაინტერესებულ ქვეყანას შორის<sup>21</sup>. 2011 წლის მონაცემებით, აღნიშნული დათქმა თითქმის ყველგან გვხვდება, 2600-ზე მეტ თანამედროვე საერთაშორისო საინვესტიციო ხელშეკრულებაში – ძირითადად ორმხრივ საინვესტიციო ხელშეკრულებებში,<sup>22</sup> რაც განპირობებულია ამ შეთანხმებების მიზნით, კერძოდ, ხელი შეეწყოს უცხოური ინვესტიციების შემოდინებას ხელშემკვრელი სახელმწიფოების ტერიტორიებზე უცხოელი ინვესტორების ინვესტიციების კონკრეტული და აღსასრულებელი გზებით დაცვის დაპირებით<sup>23</sup>. დღესდღეობით უნდა ვივარაუდოთ რომ მაჩვენებელი კიდევ უფრო მეტადაა გაზრდილი, თუმცა, აღსანიშნავია, რომ შეინიშნება ახალი ტენდენციაც, უფრო კონკრეტულად კი უპირატესი ხელ-

<sup>17</sup> Titi C., Most-Favoured-Nation Treatment: Survival Clauses and Reform of International Investment Law, *Journal of International Arbitration* 33, No. 5, 2016, 429; იხ. ციტირება: International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the study group of the International Law Commission, A/CN.4/L.702, para. 5 (UN 2006).

<sup>18</sup> Maupin J. A., MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach, *Journal of International Economic Law*, Vol. 14, No. 1, 2011, 173.

<sup>19</sup> იქვე, 174.

<sup>20</sup> Brown G. A., Stern M. R., *Global Market Integration and National Sovereignty*, *The World Economy*, Vol. 29, Iss. 3, 2006, 262.

<sup>21</sup> Ziegler R A., *The Nascent International Law on Most-Favoured-Nation (MFN) Clauses in Bilateral Investment Treaties (BITs)*, *European Yearbook of International Economic Law*, Edited by C. Herrmann and J.P. Terhechte, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010, 79.

<sup>22</sup> Maupin J. A., MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach, *Journal of International Economic Law*, Vol. 14, No. 1, 2011, 158.

<sup>23</sup> Ziegler R A., *The Nascent International Law on Most-Favoured-Nation (MFN) Clauses in Bilateral Investment Treaties (BITs)*, *European Yearbook of International Economic Law*, Edited by C. Herrmann and J.P. Terhechte, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010, 83.



შენწყობის რეჟიმის შესახებ დათქმის საერთოდ არ გაკეთება შეთანხმებებში, რომელზეც უფრო ვრცლად განიხილება შემდგომ თავებში.

უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმზე საუბრისას, როგორც ზემოთ უკვე აღინიშნა, აუცილებელია მისი გავრცელებისთვის მსგავსი გარემოებების და ამ მსგავსი გარემოებებიდან გამომდინარე, განსხვავებული შეთავაზებული პირობების არსებობა. როდესაც თავად უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის პუნქტი ითვალისწინებს, რომ ინვესტიციები ან ინვესტორები უნდა იყვნენ „მსგავს“ გარემოებებში ან სიტუაციებში, ტრიბუნალები ცდილობდნენ დაედგინათ, იყო თუ არა ასეთი გარემოება ყოველ კონკრეტულ საქმეში. მაშინაც კი, როდესაც ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებები დუმან აღნიშნულ საკითხზე, როგორც ეს უმეტეს შემთხვევებში ხდება, ტრიბუნალები არ ყოყმანობენ მიმართონ „მსგავსების“ ცნებასა და მის განმარტებას, როგორც ეს მოხდა საქმეზე, **Parkerings v. Lithuania**<sup>24</sup>, სადაც ტრიბუნალმა ანალიზი გაუკეთა იმ სფეროს, რომელშიც უნდა განხორციელებულიყო ინვესტიცია, კერძოდ, ამ შემთხვევაში, ტრიბუნალმა განიხილა ეკონომიკური სექტორი, რომელშიც იყო ორი შეთავაზება სამშენებლო ტენდერის საჯარო მონვევის საპასუხოდ, მაგრამ ასევე ორი შეთავაზების მახასიათებლები და დაასკვნა, რომ ისინი არ იყვნენ მსგავსი გარემოებებში. იგივე შემთხვევა იყო **Bayindir v. Pakistan** საქმეზე<sup>25</sup>, სადაც ტრიბუნალმა შეადარა ორი ინვესტიცია, მათი შესაბამისი კონტრაქტების კონკრეტული გარემოებებისა და პირობების გათვალისწინებით. ამასთანავე, აღსანიშნავია ისიც, რომ შესაძლებელია „მოპყრობა“ და „ქმედება“ ერთმანეთში იქნეს არეული. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი გულისხმობს სახელმწიფოს მიერ სხვა სახელმწიფოს ინვესტორებისადმი „მოპყრობას“.<sup>26</sup> აღნიშნული განხილვის საგანი გახდა **Canfor Corporation, Terminal Forest Products Ltd., Tembec et al. v. United States of America** საქმეზე, სადაც განმცხადებელი მკაფიოდ მოითხოვდა ამ ორის გამიჯვნას და აცხადებდა, რომ „მოპყრობა“ არის ერთგვარი მანერა, ხოლო „ქმედება“ მოიზრებს სახელმწიფოს მიერ განხორციელებულ ქცევების მთელ ციკლს.<sup>27</sup> ამასთანავე, ქმედება შედგება როგორც მოქმედებისგან, ისე უმოქმედობისგან, მოპყრობა კი გულისხმობს ისეთ მანერას, რისი საბოლოო შედეგიც აისახება უშუალოდ ინვესტიციასა და ინვესტორზე.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> **Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania** (ICSID Case No. ARB/05/8), para. 369.

<sup>25</sup> **Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (I)** (ICSID Case No. ARB/03/29), paras. 400-411.

<sup>26</sup> **Batifort S., Benton H., The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization**, *American Journal of International Law*, Vol. 111, No. 4, 2017, 884.

<sup>27</sup> **Canfor Corporation, Terminal Forest Products Ltd., Tembec et al. v. United States of America**, UNCITRAL, para. 150.

<sup>28</sup> გოშხეთელიანი ნ., უცხოური ინვესტიციის დაცვის სტანდარტები და ექსპრომაციების კანონზომიერება ქართული კანონმდებლობისა და საერთაშორისო პრაქტიკის მიხედვით, თბილისი, 2019, 21.

ამასთან, თუ შედარების კრიტერიუმების გამოყენების პრინციპი საკამათო არ არის, მსგავსების ინტერპრეტაცია შესაძლოა არსებითად განსხვავდებოდეს ტრიბუნალებს შორის.<sup>29</sup> ამ ტიპის სამართლებრივი ტერმინით მოთხოვნილი ყოველი კონკრეტული შემთხვევის საჭირო ინტერპრეტაციის გარდა, უნდა იყოს აღიარებული, რომ ინტერპრეტაციის კრიტერიუმები ან ფაქტორები განსხვავდება.<sup>30</sup> უნდა დადგინდეს მაგალითად, უნდა გასცდეს განმარტება მარტივ ეკონომიკურ მოსაზრებებს? საკმარისია თუ არა, რომ ორი ინვესტორი საქმიანობდეს ერთსა და იმავე სექტორში ან ერთმანეთის კონკურენტები იყვნენ? შეიძლება ჩაითვალოს გარემოს ან ჯანმრთელობის დაცვასთან ან მოსახლეობაზე ზემოქმედებასთან დაკავშირებული ასპექტები? როგორც ვხედავთ კითხვები საკმაოდ არის, თუმცა ამომწურავი პასუხები მათზე არ მოგვეპოვება, ისევე როგორც თავდ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმზე. ძირითადი ხელშეკრულების შესაბამისად, „ინვესტორად“ აღწერა, როგორც ჩანს, საკმარისია იმისთვის, რომ ჩაითვალოს იმავე გარემოებებში მყოფად, როგორც ინვესტორები აღნიშნული მესამე ქვეყნის BIT-ში.<sup>31</sup>

აქვე, აუცილებელია, განხილულ იქნეს უპირატესი ხელშეწყობის გავრცელება დროში. რა დროიდან იწყებს იგი მოქმედებას? რა დროის მანძილზე ვრცელდება და როდის წყვეტს ოპერირებას? აქვს უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმს რეტროაქტიული ძალა? აღნიშნულზე ძალიან საინტერესო გადამწყვეტილება იქნა მიღებული *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States* საქმეზე<sup>32</sup>, როდესაც მოსარჩელე მოითხოვდა, რომ ტრიბუნალს უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმზე მითითებით ავსტრალიასა და მექსიკას შორის დადებულ ორმხრივ საინვესტიციო ხელშეკრულებაში ფორმულირებული კონკრეტული დებულებების რეტროაქტიულად გამოყენება დაედგინა<sup>33</sup>. მოსარჩელეს წარმოდგენდა ესპანური კომპანია, რომელიც მიიღწვოდა იმ მიზნისკენ, რომ მექსიკასა და ესპანეთს შორის დადებული ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულების ძალაში შესვლამდე განხორციელებულ ინვესტიციებსა თუ სხვადასხვა ქმედებებზე განხორციელებულიყო ის დებულებები, რაც გათვალისწინებული იყო ამ

<sup>29</sup> Schill Stephan W., Most-Favored-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration: Arbitral Jurisprudence at a Crossroads, *Journal of World Investment & Trade*, Vol.10, No. 2, 2009, 208.

<sup>30</sup> იქვე, 210.

<sup>31</sup> Vandevelde, K. J., Model Bilateral Investment Treaties: The Way Forward, *Southwestern Journal of International Law*, №18(1), 2011, 312.

<sup>32</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 2000.

<sup>33</sup> აბულაძე თ., უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი და იურისდიქცია საერთაშორისო საინვესტიციო არბიტრაჟში, „საქართველოს იურიდიული ფორუმის ასოციაციის ჟურნალი“, 16, 2018, 88.



ორმხრივი სანვესტიციო ხელშეკრულებით. თუმცა, ტრიბუნალმა უარყო მოსარჩელის მოთხოვნები, აღნიშნა რა, რომ აღნიშნული დებულებები წარმოადგენდა ხელშეკრულების ძირითად დებულებებს და არ ეხებოდა არც პროცედურულ და არც იურისდიქციულ საკითხებს.<sup>34</sup> ტრიბუნალმა, ამასთანავე, აღნიშნა, რომ ეს დებულებები მიმართული იყო მხარეთა შორის დადებული შეთანხმების ფორმისკენ და მიემართებოდა ინვესტიციების საერთაშორისო დაცვის სტანდარტებსა და მათი განხორციელების მექანიზმებს.<sup>35</sup> შესაბამისად, არ შეიძლებოდა უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმზე დაყრდნობა და მისი ამ კუთხით რეტროაქტიულად გამოყენება. გამომდინარე აქედან, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ ხელშეკრულების „ძირითადი დებულებები“ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმზე მითითებით მხოლოდ მას შემდეგ გავრცელდება ინვესტიციებსა თუ სხვა სახის ქმედებებზე, რაც იარსებებს სახელმწიფოებს შორის შეთანხმება, რომელიც შესული იქნება კანონიერ ძალაში. მაგრამ საინტერესოა, კიდევ ერთი ფაქტი, ტრიბუნალს ამ კონკრეტულ საქმეზე არ განუმარტავს თავად „არსებითი დებულებების“ არსი და არც ის, რომელი დებულებები ექცევა ამ ჩარჩოებში, ხოლო, რომელი რჩება მათ მიღმა<sup>36</sup>, შესაბამისად, ეს საკითხი ჯერ კიდევ ღიაა და საჭიროებს ტრიბუნალის მხრიდან მეტ კონკრეტიკას.

კიდევ ერთი საინტერესო საქმეა *Société Générale v. Dominican Republic*<sup>37</sup>, რომლის ფარგლებშიც მოპასუხე ამტკიცებდა, რომ ტრიბუნალს არ ჰქონდა იურისდიქცია იმის საფუძველზე, რომ დომინიკის რესპუბლიკასა და საფრანგეთს შორის 1999 წელს დადებული ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულების თანახმად, ის საქმიანობა, რომელსაც ახორციელებდა მოსარჩელე, არ ითვლებოდა ინვესტიციად. მოსარჩელე კი, ამის საპასუხოდ მიუთითებდა, რომ მართლაც, მისი საქმიანობა არ მიიჩნეოდა ინვესტიციად ამ ხელშეკრულების თანახმად, მაგრამ იგი აკმაყოფილებდა ცენტრალურ ამერიკასა და დომინიკის რესპუბლიკას შორის არსებული ხელშეკრულებით<sup>38</sup> განსაზღვრულ ინვესტიციის ცნებას, შესაბამისად, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმიდან გამომდინარე, სწორედ ამ ხელშეკრულებას უნდა მინიჭებოდა უპირატესობა და ტრიბუნალს სწორედ იგი უნდა

<sup>34</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, paras. 67-69.

<sup>35</sup> იქვე, para. 72.

<sup>36</sup> United Nations, Most-Favoured Nation Treatment, United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2010, 61.

<sup>37</sup> *Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. The Dominican Republic*, UNCITRAL, LCIA Case No. UN 7927.

<sup>38</sup> Central America-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement (DR-CAFTA), 2004.

გამოყენებინა ინვესტიციების ცნების განსაზღვრა<sup>39</sup>. ტრიბუნალმა მხარეთა პრეტენზიები სამართლებრივ საფუძველს მოკლებულად მიიჩნია. ტრიბუნალის განმარტებით, განმცხადებლის საქმიანობა შეესაბამებოდა საინვესტიციო საქმიანობას, დომინიკის რესპუბლიკასა და საფრანგეთს შორის გაფორმებული ძირითადი ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულების მიხედვით<sup>40</sup>, აქედან გამომდინარე, აღარ არსებობდა რაიმე დამატებითი ხელშეკრულების მითითებისა და მით უმეტეს, გამოყენების აუცილებლობა. თუმცა, ამასთანავე, ტრიბუნალმა უარყო მოსარჩელის ალტერნატივა, რაზეც აღნიშნა, რომ განმცხადებელი მოკლებული იყო შესაძლებლობას, ინვესტიციის განმარტების ნაწილში, მიეთითებინა რომელიმე სხვა ხელშეკრულებაზე<sup>41</sup>. ტრიბუნალმა განმარტა რა იგულისხმებოდა ხელშეკრულებისა და ინვესტიციების სინთეზში, რომ თითოეულმა ხელშეკრულებამ თავად უნდა განსაზღვროს რა განიხილება ხელშეკრულებით გათვალისწინებულ დაცულ ინვესტიციად და ვის ენიჭება ამგვარი დაცვა. ინტეგრეტაციები ვარირებს ხელშეკრულებების მიხედვით.<sup>42</sup> ამ კონკრეტულ საქმეზე კი ტრიბუნალმა არ მიიჩნია მიზანშეწონილად უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გამოყენება, ვინაიდან მისი განმარტებით, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი ვრცელდება არა ზოგადად, ინვესტიციებზე, მისი საზოგადო გაგებით, არამედ იმ ინვესტიციებზე, რაც მოცემულია ძირითად ხელშეკრულებაში იმ ინტერპრეტაციით, რითაც იგი ამავე ხელშეკრულებაშია განსაზღვრული.<sup>43</sup>

ყოველივე ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, შეიძლება ითქვას, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმს არ აქვს რეტროაქტიული ძალა,<sup>44</sup> რაც სავსებით ლოგიკურია. წინააღმდეგ შემთხვევაში, გვექნებოდა სრული ქაოსი, ტრიბუნალების გადაწყვეტილებები კიდევ უფრო მრავალფეროვანი გახდებოდა, რაც სავსებით არ ქმნის სტაბილურობის შეგრძნებას. დროში უკუქცევის არარსებობა არის ერთ-ერთი ის ფუნდამენტური კრიტერიუმი, რაზეც შეგვიძლია მყარად ვთქვათ, რომ იგი არ იცვლება. ასეთი კრიტერიუმების არსებობა კი სასიცოცხლოდ მნიშ-

<sup>39</sup> Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. The Dominican Republic, UNCITRAL, LCIA Case No. UN 7927, paras. 82-87.

<sup>40</sup> იქვე, para. 95.

<sup>41</sup> იქვე, para. 97.

<sup>42</sup> აბულაძე თ., უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი და იურისდიქცია საერთაშორისო საინვესტიციო არბიტრაჟში, „საქართველოს იურიდიული ფორმების ასოციაციის ჟურნალი“, 16, 2018, 90.

<sup>43</sup> Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. The Dominican Republic, UNCITRAL, LCIA Case No. UN 7927, paras. 102-104.

<sup>44</sup> აბულაძე თ., უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი და იურისდიქცია საერთაშორისო საინვესტიციო არბიტრაჟში, „საქართველოს იურიდიული ფორმების ასოციაციის ჟურნალი“, 16, 2018, 90.

ვნელოვანია უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმისთვის, რომელიც ბუნდოვანი და ქაოტურია თავისი ყოვლისმომცველი არსიდან გამომდინარე.

საბოლოო ჯამში, ერთი შეხედვითაც ნათელია, თუ რამდენად კომპლექსური საკითხია უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი და რა გამოწვევებთანაა დაკავშირებული მისი გამოყენება, ჯერ მარტო ერთიანი ცნების არარსებობის გამო. ამასთანავე, რთულია, როდესაც საჭიროა უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის და მისი ცალკეული შემადგენელი ნაწილების (მაგალითად, მსგავსების კომპონენტის) ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში განმარტება, რაც ერგება უშუალოდ იმ საქმეს, თუმცა მისი სამომავლო გამოყენება დაკავშირებულია სამართლებრივ სივრცეში ქაოტურობასთან. შესაბამისად, გონივრულია არა ერთიანი ცნების შექმნა, არამედ იმ ტესტების ზუსტი ფორმულირება და ფორმირება, რაც მიმართული იქნება უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმისკენ. აღნიშნული მხარეებს უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ცნების მრავალმხრივი ინტერპრეტაციის შესაძლებლობას მისცემდა, ისე, რომ ამავდროულად არ დაზარალებოდა ინვესტიციებთან დაკავშირებული სამართლებრივი სივრცე და ტრიბუნალებს შესაძლებლობა ექნებოდათ სწორედ ზემოთ ნახსენებ ტესტებზე დაყრდნობით დაედგინათ საერთოდ გვაქვს თუ არა უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი, თუკი გვაქვს რა ფარგლებით მოქმედებს, რა არის გამომომრიცხავი გარემო-ფაქტორები, თუკი შეიძლება მისი გავრცელების არეალის გაზრდა, რაზე დაყრდნობით და რა ფარგლებით. აღნიშნული ზოგადი ტესტების შექმნა მეტ სიმყარეს შემოიტანდა ისეთ ბუნდოვან და მრავლისმომცველ საკითხთან მიმართებით, როგორიცაა უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი.

## 2. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმზე დაფუძნებული იურისდიქცია

მიუხედავად უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ფართო გამოყენებისა, MFN პუნქტების მნიშვნელობა და გამოყენების ფარგლები კვლავ საკამათოა საინვესტიციო ხელშეკრულების სამყაროში. არსებობს სამი არსებითი მიზანი, რისთვისაც შეიძლება გამოყენებულ იქნეს MFN პუნქტი საინვესტიციო ხელშეკრულებაში.<sup>45</sup> პირველი სცენარის მიხედვით, MFN პუნქტის ბენეფიციარი (მოსარჩელე ინვესტორ-სახელმწიფოს შორის არსებული დავის საარბიტრაჟო განხილვაში) იყენებს MFN პუნქტს, რათა მოიპოვოს უფრო ხელსაყრელი მოპყრობა (მდგომარეობა),<sup>46</sup> რომელიც მინიჭებული აქვს მასპინძელი სახელმწიფოს მიერ მესამე სა-

<sup>45</sup> Maupin J. A., MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach, *Journal of International Economic Law*, Vol. 14, No. 1, 2011, 159.

<sup>46</sup> Maupin J. A., MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach, *Journal of International Economic Law*, Vol. 14, No. 1, 2011, 159.

ხელმწიფოს ინვესტორებს მასპინძელი სახელმწიფოს შიდა კანონმდებლობის ან რეგულაციების მეშვეობით. ამგვარად, MFN პუნქტი მოქმედებს იმისთვის, რომ მოსარჩელეს ხელშეკრულების მიხედვით მიენიჭოს უფრო ხელსაყრელი შიდა კანონმდებლობის უპირატესობები.<sup>47</sup>

მეორე სცენარის მიხედვით, მოსარჩელე მიმართავს ხელშეკრულების MFN პუნქტს, რათა შემოიტანოს ძირითად ხელშეკრულებაში უფრო ხელსაყრელი არსებითი პირობა, რომელიც მინიჭებული აქვს მასპინძელი სახელმწიფოს მიერ მესამე სახელმწიფოს ინვესტორებს ცალკეული ხელშეკრულების საშუალებით.<sup>48</sup> MFN პუნქტი ამ შემთხვევაში მოქმედებს სხვა ხელშეკრულებიდან უფრო ხელსაყრელი არსებითი მოპყრობის სტანდარტების იმპორტისთვის პირდაპირ ძირითად ხელშეკრულებაში, ინვესტორის სასარგებლოდ. MFN პუნქტების გამოყენება ამ პირველი ორი გზით, როგორც ჩანს, მეტ-ნაკლებად მიღებულია საინვესტიციო არბიტრაჟის საზოგადოებაში.<sup>49</sup>

თუმცა, მეცნიერებისა და საარბიტრაჟო ტრიბუნალების მრავალფეროვანი პოზიციები განსაკუთრებით მკვეთრად ჩანს მესამე შესაძლებლობის ვარიანტში. ეს მოიცავს დავას იმაზე, შესაძლებელია თუ არა უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის შესახებ პუნქტის გამოყენება საბაზისო ხელშეკრულებაში, შედარებით უფრო ხელსაყრელი დავების გადანაცვების დებულებების შესატანად. ასეთ შემთხვევებში, ინვესტორ-სახელმწიფო საარბიტრაჟო ტრიბუნალის იურისდიქცია შეიძლება დაფუძნდეს არა დავის გადანაცვების დებულებებზე,<sup>50</sup> რომლებსაც მოიცავს ძირითადი ხელშეკრულება და შესაბამისად, ინვესტორიც ამ დებულებებს ეყრდნობა, არამედ, დავის გადანაცვების დებულებებზე, რომლებსაც მოიცავს სხვა, მესამე სახელმწიფოსთან დადებული შეთანხმება. საქმეზე *Garanti Koza v. Turkmenistan*-ის წინააღმდეგ,<sup>51</sup> ტრიბუნალმა მიიღო გადაწყვეტილება იურისდიქციის შესახებ იმ დავაში, რომელიც განიხილება გაერთიანებული სამეფო-თურქმენეთის BIT-ის საფუძველზე, რომელიც, როგორც წესია, გაერთიანებული სამეფოს BIT-ებში, ცალსახად მოიცავს ხელშეკრულების საარბიტრა-

<sup>47</sup> United Nations, Most-Favoured Nation Treatment, United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2010, 41.

