حياد واستقلال المحكم فى تحكيم منازعات الاستثمار

د/ فاطمة عادل سعيد عبد الغفار

مدرس قانون المرافعات

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

مقدمة

فى السنوات الأخيرة زاد بدرجة ملحوظة لجوء الأفراد إلى التحكيم التجارى الدولى دون القضاء الوطنى للمزايا التى يوفرها التحكيم مقارنا بالقضاء العادى، وذلك توفيرا للوقت والجهد والحفاظ على سرية المعاملات التجارية بين الأطراف.

وامتد التحكيم إلى جميع المجالات لعل أبرزها حاليا هو مجال منازعات الاستثمار، هذا الأخير يعتبر حاليا من أهم طرق التنمية من خلال إبرام عقود التنمية الاقتصادية، وتبرز أهميتها فى أنها مكنت الدول من ان تصبح أحد طرفى الاستثمار، فلم تعد التجارة الدولية مقصورة على الأفراد أو الشركات بل من الممكن ان تكون طرف الدولة فى عقد محله مشروع استثمارى مع شركات أو أفراد على حد سواء.

وبهذه المثابة يعتبر الاستثمار طريق لتنمية بالنسبة للدولة المضيفة عن طريق ابرام عقود استثمار مع مستثمر أجنبى لإنشاء مشروع معين لقاء مقابل محدد أو تحديد مدة للانتفاع بالمشروع بعد ذلك، كما انه يتيح للمستثمر سوقا للعمل والاستثمار، غير ان المستثمر وهو بصدد عزمه الاستثمار فى دولة محددة فإنه يضع فى اعتباره عدد من المعايير بناء عليها يحدد مدى جدوى الاستثمار والفوائد والمخاطر المتوقعة، ويعد من أبرز هذه المعايير قوانين الاستثمار فى الدولة المضيفة، واستقلال السلطة القضائية.

التحكيم فى المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار فضلا عن تعقيدها لوجود عنصر دولى/ أجنبى، إلا ان الصعوبة الحقيقة تجد أساسها فى وجود الدولة بوصفها أحد أطراف العلاقة العقدية، وكلا من الدولة والمستثمر ينتمى إلى نظام قانونى مختلف، إلى جانب ان هناك نوع من تعارض المصالح لا يقع فى ذات الإطار فبينما الدولة تنطوى مصالحها على مصالح عامة والتى تتمثل فى تحقيق خططها الاقتصادية والتنموية وأيضا ففى النهاية أى مبلغ سيتم الحكم به للمستثمر الأجنبى سيتم سداده من المال العام– حال خسرت الدولة القضية التحكيمية– فى حين ان المستثمر الأجنبى يهدف إلى تحقيق مصلحته الخاصة والتى تتمثل فى تنمية رأس ماله[١].

لذا يفضل المستثمر الأجنبى اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء سواء قضاء الدولة المستضيفة للاستثمار أو قضاء الدولة الخاصة بالمستثمر الاجنبى لما قد يتوافر من شبهة عدم الحياد لدى الجانبين[٢].

---

[١] د.حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعى ، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص٣٢٠.

[٢] د.عصام القصبى، النفاذ الدولى لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى، ١٩٩٨ ، ص ٨٠.

يعلل ذلك الاعتقاد السائد لدى المستثمرين بأن السلطات القضائية فى الدول النامية لا تعتبر على درجة كافية من الاستقلال فى مواجهة السلطة التنفيذية، وحتى فى حال ضمان استقلال القضاء فيخشى المستثمر الأجنبى عدم تكافؤ القوى وعدم حياد السلطات الوطنية فى الفصل فى هذه المنازعات، إلى جانب عدم دراية المستثمر بالقوانين واللوائح الوطنية فى هذا الصدد، من هنا كان

ومن هنا كانت نشأت التحكيم الدولى فى منازعات الاستثمار أو ما يُطلق عليه Arbitration State– Investorوالذى يعقد أمام المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمارICSID والذى تم إنشاؤه بموجب الاتفاقية التى أعدها البنك الدولى للإنشاء والتعمير بواشنطن عام ١٩٦٥ ويجدر الإشارة ان اتفاقية واشنطن لا تتضمن أى قواعد موضوعية بل فقط تضمنت **قواعد إجرائية** لحل النزاع، على ان التحكيم فى منازعات الاستثمار غير مقصور على الاكسيد[١] وقواعد اتفاقية واشنطن، بل يمكن أيضا للدول أو رعايا الدول الغير موقعة على اتفاقية واشنطن اللجوء إلى التحكيم فى عقود الاستثمار بموجب قواعد اليونسترال– وغيرها أيضا على ما سنرى–.

فيعد التحكيم على هذا النحو وسيلة مقبولة ومتعارف عليها فى هذا الصدد، ومع ذلك لم يسلم هذا النظام من النقد تأسيسا على افتقاد نظام التحكيم للشرعية الديموقراطية وافتقاده للثقة العامة فى الأحكام الصادره عنه، ولعل ذلك يُرد بصفة أساسية إلى نشأة النظام نفسه فى سيتينات القرن الماضى، فاتفاقية واشنطن تم صياغتها من خلال رؤية واضعيها وما يهدفوا إليه من تنحية السياسة عن التحكيم

النظر إلى التحكيم باعتباره الطريقة الأمثل لفض المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، فقبل اصدار تشريعات الاستثمار كان من المعتاد إدراج شرط صريح باللجوء إلى التحكيم حال نشوء نزاع فى المستقبل بمناسبة تنفيذ أو تفسير الاتفاقات، وبهذه المثابة فشرط التحكيم موجود فى كافة الاتفاقيات الاستثمار الثنائية التى تبرم بين الدول المضيفة ودولة المستثمر الأجنبى.

[١] د.أحمد جودة أحمد عيد العزب، التحكيم فى إطار المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمارICSID ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق–جامعة عين شمس، ٢٠١٨، ص ٦، ٧.

فى منازعات الاستثمار الأمر الذى جعل التحكيم فى منازعات الاستثمار يأتى على حساب عدد من مبادئ القانون الدولى وقانون التحكيم التجارى.

غير ان الانتقادات السابقة لا تنفى بحال من الأحوال وجود هذا النظام وأهميته التى لا غنى عنها والتى تزداد يوميا، فأصبح وجود شرط التحكيم فى عقود الاستثمار أمر متعارف عليه، ولا يحتاج للتدقيق كثيرا من قبل الأطراف وهو ما يعنى قبول الأطراف للتحكيم وانصراف ارادتهم إلى قبوله حال نشأة النزاع، ويأتى التحكيم فى هذا الصدد استجابة لحاجات التجارة الدولية والنمو المتزايد للاستثمارات الأجنبية المباشرة، والتى يشير إليها الفقه[1] باعتبارها أهم وسائل الدول المضيفة للاستثمار (وقد تكون من الدول النامية) فى الحصول على المصادر المالية والتكنولوجية والمعارف الفنية اللازمة لتطوير اقتصادها، وعلى الجانب الآخر يستفيد الطرف الآخر– المستثمر – عن طريق الأرباح والمزايا التى يوفرها له عقد الاستثمار.

ومن هنا كانت اتفاقات الاستثمار الثنائية وبمقتضاها يتقرر عدد من الحقوق للمستثمر وكذلك الوسائل التى يمكنه اللجوء إليها لحماية تلك الحقوق حال الاعتداء عليها وأبرزها بطبيعة الحال هو التحكيم، وبهذه المثابة تعد اتفاقات التحكيم الثنائية

[1] راجع –د.عكاشة محمد عبد العال: الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية– الأوروبية في بيروت من ١٣ إلى ٢٠٠١/٢/١٥، منشور ضمن مؤلف بعنوان آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية، مركز الدراسات العربية الأوروبية، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص٥٩–٦٠.

الوسيلة الأساسية لتطور القانون الدولى للاستثمار[١]، وإجمالا يمكن القول ان الاتفاقات الثنائية وبالتبعية التحكيم فى منازعات الاستثمار هى انعكاس للتخفيف من مبدأ الحصانة القضائية للدولة –عدم مقاضاة الدولة–[٢] فالأخيرة تباشر الأنشطة التجارية التى تستدعى تعاقدها مع بعض الأشخاص الاجنبية بهدف التطوير وهو ما يصاحبه ضرورة وجود قوانين تجذب الاستثمارات وإبرام الاتفاقات الثنائية وبالتالى إمكانية مثول الدولة باعتبارها طرفا فى دعوى تحكيمية سواء كانت المدعى أم المدعى عليه.

غير أنه لذات الأهمية ولخطورة المصالح التى ينطوى عليها هذا النوع من التحكيم خصوصا بالنسبة للدول – التى أنشئته– ينبغى النظر أيضا فى بعض التحديات التى تواجه هذا النظام إلى الحد الذى حدا ببعض الدول إلى الانسحاب من معاهدة واشنطن، والبعض الآخر فى سبيله إلى إلغاء شرط تحكيم الاستثمار كوسيلة لفض المنازعات من الاتفاقيات التى يبرمها – الاقتراح المقدم فى الولايات المتحدة لإلغاء هذا الفصل من NAFTA [٣]من جانب ومحاولة البعض البحث عن حلول لتعديل

---

[1] Stephen E .Blythe, The Advantages of Investor- State Arbitration as a dispute resolution mechanism in bilateral investment Treaties, The International Lawyer, Vol. 47, No. 2 FALL 2013, p.276.

[٢] د. أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات فى مجال الاستثمار– دراسة مقارنة، مؤسسة الشباب الجامعية – الاسكندرية، ١٩٩٠، ص١٢.

[3] North American Free Trade Agreement

اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية نافتا

النظام القائم فى تحكيم الاستثمار وهو ما يتبدى فى الورش التى تعقد فى إطار اليونسترال.

النقد أو بعبارة أدق التحديات التى تواجه التحكيم فى منازعات الاستثمار يرجع فى تقديرى إلى الطبيعة المتميزة لهذا التحكيم نظرا لأطرافه – ولا يعنى ذلك حقيقة ان الأطراف أحدهم من أشخاص القانون العام والآخر من أشخاص القانون الخاص لأن هذه التفرقة لا محل لها فى التحكيم التجارى الدولى – لأن الأصل ان الدول لا تلتزم إلا بأحكام محاكمها الوطنية وباللجوء إلى التحكيم فى منازعات الاستثمار على هذا النحو فإن الدولة لا تتعاقد بوصفها سلطة عامة ولكن كشخص من أشخاص القانون الخاص هذا من جانب، ومن جانب آخر فقد تنازلت الدولة عن سيادتها فى هذا الصدد.

غير ان المصالح التى تنطوى عليها منازعات الاستثمار ومحاولة التوفيق بينها وأيضا محاولة تحقيق العدالة الإجرائية وتطبيق مبدأ المساواة بين الخصوم فى الوقت الذى قد يكون أحد الأطراف – ليس بالضرورة الدولة – قادر على ترهيب الشهود أو تزوير مستندات أو تضليل المحكمين، ولتجنب انتقاد نظام التحكيم فى منازعات الاستثمار كل هذه العوامل فرضت الحاجة إلى البحث عن قواعد تكفل

ويجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى ان كانت هناك مفاوضات نهاية العام ٢٠١٨ لاستبدال اتفاق النافتا الموجود منذ عام ١٩٩٤.

https://www.bbc.com/arabic/business-45708889

نظام معاصر، فعال، ويتميز بالشفافية والحياد، وهو الأمر الذى يتحقق انطلاقا من المحكم ذاته فى التحكيم فى منازعات الاستثمار، وذلك باعتبار المحكم هو حجر الأساس فى فض المنازعات، وهو ما يرتب واجبات على عاتق المحكم، وعموما يمكن القول ان دور المحكم وواجباته من المسائل التى طالما كانت محلا للنقاش فى التحكيم التجارى الدولى عموما وتزداد تلك الأهمية – الإشكالية– فى التحكيم فى منازعات الاستثمار.

ولعله مما يزيد من التحديات التى يواجهها التحكيم فى منازعات الاستثمار المساحة التى تشغلها الاستثمارات الأجنبية ودورها المتزايد على المستوى الوطنى أو الدولى، وما تلازم معها من تقرير حقوق للمستثمر الأجنبى سواء بموجب قوانين الاستثمار الوطنية أو بموجب اتفاقيات الاستثمار الثنائية وهى حقوق تتميز بالعمومية، فى هذا الصدد يشير جانب من الفقه[1] إلى انه أصبح من المتعارف عليه فى القانون الدولى الوجود القوى للمستثمرين ورؤوس الأموال الخاصة والاعتماد الكبير عليها من قبل الحكومات والجهات الرسمية إلى الحد الذى يمكن القول معه ان تلك الشركات تتخذ قررات تؤثر فى حياتنا اليومية – كشركة ميكروسوفت مثلا– وان مثل هذا التأثير يمكن مواجهته على المستوى الوطنى عن طريق قوانين حماية المنافسة، سياسات حماية المستهلك ..إلخ، لكن أهم ما يبرز قوة تلك الظاهرة هو

[1] Vaughan Lowe, Private Disputes and the public interest in international law, International Law and dispute settlement – new problems and techniques, Hart publishing, 2010, p.6.

الاتفاقات الثنائية التى تبرمها الدول والتى تلتزم بمقتضاها بضمان حقوق وامتيازات للمستثمر الأجنبى والذى يحمل جنسية الدولة الطرف الآخر فى الاتفاقية ومن هذه الحقوق عدم جواز نزع ملكية المستثمر الأجنبى إلا بشروط معينة وفى مقابل تعويض عادل، معاملة المستثمر الأجنبى معاملة العادلة والمنصفة.

بمقتضى هذه الاتفاقات قد لا يكون للمستثمر حق وفقا للقوانين الوطنية لدولة الاستثمار ولكنه مع ذلك له حقوق بمقتضى الاتفاقات الثنائية، ومن ضمن هذه الحقوق اللجوء إلى التحكيم .

ويمكن إجمال المراحل التى مر بها الالتزام بالتحكيم فى منازعات الاستثمار إلى ثلاث مراحل[1]:

- المرحلة الأولى: هى مرحلة قضية هضبة الأهرام: عندما قررت هيئة التحكيم (أكسيد) اختصاصها تأسيسا على قانون الاستثمار المصرى وموافقة المستثمر التى عبر عنها بتقديم طلب التحكيم.

- المرحلة الثانية: تأسس التحكيم على إرادة الدولة فى اللجوء إلى التحكيم فى منازعات الاستثمار بناء على النصوص فى الاتفاقات الثنائية وأول مرة تم العمل به

[1] Andrea Marco Steingruber, Nature, Notion, extent of consent in international Arbitration, Thesis for the degree of Doctor of Philosophy, Queen Mary University of London, 2009, p.197.

كان عام ١٩٩٠ وتأسس التحكيم بناء على ارادة الأطراف التى عبرت عنها دولة سيريلنكا فى الاتفاقية الثنائية التى ابرمتها مع المملكة المتحدة .

- المرحلة الثالثة: عن طريق الإحالة صراحة إلى التحكيم لدى الأكسيد، أو غيرها من قواعد التحكيم فى منازعات الاستثمار والتى يتم النص عليها فى الاتفاقيات مثل NAFTA وبالرغم من ان نظام الأكسيد لا ينص على اختصاصه بالتحكيم فى المنازعات التى قد تنشأ فى ظل اتفاقية ال NAFTA إلا ان الأخيرة تقرر ذلك – أى تنص على اختصاص أكسيد بنظر القضايا التحكيمية.

وفى ذات الاتجاه وفى محاولات للوقوف تحديدا على التحديات (العيوب) التى تواجه التحكيم فى منازعات الاستثمار ففى رأى الفقه[1] ان القواعد الإجرائية على درجة من المرونة ولا تضمن سرعة الاجراءات، والمذكرات التى يتم تقديمها قد تصل إلى المئات من الصفحات ولا تقتصر على مسائل قانونية فقط بل مسائل الواقع و مسائل تقنية كذلك الأمر الذى يشكل صعوبة حتى بالنسبة لأكفأ المحكمين.

أيضا فإن ما يمكن تقديمه للاثبات لا يخضع لضوابط خاصة سواء من حيث قبوله أمام هيئة التحكيم أو فى طريقة تقديمه فيشير إلى ان الأخبار قليلة الأهمية فى

[1] George Kahale III, "ISDS: The Wild Wild West of international practice", Lecture delivered at Brooklyn Law School on April 3,2018, Brooklyn Journal of International Law, No. 44, Issue 1, p.4,5.

الصحف قد تصبح مادة للاثبات أمام هيئة التحكيم من جانب، ومن جانب آخر فإن الخصم يمكن ان يرجع فى الدليل الذى سبق ان قدمه أمام هيئة التحكيم ويدلل على ذلك الفقه [1]بأنه من الشائع عندما يقوم المحكم بفحص الأوراق ويتهيأ لسؤال الخصوم عنها قد يقوم الخصم الذى قدم الدليل بسحبه دون مناقشته، وفى حال اكتشاف وجود تزوير أو محاولة التضليل فى الأدلة المقدمة فإنه لا يوجد جزاءات إجرائية يمكن تطبيقها فى هذا الصدد، مما يمكن القول معه بعدم وجود قواعد إجرائية منضبطة تحكم تقديم المستندات ومناقشتها.

معظم المشكلات التى تترافق مع التحكيم فى منازعات الاستثمار يمكن ردها إلى طبيعة التحكيم التجارى الدولى، فوجود هذا النوع من التحكيم يهدف إلى توفير وسيلة سريعة واقتصادية وعادلة لحل المنازعات، فالفكرة تتمحور حول حل النزاع والمضى قدما ولا تتعلق بصفة رئيسية ببعض المبادئ فى القانون الدولى.

غير ان التحكيم فى منازعات الاستثمار غالبا ما يتم اللجوء إليه لتحديد مسائل تتصل بالسياسات وعدالة القوانين الوطنية، وفى الواقع فإن المنازعات التى لها مثل هذه الطبيعة غالبا ما يتم الفصل فيها أمام القضاء الوطنى أو أمام الوسائل الدولية لفض المنازعات – إذا اقتضى الأمر– ففكرة وجود مثل هذه المسائل ضمن إجراءات التحكيم فى منازعات الاستثمار والأخيرة تجد أساسها فى قواعد التحكيم التجارى الدولى – وإن لم تتطابق معها بطبيعة الحال– يثير العديد من الاشكاليات

[1] George Kahale III, opt.cit., p.5.

حول نظام التحكيم فى منازعات الاستثمار لعل أبرزها ما يتعلق باختيار المحكمين وحيادهم واستقلالهم، وعدم وجود قواعد محددة لرد المحكم، ومن جهة آخرى الاجراءات وعدم وجود معيار محدد للفصل فى المهمة التى يكلف بها المحكم وغيرها من المسائل التى تتصل بالشفافية.

على ان حياد المحكم على قدر عال من الأهمية عموما وفى منازعات الاستثمار بصفة خاصة لأن المحكم هو حجر الأساس فى التحكيم، لذا دارت العديد من المناقشات حول هذه الضمانة بالذات أثناء وضع اتفاقية واشنطن، ويعد حياد واستقلال المحكمين فى تحكيم الاستثمار من أهم المآخذ التى تبدى على هذا النظام وما يتصل بالحياد من أليات تعيين المحكمين، جنسياتهم، سلطاتهم فى النزاع، الأمر الذى ينعكس بصورة أو بآخرى على التحكيم فى منازعات الاستثمار كمنظومة بأكملها.

من بين التحديات التى يواجهها التحكيم فى منازعات الاستثمار اخترت حياد واستقلال المحكم إيمانا بأن المحكم هو حجر الزاوية فى التحكيم، ولأن – فى رأيى – لهذا النوع من التحكيم طبييعة خاصة مهما تعددت الآراء الفقية فى هذا الصدد – لأنه مع التسليم بأن الدولة اتجهت للتحكيم كشخص خاص وليس شخص من أشخاص القانون العام– إلا ان المصالح التى تكون محلا للتحكيم سواء بصورة مباشرة أم بصورة غير مباشرة، لا يمكن الالتفات عنها تأسيسا على طبيعة التحكيم، الأمر الذى يجعل حياد واستقلال المحكم مسألة جوهرية فى الوقت التذى تفتقر فيه

– ومنذ وقت طويل لتنظيم منضبط ومازال هذا التنظيم محل للدراسات والنقاشات الفقهية والقانونية إلى يومنا هذا– لكن يمكننى القول انه تحديدا فى تحكيم الاستثمار أرى ان الإشكالية التى تحيط بوجود تنظيم منضبط استقلال وحياد المحكم فى ظل وجود تحديات لعل أبرزها تعارض المصالح يمكن حلها مبدئيا إذا أولينا النظر إلى فكرة النظام العام الإجرائى من ناحية باعتبار ان الحياد والاستقلال يجب ان يتم كفالتهم متى كنا بصدد وسيلة لفض النزاع أيا كانت ماهية هذه الوسلية (طريق بديل لفض المنازعات ، القضاء الوطنى ، القضاء الدولى .. إلخ)، ومن ناحية آخرى فإن التحكيم فى منازعات الاستثمار وإن نشأ بالفعل منبثقا عن التحكيم التجارى الدولى وإن تجاهلنا المصالح العامة للدول أطراف التحكيم إلا انه يجب الاعتراف بذاتيته لأنه يؤثر على مبدأ سيادة القانون على المستوى الدولى.

ونتناول هذا الموضوع بالدراسة من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول: التنظيم الإجرائى لحياد واستقلال المحكم فى تحكيم الاستثمار

المطلب الأول : الأساس القانونى لتنظيم الحياد والاستقلال

المطلب الثانى: التنظيم الإجرائى لواجب المحكم فى الإفصاح

المبحث الثانى :الجزاء الإجرائى لمواجهة حالات عدم الحياد والاستقلال فى تحكيم الاستثمار

المطلب الأول: رد المحكم

المطلب الثانى: محاولة وضع إطار تنظيمى منضبط لحياد واستقلال المحكم فى تحكيم الاستثمار

المبحث الأول

التنظيم الإجرائى لحياد واستقلال المحكم فى تحكيم الاستثمار

إن تنظيم مركز المحكم فيما يتعلق بالحياد والاستقلال يتم من خلال وجود مجموعة من النصوص القانونية التى تنص على وجوب توافر مجموعة من الصفات فى المحكم كالحكم بحياد، والأخلاق، والأمانه، ثم تقرر بعد ذلك واجب المحكم فى الافصاح وذلك – من حيث المبدأ– فى المرحلة السابقة على بدء التحكيم، ثم يكتمل التنظيم بتقرير الجزاءات حال المخالفة بالمفهوم الضيق، ومسئولية المحكم بالمفهوم الواسع.

ونتناول قبل العرض لواجب الإفصاح المفهوم القانونى للحياد والاستقلال فى إطار تحكيم الاستثمار، وبيان خصوصية دور المحكم فى هذا النوع من التحكيم.

المطلب الأول

الأساس القانونى لتنظيم حياد واستقلال المحكم فى تحكيم الاستثمار

يعد استقلال وحياد المحكم على درجة عالية من الأهمية، فالتحكيم وإن لم يعد قضاء وطنيا، إلا انه خصومة، ومتى توافر شرط النزاع فإنه بالتبعية لابد وان تتوافر ضمانات التقاضى، على ان الأخيرة تنطبق بما يتناسب وطبيعة خصومة التحكيم، فضمانات التقاضى ترتكز بصفة أساسية على استقلال وحياد القاضى، علانية التقاضى، كفالة حقوق الدفاع، فكافة هذه الشروط تنطبق أيضا على خصومة التحكيم ولكن يحل بدلا من حياد واستقلال القاضى – المحكم– باعتباره قاضٍ خاص، وبطبيعة الحال فإن العلانية لن تنطبق على خصومة التحكيم بمفهومها القضائى، إلا ان كفالة حقوق الدفاع ستنطبق دائما، فمن شأن إهدارها مخالفة النظام العام الإجرائى وإحتمالية إبطال حكم التحكيم.

وفى صدد التحكيم فى منازعات الاستثمار فإن خصوصية هذا النوع من التحكيم، والدور الذى يؤديه المحكم من شأنه ان يؤكد على أهمية توافر الحياد، ولكن هل الحياد بهذا المفهوم يختلف عن مفهومه فى غيره من طرق تسوية المنازعات، وهل يأخذ مفهوما متميزا فى تحكيم الاستثمار عن مفهومه فى التحكيم التجارى الدولى عموما أم ان الحياد له معيار موحد لا يختلف باختلاف السياق الذى يطرح فيه ؟، وما أثر ذلك على الواجبات التى يجب ان يلتزم بها المحكم ضمانا لحياده ومن ضمنها واجب الإفصاح والبحث الذى يُعمله على القضية المعروضة عليه.

الأمر الذى يجعل واجبات المحكم– فى منازعات الاستثمار خصوصا– يُرد إلى مبدأ حياد واستقلال المحكم، والذى بدوره يرتكز على مبدأ أكثر عمومية هو مبدأ سيادة القانون.

الفرع الأول
ماهية حياد واستقلال المحكم فى ضوء النصوص المنظمة لتحكيم الاستثمار

نصت جميع القواعد التى تتعلق بالتحكيم– سواء على المستوى الوطنى أو الدولى– على حياد المحكم، تنص المادة ٥/١١ من قانون اليونسترال النموذجى للتحكيم التجارى الدولى على ان:"... يتعين على المحكمة أو السلطة الآخرى، لدى قيامها بتعيين المحكم ان تولى الاعتبار للمؤهلات المطلوبة توافرها فى المحكم وفقا لاتفاق الطرفين، وإلى الاعتبارات التى من شأنها ضمان تعيين محكم مستقل ومحايد.."، وفى ذات الإطار تلزم قواعد اليونسترال المحكم بالإفصاح عن كافة الظروف التى من شأنها ان تثير شكوك لها مايبررها حول حياده واستقلاله.

كما تنص م ١٤ من قواعد تحكيم الأكسيد على ان :"يجب ان يكون هؤلاء الأشخاص من المتمتعين بمركز أدبى رفيع، ومشهود لهم بتخصصهم وكفايتهم فى المجالات القانونية أو الصناعية أو التجارية أو المالية، وان تتوافر لديهم ضمانات الحيدة والاستقلال فى مباشرة وظائفهم مع ملاحظة ان التخصص القانونى بالنسبة للأشخاص المعينين لقائمة التحكيم يعتبر شرطا جوهريا ."، كما تنص قواعد التحكيم فى مركز التحكيم التابع لغرفة تجارة ستوكهولم على وجوب حياد واستقلال المحكمين، وأيضا تفرض على المحكم واجب الإفصاح، وتنظم كلا من القواعد السابقة إجراءات لرد المحكم حال ثبوت عدم حياده.

الأمر الذى أصبح معه من الموضوعات التى لا ينتهى البحث فيها هو ماهية حياد واستقلال المحكم، خاصة فى التحكيم فى منازعات الاستثمار والتى يتخذ فيها التحكيم طابعا أقرب للقضاء منه إلى التحكيم، الأمر الذى عبر عنه الفقه[1] أنه حاليا يعتبر هيئات التحكيم فى منازعات الاستثمار هى الموازى للمحاكم على المستوى الدولى وانبثاقا عن قواعد التحكيم التجارى الدولى فيجب ان يتوافر للمحكم فى تحكيم الاستثمار الحياد والاستقلال اللازم حتى يكتسب هذا النظام الشرعية فى نظر المجتمع الدولى وفى ذات الاتجاه يؤكد جانب من الفقه[2] فى معرض المقارنة بين التحكيم التجارى الدولى عموما والتحكيم فى منازعات الاستثمار– خاصة فى الوقت الذى تصاعدت فيه المطالبات بإنشاء محاكم دولية للاستثمار نتيجة للنقد الذى تعرض له التحكيم فى منازعات الاستثمار– على أنه من الصحيح ان التحكيم فى منازعات الاستثمار نشأ متفرعا عن التحكيم التجارى الدولى، لكن حاليا يرى ان التحكيم فى منازعات الاستثمار أخذ جانبا مغايرا وأصبح فى موقع وسط بين المحكمة الدولية وبين التحكيم التجارى الدولى، فلازال كلا من التحكيمين يؤثران فى بعضهما البعض، لكن التحكيم فى منازعات الاستثمار أصبح له ذاتية خاصة.

---

[1] Georgios Dimitropoulos, Constructing the Independence of International Investment Arbitrators: Past, Present and Future, Northwestern Journal of International law & Business, Vol.36, Issue 2, spring 2016, p.375.

[2] Pieter Parmentier, International Commercial Arbitration V International investment Arbitration, Similar game but somehow different rules, p.1.

أولا: أهمية مطلب الحياد فى التحكيم فى منازعات الاستثمار:

إذا عرضنا فى المقدمة على هذا النحو للتعريف بنظام التحكيم فى منازعات الاستثمار وعرضا سريعا لبعض المشكلات الإجرائية التى تواجه هذا النوع من التحكيم فإنه مما يجدر الإشارة إليه فى هذا الصدد هو ان الأساس فى البحث عن توفير أقصى قدر من العدالة فى اجراءات التحكيم فى منازعات الاستثمار يرد فى أساسه إلى مبدأ أكثر عمومية وشمولية وهو مبدأ سيادة القانون – الأمر الذى يميز هذا النوع بالذات من التحكيم– يعد مبدأ سيادة القانون من المبادئ المستقرة والمتعارف عليها فى القوانين الدستورية الوطنية بتعدد نظمها سواء كانت نظام لاتينى أم انجلوسكسونى، ففى فرنسا ينعكس هذا المبدأ من خلال "دولة القانونEtat du droit"، وفى الولايات المتحدة Rule of Law.

لكن الأمر ليس على هذا القدر من السهولة أو التحديد على المستوى الدولى، لأن التعريفات المعتمدة فى هذا الصدد قد تكون ذات نطاق غاية فى الاتساع من جانب، ولعدم وحدة المفهوم والتطبيق لهذا المبدأ على المستوى الدولى من جانب آخر.

ولكن القدر المتفق عليه ان لمبدأ سيادة القانون وجود ومقتضيات على المستوى الدولى، فقدُ أدرج ضمن ميثاق الأمم المتحدة، وكذلك فى الاعلان العالمى لحقوق الانسان الصادر عام ١٩٤٨، ولم يقف الأمر على مجرد تقرير المبدأ، فبداية من

العام ١٩٩٣ والأمم المتحدة تقوم بمبادرات لتعزيز سيادة القانون وذلك عن طريق إقرار أو إنشاء معايير لتحقيق سيادة القانون[١].

ويعرف مبدأ سيادة القانون بأنه:"مبدأ للحوكمة يكون فيه جميع الأشخاص والمؤسسات والكيانات، العامة والخاصة، بما في ذلك الدولة ذاتها، مسؤولين أمام قوانين صادرة علنا، وتطبق على الجميع بالتساوي ويحتكم في إطارها إلى قضاء مستقل، وتتفق مع القواعد والمعايير الدولية لحقوق الإنسان. ويقتضي هذا المبدأ كذلك اتخاذ تدابير لكفالة الالتزام بمبادئ سيادة القانون، والمساواة أمام القانون، والمساءلة أمام القانون، والعدل في تطبيق القانون، والفصل بين السلطات، والمشاركة في صنع القرار، واليقين القانوني، وتجنب التعسف، والشفافية الإجرائية والقانونية."وهو ذات المبدأ الذى قررته مرة آخرى الأمم المتحدة عام٢٠١٢ فى مبادرتها المستمرة لتعزيز سيادة القانون [٢].

---

[١] تقرير الأمين العام للأمم المتحدة: سيادة القانون والعدالة الانتقالية فى مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراعS/2004/ 616 متاح على:

https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2004/616

[2] Delivering justice: programme of action to strengthen the rule of law at the national and international levels: Report of the Secretary-General A/66/749, 2012, available at:

https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/delivering-justice-programme-of-action-to-strengthen-the-rule-of-law-at-the-national-and-international-levels-report-of-the-secretary-general-a66749/

ورأى الفقه[1] ان تحديد مبدأ سيادة القانون دوليا وفقا للتعريف السابق له نطاق واسع يحتاج إلى مزيد من التحديد، ويمكن القول ان تحديد مقتضيات مبدأ سيادة القانون دوليا يمكن ان ترتكز على عدة معايير أساسية هى: الوضوح، والأمن القانونى من أجل ضمان الحكم والادارة وفقا للقانون وما يتضمنه ذلك من ضمان الاستقلال فى ادارة العدالة Independence in Administration of justice. وإجمالا من التعريف السابق سواء بالمعنى الواسع أم الضيق، فإن هناك عدد من المبادئ التى ترقى لمرتبة قواعد النظام العام الدولى مثل الحق فى التقاضى، والمساواة أمام القضاء، والحق فى الدفاع، والحق ان يتم الفصل فى النزاع بحياد واستقلال، فمن أركان سيادة القانون على المستوى الدولى هذه المبادئ والتى يجب ان تستوفيها أى هيئة أو منظمة على المستوى الدولى تقوم بوظيفة القضاء[2].

١. العلاقة بين سيادة القانون وحياد المحكم فى التحكيم فى منازعات الاستثمار[3]:

---

[1] Joseph Raz, The Rule of Law and its Virtue, Law Quarterly Review, Vol.93, 1977, p.198-p.202.

[2] Kenneth J Keith, The International Rule of Law, Leiden Journal of International Law, Vol.28/3, 2015, p.403.

[3] Stefanie Schacherer, Independence and Impartiality of Arbitrators- A Rule of Law Analysis, Seminar paper: International Investment Law and the Rule of Law, January 2018, p.4.

على المستوى الدولى تتبدى العلاقة بين سيادة القانون والتحكيم فى منازعات الاستثمار من ناحيتين أساسيتين، فمن ناحية فهيئات التحكيم فى هذا النوع من المنازعات تساهم فى وضع قواعد لقانون إدارى دولى Global Administrative Law وبالتالى وضع قواعد تتبعها الدول فيما بعد، من ناحية آخرى يجب على التحكيم فى منازعات الاستثمار ان يستوفى المعايير التى تستوجبها سيادة القانون فى هذا الصدد، بعبارة آخرى فالتحكيم فى منازعات الاستثمار بوصفه ألية لفض المنازعات على المستوى الدولى لابد ان يستوفى الخصائص التى يتميز بها القضاء وأهم هذه المعايير قاطبة هى الحياد والاستقلال، وتتعدد الدراسات الفقهية فى صدد حياد واستقلال المحكم، ويقول البعض[1] بأن درجة الحياد التى تتوافر لدى المحكم هى أقل من التى تتوافر لدى القاضى نظرا للطبيعة الخاصة للتحكيم، لكن يدق الأمر مرة آخرى حين يتعلق بالتحكيم فى منازعات الاستثمار نظرا للطبيعة الخاصة لهذا النوع من التحكيم كما سلف البيان.

وإذا كان تحكيم الاستثمار يواجه انتقادات تتعلق بشرعية النظام، فإن هذه الانتقادات وإن كانت لا ترد جميعها إلى حياد المحكم واستقلاله، إلا انه يشكل عاملا هاما فى شرعية هذا التحكيم، ذلك ان الحياد والاستقلال هما المصدر الأساسى والأكثر أهمية التى تستند إليها الشرعية فى ممارسة السلطة وهو ما من شأنه ان يضفى

[1] Catherine A. Rogers, Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct, Stanford Journal of International Law, Vol.40, 2005, p.56.

الشرعية على النظام بأكمله[1]،ومما يؤكد ذلك ان حياد واستقلال المحكم عامل لا غنى عنه فى اجراءات تحكيم الاستثمار ان تعارض المصالح Conflict of Interest تحدى يواجه متطلب الحياد والاستقلال فى تحكيم الاستثمار.

٢. التطور الذى يشهده التحكيم:

فى بداية نشأة التحكيم اعتمد بصورة أساسية على تحقيق العدالة أكثر من توفير حل قانونى للنزاع الأمر الذى تقرر بناء عليه اختلاف مهمة المحكم عن مهمة القاضى، وأيضا لم يكن يشترط فى المحكم خبرة معينة أو تأهيل معين ولكن يختاره الأطراف وتطبق على النزاع قواعد وأعراف التجارة، وكان المحكمون هم دائرة معينة يتم الاختيار من بينهم، لذا لم يكن فى البداية مجال لنقاش حول وضع قواعد لواجبات أو سلوك المحكم، لأنه إذا كان من المتصور ان المحكمين من المحتمل ان يحيدوا عن التزامتهم أو يخلوا بواجب حسن النية إلا ان ذلك كان من المستبعد تماما بالنسبة للمحكمين فى ذلك الوقت، لذا فإنه عندما ابرمت اتفاقية نيويورك عام ١٩٥٨ للاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها لم تذكر أى حد أدنى من المعايير الواجب على المحكم الالتزام بها ضمانا لحياده ولم تقرر جزاءات حال المخالفة.

---

[1] Stephan W Schill, Developing a Framework for the Legitimacy of International Arbitration, Amsterdam Center for International Law ACIL, ICCA Congress Series, Vol.18, 2015, p.789-827.

وذلك لأن المعايير العرفية السائدة فى تلك الفترة كانت كافية لضمان حياد المحكمين، لكن مع الوقت مر التحكيم بتطور كبير سواء فى طبيعة المسائل محل النزاع موضوع التحكيم، الأطراف، وحتى الدور الذى يلعبه على المستوى الدولى أدت لضرورة وجود حد أدنى من المعايير التى تضمن حياد المحكم لأنه بات من الصعب الاعتماد فقط وحصرا على أخلاقيات العاملين بالمجال دون أى ضمانات آخرى، ولعل أهم هذه العناصر:

تنوع المحكمين و زيادة أعدادهم:

ويشير الفقه[1] إلى ان الوسيلة الأساسية لهذه الزيادة حدثت عندما أصبحت الدول أحد الأطراف فى خصومات لتحكيم، الأمر الذى حدا بهذه الدول إلى تعيين محكمين من مواطنيها أو من مواطنى دول آخرى نامية ذلك لأن الاعتقاد السائد ان المحكمين الاوروبيون غير محايدين، فلم يعد هناك قاعدة محددة لما يعد السلوك النموذجى للمحكم، فمع تزايد المحكمين وتنوع خلفياتهم القانونية، بالإضافة إلى ممارسات المحكمين الأمريكيين والذين أدخلوا ممارسات جديدة على التحكيم التجارى، لم يعد هناك قاعدة متفق عليها فالمحكم وحدود علاقته بالخصوم تختلف وفقا لمفهوم كل نظام فمثلا المحكم الذى ينتمى إلى النظام اللاتينى سيرى ان إدارة

[1] Catherine A. Rogers, Transparency in International Commercial Arbitration, Kansas Law Review, Vol.54, 2006, p.62.

جلسات التحكيم والقيام بدور إيجابى فيها هو أمر طبيعى في حين انه يعد عملا صادما بالنسبة لمحكم آخر من النظام الانجلوسكسونى.

تجارية التحكيم التجارى الدولى Commercialization [1]

لا يقتصرالتحكيم حاليا على مجرد أحكام بملايين الدولارات ولكن أيضا تضاعفت مع هذه المبالغ الأتعاب التى يتقاضها المحكمون، الأمر الذى وفر حافز لدى العديد للتنافس حتى يتم تعيينه محكما فى أحد القضايا، وهؤلاء المحكمين الجدد أقل التزاما بتقاليد التحكيم إلى جانب ان وسائل الرقابة على مسلكهم غير رسمية مجتمع المحكمين – الذى كان يعتبر محدود نسبيا– ، إلا انه مع ذلك ينبغى ان يتمتع المحكمين بقدر من الخبرة والمهارة التى تجعل الأطراف يقبلوا على اختياره كمحكم.

على الجانب الآخر فإن السرية فى اجراءات التحكيم وعدم نشر الأحكام، والقرارات غير المسببة فى خصوص رد المحكمين من شأنها ان تؤدى إلى وجود عدم تماثل فى القواعد المطبقة – بطبيعة الحال قواعد التحكيم غير موحدة فهى تتحدد وفقا لاتفاق الطرفين– لكن المقصود القواعد الثابتة التى لا تتبدل باختلاف سياقها كالقواعد التى تتعلق بالنظام العام، هذا الاختلاف من شأنه ان يعطى انطباع ان التحكيم له طابع تجارى أكثر منه مهنى وهو الأمر الذى يحاول المحكمون نفيه.

[1] Ibid, p.64.

تطور قواعد التحكيم التجارى الدولى:

ويقصد بالتطور فى هذا الصدد هو بداية تحول بعض قواعد التحكيم من قواعد غلب عليها اتفاق الأطراف إلى قواعد قانونية تقترب من التنظيم القضائى، ففى الوقت الحالى العديد من أحكام التحكيم يتم نشرها، ويتم التعامل مع هذه الأحكام كسوابق قضائية[1]، كما ان العديد من القواعد المنظمة لهيئات التحكيم فى الوقت الحاضر تتطلب ان يتم تسبيب الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم، وباختصار أصبحت هيئات التحكيم أقرب إلى المحاكم.

ثانيا : مفهوم حياد واستقلال المحكم :

وفى هذا الصدد دائما ما تتم مقارنة حياد واستقلال المحكم بحياد واستقلال القاضى، ويرجع ذلك إلى ان أى نظام يهدف للفصل فى المنازعات ينبغى ان يتمتع بالحد الأدنى من المعايير التى تضمن العدالة وهو الأمر الذى ظل لوقت قريب محل لدراسة الفقه وهو ما يتعلق بأهمية وجود ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم.

[1] Alec Stone Sweet, Arbitration and Judicialization,Oñati Socio-Legal Series, vol. 1, n. 9, 2011, p.9.

فالمحكم وفقا للتعريف:" المحكم قاضى خاص يعينه الخصوم بغرض الفصل فى النزاع." [١]

وبهذه المثابة يشير الفقه[٢] إلى أهمية ضمان حياد المحكم فى إطار من "وظيفته القضائية"، فيجب على المحكم ان ينتهج مسلكا محايدا تجاه أطراف الخصومة وموضوع النزاع، فلا يميل المحكم ولا يتحيز لأحد الأطراف، الأمر الذى يقتضى ألا يكون للمحكم مصالح شخصية أو علاقة مودة أو عداوة مع طرف من الأطراف، مما يصبح معه حياد واستقلال المحكم ضمانة لاجراءات الخصومة التحكيمية من جهة، ووسيلة لضمان الثقة فى التحكيم –أو ما يطلق عليه– شرعية التحكيم– على المستوى الدولى لفض منازعات التجارة الدولية.

وفى ذات الإطار قضى ان:" استقلالية الذهن هى ضرورية لممارسة المحكم سلطته القضائية، مهما كان مصدرها، وهى إحدى الصفات الجوهرية للمحكمين، وإن جهل أحد الأطراف لظرف من طبيعته النيل من هذه الصفة، يفسد رضاه أو قبوله باتفاقية التحكيم ويؤدى إلى إبطالها."[٣]، وهو ما يعبر عنه بأن " طبيعة المهمة التحكيمية هى التى تفرض تطلب الحياد، وليس الشخص المنوط به القيام بهذه

---

[1] Thomas Clay, L'arbitre, Paris, Dalloz, 2001, p. 29 et 30.

[٢] د.هدى محمد مجدى عبد الرحمن، دور المحكم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧ ، ص ١٦٦. د.مصطفى أحمد ترو ، سلطة المحكم الدولى فى تعيين القواعد القانونية على موضوع النزاع، الطبعة الأولى ، ١٩٩٢ ، ص ١٠٩.

[٣] مشار إليه لدى د.مصطفى ترو، المرجع السابق ، ص١٠٩.

المهمة."[1]، ولكن عرفت محكمة النقض فى حكم حديث لها حياد واستقلال المحكم:" المقصود باستقلال المُحَكَم وحيدته، هو عدم ارتباطه بأية رابطة تبعية أو مادية أو ذهنية مع أحد أطراف النزاع تتنافى مع استقلاله، بما يشكل خطرًا حقيقيًا يتمثل في الميل تجاه أحد الطرفين "the real danger of bias"، أو يثير شكوكًا مبررة "justifiable doubts" في هذا الشأن، ولا يكفى في المُحَكَم أن يكون مستقلاً ومحايدًا وإنما يتعين أن يسود الاعتقاد لدى طرفى التحكيم أن الحكم الذى سيصدره سوف يتسم بالعدل."[2]

بالرغم من ذلك فلم يكن هناك إجماع حول مفهوم تطلب الحياد والاستقلال فى المحكم ومدى لزوم هذا الشرط، وأرى ان مناط الخلاف حول ذلك يمكن رده إلى الاختلاف التقليدى حول طبيعة التحكيم، ومع ذلك يمكن القول أنه من المتفق عليه حاليا ان للتحكيم بطبيعة الحال طبيعة قضائية لأنه يتضمن الفصل فى منازعة وان ضمانات المحاكمة العادلة/ ضمانات التقاضى العادية تمتد إلى خصومة التحكيم بما يتوافق مع طبيعة تلك الأخيرة وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا النظر فقررت:" إذ كان اعتبار التحكيم ذا طبيعة قضائية ، يوجب على هيئة التحكيم

---

[1] Thomas Clay, L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable, in L'impartialitédu juge et de l'arbitre – Etude de droit comparé, sous la dir. de J. Van Compernolle et G.Tarzia, Bruylant, 2006, p. 201.

[2] نقض جلسة ٢٠١١/٢/٨ ، الطعن رقم ٢٦، س٦٨ ، الدوائر التجارية.

مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضى ، وتعتبر حيدة المحكم واستقلاله من الضمانات الأساسية في التقاضى....."[1].

فانطلاقا مما سبق من اعتبارات بالإضافة إلى الحاجة إلى التأكيد على شرعية التحكيم كوسيلة للفصل فى المنازعات، فإن التحكيم فى منازعات الاستثمار والطبيعة الخاصة التى يتميز بها هذا التحكيم أعادت مبدأ حياد واستقلال المحكم إلى الدراسة فى إطار من محاولة ضبط هذا الحياد موضوعيا وإجرائيا.

الاستقلال:

يتعلق الاستقلال بالمفهوم الواسع بحرية- القاضى أو المحكم، وذاتيته بحيث يصدر قراره بمنتهى الحرية ودون أى ضغط – أو بعبارة آخرى – عدم تبعيته لأيا من كان[2]، وبالمعنى الضيق يقصد به غياب التحكم على سلطة متخذ القرار، وفى إطار التحكيم يقصد باستقلال المحكم وجوب ضمان حرية المحكم أثناء قيامه بمهمته، ويمكن القول ان استقلال المحكم يكون فى مواجهة الخصوم وممثليهم من جهة، والجهة القائمة على تعيينهم والمحاكم الوطنية إذا تدخلت لحسم بعض المسائل الإجرائية من جهة آخرى.

---

[1] نقض جلسة ٢٠١١/٢/٨ ، الطعن رقم ٢٦، س ٦٨ ق ، الدوائر التجارية.

[2] D. Martray, A.-J. Van Den Berg, L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, *in* L'arbitre *:* pouvoirs et statuts, Actes du Colloque du CEPANI du 28 mars 2003, Bruxelles, Bruylant, 2003,p.93.

أهم ما يميز الاستقلال انه يمكن فى ضوء التعريف السابق الوقوف عليه بصورة موضوعية، وذلك عن طريق تقدير وجود روابط واقعية بين المحكم وكافة الأطراف الآخرى فى اجراءات التحكيم أو قبل ذلك أثناء التعيين، ولذا فإنه يمكن اثبات عدم استقلال هيئة التحكيم عن طريق اثبات أى وقائع من شأنها ان تبرهن على ذلك[١].

الحياد:

يتعلق مفهوم الحياد فى الخصومة القضائية بدور القاضى فى الخصومة، على أنه يذهب رأى فى الفقه[٢] إلى تعريف حياد القاضى بأنه تجرد القاضى من أية ضغوط تمليها عليه مشاعره الخاصة (معنوية)، أو مصالحه المادية الذاتية (ضغوط مادية) تحيد به عن التطبيق السليم للقانون[٣] ، وأيضا تجرد القاضى فى العمل عن أى مصلحة ذاتية سواء له أو لغيره[٤]، ويشير الفقه[١] إلى انه فى ذات الإطار يقصد

---

[1] D. Martray, A.-J. Van Den Berg, opt.cit, p.94.

[٢] د.أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، بند ٧٢ ، ص ١٤٣-١٤٤.

[٣] يشير جانب من الفقه ان هذا النوع من التعريفات للحياد يخلط بين الحياد والحيدة ويستخدمهم كمترادفات فبينما الحياد يتعلق بدور القاضى فى الخصومة، فإن الحيدة هى العوامل النفسية والداخلية التى من شأنها ان تؤثر على قرار القاضى، كما أشار إلى انتقلال الخلط بين المصطلحات عند الحديث عن حياد المحكم، د.طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم – دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٩ ، ص ٨١.

[٤] د.وجدى راغب، مبادى القضاء المدنى، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، ص ٢١٨.

بحياد المحكم هو وقوفه موقفا سلبيا تجاه كلا من الخصوم، وهو أيضا[٢] مباشرة المحكم اجراءات التقاضى والتى تنتهى باصدار حكم موضوعى دون تحيز لأحد الخصوم أو ضد أحد الخصوم.

فى إطار التحكيم الدولى قد تكون المصلحة وطنية خصوصا فى الوقت الذى يتمتع به الأطراف فى التحكيم بجنسيات مختلفة، ولذا فيجب الحرص على ألا يكون للمحكم مصلحة وطنية تتعارض مع مصالح أحد الأطراف فى القضية التحكيمية، فمتطلب الحياد فى هذا الصدد يعتبر ضمانة ألا يتأثر المحكم وبالتالى الاجراءات– بثقافة المحكم، آرائه السياسية، ديانته عند الفصل فى القضية التحكيمية، لذا ففى العديد من القواعد المنظمة لاجراءات التحكيم تشترط عند تعيين المحكم اختلاف جنسيات المحكم رئيس الهيئة عن جنسية باقى المحكمين كضمانة للحياد.

وقد وضع المحكمون فى قضية [٣] Suez v. Argentina تفرقة بين الحياد والاستقلال حيث قرروا ان:"الاستقلال يتعلق بغياب الروابط أو العلاقة بين المحكم

---

[١] د.طلعت يوسف حلمى خاطر، حياد المحكم واستقلاله بين النظرية والتطبيق، مجلة العلوم القانونية والاقتتصادية، العدد الأول ، السنة الثالثة والخمسون ، يناير ٢٠١١، ص ٣٣٨.

[٢] د.عبد الرؤوف مهدى ، شرح القواعد العامة للاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٧ ، ص ١٠٢٠.

[3] Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. v. Argentine RepublicICSID Case No. ARB/03/17, available at:

والخصوم حتى لا تؤثر العلاقة بينهم على الحكم الصادر عن المحكم، فى حين ان الحياد يعنى غياب التحيز أو العقيدة المسبقة تجاه أحد أطراف النزاع".

وقد عبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان[1] عن المعايير التى يجب توافرها فى الحياد والاستقلال فقررت أنه:إذا أردنا الوقوف على على استقلالية هيئة أومحكمة معينة فيجب النظر إلى عدة عناصر من بينها طريقة تعيين أعضائها، ومدة تعيينهم، ووجود ضمانات ضد الضغوط الخارجية التى قد تفرض على هيئة التحكيم، ومدى الاستقلال التى تتمتع به هيئة التحكيم عموما.

أما ما يتعلق بالحياد فإنه يوجد جانبان لهذا الواجب، الأول الحياد الشخصي عن أى تحيز أو قناعات مسبقة، الثانى:الحياد الموضوعى:وذلك عن طريق ضمانات كافية تكفل عدم وجود شكوك حول حياد المحكم.

يعكس اشتراط الحياد عدم اتخاذ المحكم لجانب أحد الأطراف أو الانحياز لأحد الأطراف، ومّقارنةَ بالاستقلال يعتبر الحياد مفهوم موضوعى ويتعلق بالتصرف الصادر عن المحكم تجاه أطراف القضية التحكيمية أثناء نظرها والفصل فيها، وقد

Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal

https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/03/17

[1] Findlay *v.* United Kingdom, ECHR 1997-I, at para. 73.

عرفها الفقه[1] على وجه التحديد بأنها:"عقيدة عقلية، أو حالة ذهنية"، فيقصد بعدم الحياد" حالة نفسية تتعلق بالعاطفة – مصلحة شخصية أو صلة عداوة أو صلة مودة بأحد الخصوم– يرجح معها عدم استطاعة المحكم الحكم بغير تحيز"[2] ، وعلى هذا فإن اثبات عدم الحياد هو أمر صعب لأنه يتعلق بأمر نفسى يصعب الوقوف عليه، وقياسه أو تحديده.

لذا فإن للخصوم ان يثيروا مسألة عدم حياد المحكم أثناء الاجراءات وحتى صدور الحكم ولا يمكن الوقوف عليه – كما هو الحال فى الاستقلال – قبل بدء الاجراءات، يستدل على انتفاء الحياد من التصرفات التى ينتهجها المحكم فى تعامله مع الخصوم، ويجدر الإشارة إلى ان الحياد يعتبر من النظام العام ولا يمكن التنازل عنه بحال من الأحوال.

محاولة تحديد منضبط للمفاهيم السابقة فى خصومة التحكيم عن طريق مقارنتها بالقضاء:

تعتبر دراسة حياد القاضى أكثر سهولة مقارنة بالمحكم ويعزى ذلك إلى ان المشرع والقضاه يستندوا فى هذا الصدد إلى مجموعة من الضمانات الإجرائية حتى يتفادوا

---

1 PH.Fouchard, E.Gaillard, B. Goldman , Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, Litec, 1996, p.582.

[2] د.فتحى والى ، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٧، ص٢٤٥.

الحديث عن عدم وجود الحياد بشكل تام، ذلك ان تلك الضمانات الإجرائية تفرض جزاءات فى كل مرة يتحقق فيها شبهة عدم الحياد، وهو الأمر الذى اعتبره جانب من الفقه[1] وسيلة لمواجهة حقيقة ان الحياد المطلق هو فضيلة غير قابلة للتحقيق، ذلك لأنه من المستحيل تجريد أى شخص يفصل فى خصومة – سواء قاضى أو محكم– بصفة تامة من كل العناصر التى تتحكم فى اصدار قراره لضمان الحياد ذلك ان تلك العناصر هى التى تميز المحكم أو القاضى ومن ضمن ما تشمله هى نظرته وفهمه للقانون إلى جانب غيرها من العناصر، ففى معرض الحديث عن الحياد وضمانات الحياد سواء كانت تتمثل فى الواجبات التى يلتزم بها كلا من المحكم أو القاضى، أو فى الوسائل العلاجية كالرد، فيجب الاعتراف بأنه فى النهاية لكل شخص عقيدة معينة ولكن لها حدود معينة إذا تجاوزتها أصبحنا بالفعل بصدد عدم الحياد[2].

---

[1] John Leubsdorf, Theories of Judging and Judge Disqualification, New York University Law Review, No. 62, p.237, 238.

[2] Catherine A. Rogers, Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct, Stanford Journal of international law, No.53, 2005, p.69.

وعلى مستوى القضاء الوطنى يرتبط الحياد بمبدأ أعمق وهو الاستقلال، وبحيث يمكن رد الضمانات الإجرائية لضمان الحياد إلى ثلاث عناصر أساسية[1]:

- ظروف النزاهة فى أداء القضاء : وذلك عن طريق كفالة استقلال القضاء عن طريق ضمان عدم التدخل في شئونه من قبل السلطتين الآخرتيين، وفرض العلانية فى أداء القضاء عن طريق علانية الجلسات، شفوية المرافعات ، ضمانة تسبيب الأحكام.

- فى حماية القضاء فى نزاهتهم: وذلك عن طريق كفالة ضمانات للمسئولية، كفالة الاحترام الأدبى، كفالة المركز المالى للقاضى.

- فى حماية نزاهة القضاء: يتمثل فى جزاءات مخالفة الواجبات المفروضة لضمان الحياد.

على اختلاف التنظيم فيما يتصل بضمان حياد واستقلال القاضى، فإنه من الصعب وجود نفس التنظيم فى التحكيم عموما والتحكيم فى منازعات الاستثمار بصورة خاصة، فمن ناحية إن تتميز المصطلحات بالصعوبة فى ضبطها وأنها فى كثير من الأحيان تستخدم بطريقة تبادلية، ومن ناحية آخرى غياب مصادر الشرعية التقليدية– المؤسسية– للنظام مثل التى تتوافر للمحاكم الوطنية، فمن الصحيح فى الوقت الحالى ان الاتجاه فى التحكيم إلى شفافية الاجراءات، ووجود قواعد قانونية

[1] د.أحمد مسلم ، أصول المرافعات التنظيم القضائى والاجراءات والأحكام فى المواد المدنية والتجارية ، دار الفكر العربى ، ١٩٧٩، بند٣٩، ص ٤٣ وما بعدها.

يتأسس عليها الحكم التحكيمى الصادر تعتبر من المصادر الجديدة التى تهدف إلى وجود ضمانات إجرائية فى التحكيم إلا ان كافة هذه الضمانات لا تغنى عن وجود شرعية لمصدر القرار – المحكم– وهى ما يستمدها من حياده واستقلاله[1]

فترفض المحاكم وضع معيار محدد لحياد المحكم، غير أنه دائما ما تشير ان المعيار حياد المحكم أقل من المعيار الذى ينطبق على القاضى، وبالرغم من ذلك لازالت الحاجة قائمة للوقوف على مفهوم حياد المحكم ومعاييره والوسائل الإجرائية المتبعة حال انتفائه ذلك ان نزاهة المحكم هى حجر الأساس ليكتسب التحكيم الدولى الشرعية على المستويين الدولى والوطنى.

إجمالا يمكن القول ان المحكم يتخذ قراره بحرية بعيدا عن أى ضغط أو تهديد، فالاستقلال بهذا المعنى هو غياب أى ضغوط أو مؤثرات خارجية من شأنها ان تؤثر على حكم المحكم، وينقسم الاستقلال إلى:

- استقلال مؤسسى: ويعنى استقلال هيئة التحكيم ذاتها من حيث الميزانية وطرق التعيين.

- استقلال شخصى: وهو ما ينصب على الوظيفة ذاتها function of the arbitrator، ويرتبط بصورة مباشرة بشخص المحكم.

---

[1] Catherine A. Rogers, Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct, Stanford Journal of international law, No.53, 2005, p.71.

ويشير الفقه[1] إلى هذا الاستقلال له وجهان، الأول: هو واجب على المحكم بمعنى ان كل محكم ينبغى ان يتخذ قرارته بعيدا عن أى مؤثرات أو عوامل خارجية، الثانى: امتياز: لأنه لا يحق لأى جهة / شخص ان يتدخل أو يؤثر فى عملية اتخاذ القرار التى يقوم بها المحكم،وفى هذا الصدد توجد عدد من الضمانات[2] التى تكفل ضمان الاستقلال الشخصى للمحكم مثل: مقومات المحكم، قواعد تضارب /تعارض المصالح، قواعد الافصاح، قواعد رد المحكم.

فالحياد والاستقلال كلاهما معنيان بذات المسائل، إلا انهما ليسا مترادفان، فالحياد على العكس من الاستقلال ينصب على التأكيد على غياب أى تحيز أو موقف مسبق من المحكم تجاه إما طرف معين أو موضوع النزاع (سبق الفصل فى ذات المسألة).

فمن هذا الجانب يعتبر الحياد التزاما على المحكمين، فيجب ان يعتمدوا فى مسلكهم الحذر والنزاهة وصولا إلى تقليل الظروف التى من شأنها ان تشكل أسباب جدية تبرر رد المحكم، وبهذه المثابة فإن الاستقلال أوسع وأشمل من الحياد ويجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى القاعدة المستقرة سلفا من ان الاستقلال مفترض أساسى للحياد، الأمر الذى يجعل من الفصل تماما بين المفهومين أمرا فى غاية الصعوبة.

---

[1] Stefanie Schacherer, opt. cit., p.5.

[2] Georgios Dimitropoulos, Constructing the Independence of International Investment Arbitrators: Past, Present and Future, Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 36/2, 2016, p.376.

وفى هذا الصدد فوصولا إلى تحقيق الاستقلال ولأن بطبيعة الحال دائما ما تتم المقارنة بالقياس على القضاء، إلا ان التحكيم يعتمد فى تعيين المحكم على إرادة الأفراد من ناحية، ومن ناحية آخرى فلا يمكن القول بالفصل الجامد بين الأطراف والخصوم على النحو المعمول به فى القضاء[1]، لأن بطبيعة الحال تكون هناك درجة من المعرفة المسبقة– وإن اختلفت درجتها– بين المحكم والخصوم.

بناء عليه إذا تمسكنا بمفهوم الاستقلال على النحو المعمول به فى القضاء كمتطلب يضمن حياد واستقلال المحكم، فإن ذلك سيؤدى إلى نتائج غير مقبولة ، إذ انه والحال كذلك لن يعتبر التحكيم شرعيا باعتباره نظام قائم لفض المنازعات– وهو ما لا يمكن القول به– ، لذا كان الحل فى البحث عن أسلوب بديل[2] يرتكز على أساس إيجاد نوع من التوازن بين إرادة الخصوم فى اختيار المحكمين من ناحية وما ينطوى عليه التحكيم من مصالح من جهة، وشروط الحياد والاستقلال من جهة آخرى على النحو الذى يضمن منع التحيز وعدم الاستقلال.

---

[1] Nicole Maria Cleis, The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law,Alternative Approaches, and Improvement Suggestions, Brill, Nijhoff, 2017, p.23.

[2] Alexis Mourre, 'Conflicts Disclosures: The IBA Guidelines and Beyond', In: Brekoulakis SL, LewJDM et al eds, The Evolution and Future of International Arbitration, Kluwer Law International, para.25.

ويجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى ان طريقة اختيار أو تعيين المحكمين على درجة كبيرة من الأهمية، حتى ان الفقه[1] قرر وبحق أنه إذا كان من ضمانات المحاكمة العادلة أمام القضاء الحق فى محكمة droit à tribunal وطنية تفصل فى الحقوق والواجبات، وانه بناء على اتفاق التحكيم فإن الأطراف استبعدوا قضاء الدولة، فإنه بهذه المثابة ينشأ حق جديد هو الحق فى الوصول إلى المحكم le droit d' accès à un juge arbitral، وفى هذا الصدد فإن القضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان قررت انه التنازل عن اللجوء إلى قضاء الدولة واللجوء إلى التحكيم بدلا منه هو أمر مشروع بشرط ألا يؤدى التحكيم إلى تقييد حقوق المحتكمين أو يصطدم بمصلحة عامة هامة.

فإذا كان الحق فى الوصول إلى القضاء هو حق أساسى وأيضا حق من حقوق الانسان ويعتبر أحد أهم مقتضيات الحق فى محاكمة عادلة إلى جانب غيرها من الضمانات وفقا لنص المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان[2]، فإن ما يقابل هذا الحق فى خصومة التحكيم هو الحق فى محكم محايد.