<sup>48</sup> იქვე, 42.

<sup>49</sup> Wolfgang A., Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law, Goettingen Journal of International Law 5, No. 2, 2013, 479.

<sup>50</sup> United Nations, Most-Favoured Nation Treatment, United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2010, 45.

<sup>51</sup> *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan* (ICSID Case No. ARB/11/20).

ყო პუნქტს<sup>52</sup>. საერთაშორისო საინვესტიციო დავების გადაწყვეტის ცენტრმა (ICSID) ამ არბიტრაჟში შემოიტანა უფრო ხელსაყრელი ხელშეკრულების დებულებები იურისდიქციის დასადგენად, მიუხედავად იმისა, რომ ICSID არბიტრაჟზე თანხმობა არ იყო მიცემული BIT-ის საარბიტრაჟო მუხლის საფუძველზე.<sup>53</sup> გაერთიანებული სამეფო-თურქმენეთის ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულების ICSID პუნქტმა გააადვილა ტრიბუნალის უმრავლესობისთვის იურისდიქციის მიღება, მაგრამ აღნიშნული მხოლოდ დროის და ინტერპრეტაციის საკითხია, სანამ სხვა ტრიბუნალები გადაწყვეტენ დაამყარონ იურისდიქცია უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის პუნქტის გამოყენებით.

ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებების ფარგლებში წამოჭრილ დავებზე მიღებული გადაწყვეტილებების მნიშვნელოვანი რაოდენობა ეხებოდა MFN-ის იურისდიქციულ შედეგებს, ისინი არათანაბარი დამაჯერებლობისა და აქტუალობისაა.<sup>54</sup> ყოველივე ზემოაღნიშნული, შესაძლოა განხილულ იქნეს როგორც უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმზე დაფუძნებული იურისდიქცია და სწორედ, აღნიშნულ იურისდიქციაზე დაყრდნობით მიღებული გადაწყვეტილებების მრავალფეროვნებას ეყრდნობა აღნიშნული კვლევა. ერთი შეხედვითაც მარტივი დასადგენია, თუ რამდენად კომპლექსური და ამოუწურავი საკითხია იურისპრუდენციაში უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი, რომლის გავრცელების ფარგლებიც შეგვიძლია უკიდველად გავზარდოთ ან პირიქით, ხისტ ჩარჩოებში მოვაქციოთ.

### 3. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის დათქმის სახეები

უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი სხვადასხვა ფორმით შეიძლება განისაზღვროს საინვესტიციო ხელშეკრულებებში. არ არსებობს ერთიანი შეთანხმება იმასთან დაკავშირებით თუ ზუსტად რას წარმოადგენს უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი და რა მოქმედების ფარგლები გააჩნია მას,<sup>55</sup> შესაბამისად, აღნიშნული უნდა განისაზღვროს თავად სახელმწიფოს დათქმით ხელშეკრულებაში და ტრიბუნალების განმარტებებით. სწორედ ამიტომ ჩამოყალიბდა განსაზღვრული კრიტერიუმები, რომელთა მიხედვითაც უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი შესაძლოა გამოყენებულ იქნეს, როგორც ფართოდ, ისე ზოგადი დათქმის სახით ან ვიწრო განმარტებით. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის სამი ძირითადი მახასიათებელი იმსახურებს ყურადღებას. პირველი, უპირატესი ხელშეწყობის მინიჭების ვა-

<sup>52</sup> Turkmenistan – United Kingdom BIT (1995), Art. 3.3.

<sup>53</sup> იქვე, Art. 8.2.

<sup>54</sup> Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. and ALOS 34 S.L. v. The Russian Federation (SCC Case No. 24/2007), para. 94.

<sup>55</sup> International Law Commission, Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries, 2005, 28.

ლდებულება მკაცრად სახელშეკრულებო ვალდებულებას წარმოადგენს და არ გამოდინარეობს საერთაშორისო სამართლის ჩვეულებითი ნორმებიდან.<sup>56</sup> ამ მიზეზით, სახელმწიფო ვალდებულია უზრუნველყოს უპირატესი ხელშეწყობა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მას ვალდებულება ალბულის აქვს ხელშეკრულებით და მხოლოდ ამ ალბულის ვალდებულების ჩარჩოებში.<sup>57</sup> მეორე, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის განმსაზღვრელი პუნქტი შედარებითი ვალდებულებაა.<sup>58</sup> სხვა ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებების ვალდებულებებისგან განსხვავებით, შეუძლებელია მასპინძელი სახელმწიფოს მიერ მინიჭებული „არანაკლებ ხელსაყრელი“ მოპყრობის შინაარსის წინასწარი და აბსოლუტური განმარტება. მესამე, ყველაფერი შედარებითა და შესაბამიად, მხოლოდ მსჯელობა შეიძლება იმ მსგავსებასა და განსხვავებაზე, რაც შესაძლოა ურთიერთობის ერთსა და იმავე სფეროდან წამოიჭრას.<sup>59</sup> ბენეფიციარი სახელმწიფო მასთან გარკვეულ ურთიერთობაში მყოფ პირებთან ან საგნებთან ურთიერთობაში იძენს პუნქტი 1-ით გათვალისწინებულ უფლებებს, მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი ისინი: (ა) მიეკუთვნებიან პირთა ან ნივთების იმავე კატეგორიას, რომელსაც ეკუთვნიან მესამე სახელმწიფოსთან კონკრეტულ ურთიერთობაში მყოფი პირები ან საგნები, რომლებიც სარგებლობენ მიმღები სახელმწიფოს მიერ მათთვის მინიჭებული რეჟიმით და (ბ) აქვთ იგივე ურთიერთობა ბენეფიციარ სახელმწიფოსთან, როგორიც (ა) ქვეპუნქტში მითითებულ პირებსა და საგნებს მესამე სახელმწიფოსთან.<sup>60</sup>

საინვესტიციო საარბიტრაჟო წრეებში გავრცელებულია ერთი ძალზედ პოპულარული და ბრძნული მოსაზრება, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმზე დაფუძნებული იურისდიქციის გადაწყვეტილებების შედეგი დამოკიდებულია უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის დათქმის სახეზე ძირითად ხელშეკრულებაში და შესაბამისად, ამ დათქმიდან წარმოშობილ სადავო საკითხზე.<sup>61</sup> რაც შეეხება, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის სახეებს, კარგად არის ცნობილი, რომ MFN პუნქტების ზუსტი ფორმულირება ხშირად განსხვავდება ორმხრივ საინვესტი-

<sup>56</sup> Kurtz J., The MFN Standard and Foreign Investment: An Uneasy Fit, Journal of World Investment & Trade, Vol. 5, No. 6, 2004, 874.

<sup>57</sup> Nikièma H. S., The Most-Favoured Nation Clause in Investment Treaties, International Institute for Sustainable Development, 2017, 5.

<sup>58</sup> Kurtz J., The MFN Standard and Foreign Investment: An Uneasy Fit, Journal of World Investment & Trade, Vol. 5, No. 6, 2004, 876.

<sup>59</sup> Nikièma H. S., The Most-Favoured Nation Clause in Investment Treaties, International Institute for Sustainable Development, 2017, 6.

<sup>60</sup> International Law Commission, Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries, 2005, 30.

<sup>61</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development, Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, 2004, 10.



ციო ხელშეკრულებებში.<sup>62</sup> მეტიც, მისი ფორმულირება ვარირებს თუნდაც ერთი და იმავე სახელმწიფოს მიერ დადებულ BIT-ებში.<sup>63</sup>

### 3.1. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ფართო განვრცობადობა

უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ფართო განვრცობადობა შესაძლოა ყველაზე ხელსაყრელი იყო ინვესტორისთვის დავის წარმოშობის შემთხვევაში, თუკი დასადგენი გახდება უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მოქმედების ფარგლები,<sup>64</sup> თუმცა, ამავდროულად, სავალალო გახდეს სახელმწიფოსთვის, ვინაიდან არ არის დადგენილი უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მოქმედების ჩარჩოები, რაც საშუალებას იძლევა მისი სისტემური, ფართო განმარტებისა. ეს პუნქტები შეიცავს უჩვეულოდ ფართო ინტერპრეტაციას, რომელიც მიუთითებს, მაგალითად, რომ BIT-ის MFN ვალდებულება ვრცელდება ხელშეკრულებაში დადგენილ ყველა საკითხზე<sup>65</sup>. ტრადიციული BIT-ების უმრავლესობა არ აკონკრეტებს MFN-ის გამოყენების ფარგლებს.<sup>66</sup> გაერთიანებული სამეფოს ზოგიერთი BIT-ის უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ფორმულირება, მართალია, არ შეიცავს ფრაზას „ყველა საკითხი“<sup>67</sup>, მაგრამ, ასევე, მიეკუთვნება ამ კატეგორიას. გაერთიანებულ სამეფოსა და ბოსნია-ჰერცეგოვინას შორის გაფორმებული ორმხივი საინვესტიციო ხელშეკრულების თანახმად, არც ერთმა ხელშემკვრელმა მხარემ თავის ტერიტორიაზე არ უნდა დაუქვემდებაროს მეორე ხელშემკვრელი მხარის მოქალაქეები ან კომპანიები მათი მართვის, მოვლის, გამოყენების, სარგებლობის ან მათი ინვესტიციების განკარგვის კუთხით იმაზე ნაკლებად ხელსაყრელ მოპყრობებს, ვიდრე ის ანიჭებს საკუთარ მოქალაქეებს ან კომპანიებს ან ნებისმიერი მესამე სახელმწიფოს

<sup>62</sup> Schill Stephan W., Most-Favored-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration: Arbitral Jurisprudence at a Crossroads, *Journal of World Investment & Trade*, Vol.10, No. 2, 2009, 210; იხ. ციტირება: On the advantages of international investment arbitration over dispute settlement in domestic courts see Schill, *Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties*, 18 *Minn. J. Int'l L.* 1, 20 et seq. (2009).

<sup>63</sup> Titi C., Most-Favoured-Nation Treatment: Survival Clauses and Reform of International Investment Law, *Journal of International Arbitration* 33, No. 5, 2016, 435; იხ. ციტირება: European Commission, *supra* n. 61.

<sup>64</sup> Radi Y., The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the “Trojan Horse”, *The European Journal of International Law* Vol. 18, No. 4, 2007, 763.

<sup>65</sup> Agreement between Belgium and Luxembourg and the Union of Soviet Socialist Republics concerning the reciprocal promotion and protection of investments, Art. 2.

<sup>66</sup> Nikiema H. S., The Most-Favoured Nation Clause in Investment Treaties, *International Institute for Sustainable Development*, 2017, 7.

<sup>67</sup> Maupin J. A., MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach, *Journal of International Economic Law*, Vol. 14, No. 1, 2011, 164.

მოქალაქეებსა და კომპანიებს.<sup>68</sup> ანალოგიური დათქმებია გაკეთებული გაერთიანებულ სამეფოსა და ეგვიპტეს შორის,<sup>69</sup> დანიასა და არგენტინას შორის<sup>70</sup>. „უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ამგვარი ფართო განვრცობადობა ნახულობს წინამორბედებს ძირითად ხელშეკრულებაში, რომელიც განხილულ იქნა საქმეში, *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, რომელშიც უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის განმსაზღვრელი პუნქტი ცალსახად ეხებოდა „ვაჭრობასა და ნავიგაციასთან დაკავშირებულ ყველა საკითხს“, <sup>71</sup> მხარეები განსაზღვრავდნენ, რომ „ვაჭრობა და ნაოსნობა, რომელსაც რომელიმე მხარე განახორციელებდა, მოითხოვდა მეორე მხარისგან უპირატეს ხელშეწყობას“<sup>72</sup>.

თუკი მხოლოდ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის განმსაზღვრელი ტექსტი იქნება პირველადი ინდიკატორი, უნდა ველოდოთ, რომ აღნიშნული დათქმები მიიღებენ ყველაზე ვრცელ ინტერპრეტაციას საერთაშორისო არბიტრაჟების მიერ.<sup>73</sup> ჯერჯერობით, მხოლოდ ორი ინვესტორ-სახელმწიფო ტრიბუნალი იყო მოწოდებული ამ ტიპის ფართო ინტერპრეტაციისთვის.<sup>74</sup> ერთ შემთხვევაში, *MFN-ზე* დაფუძნებული იურისდიქცია დადგენილ იქნა, თუმცა, ტრიბუნალის გადაწყვეტილება იურისდიქციის თაობაზე დასაბუთებული არ იყო,<sup>75</sup> ვინაიდან ტრიბუნალმა მიიჩნია, რომ არ იყო საჭირო რაიმე არგუმენტაციისა და განმარტებების მიწოდება, რადგან მოპასუხე ამ საქმეში არ აპროტესტებდა უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის პუნქტის გამოყენებას. მეორე შემთხვევაში, *MFN-ზე* დაფუძნებული იურისდიქცია ტრიბუნალმა უარყო, მაგრამ აღნიშნულ გადაწყვეტილებას ერთი არბიტრი არ დაეთანხმა<sup>76</sup>.

<sup>68</sup> Bosnia and Herzegovina – United Kingdom BIT (2002), Art. 3.2.

<sup>69</sup> United Kingdom–Egypt BIT (1975), Art. 3.2.

<sup>70</sup> Argentina–Denmark BIT (1992), Art. 3.3.

<sup>71</sup> Batifort S., Benton H., *The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, American Journal of International Law, Vol. 111, No. 4, 2017, 883; იხ. ციტირება: See Ambatielos, supra note 59, at 107; Rights of U.S. Nationals, supra note 59, at 190, 204; id. at 226 (Hackworth, Badawi, Levi Carneiro & Sir Benegal Rau, dissenting); Anglo Iranian, supra note 59, at 122 (McNair, sep. op.); id at 141 (Hackworth, dissenting); id. at 144 (Read, dissenting); id. at 157, 170 (Levi Carneiro, dissenting).

<sup>72</sup> იქვე, 885; იხ. ციტირება: Ambatielos, supra note 59, at 109-10. One member of the Ambatielos Commission dissented on this point, as he considered that one of the treaties invoked by Greece contained more favorable provisions. Id. at 129 (Spiropoulos, dissenting).

<sup>73</sup> Thulasidhass, *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the Limits through Interpretative Principles*, Amsterdam Law Forum, 2015, 19.

<sup>74</sup> Schill Stephan W., *Most-Favored-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration: Arbitral Jurisprudence at a Crossroads*, Journal of World Investment & Trade, Vol.10, No. 2, 2009, 223.

<sup>75</sup> Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic (I) (ICSID Case No. ARB/03/2).

<sup>76</sup> Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004).

საინტერესოა, რომ მაფეზინის გადანყვეტილება, რომელმაც პირველმა დაუშვა უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმზე დაფუძნებული იურისდიქცია და რომელიც, თავისი გადანყვეტილების დასაბუთებისას ხაზს უსვამდა ფრაზის „ყველა საკითხის“ ფართო ხასიათს ესპანეთსა და არგენტინას შორის დადებულ ორმხრივ საინვესტიციო ხელშეკრულებაში,<sup>77</sup> არ მოიცავდა ჭეშმარიტად ფართო დათქმას უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმისა, არამედ MFN პუნქტი დაკავშირებული იყო თანაბარი და სამართლიანი მოპყრობის სტანდარტთან.<sup>78</sup>

ხელშეკრულებებით განსაზღვრულია, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის შესახებ დათქმა მიემართება BIT-ის ყველა დებულებას, განმარტებებიდან დაწყებული, დავების გადანყვეტის მექანიზმით დამთავრებული. ამრიგად, ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულების ეს ტიპი პირდაპირ იძლევა ნებისმიერი, უფრო ხელსაყრელი დებულების იმპორტის უფლებას სხვა ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებიდან, რომლებიც შეესაბამება უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მოქმედების არეალის განსაზღვრას.<sup>79</sup>

### 3.2. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ზოგადი განვრცობადობა

მეორე და ყველაზე გავრცელებული ტიპი მოიცავს იმ ხელშეკრულებებს, რომლებიც შეიცავენ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმზე ზოგადი ხასიათის დათქმებს. ეს ხელშეკრულებები არ აკონკრეტებენ მათი გამოყენების ზუსტ ფარგლებს.<sup>80</sup> უფრო მეტიც, ისინი იყენებენ ზოგად ფრაზეოლოგიას, რომელიც უკრძალავს ორივე ხელშემკვრელ სახელმწიფოს, მეორე სახელმწიფოს მოქალაქეების ან მეორე ხელშემკვრელი მხარის კომპანიების ინვესტიციების მიმართ „ნაკლებად ხელსაყრელი მოპყრობის“ გამოყენებასა და ამგვარი მოპყრობის შეთავაზებას, ვიდრე ეს განსაზღვრულია საკუთარი ან/და მესამე სახელმწიფოს მოქალაქეებისთვის და კომპანიებისთვის.<sup>81</sup> ასევე შედის ამ კატეგორიაში პუნქტები, რომლებიც აზუსტებენ, რომ ინვესტორები ისარგებლებენ უპირატესი ხელშეწყობის რე-

<sup>77</sup> Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), para. 60.

<sup>78</sup> იქვე, para. 38.

<sup>79</sup> Nikièma H. S., The Most-Favoured Nation Clause in Investment Treaties, International Institute for Sustainable Development, 2017, 7.

<sup>80</sup> გოშხეთელიანი ნ., უცხოური ინვესტიციის დაცვის სტანდარტები და ექსპრომაციების კანონზომიერება ქართული კანონმდებლობისა და საერთაშორისო პრაქტიკის მიხედვით, თბილისი, 2019, 26; იხ. ციტირება: SCHREUER CHRISTOPH, Investments, International Protection, Oxford: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2011, para. 71.

<sup>81</sup> Agreement between the Federal Republic of Germany and the Argentine Republic on the promotion and reciprocal protection of investments 171 UNTS 1910, BGBl II 1993, 1245, Art. 3.

ჟიმით „მათი ინვესტიციების მართვასთან, შენარჩუნებასთან, გამოყენებასთან, სარგებლობასთან ან განკარგვასთან დაკავშირებით“<sup>82</sup>.

ასეთი დებულებები ზოგადია იმით, რომ არსად არ არის განსაზღვრული სიტყვა „მოპყრობის“ ზუსტი მნიშვნელობა და არც აკონკრეტებს, მოიცავს თუ არა უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის შესახებ დათქმით დაკისრებული ვალდებულების ფარგლები ხელშეკრულებით გათვალისწინებულ ყველა თუ მხოლოდ ზოგიერთ საკითხს. უფრო ზუსტად რომ განიმარტოს, ისინი არ იძლევიან მითითებას იმის შესახებ, ვრცელდება თუ არა MFN პუნქტი დავების გადანაცვების დებულებებზე და სხვადასხვა ტრიბუნალებმა, სწორედ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ზოგადი დათქმის ტიპიდან გამომდინარე, მიიღეს განსხვავებული გადანაცვლებები იმის თაობაზე, შეიძლება თუ არა დავის გადანაცვლა ჩაითვალოს „მართვის, შენარჩუნების, გამოყენების“<sup>83</sup> შემადგენელ ნორმალურ ნაწილად.

ზოგჯერ MFN კომბინირებულია ეროვნული მოპყრობის ვალდებულებასთან ორმხრივ საინვესტიციო ხელშეკრულებებში, როგორც ეს ასახულია ნიდერლანდებსა და ბურკინა ფასოს შორის 2001 წელს დადებულ შეთანხმებაში, კერძოდ, შეთანხმებაში მონაწილე ყოველი მხარე, წარადგენს ამ ინვესტიციებისთვის იმგვარ ხელსაყრელ პირობებს, რომლებიც არანაკლებია საკუთარი მოქალაქეების ან რომელიმე მესამე სახელმწიფოს მოქალაქეების მიერ განხორციელებულ საინვესტიციო პირობებზე, ყველა შემთხვევაში, რაც ყველაზე მეტად მისაღებია ეროვნული ინტერესებისთვის<sup>84</sup>.