---

[1] Cécile Chainais, Exigences du procès équitable et arbitrage :existence et essence du droit à un process arbitral equitable, in L.Milano,dir.,convention européenne des droits des l' homme et droit de l'entreprise, Collection Droit & Justice, 1er éd., Vol.113, Anthemis, 2016, p.296.

[2] تنص المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان على ان:" ١. لكل شخص . عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته، أو في اتهام جنائي موجه إليه . الحق في مرافعة علنية عادلة

ثالثا: طرق تعيين المحكمين وفقا لاتفاقية واشنطن (قواعد الأكسيد) نموذجا:

يشترك فى اختيار/ تعيين المحكمين وفقا لاتفاقية واشنطن كلا من الخصوم – ولهم مدى واسع من الحرية فى اختيار المحكمين من جانب ، ورئيس الجهاز الادارى – فى أوضاع خاصة وبضوابط معينة – من جانب آخر.

١. ارادة الخصوم فى اختيار المحكمين

القاعدة ان للخصوم مطلق الحرية فى اختيار المحكمين سواء بارادتهم الخاصة أم بالاتفاق بينهم، وأيضا لهم الحرية فى اختيار المحكمين من قوائم المركز (الأكسيد)

خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً للقانون.

ويصدر الحكم علنياً. ويجوز منع الصحفيين والجمهور من حضور كل الجلسات أو بعضها حسب مقتضيات النظام العام أو الآداب أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي. أو عندما يتطلب ذلك مصلحة الصغار أو حماية الحياة الخاصة للأطراف. وكذلك إذا رأت المحكمة في ذلك ضرورة قصوى في ظروف خاصة حيث تكون العلنية ضارة بالعدالة.

٢. كل شخص يتهم في جريمة يعتبر بريئا حتى تثبت إدانته طبقاً للقانون.

٣. لكل شخص يتهم في جريمة الحقوق الآتية كحد أدنى:

أ- إخطاره فورا . وبلغة يفهمها وبالتفصيل . بطبيعة الاتهام الموجه ضده وسببه.

ب- منحه الوقت الكافي والتسهيلات المناسبة لإعداد دفاعه.

ج- تقديم دفاعه بنفسه، أو بمساعدة محام يختاره هو، وإذا لم تكن لديه إمكانيات كافية لدفع تكاليف هذه المساعدة القانونية، يجب توفيرها له مجاناً كلما تطلبت العدالة ذلك.

د- توجيه الأسئلة إلى شهود الإثبات، وتمكينه من استدعاء شهود نفي وتوجيه الأسئلة إليهم في ظل ذات القواعد كشهود الإثبات.

هـ- مساعدته بمترجم مجانا إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم اللغة المستعملة في المحكمة."

أو من خارج هذه القوائم على انه فى الحالة الأخيرة ينبغى ان يتوافر فى المحكم نفس المؤهلات والمواصفات المنصوص عليها فى م ١٤ من الاتفاقية[١]، وتتأسس حرية الخصوم فى الاختيار من خارج القوائم على مبدأ حرية اختيار الخصوم فى تشكيل هيئة التحكيم[٢]، وهو الأمر الذى قننته م ١/٣٧ والتى نصت على ان "تتألف المحكمة من محكم واحد أو من عدد من المحكمين يعينون طبقا لاتفاق الأطراف، وفى حالة عدم الاتفاق بين الأطراف بشأن عدد المحكمين وطريقة تعيينهم، تضم المحكمة ثلاثة محكمين ، يعين كل طرف محكما واحد أما المحكم الثالث وهو رئيس المحكمة، فإنه يعين بالاتفاق بين الطرفين." ، فالاتفاقية تعطى الأطراف فى التحكيم فى منازعات الاستثمار حرية واسعة فى اختيار محكميهم[٣]، وتنطبق نصوص الاتفاقية فى حال غياب مثل هذا الاتفاق، وتعتبر نصوص الاتفاقة ملزمة حتى مع وجود اتفاق للأطراف كما هو الحال فى الفرض الذى يختار الخصوم فيه محكما من خارج القائمة فمع ذلك ينبغى ان يلتزم الأطراف بنص م ١٤.

---

[١] تنص م ١/١٤ من الاتفاقية على ان :"يجب ان يكون هؤلاء الأشخاص من المتمتعين بمركز أدبى رفيع، ومشهود لهم بتخصصهم وكفايتهم فى المجالات القانونية أو الصناعية أو التجارية أو المالية، وان تتوافر لديهم ضمانات الحيدة والاستقلال فى مباشرة وظائفهم مع ملاحظة ان التخصص القانونى بالنسبة للأشخاص المعينين لقائمة التحكيم يعتبر شرطا جوهريا ."

[2] Christoph H. Schreder and others, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge, 2nd ed, 2009, Note 16, Art. 37, p. 449.

[٣] د.جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبى والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٧، ص ٥٥.

وفى التحكيم عموما والتحكيم فى منازعات الاستثمار خصوصا فإن الدور الذى تلعبه ارادة الأطراف فى تعيين المحكمين على قدر عال من الأهمية لعدد من الاعتبارات فمن ناحية الأطراف يميلوا إلى اختيار محكمين محل ثقتهم الخاصة، وأيضا لإتاحة المجال لهم لاختيار المحكمين الذين تتوافر لهم خبرة عملية خاصة فى الموضوع محل النزاع[١] .

وهى فى مجملها أسباب مشروعة وتستجيب لطبيعة التحكيم فى صدد اعتبار ارادة الأطراف فى تشكيل هيئة التحكيم، وهو الأمر الذى يتم الدفاع عنه فى مواجهة المآخذ على تعيين المحكم من قبل أحد الطرفين وما لذلك من أثرمن شأنه ان يعزز الشكوك حول حياد واستقلال المحكمين، الأمر دفع البعض[٢] إلى المناداه بإلغاء هذا النظام، وذلك تأسيسا على ان المحكم الذى يتم تعيينه من قبل أحد الأطراف يتم اختياره من قبلهم تأسيسا على آرائه السابقة واتجاهاته ويأمل المحكمون ان من شأنه ان يعزز موقفهم فى النزاع، غير ان هذه الحجة وحدها لا تعتبر مآخذ على نظام التعيين أو الاختيار، فبالطبع المحكمين لا يتم اختيارهم عشوائيا وإنما عندما يقف الأطراف على الأحكام التحكيمية التى سبق ان شارك فى اصدارها أو آرائه عموما

---

[1] Christoph H. Schreder and others, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge, 2nd ed, 2009, Note 5, p.509.

[2] Jan Paulsson, Moral Hazard in International Dispute Resolution, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Volume 25, Issue 2, Fall 2010, Pages 339–355.

، وهو الأمر الذى لم يعد على قدر من الصعوبة نظرا للشفافية التى تسود تحكيم الاستثمار وان الكثير من الأحكام الصادرة قد تتاح للكافة لما بها من مسائل تتصل بالشأن العام هذا من جانب، وعلى الجانب الآخر فإن اختيار المحكم لايعتبر غاية فى ذاته بل هو مؤشر على عدالة الاجراءات ومن شأنه ان يعطى الخصوم مؤشرات عن طريقة سير اجراءات التحكيم الأمر الذى يعكس التوقعات المشروعة للأفراد.

غير ان الإشكالية الحقيقية التى تثيرها فكرة المحكم المعين من قبل أحد الطرفين هو ان المحكم المعين يميل إلى إرضاء الطرف الذى قام بتعيينه – الأمر الذى تشير إليه الأدلة القولية فى خصومة التحكيم– وذلك سعيا إلى إعادة اختياره من قبله – فى قضايا آخرى.

لذا يشير الفقه[1] إلى انه فى أفضل الأحوال فإذا كانت الهيئة التحكيمية والتى تتكون من عدد فردى –ثلاثة محكمين مثلا– فإذا انحاز كل محكم إلى الطرف الذى قام بتعينه فإنه المحكم الثالث من شأنه ان يعمل التوازن ويضمن العدالة الإجرائية والموضوعية لأنه لا يكون معينا من قبلهم،إلا انه لا يمكن الاعتماد على ذلك لأن العبرة من وجود "هيئة " هو ان يكون المحكمون جميعهم محايديين، ولا يكتفى بحياد رئيس الهيئة فقط، وهو ما يستفاد من تبنى الخصوم لتشكيل الهيئة التى تنص عليه

[1] Maria Nicole Cleis, The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators, Brill,2017, p.192.

الاتفاقية وإلا لاكتفوا بتعيين محكم واحد فقط، ولكن الغرض هو ان يشتركوا جميعا بمعرفتهم فى المداولات والحكم الصادر على مسئوليتهم

٢. سلطة رئيس المجلس الادارى فى تعيين المحكمين:

الأصل فى تشكيل هيئة التحكيم ان يقوم الأطراف بتعيين المحكمين، وهو الأمر المعمول به فى تحكيم الاستثمار، فوفقا للمادة ٣٧ من اتفاقية واشنطن:" يتم تشكيل المحكمة التحكيمية فى أقرب وقت ممكن عقب تسجيل الطلب، وتتكون المحكمة من عدد فردى من المحكمين، حسب اتفاق الأطراف على ذلك، وفى حالة عدم اتفاقهم على اختيار المحكمين، يعين كل طرف محكما والثالث الذى يكون رئيسا للمحكمة باتفاق الأفراد."

أما فيما يتعلق برئيس المجلس الادارى فيقوم بتعيين المحكم بناء على طلب من الأطراف، كما قد يقوم بتعيين المحكمين – دون طلب من الأطراف– فى حالات آخرى وبضوابط معينة.

فيقوم الرئيس بالتعيين فى حال ما إذا فشل الخصوم فى الوصول إلى اتفاق حول تعيين المحكم، أو إذا اختلفوا حول تعيين المحكم الثالث، وهو ما قررته م ٣٨ من الاتفاقية :".. إذا لم تشكل المحكمة خلال التسعين يوما التالية للاخطار بتسجيل الطلب ، يقوم الرئيس بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة فى الطلب، وبقدر الإمكان بعد التشاور مع الأطراف بتعيين المحكم أو المحكمين....لم يعينوا بعد."

ويرد على سلطة الرئيس قيدين أساسيين:

الأول: لا يجوز للرئيس التعيين من خارج القوائم، ولكن يمكنه ذلك فقط حال استدعى موضوع النزاع –وهو قدر من المرونة تم إضفائه على اختصاص الرئيس الاستثنائى فى هذا الصدد–[1]ذلك على ان المحكم المختار– من خارج القوائم– ينبغى ان يخضع لمعايير م ١٤، وبتعيينه يبدأ احتساب مدة ٦ سنوات، لأنه باختياره من قبل الرئيس يعد قد تم إضافته تلقائيا للقوائم، وبعبارة آخرى فى حالة وجود نقص فى عدد المحكمين فى القوائم والمحتملين للتعيين فى الهيئة التحكيمية، وكان هناك محكم مناسب لنظر النزاع ولكنه غير مدرج على القوائم فللرئيس الادارى ان يعينه بما يستتبع ذلك من إدراجه على القوائم بعد ذلك[2].

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد ان القوائم يقوم بإعدادها كلا من الأطراف (الدول) من جانب والرئيس من جانب آخر، وهو ما تقرره م ١٣:"يجوز لكل دولة متعاقدة ان تعين أربعة أشخاص لكل قائمة، ولا يلزم بالضرورة ان يكونوا من رعاياها.

---

[1]Aron Broches, In order to meet the particular requirement of the proceedings,The experience of the International centre for settlement of Investment disputes, in “international investment disputes– Avoidance and settlement, Rubin , Nelso ed., 1985, p.75.

[2] Christoph H. Schreder and others, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge, 2nd ed, 2009, Note 11, p.510.

ويجوز للرئيس ان يعين عشرة أشخاص لكل قائمة، ويتعين ان يكونوا من رعايا دول مختلفة بالنسبة للقائمة الواحدة."

الثانى: الجنسية : فتقرر م ٣٩ من الاتفاقية انه: " يجب ان يكون أغلبية المحكمين من دول غير الدول المتعاقدة الطرف فى النزاع" ، على أنه إذا كان التعيين من قبل الرئيس فلا يمكنه ان يعين محكمين من مواطنى الدولة المتعاقدة الطرف فى النزاع أو من مواطنى الدولة المتعاقدة التى أحد رعاياها طرف فى النزاع، وينبغى ان يتم التعيين خلال ٣٠ يوم وبعد التشاور أو محاولة التشاور مع الأطراف حول اختيار المحكم.

ويشير الفقه[١] فى هذا الصدد إلى ظاهرة مفادها ان أغلب المحكمين الذين يقع عليهم الاختيار أمام هيئة تحكيم الأكسيد وسواء كانوا معينيين من قبل الأطراف أو من قبل الرئيس هم من مواطنى الدول الصناعية الغربية، الأمر الذى علق عليه السكرتير العام للمركز بأن العديد من الدول النامية لم يقوموا – إلى وقت قريب– بتعيين محكمين فى القوائم، وان الدول النامية التى قامت بالتعيين، عينت بعض موظفيها العموميين فى هيئة تحكيم المركز، وهو ما حال دون اعتماد اختيار محكمين فى بعض المنازعات التى تعرض على المركز.

[١] د.جلال وفاء محمدين، التحكيم ، المرجع السابق ، ص ٥٥.

الفرع الثانى
خصوصية دور المحكم فى تحكيم الاستثمار

على الرغم مما يتمتع به التحكيم فى منازعات الاستثمار اليوم من وجود حقيقى وعملى، وما هو شائع من ان الدول ارتضت اللجوء إلى التحكيم الدولى للفصل فى منازعات الاستثمار، التى يكون الجانب الآخر فيها مستثمر أجنبى، وان تحكيم الاستثمار هو وسيلة أساسية لتنمية الاستثمار، إلا ان مع ذلك ومهما كانت طبيعة التحكيم تبقى حقيقة ان هذا التحكيم ينطوى على مسائل تتعلق بالنظام العام فى الدول، وان المحكم فى تحكيم الاستثمار له دور خاص لأنه فى أغلب الأحوال يقيم المحكم سياسات الدول والقرارات التى تتخذها على المستوى الداخلى فيما يتصل بالاستثمار.

أولا: معيار المراجعة (نظر الدعوى) فى تحكيم الاستثمار:

يقترب دور محكم الاستثمار – فى رأيى – إلى دور القاضى إلى درجة كبيرة، وما يعكس ذلك هو معيار المراجعة Standard of Review ويشير هذا المصطلح إلى درجة التمحيص التى يعتمدها المحكم فى تقييم الواقع أو القانون (فحص ودراسة القضية) الذى قررته الدولة المضيفة للاستثمار، ويجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى ان معيار المراجعة يختلف عن غيره من المصطلحات كمبدأ التناسب، أسباب اللجوء إلى القضاء (إشراف القضاء على التحكيم) ، والالتزامات الموضوعية للدولة.

على ان معيار المراجعة يشمل كل المصطلحات السابقة، ويؤثر فيها فهو يحدد – بطريقة غير مباشرة– المسائل التى يمكن ان تكون محل مراجعة من القضاء وكذلك نطاق هذه المراجعة، ويشمل معيار المراجعة بهذه المثابة العديد من النقاط فينصب على تحليل العوامل التى قام بناء عليها متخذ القرار فى الدولة المضيفة للاستثمار باتخاذ قرار معين وتسبيبه لهذا القرار .

ويشير الفقه [1]فى هذا الصدد – وهو نقد تقليدى لتحكيم الاستثمار– إلى ان المحكمين قد لا يكونوا – بنسبة كبيرة– على قدرة كاملة للقيام بهذا التقييم بحِرفية، ذلك ان جنسيات المحكمين قد تختلف عن جنسيات الأطراف التحكيم، الأمر الذى يجعلهم بصدد نظام قانونى مختلف وقواعد وطنية لها اعتبارات تتصل بالنظام العام والصالح لعام فى دولة بعينها، وهو ما لا يلم به المحكمين بطبيعة الحال. لذا كان دائما الحديث عن وجوب مراعاة "هامش التقدير" deference، وهو يشير إلى الحدود التى ينبغى ان تتقيد بها هيئات التحكيم فى إعمالها لمعيار المراجعة عند فحص القرارت التى تم اتخاذها أو التدابير التى فرضتها الدولة المضيفة، لأنه ينبغى على المحكم ان يحترم قرارت أو تقدير الدولة حتى ولو كان الأمر فى تقديره مختلف، لأن الاعتبارات التى تعمل فيها أجهزة الدولة ومؤسساتها لا يمكن ان يلم بها بذات الدرجة المحكم– وفى رأيى لأن الأمر لا يقتصر على البعد القانونى فقط

[1] Joshua Paine, Standard of Review Investment Arbitration, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, Research Paper Series, N° 2018 1, p. 5,6.

ولكن لاعتبارات آخرى يحيط بها متخذ القرار الوطنى باعتباره جزء من كيان الدولة ذاتها.

وتأتى أهمية احترام "هامش التقدير" كضرورة أساسية لأنه يتعلق بتقسيم السلطات والفصل بينها على المستوى الدولى والمستوى الوطنى، ويؤيد من هذا النظراعتبار تحكيم الاستثمار أكثر صور القضاء الدولى تدخلا من منظور محلى لأنها: تتيح للمستثمر الأجنبى اللجوء إلى التحكيم مباشرة دون استنفاد وسائل حل النزاع الوطنية فى البداية، كما ان إعمال معيار المراجعة من قبل هيئات التحكيم على هذه الصورة تجعلنا أمام رقابة مشروعية للقرارات الصادرة عن الدولة لكن من قبل هيئة تحكيم دولى فى الوقت الذى لا تتمتع به محاكم دولية آخرى بداءة بهذا النوع من الاختصاص[1].

---

[1] Benedict Kingsbury, Stephan W. Schill, Investor-State Arbitration as Governance:Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-46, 2 september 2009.

Available at:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1466980##

يشير الكاتبان إلى ان التحكيم فى منازعات الاستثمار يشكل صورة من الحوكمة العالمية والتى تتمثل فى السلطة التى تباشرها هيئات التحكيم فى مجال القانون الادارى الدولى، فهى تقوم – أى هيئات التحكيم- بتأسيس معايير لقرارات الدول فى مواجهة المستثمر الاجنبى ومن ذلك ما تحدده من إذا ما كان قرار ما يعتبر من قبل المعاملة العادلة للمستثمر أم لا ، وما إذا تم مراعاة مقتضيات العدالة فى الاجراءات الادارية أم لا، فهناك اتفاق مسبق على اختصاص هيئات

وما يزيد من إشكالية تحديد معيار للمراجعة هو ان العبارات الواردة فى معاهدات الاستثمار دائما ما يتم صياغتها فى عبارات واسعة وعلى قدر كبير من العمومية الأمر الذى يجعل من قرارات الدول التى تدخل فى اختصاص هيئة التحكيم (والتى تكون محلا للتقييم) لا تقع تحت حصر، وما زاد فى صعوبة تقبل المجتمع الدولى لتحكيم الاستثمار –أو بعبارة آخرى الانتقادات التى توجه له – ان المحكمين فى إعمالهم لمعيار المراجعة لم يتركوا مجلا لهامش التقدير للدول، مما لم يدع فرصا كافية للدول لتحديد وتنفيذ أهداف تتعلق بالسياسة الوطنية والصالح العام وهو ما أدى إلى تفاقم أزمة شرعية نظام تحكيم الاستثمار[1].

التحكيم بمراجعة القرارات الصادرة عن الدول فى إطار معين وهى تعمل فى ذلك معايير كمبدأ التناسب كلما وجدت صعوبة فى احداث التوازن بين مصالح المستثمر الاجنبى والاعتبارات التى تتصل بالمصلحة العامة كمصالح البيئة التى قد تصدر قرارات الدول رعاية لها.

[1] Anthea Roberts, The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration, in A Jan vanden Berg, Arbitration: The Next Fifty Years, Kluwer, 2012, p.170-180.

ثانيا: الأساس القانونى لتحديد معيار المراجعة الواجب التطبيق:

بالرغم من الصياغة العامة للمصطلحات فى صدد تحديد معيار المراجعة، إلا انه يمكن القول ان الوقوف على حدود سلطة المحكمين فى إعمال معيار المراجعة يتم من خلال:

١. معاهدة الاستثمار: Investment Treaty

وهى الحالات التى ترتضى فيها الدولة اختصاص هيئات التحكيم للفصل فى الالتزامات الموضوعية وفقا للمعاهدة بصورة سابقة على نشأة النزاع.

معظم معاهدات الاستثمار لا تحدد معيار معين للمراجعة عندما تقوم هيئات التحكيم بمراجعة قرارت الدول، عوضا عن ذلك فإن المحكمين فى تحكيم الاستثمار هم من يقومون بهذا الدور تأسيسا على سلطاتهم فى ادارة الاجراءات، لكن هذا الأمر محل انتقاد لأنه المحكمين فى تحديدهم للمعيار المناسب يجب ان يأخذوا فى الاعتبار نص المعاهدة، فدائما من شأن عبارة المعاهدة ان تؤثر فى تحديد معيار المراجعة حتى ولو كانت عامة فى صياغتها، ومثال ذلك ان بعض المعاهدات تحتوى على بنود أساسية essential security clauses والتى تقرر ان المعاهدة لا تمنع الدولة الطرف من تطبيق التدابير التى تجدها لازمة لحماية مصالحها الأمنية الأساسية[1]. فيقرر الفقه[1] ان عبارة المعاهدة " التى تجدها مناسبة"

[1] US Model BIT, Art. 18 2, 2012.

هى التى ستحدد معيار المراجعة فى إطار المسائل والتدابير التى تم اتخاذها على أساس من مبدأ حسن النية (أى ان الدول اتخذت هذه التدابير بطريقة عادلة وانها فعلا تندرج ضمن الطائفة المحددة فى المعاهدة وأنها لم تستخدم بسوء نية.).

كما يمكن ان تقرر المعاهدات حق الدول الأطراف فى تبنى الاجراءات والتنظيم التى تحقق المصلحة العامة وان تتمتع بقدر من السلطة التقديرية فى تطبيق هذه الاجراءات ومثالها USA – Oman Freetrade Agreement والتى تتعلق بحق الأطراف فى تبنى وتنفيذ القوانين الخاصة بالبيئة ، مما يوسع من نطاق هامش التقدير الذى يحترمه المحكمون والتى تتمتع فيه الدولة المضيفة باتخاذ ما تراه من اجراءات وفقا للمعايير الدولية فى هذا الصدد.

وبصورة أعم يوجد بعض أنواع القواعد الدولية تكون نسبيا على قدر من عدم التحديد، أو التى لا توفر تفصيليا نصوص تتعلق بمعيار المراجعة للمحكمين وذلك بهدف الحفاظ على على قدر من الشرعية – احتراما للسيادة– تتمتع فيه الدول بحرية التنظيم الداخلى ولا تقيدها فى ذلك التزاماتها الدولية.

٢. عقود الاستثمار التى تبرم وتخضع لقواعد قوانين الاستثمار الوطنية: Investor – State Contract:

---

[1] Stephan Schill, Robyn Briese, “If the State Considers”: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement, Max Plank yearbook of United Nations Law, Vol.13, 2009, p.61-140.

منازعات الاستثمار التى تنشأ من التزامات الدول وفقا لقوانين الاستثمار الخاصة بها، وما سبق ان تناولناه فى تنظيم معيار المراجعة وفقا لمعاهدات الاستثمار ينطبق أيضا على عقود الاستثمار.

يقوم المحكمون تأسيسا على عدد من العوامل بضمان هامش للتقدير للدولة المضيفة لعل أهمها الخبرة الكبيرة والشرعية التى يتمتع بها متخذى القرار فى حكومة الدولة المضيفة للاستثمار فى ممارستهم للسلطة العامة مقارنة بالمحكمين، فعندما تكون السلطة العامة محل بحث فإن المحكمون فى التحكيم الناشئ عن عقود الاستثمار يضمنوا للدول هامش للتقدير.

وفى هذا الصدد يعلق جانب من الفقه[1] بالقول ان إذا كان من الممكن بالنسبة للدول ان توافق على انعقاد الاختصاص للقضاء الدولى بموجب عقد (كعقد الاستثمار المبرم وفقا لقوانين الاستثمار الوطنية)، وان تكون تصرفات هذه الدولة السيادية مع ما تنطوى عليه من أطراف متعددة ومصالح عامة محلا للنزاع، فإن تحكيم الاستثمار بهذه المثابة يكون نوع من التقاضى المنظم وله خصائص القانون العام .

---

[1] Gus Van Harten, Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration, Oxford University press, 2013, p. 7-9.

Gus Van Harten, The Public—Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State, International & Comparative Law Quarterly, Vol 56, issue 2, 2007, p. 371-393.

وإجمالا فإن فى هذا التحكيم القائم على العقد من النادر ان يحتوى على قواعد عامة أو غير محددة بالنسبة لسلطات المحكم ومنها معيار المراجعة وذلك مقارنة بالتحكيم الذى يأتى تأسيسا على قواعد معاهدات الاستثمار الأمر الذي يترك مجالا "للمناورة " للدول المضيفة – أى فى زيادة هامش التقدير وبالتالى خروج كثير من قرارتها من نطاق اختصاص المحكم أو بعبارة أدق نطاق ما ينصب عليه معيار المراجعة، لأن بحسب الأصل كافة هذه المسائل تدخل فى اختصاص المحكم ولكن لما سبق بيانه من اعتبارات فهو يعطى الدولة المضيفة هامش للتقدير يقلل باتساعه معيار المراجعة وبضوابط معينة فيؤكد الفقه[1] على ان النصوص فى التحكيم القائم على عقود الاستثمار ليست هى العامل الوحيد فى تحديد معيار المراجعة وإنما تتدخل نفس العوامل كما هو الحال فى معاهدات الاستثمار .

ثالثا: معيار المراجعة وأهميته عملا فى تحكيم الاستثمار:

يوجد معيار المراجعة بقوة فى العديد من المسائل التى تظهر بطبيعة الحال فى تحكيم الاستثمار الأمر الذى يتصل بصورة مباشرة بدور المحكم فى هذا النوع من التحكيم بالذات، ولعل دراسة التطبيق لها فائدة كبرى فمن ناحية – كما سبق البيان

[1] F. Ortino and N. Mersadi Tabari, 'International Dispute Settlement: The Settlement of Investment Disputes Concerning Natural Resources – Applicable Law and Standards of Review', E Morgera and K Kulovesi eds, Research Handbook on International Law and Natural Resources, Edward Elgar, 2016, p.515.

– لا توجد قواعد موحدة يمكن ان تستمد من النصوص – وفى رأيى – مهما كانت النصوص واضحة وهو الأمر الذى يعكس الطبيعة المزدوجة لتحكيم الاستثمار، ومن ناحية آخرى لأن العمل من شأنه ان يخلق قواعد / سوابق قضائية يمكن التعويل عليها لإرساء مبادئ قانونية معينة من جهة ومحاولة التخفيف من أزمة الشرعية التى تواجه تحكيم الاستثمار من جهة آخرى.

لهذا الغرض نعرض لحدود سلطة المحكم فى إطار من معيار المراجعة، ثم تطبيق هذا المعيار على المسائل التى تكون موضوعا للتحكيم وتتصل بخبرة علمية أو تقنية معينة .

١. تأكيد هيئات التحكيم فى تحكيم الاستثمار على ضمان هامش تقدير للدول:

عندما يلجأ المستثمر الأجنبى إلى التحكيم مدعيا ان الدولة المضيفة خالفت إحدى التزاماتها بموجب اتفاقية الاستثمار أو ما قررته فى قوانين الاستثمار الوطنية، فإن عبء الاثبات يكون أكبر من مجرد إدعاء المخالفة، وكذلك نوعية الفحص ودراسة القضية التى يجريها المحكمون للوقوف على تحقق هذه المخالفة من عدمه، وبعبارة آخرى قبل تقرير ما إذا كانت الدولة خالفت بنود المعاهدة أم لا.

فى هذا الصدد يُلاحظ ان محكمى الاستثمار يتجنبوا مراجعة أو الفصل فى القرارات أو التدابير التى اتخذتها الدولة ونفرق فى هذا الصدد بين:

- تقييم التزمات الدولة على المستوى الدولى وما إذا كان القرارات أو التدابير التى اتخذتها تتوافق مع تلك الالتزامات.

- تقييم دور المشرع أو الدولة ذاتها وألية اتخاذ القرار، والأسباب التى دعت لاتخاذ هذا القرار، وفى مرحلة لاحقة مقارنته بالتزماتها الدولية.

فالفرض الثانى هو الذى يتجنبه المحكمون فلا ينبغى ان يضعوا أنفسهم محل الدول وكأنهم بصدد اصدار القوانين أو ممارسة مظاهر السلطة العامة، وفى الوقت الذى يشير فيه الفقه[1] إلى وجود هيئات للتحكيم حادت عن هذا المفهوم إلا ان الغالبية تعمل معيار المراجعة فى هذه الحدود، أى فيما يتصل بالتزامات الدول الدولية ومع احترام هامش للتقدير للدول.

ويعتبر الحكم الذى أسس لهذا المعيارفى قضية SD Myers v. Canada[2] حيث قررت هيئة التحكيم:عند تفسير الحد الأدنى للالتزامات الدولية التى يُفترض ان تلتزم بها الدول فإن الهيئة لا تمتلك سلطة مطلقة فى تقييم عملية اتخاذ القرار التى تقوم بها الحكومة، لأن الحكومات أحيانا تتخذ قرارات تكون محل للاختلاف – جدلية– وتبدو معها وكأنها اتخذت قرارات خاطئة أو بناء على تقدير غير سليم للوقائع، أو ان القرار قدم أحد الاعتبارات العامة على غيرها بدرجة كبيرة، وفى كل

---

[1] Joshua Paine, opt.cit, p.15.

[2] S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, 2002, available at: https://www.italaw.com/cases/969

الأحوال فإن الطريق الطبيعى – إن وجد– لمحاسبة الحكومات فى العصر الحديث على الأخطاء التى ترتكبها هى طرق سياسية وقانونية على المستوى الوطنى الداخلى، ولا تقوم بهذه المهمة هيئات التحكيم فى منازعات الاستثمار.

فالفحص أو الدراسة للقضية التى يقوم بها المحكم للوصول إلى حكم فى الموضوع القضية ينبغى ان يتم فى ضوء احترام هامش التقدير للدول وهو الهامش الذى يقره القانون الدولى ويمتد نطاقه ليشمل حق السلطات فى الدول فى تنظيم المسائل التى تتعلق بالدولة وفى داخل حدودها ، وتمتع الدولة بهامش للتقدير والخطأ يتوافق مع القواعد التى ترد فى معاهدة الاستثمار لأنها لا تتطلب أى تقييم يتصل بتحقق النظام العام فى دولة معينة من عدمه، المحكمين ليسوا مشرعين[١]، والإدعاء المقدم بأن القرار صادر عن الحكومة موضوعيا خاطئ غير كاف ، ولكن يجب ان يثبت ان الجهة الصادر عنها القرار فى الحكومة قامت بذلك بطريقة تحكمية أو فجائية[٢]مع الاعتراف بوجود نوع من الرقابة أو المراجعة لالتزامات الدولة وفى ضوء معاهدة الاستثمار فإن حقيقة ان مشرع منتخب ديموقراطيا هو من اصدر التشريع

---

[1] Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia, UNCITRAL, 28/4/2011, available at: https://www.italaw.com/cases/816

[2] Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18 , available at: https://www.italaw.com/cases/614

ومهما كانت الأعباء المفروضة بموجب هذا التشريع لايعنى ان القوانين الصادرة تعتبر مخالفة بصورة تلقائية لالتزامات الدولة المضيفة للاستثمار.

٢. معيار المراجعة فى فحص التدابير التى اتخذتها الدولة المضيفة للاستثمار استنادا إلى خبرة علمية أو تقنية محددة:

هو الفرض الذى يتحقق عندما يتم تبرير القرارات أو التدابير التى تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار استنادا إلى أسباب علمية أو تقنية معينة وأصبحت هذه التدابير محل تنازع فى اجراءات تحكيم، أو بعبارة آخرى محل اعتراض من المستثمر إلى الحد الذى عرضها معه كمنازعة أمام هيئة التحكيم.

يعلق الفقه[1] أنه فى المجمل فإنه من القضايا التحكيمية التى ثارت فيها هذه المسألة فإن محكمين الاستثمار لم يتدخلوا أو يتناولوا بالفحص ما إذا كانت التدابير التى اتخذتها الدولة المضيفة قائمة بالفعل على ما يبررها من أسباب علمية أو تقنية، كما لم يتطرقوا إلى أى وقائع أو محاولة تقييمها للوصول ما إذا كانت فعلا عملا مشروعا من أعمال السلطة العامة أم لا.

لكن عوضا عن ذلك كان تركيز محكمى الاستثمار – والذى يستفاد منه معيار المراجعة الذى اعتمدوه– على العملية التنظيمية والاجراءات التى سبقت اتخاذ القرارات أو التدابير وما إذا كانت هذه الاجراءات راعت حقوق المستثمر فى

[1] Joshua Paine, opt.cit., p. 13.

معاملة عادلة أم لا، الأمر الذى يعكس ان المحكمين يركزوا على القواعد الدولية والتى يقع على عاتقهم احترامها وتطبيقها، وهذه القواعد الدولية لا تؤسس "لمعيار علمى" لقياس شرعية التدابير أو الاجراءات التنظيمية، ولكن نفس القواعد تُعنى بتنظيم شروط تفصيلية ينبغى ان تستوفيها الاجراءات التى تتخذها الدولة لتقرير وتعديل قوانينها ولوائحها التنفيذية، وما إذا كانت هذه الاجراءات (أى من ناحية إجرائية وليست موضوعية) تحقق العدالة للمستثمر وخصوصا حقه فى معاملة عادلة، وحقه فى ان يعلم بما يتخذ ضده أو بصدد مصالحه من قرارات واجراءات Due process rights .

وفى هذا الصدد توجد العديد من القضايا التى طبق فيها المحكمين معيار المراجعة السابق، نتناول إحداها بالدراسة وهى قضية Chemtura V. Canada وقد رفع هذه القضية للتحكيم مستثمر أجنبى فى كندا، يعارض فيه قرار الدولة الكندية فى حظر الليندين Lindane وهى مادة تدخل فى تكوين المبيدات التى يقوم المستثمر بانتاجها، فى هذه القضية حسم التحكيم لصالح الدولة الكندية، وبالرجوع إلى تسبيب الحكم نجد ان هيئة التحكيم لم تتعرض إلى "ما إذا كان من سلطة الدولة الكندية تقرير مضار استخدام هذه المادة وحظرها من عدمه"، لكن المقدمات التى استهلت بها الهيئة فحصها للقضية وأسست الحكم بناء عليه هو ان:"المحكمة وجدت من ضمن عدد من العناصر ان المشرع الكندى قد اصدر قرار المنع فى حدود وظيفته وسلطته العامة وكنتيجة لالتزامات كندا الدولية، كما ان المشرع قد اتبع الاجراءات المقررة لاصدار مثل هذه التدابير والقرارات فى قانونه الوطنى وقدم للمستثمرالأجنبى

ذات المعاملة التى تلقها نظيره الوطنى والذى تأثر بذات القرارات لعمله بذات الصناعة".

وإذا كان معيار المراجعة المطبق فى هذا الصدد على نحو ما أسلفنا وأول ما يتبادر إلى الذهن ولعدد من الاعتبارات ينصب على المسائل الإجرائية باستبعاد المسائل الموضوعية، إلا ان دراسة بعض السوابق التحكيمية بمنظمة التجارة العالمية من شأنه ان يعيد إلى الأذهان انه من المحتمل ان يصعب الفصل فى بعض الحالات بصورة تامة بين اجراءات اصدار القرار أو التدابير من قبل السلطة العامة / المشرع الوطنى، والفحص من جديد وتقييم القرار نفسه موضوعيا[1]، وذلك عندما يواجه المحكمين مسألة تقنية أو علمية ينبغى ان يفصلوا فيها الأمر الذى قرر معه البعض ان المحكمين فى إطار منظمة الصحة العالمية طوروا معيار خاص للمراجعة بالذات فيما يتصل بتطبيق اتفاقية Sanitary and phytosanitary measures(SPS Agreement)[2] ما يميز هذا الاتفاق المبرم فى إطار منظمة التجارة العالمية نصها على ان الاجراءات المتخذة ينبغى

[1] Lukasz Gruszczynski, 'Standard of Review of Health and Environmental Regulations by WTO Panels' in Geert Van Calster and Denise Prévost eds., Research Handbook on Environment, Health and the WTO, Edward Elgar Publishing, 2013, p.755.

[2] https://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsagr_e.htm

ان تتخذ تأسيسا على مبادئ علمية، ولا يمكن إدعاء مخالفتها إلا بدليل علمى[1]. وبالرغم من ذلك فإن المحكمين التابعين لمنظمة التجارة العالمية مثل المحكمين فى تحكيم الاستثمار يميلوا إلى إعمال معيار المراجعة على النحو السالف لأنهم يعلموا بعدم معرفتهم للجوانب الفنية، فيركزوا فحصهم على معقولية الاجراءات العلمية وليس صحتها، فمثلا يسوق الفقه[2] بعض العبارات من أحكام تحكيمية صادرة تطبيقا لأحكام هذا الاتفاق فتقرر هيئة التحكيم:"أنه لا يشترط ان تعكس الاجراءات التى تم اتخاذها رأى الأغلبية فى المجتمع العلمى ولكن أيضا يمكن ان تتبنى اتجاها مغايرا أو رأى الأقلية .. طالما ان الاجراءات مازالت ضمن المعايير العلمية المشروعة للمجتمع العلمى ."وعلى الجانب الآخر تتجه منظمة التجارة العالمية إلى فحص ومراجعة القرارات الصادرة عن المشرع الوطنى – فى حالة بحث مدى وجود خطر من عدمه (بيئيا وفقا لأحكام الاتفاق)– وان تكون النتيجة التى وصلت إليها مدعمة بأدلة علمية أى أنها تعمل معيارا موضوعيا للمراجعة وينصب هذا المعيار على موضوع الاجراءات وليس الاجراءات فقط.

---

[1] Art. 2.2, 5.1, 5.2, 5.7, of SPS Agreement, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsagr_e.htm

[2] Appellate Body Report, US – Continued Suspension, para 591

مشار إليه لدى:

Joshua Paine, opt.cit, p.13.

والشاهد مما سبق ان قياس الخطورة علميا فى إطار تشريعى لا يعد مسألة علمية بحتة ولكنها تشمل مجموعة من القواعد التى تختلف تبعا للقواعد الاجتماعية والثقافية السائدة فى نظام قانونى معين، مما يعيدنا إلى صعوبة الفصل أحيانا بين الموضوع والاجراءات فى فحص المحكم للقرارات والاجراءات الصادرة عن الدول، غير أنى أرى ان الأمر وإن كان لا يدلل على إمكانية وجود معيار محدد إلا ان ذلك يرجع إلى طبيعة المسألة محل التحكيم والأفضل ان يولى المحكمين بحسب الأصل هامش للتقدير لكل دولة وإلا أدى القول بخلاف ذلك لتفاقم أزمة الشرعية إلى جانب عدم الفاعلية عملا فمهما كانت دراية وخبرة المحكمون إلا ان الاعتبارات على المستوى الوطنى مختلفة وهو ما يصعب على المحكمين الالمام به.

المطلب الثانى
واجب المحكم فى الافصاح

يقصد بالإفصاح:" مبادرة المحكم بإحاطة الأطراف بصلته السابقة والحالية بموضوع النزاع وأطرافه وومثليهم وذويهم." ويعتبر هذا الالتزام من الالتزامات الأساسية بجوهر مهمة المحكم وتفرضه طبيعة هذه المهمة والطابع المؤقت لسلطاته، يرى جانب من الفقه[١] ان فى تقرير هذا الالتزام يدل على تراجع الاعتبارات الشخصية فى عملية اختيار المحكمين ويعكس الحاجة إلى إلى وجود اعتبارات موضوعية تتعلق بخبرات المحكم وسوابق أعماله فى منازعات مشابهة، فضلا عن حياده قبل الخصوم وإنتفاء صلته بهم.

على المستوى الوطنى ففى البداية لم يقرر المشرع المصرى مثل هذا الالتزام على المحكم ولكن مع صدور قانون التحكيم الجديد فقد قرر فى م ١٦ /٣ منه التزام المحكم بالإفصاح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته، الأمر الذى يعد معه إفصاح المحكم مفترضا أساسيا لتعيينه وصحة هذا التعيين.

---

[١] د.هدى محمد مجدى عبد الرحمن، دور المحكم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧، ص١٦٠.

ويأتى هذا الواجب تفرعا عن فكرة استقلال المحكم وحيدته[1] من ناحية، ومن ناحية آخرى فإن المهمة التحكيمية مهمة موضوعية وغير شخصية، وفى هذا الصدد يمكن القول ان التحكيم وإن كان فى نشأته اتفاقيا فإن مهمة المحكم لا يحكمها ذات الاتفاق، وبعبارة آخرى فإذا كان اتفاق التحكيم يغلب عليه الطابع الذاتى والشخصى فإن المهمة التحكيمية لها طابع موضوعى، ويقرر اتجاه فى الفقه[2] ان تلك القاعدة قائمة على أساس ان التحكيم فى حقيقته غير قائم على مبدأ سلطان الارادة الفردية ولا على مبدأ حرية الأطراف فى اختيار المحكمين، ذلك ان التحكيم يقوم على مبدأ غيرية المحكم باعتباره مبدأ إجرائيا، أى انها فكرة إجرائية لها طابع موضوعى، مما يجعل من التحكيم عمل إجرائى ذو طابع عام.

التزام المحكم بالإفصاح هو التزام فى مواجهة الأطراف ويتحدد بعلاقة المحكم ذاته بالأطراف ، فهو يعد انعكاسا لواجب المحكم واحترامه لمهنته ومقتضياتها، وفى ذات الإطار بصدد التحكيم فى منازعات الاستثمار فإن الفقه[3] يؤكد على ان كلا من التزام المحكم بالإفصاح من جانب، وضمانة رد المحكم من جانب آخر كلاهما

---

[1] د.أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية ، دار الفكر الجامعى ، ٢٠٠٠ ، ص٣٢.

[2] د.أحمد محمد حشيش، المرجع السابق ، ص ٣٤.

[3] Noah Rubins, Bernard Lauterburg, Independence, impartiality and duty of disclosure in investment arbitration. In: Christina Knahr, Christian Koller , Walter Rechberger, August Reinisch eds Investment and commercial arbitration – similarities and divergences. Eleven International Publishing, Den Haag, 2010, p.156.

وسائل مترابطة من حيث ان الالتزام بواجب الإفصاح من شأنه ان يقلل من احتمالية طلبات الرد والعكس صحيح. وبهذه المثابة فإن واجب الافصاح لا ينحصر فى اعتباره وسيلة لتحليل والوقوف على امكانيات المحكم العملية وخبراته السابقة، بقدر ما يلعب دورا هاما فى حفظ نزاهة الاجراءات وعدالتها، فهو يحفظ المحكم من احتمالية رده لأسباب تتأسس على الافصاح.

الفرع الأول
مقتضيات واجب الافصاح

كما سبق البيان فإن واجب الإفصاح على قدر عال من الأهمية فلا تتوقف عند ضمان حياد المحكم، ولكنه أيضا يؤثر على مركز المحكم فى هيئة التحكيم، مدة وتكلفة الاجراءات، والدعاوى المرفوعة فيما بعد لطلب إلغاء الحكم التحكيمى، فكل هذه العناصر تتأثر بدرجة أو بآخرى بالواجب فى الإفصاح.

ومع ذلك فإن الإشكالية المثارة فى هذا الصدد ان واجب الإفصاح يتميز بقدر عال من المرونة تختلف باختلاف القواعد المطبقة على التحكيم ومن مركز تحكيمى لآخر، كما تتأثر بفهم المحكمين أنفسهم لهذا الواجب وتقديرهم للمعلومات التى من واجبهم الكشف عنها مقارنة بغيرها من المعلومات غير الضرورية، كافة الاختلافات فى هذه العناصر تنعكس على الخصومة التحكيمية التى تقوم فيها أسباب الرد خصوصا وعلى نظام التحكيم فى منازعات الاستثمار بأكمله عموما.

الأمر الذى دعى إلى وجود مزيد من الضبط لواجب الإفصاح وقد جاء فى عدد من التقارير الخاصة بالمقترحات التى تهدف إلى إصلاح نظام التحكيم فى منازعات الاستثمار والتى تقرر ان النظام الحالى المعمول به فى واجب الإفصاح وقواعد رد المحكمين تترك مجالا للإصلاح، وتتبدى هذه الأهمية إذا أخذنا فى الاعتبار ان الوسيلة الأساسية التى من شأنها ان تنقذ تحكيم الاستثمار من التحديات التى يواجهها بصفة أساسية هى التركيز على وجود مزيد من الشفافية،

فإذا ترك الأطراف والمحكمين وهيئات التحكيم فى اصدارهم لقراراتهم على أسس غير موحدة Ad hoc(حرة) أو متباينة، فإن ذلك من شأنه ان يؤدى إلى استمرار الاحتمالية وعدم الفاعلية، وبالتالى فقدان الثقة فى منظمة تحكيم الاستثمار أو ما يُعبر عنه حاليا بأزمة الشرعية التى يواجهها هذا النوع من التحكيم.

بالرغم من أهمية التنظيم لواجب الإفصاح إلا ان جانب من الفقه[1] يرى ان الإفراط فى تطلب الشكليات وإلزام المحكمين بالافصاح عن كل صغيرة وكبيرة من شأنه ان يعطى مساحة للطرف سئ النية فى تأخير اجراءات التحكيم ووضع العراقيل، وفى المحصلة إقصاء العديد من المحكمين الأكفاء لأسباب غير جدية، كما ان واجب الإفصاح لا يعد الحل لكل القصور الذى يشوب إجراءات التحكيم، فلا ينبغى ان يتم التوسع فى واجب الافصاح محاولة لإيجاد حلول لكافة الاشكاليات، بل يجب ان تقدر الأمور بقدرها، على انه إذا ثبت بالفعل وجود انحراف متعمد من جانب المحكم فإنه يجب إستبعاده.

لكن الانطباع العام والسائد ان المحكمين لا يتم التعامل معهم بحسم فى هذا الصدد، ذلك ان المحكم يفترض فيه حسن النية، وانه إذا وجدت بالفعل أسباب من شأنها ان تثير الشك حول نزاهة المحكم أو قدرته على الفصل فى النزاع بحيدة فسيتم العلم بها من قبل المحكم ذاته، وهو ما أكدت عليه العديد من أحكام الرد

[1] Charles N.Brower, Keynote address: the ethics of arbitration: perspectives from a practicing international arbitrator, Berkeley International Law Journal Publicist, Vol.5, issue1, 2010, p.31

فتقرر ان إجراءات التحكيم فى سياق متطلبات الاستثمار تتم فى إطار النزاهة وحسن النية ، ويكون لدى المحكمين دائما الحق فى "قرينة البراءة"– أى ان الأصل حسن النية وان كل تصرفات المحكمين تجئ فى إطار من حسن النية.

ومع ذلك يقرر البعض[1] انه عملا بالأخذ بما سبق فإن نتائج مختلفة من شأنها ان تظهر ذلك ان التطبيق المتساهل لقواعد الأكسيد فى هذا الصدد من شأنها ان تضعف العديد من جوانب واجب الإفصاح.

أولا: المقتضيات الشكلية لواجب الإفصاح: Statement of disclosure

قبل بداية خصومة التحكيم وبعد اختيار المحكمين تلزم قواعد تحكيم الاستثمار المختلفة المحكمين باستيفاء وثيقة الإفصاح والتى من شأنها ان تبين خبرات المحكم السابقة وكافة الروابط التى من شأنها ان تكشف عن صلة بين المحكم وموضوع النزاع أو أشخاصه.

على الرغم مما تبدو عليه من شكلية فإن هذا الإجراء على قدر عال من الأهمية لأن العديد من طلبات الرد تثور بسبب هذا الجانب الشكلى على ما سنرى.

---

[1] F. Campolieti,N.Lawn ,Perenco v. Ecuador: was there a valid arbitrator challenge under the ICSID Convention?,2010, In: Kluwer Arbitration Blog. http://kluwerarbitrationblog.com/2010/01/28/perenco-v-ecuador-was-there-a-valid-arbitrator-challenge/

تنص م ٢/١٣ من اجراءات تسوية المنازعات الدولية الصادرة عن الأكسيد فى ٢٠١٤ على ان :

"فور قبول التعيين، يجب على المحكم التوقيع على إشعار التعيين المرسل من المسئول الادارى مؤكدا على توافر المحكم للقيام بالمهام وحيدته أو استقلاله ، على المحكم الكشف عن أى ظروف جديدة من شأنها إثارة الشكوك حول حياده أو استقلاله وأى وقائع آخرى يرغب المحكم فى عرضها على الأطراف."

المحكم فى قيامه بهذا الواجب يقوم باستيفاء وثيقة للافصاح Statement of disclosure وتختلف بيانات وشكل هذه الوثيقة وفقا لقواعد التحكيم المطبقة ولكنها تهدف إلى ضمان حياد المحكم فى كل الأحوال.

وفقا لقواعد الأكسيد تنص م ٢/٦ من اجراءات التحكيم على البيانات التى ترد فى وثيقة الإفصاح[1]، فيذكر القضية وأطرافها، المرحلة من الاجراءات التى يفصح فيها،

---

[1] Before or at the first session of the Tribunal, each arbitrator shall sign a declaration in the

following form:

“To the best of my knowledge there is no reason why I should not serve on the Arbitral

Tribunal constituted by the International Centre for Settlement of Investment Disputes with

Respect to a dispute between

_____and_____.

“I shall keep confidential all information coming to my knowledge as a result of my

Participation in this proceeding, as well as the contents of any award made by the Tribunal.

“I shall judge fairly as between the parties, according to the applicable law, and shall not

accept any instruction or compensation with regard to the proceeding from any source except

as provided in the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and

Nationals of Other States and in the Regulations and Rules made pursuant thereto.

“Attached is a statement of a my past and present professional, business and other

relationships if any with the parties and b any other circumstance that might cause my

Reliability for independent judgment to be questioned by a party. I acknowledge that by

signing this declaration, I assume a continuing obligation promptly to notify the Secretary–

General of the Centre of any such relationship or circumstance that subsequently arises

التاريخ وتوقيع المحكم، ويقر بأنه يرى بأنه لا يوجد ما يمنع من نظره للقضية التحكيمية ولا توجد ظروف من شأنها ان تؤثر على حياده أو استقلاله،

على ان تضمن الوثيقة تغطية الطلبات التى يشملها الإفصاح والتى تنص عليها م ٢/٦، غير أنه لا يتوافر نموذج معين لبيان العلاقات أو الظروف التى من شأنها ان تثير الشكوك فيمكن ان تدرج فى ذات الوثيقة أو فى ورقة ملحقة، فيوجد مربع للاختيار بين (إلحاق وثيقة، أو عدم إلحاق وثيقة)، وإن كان الأمر شكليا إلا انه يعكس بدرجة كبيرة السلطة التقديرية التى يتمتع بها المحكمون فى صياغة هذه الوثيقة فهو – أى المحكم– يقدر البيانات التى يلزم الإفصاح عنها من عدمه، ويجب ان يكون هذا الإفصاح كتابة لما يترتب عليه من نتائج بعيدة الأثر وقد جاء ذلك فى حكم لمحكمة النقض المصرية والتى قررت:" حكمة من التزام المُحَكَم بالإفصاح كتابة هى تحقق الدليل على علم أطراف التحكيم بالوقائع المفصح عنها، مما ينفى عنهم قرينة عدم العلم بها، أما كتمان المُحَكَم عن تلك الوقائع التى تنال من حيدته واستقلاله، يرفع عنهم عبء إثبات عدم العلم بتلك الوقائع ."[1]

وتتشابه قواعد التحكيم المطبقة على منازعات الاستثمار كثيرا فى هذا الصدد وإن تعددت التسميات إلا انه من الشائع إعطاءها وصف الوثيقة Statement أو الإعلان Declaration، على سبيل المثال غرفة التجارة الدولية بباريس تتعدد

---

during this proceeding."

[1] نقض جلسة ٢٠١١/٦/١١، طعن ١٨١١٦ دوائر تجارية، س ٨٨ق.

تسميات الوثيقة في إطارها فيطلق عليها "وثيقة القبول والاستقلال" ، وفقا لنموذج آخر "وثيقة القبول، الصلاحية ، الحيدة والاستقلال"، وفى ذات الإطار تطلق غرفة التحكيم بميلانوعلى الوثيقة المرتبطة بواجب الإفصاح مسمى"إعلان القبول ووثيقة استقلال المحكم"[1].

وتتباين تلك الوثائق فيما بينها فى التفاصيل التى تتناولها ودرجة التعقيد فبينما الوثيقة المعتمدة لدى غرفة التجارة تتطلب استيفاء الجداول الموضح بها(الوقائع أو الظروف المتصلة بالحياد والاستقلال)، جداول التى يوضح بها (القضايا التحكيمية قيد النظر فيها)، جدول زمنى مفصل يبين الالتزامات التى يرتبط بها المحكم بالفعل وقت قبوله مهمة التحكيم، فى حين لا تتطلب وثيقة غرفة تجارة ميلانو ملف منفصل (ملحق) يتناول إفصاح المحكم إلا انه يكتفى بالبيان الموجود فى الوثيقة الأساسية، وفى ذات الاتجاه تعتمد غرفة التحكيم الدولية بسنغافوره ذات النهج فلا تتطلب ملف منفصل (ملحق) كوثيقة للافصاح ولكن تكتفى بخانة للموافقة على الاتزام بالإفصاح وفقا لقواعد السلوك التى تتعلق بالحياد والاستقلال، وتترك مساحة غير صغيرة يستوفيها المحكم بما لديه من وقائع أو ظروف تتصل بالنزاهة والحياد فى هذا الصدد.

[1] Katia Fach Gomez, Key duties of International investment arbitrators – transnational study of legal and ethical dilemmas, Springer, 2019, p.31.

ويشير الفقه[1] إلى ان القدر المشترك بين كافة هذه الوثائق – وإن تباينت فى تفاصيلها– هو :

- جميع النصوص تتطلب ان تكون وثيقة الإعلان (الإفصاح) مكتوبة، وهو ما يعد أمرا معقولا.

- النصوص التى تتطلب الإفصاح وتحرير الوثيقة لا توفر نموذجا لوثيقة الافصاح ولكنها تستفيض فى تعديد البيانات التى يجب ان تشملها، الأمر الذى يشكل مؤشرا على حرية المحكمين فى صياغة الجوانب الشكلية لهذا النوع من الوثائق.

- فى حين تتطلب قواعد محكمة التحكيم الدائمة وقواعد اليونسترال من المحكم الذى ليس لديه وقائع أو ظروف ليفصح عنها فإنه يجب عليه صراحة ان يقرر التزامه بالحياد والاستقلال والنزاهة[2]، فإن م ٢/٦ من قواعد الأكسيد للتحكيم الصادرة عام ٢٠٠٦ والتى تنظم وثيقة الافصاح لا تتطلب من المحكم الذى لا

---

[1] Katia Fach Gomez, opt.cit., p.32.

[2]UNCITRAL Model Statement: “No circumstances to disclose: I am impartial and independent of each of the parties and intend to remain so. To the best of my knowledge, there are no circumstances, past or present, likely to give rise to justifiable doubts as to my impartiality or independence. I shall promptly notify the parties and the other arbitrators of any such circumstances that may subsequently come to my attention during this arbitration”.

يوجد لديه ما يفصح عنه ان يقرر صراحة تعهده بالالتزام بالحياد والاستقلال والنزاهة.

إلى هذا القدر قد يبدو الأمر شكليا إلى حد كبير لكن بالنظر إلى الآثار التى تترتب على عدم استيفاء وثيقة الإفصاح بشكل صحيح أو عدم صراحة النصوص التى تنظمها فى هذا الصدد، ويتضح ذلك فى العديد من قضايا تحكيم الاستثمار خاصة فى إطار الأكسيد، ففى قضي(2010) Alpa V. Ukraine [1] قرر المحكم انه فى وثيقة الافصاح التى استوفاها عام ٢٠٠٧ حذف بند (العلاقات بأطراف التحكيم إن وجدت) المشار إليها فى م ٢/٦ لأنه قدر أنها لا تتوافر فى هذه القضية وبالتالى لم يلحق أى مستندات.

أيضا فى قضية Tidewater V. Venezuela[2] حذف المحكم بندين الأول: الخاص بالعلاقات المهنية السابقة والحالية بين المحكم وأطراف التحكيم إن وجدت، الثانى: أى ظروف من شأنها أن تثير الشكوك حول موثوقية المحكم لدى أطراف التحكيم، لذا فإنه بناء على طلب المدعى من المحكم ان يقدم وثيقة إفصاح كاملة

[1] Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, available at: https://www.italaw.com/cases/71

[2] Tidewater v. Venezuela Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela ICSID Case No. ARB/10/5 available at:

https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute settlement/cases/391/tidewater-v-venezuela

وفقا لنص م٢/٦ حيث لا تقرر المادة إمكانية وجود حذف أو نقصان فى البيانات الواردة فى وثيقة الافصاح. ورد المحكم على ذلك بأنه قدر ما يجب الإفصاح عنه هو المعلومات غير المعروفة (السرية) وليس المعلومات المعروفة فى العموم والتى يمكن الاطلاع عليه من موقع الأكسيد على الانترنت – يقصد بذلك خبراته السابقة والقضايا التحكيمية التى سبق له الاشتراك فى الفصل فيها).

الأمر الذى يعكس من ناحية ان صياغة القاعدة التى تتعلق بالافصاح م٢/٦ من قواعد الأكسيد قد تؤدى إلى تضارب فى التطبيق لاتساع عبارتها وهو ما يؤدى بالضرورة إلى تأخير الاجراءات، وتكاليف تحكيم إضافية على عاتق الأطراف.

من ناحية آخرى فإنها تعكس السلطة التقديرية التى يتمتع بها المحكم فى هذا الصدد، فمن القضايا السابق العرض لها فإن المحكم يقرر ما يلزم الإفصاح عنه من عدمه، الأمر الذى يدل على عدم وجود قاعدة موحدة معمول بها فى هذا الإطار الهام، وفى هذا الصدد يشير الفقه[1] انه فى مجال التحكيم التجارى الدولى يسود الوعى بأهمية الحد من إرادة أو حرية المحكمين فى خصوص واجب الإفصاح، مثال على ذلك قواعد غرفة التجارة الدولية فى خصوص واجب الإفصاح– مدرجة بالوثيقة ذاتها– والتى تقرر أى إفصاح يجب ان يكون كاملا ومفصل، يوضح التواريخ الهامة تاريخ بداية ونهاية المهمة التحكيمية)، تفاصيل

[1] Katia Fach Gomez, Key duties of International investment arbitrators – transnational study of legal and ethical dilemmas, Springer, 2019, p.34.

عن الشركات والأشخاص، وكافة المعلومات الآخرى.)، وحتى فى إطار القضاء الدولى يوجد معايير ينبغى للقضاه الدوليين الالتزام بها فيما يتصل بواجب الإفصاح، المادة الخامسة من قواعد السلوك للأعضاء السابقيين والحاليين لمحكمة العدل الأوروبية والتى تتصل بالإفصاح عن الافصاح عن الالتزامات المادية Declaration of financial interest تنص على ان:"عند قبولهم لمهمتهم يجب على الأعضاء ان يودعوا تقرير بالإفصاح عن مصالحهم المالية- وفقا لمفهوم الفقرة الثالثة لدى رئيس المحكمة أو الهيئة التى يشكلون أحد أعضائها، يجب على العضو ان يقر بصلته المالية بكافة الكيانات التى من الممكن بسبب نطاقها – ومنطقيا – ان تشكل تضارب فى المصالح حال وجود العضو فى هيئة المحكمة التى تنظر نزاع يمثل هذا الكيان كأحد أطرافه..."

ثانيا:المقتضيات الموضوعية لواجب الإفصاح

تنص المادة ٢/٦ من قواعد الأكسيد على واجب الإفصاح – كما سبق البيان- ينصرف النص للعلاقات المهنية أو التجارية للمحكم السابقة والحالية، وأى ظروف آخرى أو صلة بينه وبين أحد أطراف النزاع ومن شأنها ان تثير الشك حول موثوقيته للفصل فى النزاع، يقرر الفقه[1] فى هذا الصدد ان واجب الافصاح عند صياغته بهذه الطريقة فإنه يشمل كافة العلاقات بين المحكم والخصوم دون تحديد،

[1] Katia Fach Gomez, Key duties of International investment arbitrators – transnational study of legal and ethical dilemmas, Springer, 2019, p.36.

ولا يوجد نطاق زمنى محدد لهذه الصلات(لأن المحكم يقرر كافة الصلات بالخصوم دون ان يحدد فترة معينة أو طبيعة معينة لتلك الصلة) الأمر الذى لا يترك حدا أدنى للصلة التى ينبغى ان تتوافر بين المحكم والخصوم، وكذلك لم تحدد معيار أو حد أدنى للحيدة التى ينبغى ان تتوافر لدى المحكم، أضف إلى ذلك التفرقة التى وضعها النص بين الصلة بين المحكم والخصوم، أى ظروف آخرى other circumstances، أى مصلحة تتصل بمحل النزاع كما تشمل أيضا الأشخاص الذين لا يعدون طرفا فى النزاع [1].

فى الواقع فإن المادة ٢/٦ من قواعد الأكسيد إذا كانت البيان الأول يتعلق بعلاقات المحكم المهنية فإن هذا البيان يعد على قدر من التحديد وإن افتقر للنطاق الزمنى له،على خلاف بيان (الظروف التى من شأنها ان تثير شك الخصوم فيما يتعلق باستقلال المحكم) مما يجعل من واجب المحكم –وفقا لعبارة النص– ان يضع نفسه مكان الخصوم وهو أمر غاية فى الصعوبة.

[1] يشير الفقه فى هذا الصدد ان تحديد المقصود بالخصم ليس بالأمر اليسير، فقد يكون مصدر التاثير أشخاص لهم نفوذ على الشركة المدعية ، أو الموظف الممثل للدولة الخاضعة للتحكيم، فعلاقة المحكمين بهؤلاء الأطراف من شأنها ان تستوجب توافر استقلال هيئة التحكيم فى مواجهتهم

Karel Daele, Challenge and disqualification of arbitrators in international arbitration, Kluwer, 2012, p.8.