არსებობს შემთხვევები, როდესაც საერთოდ არ არის ნახსენები უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი, არამედ ნახსენებია სამართლიანი და თანაბარი მოპყრობა და სწორედ მას მიემართება, მასთან არის გაერთიანებული, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი ტექსტის ფორმულირებიდან გამომდინარე, როგორც ეს მოხდა კოლუმბიასა და შვეიცარიას შორის გაფორმებულ საინვესტიციო ხელშეკრულებაში, კერძოდ, თითოეულმა მხარემ უნდა უზრუნველყოს მეორე მხარის ინვესტორების ინვესტიციების მიმართ სამართლიანი და თანაბარი დამოკიდებულება თავის ტერიტორიაზე. ეს მოპყრობა არ უნდა იყოს იმაზე ნაკლებად ხელსაყრელი, ვიდრე თითოეული მხარეს მინიჭებული აქვს თავის ტერიტორიაზე საკუთარი ინვესტორებისთვის, ან სხვა სახელმწიფოს ინვესტორებისთვის.<sup>85</sup> ანალოგიური

<sup>82</sup> Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investments UKTS 41 (1993), Cm 2278, Cmd 1449, 1765 UNTS 33, UN Reg 30682, Art. 3.

<sup>83</sup> United Nations, Most-Favoured Nation Treatment, United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2010, 68.

<sup>84</sup> Burkina Faso – Netherlands BIT (2000), Art. 3.2.

<sup>85</sup> Colombia–Switzerland BIT (2006), Art. 4.2.

დათქმა გვხვდება, აგრეთვე, რუსეთსა და ესპანეთს შორის 1990 წელს დადებულ ორმხრივ საინვესტიციო ხელშეკრულებაში.<sup>86</sup>

### 3.3. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ვიწრო განვრცობადობა

საინვესტიციო ხელშეკრულებებში უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მრავალი ვარიანტია მოცემული. მისი ვიწრო განვრცობადობა გულისხმობს იმ დათქმას, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი მოცემულია ცალკეულ პუნქტად და თან არ ერთვის ეროვნული რეჟიმის პრინციპის განმსაზღვრელ დათქმას, იგი ცალკე განიხილება და კავშირში არ არის ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულების სხვა დებულებებთან.<sup>87</sup> ამის ნათელი მაგალითია ჩინეთის სახალხო რესპუბლიკასა და ბენინის რესპუბლიკას შორის გაფორმებული შეთანხმება საინვესტიციო საქმიანობის ხელშეწყობის შესახებ, რომლის თანახმადაც, არცერთი ხელშემკვრელი მხარე არ უნდა დაექვემდებაროს მეორე ხელშემკვრელი მხარის ინვესტორების მიერ ასეთ ინვესტიციებისა და საქმიანობის განხორციელებასთან დაკავშირებულ ნაკლებად ხელსაყრელ მოპყრობას, ვიდრე ეს მინიჭებული აქვს ინვესტიციებსა და მასთან დაკავშირებულ საქმიანობას რომელიმე მესამე სახელმწიფოს ინვესტორების მიერ<sup>88</sup>.

ამასთანავე, ეს არის ბოლო კატეგორია უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის დათქმისა, საბოლოო კატეგორია მოიცავს იმ საინვესტიციო ხელშეკრულებებს, რომლებიც ცდილობენ მკაფიოდ შეზღუდონ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გავრცელების ფარგლები, რათა გამოირიცხოს დავის გადაწყვეტის განმსაზღვრელი ნორმები.<sup>89</sup> აღნიშნული მოიცავს ე.წ. **“vanishing footnote”**<sup>90</sup>, რომელიც შედის ცენტრალური ამერიკა-დომინიკის რესპუბლიკა-შეერთებული შტატების თავისუფალი ვაჭრობის შეთანხმებაში (CAFTA)<sup>91</sup> და ინტერპრეტიულ დეკლარაციაში, რომელიც გაცვალეს პანამამ და არგენტინამ 1996 წლის BIT-თან დაკავშირებით<sup>92</sup>.

<sup>86</sup> Spain–Russia BIT (1990), Art. 5.1.2.

<sup>87</sup> Nikiéma H. S., The Most-Favoured Nation Clause in Investment Treaties, International Institute for Sustainable Development, 2017, 7.

<sup>88</sup> Benin – China BIT (2004), Art. 3.2.

<sup>89</sup> Brown G. A., Stern M. R., Global Market Integration and National Sovereignty, The World Economy, Volume 29, Issue 3, 2006, 272.

<sup>90</sup> Maupin J. A., MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach, Journal of International Economic Law, Vol. 14, No. 1, 2011, 167.

<sup>91</sup> Ziegler R A., The Nascent International Law on Most-Favoured-Nation (MFN) Clauses in Bilateral Investment Treaties (BITs), European Yearbook of International Economic Law, Edited by C. Herrmann and J.P. Terhechte, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010, 93.

<sup>92</sup> Brown G. A., Stern M. R., Global Market Integration and National Sovereignty, The World Economy, Vol. 29, Iss. 3, 2006, 274.

ამ ტიპის MFN პუნქტი ჯერ არ ყოფილა საარბიტრაჟო სასამართლოში კამათის საგანი.<sup>93</sup> მიუხედავად ამისა, მნიშვნელოვანია უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ვიწრო განვრცობადობის ამ კვლევაში აღნიშვნა როგორც საკითხის სისრულისთვის, ასევე, იმის გამო, რომ არ არის გამორიცხული, რომ სამომავლოდ წამოიშვას დავა სწორედ MFN პუნქტის ვიწრო განვრცობადობიდან გამომდინარე.

#### 4. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის კავშირი სამართლიანი და თანაბარი მოპყრობის რეჟიმთან

ზოგადად, საინვესტიციო სამართლი, ისევე, როგორც არაერთი დოქტრინა, განამტკიცებს იმ ძირითად პრინციპებს, რაც მიემართება ინვესტიციების დაცვასა და სტაბილური ეკონომიკური გარემოს ფორმირებას, რომელთა შორისაა: თანასწორი და სამართლიანი მოპყრობის უფლება, დისკრიმინაციული მოპყრობის დაუშვებლობა, ინვესტიციების სრული დაცვისა და უსაფრთხოების სტანდარტი, დაუსაბუთებელი ექსპროპრიაციის აკრძალვა, ეროვნული მოპყრობისა და უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმები, ქოლგა კლაუზულა, დივიდენდის თავისუფალი ტრანსფერის უფლება.<sup>94</sup> ზოგადად, არ შეიძლება აღნიშნული პრინციპების გაცალკევება, არამედ ისინი შეადგენენ ერთ მთლიანობას.

ხშირად ერთმანეთში თანასწორი და სამართლიანი მოპყრობის უფლებისა და უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის არევა ხდება. ორივე მათგანს კი განიხილავენ, როგორც დისკრიმინაციის აკრძალვის განხორციელების საშუალებას და ანტიდისკრიმინაციული მოპყრობის შემადგენელ ნაწილებს, რაც ერთი შეხედვით არ არის მოკლებული გონივრულ საფუძველს, თუმცა მათ ცალ-ცალკე სხვადასხვა დანიშნულება აქვთ, სამაგიეროდ, აერთიანებთ მიზანი – მაქსიმალურად დაცულ იქნეს ინვესტიციები და დაბალანსებულ იქნეს ორივე მხარის, როგორც სახელმწიფოს, ისე ინვესტორის ინტერესები. თანასწორი და სამართლიანი მოპყრობის რეჟიმის მიმართება უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმთან შესაძლოა შემდეგნაირად გამოიყურებოდეს: არსებობს შემთხვევები, როდესაც ასოცირების შესახებ შეთანხმების ინვესტიციებთან დაკავშირებული დებულებები წინააღმდეგობაში არიან იმ ორმხრივ თუ მრავალმხრივ საინვესტიციო ხელშეკრულებებთან, რომლის ნევრებსაც საქართველო და ევროკავშირის წევრი ქვეყნისად-

<sup>93</sup> Maupin J. A., MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach, *Journal of International Economic Law*, Vol. 14, No. 1, 2011, 168.

<sup>94</sup> ხვედელიძე მ., ასოცირების შესახებ შეთანხმების გავლენა საქართველოსთან დაკავშირებულ საინვესტიციოსამართლებრივ ურთიერთობებზე, *ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“*, №4(60), 2018, 69, იხ. ციტირება: Griebel, J., *Internationales Investitionsrecht, Lehrbuch für Studium und Praxis*, München, 2008, 68.



მი კუთვნილი ინვესტორები წარმოადგენენ,<sup>95</sup> ასეთ დროს ამოსავალი წერტილი არის ინვესტორების დაცვა და სწორედ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმიდან გამომდინარე, უპირატესობა უნდა მიენიჭოს ისეთ ნორმებს, რომელიც მეტად ხელსაყრელია ინვესტორებისთვის. აღნიშნული კი იმით მიემართება სამართლიან და თანაბარ მოპყრობას, რომ ეს არის უნივერსალური პრინციპი, რომლის პრივილეგიით სარგებლობს ყველა ინვესტორი და არა რომელიმე კონკრეტული ქვეყნის ინვესტორი, ქვეყნებს შორის დადებული შეთანხმებიდან ან სახელმწიფოს „კეთილი ნებიდან“ გამომდინარე.

ამ ტიპის დებულებები ინვევენ დაბნეულობას, თუნდაც იმიტომ, რომ ისინი აკავშირებენ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის შედარებით სტანდარტს სამართლიანი და თანაბარი მოპყრობის სავარაუდო ობიექტურ სტანდარტთან და არ არის ნათელი, თუ რა გზით უნდა განხორციელდეს ეს ურთიერთმიმართება.<sup>96</sup> როგორც წესი, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმისა და სამართლიანი და თანაბარი მოპყრობის პრინციპების ურთიერთმიმართება და კავშირი შემდეგნაირად გამოიყურება: „მოპყრობის“ შესახებ მუხლის პირველ პუნქტში, BIT მოითხოვს ხელშემკვრელი მხარეებისგან, გაავრცელონ თანაბარი და სამართლიანი მოპყრობა ერთმანეთის ინვესტორების მიმართ, შემდეგ მეორე პუნქტი განსაზღვრავს, რომ „ასეთი მოპყრობა“ – რაც გულისხმობს სამართლიან მოპყრობას, არავითარ შემთხვევაში არ უნდა იყოს ნაკლებად ხელსაყრელი, ვიდრე ხელშემკვრელი მხარეები სთავაზობენ საკუთარ ინვესტორებს ან მესამე სახელმწიფოს ინვესტორებს.<sup>97</sup> ასეთი დათქმაა გაკეთებული, მაგალითად, ესპანეთსა და სსრკ-ს შორის ინვესტიციების საპასუხო ხელშეწყობისა და დაცვის შესახებ შეთანხმებაში.<sup>98</sup>

რაც კიდევ უფრო გასაოცარია, როგორც ჩანს, ხუთი ტრიბუნალიდან, რომლებმაც მიმართეს უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის სამართლიანი და თანაბარი მოპყრობის სტანდარტთან დაკავშირებულ პუნქტს, მხოლოდ Renta 4-ის განმხილველმა ტრიბუნალმა განიხილა სამართლიანი და თანაბარი მოპყრობის სტანდარტთან უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის კავშირის შედეგები.<sup>99</sup> დანა-

<sup>95</sup> იქვე, 72.

<sup>96</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development, Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, 2004, 16.

<sup>97</sup> Wolfgang A., Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law, Goettingen Journal of International Law 5, No. 2, 2013, 466; იხ. ციტირება: Guzman A. T., Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, 38 Virginia Journal of International Law (1998), No. 4, 639, 658-665; Salacuse & Sullivan, 77.

<sup>98</sup> Agreement between USSR and Spain for the Protection and Promotion of the Investments, Art. 5.

<sup>99</sup> Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. and ALOS 34 S.L. v. The Russian Federation (SCC Case No. 24/2007), paras. 103-119.

რჩენ ოთხ ტრიბუნალს არც კი უხსენებია ეს დილემა. ფაქტობრივად, ერთმა ტრიბუნალმა, რომელიც ხელმძღვანელობდა **Aguas Argentinas**-ისა და **Aguas Provinciales**-ის საკითხებს, გამოიყენა ერთი და იგივე მიზეზები ორი BIT-ის ინტერპრეტაციისთვის, რომლებიც შეიცავდნენ ორი სხვადასხვა ტიპის MFN პუნქტებს (ერთი ზოგადი და ერთი FET-თან დაკავშირებული).<sup>100</sup> მთლიანობაში, ხუთი ტრიბუნალიდან, სამმა საბოლოოდ დაადგინა უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმზე დაფუძნებული იურისდიქცია, რომელსაც მოითხოვდა მოსარჩელე, ხოლო ორმა უარყო იგი.<sup>101</sup>

ეს არ არის ერთადერთი პრინციპი, რომელსაც მიემართება უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი. აღნიშნული პრინციპების მოქმედება განვიხილულ უნდა იქნეს მთლიანობაში. ძირითად შემთხვევებში, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მიმართება დისკრიმინაციული მოპყრობის დაუშვებლობასთან გამოიხატება ზიანის ანაზღაურების ნაწილში. საქართველოს არაერთ სახელმწიფოსთან დადებულ საინვესტიციო საქმიანობის ხელშეწყობ შეთანხმებაში აქვს განმტკიცებული ზიანის ანაზღაურების საკითხი, ისევე, როგორც აღნიშნული განმტკიცებულია ასოცირების ხელშეკრულებით. მაგალითისთვის შეგვიძლია მოვიყვანოთ ისრაელსა და საქართველოს შორის დადებული შეთანხმება ინვესტიციების ორმხრივი დაცვისა და ნახალისების შესახებ, რომლის მე-4 მუხლის თანახმად, „თუ ერთ-ერთი მონაწილე მხარის ინვესტორის მიერ მეორე მონაწილე მხარის ტერიტორიაზე ინვესტიციებმა განიცადეს ზარალი, მეორე მონაწილე მხარის ტერიტორიაზე ომის, შეიარაღებული კონფლიქტის, რევოლუციის, საგანგებო მდგომარეობის, აჯანყების, ბუნტის ან მეორე მონაწილე მხარის ტერიტორიაზე მომხდარი სხვა არეულობის გამო, ზარალის ანაზღაურება ამ მეორე მონაწილე მხარის მიერ უნდა მოხდეს ისეთივე პირობებით, როგორც ეს ხდება საკუთარი ან ნებისმიერი მესამე ქვეყნის ინვესტორის ზარალის ანაზღაურებისას. საბოლოო გადასახადი თავისუფლად ტრანსფერებადი უნდა იყოს“<sup>102</sup>.

უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი არის დისკრიმინაციის აკრძალვის პრინციპის ერთ-ერთი კომპონენტი საერთაშორისო სამართლის მიხედვით.<sup>103</sup> მართ-

<sup>100</sup> Maupin J. A., MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach, *Journal of International Economic Law*, Vol. 14, No. 1, 2011, 166; იხ. ციტირება: See above n 18 and n 19 and compare the general MFN clause of the UK-Argentina BIT (reproduced in National Grid, above No. 32, para. 81) with the FET-tied MFN clause of the Spain-Argentina BIT reproduced in Maffezini, above No. 13, para. 38.

<sup>101</sup> Maupin J. A., MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach, *Journal of International Economic Law*, Vol. 14, No. 1, 2011, 167.

<sup>102</sup> საქართველოს რესპუბლიკის მთავრობასა და ისრაელის სახელმწიფოს მთავრობას შორის ინვესტიციების ორმხრივი დაცვისა და ნახალისების შესახებ შეთანხმება, მუხლი 4.

<sup>103</sup> Nikièma H. S., *The Most-Favoured Nation Clause in Investment Treaties*, International Institute for Sustainable Development, 2017, 2.

ლაც, დისკრიმინაციის აკრძალვა შეიძლება შეფასდეს შიდა ასპექტით, კერძოდ, იმ დამოკიდებულებებით, რომელიც არის, ერთი მხრივ, მოქალაქეების და მეორე მხრივ, უცხოელების მიმართ ეროვნულ ტერიტორიაზე (ეროვნული რეჟიმი).<sup>104</sup>

### III. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გავრცელება საარბიტრაჟო საპროცესო უფლებებზე

#### 1. არბიტრაჟისთვის მიმართვის წინაპირობები

შემთხვევების აბსოლუტურ უმრავლესობაში, როდესაც ინვესტორები ეყრდნობოდნენ MFN-ს, ისინი ითხოვდნენ მის გამოყენებას იურისდიქციის ეტაპიდანვე, რათა გადაელახათ დაბრკოლებები ტრიბუნალის იურისდიქციის დასადგენად ძირითად ხელშეკრულებაში. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ინვესტორი იყენებს უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმს მასპინძელი სახელმწიფოს თანხმობის იმპორტირებისთვის. საუბარია ისეთ თანხმობაზე, რომელსაც უმთავრესი მნიშვნელობა აქვს დავის გადაწყვეტის საშუალებების განსასაზღვრად, როგორიცაა არბიტრაჟი.

ერთ-ერთი კლასიკური შემთხვევაა, როდესაც მხარეებს პირდაპირ აქვთ განსაზღვრული, რომ დავის გადაწყვეტის საშუალებად მიიჩნევენ არბიტრაჟს. საჭიროა არსებობდეს ამის შესახებ მკაფიო შეთანხმება, სადაც ნათლად და ზუსტად, არაორაზროვნად იქნება განსაზღვრული, რომ მხარეები გამოსატყვევ საკუთარ ნებას, მათ შორის, დავის წარმოშობის შემთხვევაში, დავა განიხილოს არბიტრაჟმა და შესაბამისად, აღნიშნული დათქმით გამორიცხავენ სასამართლოს უწყებრივ ქვემდებარეობას.<sup>105</sup> სახელმწიფოებსა და სხვა სახელმწიფოთა მოქალაქეებს შორის საინვესტიციო დავების გადაწყვეტის შესახებ კონვენცია ითვალისწინებს, რომ „ნებისმიერმა ხელშემკვრელმა სახელმწიფომ ან ხელშემკვრელი სახელმწიფოს ნებისმიერმა მოქალაქემ, რომელსაც სურს საარბიტრაჟო პროცესების დანერგვა, წერილობითი განაცხადით უნდა მიმართოს გენერალურ მდივანს, ვინც განაცხადის ასლს გაუგზავნის მეორე მხარეს“<sup>106</sup>. ეს არის ერთ-ერთი წინაპირობა საარბიტრაჟო პროცესის დანერგვისა, შემდგომ მუხლებში კი უკვე მოცემულია ის ფორმალური მხარე, რასაც აღნიშნული განაცხადი უნდა აკმაყოფილებდეს.

<sup>104</sup> International Law Commission, Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries, 2005, 35.

<sup>105</sup> ცერცვაძე გ., საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის წინაპირობები (შედარებითი ანალიზი), თბილისი, 2008, 106.

<sup>106</sup> სახელმწიფოებსა და სხვა სახელმწიფოთა მოქალაქეებს შორის საინვესტიციო დავების გადაწყვეტის შესახებ კონვენცია, 36-ე მუხლის პირველი ნაწილი.

მეორე შემთხვევაში, განსაზღვრულია გარკვეული პერიოდი მოლაპარაკებებისთვის და შიდა პროცედურებისთვის, მანამ, სანამ შესაძლებელი იქნება არბიტრაჟისთვის მიმართვა. ძირითად შემთხვევებში, ზემოთ ნახსენები შიდა საპროცედურო და მოლაპარაკებების პერიოდი შეადგენს 18 თვეს.<sup>107</sup> თუმცა, აღსანიშნავია, რომ 18 თვიანი ვადა არ არის დადგენილი ერთიანი თამასა და ვადები განსხვავდება სხვადასხვა შეთანხმებებში<sup>108</sup>, მაგალითად, მოლაპარაკებების პერიოდი მოიცავს 6 თვიან ვადას საქართველოსა და იტალიას შორის დადებულ შეთანხმებაში, მანამ, სანამ მხარეები მიმართავენ უშუალოდ არბიტრაჟს<sup>109</sup>. ვფიქრობ, 6 თვიანი ვადა ყველაზე მისაღები ვარიანტია, ვინაიდან ანგარიშგასანევია ის ვითარება, თუ რა ბედი ეწევა ამ მოლაპარაკებების პერიოდში ინვესტიციებს. რეალურად, მიმაჩნია რომ ხანგრძლივი მოლაპარაკებების პერიოდი, რომელიც წარუმატებლად მთავრდება, კიდევ უფრო მეტ ზიანს აყენებს ორივე მხარეს, როგორც ინვესტორს, ისე მასპინძელ სახელმწიფოს და იკარგება ის უშუალო მიზანი, რის გამოც თავის დროზე, სახელმწიფოებს შორის დაიდო შეთანხმება ინვესტიციების წახალისებისა და ხელშეწყობის შესახებ.

ყველაზე მნიშვნელოვანი კი, ნებისმიერ შემთხვევაში, არის თავად ტრიბუნალის უფლებამოსილება, განიხილოს ესა თუ ის დავა. მან უნდა დაადგინოს საკუთარი იურისდიქცია.<sup>110</sup> ანალოგიური დათქმვა გადმოცემული სახელმწიფოებსა და სხვა სახელმწიფოთა მოქალაქეებს შორის საინვესტიციო დავების გადანყვეტის შესახებ კონვენციაშიც, კერძოდ, გენერალური მდივანი მხოლოდ იმ შემთხვევაში დაარეგისტრირებს წარდგენილ განცხადს, თუკი დადგინდება რომ კონკრეტული დავა არ სცდება ცენტრის იურისდიქციას<sup>111</sup>. ამრიგად, ტრიბუნალებს სთხოვენ დაადგინონ, რომ მათ აქვთ იურისდიქცია სახელშეკრულებო დავის განხილვისთვის, როდესაც BIT ამ დავებს უქვემდებარებს სახელშეკრუ-

<sup>107</sup> Brown G. A., Stern M. R., *Global Market Integration and National Sovereignty*, The World Economy, Vol. 29, Iss. 3, 2006, 260.