على نحو مغاير نظمت قواعد اليونسترال ذات الأمر، فلم تعمل التفرقة الموجودة فى الأكسيد بين البيان (أ) و (ب) الذى يجب ان يستوفيه المحكم، فتنص المادة ١١ من قواعد اليونسترال على انه "على الشخص حين يعرض عليه بقصد احتمالية تعيينه /تعيينها كمحكم، فيجب عليه أو عليها ان يصرح بكل الظروف التى من شأنها ان تثير شكوكا لها ما يبررها Justifiable doubts حول حياده أو استقلاله، وعلى المحكم منذ تعيينه وطوال اجراءات التحكيم، ان يفضى بلا تأخير إلى طرفى النزاع أى ظروف من هذا القبيل، إلا إذا كان قد سبق له ان احاطهما علما بها. "

الأمر الذى يجعل المعايير التى يستند إليها اليونسترال فى نطاق واجب الإفصاح أقل نطاقا من قواعد الأكسيد أو بعبارة آخرى أكثر تحديدا من جانب، وتتبنى معيار موضوعى وهو وجود شكوك لها ما يبررها، على ان العديد من النصوص فى التحكيم التجارى الدولى تتبنى معيار مختلط بين قواعد الأكسيد وقواعد اليونسترال وهو الظروف التى من شأنها أو من المحتمل ان تؤدى إلى إثارة الشكوك حول حياد المحكم، غير ان المعيار الذى تبنته قواعد الأكسيد يبقى على قدر من الصعوبة مقارنة بغيره وذلك لصعوبة تطبيقه على محكمين من ثقافات ونظم قانونية مختلفة، وهو ما يستتبع اتساع نطاق طلبات الرد التى تقدم لهيئة التحكيم[1].

[1] Ana Stanic, Challenging arbitrators and the importance of disclosure: recent cases and reflections, Croatian Arbitration Yearbook, Vol. 16, 2009, p.220.

ومع ذلك عملا فإن أحكام رد المحكمين الصادرة عن الأكسيد تبين انه استبدل بالمعيار الشخصى –الذى يتعلق بالخصوم ويفترض ان المحكم يضع نفسه مكان الخصوم فى الافصاح عن المعلومات اللازمة وصولا لضمان حياده واستقلاله – معيار موضوعى، مما يدل على ان المعيار الأول لم يعكس تأثير بدرجة كافية فى الواقع ، الأمر الذى أدى إلى وجود نوع من التباين فى التطبيق ، ويدل على ذلك:

- ان المحكمين يقوموا بإستيفاء وثيقة الافصاح وفقا لمحض تقديرهم الشخصى، فمثلا لا يعملوا التفرقة بين البيان (أ) ، (ب)، ويسوق الفقه[1] مثالا على ذلك فى القضية Nations Energy v. Panama تم طلب رد المحكم تأسيسا على ان وجود علاقة مهنية بين المحكم وبين محامى فى الشركة التى قامت بتعيينه كمحكم، بفحص وثيقة الافصاح واستقلال المحكم بواسطة اللجنة التى تنظر طلب الرد، وجد ان المحكم قام بإستيفاء الوثيقة من منظوره الشخصى وليس من منظور الخصوم، ولكن لم يشكل ذلك –عملا وفى هذه القضية– سببا كافيا لرد المحكم وجاء فى تسبيب اللجنة انه من الصحيح ان المحكم لم يفصح عن تلك العلاقة / الصلة المهنية – وكان الأولى والأجدر به ان يفعل– إلا ان الأمر فى النهاية لم يتعد ممارسة أمينة لسلطته التقديرية فى هذا الصدد".

[1] Katia Fach Gomez, opt.cit., p.40.

- جانب آخر من أحكام الأكسيد تظهر تأييدا للاتجاه لتبنى المعيار الموضوعى فى الافصاح وفى خصوص عبارة "أى ظروف آخرى" الواردة فى م٢/٦، وهو ما يتبين من الحكم فى طلب رد أحد المحكمين فى قضية Suez v. Argentine Republicوذلك عندما طلب أحد الخصوم رد المحكم تأسيسا على أنها كانت تشغل منصب مديرة مجموعة تمتلك حصة صغيرة من الأسهم فى شركتان من شركات المدعى، فى هذه القضية أشار المحكمون الآخرون الذين ينظروا طلب الرد إلى للمادة ٢/٦ بصفة عامة ولم يتطرقوا إلى التفصيل والتفرقة بين البيان (أ)و (ب)، فقرر المحكمون" التفسير المنطقى لنص المادة ٢/٦ من قواعد الأكسيد للتحكيم، انه يتعين على المحكم ان يفصح عن الوقائع/الظروف فقط إن قدر –أى المحكم– ان تلك الوقائع من شأنها ان تثير الشكوك لها ما يبررها حول حياده أو استقلاله من "منظور الشخص المعتاد" reasonable person".

فى ذات الاتجاه تعرضت هيئة التحكيم فى قضية Alpha v. Ukraine لمسألة المعيار فى خصوص واجب الإفصاح والتوازن الذى ان ينبغى ان تحققه القواعد فى هذا الصدد، فدمجت الهيئة بين معايير الافصاح من جانب ورد المحكم من جانب آخر، مقررة:" من أجل تحقيق الهدف المزدوج فى الإفصاح الكامل على النحو الذى حددته م ٢/٦من جهة، وفى ذات الوقت بطريقة مرنة والتقليل من إطار الإفصاح القائم على الاحتمالية والمرونة – بدون إطر واضحة– فيجب إعمال اختبار "الشكوك التى لها ما يبررها" على نسق المعيار الذى تبنته م ٩ من قانون

اليونسترال النموذجى للتحكيم، وذلك عوضا عن تطبيق المعيار /الاختبار المرن الذى يعد من الصعب ان يشكل سندا مبررا لطلب الرد وفقا لقواعد الأكسيد.

- فى حين ان الاتجاهين السابقين اتجها إلى تبنى المعيار الموضعى فى تقييم واجب الافصاح سواء تأسيسا على إعطاء المحكمين سلطة تقديرية فى تفسير واجب الافصاح –لان عبارة النص تسمح بذلك – ، أم تأسيسا على تبنى معيار موضوعى مقتضاه ان المحكم له تقدير الظروف التى له ان يفصح عنها ومعياره فى ذلك الشخص المعتاد .

فإن هناك اتجاه ثالث فى الأحكام يتمسك بحرفية نص المادة ٢/٦ (ب) والافصاح عن أى ظروف من شأنها ان تثير شكوك حول حياد المحكم واستقلاله[1] – من وجهة نظر الخصوم– و ذلك تأسيسا على عدم افصاح المحكم عن تعارض للمصالح يشكل اهدارا قاعدة إجرائية جوهرية، وتعرضت هيئة التحكيم لهذا

[1] Michael Hwang SC & Lynnette Lee, Standard of proof for Challenge against arbitrators: Giving them the benefit of the doubt, in : The powers and duties of an arbitrator, edited by: Patricia Shaughnessy, Sherlin Tung, Kluwer, available on line :

https://books.google.com.eg/books?id=mIyWDwAAQBAJ&pg=PT269&dq=compania+de+aguas+v.+argentine+republic+duty+of+disclosure&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwi6iK2BlOTpAhWjD2MBHaAiBNQQ6AEIOjAC#v=onepage&q=compania%20de%20aguas%20v.%20argentine%20republic%20duty%20of%20disclosure&f=false

الموضوع فى إطار قضية Compania de Aguas v. Argentine Republic وذلك عندما طلبت حكومة الأرجنتين بطلان حكم التحكيم تأسيسا على بطلان تشكيل هيئة التحكيم وفقا لنص م ٥٢ من قواعد الاكسيد، وعدم التزام المحكم بواجب الإفصاح[1].

بالرغم من ان اللجنة التى شكلت لنظر الطلب رفضت طلب حكومة الارجنتين، إلا ان اتجاه الهيئة فى خصوص واجب المحكم فى الافصاح جدير بالاعتبار، حيث ان الهيئة تبنت معيار "منظور الخصوم " فيما يتعلق بالظروف التى يقدر الإفصاح عنها من عدمه، وبناء عليه انتقدت الهيئة بشدة مسلك المحكم مقررة ان :"انه – تحت أى ظرف – من الصعب تفهم لماذا تخطر المحكم البنك بالقضايا التحكيمية قيد النظر والتى تشكل المحكم جزء من الهيئة التى تنظرها ومع ذلك لم تخطر المحكم أطراف خصومة التحكيم فى ذات الوقت بتعيينها الوشيك كمديرة لهذا البنك."

إجمالا:

من العرض السابق والمقارن بين قواعد التحكيم المطبقة فى خصوص واجب الإفصاح نجد ان هناك تلازم بين تنظيم واجب الإفصاح واجراءات الرد، فكلا

---

[1] David D. Caron, Lee M. Caplan, The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary, Oxford University Press, 2013, p.181.

منهما يتأثر بالآخر بدرجة أو بآخرى، لا يوجد معيار موحد للوقوف على المحتوى الشكلى والموضوعى لواجب الإفصاح، وهو ما يتبدى من اختلاف التسميات والبيانات التى تضمنها وثيقة الافصاح التى يستوفيها المحكم عند قبوله المهمة التحكيمية من جهة، ومن جهة آخرى فى التباين فى المعيار المطبق فى خصوص الجانب الموضوعى للبيانات الواردة فى الافصاح.

وفى تقديرى وإن كانت الجوانب الشكلية على قدر عال من الأهمية – لأنه من المفترض ان الشكلية مرنة وكل شكل يتغيا تحقيق مصلحة موضوعية – إلا ان الخطورة تتصل بالجانب الموضوعى أكثر، لأن التباين فى التطبيق عموما يثير الشك حول شرعية نظام التحكيم سواء طبقت قواعد الأكسيد باعتبارها القواعد الرئيسية حاليا فى هذا الصدد أم غيرها من القواعد كقواعد اليونسترال أم قواعد غرفة التجارة الدولية، وهو ما يحتاج إلى تدخل وتطوير على مستوى القواعد وعلى مستوى التطبيق .

كما ان واجب الإفصاح باعتباره يتأسس حياد المحكم واستقلاله فإن الحديث عن معيار للوقوف على صحة الافصاح من عدمه يتوقف على مفهوم الحياد والاستقلال الذى ينبغى ان يتوافر فى جانب المحكم، وهل ينبغى ان يوجد درجة معينة من الحياد أو الاستقلال للمحكم فى تحكيم الاستثمار بالذات.

فى ذات الاتجاه فإن المعيار للوقوف على المعيار المتبع وفقا لقواعد الأكسيد فإن المعيار المتبع يعطى الأولوية للعنصر الارادى للمحكم لا يعتبر الحل الأمثل فى

رأى جانب من الفقه[1]– وبحق– على الأقل فى ضوء الصياغة الحالية للنص والتى تقرر ان الأساس فى هذا هو المعيار الشخصى للأطراف/الخصوم، فالمحكمين دائما ما يدافعوا عن أنفسهم بالقول بجهلهم بالظروف التى من شأنها ان تثير الشك لدى الخصوم، وفى الغالب يقبل هذا الدفاع، فلا ينبغى للفصل فى مسالة الالتزام بواجب الافصاح الاستناد إلى معيار شخصى يتصل بالمحكم، وينبغى تشجيع الهيئات التى تنظر طلبات الرد على الالتزام بمعيار يرتكز على الأطراف وتوقعاتهم عوضا عن المعيار الذى يسترشد بالمحكم وتقديره لما يجب ومالا يجب الافصاح عنه، ويمكن دعم ذلك عن طريق تعديل نص م٢/٦ من قواعد الاكسيد لتصبح أكثر انضباطا من حيث الصياغة بحيث توضح الاستناد إلى معيار الأطراف بدلا من المحكم وتدعيما للقاعدة المستقرة أساسا، والتى قننتها قواعد التحكيم التجارى الدولى على سبيل المثال تقرر قواعد IBA إذا كان المحكم بصدد الافصاح ولكنه وجد ان قواعد سر المهنة أو أى قواعد آخرى تتعلق بالعمل والسلوك من شأنها ان تحول دون هذا الافصاح ، فإنه – أى المحكم– ينبغى ان يرفض التعيين وان يتنحى عن نظر الدعوى التحكيمية.

ولا ترتكز الأهمية فقط فى تبنى أى نوع من المعايير ولكن أيضا فى المصلحة فى التقارب بين النص والتطبيق حتى تتحقق الثقة فى شرعية قواعد الأكسيد خصوصا والقواعد التى تنظم التحكيم فى منازعات الاستثمار عموما، ولذا فإنه حتى إذا لم

---

[1] Katia Fach Gomez, opt.cit., p.43.

يتم تبنى معيار الخصوم فى الوقوف على تحقق الافصاح، فعلى الأقل من الأفضل ان يتم تعديل القواعد الموجودة حاليا لتتوافق مع التطبيق الذى يجرى عملا.

الفرع الثانى
نطاق واجب الافصاح

تتمتع قواعد الأكسيد بخصوصية كبيرة بصدد إقرارها لعدد من القواعد التى تعزز من الشفافية ومن النشر – بعد موافقة الأطراف– لبعض الأحكام الصادرة، وكذلك النشر الذى يتعلق بمعلومات تتصل بهيئات التحكيم، فمتى تم تشكيل هيئة التحكيم، فإن صفحة الأكسيد على الانترنت تتيح معلومات حول القضية: أسماء المحكمين، الوثائق ذات الصلة، التواريخ وغيرها من التفاصيل الإجرائية.

إلى هذا الحد لا يثير الأمر أى إشكالية، غير ان المحكمين حال تم تقديم طلب رد تأسيسا على عدم التزامهم بواجب الإفصاح على النحو المقرر فإنهم يردوا ذلك بالقول ان المعلومات التى لم يقوموا بالإفصاح عنها هى فى الحقيقة منشورة على الموقع الالكترونى للأكسيد ومتاحة للكافة، الأمر الذى يجعلها تندرج ضمن النطاق العام.

فى قضية Tidewater v. Venezuela[1] بدأ المحكمون الذين ينظرون طلب الرد بتقرير ان:"ان المادة ٢/٦ من قواعد الأكسيد، لا تقصر واجب الإفصاح على المعلومات غير المعروفة فى النطاق العامPublic domain أو للعامة، فعبارة

[1] Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, available at: https://www.italaw.com/cases/1096

المادة ٢/٦ لا تُوجد تفرقة بين الظروف التى يتم الإفصاح عنها." ومع ذلك فإن الواقع يخفف من مما يرتكبه المحكم من مخالفة واجب الافصاح عند الحكم على حياد المحكم وصلاحيته للفصل فى القضية، وبعبارة آخرى ان المعلومات المتاحة علنا حول المحكمين المعينيين ينبغى الإفصاح عنها كنوع من "الزيادة فى الحذر". ومع الوقت ومن خلال الأحكام الفاصلة فى طلبات الرد امتد نطاق تطبيق(المعلومات المعروفة، لها نطاق عام) ، فلم تعد تقتصر على المعلومات التى يمكن الوصول إليها من على موقع الأكسيد، وهو الأمر الذى لا يعتبر مناسب أو معقول [1]، ويمكن تبرير ذلك على نحو ما جاء فى حكم قضية Tidewater v. Venezuela فقرر ان المحكمين دائما ما يكونوا فى الموقع الأمثل لجمع، وتقييم، والافصاح عن المعلومات ذات الصلة والتى تفصح عن تنازل مصالح محتمل، وبناء عليه فإن فرض مثل هذا الالتزام على الخصوم –بمعنى انهم هم من يتوجب عليهم العلم بوجود أسباب أو ظروف من شأنها ان تثير شكوك لها ما يبررها حول حياد المحكم– من شأنه ان يشكل عبء ومن شأنه ان يؤدى إلى نتائج مغلوطة وسلبية خاصة إذا أخذنا فى الاعتبار تعذر الوصول لبعض المعلومات حال حمايتها تحت نطاق قوانين حماية البيانات أو سرية بعض البيانات.

لذا فإنه من الأجدر تقنين الاتجاه الذى تبنته هيئة التحكيم فى قضية Suez v. Argentine والذى رفضت إعطاء مفهوم واسع "للبيانات الشائعة" أو التى تدخل

[1] Katia Fach Gomez, opt.cit., p.43.

فى "النطاق العام"، وبتطبيق ذلك على وقائع القضية فى خصوص المحكم التى لم تفصح عن احتمال كبير فى تبنيها لمنصب مديرة بنك، إذ قررت هيئة التحكيم ان الإفصاح عن هذه المعلومة كان ضروريا ولا يمكن اعتبارها من ضمن المعلومات ذات الطابع العام والانتشار الواسع إلى النحو الذى يجعلها منطقيا معلومة للكافة وبالتالى لا يمكن افتراض ان الخصوم كانوا على علم بها أو كان يفترض بهم العلم بها.

يشير الفقه[1] إلى انه بالرغم من المحاولات التى تسلط الضوء على مسألة الحاجة إلى تحديد إطار منضبط لواجب الإفصاح، غير ان المصطلحات المطاطة الواردة فى النص وغياب التحديد من شأنه ان يؤدى إلى وجود أحكام غير متناسقة ولا توفر قاعدة منضبطة، مما يؤدى إلى نتائج متضاربة فى التطبيق، ونشير فى هذا الصدد إلى اقتراح صياغة مدونة لقواعد سلوك محكمى الاستثمار[2]، والاتجاه لوضع

---

[1] Katia Fach Gomez, opt.cit. , p.52.

[2] وقد نص صراحة على هذا الاقتراح أو التمهيد فعلا لتبنيه فى م ٨.٤٤.٢ من الاتفاق التجارى والاقتصادى المبرم بين الاتحاد الأوروبى وكندا فى ٢٠١٦، فتنص على ان:

“The Committee on Service and Investment shall, on agreement of parties, and after the completion of their respective internal requirements and procedures, adopt a Code of Conduct of the members of the tribunal to be applied in disputes arising out of this chapter, which may replace and supplement the rules in application, and may address topics including: disclosure obligations, the independence of the members of

عدد من التدابير التى تضمن فاعلية القواعد وعدم مخالفتها إلا ان هذا الأمر أيضا بما يوفره من مزايا إلا ان الطبيعة الخاصة للتحكيم تتنافى أحيانا مع التنظيم الذى يفقده أى صبغة اتفاقية على نحو ما سنعرض له لاحقا.

وفى جميع الأحوال فإن نطاق واجب الافصاح ينبغى ان يحدد على وجه الدقة بحيث تكون واجبات المحكم والموثوقية فى اجراءات التحكيم تؤسس بقوة على واجب الافصاح بصورة منضبطة وفعالة تمنع تعارض المصالح[1]، ومن جانب آخر ينبغى التأكيد على ان الالزام بواجب الافصاح لا ينبغى ان يفسر على انه مرادف لعدم الاستقلال أو عدم الحيدة، ولكن على العكس من ذلك فالمحكم الذى الذى يفصح عن معلومات أو ظروف موجودة سلفا فهو يقر بعدم وجود أسباب تؤدى إلى

---

the tribunal and confidentiality". European Union- Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement 2016.

وعند النظر فى العناصر المقترحة ليتناولها التنظيم من واجب الافصاح، الاستقلال والحياد، السرية، نجدها- وإن لم تتحد فى المضمون- قريبة للغاية من ضمانات المحاكمة العادلة لكن بما يتوافق مع طبيعة التحكيم عموما والتحكيم فى منازعات الاستثمار خصوصا.

[1] Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Lise Johnson, Fiona Marshall, Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the dual role of arbitrator and counsel, International institute for sustainable development, 2011, p. 41. Available at: https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/dci_2010_arbitrator_independence.pdf

رفضه المهمة التحكيمية أو التنحى[1]، وفى النهاية فإن المعيار الأساسى الذى ينبغى ان يؤخذ فى الاعتبار عند تنظيم نطاق واجب الافصاح هو الوقائع التى ينبغى الإفصاح عنها تأسيسا على صلتها أو أهمية الكشف عنها بالنسبة لموضوع التحكيم.

عند محاولة تنظيم هذا المعيار فإن العديد من التحديات من شأنها ان تتبدى وهو ما عبر عنه المحكمون أنفسهم فى أكثر من مناسبة ومفاد ذلك الخشية من التوسع فى واجب الافصاح من شأن ان يضر بالمحكم والخصوم، فالمحكم فى النهاية لابد بحكم طبيعة عمله كمحكم من ناحية ومتخصص من ناحية آخرى ان تتواجد له العديد من العلاقات المهنية وفى ظل العولمة فإنه من الصعوبة ان يقف المحكم ذاته على نطاق ومدى تلك العلاقات، الأمر الذى يثقل كاهل المحكمين بعبء غير عادى إلى الدرجة التى يصعب عليهم معها الالتزام بالافصاح، الأمر الذى بدوره من شأنه ان يعرقل اجراءات التحكيم نفسها.

فتنظيم نطاق واجب الافصاح على هذا النحو يتضمن عدد من المصالح المتعارضة التى تحتاج إلى تنظيم يضمن لها التوازن فمن ناحية واجب الافصاح والذى يضمن – كما هو مأمول– حياد واستقلال هيئة التحكيم من جهة، وحق المحكم فى الخصوصية، وحرية الخصوم فى اختيار محكميهم من جانب آخر،ولعل

[1] يراجع فى هذا الصدد المعايير الصادرة عن النقابة الدولية للمحامين الصادرة عام ٢٠١٤ International Bar association IBA المعيار الثالث.

الصعوبة الحقيقة فى هذه الصدد- فى رأيى- هو حتى مع الوصول إلى معيار منضبط لتحديد المعلومات التى يجب الافصاح عنها مع استبعاد غيرها غير الهامة أو الفرعية، فدائما ما سيكون هناك مجال للمناقشة فى هذا الصدد خصوصا عند تقديم طلبات الرد، لآن الأمر يتصل بظروف واقعية فمن غير المتصور ان توجد قائمة تحدد على سبيل الحصر ما يجب الكشف عنه ومالا يجب الكشف عنه.

أولا: السيرة الذاتية للمحكمين[1]:

من الوسائل التى تعتمدها قواعد الإكسيد من أجل زيادة الشفافية فى اجراءات التحكيم، وفى سياق واجب الإفصاح فإن الاعلان عن السيرة الذاتية للمحكمين من شأنه ان يسد أوجه النقص التى قد تتواجد فى وثيقة الإفصاح، بالرغم من ان المستندات التى يجب إلحاقها بوثيقة الافصاح غير محددة ولا تقع تحت حصر إلا ان السيرة الذاتية للمحكم تحتل أهمية كبيرة، فهى ليست هامة فقط للخصوم، بل أيضا للغير ومنظمات المجتمع المدنى، الباحثين، الأمر الذى يعد دائما محل إشادة باعتباره أحد متطلبات الشفافية، وهو ما لم تعتمده بعد العديد من قواعد ومراكز التحكيم فلا نجد السيرة الذاتية ضمن قائمة المستندات المطلوبة والمتاحة للعامة وفقا لقواعد اليونسترال الخاصة بالشفافية الصادرة عام ٢٠١٤.

---

[1] Katia Fach Gomez, opt.cit, p.54.

يحتوى موقع الاكسيد على رابط خاص بالمحكمين ويوجد به قائمة بأسماء المحكمين والموفقين وأعضاء اللجان الخاصة وإلى جانب كل عضو رابط للسيرة الخاص به، كما يوجد محرك بحث للمحكمين ويمكن تضييق نطاق البحث عن طريق المعايير المدرجة مثل: (اللغة، تشكيل هيئة التحكيم، الخبرة ، التعليم..إلخ)، وفى كل سيرة ذاتية يدرج تنبيه ان المعلومات الموجودة فى هذه الملفات متاحة /تم توفيرها بواسطة المحكم نفسه، وتم اتخاذ الاحتياطات اللازمة للتأكد من دقة وحداثة المعلومات الواردة فى هذه السيرة الذاتية، ومع ذلك فإن من يعتمد على المعلومات الواردة فى هذا المستند يجب ان يتحرى بنفسه.

بالرغم من أهمية هذه الخطوة إلا انها لا توفر حلا مناسبا، فتثور الشكوك حول دقة وحداثة المعلومات المدرجة فى السيرة الذاتية، فمثلا بعض المحكمين لا يقومون باستيفاء البيانات بالكامل وفى هذه الحالة توجد خانة تشير "لعدم وجود مستندات ليتم إلحاقها"، وإذا تجاوزنا مسألة البيانات الناقصة، فإن بعض السير الذاتية تحتوى فقط على عبارات مختصرة للغاية لا تعكس كامل خبرات المحكم ومؤهلاته، ومن الجدير بالذكر ان العديد من الأقسام لا يتم تحديثها بصفة منتظمة وذلك كالقسم الخاص بالأبحاث التى نشرها المحكم.

فالثغرات الموجودة بالسيرة الذاتية للمحكم من شأنها ان تؤدى إلى ذات المواقف التى تؤدى إليها عدم استيفاء البيانات فى وثيقة الافصاح كما فى القضايا أمام الأكسيد السابق الإشارة إليها، على سبيل المثال فالحكم الصادر فى The Vito v.

Canada case– وهى القضية التحكيمية التى تم نظرها تحت الفصل ١١ من اتفاقية NAFTA – احتوى الحكم على نقد غير مباشر لعدم تحرى الدقة فى فى صياغة السيرة الذاتية للمحكم وبالتالى وجدت العديد من البيانات غير الدقيقة، وعلق السكرتير العام للأكسيد" انه كان من الأولى بالنسبة للمحكم ألا يفصح فى سيرته الذاتية التى يطلع عليها الخصوم عن نيته فى التقاعد كمحامى طالما ان هذه النية لم تكن مؤكدة."

ويشير الفقه[1] إلى ان الأمر ليس دائما على هذا القدر من البساطة ففى الولايات المتحدة كان عدد كبير من الأحكام التحكيمية مهدد بالإلغاء نظرا لأن المحكم قد أضاف فى سيرته الذاتية بيانات غير سليمة ووصل الأمر إلى انتحاله شخصية محام متقاعد.

ومع ذلك فإن إتاحة السيرة الذاتية للمحكم ليست القاعدة سواء فى تحكيم الاستثمار أم التحكيم التجارى الدولى، بل ولازالت بعض مركز التحكيم تفرض سرية على السيرة الذاتية للمحكمين بمعنى عدم إتاحة الوصول للسيرة الذاتية للمحكم للعامة– كما هو الحال بالنسبة للأكسيد– ومن ذلك غرفة التجارة الدولية بباريس، مركز التحكيم فى غرفة ستوكهولوم للتجارة، وفضلا عن ذلك لا تلزم مركز التحكيم محكميها بالحفاظ على السيرة الذاتية الخاصة بكلا منهم محدثة بصفة دائمة.

[1] Lacey Yong, Imposter arbitrator's award set aside in California, Global Arbitration Review, 2016.

ولا يعنى ذلك –كما سبق البيان – ان وضع الأكسيد نموذجى وذلك لأن المعلومات يتم تجميعها فى خصوص المحكمين سواء عموما أو بناء على السيرة الذاتية التى يقدمها كل محكم ليست على درجة من التفصيل إلى النحو الذى تبنى عليه قرارات هامة ، كاختيار المحكمين أو حتى كأساس لطلبات الرد، إذ نصبح فى دائرة مفرغة لأن حينها سيصرح المحكم انه فى غياب نص يلزمه تفصيليا فقد قدر ان المعلومات التى أدلى بها فى السيرة الذاتية كافية، وكل لذلك بالإضافة إلى التنبيه المدرج فى نهاية كل سيرة ذاتية، الأمر الذى يقود إلى نتيجة مؤدها ان أكثر وسيلة موثوقة هى إفصاح المحكمون بصورة كاملة وصادقة عن سيرتهم الذاتية كاملة وتفصيليا ومحدثة.

ثانيا: واجب المحكم فى التحرى:Duty to investigate

لا يوجد فى قواعد الأكسيد نص صريح يشير إلى واجب المحكم فى التحرى / التحقيق حول الظروف التى من شأنها ان تتوافر فى جانبه وقد تؤدى مستقبلا إلى حدوث تعارض فى المصالح نتيجة نظره قضية تحكيمية معينة ، ومع ذلك فإن هذا الواجب منصوص عليه صراحة فى العديد من قواعد التحكيم التجارى، وقواعد تحكيم الاستثمار وذلك كقواعد غرفة التجارة بباريس، قواعد السلوك فى المركز الدولى لفض المنازعات، وفى مجال تحكيم الاستثمار لعل أبرزها قواعد السلوك الخاصة بالاتفاقية الثنائية للتجارةNAFTA فتقرر ان انه فى سياق واجب الافصاح

على المرشح للقيام بمهمة المحكم ان يبذل مجهود معقول ليعلم بوجود أى مصالح، أو علاقات، أوظروف من شأنها ان تنشئ تعارض فى المصالح.

بالرغم من عدم وجود نص صريح يشير إلى هذا الواجب فى قواعد الإكسيد إلا ان المسألة كانت مطروحة للبحث بغرض الفصل فيها فى العديد من القضايا، وفى هذا الصدد وجد اتجاهين- وبصدد ذات الفرض- وذلك بمناسبة قضية The Suez v. Argentine Republic[1]: والتى لم تفصح فيها المحكم عن احتمالية توليها فى القريب لمنصب الإدارة فى أحد البنوك الأمر الذى من شأنه ان يسفر عن تعارض فى المصالح يؤدى بدوره إلى عدم صلاحيتها لنظر القضايا التحكيمية التى تشكل جزء من هيئة التحكيم فيها، وبررت المحكم ذلك بعدم معرفتها بالترشيح، كما انها قدمت للبنك قائمة بكل التحكيمات الى تنظرها، وأعلمها البنك بعد ذلك انه لا يوجد تعارض بين وظيفتها كمحكم والتزاماتها فى المجال المالى – عملها بالبنك-.

الاتجاه الأول: لزملائها فى هيئة التحكيم كان يميل للتساهل، مقررين فى طلب الرد المقدم ضد زميلتهم ان المحكم قد التزمت بواجبها فى الإفصاح وذلك بالرغم من أنها لم تفصح عن أى من علاقتها أو صلتها بالخصوم وذلك بناء على ما أخطرها به البنك من عدم وجود تعارض فى المصالح.

---

[1] Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3

الاتجاه الثانى: وانتهج فيه المحكمون أعضاء اللجنة – بالنسبة لذات المحكم – اتجاه أكثر تشددا فيما يتعلق بواجبها فى الإفصاح، فى قضية Compania v. Argentine Republic[1] فاللجنة لم تر ان منصب مدير البنك يتمشى مع منصب المحكم الدولى، وان أى شخص يجمع بين المنصبين فهو فى الحقيقة يخاطر وبالتالى يجب عليه ان يبذل مجهودا خاصا فى التحرى وإخطار الخصوم أطراف التحكيم بتعارض المصالح المحتمل فى المستقبل، بالتطبيق على حالة المحكم المطلوب ردها فقد قررت اللجنة ان المحكم لم تقم بواجبها فى التحرى بصورة مناسبة وأنها أهملت واجبها فى التصريح عن كافة المعلومات والظروف الخاصة بها قبل قبولها مهمة التحكيم.

ولا يحتج والحال كذلك بأن المحكم أخطرت البنك بالقضية والبنك أعلمها بعد ذلك بعدم وجود تعارض للمصالح ، بما مفاده ان من قام بالتحرى ليست المحكمة بشخصها ولكن البنك، ذلك ان التحرى الذى قام به البنك "غير مناسب" ، " ولا اعتبار له فى مجال التحكيم فى منازعات الاستثمار"، وبالتالى فلا يعد بديلا عن التحرى الذى ينبغى ان يقوم به المحكم بصفة شخصية، وعلل أعضاء اللجنة ذلك بأن البنك –لأغراضه الخاصة – وإذا وجدت له بالفعل مصالح فى القضية التحكيمية فإن من شأنه تفويضه من قبل المحكم أو على الأقل الاعتماد عليه للقيام

---

[1] مشار إليه لدى:

Katia Fach Gomez, opt.cit, p.55.