<sup>108</sup> Brauch D. M., *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, International Institute for Sustainable Development, 2017, 20, იხ. ციტირება: Teinver, supra note 81, paras. 135–136. See also Philip Morris, supra note 81 (The Philip Morris tribunal did “not consider it necessary to characterize the 18-month domestic litigation requirement as pertaining to jurisdiction or to admissibility” [para. 142] and, regardless of this characterization, upheld the holding of the Teinver tribunal).

<sup>109</sup> შეთანხმება საქართველოს მთავრობასა და იტალიის რესპუბლიკის მთავრობას შორის ინვესტიციების წახალისებისა და ურთიერთდაცვის შესახებ, მე-10 მუხლის მე-2 ნაწილი.

<sup>110</sup> Kurtz J., *The MFN Standard and Foreign Investment: An Uneasy Fit*, Journal of World Investment & Trade, Vol. 5, No. 6, 2004, 869; იხ. ციტირება: Kurtz J., *A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment*, U. Pa. J. Int’l Econ. L., Vol. 23, No. 4, 2002, 713, 718-724.

<sup>111</sup> სახელმწიფოებსა და სხვა სახელმწიფოთა მოქალაქეებს შორის საინვესტიციო დავების გადანყვეტის შესახებ კონვენცია, 36-ე მუხლის მე-3 ნაწილი.

ლებო დავების გადაწყვეტის მექანიზმს, როგორც იყო *Salini v. Jordan* საკმის შემთხვევა ან მოისმინონ ის დარღვევები, რაც გამომდინარეობს BIT-დან ნაკისრი ვალდებულებების შეუსრულებლობიდან ან არაჯეროვანი შესრულებიდან, როდესაც BIT ზღუდავს ტრიბუნალის იურისდიქციას იმგვარ დავებზე, რომლებიც დაკავშირებულია კომპენსაციასთან ექსპროპრიაციის გამო, რომლის კლასიკური მაგალითიც იყო *Plama v. Bulgaria*<sup>112</sup>, აგრეთვე, *Telenor v. Hungary*<sup>113</sup>. საქმეზე *Plama v. Bulgaria*, ტრიბუნალმა აღნიშნა, რომ „მრავალმხრივი ან ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულების დადებისას, დავის გადაწყვეტის სპეციფიკური დებულებებით, არ შეიძლება იყოს მოლოდინი იმისა, რომ სახელმწიფოები დატოვებენ აღნიშნულ დებულებებს ღიად, სამომავლო (ნაწილობრივი) ჩანაცვლების პერსპექტივით, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმიდან გამომდინარე, გარდა ისეთი შემთხვევებისა, როდესაც სახელმწიფოები აღნიშნულის შესახებ მკაფიოდ და ნათლად შეთანხმდნენ“<sup>114</sup>.

უნდა აღინიშნოს, რომ ეს არ არის დადგენილი თამასა. ტრიბუნალები შეთანხმდნენ თავიანთი იურისდიქციის გავრცელებაზე სწორედ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმზე დაყრდნობით. ამრიგად, ტრიბუნალმა საქმეზე *RosInvest v. Russia*, გააფართოვა თავისი იურისდიქცია ექსპროპრიაციის დებულებაზე და აღნიშნა, რომ „მართალია, მე-3 მუხლში განსაზღვრული უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გამოყენება აფართოვებს მე-8 მუხლის მოქმედების სფეროს (დავეების გადაწყვეტა) და, შესაბამისად, ეწინააღმდეგება მის შეზღუდვებს, თუმცა, ეს არის MFN პუნქტების გამოყენების ნორმალური და მოსალოდნელი შედეგი“<sup>115</sup>. აქვე, უნდა აღინიშნოს, რომ *Plama v Bulgaria* საქმეზე მიღებულ გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებით, ზოგიერთმა კომენტატორმა, ისევე როგორც ზოგიერთმა საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა მკაცრად გააკრიტიკა პლამას ტრიბუნალი მისი გადაწყვეტილების გამო, რომ სახელმწიფოს შეთანხმება ინვესტორებთან ზოგიერთი დავის საარბიტრაჟო განხილვის შესახებ უნდა იყოს „მკაფიო და ნათელი“<sup>116</sup>.

კიდევ ერთი მნიშვნელოვანი ფაქტორი არბიტრაჟის მიმართვიანობასთან, არის მისი უფლებამოსილების ფარგლების დადგენა, კერძოდ, არბიტრაჟი მხოლოდ მატერიალურ ნაწილზე იხელმძღვანელებს, თუ მისი იურისდიქცია გავ-

<sup>112</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24).

<sup>113</sup> *Telenor Mobile Communications AS v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/04/15).

<sup>114</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), paras. 212-223.

<sup>115</sup> *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation* (SCC Case No. 079/2005), para. 131.

<sup>116</sup> Batifort S., Benton H., *The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, *American Journal of International Law*, Vol. 111, No. 4, 2017, 888.

რცელდება დავის პროცედურულ ნაწილზეც. საქმეზე, *RosInvest v. Russia*<sup>117</sup>, იმავე ტრიბუნალმა მიიჩნია განსხვავება მატერიალურ და საპროცესო წესებს შორის შეუსაბამოდ. ამ ტრიბუნალისთვის MFN ერთნაირად გამოიყენება ძირითადი BIT-ის დაცვის ყველა წესზე.<sup>118</sup> ტრიბუნალმა საქმეზე, *Renta 4 v. Russia*, ასევე, უარყო განსხვავება პირველად და მეორად წესებს შორის და დაასკვნა, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი ვრცელდება BIT-ის ყველა არსებით წესზე და შესაბამისად, დაადგინა საკუთარი იურისდიქცია დავის ნებისმიერ ნაწილზე, როგორც მატერიალურზე, ისე პროცესუალურზე.<sup>119</sup>

## 2. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გავრცელება დავის გადანაცვების მექანიზმებზე

### 2.1. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გამოყენების სადავო პრეზუმფცია

ასოცირების შესახებ შეთანხმების 79-ე მუხლით გათვალისწინებულია აგრეთვე გამონაკლისი, რომლის თანახმადაც, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი არ გავრცელდება უცხოური ინვესტიციების დაცვასთან დაკავშირებულ ისეთ ღონისძიებებზე, რომლებიც არეგულირებენ ინვესტორსა და სახელმწიფოს შორის დავის მოგვარების პროცედურებს, ამასთანავე განსაზღვრულნი არიან სხვა საინვესტიციო ხელშეკრულებით. ამრიგად, შეგვიძლია დავადგინოთ, რომ მართალია, ასოცირების შესახებ შეთანხმება ავალებს მხარეებს, მიანიჭონ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი მხარეთა იურიდიულ პირებს, თუმცა, ამ რეჟიმის მოქმედება მხოლოდ მატერიალურსამართლებრივი ღონისძიებებით შემოსაზღვრება, ხოლო საპროცესოსამართლებრივ საკითხებთან მიმართებით, არ ვრცელდება.<sup>120</sup> ეს, ალბათ, ყველაზე საკამათო საკითხია ტრიბუნალისთვის

<sup>117</sup> იქვე, 892; იხ. ციტირება: See, in addition to Maffezini and Salini, *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction (Aug. 3, 2004); *P/ama*, supra note 46; *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction (June 17, 2005); *Berschader*, supra note 4; *Suez*, supra note 85; *Telefónica S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/20, Decision on Jurisdiction (May 25, 2006); *National Grid Plcv. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (June 20, 2006); *Telenor*, supra note 86; *RosInvest*, supra note 85; *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/14, Award (Dec. 8, 2008); *Renta 4*, supra note 85, Award (Mar. 20, 2009); *Sefior Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence (June 19, 2009).

<sup>118</sup> *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation* (SCC Case No. 079/2005), para. 132.

<sup>119</sup> *Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. and ALOS 34 S.L. v. The Russian Federation* (SCC Case No. 24/2007), paras. 99-100.

<sup>120</sup> ხვედელიძე მ., ასოცირების შესახებ შეთანხმების გავლენა საქართველოსთან დაკავ-



გადასაწყვეტად.<sup>121</sup> როგორც არსებითი დაცვის წესების შემთხვევაში, საკითხავია, ვრცელდება თუ არა უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი დავების მოგვარების მექანიზმებზე, შეუძლია თუ არა საარბიტრაჟო ტრიბუნალს გადანყვეტილების მიღების პროცესში დაეყრდნოს უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმს, რათა გამოაცხადოს, რომ მას ჰქონდა იურისდიქცია, როდესაც ხელშეკრულების პროცედურული წესები არ აძლევს მას საქმის განხილვის შესაძლებლობას და, შესაბამისად, თავად MFN პუნქტის ინტერპრეტაციას? მართლაც, რომ არა უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის შესახებ დათქმა და მისი ინტერპრეტაცია, ტრიბუნალი ვერ შეძლებდა გამოცხადებინა, რომ მას ჰქონდა იურისდიქცია. თუმცა აღნიშნულ მოსაზრებას ჰყავს, რა თქმა უნდა, როგორც მიმდევრები, ისე მოწინააღმდეგეები.<sup>122</sup> იურიდიულ დოქტრინაში ერთი ფიქრობენ, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გავრცელება დავების გადანყვეტის მექანიზმებზე ქმნის ერთიანობის განცდას,<sup>123</sup> ვინაიდან თავად პრინციპის არსიდან გამომდინარე იგი ან მთლიანად ვრცელდება ხელშეკრულებაზე ან უბრალოდ, კარგავს აზრს მისი საერთოდ მოხსენიება შეთანხმებებში<sup>124</sup>. აღნიშნული მიემართება, უპირველს ყოვლისა, ინვესტორების დაცვასა და მათთვის გამჭვირვალე სამართლებრივი გარემოს შექმნას.<sup>125</sup>

შირებულ საინვესტიციოსამართლებრივ ურთიერთობებზე, ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“, №4(60)»18, 2018, 79; იხ. ციტირება: ცერცვაძე გ., შესავალი საერთაშორისო საინვესტიციო სამართალში, თბილისი, 2013, 193.

<sup>121</sup> Nikiema H. S., The Most-Favoured Nation Clause in Investment Treaties, International Institute for Sustainable Development, 2017, 14.

<sup>122</sup> Radi Y., The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the “Trojan Horse”, The European Journal of International Law Vol. 18, No. 4, 2007, 767.

<sup>123</sup> Schill Stephan W., Most-Favored-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration: Arbitral Jurisprudence at a Crossroads, Journal of World Investment & Trade, Vol.10, No. 2, 2009, 206; იხ. ციტირება: The only implicit exceptions to MiN clauses that receive some credit, as forming part of customary international law, even though this is not universally recognized, are customs union exceptions and exceptions for border trade. See Riedl, Ausnahmen von der Meistbegünstigung, 7-8 (1931); Vignes, LA clause de la nation la plus favorisee et sa pratique, 130 Recueil des Cours 207, 264 et seq, (1970-11). Critical as to whether the customs union exception has to be regarded as an implicit exception customarily recognized Ustor, The MFN Customs Union Exception, 15 J. World Trade L. 377(1981).

<sup>124</sup> იქვე.

<sup>125</sup> Radi Y., The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the “Trojan Horse”, The European Journal of International Law Vol. 18, No. 4, 2007, 770.

## 2.2. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის განუსაზღვრელი ფარგლები საპროცესო უფლებებზე

სადავო საკითხს არ წარმოადგენს ის ფაქტი, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი ვრცელდება მატერიალურ სამართალზე, თუმცა, როგორც არაერთხელ აღინიშნა, ძალზე საორჭოფოა უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გავრცელება საპროცესო უფლებებზე, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც ხელშეკრულებათა უმეტესობა ითვალისწინებს მოლაპარაკების და შიდა სასამართლოების დათქმებს<sup>126</sup>. შესაბამისად, საკმაოდ კომპლექსური საკითხია, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის შესახებ დათქმის გავრცელება დავების გადაწყვეტის წესსა და მექანიზმებზე. ზოგიერთ შემთხვევაში, **MFN** გამოიყენებოდა იმისთვის, რომ გვერდი აეეღოთ დავის შიდა ტრიბუნალების წინაშე წარდგენის ვალდებულებისთვის გარკვეული პერიოდის განმავლობაში, სანამ შესაძლებელი იქნებოდა საარბიტრაჟო საჩივრის წარდგენა.<sup>127</sup>

პირველი შემთხვევა, სადაც ასეთი საარბიტრაჟო სარჩელი განიხილეს, იყო **Maffezini v. Spain**. ICSID ეს ტრიბუნალი იყო პირველი, რომელმაც გადაწყვიტა, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი შესაძლებელს ხდიდა მესამე სახელმწიფოსთან დადებული ხელშეკრულებიდან დავების გადაწყვეტის მექანიზმთან მიმართებით უფრო ხელსაყრელი დებულებები გადმოტანილიყო ძირითად ხელშეკრულებაში. ამ შემთხვევაში, ინვესტორს სურდა გაეუქმებინა ესპანეთი-არგენტინის BIT-ის მოთხოვნა, რომ პირველ რიგში, მას უნდა მიემართა ესპანეთის სასამართლოსთვის და მხოლოდ 18 თვის გასვლის შემდგომ, შესაძლებელი იქნებოდა საერთაშორისო არბიტრაჟისთვის მიმართვა. აქედან გამომდინარე, მან გამოიყენა ესპანეთი-ჩილეს BIT-ის უფრო ხელსაყრელი დებულებები, რაც მას საშუალებას აძლევდა პირდაპირ არბიტრაჟზე გადასულიყო. ტრიბუნალმა მხარი დაუჭირა ინვესტორის პოზიციას და განმარტა, რომ „დღეს დავების გადაწყვეტის შეთანხმებები განუყოფლად არის დაკავშირებული უცხოელი ინვესტორების დაცვასთან, რადგან ისინი ასევე დაკავშირებულნი არიან სავაჭრო ხელშეკრულებებით მოვაჭრეების უფლებების დაცვასთან. ... [I]თუ მესამე მხარის ხელშეკრულება შეიცავს დავების გადაწყვეტის დებულებებს, რომლებიც უფრო ხელსაყრელია ინვესტორის უფლებებისა და ინტერესების დასაცავად, ვიდრე ძირითადი ხელშეკრულების დებულებები, ასეთი დებულებები შეიძლება გავრცელდეს ეროვნული რეჟიმისა და უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ბენეფიციარზე, ვინაიდან ისინი სრულად შეესაბამება *ejusdem generis* პრინციპს“<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> Brauch D. M., *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, International Institute for Sustainable Development, 2017, 21.

<sup>127</sup> იქვე, 23.

<sup>128</sup> Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), paras. 51-55.

ეს იყო პრეცედენტული შემთხვევა, რამაც სამომავლოდ საკმაოდ დიდი ძვრები მოახდინა საარბიტრაჟო პრაქტიკაში და ჩამოყალიბდა ნიადაგი სამომავლო პრაქტიკის განხეთქილებისთვის, რითაც, ერთი მხრივ, ინვესტორებს მიეცათ იმედი, რომ MFN პუნქტს თავის სასიკეთოდ შემოაბრუნებდნენ განუსაზღვრელი ფარგლებით, მეორე მხრივ, სახელმწიფოები ჩავარდნენ უფრო მეტ საგონებელში, ვინაიდან აღნიშნულმა გადაწყვეტილებამ მოამზადა ნიადაგი სრულიად ახალი, მათთვის არახელსაყრელი გადაწყვეტილებების სერიისა. მიუხედავად იმისა, რომ ათვითცნობიერებდნენ თავისი გადაწყვეტილების რევოლუციურ და პრეცედენტულ ხასიათს, ტრიბუნალმა დაანესა შეზღუდვები უპირატესი ხელშემწყობი რეჟიმის გამოყენების მიმართ. ამდენად, უპირატესი ხელშემწყობის რეჟიმი (ა) არ უნდა აძლევდეს ბენეფიციარს შესაძლებლობას, „უგულებელყოს მოსაზრებები საზოგადოებრივი წესრიგის შესახებ, რომლებიც მხარეებმა შესაძლოა მიიღონ, როგორც ფუნდამენტური პირობები ამ შეთანხმების მიღებისთვის“, და (ბ) არ უნდა იყოს შესაძლებელი „სახელშეკრულებო შესყიდვა“, რომელიც ზიანს აყენებს იმ პოლიტიკურ მიზნებს, რომლებიც საფუძვლად უდევს კონკრეტული ხელშეკრულების დებულებებს.<sup>129</sup>

ძალზე საინტერესოა თუ როგორ ვლინდება უპირატესი ხელშემწყობის რეჟიმის შეზღუდვები პრაქტიკაში, კერძოდ, როგორ განვასხვავოთ „ინვესტორების უფლებების ლეგიტიმური გაფართოება“ და „შეთანხმებით ვაჭრობა“ ერთმანეთისგან. ტრიბუნალმა საქმეზე *Salini v. Jordan*, პირიქით, მეტი გაურკვევლობა დაამატა „ხელშეკრულების ვაჭრობის“ რისკის განსაზღვრას.<sup>130</sup> ტრიბუნალი *Plama v. Bulgaria* ასევე შემოფოთებული იყო მაფეზინის პრეცედენტული გადაწყვეტილებიდან გამომდინარე, ხელშეკრულებით ვაჭრობის რისკის გამო, რომელიც იხსენებდა, რომ „ასეთი ქაოტური სიტუაცია, რომელიც რეალურად კონტრპროდუქტიულია ჰარმონიზაციისთვის, არ შეიძლება იყოს ხელშემკერელი მხარეების სავარაუდო განზრახვა“<sup>131</sup>. გაურკვევლობის იგივე რისკი და არასტაბილურობა გამოიწვია სხვა საქმეში, როგორიცაა *Telenor v. Hungary*.<sup>132</sup>

როგორც ზემოთ აღინიშნა, ამ გადაწყვეტილებას მაშინვე მოჰყვა დიდი ვნებათაღელვა და ბევრი მოწინააღმდეგეც გამოუჩნდა, თუმცა, მოწინააღმდეგეებთან ერთად, გამოჩნდნენ მომხრეებიც. მიუხედავად ამ გადაწყვეტილების გავლენისა, მის მიერ მიღებული მრავალრიცხოვანი კრიტიკისა და მის მიერ წამოჭრილი

<sup>129</sup> იქვე, paras. 62-64.

<sup>130</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan* (ICSID Case No. ARB/02/13), paras. 112-114.

<sup>131</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), paras. 212-215.

<sup>132</sup> *Telenor Mobile Communications AS v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/04/15), paras. 94-96.

შიშისა, რამდენიმე ტრიბუნალი წავიდა იმავე მიმართულებით, ისევე, როგორც *Maffezini v. Spain*-ის შემთხვევაში მოხდა, თითქმის ყველა მათგანი ეხებოდა 18 თვიანი ლოდინის პერიოდს არბიტრაჟამდე მიმართვის შესაძლებლობამდე. მსგავსი საქმეებია: *National Grid v. Argentina*,<sup>133</sup> *Siemens v. Argentina*,<sup>134</sup> *Hochtief AG v. Argentina*,<sup>135</sup> *Gaz Natural v. Argentina*,<sup>136</sup> *AWG v. Argentina*,<sup>137</sup> *Suez v. Argentina*,<sup>138</sup>. სულ მცირე, შეიძლება დაემატოს კიდევ ორი საქმე რუსეთის წინააღმდეგ: *RosInvest v. Russia*<sup>139</sup> და *Renta v. Russia*<sup>140</sup>.

ტრიბუნალმა საქმეზე *Hochtief AG v. Argentina* დაადგინა, რომ „ექვი არ არის, რომ დავების გადაწყვეტა არის ინვესტიციებთან დაკავშირებული საქმიანობა“<sup>141</sup>. ტრიბუნალმა საქმეზე *Siemens v. Argentina* განამტკიცა საკუთარი პოზიცია იმით, რომ დავის გადაწყვეტის მექანიზმი – ეს არის უცხოელი ინვესტორებისა და ინვესტიციებისადმი მოპყრობის ნაწილი და ის ხელმისაწვდომი პრივილეგია, რომელსაც ხელმისაწვდომს ხდის უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი.<sup>142</sup> მან დაამატა, რომ *expressio unius est exclusio alterius*<sup>143</sup> პრინციპთან მიმართებით, რომელიც შეიძლება ითარგმნოს, როგორც „ერთის მკაფიო ხსენება არის ყველა დანარჩენის გამორიცხვა“, „უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის დებულების მიზანი მდგომარეობს იმაში, რომ აღმოფხვრას სპეციალურად შეთანხმებული დებულებების მოქმედება, თუ ისინი არ იქნა გამორიცხული“<sup>144</sup>. საქმეზე *Venezuela US v. Venezuela*<sup>145</sup>, UNCITRAL-ის არბიტრაჟის<sup>146</sup> ტრიბუნალის უმრავლესობამ განაცხადა, რომ მას ჰქონდა შესაბამისი უფლებამოსი-

<sup>133</sup> *National Grid PLC v. The Argentine Republic* (2003), paras. 89-94.

<sup>134</sup> *Siemens A.G. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/8), paras. 110-113.

<sup>135</sup> *HOCHTIEF Aktiengesellschaft v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/31), paras. 79-82.

<sup>136</sup> *Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/10), paras. 48-51.

<sup>137</sup> *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic* (2003), paras. 73-75.

<sup>138</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.) v. Argentine Republic (II)* (ICSID Case No. ARB/03/19), paras. 60-61.

<sup>139</sup> *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation* (SCC Case No. 079/2005), paras. 161-163.

<sup>140</sup> *Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. and ALOS 34 S.L. v. The Russian Federation* (SCC Case No. 24/2007), paras. 120-122.