بالتحرى ان يعنى ان البنك له ان يسمح أو يرفض بتعيين أعضاء فى هيئة التحكيم من جهة، كما انه حتى بعيدا عن الفرض السابق، قد يكون للبنك معايير ووجهات نظر مختلفة تماما عن الأطراف (الخصوم) فى صدد وجود تعارض فى المصالح من عدمه.

ويؤيد جانب من الفقه[1] –وبحق – الاتجاه الثانى، ففى حال عدم وجود نطاق محدد لواجب التحرى حتى فى قواعد التحكيم التى تنص عليه صراحة، فينبغى فى التعديلات المنتظرة بصدد التحكيم فى منازعات الاستثمار، ينبغى التأكيد على ان واجب التحرى واجب شخصى يجب على المحكم – الملتزم بالمهمة التحكيمية ان يؤدى هذا الواجب بشخصه وذلك من أجل تحقيق الفاعلية، الشفافية، ولاعتبارات حسن النية. وبالتالى فمن غير الملائم تفويض هذا الواجب لشخص آخر، حتى إذا كان يوجد على عاتق المحامين واجب الكشف عن أى تعارض للمصالح فى جانب المحكمين – وبالتالى واجبهم فى التحرى أو التقصى أولا– إلا ان ذلك لا يجّب واجب المحكم فى التحرى، بل يجب ان يتم تحويل هذا الالتزام فى التحرى من واجب أخلاقى إلى مهمة قانونية ملزمة.

وعموما فإن الواجب فى التحرى يطرح اشكالية أساسية وهى المعيار الذى ينبغى ان يتوافر لتقييم التزام المحكم بالتحرى

---

[1] Kathryn A. Windsor, Defining Arbitrator Evident Partiality: The Catch-22of Commercial Litigation Disputes, Seton Hall Circuit Review, Vol. 6:191, 2009, p.213.

ينبغى تحديد المعايير التى يجب ان يتبعها المحكمين فى قيامهم بواجب التحرى، فى سياق التحكيم التجارى الدولى فإن بعض القواعد تستخدم عبارات مثل " يجب على المحكم ان يقوم بالاستعلامات المعقولة للوقوف على احتمالية وجود أى تعارض للمصالح"[١]،"اللأشخاص المرشحون لقبول مهمة التحكيم يجب ان يبذلوا مجهودا معقولا ليعلموا بوجود أى مصالح أو علاقات..."[٢].

كل هذه النصوص وغيرها تستخدم معيار " التدابيرالمعقولة"، وهو ما يشير إلى معيار موضوعى هو معيار الرجل المعتاد، وهو ذات المعيار الذى يشير إليه الخصوم فى إطار اجراءات الاكسيد عند تحريك إجراءات لطلب رد المحكم، غير ان جانب من الفقه[٣] يعتبر ان هذا المعيار غير كافى ولا يتمشى مع الدور الجوهرى الذى يقوم به المحكمون ولكن ينبغى التشديد من هذا المعيار بما يتفق قدرات هؤلاء المحكمون، فمثلا ان يكون المعيار هو تحقيق درجة من النزاهة المتوقعة من شخص قدير ومنظم كالمحكم، وإن كان هذا الرأى على قدر من الوجاهة إلا ان الأمر سيثير إشكالية فى حالة طلب رد المحكم تأسيسا على عدم اتخاذه للتدابير التى يقتضيها واجب التحرى، وهنا نعود إلى فكرة مدى جواز احتجاج المحكم بعدم علمه بظروف معينة، وكيف يؤسس الدليل على اتخاذه لتدابير واجب التحرى من عدمه، وإذا كان حتى الوقت الحالى فى القضايا المنظورة أمام الأكسيد دائما ما

---

[1]Standard 7d, IBA Guidelines, IBA 2014.

[2] Canon 2 B .ABA 2004.

[3] Katia Fach Gomez, opt.cit., p.63.

يفترض حسن النية – خصوصا فى المسائل المطاطة[1]– فى جانب المحكم وانه لا يتوافر فى جانب المحكم ما يدعوه لإخفاء معلومات "عمدا" عن الخصوم، ولكن حتى مع ذلك – ومع التحفظ عليه لدرجة معينة – إلا ان ذلك لن يمنع الصعوبات الإجرائية حال زيادة طلبات رد المحكمين تأسيسا على عدم الالتزام بالتحرى، الأمر الذى يدعو إلى مزيد من الضبط الذى هو نفسه يعد على قدر من الصعوبة فى مجال التحكيم.

[1] Karel Daele, Challenge and disqualification of arbitrators in international arbitration, Kluwer, 2012, p.54.

المبحث الثانى

الجزاء الإجرائى لمواجهة حالات عدم الحياد والاستقلال

إذا كان حياد واستقلال المحكم عموما وفى التحكيم فى منازعات الاستثمار خصوصا أمر على قدر من الأهمية إلى الحد الذى بإمكانه تهديد شرعية نظام التحكيم بأكمله، فكما سبق البيان فكلما تم ضبط واجب المحكم فى الافصاح ووضع أليات لتفعيله، بداية من توضيح كافة المعايير التى يجب ان يستوفيها استجابة لمقضيات واجب الافصاح مرورا بإلزام المحكمين به على نحو جازم، وانتهاء لتطبيق جزاءات – إجرائية – حال المخالفة، كلما تم التقليل من حالات الرد وإجمالا كافة الأخطاء التى من شأنها ان تعترى الاجراءات.

المطلب الأول

رد المحكم فى اجراءات تحكيم منازعات الاستثمار

ويعتبر الرد أهم هذه الأليات قاطبة، فهو الوسيلة الإجرائية المتعارف عليها على مستوى القضاء الوطنى والدولى، وفى إطار الوسائل البديلة لفض المنازعات لمواجهة حالات عدم الحياد، غير ان الأمر –بالذات فى التحكيم فى منازعات الاستثمار– لم يكن على هذا القدر من السهولة لأن ألية التطبيق تواجهها بعض التحديات فى تحكيم الاستثمار، سواء فيما يتعلق بتنظيم اجراءات الرد فى ذاتها، أو موضوعيا فيما يتعلق بالمعيار الذى يتعتمد فى رد المحكم ذلك ان التساؤل يطرح حول درجة الحياد التى ينبغى ان تتوافر لدى المحكم، وإن كان من المتعارف عليه ان درجة الحياد المتطلبة فى المحكم أقل نسبيا من تلك المتطلبة فى القاضى الوطنى– نظرا للطبيعة الخاصة للتحكيم– فهل على المعيار فى رد المحكم فى التحكيم فى منازعات الاستثمار؟

ويمكن بحث ذلك من خلال نقطتين أساسيتين :

الأولى : أوجه الرد الخاصة بالتحكيم فى منازعات الاستثمار

الثانية : معيار الفصل فى طلب الرد.

وقبل ذلك نلقى الضوء على عدد من التحديات التى تواجه التنظيم الإجرائى لرد المحكم، والجهة المختصة بالفصل فى طلب الرد على النحو التالى

التحديات التى تواجه التنظيم الإجرائى لرد المحكم

إذا كان اختيار المحكم على درجة عالية من الأهمية، فإن قواعد التحكيم المطبقة على تحكيم منازعات الاستثمار قد اهتمت بتنظيم اجراءات لرد المحكم من حيث تقديم طلب الرد والفصل فيه، وتتباين تلك القواعد والإجراءات غير انها تتشابه من حيث القاعدة العامة في نقطتين أساسيتين:

الأولى: اشتراط الحياد والاستقلال فى جانب المحكم ، وتنظيم واجبه فى الافصاح على اعتبار ان أسباب الرد يمكن الوقوف عليها بصورة مبدأية – من حيث وجودها من عدمه– من خلال وثيقة الافصاح وما ورد بها، ويمكن مجازا القول بأنه يمكن اعتبارها نوع من التوقى (الاجراء الاحترازى لما من شأنه يثور بعد ذلك من طلبات الرد)

الثانية : لتبرير أو تدعيم طلب الرد المقدم من قبل أحد الخصوم باستبعاد المحكم، يجب ان تقوم شكوك هذا الخصم على أساس أو وفقا لمعيار موضوعي وهو معيار مقارب لمعيار الشخص المعتاد يعبر عنه بأن يمكن ان يقول بوجود عدم الحياد شخص محايد، عقلانى (منطقى)، وموضوعى[١].

[١] ورد النص على هذه المعيار فى العديد من أحكام التحكيم، مشار إليها لدى:

Noah Rubins & Bernhard Lauterburg, Independence, Impartiality and Duty of disclosure in investment arbitration, in Investment and

أما فيما يتعلق بالجهة التى تفصل فى طلب الرد وتسبيب هذا الحكم الصادر فيما بينها فتتباين جهات التحكيم وقواعدها فى هذا الصدد، الأمر الذى من شأنه ان يشكل تحديا بالنسبة لاشتراط الحياد المحكم فى اجراءات التحكيم بصفة خاصة من ناحية، وتحديا لاشتراط الشفافية وشرعية نظام تحكيم الاستثمار عموما من ناحية آخرى.

- **الجهة المختصة بالفصل فى طلب الرد:**

قد يبدو الأمر تنظيميا من الدرجة الأولى غير ان الجهة التى تفصل فى طلب الرد وتحديدها له انعكاسات كبيرة على التحكيم بأكمله، ونعرض فى هذا الصدد لعدد من النماذج .

فى التحكيم المؤسسى وفقا لقواعد المطبقة فى غرفة التجارة الدوليةICC و معهد التحكيم الدولى الملحق بغرفة التجارة الدولية بستوكهولم بالسويد SCC، فإن المؤسسة نفسها هى التى تفصل فى طلبات الرد.

أما فى التحكيم وفقا لقواعد اليونسترال فتقرر ان الجهة التى قامت بالتعيين هى ذاتها الجهة التى تفصل فى طلب الرد، وبدون تسبيب للحكم الصادر فى طلب الرد، وتتباين اتجاهات القضاء فى مراجعة قرارات هيئة التحكيم فى هذا الصدد

Commercial Arbitration – Similarities and Divergences Eleven International Publishing, p.161.

فبعض المحاكم تفضل عدم التعرض لهذه المسألة على أساس انها من القرارات التى اتخذتها مؤسسة التحكيم ذاتها وهو موقف المحاكم فى سويسرا وبلجيكا حينما لم تتعرض مباشرة قرار صادر عن المحكمة الدائمة للتحكيم، غير انه فى كل الأحوال إذا كان قرار الرد محلا لقضية أمام القضاء فيتم الرقابة عليه وفقا لقواعد قانون التحكيم الوطنى فى الدولة محل التحكيم.

وتعتبر قواعد الأكسيد فى تحديدها للجهة التى تنظر طلب الرد من القواعد المختلفة فى هذا الصدد، لأنه وفقا للأكسيد يفصل فى طلب الرد المحكمين الآخريين الذين لم يتم ردهما، وإذا تم تقديم طلب رد أكثر من محكم فى نفس الهيئة أو كانت تتشكل من محكم واحد وطُلب رده ، فإن طلب الرد يفصل فيه من قبل رئيس المجلس الادارى للأكسيد وهو من يشغل فى نفس الوقت منصب رئيس البنك المركزى، ويقرر الفقه[1] فى هذا الصدد انه بالرغم من غياب قواعد صريحة تقرر تسبيب الحكم الصادر فى طلب الرد، إلا ان القرارات الصادرة فى طلبات الرد تكون مسببة باسهاب، ويرى ان ذلك يرجع لاحساس المحكمين عملا بمسئوليتهم عن رد زميلهم من عدمه فيتجهوا إلى تسبيب القرار الصادر عنهم بالتفصيل.

---

[1] Noah Rubins & Bernhard Lauterburg, Independence, Impartiality and Duty of disclosure in investment arbitration, in Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences Eleven International Publishing, p. 162.

فى ذات الاتجاه يثور التساؤل حول فاعلية طلب الرد فى مثل هذا التنظيم لأنه قد يؤدى إلى نتائج مغايرة لما هو قائم أساسا لأنه فى الحالة الثانية- حينما يكون متخذ القرار هو رئيس البنك المركزى- فإن من الوارد بنسبة كبيرة عدم معرفته بالقواعد القانونية المطبقة والمعمول به فى اجراءات التحكيم خاصة فيما يتعلق بتعارض المصالح Conflict of interest ، وهو ما يدلل الفقه على وقوعه فى قضيتين أساسيتين:

الأولى: Generation Ukraine v. Ukraine[1] حيث تم طلب رد أحد المحكمين والذى يشغل منصب نائب المستشار العام لوكالة ضمان الاستثمار المتعددة الأطراف بالبنك الدولي، وكان هذا التحكيم خاضع لقواعد الأكسيد- يفصل فى طلب الرد المحكمين الآخريين- واختلف المحكمون فى هذه القضية حول صلاحية المحكم المطلوب رده لنظر الدعوى نظرا للعلاقة الوثيقة التى تربط بينه وبين البنك الدولى وكذلك أحد أطراف التحكيم، كما رفض رئيس المجلس الادارى للمركز الفصل فى طلب الرد وعوضا عن ذلك طلب توصية من الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة فى هذا الخصوص، غير ان مثل هذا الإجراء غير منصوص عليه فى قواعد الأكسيد، بناء على هذه التوصية قرر رئيس المجلس الادارى طلب رد المحكم.

[1] Generation Ukraine *v.* Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award of 16 September 2003.

الثانية: قضية Siemens v. Argentina[1] أيضا تم طلب رد رئيس هيئة التحكيم وانقسم المحكمين المتبقيين ولم يصلوا إلى قرار حول صلاحية المحكم، ثم أحيل الأمر بعد ذلك إلى رئيس المجلس الادارى للمركز والذى قام بطلب توصية فى هذا الخصوص من الأمين العام للمحكمة الدائمة للتحكيم وبناء عليها رفض طلب الرد المقدم من الارجنتين بدون تسبيب.

يرى جانب من الفقه[2] انه على الرغم من تميز اجراءات الأكسيد فى خصوص طلبات الرد والفصل فيها، إلا ان التساؤل يثور حول طريقة الفصل فى الطلب من قبل زملاء المحكم وهل يتم ذلك بصورة منفصلة عن الاعتبارات المهنية والعملية التى تربط بينهم؟، فى الوقت الذى تفصل سلطة التعيين ذاتها فى التحكيم المؤسسى فى طلبات الرد ولا يكون من المعلوم الأشخاص الذين فصلوا فى طلب الرد، لأن الأسماء تكون مجهلة ، كما ان هذه المؤسسات كغرفة التجارة الدولية وغيرها تحرص على سمعة التحكيم وبالتالى فهى تولى أهمية قصوى لاعتبارات تعارض المصالح وكيفية تطبيقها، وإذا فرض ان المحكمين فى إطار الأكسيد يستبدلوا تلك الضمانات بالتسبيب، فإنه يبقى الفرض حين يفصل فى طلب الرد رئيس المجلس

---

[1] Siemens *v.* Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Award of 6 February 2007.

[2]Noah Rubins & Bernhard Lauterburg, Independence, Impartiality and Duty of disclosure in investment arbitration, in Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences Eleven International Publishing, p. 163.

الادارى للأكسيد والذى يشغل فى نفس الوقت منصب رئيس البنك الدولى، فمن خلال القضيتين السابقتين يؤكد الفقه[1] على وجود تعقيدات وتعارض للمصالح قد ينشأ باتباع هذا الطريق.

- **تسبيب القرارت الصادرة فى طلبات الرد:**

لعل التساؤل حول تسبيب الأحكام أو القرارات الصادرة فى طلب الرد على قدر عال من الأهمية لأنه فى التسبيب ما يتيح للخصوم الوقوف على كيفية تطبيق مبدأ حياد المحكم واستقلاله فى تحكيم الاستثمار، كما ان من شأنه الرقابة على فاعلية الرد وتحقيقه لأهداف، بعبارة آخرى هل الحق فى طلب الرد مبرر أم يندرج ضمن فكرة التعسف فى استخدام الحق، وهل يستخدم كذريعة أو ستار للطعن فى الأحكام على خلاف ما هو معمول به من ان الأحكام التحكيمية – وفقا لبعض القواعد– نهائية.

فى البداية يجدر الإشارة إلى الأحكام الصادرة فى طلبات الرد من هيئة التحكيم لا تسبب فى إطار غرفة التجارة الدولية ومحكمة لندن وغيرهم، على خلاف الوضع فى الأكسيد حيث تصدر الأحكام فى هذا الصدد مسببة ومسهبة فى بيان سبب الرد

[1]Noah Rubins & Bernhard Lauterburg, Independence, Impartiality and Duty of disclosure in investment arbitration, in Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences Eleven International Publishing, p. 163.

والمعيار الذى اتبع للفصل فيه وللوقوف على حياد المحكم، ومع ذلك ونظرا لاعتبارات الشفافية بدأت بعض مؤسسات التحكيم فى نشر بعض الأحكام الصادرة فى قرارات الرد، ولكن على نطاق ضيق للغاية مقارنة بالأكسيد.

أرى ان بحث فاعلية اجراءات الرد من منظور الجهة التى تفصل فى الطلب يلفت النظر إلى الحاجة إلى تحديد جهة تكون قادرة على الفصل بحيادية وتوفر الموثوقية فى القرار الصادر عنها، حتى لا نصبح أمام إشكالية جديدة وهى مدى حياد الجهة التى تفصل فى توافر حياد المحكمين التابعين لها أساسا، ويصبح الأمر كأنه دائرة مفرغة تتمسك بالحياد كشعار لكنه أمر خال من المضمون لغياب معايير الشفافية، وعدم وضوح الأسباب التى يستند إليها طلب الرد فى كثير من الأحوال، مما محصلته غياب قواعد ثابتة فى التقدير فى هذا الصدد. قد يبدو تطلب التسبيب على هذه الصورة أمر به قدر من المبالغة أخذا فى الاعتبار طبيعة التحكيم، غير أنى أؤيد ان الطبيعة المتميزة لتحكيم الاستثمار من حيث موضوعه وأطرافه قد تبرر هذا النوع من الضمانات.

الفرع الأول

أسباب الرد فى تحكيم الاستثمار تأسيسا على تعارض المصالح

توجد العديد من الأسباب التى يستند إليها الخصوم فى تحكيم الاستثمار عموما ووفقا لقواعد الأكسيد خصوصا لطلب رد المحكم، وتعد بعضا من هذه الأسباب من المتعارف عليه عموما فى أليات فض النزاع عموما كمحاباة المحكم لأحد الخصوم مثلا، أو الصلة بين المحكم وأطراف النزاع أو من يمثلهم، ومنها ما يتصل بسبق الفصل فى دعوى مماثلة أو سبق تعيينه للفصل بين ذات الخصوم و فى ذات اتفاق التحكيم ولكن بخصوص وقائع آخرى .. وهكذا.

على ان تلك الأسباب لدى دراستها تؤكد بالضرورة على :

- مدى تشكيل تلك الأسباب سببا لرد المحكم وما المعيار فى ذلك .

- مدى الدور الذى يلعبه واجب المحكم فى الإفصاح للتقليل من حالات رد المحكم و لضبط شرعية تحكيم الاستثمار من ناحية آخرى.

ويمكن تقسيم أسباب رد المحكم فى تحكيم الاستثمار إلى طائفتين أساسيتين:الأولى وهى الأسباب التى تتصل بسلوك المحكم أثناء سير اجراءات التحكيم، الثانية: الأسباب التى تتعلق بخلفية المحكم المهنية ، وهو ما له أوثق الصلة بواجب الافصاح.

أولا: الأسباب التى تتصل بسلوك المحكم أثناء سير اجراءات التحكيم:

فى إطار قواعد الأكسيد تم تقديم طلب الرد استنادا إلى هذا السبب فى حق اثنين من المحكمين فى قضية Abcalat and others v. Argentine Republic[1] طلبت الارجنتين رد كلا من المحكمين فى هذه الدعوى التحكيمية تأسيسا على انهم اتخذوا العديد من القرارات فيما يخص الاجراءات (أوامر اجرائية Procedural decisions)، وتم اعتبارها غير عادلة من قبل الخصوم ومؤشر على استقرار عقيدتهم على الاضرار بالاجراءات[2] الأمر الذى لا يجد له ما يبرره سوى عدم حياد أو استقلال هؤلاء المحكمين، ومع ذلك فلم يقبل هذا الطلب فى أول نزاع بين الطرفين أمام المحكمة الدائمة للاستثمار ولا أمام الأكسيد، وقد قرر السكرتير العام فى هذا الصدد: ان طلب الرد غير مقبول ذلك ان مجرد وجود عيوب فى الحكم الصادر لا يقوم بذاته كأساس صالح للرد وسواء كانت هذه العيوب موضوعية أم إجرائية، ولكن كان على الخصم طالب الرد، ان يقدم عدد من الأدلة الإضافية التى

---

[1] الحكم بالكامل فى مسألة الرد متاح على الموقع التالى

http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C95/DC4152_En.pdf

Last visited 7/3/2020.

[2] مثال لهذه الأوامر الاجرائية بعد تعيين خبيروالموافقة عليه بصفة مبدئية من قبل الخصوم، أضاف المحكمان محكما آخر، الأمر الذى عارضه الخصوم لما من شأنه ان يزيد فى التكاليف ويقلل من فاعلية الإجراء.، الحكم السابق ، ص ٢،

.ICSID Case No. ARB/07/5

من شأنها ان توفر سببا للرد بدلا من الاستناد فقط إلى تحليل طلبات الخصوم بصدد الاجراءات وتعليقاتهم عليه، الأمر الذى اعتبر معه طلب الرد المقدم من المدعى عليه مجرد "تعبير عن عدم الرضا" بالاجراءات التى أمر بها المحكمون.

على الجانب الآخر ففى قضية Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador[1] ادعت الاكوادور عندما طلبت رد المحكم ورفض طلب الرد، إلا ان هذا الطلب تم تأييده فى مرحلة لاحقة ذلك ان المحكم فى تعليقه على طلب رده الأول أجاب بأن المحامى الممثل للاكوادور فى أحد المذكرات التى طرحها على هيئة التحكيم كشف عن معلومات سرية خاصة باجراءات تحكيم آخرى الأمر الذى يجعل سلوك محامى الاكوادور – وليس سلوكه هو (أى المحكم) – محل للتساؤل حول جوازه أخلاقيا. الأمر الذى اعتبر معه رئيس الأكسيد ان هذه الاجراءات بلا طائل، وان أى شخص من الغير بالنسبة للاجراءات يمكنه ان يقف بوضوح على عدم حياد المحكم تجاه دولة الاكوادور ومن يمثلها.

[1] Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5 formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador PetroEcuador

فى قضية ConocoPhillips II [1] انتقدت دولة فينزويلا موقف المحكمين واصرارهم على عدم إعادة النظر فيما يتصل بمسألة الاختصاص تأسيسا على ان القرار فى هذا الصدد أسس على قرائن تم استنتاجها من وقائع تم عرضها على هيئة التحكيم بطريقة غير صحيحة، وأكدت فينزويلا على اصرار المحكمين على قرارهم وعدم الرغبة فى تغييره رغم احتمالية وجود خطأ فى الوقائع التى أسس عليها، واتبعت الأكسيد ذات النهج كما فى القضية الأولى Abcalat حيث قررت عدم قبول طلب الرد واعتبرت ان طلب الرد المقدم من فينزويلا ما هو إلا انعكاس لعدم رضا الدولة عن قرار هيئة التحكيم فى هذه المسألة وان الفصل فى الاختصاص هو من المسائل التى تدخل فى اختصاص المحكمة ولا تعتبر فى ذاتها أساسا لطلب الرد.

إجمالا من القضايا السابقة فإن الاعتراض على سلوك المحكمين أو وجود أخطاء أو عيوب بالحكم لا يبررها إلا عدم حياد المحكم من وجهة نظر الخصوم لا يعتبر سببا كافيا يدعم طلب الرد، ولكن يجب ان يستند طلب الرد فى الأساس على وجود

---

[1] Conoco Phillips Petrozuata B.V., Conoco Phillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30.

Available at:

https://inestmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/245/conocophillips-v-venezuela/

Last visited 8/ 3/2020.

عوامل للتأثير على المحكم ويقدم أدلة إضافية على هذا التأثير، ويعتبر جانب من الفقه[1] ان هذه الطريقة فى تقييم هذا السبب لرد المحكم منطقية بالذات فى التحكيم فى إطار الإكسيد ذلك ان فى هذا الأخير لا توجد وسيلة للطعن فى الأحكام فلا ينبغى ان يتخذ من طلبات الرد باب خلفى للطعن على أحكام المحكمين.

غير ان ذلك لا يعنى ان وجود شك حول سلوك المحكم من شأنه ان يعكس عدم حياده هو سبب مستبعد باعتباره أحد أسباب الرد، بل انه قائم بالذات فى الحالات التى لا يملك فيها أحد الخصوم أى دليل على عدم حياد المحكم وكذلك إذا أخذنا فى الاعتبار ان الحياد هو أمر نفسى يعبر عن "حالة عقلية " للمحكم، فهنا يجب ان يتم الرجوع إلى معيار موضوعى هو معيار الشخص المعتاد، فينبغى ان يدل سلوك المحكم فى الاجراءات على عدم الحياد حتى بالنسبة إلى شخص ثالث من الغير لا دخل له بالاجراءات.

ثانيا: المعرفة المسبقة بين المحكم وأحد المشاركين فى الاجراءات:

يعتبر السبب الرئيسى فى طلبات الرد التى قدمت فى تحكيم الاستثمار عموما ومن ضمنها التحكيم وفقا لقواعد الأكسيد، وترد هذه المعرفة إلى ثلاثة صور رئيسية:

١. المعرفة المسبقة بين المحكم وأحد الخصوم أو من يمثلهم:

[1] M.Caplan, Arbitrator Challenges at the Iran- United States Claims Tribunal, in Challenges and recusals of judges and arbitrators in international courts and tribunals, Chiara Giorgetti ed.,2015, p.124-125.

بالرغم من ان درجة الحياد المتطلبة فى المحكم الذى يرأس هيئة التحكيم هى ذات الدرجة التى ينبغى ان تتوافر لدى المحكم المعين من قبل أحد الخصوم، إلا ان اشتراط الحياد فى الأخير ينبغى ان يؤخذ معه فى الاعتبار وجود درجة من المعرفة بين المحكم المعين والخصم الذى عينه، ومع ذلك فإن وجود علاقة بين أحد الخصوم والمحكم هو من الأسباب الشائعة لطلب الرد فى تحكيم الاستثمار، وقدمت عدد من طلبات الرد لهذا السبب فى بعض القضايا التحكيمية التى طبقت قواعد الأكسيد.

ففى القضية السابق الإشارة إليها Amco Asia دفع المدعى عليه بوجود معرفة مسبقة بين محكم المدعى وشركة المحاماه الخاصة بالمدعى من شأنها ان تثير الشك حول حياد هذا المحكم، الأمر الذى رفضته هيئة التحكيم التى تنظر طلب الرد مقررة ان المعرفة المسبقة فى ذاتها لا تشكل سبب للرد لأنها من الأمور المتأصلة فى نظام المحكم المعين من قبل أحد الخصوم، فيجب على الخصم الطالب للرد أن يقدم أدلة إضافية على عدم حياد المحكم وان تؤكد ان عدم حياد المحكم محتمل برجة كبيرة.

أيضا فى قضية Alpha Projektholding[1] تأسس طلب الرد على ان التعليم المشترك بين المحكم المعين من قبل المدعى ومحامى المدعى عليه من شأنه ان

[1] Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16

يثير الشك حول حياد المحكم واستقلاله، وبالرغم من ان عبء الاثبات الواقع على الخصم طالب الرد أقل من المعتمد وفقا لمعيار Amco Asia إلا ان باقى المحكمين قرروا ان السبب الذى يستند إليه طالب الرد"هزيل" ولا يثير أى شكوك حول صلاحية المحكم للفصل فى موضوع النزاع باستقلال وحياد، مع الأخذ فى الاعتبار انعدام الخبرة السابقة للمحكم المطلوب رده فى تحكيم الاستثمار، – فإن ذلك وإن كان من شأنه ان يدلل على رغبة المدعى فى تعيين محكم غير مؤثر – إلا انه مع ذلك فإن المعرفة المسبقة لا يمكن ان تشكل سببا للرد.

وإجمالا يمكن القول ان أسباب الرد التى تستند إلى العلاقة المسبقة–المهنية أو التعليمية– بين المحكم والمحامي، على أساس ان من شأن تلك الصلة ان تجعل عقيدة المحكم متوقعة بالنسبة لأحد أطراف التحكيم فيمكنه ان يؤثر على القرار الصادر من المحكم من جانب، أو من شأنها ان تشكل قرينة على عدم حياد المحكم من جانب آخر– لم تلق دائما قبولا لدى المحكمين الذين ينظروا طلب الرد، ويمكن التعبير عن ذلك مما جاء فى عبارة الحكم الصادر فى طلب الرد فى قضية [1] Nations Energy فقرر: ان مجرد وجود نوع من العلاقة المهنية بين

Decision on disqualification available at:
https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0025.pdf

[1] Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc., and Jamie Jurado v. The Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/06/19 available at: https://www.italaw.com/cases/739

المحكم وأحد أشخاص خصومة التحكيم –وأكدوا– لا يعتبر سببا يؤدى إلى رد المحكم تلقائيا ، عوضا عن ذلك ينبغى ان تكون الصلة على درجة عالية من الأهمية وفى ضوء الظروف بأكملها لتثير الشك حول صلاحية المحكم للحكم بحرية واستقلال.

على الرغم من ان أغلبية طلبات الرد لهذا السبب لم يتم قبولها فى إطار الإكسيد ومع ذلك يجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى قضية تحكيمية قبلت فيه هيئة التحكيم طلب الرد، وقضية آخرى تنحى فيها المحكم مختارا بسبب العلاقة المهنية التى تربطه بأحد الخصوم فى الدعوى.

القضية الأولى: Blue Bank[1] تم قبول طلب الرد المقدم من فينزويلا تأسيسا على علاقة الوكالة بين المحكم والمدعى، ذلك ان المدعى يمثله شركة المحاماة الخاصة بالمحكم، فالمحكم المعين من قبل المدعى كان شريك فى مكتب محاماه (بيكر اند ماكنزى) فى مدريد ونيويورك ، وبالتزامن مع الاجراءات قدم المكتب استشارة قانونية بخصوص اجراءات آخرى لا تتعلق بالدعوى التحكيمية الحالية ولكنها أيضا مرفوعة ضد نفس المدعى عليه فى القضية الحالية وتتصل بمسائل مشابهة، ولما كان الوضع كذلك، فإنه يعنى ان المحكم فى قضيةBlue Bank يجب عليه ان يفصل

[1] Blue Bank International & Trust Barbados Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/20

Available at: https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/468/blue-bank-v-venezuela

فى مسائل ذات صلة بالمسائل التى يعمل عليها زملائه فى مكتب المحاماة بالتزامن بين نفس الخصوم ولكن فى اجراءات تحكيم آخرى.

الأمر الذى دفع معه المدعى عليه(الخصم طالب الرد) تأسيسا على إمكانية ان يثور شك معقول لدى أى شخص معتاد حول ما إذا كان المحكم –الذى يشارك فى شركة محاماة دولية لها دور كبير فى التحكيم – بإمكانه ان يوقع على حكم ويرفض فيه الطلبات والدفوع المقدمة ضد المدعى عليه والمقدمة من قبل زملائه فى نفس شركة المحاماه ضد نفس المدعى عليه، وهو ما برر قبول رئيس الأكسيد طلب الرد بناء على توافر مظهر عدم الحياد والمستفاد من مجموع الوقائع المحيطة بالمحكم.

القضية الثانية: Vannessa Ventures[1] تنحى فيها رئيس هئية التحكيم – وقدم استقالته بدون ان يتم طلب رده، عندما مثل زميل له فى اجراءات تحكيمية – ليس فى نفس الخصومة ولكن فى خصومة تحكيم آخرى تنعقد بالتزامن مع الخصومة الحالية– كمحامى للمدعى فى الجلسات.

٢. تبادل الأدوار بين المحكم والمحامى:

[1] Vannessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARBAF04/6, available at:

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8730.pdf

فى العديد من الحالات يمكن ان يتأسس طلب الرد على تبادل الأدوار بين المحامى والمحكم فى العديد من القضايا التحكيمية، بمعنى ان يكون هناك قضية يمثل فيها (أ) بوصفه محكما و(ب) بوصفه المحامى الممثل لأحد الأطراف، وتأتى قضية آخرى بعد ذلك نجد فيها نفس الأشخاص ولكن بأدوار مختلفة فيكون (ب) محكما بينما (أ) محاميا[1].

مثال ذلك فى قضية SGS[2] سبق وعمل المحكم والمحامى فى هذه القضية فى قضايا آخرى سابقة ولكن كانت الأدوار معكوسة، وفى واحدة من هذه القضايا رفضت هيئة التحكيم جميع الادعاءات المقدمة ضد المكسيك (الدولة المدعى عليها والتى كان يمثلها المحكم فى قضية SGS) وتعتبر المكسيك من أهم عملاء مكتب المحاماه الخاص به وكانت الوكالة مستمرة عند قبول المحكم لمهمة التحكيم وورد ذكرها فى وثيقة الافصاح، فادعى الخصم طالب الرد ان المحكم فى قضية SGS غير قادر على الحكم بتجرد لأنه يشعر بالامتنان قبل محامى المدعى عليه

---

[1] Malclom Langford, Daniel Behn, Runar Hilleren Lie, The revolving door in international investment arbitration, Journal of International Economic Law, Oxford, 2017, p.1-28.

[2] SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan ICSID Case No. ARB/01/13, available at:https://jusmundi.com/en/document/decision/en-sgs-societe-generale-de-surveillance-s-a-v-islamic-republic-of-pakistan-decision-on-claimants-proposal-to-disqualify-arbitrator-thursday-19th-december-2002#decision_1345

(المحكم فى القضية التحكيمية السابقة)– سواء عن وعى أو عن غير وعى– لأنه حكم لصالحه(لصالح من يمثله) فى قضية سابقة. وحكم باقى المحكمون برفض طلب الرد لأن اعتباروا ما جاء فى طلب الرد محض شكوك وافتراضات، وإذا كان المدعى فى طلب الرد يلمح إلى ان كلا من المحكم والمحامى فى هذه القضية يميلوا إلى تفضيل عملاء بعضهم البعض، فيجب ان يقدموا دليلا جازما على هذه "الشراكة المتبادلة".

على ان تبادل الأدوار على هذا النحو ليس هو الصورة الوحيدة فنفس الشخص قد يكون محكما فى أحد القضايا التحكيمية، وممثل / محامى المدعى عليه أو المدعى عليه فى قضية تحكيمية آخرى تنظر بالتزامن معها أو حتى بالتتابع، الأمر الذى قد يبرر رد المحكم، والمثال الأشهر لهذه الحالة هو قضية Telekom Malaysia Berhad v. Ghana[1] وهو التحكيم الذى تم وفقا لقواعد اليونسترال حيث قامت

---

[1] Telekom Malaysia Berhad *v.* Ghana, UNCITRAL Artbitration, Permanent Court of Arbitration at the Hague, PCA Case No. 2003-03

بيانات القضية دون الحكم متاحة على :

https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/114/telekom-malaysia-v-ghana

تستند غانا فى دفاعها فى القضية المرفوعة من ماليزيا إلى دفع معين ان ما قامت به الدولة لا يعتبر مخالفا لقواعد الاتفاقات الثنائية المبرمة لأن تصرف الدولة لا يعتبر تم اتخاذه بوصفه من أعمال السلطة العامة، وفى القضية التحكيمية الآخرى المرفوعة بالتزامن مع قضية غانا، فإنها تهدف إلى إلغاء حكم التحكيم الذى قبل هذا الدفع وتأسس عليه لصالح دولة المغرب، وفى هذه

غانا بتقديم طلب رد المحكم المعين من قبل المدعى تأسيسا على انه فى ذات الوقت يُمثل المدعى فى قضية تحكيمية آخرى (محام المدعى) تتناول بطلان حكم التحكيم فى قضية RFCC v. Morocoo وهو الحكم الذى تستند إليه غانا فى دفاعها.

دعت غانا المحكم فى هذه القضية للاستقالة غير انه رفض، فأحيل الأمر إلى الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة، والتى رفضت طلب الرد بدون إبداء أسباب، فقامت غانا بعرض الموضوع على المحكمة فى لاهاى مكان التحكيم ، والتى استمعت إلى المحكم الذى أكد على ان المسألة موضوع النزاع فى القضيتين مختلفتين وان فى النهاية مهمة المحكم هو تطبيق القانون الواجب على النزاع والذى يتمثل فى الاتفاقيات الثنائية بصورة أساسية وهو الأمر المختلف بين القضيتين، غير ان المحكمة فصلت فى النهاية بإلزام المحكم بالإستقالة من وظيفته كمحامى

الاجراءات يقوم المحكم فى القضية الأولى المرفوعة على دولة غانا بدور المحامى الذى يمثل الشركة المدعية التى تهدف إلى إلغاء الحكم.

اعتبرت غانا ان قيام المحكم فى قضيتهم بهذا الدور أى المحامى من شأنه ان يعكس وجود قناعة مسبقة تثير شكوك مبررة – من وجهة نظرهم– حول قدرة المحكم على الحكم بحيادية وتجرد فى قضيتهم.

للمدعى فى اجراءات إلغاء حكم التحكيم الصادر لصالح المغرب ليستمر فى نظر النزاع الحالى كمحكم[1].

إجمالا يمكن القول ان تبادل الأدوار بين المحكم والمحامى سواء لنفس الشخص أو لأشخاص مختلفين فى ذات القضية وقضايا سابقة أو متزامنه لا يعتبر سبب مباشر فى حد ذاته لقبول طلب الرد –أرى من القضايا السابق العرض لها ان ذلك مما ينطبق على حالة تعدد الأشخاص – ، أما عندما يكون نفس الشخص، فيمكن القول ان كما يشير جانب من الفقه[2] أنه على سبيل المثال فى الأكسيد لا ينظر المحكمون للأمر على انه وضع طبيعى تماما ولا يشكل أى ضرر، ومع ذلك وجود هذا الفرض لا يؤدى بصورة تلقائية إلى قبول طلب الرد.

غير انى أرى فى خصوص تقدير هذا السبب من أسباب الرد ان :اولا: فيما يتعلق بطبيعة التحكيم فمن الوارد ان تحدث مثل هذه الفروض، ولكن الأمر يأخذ بعدا

---

[1] طلبت غانا رد المحكم للمرة الثانية على أساس أن اجراءات الرد الأولى والتى وصلت إلى القضاء من شأنها ان تؤثر على حياد المحكم لكن تم رفض هذا الطلب ، فيما يلى الحكم برفض طلب الرد الثانى من القضاء ومشار فيه لأسباب الحكم برفض طلب الرد الأول

Decision of the District Court of The Hague of 18 October 2004 , The Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad challenge No.13/20044, available at:

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0922.pdf

[2] Maria Nicole Cleis, The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators, opt.cit., p.64.

آخر تحت تأثير من خصوصية المسائل التى يتناولها تحكيم الاستثمار ووجود عنصر المصلحة العامة فيها بدرجة أو بآخرى، ثانيا: ومع ذلك يمكن القول ان المحكمين من أولوياتهم الحفاظ على مظهر الحياد لسمعتهم قبل مصلحة الخصوم ، غير انى أجد ان التعويل على أمانة المحكمين ونزاهتهاا- وهو أمر له ثقله- لا يصلح ان يكون السبب الوحيد لرفض طلب الرد وينبغى الأخذ فى الاعتبار عدد من المظاهر التى لا يستقيم منطقيا وجودها ووجود الحياد معا على سند من الثقة فى نزاهة المحكم، ويجدر الإشارة إلى ما جاء فى الحكم الخاص بإلزام المحكم فى قضية غاناTelekom Malaysia v. Ghana من الانسحاب من دوره كمحام المدعى فى قضية المغربRFCCv. Morocoo –كما سبق الإشارة – حيث قررت المحكمة[1]:" يجب ان يؤخذ فى الاعتبار مظهر الحياد الخاص بالمحكم ، وما يدلل عليه من عدم قدرة المحكم على الفصل بصورة كاملة بين دوره كمحكم وبين الدور الذى يلعبه فى دعوى إلغاء حكم تحكيم فى قضيةRFCC v.Morocoo ، ولا يغير من حقيقة انتفاء مظهر الحياد والحال كذلك حقيقة ان أوجه الطعن فى حكم التحكيم محدودة.

[1] Decision of the District Court of The Hague of 18 October 2004 , The Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad challenge No.13/20044, available at:

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0922.pdf

لأن فى اجراءات التحكيم تجنب مظهر عدم الحياد هو مفترض ضرورى وهام لضمان الثقة وبالتالى فاعلية التحكيم فى منازعات الاستثمار."

الفرع الثانى
المعيار فى رد المحكم

دائما ما يرتبط تحديد المعيار الواجب توافره لرد المحكم بمقدار الحياد المتطلب فى المحكم – الأمر الذى يرد إلى طبيعة التحكيم ذاته.

فى هذا الصدد فإن القواعد رد المحكمين فى تحكيم الاستثمار تتشابه فيما بينها على مستوى النصوص، غير ان قواعد الأكسيد لها ذاتية خاصة ، ذلك ان معيار رد المحكم فى قواعد الأكسيد أفرد له العديد من الأحكام أكثر من غيرها من قواعد التحكيم ، والتى تتميز بأن من شأنها ان تزيد من عبء الاثبات على الخصم طالب الرد، لذا نتناول بالتفصيل معيار رد المحكم وفقا لقواعد الأكسيد مع الاشارة للمعيار المطبق فى قواعد التحكيم الآخرى.

من خلال طلبات الرد التى قدمت لهيئات التحكيم فى الأكسيد وجد ان المعيار المحكمون فى قبولهم لطلبات الرد ينقسموا إلى إتجاهين أساسيين ويعرف كل معيار باسم القضية التحكيمية التى أرسته.

المعيار الأول: وهو معيار الدليل القاطعStrict proof وهو ما جاء ردا على طلب رد فى قضية Amco Asia، وفيه اشترط المحكمون ان يثبت الخصوم الانحياز الفعلى للمحكم.

المعيار الثانى: هو معيار الشك المعقول Reasonable Doubt وهو ما جاء ردا على طلب الرد فى قضية Vivendi v. SGS.

أولا: معيار الدليل القاطع فى قضية Amco Asia[1]:

كان أول طلب يتم تقديمه وفقا لقواعد الأكسيد فى هذه القضية يعتبر هذا الحكم مؤشر على أحد المعايير التى تنطبق فى صدد إثبات عدم استقلال المحكم وبالتالى قبول طلب رده، إذ تبنى المحكمون فى هذه القضية إلزام الخصم طالب الرد بتقديم دليل دامغ وقاطع من شأنه ان يشكل قرينة على عدم استقلال المحكم Strict proof، وتتلخص وقائع طلب الرد فى ان دولة اندونيسيا طلب رد المحكم المعين من قبل المدعى تأسيسا على ان المحكم قبل تعيينه ولكن بعد بدء اجراءات التحكيم قام بتقديم مشورة قانونية لأحد المساهمين الأساسين فى الشركة المدعية– فى التحكيم– كما ان شركة المحاماه الخاصة بهذا المحكم شاركت مستشار الشركة المدعية مساحات مكتبية وخدمات لوجستية فى مكان العمل لمدة عام ونصف أثناء اجراءات التحكيم وكما وجدت فترة طويلة تم فيها مشاركة الأرباح بين الشركتين – المحكم المعين ومستشار الشركة المدعية– غير ان هذه الرابطة انقطعت قبل استهلال اجراءات التحكيم، كل هذه الظروف رأت دولة اندونيسيا ان من شأنها ان تثير الشك حول توافر الاستقلال فى جانب هذا المحكم.

---

[1] Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia *Amco Asia*, icsid Case No. ARB/81/1, Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator June 24, 1982,

وقد قرر المحكمون المتبقون للفصل فى طلب الرد عدم قبول هذا الطلب تأسيسا على ان الخصوم يجب ان يقدموا دليلا دامغا على توافر انحياز فعلى فى جانب المحكم، فانتهى المحكمين فى الفصل فى طلب الرد إلى وجوب تقديم دليل على عدم استقلال المحكم، وليس فقط تقديم دليل على قيام الوقائع السابقة، بحيث يكون المعيار فى هذا الصدد ان يكون عدم استقلال المحكم واضحManifest، أو يغلب الظن على وجوده بدرجة كبيرة highly probable، وليس فقط احتمالية عدم الاستقلال أو الاشتباه فى عدم توافره فى جانب المحكم، وبناء عليه طرحت هيئة التحكيم طلب الرد، لأن الوقائع التى ساقها طالب الرد وإن كانت مثبته إلا انها لا تكفى فى ذاتها لتشكل دليلا على عدم استقلال المحكم على النحو الذى يوجب رده، هذا من ناحية.

من ناحية آخرى وجد المحكمون ان الاستناد إلى وجود نوع من التعامل أو المعرفة المسبقة بين المحكم وأحد الخصوم أمر غير دقيق ومن شأنه ان يؤدى إلى نتائج غير مقبولة، ففى الأساس أن وجود محكم معين من قبل أحد الخصوم هو من الاجراءات المتعارف عليها فى تحكيم الاستثمار، فمن شأن اتخاذ تلك المعرفة كأساس لطلب الرد هو أمر يتنافى مع طبيعة الاجراءات المقررة أساسا فى هذا الصدد على نحو ما سبق بيانه.

ثانيا: معيار الشك المعقول المطبق فى قضية Vivendi and SGS:[1]

طلب الرد الثانى الذى تم تقديمه وفقا لقواعد الأكسيد فى هذه القضية، تم تقديمه من قبل الارجنتين التى طلبت رد أحد أعضاء اللجنة تأسيسا على ان أحد الشركاء فى مكتب المحاماه الذى يمتلكه قد قام بتقديم استشارة قانونية تتصل بالضرائب إلى أحد رؤساء الشركة المدعية السابقين.Vivendi Universal S.A الأمر الذى لم يشارك فيه شخصيا المحكم المطلوب رده شخصيا، كما ان تلك الاستشارة لا تتعلق بموضوع النزاع المطروح على التحكيم.

فرفض زملاء المحكم فى اللجنة رده، كما انتقدوا أسباب قبول طلب الرد فى قضية Amco V. Asia مؤكدين انهم لن يقوموا بتأييد طلب الرد استنادا إلى مجرد اعتقاد أو تدخل ليس له ما يبرره، فلقبول طلب الرد يجب ان تؤدى الظروف جميعا إلى إثارة شكوك جدية حول حياد المحكم، المعيار الذى طبقه أعضاء اللجنة يستوجب أولا ان يقوم الخصوم بتأسيس الوقائع التى يستندوا إليها فى طلبهم الرد،فإذا استطاع الخصوم الاثبات فيمكنهم الاستناد إلى هذه الوقائع كدليل – استدلالات) على عدم حياد المحكم، فإذا كان من شأن هذه الوقائع ان تشكل خطر حقيقى قبلت الهيئة طلب الرد.

---

[1] Compañia de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic *Vivendi*, icsid Case No. ARB/97/3, Decision on Challenge to the President of the Com-mittee Sept. 24, 2001.

وقد طبق هذا المعيار فى العديد من طلبات الرد اللاحقة – فحتى وإن اختلفت المصطلحات المستخدمة إلا انها تشير إلى ذات المعيار، ففى قضيةEDF قررت هيئة التحكيم انه" من اللازم ان يكون عدم الحياد واستقلال المحكم ملموس، فيجب ان يثبت لدى شخص من الغير – على اعتبار انه معيار موضوعى– ان استقلال المحكم فى ظروف معينة من شأنه ان يتأثر". وفى قضية آخرى طالبت هيئة التحكيم الطرف مقدم طلب الرد ان يؤسس الوقائع التى من شأنها ان تؤيد وجود قرائن على عدم حياد المحكم.

وفى هذا الصدد حاول الفقه وضع معيار للتحيز المُبرر لطلب الرد وفقا لهذا الاتجاه، فالمعيار هو التحيز الظاهر Manifest والذى يعنى التحيز الواضح أو الأقرب للثبوت منه إلى الظن، ويستفاد من مجموع الظروف التى يستنتج منها عدم حياد المحكم، وقد برز هذا الاتجاه فى التطبيق بقوة فى قضية Caratube [1] حيث قرر المحكمين قبول طلب الرد مقررين ان نزاهة وحيادية وانفتاح المحكم الذى تم طرده ليست محل نقاش ولا خلاف عليه، غير ان الظروف التى أثارها الخصم طالب الرد من وجهة نظر موضوعية من شأنها ان تلقى بظلال الشك حول حياده

[1] Chiara Giorgetti, Caratube v. Kazakhstan: For the First Time Two icsid Arbitrators Uphold Disqualification of Third Arbitrator, American Society for International Law INSIGHTS Sept. 29, 2014, available at: http://www.asil.org/insights/volume/18/issue/22/caratube-v-kazakhstan-first-time-two-icsid-arbitrators-uphold

فى هذه القضية بالذات، فالأمر لا يتعلق بالمحكم شخصيا ولكن وصلت اللجنة لهذه النتيجة من خلال معيار موضوعى بحت.

وعلى ذات المنوال أكد المحكمون فى العديد من القضايا عندما قدمت طلبات الرد ان المطلوب ليس الدليل على انحياز الفعلى أو التبعية (عدم الاستقلال)،ولكن يجب على الخصم الذى يقدم طلب الرد ان يؤسس الوقائع التى تشير إلى الانحياز أو عدم الاستقلال.

إلا ان معيار الشك المعقول على هذا النحو وجد طريقين فى التطبيق لا يمكن القول بوحدتهما:

الأول: ان وجود وقائع من شأنها ان تصبح سندا للدلالة على انحياز المحكم، واستطاع الخصوم اثبات هذه الوقائع فإن ذلك من شأنه ان يؤدى إلى قبول طلب رد المحكم على أساس من الشك المبرر والظاهر حول قدرة المحكم على الحكم باستقلالية، ففى تقدير الانحياز يصبح معيار التحديد وفقا لظروف كل حالة على حدة ووفقا لما يقدره الخصوم، وهنا نتسائل هل يصبح دور المحكمون الذين ينظرون طلب الرد ان يضعوا انفسهم مكان الخصوم لتقدير مدى جدية الوقائع وإلى أى حد تثير الشك حول حياد المحكم؟

الثانى: يبدأ أيضا من فكرة وجود وقائع مؤسسة من شأنها ان تدلل على انحياز المحكم، غير انه فى تقدير الانحياز وفقا لهذه الوقائع لجأ إلى فكرة "الانحياز الظاهر" فيجب ان يتم تقديره على أساس معيار موضوعى، وهو مدى وجود الحياد

أو غيابه من منظور شخص ثالث من الغير منطقيا، الأمر الذى يتشابه كثير مع معيار الرجل المعتاد، وتطلب دليل موضوعى على عدم الحياد والذى يثبت بصورة مباشرة الانحياز الظاهر يستبعد قبول الوقائع التى تثير الشك حول حياد المحكم فوضع معيار لتقدير اعتبار الظروف مما يشكك فى حياد المحكم من عدمه.

الأمر الذى يؤدى إلى غموض هذا المعيار إلى حد ما وصعوبته فى التطبيق، لأن وفقا للطريقة الأولى للتطبيق يكفى وجود شك حول حياد المحكم لقبول طلب الرد، أما الطريقة الثانية فهى تتطلب الاثبات على نحو معين يعكس التشدد أو التقليل من حالات رد المحكم ويجعل الخط الفاصل بينها وبين معيار Amico Aisa دقيق للغاية.

غير ان الأمر يدق بصورة أوسع عندما تطبق هيئات التحكيم معيار قضية Amco Asia ومعيار الشك المعقول فى ذات القضية، ففى العديد من هذه القضايا نجد كلا من المعيارين يتم صياغته فى عبارات مجردة وقد تبدو مميزة لكل معيار عن الآخر، لكن النتائج تتباين تماما عند التطبيق وفقا لظروف كل حالة على حدة.

ثالثا: القضايا التى طبقت المعياريين معا:

لعل من أوائل القضايا التى أثارت هذا الجدل فى إطار تطبيق قواعد الأكسيد، هى قضية[1] Suezحيث قرر المحكمون فى قبولهم لطلب الرد انه: لا يكفى لرد المحكم مجرد الاعتقاد بأن المحكم غير محايد أو غير مستقل بل يجب اثبات عدم الحياد أو الاستقلال بطرق اثبات موضوعية."إلى هذا الحد لم يشكل الحكم أى غموض لأنه من عبارته يستفاد ان المحكمين استندوا إلى معيار الشك المعقول كما فى قضية Vivendi and SGS مطالبين الخصم طالب الرد بأن" يؤسس الوقائع التى من شأنه أن تدل على وجود دلالة واضحة على ان هذا الشخص–المحكم– غير قادر على الحكم بتجرد"، غير انهم أضافوا بعد ذلك ان "مجرد عدم الحياد الواضح غير صالح لأن يشكل السند الوحيد المبرر لرد المحكم" وهو ما يعكس معيار Amco Aisa لأنه يتطلب اثبات عدم الحياد الفعلى للمحكمActual bias وليس مجرد الشك أو عدم الحياد الظاهرapparent bias ، فنتيجة تطبيق معيار الشك المعقول هو ان " وجود الشك المعقول والظاهر حول حياد المحكم يكفى للحكم برد المحكم"، الأمر الذى يجعل الحكم وقد استخدم عبارة كلا من المعياريين يخلق حالة من الغموض.

[1] Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17

يعلق جانب من الفقه[1] على هذا الحكم بأنه كان من الأجدر بالمحكمين فى هذه القضية ان ينتهزوا الفرصة ليوضحوا –وفقا لما يبدو تفضيلهم لمعيار اثبات الانحياز الحقيقى للمحكم– وذلك بدلا من المزج بين معياريين مختلفين تمام الاختلاف مسببين تفاقم للللبس الموجود أصلا حول المعيار الذى تنتهجه هيئة التحكيم فى رد المحكم.

فى قضية Electrabel[2] عندما فصلت هيئة التحكيم فى طلب الرد لم تشر إلى أى من المعياريين وإنما تبنت حالا وسطا بالاستناد إلى مصطلح "واضح" Manifest الوارد بالمادة٥٢/١ (ب)[3]من اتفاقية الاكسيد، ويفسر الوضوح – فى مفهوم م٥٢

---

[1] Maria Nicole Cleis, opt.cit., p.44.

[2] Electrabel S.A. v. Republic of Hungary *Electrabel*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify a Member of the Tribunal Feb. 25, 2008.

حيث تم طلب رد المحكم لأنه تم تعيينها بصورة متزامنة مع اجراءا ت التحكيم فى هذه الدعوى من قبل المجر، ومن المدعى عليه فى اجراءات آخرى ، وتتعلق كلا الدعويين بذات الاتفاقات والدعاوى الحكومية، كما أنه ينطبق على ذات الدعويين نفس الاتفاقية.

[3] هذه المادة لا تنظم أساسا حياد المحكم أو طرق رده ولكنها تنظم أسباب طلب إلغاء الحكم :

Art.52 :"1 Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:....

b That the Tribunal has manifestly exceeded its powers;...."

تمهيدا لتطبيقه كمعيار لتقرير حياد المحكم من عدمه- كما يلى:" بديهى، ظاهر، يفصح عن وجوده بذاته، أو حتى يمكن القول أنه مؤكد فهو ليس نتاج تفسيرات تم وضعها بطريق أو بأخر، كما أنه ليس محل للاثبات أو النفى بالحجج، فوجوده لا يحتاج إلى عملية تحليل مفصل للوقوف عليه"، فهو يشير من التعريف إلى سهولة الاقتناع به، وسهولة إدراكه لوضوحه. والحال كذلك لم يستخدم الحكم أى من التعبيرات التالية " الدليل القاطع، الشك، دلالة ، مظاهر..إلخ"على النحو المعروف فى معيار قضيتى Amco Asia وSGS الأمر الذى ترك مجالا للافتراض والتأويل.

فى قضية Nations Energy[1] طلب المدعى رد أحد أعضاء اللجنة لسبق وجود علاقة مهنية بينه وبين محامى المدعى عليه، قرر المحكمون المختصون بنظر طلب الرد رفض الطلب تطبيقا لمعيار الدليل القاطع فى قضية Amco-Asia متطلبين ضرورة وجود دليل موضوعى واضح على عدم الاستقلال أو عدم الحياد، بعبارة آخرى دليل على وقائع من شأنها ان تدلل على احياز/عدم حياد قاطع وعلى درجة عالية من الاحتمال تقترب من اليقين، وليس فقط مجرد الاحتمالية. ومع ذلك

لآى من الطرفين طلب إلغاء حكم التحكيم عن طريق تقديم طلب مكتوب إلى السكرتير العام استنادا إلى أحد الأوجه التالية أو أحدها ب إذا تجاوزت المحكمة "بوضوح" السلطات المخولة لها.

[1] Nations Energy, Inc. and others v. Republic of Panama *Nations Energy*, icsid Case No. ARB/06/19, Decision on a Proposal to Disqualify Dr. Stanimir Alexandrov Sept. 7, 2011

أضاف المحكمون فى نفس القرار – معيار الشك المعقول– انه ينبغى ان يكون مجموع الظروف المحيطة تبرر وجود شكوك معقولة حول حياد أو استقلال المحكم وقدرته الحرة والمستقلة على الحكم.

أيضا فى قضية Abaclat I[1] جاء فى توصية صادرة عن السكرتير العام فى خصوص قضية يدعى المدعى عليه بخصوصها ان الأحكام الإجرائية الصادرة عن أغلبية أعضاء هيئة التحكيم كانت معيبة بشكل واضح لا يمكن تفسيره إلا بعدم حياد المحكمين وعدم استقلالهم، ان الأحكام المعيبة فى ذاتها لا يمكن ان تشكل دليلا كافيا على انحياز أو عدم حياد المحكمين وسواء كان الخطأ الذى يشوبها يتعلق بتقدير الواقع أو بتطبيق القانون، ففى هذه الحالة يجب على الخصم طالب الرد ان يثير وقائع آخرى من شأنها ان تدلل على الانحياز أو عدم الحياد، وبعد ذلك قررت التوصية فى هذا الصدد التفرقة التالية، انه إذا كان طالب الرد يستند إلى الخطأ الوارد فى حكم التحكيم ذاته أو بعض الأخطاء الإجرائية فعليه ان يؤسس" الدليل القاطع" فيثبت الانحياز الفعلى وفقا للمعيار المطبق فى قضية Amco Asia، أما غير ذلك من الأسانيد فيتم قبول طلب الرد استنادا إلى معيار الشك المعقول كما فى قضية SGS فيجب ان يؤسس على أدلة معقولة وموضوعية من شأنها ان يستفاد منها انحياز المحكم.

---

[1] Abaclat and others v. Argentine Republic *Abaclat i*, icsid Case No. ARB/07/5, Rejection of Request for Disqualification of Professor Pierre Tercier and Professor Albert Jan van den Berg Dec. 21, 2011.

فى قضيةGetma[1] عندما طلبت دولة غينيا رد المحكم لأنه بالتزامن مع اجراءات التحكيم تم تعيين شقيق هذا المحكم فى قضية تحكيمية آخرى كمحكم وأحد أطرافها هو المدعى فى القضية التحكيمية الحالية وتتعلق بذات الوقائع الأمر الذى يبرر معه من وجهة نظر الطالب رد المحكم، غير ان هيئة التحكيم لم تقبل هذا الطلب ورفضت رد المحكم، واستندت الهيئة إلى المعياريين معا وطلب رئيس الأكسيد من غينيا تأسيس وقائع من شأنها ان تقوم كدليل على عدم حياد الظاهر للمحكم، وأشارت فى طلبها انه مجرد الظن، التوقع أو الاعتقاد، الافتراض، الاعتقاد فى وجود عدم الحياد دون دليل هو أمر غير مقبول، فالدلالة التى ساقها المدعى عليه كقرينة على عدم الحياد لم يتم قبولها (علاقة القرابة بين المحكمين)،على انه كما يقرر جانب من الفقه[2] انه كان من الممكن قبول الرد بناء على وقائع مختلفة تستطيع ان تنهض كدليل حول وجود شكوك معقولة حول حياد المحكم وفقا لمعيار Vivendi.

---

[1] Getma International and others v. Republic of Guinea *Getma*, icsid Case No. ARB/11/29, Decision on the Proposal for Disqualification of Arbitrator Bernardo M. Cremades June 28, 2012.

[2] Maria Nicole Cleis, opt.cit., p.47.

رابعا: الإشكالية التى تؤدى إليها تباين المعايير وتطبيقها على النحو السابق:

إن تباين المعايير على هذا النحو من شأنه أن يسهم فى زيادة الغموض حول المعيار الذى يجب ان يستوفيه طلب الرد حتى يمكن الحكم برد المحكم، وإجمالا يمكن توضيح هذه المسألة إذا قارنها بالمعيار الذى تتبناه قواعد التحكيم عموما والاستثمار خصوصا فى هذا الصدد، ويمكن التدليل على ذلك من الحكم الصادر فى قضية *Perenco v. Ecuador*, من قبل المحكمة الدائمة للتحكيم والذى طبقت فيه معيار: مظهر الشك appearance of bias حيث قدم الخصوم طلب الرد تأسيسا على مقابلة (فى وسائل الإعلام) أجراها المحكم المعين من قبل المدعى وعلق فيها على دولة الاكوادور وعلى اجراءات التحكيم المنعقدة بالتزامن، فطبقت المحكمة المعيار باعتباره الإجابة على التساؤل التالى: هل من شأن التصرف الذى صدر عن المحكم ان يوجد شكوك حول استقلال المحكم من وجهة نظر شخص ثالث من الغير بالنسبة للاجراءات (معيار موضوعى).

وهو الأمر الذى علق معه الفقه[1] على ان معيار حياد المحكم فى تحكيم الاستثمار يجعله أقرب إلى المعيار المعتمد فى القضاء الأمر الذى يجعل من اجراءات التحكيم أقرب لطبيعة القضاء.

[1] Maria Nicole Cleis, opt.cit., p.47.

ويجدر الإشارة فى هذا الصدد ان الانحياز الفعلى يختلف عن مظهر الانحياز، لأن الأخير يرتبط أكثر بحرفية النص وهو (وجود شكوك من شأنها ان تؤثر على قدرة المحكم على الحكم باستقلال)، فقواعد الأكسيد وإن طبقت معيار موضوعى إلا انها تمتاز نسبيا بقدر من التشدد خصوصا فيما يتصل بعبء الاثبات.

المطلب الثانى

محاولة وضع إطار تنظيمى منضبط لحياد واستقلال المحكم فى تحكيم الاستثمار

للوقوف على إصلاحات مناسبة ومنضبطة لنظام التحكيم فى منازعات الاستثمار القائم حاليا، فينبغى ان نتناول بالدراسة البدائل المقترحة فى هذا الصدد من ناحية، وبعد ذلك نحاول إلقاء الضوء على فكرة تحديد المفاهيم فى هذا المجال بالذات لأن – فى رأيى– وجود نوع من الاتفاق على العديد من المبادئ ومحاولة إرسائها هو السبيل لتركيز المجهودات فى طريق معين للاصلاح من جهة، كما من شأنه ان يوفر رؤية واضحة يمكن من خلالها تقييم كل الاقتراحات المطروحة فى الوقت الحالى.