<sup>141</sup> *HOCHTIEF Aktiengesellschaft v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/31), para. 73.

<sup>142</sup> *Siemens A.G. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/8), para. 100.

<sup>143</sup> როდესაც პირდაპირ მოიხსენიება იმავე კლასის ერთი ან რამდენიმე საგანი, იმავე კლასის სხვა საგნები გამოირიცხება.

<sup>144</sup> *Siemens A.G. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/8), para. 103.

<sup>145</sup> *Venezuela US, S.R.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (PCA Case No. 2013-34).

<sup>146</sup> პროფესორმა მარსელო კონემა გადმოსცა განსხვავებული მოსაზრება MFN პუნქტისა და დავის გადაწყვეტის მუხლის დებულების ინტერპრეტაციის შესახებ. მისი მტკიცებით, ტრიბუნალს არ ჰქონდა იურისდიქცია ICSID არბიტრაჟზე თანხმობის არარსებობის გამო.

ლება, დაეყრდნო რა ვენესუელის თანხმობას UNCITRAL გამოყენებაზე, მას შემდეგ რაც ვენესუელა გამოვიდა UNCITRAL-ის<sup>147</sup> კონვენციიდან 2012 წელს. მართლაც, ვენესუელაში – ბარბადოსის ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებიდან წარმოშობილ დავაში, UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესები ხელმისაწვდომი იყო მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ვენესუელა გახდებოდა ICSID კონვენციის მხარე. ტრიბუნალის უმრავლესობამ შეძლო დავის გადანაცვების მუხლის შემოტანა ვენესუელა-ეკვადორის BIT-დან, რომელიც არ შეიცავს მსგავსი ტიპის შეზღუდვას, მას შემდეგ რაც დაადგინა, რომ ორივე ქვეყანა დაეთანხმა, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი გამოყენებული იქნება მე-8 მუხლის მიმართ, ანუ დავის მოგვარების დებულებებსა და მის შესაბამისად, საერთაშორისო არბიტრაჟის მიმართვის პირობებზე.<sup>148</sup>

საბოლოო ჯამში, ყველა იმ საქმის გათვალისწინებით, რაც ზემოთ განვიხილეთ, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ არ არსებობს უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის განუსაზღვრელი ფარგლები, მისი გამოყენება გარკვეული ჩარჩოების დადგენის გარეშე შეუძლებელია, ვინაიდან მსგავსი პრეცედენტი გამოიწვევდა მხოლოდ და მხოლოდ ქაოსსა და არეულობას საინვესტიციო გარემოში. *Maffezini v. Spain* საქმეშიც კი ტრიბუნალმა, მიუხედავად მისი გადანაცვლებისა, დაადგინა ფარგლები, კერძოდ, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი არ უნდა ეწინააღმდეგებოდეს საჯარო წესრიგს. აღნიშნული შემზღუდავი ნორმები და ტრიბუნალების განმარტებები მნიშვნელოვანია იმდენად, რამდენადაც მიმართულია სტაბილური საინვესტიციო გარემოს ფორმირებისკენ და გარკვეული ბერკეტების მიცემისკენ, როგორც ინვესტორისთვის, ისე სახელმწიფოსთვის.

### 2.2.1. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის დათქმის არსებობის გამო საინვესტიციო ხელშეკრულების სხვა პუნქტების მნიშვნელობის დაკარგვის საფრთხე

უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი პანდორას ყუთივითაა.<sup>149</sup> არავინ იცის ზუსტად რა შედეგი დადგება, როდესაც საქმე ეხება მის ინტერპრეტაციას და მის გავრცელებას სხვადასხვა დებულებებზე ან მთლიანად ხელშეკრულებაზე. როგორც არაერთხელ აღინიშნა უკვე ნაშრომში, დღითიდღე მატულობს იმ მოსაზრების მომხრეთა რაოდენობა, რომლის შესაბამისადაც, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი შეგვიძლია საერთოდ არ გამოვიყენოთ<sup>150</sup>. ხშირად უპირატესი ხელშეწყო-

<sup>147</sup> გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისია.

<sup>148</sup> *Venezuela US, S.R.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (PCA Case No. 2013-34), para. 106.

<sup>149</sup> Thulasidhass, *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the Limits through Interpretative Principles*, Amsterdam Law Forum, 2015, 22.

<sup>150</sup> Nikiéma H. S., *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, International Institute for Sustainable Development, 2017, 8.

ბის რეჟიმს „ტროას ცხენსაც“ ადარებენ<sup>151</sup>, ვინაიდან მისგან მომავალი საფრთხეები საკმარისი არ იქნება თითოეულ ჩამოსათვლელად.

საზოგადოდ, პრინციპის არსი მდგომარეობს იმაში, რომ იგი ზოგადად მოქმედებს, მას არ აქვს განსაზღვრული ჩარჩოები, ან არსებობს და ვრცელდება ყველაფერზე, ან მაშინ, საერთოდ არ მოქმედებს. ანალოგიური დამოკიდებულებაა უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მიმართაც, მართებული არაა მისი ვინაობა ჩარჩოებში მოქცევა, როდესაც იგი კარგავს თავის არსს და მხოლოდ ბუტაფორიულად უნდა იქნეს ინტეგრირებული ხელშეკრულებებში. თუმცა, აქვე აღსანიშნავია, რომ მისი ყოვლისმომცველობიდან და ინტერპრეტირების მრავალფეროვნებიდან გამომდინარე, ნამდვილად ბევრი სამართლებრივი პრობლემა წამოიჭრება მისგან, თუმცა, ეს არა თავად, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ბრალია, არამედ იმ ხელშეკრულებების, რომლებშიც უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი გამოიყენება და ტრიბუნალებისა, ვინაიდან არ გვაქვს დღემდე უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის სრულფასოვანი განმარტება,<sup>152</sup> რაც ასე ართულებს „მასთან მუშაობას“.

ერთ-ერთი გავრცელებული მოსაზრების თანხმად, არ არსებობს ცალკე უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი,<sup>153</sup> არამედ იგი განიხილება ყველა სხვა პრინციპთან ურთიერქმედებაში<sup>154</sup> და მიმართულია მთლიანი ხელშეკრულების პუნქტების დაფარვისკენ<sup>155</sup>. შესაბამისად, თუკი, მივმართავთ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმს და მისგან გამომდინარე, გარკვეულ შეზღუდვებს დავანესებთ, იგი მიემართება მთლიან ხელშეკრულებას. ის, რომ უპირატესი ხელშეწყობის

<sup>151</sup> Radi Y., The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the “Trojan Horse”, *The European Journal of International Law* Vol. 18, No. 4, 2007, 760.

<sup>152</sup> Cole T., The boundaries of most favored nation treatment in international investment law, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 33, No. 3, 2012, 537; იხ. ციტირება: Hornbeck S.K., The Most-Favored-Nation Clause, 3 AM. J. INT'L L. 395, 395 (1909) (describing the MFN clause as the “cornerstone of all modern commercial treaties”); Marie-France Houde, Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law, in ORG. FOR ECON. CO-OPERATION & DEV. [OECD], INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: A CHANGING LANDSCAPE 127, 129 (2005) (“MFN treatment has been a central pillar of trade policy for centuries.”); Georg Schwarzenberger, The Most-Favoured Nation Standard in British State Practice, 22 BRIT. Y.B. INT'L L. 96, 97 (1945) (“The m.f.n. standard forms one of the basic standards of international law, and it is not surprising that it can be traced back to the dawn of international law.”); Jacob Viner, The Most Favored-Nation Clause in American Commercial Treaties, 32 J. POL. ECON. 101, 101 (1924) (describing the use of MFN clauses as “a common practice of most nations since the beginning of the seventeenth century”).

<sup>153</sup> Vandevelde, K. J., Model Bilateral Investment Treaties: The Way Forward, *Southwestern Journal of International Law*, No. 18(1), 2011, 311.

<sup>154</sup> Kurtz J., The MFN Standard and Foreign Investment: An Uneasy Fit, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, No. 6, 2004, 875.

<sup>155</sup> იქვე.



რეჟიმი სრულებით ფარავს მატერიალურ ნაწილს ხელშეკრულებისას, არ არის სადავო.<sup>156</sup> თუმცა, პროცესუალური და მატერიალური ნაწილები უნდა აღიქმებოდეს სინთეზში, ვინაიდან ისინი ერთმანეთის შემავსებელი ნაწილებია, ერთი მხრივ, მოცემულია თეორია, მეორე მხრივ კი ამ თეორიის პრაქტიკაში განხორციელების წესები.

მაშინაც კი, თუ ლეგიტიმურად ითვლება MFN პუნქტის მიმართება მიზნებთან და ეფექტურობასთან, ამ უკანასკნელის შედეგები ბადებს ეჭვებს BIT-ებში MFN პუნქტების ჩართულობის რაციონალურობის შესახებ.<sup>157</sup> ასეთი პუნქტების ჩართვა მართლაც ეწინააღმდეგება მოლაპარაკების პროცესს. ის საშუალებას იძლევა შეიცვალოს დებულებები, რომლებზეც მიმდინარეობდა მოლაპარაკებები, რაც ძირს უთხრის ხელშეკრულებაში მხარეთა ნების ავტონომიასა და თანასწორობის პრინციპებს.<sup>158</sup>

ერთ-ერთ საქმეზე, *Al Warraq v. Indonesia*<sup>159</sup>, ტრიბუნალი სწორედ ამ მოსაზრებას განამტკიცებდა. მოსარჩელს სურდა, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ინტეგრირება საკუთარ, ძირითად ორმხრივ საინვესტიციო ხელშეკრულებაში გაერთიანებულ სამეფოსა და ინდონეზიას შორის გაფორმებული ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებიდან<sup>160</sup> და ამასთანავე, იგი მოითხოვდა მის დაკავშირებას სამართლიანი და თანაბარი მოპყრობის რეჟიმთან,<sup>161</sup> რაც ლოგიკურად, ცვლიდა მთლიანი ხელშეკრულების არსს და მიემართებოდა შეთანხმების ყველა პუნქტს. კრიტიკოსების აზრით, ამ დათქმას თან მოჰყვებოდა ის არასასურველი ცვლილებები, რაც მიმართული იქნებოდა როგორც საბაჟო გადასახადების ზრდისკენ, ისე უფრო მაღალი დაბეგვრისკენ,<sup>162</sup> ვინაიდან მას სხვა,

<sup>156</sup> Brauch D. M., *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, International Institute for Sustainable Development, 2017, 20.

<sup>157</sup> Radi Y., *The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the "Trojan Horse"*, *The European Journal of International Law* Vol. 18, No. 4, 2007, 773.

<sup>158</sup> Batifort S., Benton H., *The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, *American Journal of International Law*, Vol. 111, No. 4, 2017, 880.

<sup>159</sup> Hesham Talaat M. *Al-Warraq v. The Republic of Indonesia* (2011).

<sup>160</sup> იქვე, paras. 540-555.

<sup>161</sup> იქვე, paras. 559-562.

<sup>162</sup> Batifort S., Benton H., *The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, *American Journal of International Law*, Vol. 111, No. 4, 2017, 896; იხ. ციტირება: See supra Part I.B. (discussing the expression of the ejusdem generis principle in *Ambatielos*); see also ILC 1978 Draft Articles, supra note 25, at 21 (referring to "[t]he ejusdemgeneris rule, according to which no other rights can be claimed under a most-favoured-nation clause than those falling within the limits of the subject-matter of the clause .."); id. at 30 ("The essence of the rule is that the beneficiary of a most-favoured-nation clause cannot claim from the granting State advantages of a kind other than that stipulated in the clause."); id. Art. 9(1) (stating the principle); ILC 2015 Re-

„განსაკუთრებული“ პირობები ჰქონდა შეთავაზებული აღნიშნულ საკითხებთან მიმართებით.

კიდევ ერთი საინტერესო საკმე, რომელიც შეგვიძლია მოვიხმოთ, არის *Chemtura v. Canada*<sup>163</sup>. ამ შემთხვევაში, NAFTA-ს<sup>164</sup> სამივე სახელმწიფომ გა-აპროტესტა მოსარჩელის მცდელობა<sup>165</sup>, შემოეტანა „ცალკე არსებული“ FET პუნქტები, რომლებსაც შეიცავს კანადის BIT-ები NAFTA-ს<sup>166</sup> მიერ დადგენილი მოპყრობის მინიმალური სტანდარტის შესავსებად. კანადის წარდგინებები ამ საკმეზე მოიცავდა ვრცელ განხილვას NAFTA-ს MFN დებულების ელემენტების შესახებ. აღნიშნული საკმე მოსარჩელის საწინააღმდეგოდ გადაწყდა, რაც ერთგვარი „თავის დაღწევის“ მცდელობასაც შეგვიძლია შევადაროთ, ვინაიდან ამ საკმის მოსარჩელის სასარგებლოდ გადაწყვეტა, ავტომატურად ნიშნავდა იმას, რომ სამივე სახელმწიფოს უნდა შეეცვალა ის მიდგომები უპირატესი ხელშეწყობის სტანდარტის მიმართ, რაც მანამდე ინტეგრირებული ჰქონდათ საკუთარ BIT-ებში, რაც ლოგიკურად, გამოიწვევდა მთლიანი ხელშეკრულების თუ არა, მისი დებულებების 80% შეცვლას მაინც და მარტივად პროგნოზირებადია, თუ რაოდენ გამოხმაურებასა და გამოწვევებს მოუტანდა ეს ცვლილებები როგორც სახელმწიფოებს, ისე ტრიბუნალებს, რომელთაც მოუწევდათ ამ გამოწვევებისგან წარმოშობილ დავებზე გადაწყვეტილებების მიღება.

port, supra note 17, paras. 15, 214 (“The central interpretative issue in respect of the MFN clauses relates to the scope of the clause and the application of the ejusdem generis principle. That is, the scope and nature of the benefit that can be obtained under an MFN provision depends on the interpretation of the MFN provision itself.”); Paushok, supra note 92, para. 565 (referring to the Ambatielos case for the proposition that “the most-favored-nation clause can only attract matters belonging to the same category of subject as that to which the clause itself relates”); N. STEPHAN KINSELLA & NOAH D. RUBINS, INTERNATIONAL INVESTMENT, POLITICAL RISK, AND DISPUTE RESOLUTION 228 (2005) (“Variations in the express scope of MFN clause application are particularly important, given that investors can only acquire by way of an MFN provision those rights ‘which fall within the subject matter’ of the clause.”); Ishikawa, supra note 16, at 134-35 (arguing that “there is no rule that all matters concerning substantive protection of investors/investments automatically fall into ‘the subject-matter[.]’ of the clause and that “[t]he ejusdem generis rule equally applies to matters concerning substantive protection of investors/investments, and therefore tribunals facing the issue of the applicability of an MFN clause in this context need to examine whether or not such matters fall in the same category of subject to which the clause relates”).

<sup>163</sup> Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada (2002).

<sup>164</sup> North American Free Trade Agreement (NAFTA), 2020 წლის 1 ივლისს ძალაში შევიდა ახალი სავაჭრო შეთანხმება აშშ-ს, მექსიკასა და კანადას შორის (USMCA), რომელმაც შეცვალა ჩრდილოეთ ამერიკის თავისუფალი ვაჭრობის შეთანხმება (NAFTA), რომელიც დაიდო 1994 წელს.

<sup>165</sup> Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada (2002), paras. 157-163.

<sup>166</sup> North American Free Trade Agreement (NAFTA), Art. 1105.

### 2.2.2. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის შესახებ დათქმის საინვესტიციო ხელშეკრულებებში არსებობის მიზანშეწონილობა და ტენდენციები

სულ უფრო საეჭვო ხდება უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის პუნქტის ჩართვა შეთანხმებებში.<sup>167</sup> დღითიდღე მას სულ მეტი მონინალმდეგე ჰყავს. უმეტესად, მონინალმდეგენი საკუთარ არგუმენტად იშველიებენ იმას, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმს სხვა არაფერი მოაქვს ხელშეკრულებისთვის, გარდა არეულობისა და პერმანენტული შიშისა, ვინაიდან არავინ იცის როგორ გადაწყდება ესა თუ ის საქმე და რა მიმართულებას აირჩევს ტრიბუნალი მსჯელობისას.<sup>168</sup> ამას ერთვის აგრეთვე ის ფაქტი, რომ დღემდე არ არსებობს უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ერთიანი ცნება, რაც მისი ინტერპრეტაციის განუსაზღვრელ შესაძლებლობას იძლევა ყოველ კონკრეტულ საქმეზე, აღნიშნული კი ძირს უთხრის სამართლებრივ სტაბილურობას, განსაკუთრებით საინვესტიციო სფეროში,<sup>169</sup> სადაც სტაბილური გარემო აუცილებელია მყარი ეკონომიკის ფორმირებისთვის და მეტი ინვესტიციების მოსაზიდად. სწორედ ამაზე დაყრდნობით, სულ უფრო ხშირია უპირატესი ხელშეწყობის პრინციპის განმსაზღვრელი დებულების საერთოდ ამოღება, რაც ერთგვარი ტენდენციაც კი არის თანამედროვე საინვესტიციო შეთანხმებებში.<sup>170</sup>

ერთი მხრივ, სხვა ხელშეკრულებების სრული შინაარსი, მათ შორის BIT-ები და საინვესტიციო თავები, სრულებით გამოირიცხება უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გავრცელების სფეროდან,<sup>171</sup> სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, არც მათე-რიალურზე და არც საპროცესო დებულებებზე MFN პუნქტი არ გავრცელდება. მეორე მხრივ, მხოლოდ BIT-მდე გაფორმებული ან ძალაში შესული ხელშეკრულებები გამოირიცხება.<sup>172</sup> გამონაკლისი, შესაბამისად, არ მოიცავს მომავალ ხელშე-

<sup>167</sup> Brown G. A., Stern M. R., *Global Market Integration and National Sovereignty*, The World Economy, Vol. 29, Iss. 3, 2006, 267.

<sup>168</sup> Radi Y., *The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the "Trojan Horse"*, The European Journal of International Law Vol. 18, No. 4, 2007, 773.

<sup>169</sup> Titi C., *Most-Favoured-Nation Treatment: Survival Clauses and Reform of International Investment Law*, Journal of International Arbitration 33, No. 5, 2016, 434; იხ. ციტირება: In a recent study, 97% of treaties in the examined sample contained survival clauses. Kathryn Gordon & Joachim Pohl, *Investment Treaties over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World*, OECD Working Papers on International Investment 19 (OECD Publishing 2015).

<sup>170</sup> Thulasidhass, *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the Limits through Interpretative Principles*, Amsterdam Law Forum, 2015, 17.

<sup>171</sup> Ziegler R A., *The Nascent International Law on Most-Favoured-Nation (MFN) Clauses in Bilateral Investment Treaties (BITs)*, European Yearbook of International Economic Law, Edited by C. Herrmann and J.P. Terhechte, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010, 97.

<sup>172</sup> Schill Stephan W., *Most-Favored-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction in Investment*

კრულებებს.<sup>173</sup> მაგალითად, კანადასა და ბურკინა-ფასოს შორის გაფორმებული ინვესტიციების ხელშეწყობისა და დაცვის შესახებ შეთანხმებაში გათვალისწინებულია, რომ „მუხლი 5 (უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი) არ ვრცელდება იმ რეჟიმზე, რომელიც მინიჭებულია მხარის მიერ ამ შეთანხმების ძალაში შესვლამდე მოქმედი ან ხელმოწერილი ორმხრივი ან მრავალმხრივი საერთაშორისო შეთანხმების შესაბამისად“<sup>174</sup>. ამ ტიპის გამორიცხვა არ მოიცავს ხელშეკრულებებს, რომლებიც ხელმოწერილია მოცემული BIT-ის ძალაში შესვლის შემდეგ და მოითხოვს ხელმომწერი სახელმწიფოებისგან, გაითვალისწინონ არსებული პრაქტიკა, როდესაც ისინი დადებენ მომავალ საინვესტიციო ხელშეკრულებებს.<sup>175</sup> მართალია, აღნიშნული წყალს ასხამს უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მონინალმდეგეების წისქვილზე, თუმცა, გასათვალისწინებელია ძალიან ბევრი ფაქტორი. აღნიშნული საგამონაკლისო დათქმა არის „დროში შემზღუდავი“. ეს „დროში შემზღუდავი“ გამონაკლისი ნაკლებად გამოსადეგია ქვეყნების უმეტესობისთვის, რომლებიც დღემდე სარგებლობენ თავდაპირველი ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულების შაბლონებით, რომლებიც მომზადდა, უმეტესად, 1990-იანი წლების ბოლოს და 2000-იანი წლების დასაწყისში<sup>176</sup>. აღნიშნული კი საშუალებას აძლევს ინვესტორებს გააგრძელონ ამ ხელშეკრულებებიდან დაუბალანსებელი დებულებების შემოტანა.<sup>177</sup>

ტენდენცია იმისა, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი სულ უფრო მეტ ჩარჩოებში ექცევა და სულ უფრო მეტი ქვეყანა ამბობს უარს მის ჩართვაზე საინვესტიციო ხელშეკრულებებში მისი „არასტაბილური ბუნების“ გათვალისწინებით, კიდევ ერთხელ გამოვლინდა ევროკავშირისა და კანადას შორის დადებულ თავისუფალი ვაჭრობის ხელშეკრულებაში, კერძოდ, „უფრო მეტი გარკვეულობისთვის, პირველ და მე-2 პუნქტებში მოხსენიებული „მოპყრობა“ არ მოიცავს ინვესტორებსა და სახელმწიფოებს შორის საინვესტიციო დავების გადანაცვების პროცედურებს, რომლებიც გათვალისწინებულია სხვა საერთაშორისო საინვესტიციო ხელშეკრულებებითა და სხვა სავაჭრო ხელშეკრულებებით. სხვა საერთაშორისო საინვესტიციო ხელშეკრულებებში და სხვა სავაჭრო ხელშეკრულებ-

---

Treaty Arbitration: Arbitral Jurisprudence at a Crossroads, *Journal of World Investment & Trade*, Vol.10, No. 2, 2009, 215; იხ. ციტირება: See also Schill, *Arbitration Risk and Effective Compliance*, 7 *J. World Inv. & Trade*, 653, 681-683 (2006).

<sup>173</sup> იქვე, 216.

<sup>174</sup> Canada–Burkina Faso FIPA (2015), annex III.1.

<sup>175</sup> Cole T., The boundaries of most favored nation treatment in international investment law, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 33, No. 3, 2012, 555.

<sup>176</sup> Nikiéma H. S., *The Most-Favoured Nation Clause in Investment Treaties*, International Institute for Sustainable Development, 2017, 24.

<sup>177</sup> იქვე.

ბებში არსებითი ვალდებულებები თავისთავად არ წარმოადგენს „მოპყრობას“ და შესაბამისად, არ შეიძლება გამოიწვიოს ამ მუხლის დარღვევა<sup>178</sup>.

შეჯამების სახით, შეიძლება ითქვას, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი მუდმივ მოდიფიკაციას გადის და მანამ, სანამ სულ მცირე მისი ერთიანი ცნება და განმარტება არ იარსებებს, მხარეები ეჭვის თვალთ შეხედვენ მისი ჩართვის ვალდებულებასა და მისგან გამოწვეულ შედეგებს შეთანხმებებში. როგორც ზემოთ გამოიკვეთა, ერთგვარი ტენდენციაც კი არსებობს მსოფლიოში უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის საერთოდ ამოღებისა შეთანხმებებიდან ან მისი მოქმედების სფეროს მინიმუმამდე დაყვანისა, რაც გამოწვევაა თანამედროვე საინვესტიციო სამართლისთვის და მრავალფეროვანი პრაქტიკის გათვალისწინებით, საჭიროებს განსაზღვრული კურსისა და მიმართულების შექმნას, რომელზე დაყრდნობითაც სახელმწიფოები შეძლებენ სწორი გადაწყვეტილების მიღებას, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ჩართვა შეთანხმებებში უფრო მეტად მომგებიანია თუ პირიქით, სუსტ პოზიციას განუსაზღვრავთ მათ მომავალში. ძალზედ რთულია უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ერთიანი ცნების განსაზღვრა, თუმცა სხვადასხვა საერთაშორისო შეთანხმებებში თუ კონვენციებში შესაძლებელია იმ ზოგადი კრიტერიუმების განსაზღვრა, თუ რაზე დაყრდნობით უნდა მოხდეს სამომავლოდ შეთანხმებებში უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ფორმულირება.

## **IV. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მოქმედების ფარგლების შეზღუდვის შესახებ გავრცელებული დათქმები**

### **1. მესამე სახელმწიფოსთან დადებული ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულების გავრცელება ინვესტორზე**

აღნიშნული მიემართება, უპირველეს ყოვლისა, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ფართო განმარტებას. ხელშეკრულებებით განსაზღვრულია, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის შესახებ დათქმა მიემართება BIT-ის ყველა დებულებას, განმარტებებიდან დაწყებული, დავების გადაწყვეტის მექანიზმით დამთავრებული. ამრიგად, ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულების ეს ტიპი ნებისმიერი, უფრო ხელსაყრელი დებულების იმპორტის უფლებას იძლევა სხვა ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებიდან, რომლებიც შეესაბამება უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მოქმედების არეალის განსაზღვრას<sup>179</sup>.

<sup>178</sup> EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), 2016, Art. 8.7.4.

<sup>179</sup> Nikièma H. S., The Most-Favoured Nation Clause in Investment Treaties, International Institute for Sustainable Development, 2017, 7.

აღსანიშნავია ის გარემოებაც, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გავრცელებისას ტარდება გარკვეული ტესტები.<sup>180</sup> ერთ-ერთი მათგანი გულისხმობს მსგავსების დადგენას. შეიძლება განვსაზღვროთ, შეიცავს თუ არა უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის პუნქტი უცხოელ ინვესტორებს შორის შედარების კრიტერიუმს. ამრიგად, BIT-ების მზარდი რაოდენობა აცხადებს, რომ შედარება მოხდება ინვესტორებს ან ინვესტიციებს შორის, რომლებიც არიან „მსგავს გარემოებებში ან სიტუაციებში“<sup>181</sup>. „ყოველი ხელშემკვერელი მხარე თავის ტერიტორიაზე ანიჭებს მეორე ხელშემკვერელი მხარის ინვესტორებს და მათ ინვესტიციებს იმაზე არანაკლებ ხელსაყრელ პირობებს, რომელსაც იგი ანიჭებს ანალოგიურ პირობებში ნებისმიერი მესამე ქვეყნის ინვესტორებს და მათ ინვესტიციებს ... ინვესტიციებთან და ბიზნეს საქმიანობასთან დაკავშირებით.“<sup>182</sup>

ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებების მზარდი ოდენობიდან გამომდინარე, გამოიკვეთა მესამე სახელმწიფოსთან დადებული საინვესტიციო ხელშეკრულებების მეტად ჩართულობის გარკვეული ტენდენცია უკვე არსებულ საინვესტიციო შეთანხმებაში, რაც თავის თავში მოიაზრებს უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გათვალისწინებით: 1. ერთი დებულების ჩანაცვლებას მეორე უფრო ნაკლებად მკაცრი დებულებით; 2. ისეთი დებულების გადმოღებას, რომელიც საერთოდ არ იყო გათვალისწინებული შეთანხმებაში; 3. არსებული დებულების საერთოდ გაუქმებას.<sup>183</sup> საქმეზე ADF Group Inc. v. United States of America, ინვესტორი დაეყრდნო FET-ის დათქმებს ძველ BIT-ებში შეერთებულ შტატებს, ალბანეთსა და ესტონეთს შორის, რომლებშიც ე.წ. „დამოუკიდებელი“ დათქმები არ შეიცავდნენ მითითებებს საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართალიდან.<sup>184</sup> ტრიბუნალმა უარყო ინვესტორის მოთხოვნა და დაადგინა, რომ ინვესტორმა ვერ დაამტკიცა, რომ ალბანეთთან და ესტონეთთან დადებული ხელშეკრულებების სამართლიანი და თანაბარი მოპყრობის პუნქტები ნაკლებად ხელსაყრელი იყო, ვიდრე NAFTA-ს მე-11 თავით გათვალისწინებული.<sup>185</sup>

<sup>180</sup> Maupin J. A., MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach, *Journal of International Economic Law*, Vol. 14, No. 1, 2011, 185.

<sup>181</sup> Shaw N. M., *International Law Sixth edition*, New York, 2006, 838; იხ. ციტირება: Dolzer R., *New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property*, 75 *AJIL*, 1981, 553, 565–6; Kishoiyian B., *The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law*, 14 *Netherlands Journal of International Law and Business*, 1994, 327.

<sup>182</sup> Japan–Republic of Korea BIT (2002), Art. 2.2.

<sup>183</sup> Schreuer H. Ch., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A., *The ICSID Convention: a Commentary*, New York, 2009, 240; იხ. ციტირება: Schreuer C., *Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration*, 4 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 1, 3–5 (2005).

<sup>184</sup> ADF Group Inc. v. United States of America (ICSID Case No. ARB(AF)/00/1).

<sup>185</sup> იქვე, paras. 193–198.



უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მრავალ გამოძახილთან ერთად, არის ერთ-ერთი მეთოდი, რომელიც გულისხმობს „მეტი დაცვის“ ახალი ნორმის ჩართვას უკვე არსებულ შეთანხმებაში. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ინვესტორები სთხოვენ ტრიბუნალებს, ახალი ნორმების ჩართვას უკვე არსებულ ხელშეკრულებაში, რომელზეც სამომავლოდ შეძლებენ დაყრდნობასა და მითითებას სახელმწიფოს მხრიდან საკუთარი ვალდებულებების დარღვევის შემთხვევაში. აღნიშნული განხორციელდა შემდეგ საქმეებზე: *Bayindir v. Pakistan*<sup>186</sup>, *MTD Equity v. Chile*<sup>187</sup> და *White Industries v. India*<sup>188</sup>. საქმეზე *Bayindir v. Pakistan*, საინვესტიციო დავების მოგვარების საერთაშორისო ცენტრის (ICSID) ტრიბუნალმა, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმზე დაყრდნობით, უფლება მისცა სამართლიანი და თანაბარი პუნქტის იმპორტს პაკისტან-შვეიცარიის ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებიდან პაკისტან-თურქეთის ორმხრივ საინვესტიციო ხელშეკრულებაში. ტრიბუნალი ამ დასკვნამდე მივიდა ორ მთავარ არგუმენტზე დაყრდნობით: პირველი, ძირითადი ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულება პრეამბულაში მოიხსენიებდა სამართლიანი და თანაბარი მოპყრობის სტანდარტს და მეორე, MFN პუნქტი განერილი იყო საკმარისად ბუნდოვნად, რაც ტრიბუნალს მრავალმხრივი ინტერპრეტაციის შესაძლებლობას აძლევდა.<sup>189</sup> ხოლო, მეორე საქმეზე *MTD Equity v. Chile*, ინვესტორმა მოითხოვა ჩილე-დანისა და ჩილე-ხორვატიის ორმხრივი საინვესტიციო შეთანხმებებით გათვალისწინებული „აუცილებელი ნებართვების“ გაცემის ვალდებულება. ეს დებულება აკლდა ჩილე-მალაიზიის ორმხრივ საინვესტიციო ხელშეკრულებას. ICSID ტრიბუნალმა დააკმაყოფილა ინვესტორის პრეტენზია იმ მოტივით, რომ აღნიშნული ინტერპრეტაცია შეესაბამებოდა ძირითადი ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებების პრეამბულის ობიექტსა და მიზანს, „დაიცვან და შექმნან გარემო, რომელიც უფრო ხელსაყრელია ინვესტიციებისთვის“.<sup>190</sup> აღსანიშნავია კიდევ ერთი საქმე, *Garanti Kosa LLP v. Turkmenistan*, რომელზეც ICSID ტრიბუნალი დათანხმდა თურქმენეთის თანხმობის იმპორტს ICSID არბიტრაჟისთვის მიმართვიანობის შესახებ მის მიერ შვეიცარიასთან დადებული ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებიდან სწორედ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის სპეციფიკიდან გამო-

<sup>186</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (I)* (ICSID Case No. ARB/03/29).

<sup>187</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile* (ICSID Case No. ARB/01/7).

<sup>188</sup> *White Industries Australia Limited v. The Republic of India* (2010).

<sup>189</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (I)* (ICSID Case No. ARB/03/29), paras. 228–232.

<sup>190</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile* (ICSID Case No. ARB/01/7), paras. 102–108.

მდინარე, ვინაიდან ასეთი თანხმობა არ იყო გათვალისწინებული თურქმენეთსა და გაერთიანებულ სამეფოს შორის არსებულ ძირითად ხელშეკრულებაში.<sup>191</sup>

არსებობდა აგრეთვე შემთხვევები, როდესაც საერთოდაც საჭირო გახდა რომელიმე დებულების ამოღება, რომელიც კონკრეტულ ინვესტორს იმაზე ნაკლებად ხელსაყრელ პირობებში აყენებს, ვიდრე აღნიშნული გათვალისწინებული იმავი სახელმწიფოს მიერ სხვა სახელმწიფოებთან დადებული ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებებით. აღნიშნული შემთხვევა დაფიქსირდა საქმეზე **CMS v. Argentina**, სადაც ინვესტორი ითხოვდა არგენტინასა და შეერთებულ შტატებს შორის არსებული შეთანხმებიდან კონკრეტული დებულების ამოღებას, რომელიც არ იყო გათვალისწინებული არგენტინის სხვა ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებებში. თუმცა, აქ **ICSID** ტრიბუნალმა მხარი დაუჭირა არგენტინის პოზიციას: „სხვა ხელშეკრულებებში ასეთი დებულების უბრალო არარსებობა არ უჭერს მხარს ამ არგუმენტს, რომელიც ნებისმიერ შემთხვევაში წარუმატებელი იქნება *ejusdem generis* წესის მიხედვით“<sup>192</sup>.

## 2. უპირატესი ხელშეწყობის მოქმედების რეჟიმის შესახებ შემზღუდავი დათქმები

უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მნიშვნელობის გათვალისწინებით, შესაძლებელია დაშვება, რომ მისი მოქმედება შესაძლოა უსაზღვრო იყოს, მიუხედავად პრაქტიკაში არსებული გამონაკლისებისა, ვინაიდან სახელმწიფოს ეკისრება ის მძიმე ტვირთი, რაც გულისხმობს ინვესტორების მოზიდვას, მათთვის მომხიბვლელი გარემოს შექმნასა და შესაბამისად, ყველზე უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გავრცელებას, თუმცა არ არსებობს არაფერი, რომელსაც საზღვრები და გამონაკლისები არ აქვს, გამონაკლისი ამ მხრივ, არც უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი.

### 2.1. ეკონომიკური საქმიანობის შეზღუდვასთან დაკავშირებული დათქმები

გლობალურ დონეზე, სხვადასხვა სატარიფო დისკრიმინაცია ქვეყნებს შორის ინვესტორების რესურსების ცვლას შედარებით უპირატესობის პრინციპების საწინააღმდეგოდ.<sup>193</sup> მოთხოვნა მოცემულ საქონელზე, რომელიც დამოკიდებულია ფასების მექანიზმზე, გადადის ქვეყნის ეფექტური მწარმოებლებიდან, სადაც მაღალი ტა-

<sup>191</sup> *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan* (ICSID Case No. ARB/11/20), paras. 77-81.

<sup>192</sup> *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8), paras. 371-376.

<sup>193</sup> Kurtz J., *The MFN Standard and Foreign Investment: An Uneasy Fit*, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, No. 6, 2004, 864.

რიფია დაქვემდებარებული, ნაკლებად ეფექტურ მწარმოებლებზე, რომლებსაც უპირატესობა აქვთ დაბალი ტარიფის განაკვეთით.<sup>194</sup> ყველა უცხო ქვეყნისთვის თანაბარი ტარიფების უპირატესი ხელშეწყობის პრინციპი ითვალისწინებს რესურსების უფრო ეფექტურ განაწილებას, ვიდრე ეს იქნებოდა დისკრიმინაციის შემთხვევაში.<sup>195</sup> ხელშეკრულებების ოქროს პერიოდთან შედარებით, ომთაშორისი პერიოდი გამორჩეული იყო ეკონომიკური ლიბერალიზმის პოლიტიკისადმი გადახვევით.<sup>196</sup> მიუხედავად მისი პოზიციისა, როგორც მსოფლიოს წამყვანი კრედიტორი ერის, უშუალოდ პირველი მსოფლიო ომის შემდგომ პერიოდში, შეერთებულმა შტატებმა გაზარდა ტარიფების დონე, რამაც პროგნოზირებადი ზეგავლენა მოახდინა ევროპის ეკონომიკურად განადგურებულ მოვალე ქვეყნებზე.<sup>197</sup> ყოველივე ამან, გაართულა ევროპის ბევრი ქვეყნისთვის დოლარის მოპოვება და დოლარის ვალუტაში ვაჭრობა. საბოლოო ჯამში, გარკვეულ ეტაპზე იმ შედეგამდე მივედით, რომ ჩამოყალიბდა უკონტროლო ვაჭრობა, ქვეყნები „დისკრიმინაციულად“ არჩევდნენ იმ ქვეყნებს, რომელთანაც ექნებოდათ სავაჭრო ურთიერთობები, რის შედეგადაც ბევრი ქვეყანა თამაშს გარეთ რჩებოდა და საბოლოოდ, ყოველივე ამის შედეგად, მსოფლიო ეკონომიკამ, თამამად შეიძლება ითქვას, რომ განიცადა კრაში.<sup>198</sup> ამ დამღუპველმა შედეგებმა დაადასტურა რწმენა იმისა, რომ დისკრიმინაცია იწვევს არახელსაყრელ პოლიტიკურ შედეგებს, როგორიცაა არასტაბილურობა სავაჭრო სფეროში და პოლიტიკური გაღიზიანება. ცხადია, მეორე მსოფლიო ომის შემდგომი საერთაშორისო ეკონომიკური ჩარჩოების შემქმნელები ცდილობდნენ ამ პერიოდში განხორციელებული სავაჭრო დისკრიმინაციის გამოვლენას, როგორც ომის ერთ-ერთი მიზეზის.<sup>199</sup> აღნიშნული ძალისხმევა კი მიმართული იყო მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ, მსოფლიო ეკონომიკის აღდგენისკენ.

ეკონომიკური საქმიანობის თვალსაზრისით, ერთ-ერთ ასეთ გამონაკლისს შეიცავს საქართველოსა და იაპონიას შორის ინვესტიციების ლიბერალიზაციის, ხელშეწყობისა და დაცვის შესახებ შეთანხმება, რომლის თანახმადაც „საქართველო უფლებას იტოვებს მიიღოს ან შეინარჩუნოს ნებისმიერი ზომა, რომელმაც შესაძლოა არ მიაღწიოს იაპონიის ინვესტიტორებს და მათ ინვესტიციებს ეროვნული რეჟიმი ან უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი სუბსიდიებსა და გრა-

<sup>194</sup> იქვე, 865.

<sup>195</sup> Mutchucumaraswamy S., *The International Law on Foreign Investment* 4th Edition, New York, 2010, 264.

<sup>196</sup> Vandevelde, K. J., *Model Bilateral Investment Treaties: The Way Forward*, *Southwestern Journal of International Law*, No. 18(1), 2011, 308.

<sup>197</sup> იქვე.

<sup>198</sup> Brown G. A., Stern M. R., *Global Market Integration and National Sovereignty*, *The World Economy*, Vol. 29, Iss. 3, 2006, 264.

<sup>199</sup> იქვე, 267.

ნტებთან მიმართებით, მათ შორის, მთავრობის მიერ მხარდაჭერილი სესხების, გარანტიებისა და დაზღვევის ჩათვლით<sup>200</sup>. თუმცა ეს საკითხი მარტივად აღსაქმელი არაა. აღნიშნული დათქმა არ მოიაზრებს საქართველოს სახელმწიფოს მხრიდან თვითნებობას, საკუთარი ნება-სურვილის მიხედვით გადაწყვეტის საგადასახადო ნებისმიერი საკითხი, სურვილი, რომელიც უნდა გამომდინარეობდეს, პირველ რიგში, ეკონომიკური სტაბილურობის შექმნის მიზნიდან, არის მხოლოდ ერთ-ერთი ფაქტორი. აღნიშნული შეზღუდვაც მოქცეულია გარკვეულ სამართლებრივ ჩარჩოებში, კერძოდ, იგი არ უნდა იყოს წინააღმდეგობაში საქართველოს მიერ ვაჭრობის მსოფლიო ორგანიზაციის (WTO) შეთანხმებით ნაკისრ ვალდებულებებთან<sup>201</sup>.

პირველ რიგში, როგორც WTO-ს შემთხვევაში, ისინი პასუხობენ ეკონომიკური ინტეგრაციის სფეროების არსებობის გათვალისწინების აუცილებლობას, რომლებიც განსაზღვრებით შეუთავსებელია MFN-თან. შემდგომში ისინი მოიცავენ, აგრეთვე, ორმაგი დაბეგვრის ხელშეკრულებებს.<sup>202</sup> ასეთი გამონაკლისები სხვადასხვა გზით შეიძლება იქნეს ფორმულირებული, მაგალითად, „აღნიშნული რეჟიმი არ ვრცელდება იმ პრივილეგიებზე, რომელსაც ერთი ხელშემკვრელი მხარე ანიჭებს მესამე სახელმწიფოს მოქალაქეებს ან კომპანიებს თავისუფალ სავაჭრო ზონაში, საბაჟო კავშირში, საერთო ბაზარზე ან ნებისმიერი სხვა ფორმით რეგიონალური ეკონომიკური ორგანიზაციის წევრობის გამო“<sup>203</sup>. „ამ მუხლის შესაბამისად მინიჭებული პრივილეგიები არ ვრცელდება გადასახადებსა და ფისკალურ გამოქვითვებზე და ერთ-ერთი ხელშემკვრელი მხარის მიერ მესამე სახელმწიფოს ინვესტორებზე ორმაგი დაბეგვრის ან სხვა საგადასახადო შეთანხმების საფუძველზე მინიჭებული გათავისუფლებების მიმართ“.<sup>204</sup>

ამ გამონაკლისების შედეგია ის, რომ ხელშეკრულებით დაცულ ინვესტორებს არ შეუძლიათ გამოიყენონ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი უფრო ხელსაყრელი მოპყრობისთვის, ვიდრე ამას აკეთებენ მასპინძელი ქვეყნის მიერ მინიჭებული მესამე ქვეყნების ინვესტორები ეკონომიკური ინტეგრაციის ზონის ან ორმაგი დაბეგვრის ხელშეკრულების საფუძველზე. მეტიც, ზოგიერთი ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულება გამორიცხავს გარკვეულ სექტორებს უპირატესი

<sup>200</sup> საქართველოსა და იაპონიას შორის ინვესტიციების ლიბერალიზაციის, ხელშეწყობისა და დაცვის შესახებ შეთანხმება, საქართველოს განრიგი, 1.

<sup>201</sup> იქვე.

<sup>202</sup> გოშხთელიანი ნ., უცხოური ინვესტიციის დაცვის სტანდარტები და ექსპრომაციების კანონზომიერება ქართული კანონმდებლობისა და საერთაშორისო პრაქტიკის მიხედვით, თბილისი, 2019, 31.

<sup>203</sup> France–Libya BIT (2004), Art. 4.3.

<sup>204</sup> იქვე, Art. 4.2.

ხელშეწყობის რეჟიმის გავრცელების სფეროდან, უმეტესად ესენია: „ავიაცია, მე-თევზეობა, საზღვაო საკითხები, ენერგეტიკა, ბუნებრივი რესურსები“<sup>205</sup>. აღნიშნული გათვალისწინებულია არაერთ საინვესტიციო ხელშეკრულებაში.<sup>206</sup>

## 2.2. საპროცესო უფლებებზე გავრცელების გამომრიცხავი დათქმა

როგორც ვნახეთ, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი ხშირად გამოიყენება მესამე სახელმწიფოს BIT-ებიდან უფრო ხელსაყრელი პროცედურული დებულებების იმპორტისთვის. ამიტომ, ზოგიერთმა სახელმწიფომ სცადა ამ შესაძლებლობის თავიდან აცილება დავის გადაწყვეტის მექანიზმის MFN-ის სფეროდან გამორიცხვით.<sup>207</sup> მაგალითად შეგვიძლია მოვიყვანოთ კოლუმბიასა და გაერთიანებულ სამეფოს შორის 2010 წელს დადებული ორმხრივი საინვესტიციო შეთანხმება, რომლის თანახმადაც, „ამ შეთანხმებაში მითითებულ მსგავს გარემოებებში მინიჭებული უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი არ მოიცავს საინვესტიციო დავების გადაწყვეტის მექანიზმებს, როგორიცაა წინამდებარე შეთანხმების IX და X მუხლებში მოცემული მექანიზმები, რომლებიც გათვალისწინებულია ხელშეკრულებებით ან საერთაშორისო საინვესტიციო შეთანხმებებით“<sup>208</sup>. მსგავსი დათქმაა გაკეთებული, აგრეთვე, საქართველოსა და შვეიცარიის კონფედერაციას შორის ინვესტიციების ხელშეწყობისა და ურთიერთდაცვის შესახებ შეთანხმებაში, კერძოდ, „მხარეები აცნობიერებენ, რომ მე-2 და მე-3 პარაგრაფებში აღნიშნული უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი არ ვრცელდება საინვესტიციო დავების მოგვარების მექანიზმებზე, რომელიც გათვალისწინებულია წინამდებარე ან ამ ხელშეკრული მხარის მიერ გაფორმებულ სხვა საერთაშორისო შეთანხმებაში“<sup>209</sup>. როგორც ვხედავთ, ქვეყნები სულ უფრო დიდი სიფრთხილით ეკიდებიან უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის პუნქტს და ამიტომ, თავის დასაცავად, მკაფიოდ აწესებენ იმ საზღვრებს, თუ რაზე გავრცელდება უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი.

რაც შეეხება, უშუალოდ, საარბიტრაჟო პრაქტიკას, მიუხედავად იმისა, რომ მაფეზინის საქმით შეიქმნა პრეცედენტული გადაწყვეტილება, საკმაოდ ბევრი

<sup>205</sup> Mutchucumaraswamy S., *The International Law on Foreign Investment* 4th Edition, New York, 2010, 321.

<sup>206</sup> მაგალითად, Canada–Peru BIT (2008), დანართი II; საქართველოსა და იაპონიას შორის ინვესტიციების ლიბერალიზაციის, ხელშეწყობისა და დაცვის შესახებ შეთანხმება.

<sup>207</sup> Radi Y., *The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the “Trojan Horse”*, *The European Journal of International Law* Vol. 18, No. 4, 2007, 770.

<sup>208</sup> Colombia–United Kingdom BIT (2010), Art.2.3.

<sup>209</sup> საქართველოსა და შვეიცარიის კონფედერაციას შორის ინვესტიციების ხელშეწყობისა და ურთიერთდაცვის შესახებ შეთანხმება, მე-4 მუხლის მე-5 ნაწილი.

გადაწყვეტილება იქნა მიღებული საპირისპირო შედეგით. რამდენიმე ტრიბუნალმა დაადგინა, რომ არ შეიძლება პროცედურულ წესებზე უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გავრცელება, თუკი აღნიშნულის შესახებ ნათლად და მკაფიოდ არ ფიქსირდება მხარეებს შორის არსებულ შეთანხმებაში<sup>210</sup>. მსგავსი პოზიცია ფიქსირდებოდა შემდეგ საქმეებზე: *Wintershall v. Argentina*<sup>211</sup>, *Salini v. Jordan*<sup>212</sup>, *ICS Inspection v. Argentina*<sup>213</sup>, *Plama v. Bulgaria*<sup>214</sup>, *Daimler v. Argentina*<sup>215</sup>, *Kilic v. Turkmenistan*<sup>216</sup>, *Vladimir Berschader v. Russian Federation*<sup>217</sup>. საქმეზე *Daimler v. Argentina*, ტრიბუნალის აბსოლუტურმა უმრავლესობამ განსაზღვრა მკაფიო მტკიცებულების არარსებობა იმის შესახებ, რომ ძირითადი BIT-ის ხელმომწერ ქვეყნებს სურდათ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გავრცელება პროცედურულ დებულებებზე. ამ საქმეზე ტრიბუნალმა დაადგინა, რომ არ იყო განსაზღვრული უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გამოყენების ფარგლები. მარტივად შესამჩნევია, რომ ტრიბუნალი იხრება MFN პუნქტის პროცედურულ ნაწილზე არგავრცელებისკენ და, როგორც ტრიბუნალმა თავადვე აღნიშნა, უარყოფს *expressio unius est exclusio alterius*<sup>218</sup> პრინციპს. კერძოდ, ტრიბუნალმა დაადგინა, რომ, „უფრო სავარაუდოა, რომ ხელშემკვრელი მხარეები, ვინაიდან ისინი მაფეზინის საქმეზე ადრე ახორციელებდნენ თავიანთ საქმიანობას, ცალსახად არ გამორიცხავდნენ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გავრცელებას ინვესტორ-სახელმწიფოს შორის წარმოშობილი დავის გადაწყვეტის დებულებებზე მხოლოდ იმიტომ, რომ მათ არასოდეს მიიჩნიეს ამ მუხლის ასეთი გამოძახება შესაძლებლად“<sup>219</sup>. მსგავსი პოზიცია გაიზიარა ტრიბუნალმა საქმეზე *Wintershall v. Argentina*-ის წინააღმდეგ, როდესაც ტრიბუნალმა განაცხადა, რომ MFN არ გამოიყენებოდა დავების გადა-

<sup>210</sup> Nikiema H. S., *The Most-Favoured Nation Clause in Investment Treaties*, International Institute for Sustainable Development, 2017, 16.

<sup>211</sup> *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/04/14), paras. 159–195.

<sup>212</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan* (ICSID Case No. ARB/02/13), paras. 110–112.

<sup>213</sup> *ICS Inspection and Control Services Limited v. The Argentine Republic (I)* (PCA Case No. 2010-9), paras. 277–305.

<sup>214</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), paras. 214–215.

<sup>215</sup> *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/05/1), paras. 239–240.

<sup>216</sup> *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan* (ICSID Case No. ARB/10/1), sec. 7.1.1–7.3.9.

<sup>217</sup> *Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation* (SCC Case No. 080/2004), paras. 180–182.

<sup>218</sup> როდესაც ერთი და იმავე კლასის ერთი ან მეტი ნივთი პირდაპირ არის ნახსენები, იმავე კლასის სხვა საგნები გამოირიცხება.

<sup>219</sup> *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/05/1), paras. 239.



წყვეტის დებულებებზე, „თუ რა თქმა უნდა, ძირითადი ხელშეკრულების უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის განმსაზღვრელი პუნქტი ნათლად და ცალსახად არ მიუთითებს, რომ ის ამგვრად უნდა იქნეს ინტერპრეტირებული“<sup>220</sup>. აღნიშნული ინტერპრეტაციები უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გავრცელებაზე იმაზე ყურადღების გამახვილებით, რომ ზუსტად არ იყო შეთანხმებით განსაზღვრული უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მოქმედების ფარგლები და მკაფიოდ არ ფიქსირდებოდა ის დებულება, რითაც შესაძლებელი იქნებოდა MFN პუნქტის დავის გადაწყვეტის დებულებებზე გავრცელება, შესაბამისად, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის პუნქტი ბუნდოვანი იყო, რადიკალურად განსხვავდება იმ ინტერპრეტაციისგან, რაც ტრიბუნალმა მიიღო საქმეზე, **Siemens v. Argentina**, ზუსტად იმავე არგუმენტაციაზე დაყრდნობით, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის პუნქტი ბუნდოვანი იყო, არ იყო განსაზღვრული მისი მოქმედების ფარგლები, რაც შესაძლებლობას ანიჭებდა ტრიბუნალსა და მხარეებს, იგი განევრცოთ, აგრეთვე, დავის გადაწყვეტის მექანიზმებზე და MFN პუნქტი ვრცელდებოდა პროცედურულ ნაწილზეც მანამ, სანამ ამის საწინააღმდეგო, გამომრიცხავი პოზიცია არ დაფიქსირდებოდა მხარეებს შორის შეთანხმებაში<sup>221</sup>. საქმეზე **Wintershall v. Argentina** წინააღმდეგ, ტრიბუნალმა, მაფეზინის საქმის ინტერპრეტაციისგან განსხვავებით, აგრეთვე, დაადგინა, რომ „ისეთი ფრაზებიც კი, როგორიცაა „ყველა საკითხი“, შესაძლოა არ იყოს საკმარისი MFN პუნქტის გამოყენების გასაფართოებლად BIT-ის დავების გადაწყვეტის დებულებებთან მიმართებით“<sup>222</sup>, იმავე ტრიბუნალმა, ასევე აღნიშნა, რომ 18 თვიანი ლოდინის პეროდი იყო არგენტინის მიერ შეთავაზებული „კომპლექსური წინადადების“ განუყოფელი ნაწილი ICSID არბიტრაჟისთვის, რომელიც „მიღებულ უნდა ყოფილიყო ინვესტორის მიერ იმ პირობით, რა პირობითაც იქნა შეთავაზებული“<sup>223</sup>.

კიდევ ერთი საინტერესო საქმეა **Plama v. Bulgaria**, რომელიც არაერთხელ იქნა მოხსენიებული ამ ნაშრომში და სწორედ ამ საქმეს „უპირისპირებენ“ ყველაზე მეტად **maffezini v spain** საქმეს, ვინაიდან სრულიად განსხვავებული, ორი ურთიერთგამომრიცხავი გადაწყვეტილება იქნა მიღებული<sup>224</sup>. ამ საქმეზე ტრიბუნალმა დაადგინა, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის განმსაზღვრელი პუნქტი იყო ბუნდოვანი და ორაზროვანი, რომელიც არათუ საპროცესო უფლებებზე უნდა

<sup>220</sup> *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/04/14), paras.167.

<sup>221</sup> *Siemens A.G. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/8), para. 106.

<sup>222</sup> *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/04/14), para. 186.

<sup>223</sup> იქვე, para. 162.

<sup>224</sup> *Batifort S., Benton H., The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, *American Journal of International Law*, Vol. 111, No. 4, 2017, 888.

გავრცელებულიყო, არამედ, ზოგადად, მკაფიო კონკრეტიკას საჭიროებდა ყველა ქრილში.<sup>225</sup> პლამას ტრიბუნალის მიდგომის სირთულე მდგომარეობს არა იმდენად თავად ფრაზაში „ნათლად და ცალსახად“, რამდენადაც იმაში, რომ ტრიბუნალმა, როგორც ჩანს, გააერთიანა ეს ფრაზა დამაჯერებლობის განსაკუთრებით მძიმე ტვირთთან. ტრიბუნალმა აღნიშნა, რომ „მრავალმხრივი ან ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულების დადებისას დავის გადანაცვების სპეციფიკური დებულებებით, არ შეიძლება იყოს მოლოდინი იმისა, რომ სახელმწიფოები დატოვებენ აღნიშნულ დებულებებს ღიად, სამომავლო (ნაწილობრივ) ჩანაცვლებას პერსპექტივით, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმიდან გამომდინარე, გარდა ისეთი შემთხვევებისა, როდესაც სახელმწიფოები აღნიშნულის შესახებ მკაფიოდ და ნათლად შეთანხმდნენ“<sup>226</sup>. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის 100%-იანი მართებულობის თავდაჯერებულად რწმენა მნიშვნელოვნად სცილდება დომინირების მოთხოვნის ფარგლებს.<sup>227</sup> ამ უფრო შეზღუდული გაგებით, თუკი *Plama v. Bulgaria* საქმეზე გადანაცვებების მიმღები ტრიბუნალის პოზიციასა და მიღებული გადანაცვებების ლოგიკას გავყვებით, მივალთ იმ დასკვნამდე, რომ აღნიშნული მიდგომა აღემატება ვენის კონვენციის მოთხოვნებსა და საერთაშორისო სამართლის ზოგად პრინციპებს.

ზოგადად, ვენის კონვენცია მოითხოვს, რომ საერთაშორისო ტრიბუნალებმა განსაზღვრონ ხელშეკრულების ყველა პუნქტის მკაფიო და ცალსახა მნიშვნელობა და გადანაცვებები მიიღონ არგუმენტების მკაფიო უპირატესობის საფუძველზე.<sup>228</sup> სწორედ ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, სავსებით ლოგიკურია და არგუმენტირებული, რომ სახელმწიფოს თანხმობა არბიტრაჟზე, ისევე როგორც მისი თანხმობა მისი სუვერენიტეტის ნებისმიერ სხვა ნებაყოფლობით შეზღუდვაზე, უნდა იყოს მკაფიოდ და ნათლად ფორმულირებული.

### 3. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მოქმედების ფარგლები ასოცირების შესახებ შეთანხმებაში

ასოცირების შესახებ შეთანხმება უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმს შემდეგნაირად განმარტავს, საქართველო და ევროპის კავშირი, როგორც ხელშემკვრელი მხარეები იღებენ ვალდებულებას, მხარეთა იურიდიულ პირებს და მათი

<sup>225</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), paras. 198-204.

<sup>226</sup> იქვე, para. 223.

<sup>227</sup> Maupin J. A., MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach, *Journal of International Economic Law*, Vol. 14, No. 1, 2011, 187.

<sup>228</sup> ვენის კონვენცია სახელშეკრულებო სამართლის შესახებ, 1969, მუხლი 31-32.

წარმომადგენლობებს, ისევე როგორც, მათ შვილობილ კომპანიებს, ფილიალებს იმაზე არანაკლებ ხელსაყრელი რეჟიმი მიანიჭონ, ვიდრე მიანიჭებდნენ საკუთარ იურიდიულ პირებს, მათ ფილიალებს და წარმომადგენლობებს.<sup>229</sup>

„2014 წლის 27 ივნისს, ხელი მოეწერა ასოცირების შესახებ შეთანხმებას“<sup>230</sup>, რაც იმას ნიშნავს რომ ასოცირების შეთანხმების ხელშეკრველი მხარეები თავისუფლად მიუთითებენ მათთვის უფრო ხელსაყრელ რეჟიმზე თუკი ეს გათვალისწინებულია ევროკავშირის სხვა ქვეყნის საინვესტიციო ხელშეკრულებით, თუმცა საინტერესოა უნდა გავრცელდეს თუ არა უპირატესი მოპყრობის დათქმა ასეთ შემთხვევაში ევროკავშირის არანეგრ სახელმწიფოებზე და რამდენად აქვთ მათ უფლება მიუთითონ ასოცირების შეთანხმებაზე. ყოველივე ეს ნიშნავს, რომ არცერთ მხარეს არ აქვს უფლება იმპორტ-ექსპორტზე დაანესოს უფრო მაღალი გადასახადები (საბაჟო და მოსაკრებელი), ვიდრე ეს გათვალისწინებულია მსოფლიო ვაჭრობის ორგანიზაციის მიერ სხვა ქვეყნისთვის.<sup>231</sup> თუმცა, არსებობს ამ წესიდან ორი გამონაკლისი, ესენია: უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი არ მოქმედებს ევროკავშირსა და საქართველოს მიერ სხვა ქვეყნებთან დადებულ შეთანხმებებზე თავისუფალი სავაჭრო სივრცის ფორმირებასა და საბაჟო კავშირზე, ვინაიდან „უპირატესობები“ არ გავრცელდება პარტნიორობისა და თანამშრომლობის შესახებ შეთანხმების პარტნიორებზე,<sup>232</sup> ამასთანავე, ანალოგიური დანაწესი მოქმედებს, როდესაც მეზობელ ქვეყნებს გაფორმებული აქვთ შეთანხმება ერთმანეთთან სასაზღვრო ვაჭრობის სტიმულირებისთვის.

დასკვნის სახით უნდა ითქვას, რომ ევროკავშირი წარმოადგენს ერთ სახელმწიფოს და განსხვავებული საგადასახადო რეგულაციებია საქართველოსთვის, როგორც არანეგრი ქვეყნისთვის და ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოებისთვის. თუმცა, მართალია აღნიშნული პირდაპირ არ არის განსაზღვრული პარტნიორობისა და თანამშრომლობის შესახებ შეთანხმებაში, მაგრამ ევროკავშირი უფრო ნაკლებ გადასახადს დაანესებს საქართველოს იმ პროდუქციისთვის, რომელიც უპირატესობათა სქემაში ხვდება<sup>233</sup>.

რაც შეეხება, უშუალოდ ბიზნესსა და ინვესტიციებს, შეთანხმებაში მრავალი მნიშვნელოვანი დებულებაა, რომელიც საერთაშორისო ბიზნესის წარმოების ხელ-

<sup>229</sup> ასოცირების შესახებ შეთანხმება ერთის მხრივ, საქართველოსა და მეორეს მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის, 2014, მუხლი 79.

<sup>230</sup> ხვედელიძე მ., ასოცირების შესახებ შეთანხმების გავლენა საქართველოსთან დაკავშირებულ საინვესტიციოსამართლებრივ ურთიერთობებზე, ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“, №4(60), 2018, 66.

<sup>231</sup> ევროპულ გაერთიანებათა კომისია, რას წარმოადგენს შეთანხმება პარტნიორობისა და თანამშრომლობის შესახებ? თბილისი, 2000, 10.

<sup>232</sup> იქვე.

<sup>233</sup> იქვე, 11.

შემწყობად უნდა მივიჩნიოთ. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმიდან გამომდინარე, ცალკეული უპირატესობები არ მიენიჭება სხვა ქვეყნებს, რომელთაც ერთმანეთთან ორმხრივი საგადასახადო შეთანხმება აკავშირებთ<sup>234</sup>.

ასოცირების შესახებ შეთანხმების 79-ე მუხლით გათვალისწინებულია აგრეთვე გამონაკლისი, რომლის თანახმადაც უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი არ გავრცელდება უცხოური ინვესტიციების დაცვასთან დაკავშირებულ ისეთ ღონისძიებებზე, რომლებიც არეგულირებენ ინვესტორსა და სახელმწიფოს შორის დავის მოგვარების პროცედურებს, ამასთანავე განსაზღვრულნი არიან სხვა საინვესტიციო ხელშეკრულებით. ამრიგად, შეგვიძლია დავადგინოთ, რომ მართალია, ასოცირების შესახებ შეთანხმება ავალებს მხარეებს, მიანიჭონ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი მხარეთა იურიდიულ პირებს, თუმცა, ამ რეჟიმის მოქმედება მხოლოდ მატერიალურსამართლებრივი ღონისძიებებით შემოიფარგლება, ხოლო საპროცესოსამართლებრივი საკითხებთან მიმართებით კი არ ვრცელდება.<sup>235</sup>

#### **4. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მოქმედების ფარგლები ვაჭრობისა და ტარიფების გენერალურ შეთანხმებაში (GATT)**

მართალია, GATT არის ვაჭრობისა და ტარიფების გენერალური შეთანხმება, რომელიც მიმართულია ვაჭრობისკენ და შედარებით ნაკლებად ეხება საინვესტიციო სფეროში მოქმედ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმს, თუმცა აუცილებელია განისაზღვროს, რომ მათ შორის ნამდვილად არსებობს კავშირი. ვაჭრობა თავისთავად გავლენას ახდენს საინვესტიციო საქმიანობაზე. უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მოქმედება GATT-ის ფარგლებში კი გამოიხატება იმაში, რომ WTO-ს ყველა წევრის „მსგავსი“ პროდუქტი უნდა დაექვემდებაროს ერთნაირ მოპყრობას, კერძოდ, უპირატეს მოპყრობას, მათ ენიჭებათ ერთნაირი პრივილეგიები, რაც მინიჭებული აქვთ მასპინძელი სახელმწიფოს მიერ საკუთარი იურისდიქციის ქვეშ, საკუთარ ან სხვა სახელმწიფოს პროდუქციას<sup>236</sup>.

მეორე მსოფლიო ომის შემდგომ უპირატესი ხელშეწყობის სტანდარტი GATT-ის ჩამოყალიბებით გახდა ფუნდამენტური პრინციპი საქონლით ვაჭრობასთან მიმართებით.<sup>237</sup> GATT-ის 1.1. მუხლი მოითხოვს, რომ საბაჟო გადასახდელებთან და

<sup>234</sup> იქვე, 12.

<sup>235</sup> ხვედელიძე მ., ასოცირების შესახებ შეთანხმების გავლენა საქართველოსთან დაკავშირებულ საინვესტიციოსამართლებრივ ურთიერთობებზე, ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“, №4(60), 2018, 81.

<sup>236</sup> The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947), Art. 1.1.

<sup>237</sup> Kurtz J., The MFN Standard and Foreign Investment: An Uneasy Fit, Journal of World Investment & Trade, Vol. 5, No. 6, 2004, 865.

მასთან დაკავშირებულ რეგულაციებთან დაკავშირებით, ნებისმიერი უპირატესობა, რომელიც მინიჭებული აქვს ნებისმიერ პროდუქტს, რომელიც ინარმოება ერთი წევრის მიერ, დაუყოვნებლივ და უპირობოდ მიენიჭოს ყველა სხვა წევრ სახელმწიფოში წარმოშობილ „მსგავს პროდუქტს“.<sup>238</sup>

ამ ეტაპზე, ღირს ხაზგასმით აღინიშნოს ფუნდამენტური დაძაბულობა GATT-ში უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ოპერირებასთან მიმართებით. GATT-ის 1.1 მუხლი არ კრძალავს ტარიფების დისკრიმინაციის ყველა ფორმას უცხოელ მომწოდებლებს შორის,<sup>239</sup> რადგან „მსგავსი პროდუქტის“ კონცეფცია მნიშვნელოვან მოქნილობას გვთავაზობს. ერთი პროდუქტისთვის მინიჭებული უპირატესობა უნდა მიენიჭოს მეორეს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ისინი არიან „მსგავსი“<sup>240</sup>, ამრიგად, სახელმწიფოებს არ ეკრძალებათ სხვადასხვა სახის საქონელზე განსხვავებული ტარიფის დანესება. ამ მოქნილობას აქვს მნიშვნელოვანი ეკონომიკურ-პოლიტიკური გავლენა GATT-ზე. თავისი არსით, MFN-ის პრინციპი ეწინააღმდეგება ორმხრივობის პრინციპს. ეს მდგომარეობს იმაში, რომ ქვეყანა არ უნდა სარგებლობდეს სხვა ქვეყნის მიერ შეთავაზებული ვაჭრობის ლიბერალიზაციის უპირატესობით, თუკი თავადვე არ „იხდის“ ამის ფასს თავის საკუთარი ვაჭრობის ლიბერალიზაციით. ორმხრივი დათმობები გარკვეული მოქმედებების განხორციელების/არგანხორციელების გზით, ხშირად მიმართულია იმისკენ, რომ ორივე სახელმწიფოს შიდა მმართველობითი ძალა, ისევე როგორც მოსახლეობა, დარწმუნდეს ვაჭრობის ლიბერალიზაციის ორმხრივად ბენეფიციურობაში.<sup>241</sup> GATT-ის 1.1 მუხლი ახერხებს აიტანოს რეციპროციულობის გარკვეული ფორმა, რომლის აუცილებლობა გამომდინარეობს ეკონომიკურ-პოლიტიკური საფუძვლიდან, რათა უზრუნველყოს ტარიფების უფრო მეტად შემცირების სტიმული, რაც ქვეყნებს დისკრიმინაციის საშუალებას აძლევს პროდუქტის მკვეთრად გამოხატული დი-

<sup>238</sup> The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947), Art. 1.1.

<sup>239</sup> Kurtz J., The MFN Standard and Foreign Investment: An Uneasy Fit, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, No. 6, 2004, 865; იხ. ციტირება: For an overview of early GATT case-law supporting the practice of allowing GATT Members to establish fine distinctions in tariff schedules, see William J. Davey and Joost Pauwelyn, MFN Unconditionality: A Legal Analysis of the Concept in View of its Evolution in the GATT/WTO jurisprudence with Particular Reference to the Issue of “Like Product”, in Thomas Cottier, Petros Mavroidis and Patrick Blatter (eds.), *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2000, 13, 28-31.

<sup>240</sup> Kurtz J., The MFN Standard and Foreign Investment: An Uneasy Fit, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, No. 6, 2004, 866.

<sup>241</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development, *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, 2004, 8; იხ. ციტირება: Vandeveld K.J., *US Bilateral Investment Agreements, the Second Wave*, in *Michigan Journal of International Law*, Summer 1993, 15.

ფერენციაციის დადგენით.<sup>242</sup> როგორც რობერტ ჰუდეკი ამბობს, ის ფაქტი, რომ პირველი მუხლი უშვებს სატარიფო დაცვას, ყველაფერ დანარჩენთან ერთად, აგრეთვე ნიშნავს იმას, რომ მან უნდა შეიმუშავოს შესაბამისი მექანიზმები ამ სატარიფო დაცვისთვის. კერძოდ, სახელმწიფოები, რომლებიც ატარებენ სატარიფო დაცვის პოლიტიკას, მზად უნდა იყვნენ გაავლონ მკაფიო საზღვრები პროდუქტებს შორის, შეზღუდონ ისეთი იმპორტი, რომელიც რეალურად საფრთხეს უქმნის ადგილობრივ მწარმოებლებს, ასევე, შეზღუდოს ტარიფების ლიბერალიზაცია იმ პროდუქტებზე, რომლებზედაც დაცვის მოხსნა მისაღები იქნება შიდა ინტერესებისთვის.<sup>243</sup>

როგორც GATT-ის მეორეხარისხოვანი შედარება, გასათვალისწინებელია იმ ტიპის შეზღუდვები, რომელთა „მრავალმხრივ მოწყობასაც“ შეეცდება უპირატესი ხელშეწყობის კონცეფცია უცხოელ ინვესტორებსა და მათ ინვესტიციებზე გამოყენებისას.<sup>244</sup> საქონლით ვაჭრობის ბარიერები ჩვეულებრივ მოქმედებს საზღვარზე და ხშირად ითვალისწინებს ღია დისკრიმინაციულ ღონისძიებებს, როგორიცაა რაოდენობრივი შეზღუდვები ან ტარიფები. როგორც აღინიშნა, ამ შეზღუდვების მოხსნის ძირითადი ეკონომიკური საფუძველი ძალიან ძლიერია.<sup>245</sup> MFN მუხლის ლეგიტიმურობა ვაჭრობის კონტექსტში პირდაპირ და მჭიდროდ არის დაკავშირებული იმ ძლიერ ეკონომიკურ შემთხვევებთან, რომლებიც თავის მხრივ, ნაწილობრივ აგებულია იმ ფაქტზე, რომ დისკრიმინაციული ზომების შედეგები, როგორიცაა ტარიფობრივი შეზღუდვები, რაოდენობრივად შედარებით ადვილად გამოსათვლელი და დასადგენია.<sup>246</sup>

საქონლით ვაჭრობისგან განსხვავებით, უცხოელი ინვესტორების შესვლისა და ოპერირების ბარიერები, როგორც წესი, არ იღებენ სასაზღვრო გადასახადების ფორმას, რომლის შედეგებიც ადვილად დასადგენია რაოდენობრივად და გასაგებია.<sup>247</sup> საინვესტიციო ღონისძიებები, როგორც წესი, წარმოადგენს მარე-

<sup>242</sup> Vandevelde, K. J., Model Bilateral Investment Treaties: The Way Forward, *Southwestern Journal of International Law*, No. 18(1), 2011, 308.

<sup>243</sup> Robert E. Hudec E. R., "Like Product": The Differences in Meaning in GATT Articles I and III, *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*, University of Michigan Press, 2000, 7; იხ. ციტირება: To be sure, the effects are not exactly symmetrical. "Discrimination" that consists of lowering barriers to goods from favored countries can also involve a little trade creation.

<sup>244</sup> იქვე, 8.

<sup>245</sup> Brown G. A., Stern M. R., *Global Market Integration and National Sovereignty*, *The World Economy*, Vol. 29, Iss. 3, 2006, 270.

<sup>246</sup> Robert E. Hudec E. R., "Like Product": The Differences in Meaning in GATT Articles I and III, *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*, University of Michigan Press, 2000, 11.

<sup>247</sup> Mutchucumaraswamy S., *The International Law on Foreign Investment* 4th Edition, New York, 2010, 449.



გულირებელი ვარიანტების ფართო ნაკრების ნაწილს, რომელიც ღიაა მიმღები სახელმწიფოსთვის. რა თქმა უნდა, ზოგიერთი საინვესტიციო ღონისძიება გავრცელდება საზღვარზე სხვადასხვა წინასწარი დაშვების შეზღუდვების თვალსაზრისით, როგორცაა ქვეყნის ეკონომიკის გარკვეული სექტორების დახურვა ინვესტიციებისთვის<sup>248</sup>, აგრეთვე, შესაძლებელია რაოდენობრივი შეზღუდვები უცხოელი ინვესტორების რაოდენობაზე, რომლებიც დაშვებულია კონკრეტულ სექტორში<sup>249</sup> და სკრინინგისა და რეგისტრაციის პროცედურები. მაგალითად, უცხოელი ინვესტორების წინადადებები ავსტრალიაში ინვესტიციების ჩასატარებლად გარკვეული ფულადი ზღვრების ზევით მოითხოვს ავსტრალიის უცხოური ინვესტიციების განხილვის საბჭოს შეტყობინებას.<sup>250</sup> ეს საბჭო განიხილავს წინადადებებს არსებული ბიზნესის შესაძენად (მთლიანი აქტივები 50 მილიონ ავსტრალიურ დოლარზე მეტი) და არ გააპროტესტებს წინადადებას, თუ ის არ ეწინააღმდეგება ეროვნულ ინტერესებს.<sup>251</sup> მიუხედავად ამისა, კიდევ ბევრი მარეგულირებელი ღონისძიება გავრცელდება ინვესტორების მოპყრობაზე მასპინძელ სახელმწიფოში შესვლის შემდეგ. ამრიგად, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის სტანდარტის მოქმედების ფარგლები საინვესტიციო ასპარეზზე პოტენციურად ბევრად უფრო ფართოა, ვიდრე საქონლის ვაჭრობისთვის. ის შეიძლება გავრცელდეს ყველა ინდუსტრიაზე და ყველა შესაძლო საინვესტიციო საქმიანობაზე.<sup>252</sup>

ზოგიერთი შესვლის შემდგომი მარეგულირებელი ღონისძიება შეიძლება იყოს აშკარად დისკრიმინაციული, როგორცაა შესრულების მოთხოვნები.<sup>253</sup> ეს არის ინვესტორებისთვის დაწესებული პირობები (ხშირად დაკავშირებულია მასპინძელი სახელმწიფოს მიერ წახალისების მინიჭებასთან), როგორცაა ლოკალური შინაარსის მოთხოვნები (ვალდებულება, რომ ინვესტორის მიერ წარმოებული პროდუქცია მასპინძელ სახელმწიფოში შეიცავდეს ადგილობრივ მასალებს

<sup>248</sup> Presidential Regulation Of The Republic Of Indonesia Concerning Lists Of Business Fields That Are Closed To And Business Fields That Are Open With Conditions To Investment, Number 44, Art. 2.

<sup>249</sup> Kurtz J., The MFN Standard, and Foreign Investment: An Uneasy Fit, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, No. 6, 2004, 867.

<sup>250</sup> იქვე, 868; იხ. ციტირება: For example, proposals by foreign investors to invest in Australia over certain monetary thresholds require notification to the Australian Foreign Investment Review Board. That Board will examine proposals to acquire existing business (with total assets over A\$ 50 million) and will not object to a proposal unless it is "contrary to the national interest". See the Foreign Acquisitions and Takeovers Act, 1975, c. §§ 18-21a (Austl.) (and accompanying Ministerial statements).

<sup>251</sup> Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975, Art. 18-21.

<sup>252</sup> Thulasidhass, Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the Limits through Interpretative Principles, *Amsterdam Law Forum*, 2015, 21.

<sup>253</sup> Kurtz J., The MFN Standard, and Foreign Investment: An Uneasy Fit, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, No. 6, 2004, 868.

გარკვეული ოდენობით), ადგილობრივი პერსონალის დასაქმება და ტექნოლოგიის სავალდებულო გადაცემა სახელმწიფოსთვის (ხშირად სავალდებულო ლიცენზირების მოთხოვნებით).<sup>254</sup>

ამ მკვეთრად გამომხატული დისკრიმინაციული ზომების შემთხვევაშიც კი, გაძევების ეკონომიკური დასაბუთება არ არის ისეთი მკაფიო და აბსოლუტური, როგორც საქონლით ვაჭრობის დისკრიმინაციულ ტარიფებზე.<sup>255</sup> ცხადია, რომ ინვესტორებზე შეზღუდვების მოხსნის საკითხი (რომელიც ნაწილობრივ განხორციელდება უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის პუნქტის მულტილატერალიზაციის ფუნქციით) ბევრად უფრო დელიკატური საკითხია, ვიდრე უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის სტანდარტის მოქმედება საქონლით ვაჭრობაში. ამრიგად, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ლეგიტიმაციის საწყისი ქვაკუთხედი, როგორც იმპორტიორი სახელმწიფოს ეკონომიკური კეთილდღეობის ავტომატურად გაძლიერება სავაჭრო ასპარეზზე, გაცილებით რთული არგუმენტია საინვესტიციო კონტექსტში.<sup>256</sup>

„ინვესტიციებში უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ნიუანსების განხილვის ერთ-ერთი შესაძლო გზა არის უფრო დიდი მგრძნობელობისა და გონიერების გამოჩენა მისი გამოყენების მიმართ ხელშეკრულების „თარჯიმნების“ მიერ დავების გადანყვეტის ფორუმებში.“<sup>257</sup> თუმცა, ინვესტორ-სახელმწიფო დავის გადანყვეტის სპეციფიკა ამ განვითარებას, ყოველ შემთხვევაში უახლოეს მომავალში, გარკვეულწილად ნაკლებად სავარაუდოს ხდის.

## V. დასკვნა

ნაშრომის მიზანი იყო ეჩვენებინა, რომ უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გამოყენების მიღმა დგას მთელი რიგი გაურკვეველობები, პირველ რიგში კი, მისი საერთოდ გამოყენების მიზანშეწონილობა, მით უმეტეს მაშინ, როდესაც არ არის მკაფიოდ განსაზღვრული ის სფეროები, რომელსაც იგი მოიცავს.

<sup>254</sup> იქვე, 870.

<sup>255</sup> Hausmann R., Hwang J., Rodrik D., What You Export Matters, Journal of Economic Growth, Vol. 12 No. 1, 2007, 5.

<sup>256</sup> Kurtz J., The MFN Standard, and Foreign Investment: An Uneasy Fit, Journal of World Investment & Trade, Vol. 5, No. 6, 2004, 868; იხ. ციტირება: This difficulty with the welfare-enhancing touchstone for legitimacy also applies to many of the newer rules that characterize parts of the WTO compact, such as the General Agreement on Trade in Services (GATS) and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (the TRIPS Agreement); see Howse, supra, footnote 12, 365-366.

<sup>257</sup> Thulasidhass, Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the Limits through Interpretative Principles, Amsterdam Law Forum, 2015, 23; იხ. ციტირება: Schwarzenberger G., The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice, British Year Book of International Law, 1945, 104.

პირველ რიგში, რაც აუცილებლად უნდა განხორციელდეს, არის საკანონმდებლო ცვლილებები. კერძოდ, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მრავალმხრივობიდან გამომდინარე, შეუძლებელია მისი ერთიანი ცნების ფორმულირება, რომელიც მეტ-ნაკლებად მისაღები იქნება თითოეული მხარისთვის, თუმცა, შესაძლებელია იმ ზოგადი კრიტერიუმების ჩამოყალიბება, თუ რაზე დაყრდნობით უნდა მოხდეს შემდგომ შეთანხმებებში უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის განმსაზღვრელი დებულების ფორმირება. აღნიშნული გათვალისწინებული უნდა იქნეს, როგორც საერთაშორისო ხელშეკრულებებში და სხვადასხვა კონვენციებში, ისე ეროვნულ კანონმდებლობაში, რისი დანაკლისის ნათელი მაგალითია საქართველო.

ამასთანავე, შესაძლებლობა იმისა, რომ მხარეებმა თავად განსაზღვრონ როგორი ფორმით და რა ფარგლებში იქნება გამოყენებული უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი შეთანხმებებში, ხელს უწყობს ნების გამოვლენისა და მხარეთა თანასწორობის ინსტიტუტს, სახელმწიფოს სუვერენიტეტის განმტკიცებასა და უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის, როგორც საინვესტიციო სამართლის ერთ-ერთი ფუნდამენტური პრინციპის სწორი მიმართულებით გამოყენებას. როგორც ნაშრომიდან და საარბიტრაჟო პრაქტიკიდან გამოიკვეთა, ყველაზე მეტად პრობლემები წარმოიშობა უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის დავების გადანაცვების მექანიზმზე გავრცელებისას, რაც ნათლად წარმოშობს იმ მიმართულებას, რა მხრივაც გასატარებელია სხვადასხვა რეფორმა. შესაბამისად, მიზანშეწონილი იქნება მხარეებმა შეთანხმების დადებისას, აუცილებლად გაითვალისწინონ, უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მოქმედებას განავრცობენ პროცესუალურ ნაწილზე, თუ მხოლოდ მატერიალური ნაწილით შემოიფარგლებიან.

საინვესტიციო ტრიბუნალები, შესაძლოა ითქვას, რომ ხშირად ინვესტორზე ორიენტირებულნი არიან. უმეტეს შემთხვევაში, MFN სტანდარტი ფართოდ არის განმარტებული ისე, რომ მოიცავს მესამე ქვეყნის ხელშეკრულებების როგორც მატერიალურ, ასევე პროცედურულ საკითხებს. შედეგად, მესამე მხარის ხელშეკრულებების დავების გადანაცვების დებულებებიც კი გამოიყენება ძირითადი ხელშეკრულებიდან გამომდინარე დავების მოსაგვარებლად, რაც ინვესტს გაურკვევლობას და არასტაბილურობას რეჟიმისთვის. არ არსებობს ჩაშენებული მექანიზმი საინვესტიციო ხელშეკრულებებში ასეთი გადახვევების მოსაგვარებლად; უფრო მეტიც, ის მოითხოვს მეცნიერ იურისტთა კრიტიკულ ჩართულობას ალტერნატიული ტექნიკის შემუშავებისთვის. სავარაუდო მიდგომებზე დისკუსია, კონცეპტუალური ევოლუციის დაბალანსება ტექსტურ ინტერპრეტაციასთან და ხელშეკრულების კომპონენტების ინდივიდუალური ავტონომიის აღიარება, გვიჩვენებს, თუ როგორ შეიძლება დაწესდეს შეზღუდვები საინვესტიციო ტრიბუნალების ინტერპრეტაციის დისკრეციაზე. თუ მომავალში

საინვესტიციო ხელშეკრულებებში მკაფიოდ მიიღებენ ამგვარად ინტერპრეტირებულ პრინციპებს, ეს უზრუნველყოფს ერთგვაროვნებას და თანმიმდევრულობას იმის შესახებ, თუ როგორ არ უნდა იქნეს განმარტებული საინვესტიციო სამართლის ფუნდამენტური პრინციპები.

შესაძლებელია გავითვალისწინოთ 3 ვარიანტი: 1. საერთოდ გამოირიცხონ ხელშეკრულებაში მხარეებმა უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი. 2. დაწესდეს შეზღუდვები უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გამოყენებაზე შეთანხმების ძალაში შესვლის მომენტიდან. 3. დაწესდეს და განისაზღვროს შეზღუდვები საწყის, წინასახელშეკრულებო ეტაპზე. შეზღუდვები კი შეიძლება იყოს შემდეგნაირი: 1. გამოირიცხოს ყველა წინა ან შემდგომი ხელშეკრულება უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის მოქმედების გავრცელებისგან. 2. გაანალიზებულ იქნეს „მსგავსი გარემოებები“ და შესაძლებელია, აგრეთვე, საორიენტაციო სიის მონახაზის შექმნა არსებული პრაქტიკიდან გამომდინარე, რაც გაუადვილებდა მხარეებს სამომავლოდ განესაზღვრათ „მსგავსის“ მნიშვნელობა და საზღვრები. 3. გამონაკლისების გაკეთება რეგიონული ინტეგრაციის ორგანიზაციებისა და ორმაგი დაბეგვრის ხელშეკრულებებისთვის, მაგრამ ამასთანავე გამოირიცხება სახელმწიფოსთვის სენსიტიური და სტრატეგიულად მნიშვნელოვანი კონკრეტული სექტორები.

უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმი შესაძლოა იყოს, როგორც მხოლოდ ხასიათის, ისე პრივილეგიების მინიჭების მქონე, მათ შორის ძალზედ მკრთალი მიჯნაა გავლებული და ყველაფერი გამომდინარეობს თავად ფორმულირებიდან. საარბიტრაჟო პრაქტიკასთან მიმართებით, შეუძლებელია იმის თქმა, რომ რომელიმე კონკრეტული მიმართულებით მეტად დასახვეწია, ვინაიდან თითოეული მათგანის გადანყვეტილება გამომდინარეობდა ყოველი კონკრეტული საქმის გარემოებებიდან და უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის ბუნდოვანი ფორმულირებიდან, რაც ტრიბუნალებს აძლევთ განუსაზღვრელ შესაძლებლობებს, რაიმე ქმედება ჩათვალონ როგორც დისკრიმინაციულ მოპყრობად, ისე უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის გავრცელების სფეროდ. შესაბამისად, საწყის ეტაპზე უპირატესი ხელშეწყობის რეჟიმის განმსაზღვრელი დებულების ნათლად და ზუსტად ფორმულირება თავიდან აარიდებდა მხარეებს დამატებით გაურკვევლობებსა და საარბიტრაჟო პრაქტიკის რადიკალურ განსხვავებებს, ვინაიდან ისინი შეზღუდულნი იქნებოდნენ იმ ფორმულირებით, რა ფორმულირებაც მოცემული იქნებოდა შეთანხმებებში და მათ მიერ მიღებული გადანყვეტილება აღარ გამოიწვევდა ასე ცხარე დისკუსიას იურისპრუდენციაში.