الفرع الأول
تحديد المفاهيم ضرورة لتحديد الطريق الأمثل للاصلاح

من الثابت ان التحكيم فى منازعات الاستثمار له طبيعة خاصة وأنه نشأ منبثقا عن التحكيم التجارى الدولى، لكن حاليا لا يمكن تبنى قواعد التحكيم التجارى الدولى ذاتها فى مجال تحكيم الاستثمار، ومن بين المسائل التى دائما ما كانت محلا للنقاش هو حياد المحكم عموما غير ان حياد المحكم فى تحكيم الاستثمار يأخذ أهمية خاصة لعدد من العوامل التى سبق بيانها فى المبحث الأول.

لكن فى محاولة البحث عن حلول لاصلاح النظام القائم وخصوصا ما يتعلق بتعارض المصالح فإنه من الواجب الوقوف على عدد من المسائل حتى تكون بمثابة –وإن لم تصل إلى– المعيار فى تقييم جدوى التعديلات المقترحة.

أولا: مفهوم حياد المحكم فى تحكيم الاستثمار:

ما أقصده ليس مسألة اصطلاحية و لكن يمكن بعبارة آخرى القول هل لحياد المحكم فى تحكيم الاستثمار درجة مختلفة عن حياد المحكم عموما وعن حياد القاضى الداخلى / الدولى؟

يرى جانب من الفقه[1] ان للوقوف على معيار محدد منظبط لحياد واستقلال المحكم لينبنى عليه التنظيم بعد ذلك ينبغى الأخذ فى الاعتبار التطور الذى مر به المفهوم فى التحكيم.

وفى البداية نشير إلى ان الضمانات المؤسسية للاستقلال فى القضاء الدولى أو الوطنى موجودة بشكل أكبر مقارنة بالتحكيم والذى يتميز بالغياب النسبى لمثل هذه الضمانات المؤسسية، فهيئات التحكيم تتشكل من عدد غير محدد من المحكمين معينين لغرض معين هو الفصل فى النزاع – أى ليسوا معينين لمدد محددة، وهم جميعا فى حالة تنافس فى السوق الدولية[2]، ولكن من جهة آخرى فإنه توجد بهيئات التحكيم ضمانات الاستقلال الشخصى، وذلك بداية من وجود متطلبات ينبغى ان تتوافر فى المحكم، قواعد الرد ، قواعد / واجب الافصاح.

أى ان المحصلة انه لا يوجد ضمانات مؤسسية للاستقلال ولهذا نجد فى نصوص اتفاقية الأكسيد على سبيل المثال أنه لا يشير إلى الاستقلال، ولكن دائما الاشارة إلى الحكم المستقل لمتخذ القرار Independent Judgement of

---

1 Yves Dezalay, Bryant Garth, Dealing in virtue, Conducting Law and Social Research: Reflections on Methods and Practices, SimonHalliday & Patrick Schmidt eds., 2009, p. 200.

2 Anja Seibert-Fohr, International Judicial Ethics, in The Oxford handbook of international Adjudication, Cesare P.R. Romano, Karen J. Alter & Yuval Shany eds.,2014, p. 757.

Arbitrators، وبصفة عامة فوجود ارادة أطراف النزاع فى تعيين المحكمين هو أمر لا يقتصر فقط على التحكيم فهو متعارف عليه فى القضاء الدولى، ولكن ما يميز التحكيم هو عدد المحكمين والكيفية التى يجلب بها كل محكم معرفته الخاصة بالقضية، الوقائع، وموقف كل خصم فى القضية إجمالا، فإن لم يكن "الاستقلال" هو التعبير المستخدم بحرفيته ، لذا فدائما ما يتم التأكيد على محكم قادر على حل النزاع باقتدار أو .A case sensitive Adjudicator[١]

لذا وفى غياب الضمانات المؤسسية يتم التركيز بصفة أساسية على الضمانات الوظيفية للاستقلال، وهو ما يتحقق من خلال مجموعة من القواعد الاجتماعية والقانونية.

فى بداية نشأة التحكيم التجارى الدولى[٢] لم يكن يتم تطلب الحياد أو الاستقلال فى جانب المحكم من الأساس، الأمر الذى يقرر معه الفقه ان وجود المعايير الحالية والحديث عن حياد المحكم هو نتيجة الانتقال من مفهوم قديم إلى مفهوم حديث

---

1 Erik Voeten, International Judicial Behavior, International Judicial Ethics, in The Oxford handbook of international Adjudication, Cesare P.R. Romano, Karen J. Alter & Yuval Shany eds.,2014, p.151 .

[٢]تطور التحكيم التجارى الدولى، راجع والهوامش الملحقة :

Georgios Dimitropoulos, Constructing the Independence of InternationalInvestment Arbitrators: Past, Present and Future, opt.cit., p.408-410.

للتحكيم ، بعبارة آخرى الانتقال من التحكيم أو القواعد غير الشكلية للتحكيم باعتباره وسيلة غير وطنية لحل النزاعات.

وكان السبب فى عدم تطلب الحياد أو الاستقلال فى جانب المحكم أنه لم يكن ينظر للتحكيم أساسا باعتباره مهنة، غير ان فى القرن العشرين أصبح التحكيم يتم ممارسته من قبل الأوساط العليا فى أوروبا، وفى نهاية السبعينات كان هناك تطور فى المحكمين الأمر الذى أثر بصورة مباشرة على طريقة الفصل فى القضايا التحكيمية بشكل عام، وفى هذا الوقت زادت المنافسة بين المحكمين أدت إلى احتراف مهنة المحكم، وهو ما ترافق مع ظهور مؤسسات للتحكيم كمحكمة لندن للتحكيم، تحكيم غرفة التجارة الدولية، ومن هنا كان ظهور النصوص بصفة واضحة التى تقرراستقلال وحياد المحكم، وبالتنافس بين مؤسسات التحكيم ولتحقيق الأفضلية فيما بينها أصبحت تدرج فى قواعدها استقلال وحياد المحكم و زاد من الأمر وجود المحكمين الأمريكيين وانتمائهم إلى النظام الأنجلوسكسونى مما أثر على مهمة المحكم لأنهم ادخلوا النظام الاتهامى فى تحقيق القضايا.

محصلة تطور نظام التحكيم هو التأسيس لحياد واستقلال المحكم، واليوم أصبح من الأسس التى لا يمكن الانتقاص منها هو الحق فى محكم محايد ومستقل، ولعل مع جاء قاطعا لوجود هذا المتطلب هو تقرير قواعد حال تعارض المصالح IBA guidelines.

وعموما فإن هناك نوعان من التحكيم الأول: التحكيم التجارى الدولى، والثانى: التحكيم فى المنازعات التى تثور بين الدول وهو الذى يغلب عليه الطابع السياسى والدبلوماسى أكثر من الطابع القضائى، وبظهور التحكيم فى منازعات الاستثمار كان للدول دور مهم فاتفاقية الاكسيد وضعتها الدول ولكن يقوم على تنفيذها المحكمين، مما جعل تحكيم الاستثمار يعتمد فى نشأته أساسا على التحكيم التجارى الدولى، ولكن فى ذات الوقت يبحث المجتمع الدولى عن تقرير شرعية لهذا النظام لذا كان أهمية التأكيد على قواعد حياد واستقلال المحكم وفى هذا الصدد يؤكد الفقه [1]على ان المتعارف عليه فى صدد الحياد والاستقلال ليس إلا نتيجة جزئية للقواعد والنصوص الموجودة، ولكنه فى الأساس يعتمد على التطبيق الذى يعتمده المحكمين تأثرا بالتحكيم التجارى الدولى أساسا، والتنظيم القانونى لتحكيم الاستثمار هو نتيجة لعملية "تواصل" بين عدد من الجهات(الدول، المنظمات الدولية، مؤسسات التحكيم، المحاكم الدولية)، مما يجعل التحكيم فى منازعات الاستثمار محلا للتطور المستمر بناء على هذا الاتصال.

فإذا كانت هذه هى العوامل التى ينطوى عليها تنظيم الحياد والاستقلال، فإنه ينبغى التسليم بأن: إذا كان من شأن المحكمين ان ينفصلوا تماما عن أى مؤثر خارجى

---

[1] Georgios Dimitropoulos, Constructing the Independence of InternationalInvestment Arbitrators: Past, Present and Future, opt.cit., p.410.

على قرارتهم، فلن يتبقى إلا محكمون لا يتمتعون بالخبرة الكافية للقيام بمهمة التحكيم.

على أنه مع ذلك لا يمكن الانتقاص من ضمانات التقاضى فى التحكيم[1] عموما وفى تحكيم الاستثمار خصوصا، ولا يمكن القول فى هذا الصدد ان الخصوم بمجرد عرضهم للنزاع على هيئة التحكيم فإنهم بذلك يكونوا قد تنازلوا عن حقهم فى ضمانات التقاضى ضمنا.

ثانيا: خصوصية ضمانات التقاضى فى التحكيم فى منازعات الاستثمار:

من المستقر عليه ان للخصوم فى الخصومة التحكيمية الحق فى كفالة ضماناتهم فى التقاضى تأثرا بضمانات المحاكمة العادلة فى القضاء الوطنى – كما سبق البيان– غير ان ذلك لا ينفى ان انطباق ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم لها خصوصية، فهيئة التحكيم تلتزم بإعمال المبادئ الأساسية للخصومة القضائية والتى لا تتعارض والأهداف المقصودة من تنظيم عملية التحكيم واللجوء إليه مثل حق الدفاع، ومبدأ المساواة بين الخصوم ..إلخ، إلا ان مراعاة تلك المبادئ لا يعنى تطبيقها حرفيا فى منازعات التحكيم عموما، لأن إعمالها مشروط بعدم التعارض مع

[1]Cécile Chainais, Exigences du procès équitable et arbitrage:existence et essence du droit à un procès arbitral equitable, in “Convention européenne des droits de l’homme et droit de l’entreprise”, dir, Laure Milano, droit et justice, 2014, p. 299.

الأهداف المبتغاه من تنظيم عملية التحكيم وإلا أصبحت خصومة التحكيم نسخة من الخصومة القضائية وهو ما لا يمكن تصوره بحال من الأحوال[1]، فلم يكن من المتصور مثلا إعمال مبدأ العلانية فى خصومة التحكيم بالضبط على النحو المعمول به فى الخصومة القضائية.

ومع ذلك فإن هذا الأمر الذى ينطبق على التحكيم التجارى الدولى أصبح محلا للاصلاح فى تحكيم الاستثمار وذلك لخصوصية هذا الأخير، فالمحكم فى تحكيم الاستثمار – فى رأيى ينبغى أن يخضع لضوابط أكبر فيما يتصل بالحياد والاستقلال لخصوصية وخطورة الدور المنوط به– وكذلك العديد من ضمانات التقاضى أصبحت محلا للبحث فى إطار تحكيم الاستثمار وتندرج تحت مبدأ عام وهو الشفافية.

دائما – فى إطار المصطلحات– ما يدور النقاش حول المقصود بالشفافية[2] وهل الشفافية تتضمن العلانية أم العكس ، أو مدى اعتبار الشفافية مصطلح قانونى من الأساس، وإذا كانت السرية أحد المميزات التى يسوقها الفقه للتحكيم التجارى الدولى، فإن الأمر يختلف تماما فى تحكيم الاستثمار فمن ضمن الاصلاحات المقترحة هو تعزيز الشفافية فى تحكيم الاستثمار، العديد من قواعد التحكيم تقرر

---

[1] د.عاشور ميروك، النظام الإجرائى لخصومة التحكيم دراسة تحليلية وفقا لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة ، مكتبة الجلاء الجديدة ، الطبعة الثانية، ١٩٩٨ ، ص ٥٤.

[2] Catherine A. Rogers, Transparency in International Commercial Arbitration, Kansas Law Review, Vol.54, 2006, p. 1301.

خيار نشر أو علانية الأحكام بموافقة الخصوم، ومراكز التحكيم تفضل النشر الكلى أو الجزئى لأحكام التحكيم، الأمر الذى عكس ان التحكيم بدأ يقرر حدود للسرية لاعتبارات المصلحة العامة، فالاتجاه حاليا لتعزيز الشفافية [1]ذلك ان التحكيم فى منازعات الاستثمار يتعلق بقطاعات اقتصادية هامة كالغاز، الكهرباء، المياه، فخسارة قضية تحكيمية معينة لها مردودها على المال العام وسياسات الدولة والصحة العامة مما أصبح معه من الصعوبة تقرير السرية لاجراءات تحكيم الاستثمار، وبعبارة آخرى " أصبحت السرية غير مبررة"، واستجابة لهذه الاعتبارات فإن فلسفة اتفاقية الأكسيد تعترف للخصوم بالحق فى مناقشة مجريات القضية ما لم يوجد اتفاق صريح على الالتزام بالسرية[2]، وفى ذات الوقت تمنع الاتفاقية المركز من نشر الأحكام بدون الحصول على موافقة مسبقة من الخصوم[3].

غير ان اتفاقية الأكسيد تراعى قدر من السرية فتُلزم المركز بمراعاة سرية المراسلات بين الخصوم والمستندات المقدمة فى الدعوى، فلا تقتصر م ٤٨ فى التطبيق على الأحكام ولكن أيضا يمتد نطاق تطبيقها إلى كافة القرارات المتعلقة

---

1 ICSID Arbitration Rules, Art. 32, 37 and 48.

2 Ileana M.Smeureanu, Confidentiality in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, 2011, p. 94.

3 Art. 48/5 ICSID Convention: “The Centre shall not publish the award without the consent of the parties.”

بالأحكام كقرارات التفسير والمراجعة، أيضا ما يتصل بالمسائل القانونية والواقعية والتى تصبح فيما بعد جزء لا يتجزأ من الحكم[١].

وإذا وافق الطرفان على نشر الأحكام التحكيمية، والقرارت والأوامر فإن المركز الدولى لفض المنازعات سيقوم بعمل كافة الترتيبات اللازمة للنشر، بطريقة مناسبة، وبهدف دعم تطور القانون الدولى فيما يتعلق بالاستثمار[٢]، ومع ذلك يشير الفقه إلى باقى نصوص اتفاقية الأكسيد تشير إلى ان الأحكام تصبح موضوعا للتسجيل العام ويمكن نشرها حتى قبل تطبيق نص م ٤٨ الخاص بموافقة أطراف التحكيم، فمثلا فى تسجيل طلب التحكيم فإن للأمانة العامة ان تقوم بالنشر بدون الحصول على طلب مسبق من الخصوم.

ويعتمد المحكمون – فى الأكسيد بصفة خاصة – على التسبيب لإضفاء الشرعية على مهمته ومحاولة منهم لتجنب الانتقادات التى تطول شرعية النظام بأكمله، ولم يقتصر أثرالاتجاه للشفافية على قواعد الأكسيد فحسب، فوفقا لقواعد NAFTA تنعقد جلسات التحكيم فى علانية وتقوم بنشر الأحكام و المذكرات، وتسمح بتدخل الغير فى الاجراءات بعد ان تقدر هيئة التحكيم ذلك.

---

[1] Christoph C. Schreurer, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge university press, 2001, p.823.

[٢] م٢٢ من قواعد الأكسيد.

وفى ذات الاتجاه فإن اليونسترال والتى اعتبرت لسنوات الملاذ الأول للمستثمرين الذين ينشدوا السرية، ففى عام ٢٠١٣ تغير الوضع لتتبنى معايير للشفافية أكثر من الأكسيد، فأصبحت الجلسات والمرافعات ينبغى ان تنعقد فى علانية، مع ذلك توجد قنوات للسرية فقواعد الشفافية ستنطبق على المعاهدات الحالية طالما كان طرفا التحكيم أطراف فيها، أيضا معظم معاهدات الاستثمار تعطى الخصوم الحق فى اعتماد أى اجراءات أو قواعد يرونها، وفى ذات الإطار يمكنهم اعتماد السرية، الأمر الذى يقرر معه الفقه[1]– وبحق– ان تقرير واعتماد قواعد الشفافية من شأنها ان تشكل خوة مهمة على طريق اصلاح النظام، لكن وجود طرق آخرى للسرية من شأنه ان يؤدى إلى عرقلة هذا التقدم وتهديد الشرعية.

ولكن أيضا ينبغى الأخذ فى الاعتبار ان أى تنظيم إجبارى بصورة تامة من شأنه ان يفرغ التحكيم من مضمونه ومن شأن كافة الأطراف ان يعزفوا عن اللجوء إليه لحل منازعاتهم، وهذا هو التحدى الحقيقى الذى يواجه التحكيم فى منازعات الاستثمار، فالأمر بحاجة إلى تنظيم يحقق التوازن بين المصالح العامة التى ينطوى عليها هذا التحكيم، وحق الأطراف فى اجراءات عادلة وحل عادل للمنازعات من جهة، والطبيعة الإجرائية والموضوعية للتحكيم من جهة آخرى، فحتى حال تطورت هذه الأخيرة استجابة لخصوصية الاستثمار سيتبقى بالتأكيد جانب لصيق بطبيعة التحكيم ذاته وهو ارادة الأفراد.

---

[1] Michael D. Goldhaber, The rise of Arbitral power over domestic courts, Stanford Journal of Complex litigation, spring 2013, p.405.

الفرع الثانى
البدائل الرئيسية المقترحة للنظام الحالى

فى محاولة للمحكمين والفقهاء القانونين للوصول إلى أكبر فاعلية ممكنة للنظام الحالى لتحكيم الاستثمار فتم اقتراح عدد من الحلول تتنوع ما بين إلغاء نظام المحكم المعين من قبل أحد الخصوم إلى اقتراح إنشاء محكمة دولية للفصل فى منازعات الاستثمار، على انه يمكن ان نقسم الحلول فى هذا الصدد إلى نوعين الأولى: حلول أو مقترحات تقوم على أساس من اصلاح النظام القائم سواء (إصلاح مؤسسى) – وهى ما تتناول سبل تعيين واختيار المحكمين– ، أو (الاصلاح الموضوعى) عن طريق تقرير قواعد السلوك، الثانى: وهو الاتجاه الذى يحاول إيجاد بديل لنظام التحكيم بأكلمه.

أولا: إلغاء نظام المحكم المعين من قبل أحد الخصوم:

وهو الاقتراح الذى نادى به عدد من الفقهاء والمحكمين[1] فى إطار ما أسفر عنه العمل من عدد من المشكلات الأخلاقية التى قد يواجهها المحكم المعين فى تحكيم

[1] Albert Jan van den Berg, Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration, in Looking to the future : Essays on international law in honor of W.Michael, Mahnoush Arsanjani et al. eds., 2011, p. 821, 834.

الاستثمار من جانب، ولغياب ضمانات الاستقلال المؤسسى فى تحكيم الاستثمار وفقا للوضع الحالى، على ان يكون البديل هو ان تقوم مؤسسات ومراكز التحكيم بتعيين المحكمين وصولا إلى تحقيق الشفافية فى الاختيار، وأيضا وجود نوع من الضوابط للوقوف على مهارة المحكمين الذين يتم اختيارهم.

غير ان هذا الاقتراح لم يلق قبولا واسعا، بالرغم من سداد رأى القائلين به ومما شهدوه فى الواقع العملى، إلا ان القول به من شأنه ان يؤدى إلى افقاد التحكيم أحد سماته الأساسية عن طريق وجود نوع من المصادرة على ارادة الأطراف مسبقا، وستفقد هيئات التحكيم نظرتها الخاصة لوقائع النزاع على النحو التى كانت تستمده من هذا النظام، والخصوصية التى يمتاز بها كل خصم من خلال تعيينه لأحد المحكمين، الأمر الذى قد يؤدى فى النهاية إلى العزوف عن اللجوء للتحكيم[١].

ويمكن دراسة فكرة المحكم المعين من قبل أحد الخصوم من خلال النقاط التالية:

١. نظام التعيين المعمول به حاليا:

Jan Paulsson, Moral Hazard in International Dispute Resolution, Inaugural Lecture as holder of the Michael R.Klein Distinguished Scholar chair, University of Miami – School of Law, 29 April 2010.

[1] Georgios Dimitropoulos, Constructing the Independence of International Investment Arbitrators: Past, Present and Future, opt.cit., p.423.

من الثابت ان لارادة الخصوم عموما فى تعيين المحكمين أهمية قصوى، وهو الأمر الذى ينطبق أيضا على التحكيم فى منازعات الاستثمار، ويجدر الإشارة فى هذا الصدد انه لا توجد قواعد موحدة لتعيين المحكمين الأمر الذى ر يرجع فقط لاختلاف القواعد بين المؤسسات كاليونسترال والأكسيد مثلا، لكن أيضا لأن تعيين المحكمين يختلف باختلاف الاتفاقات وبنود العقود المبرمة بين الخصوم، القواعد الإجرائية، الطبيعة اللامركزية للتحكيم ذاته، لكن المحصلة ان المحتكمين أنفسهم هم من يقومون باختيار المحكمين فى تحكيم منازعات الاستثمار. على سبيل المثال فى إطار قواعد اليونسترال والأكسيد يقوم كل خصم بتعيين محكم ويقوم المحكمان معا باختيار المحكم الثالث، ووفقا لقواعد الأكسيد قد يتفق الخصمان على تعيين المحكم الثالث، الخصوم فى قيامهم بذلك – أى فى اختيار المحكم– يفعلوا ذلك للأسباب التى يرونها، وتلك الأسباب أو العوامل التى يأخذها الأطراف فى اعتبارهم عند تعيين محكم لا يوجد التزام بالتعبيرعنها بشفافية أو بشكل معين [1]، ومع ذلك يختلف الوضع فى مرحلة طلب الابطال annulment وفقا لقواعد الأكسيد، لأن الأطراف ليس لارادتهم أى دور فى تعيين أعضاء اللجنة التى تنظر طلب الابطال وذلك فى حالات محدودة حددتها م ٥٢ من اتفاقية واشنطن[2]، أيضا تتضمن القواعد

[1] Note by the Secretariat, “Arbitrators and decision makers: appointment mechanism and related issues”, 30 August 2018, A/CN.9. WG III / WP.152, para7.

[2] Article 523 ICSID Convention,:

طرق لتعيين المحكمين (من خلال القوائم) فى كل مرة لا يتمكن فيها الخصوم لسبب أو لآخر من تعيين المحكمين.

يعطى نظام المحكم المعين من قبل أحد الخصوم أهمية قصوى للمحكم (رئيس الهيئة)، لأنه يتحمل عبء الفصل فى القضية فى حالة اتفاق باقى المحكمين، ولذا فإنه دائما ما يتم التأكيد على ان وجود هذا المحكم من شأنه ان يكفى لضمان استقلال هيئة التحكيم بأكملها [1]، ومع ذلك يشير جانب من الفقه [1]ان بالرغم من

A party may apply for full or partial annulment of an award on the basis of one or more of the following five grounds:

- the Tribunal was not properly constituted;
- the Tribunal has manifestly exceeded its powers;
- there was corruption on the part of a member of the Tribunal;
- there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or
- the award has failed to state the reasons on which it is based.

https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Post-Award-Remedies-Convention-Arbitration.aspx

فى خصوص قواعد الابطال وفقا لقواعد الأكسيد راجع:

Juan Fernández-Armesto, Different Systems for the Annulment of Investment Awards, ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, Vol. 26, No. 1, 2011, p.128.

[1] Joseph M. Matthews, 'Difficult Transitions Do Not Always Require Major Adjustment – It's Not Time to Abandon Party-Nominated

عدم تدخل الخصوم– مباشرة ووفقا للقاعدة العامة – فى تعيين المحكم الثالث رئيس الهيئة، إلا ان هذا لم يمنع من تكوين فكرة عامة من قبل المتعاملين مع نظام التحكيم فى منازعات الاستثمار مضمونها احتمالية عدم حياد واستقلال متخذ القرار[٢].

٢. مدى ملائمة نظام المعين المحكم من قبل أحد الأطراف للتحكيم فى منازعات الاستثمار:

يتعرض التحكيم فى منازعات الاستثمار للعديد من المآخذ فيما يتصل باستقلال وحياد المحكم، خاصة فى ظل غياب ضمانات الاستقلال المؤسسية، إلا ان ما

Arbitrators in Investment Arbitration', ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 25, No. 2 – Special Focus Issue on Appointing Arbitrators, 2010, p.363.

[١] James Gerard Devaney , Selecting Investment Arbitrators: Reconciling Party Autonomy and the International Rule of Law, KFG Working Paper No. 33 ,May 2019, Edited by Heike Krieger, Georg Nolte and Andreas Zimmermann, p. 7.

[٢] Michael Waibel and Yanhui Wu, 'Are Arbitrators Political? Evidence from International Investment Arbitration', ASIL Research Forum, UCLA, 5 November 2011, available at: https://www.researchgate.net/publication/256023521_Are_Arbitrators_Political

يطرح فى هذا الصدد إلى أى مدى تؤثر الطريقة التقليدية لتعيين المحكمين أو تزيد من الانتقادات الموجهة إلى التحكيم فى منازعات الاستثمار.

يرجع ذلك إلى ان الحياد والاستقلال يجب ضمانهم فى التحكيم عموما وتحكيم الاستثمار خصوصا، غير ان فكرة ان أحد الأطراف يقوم دائما بتعيين نفس المحكم من شأنه ان يُوجد نوع من التبعية والتى من شأنها ان تقضى على حياد المحكم بتتابع الاجراءات التى يعين فيها من قبلهم، وهو الأمر الذى ينطبق على تبادل الأدوار واضطلاع نفس الشخص بمهام مختلفة فى اجراءات تحكيمية سواء بالتزامن أو التتابع ، وأيضا من الانتقادات التى تُوخذ على نظام التعيين هو عدم وجود تنوع فى المحكمين ، ونقض تمثيل السيدات (المحكم) عن الرجال[1].

ويمكن إجمال الأمر فى ما عبر عنه جانب من الفقه[2] من ان سيطرة الخصوم على عملية التعيين أمر لا يستقيم وطبيعة التحكيم فى منازعات الاستثمار من جانب

---

[1] Successive studies have shown that only somewhere between 3 and 10% of ICSID arbitrators are female: Gus Van Harten, 'The Lack of Women Arbitrators in Investment Treaty Arbitration' 2011, *All Papers*, Paper 3, available at:

https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/all_papers/34.

[2] Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary, James Gerard Devaney , Selecting Investment Arbitrators: Reconciling Party Autonomy and the International Rule of Law, opt.cit, p.12.

ذلك انها ذات طبيعة مزدوجة تنطوى على جانب عام وآخر خاص وأقل مظاهر ذلك ان التعويضات التى يتم الحكم بها على الدول يتم دفعها من المال العام، ومن جانب آخر فهى تشكل خروجا "اردیا" عن سيادة القانون على المستوى الدولى، فمن ضمن عناصر سيادة القانون استقلال القضاء وهو ما لا يصدق على منظومة التعيين بوضعها الحالى فى تحكيم منازعات الاستثمار، ولا يقدح فى ذلك القول بأن التحكيم له طبيعة متميزة عن القضاء ذلك انه فى النهاية يفصل فى نزاع، كما ان مفهوم القضاء الدولى متميز عن مفهوم القضاء الوطنى.

٣. البدائل المقترحة لنظام المحكم المعين من قبل أحد الخصوم:

نظرا لهذه الانتقادات وجدت عدة اقتراحات لتحسين عملية اختيار المحكمين على النحو الذى يمكن ان يؤدى إلى إيجاد نوع من تحقيق سيادة القانون عن طريق ضمان استقلال هيئة التحكيم من ناحية، وفى ذات الوقت ارادة الخصوم فى اختيار المحكمين.

- التعيين من قبل جهة مستقلة ومحايدة[1]:

---

[1] Nicole Maria Cleis, The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law,Alternative Approaches, and Improvement Suggestions, Brill, Nijhoff, 2017, p. 228-232.

William W. Park, Arbitrator Integrity: The Transient and the permanent, San Diago Law Review, Vol.46, 2009, p.644 – 648.

إن اقتراح ان يعهد بالتعيين لجهة على سبيل الحصرأو من خلال القوائم أمر بحثه الفقه، ووقف عنده كثيرا باعتباره أحد الوسائل التى من شأنها ان تحدث التوازن بين ارادة الخصوم فى تعيين المحكمين من جانب، وحياد واستقلال المحكم من جانب آخر- وذلك على مستوى الأكسيد وغيرها من قواعد التحكيم – غير ان هذه الاقتراحات تعرضت للانتقاد على الوجه التى:

أولا: لايمكن السماح باستئثار جهة واحدة فقط بالتعيين، فتعيين جميع المحكمين فى الهيئة من قبل جهة واحدة تؤدى إلى تركيز السلطة، فى الوقت الذى يبدو فيه فى رأى البعض – من غير الواضح ما إذا من يقوم بالتعيين هو السكيرتير العام أم رئيس البنك الدولى – فى تحكيم الأكسيد مثلا، مما يفقد هذه الوسيلة الشفافية اللازمة لعملية الاختيار، الأمر الذى من شأنه ان يزيد من العيوب التى تعترى النظام بسبب المحكم المعين من قبل أحد الأطراف.

ثانيا: سحب سلطة التعيين من الخصوم وان يُعهد بها إلى جهة آخرى كالأمين العام – فى الأكسيد مثلا- ليس بإمكانه ان يقوم بمواجهة التحديات التى تواجه حياد واستقلال المحكمين بل من شأنها ان تزيد الشكوك حول حياد المحكمين سياسيا ومؤسسيا.

وأخيرا فإن المحكمين لن يتمتعوا بالاستقلال اللازم لأنهم باستمرار سيكونوا عرضة للاتهام بأنهم يفصلوا فى القضايا على النحو الذى تريده الجهة التى قامت بتعيينهم

وذلك بغرض إعادة تعيينهم مرة آخرى، والمحصلة هو وجود نظام يعتمد على الجهة التى تقوم بالتعيين ويزيد من الاشكالات التى يواجها النظام القائم أساسا.

- الحد من اردة الخصوم فى التعيين [1]:

وذلك عن طريق إلزام الخصوم باختيار المحكمين من قوائم طويلة معدة مسبقا- يكون للخصوم الحق فى تعيين نسبة من المحكمين الذين يدرجوا على هذه القوائم- تضم عدد كبير من المحكمين الأكفاء .

غير أنه إلى الوقت الحالى لم تفلح المحاولات لإنشاء مثل هذه القوائم فى العديد من وسائل حل المنازعات، ففى الأكسيد على سبيل المثال العديد من الدول الأطراف لم تقم بتعيين المحكمين الذين يمكن إدراجهم على القائمة وفقا للمادة ١٢ من اتفاقية واشنطن، وفى هذا الصدد يجدر الإشارة إلى ان هذه القوائم لدى إنشائها كان الغرض ان يتقصر تعيين من المحكمين على هؤلاء المدرجين عليها، إلا ان هذا الأمر لم يعد ذا أهمية كبيرة حاليا فى الوقت الذى يتمتع فيه الخصوم بحرية كبيرة فى تعيين المحكمين سواء من القوائم أو من خارجها، وكذلك القوائم المقررة فى ال NAFTA لم يتم إنشائها حتى الآن ، ولكن يقرر جانب من الفقه [2]فى هذا

---

1 Nicole Maria Cleis, The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law,Alternative Approaches, and Improvement Suggestions, Brill, Nijhoff, 2017, p. 224 – 228.

2 Ibid, p. 225.

الصدد انه حتى ولو نجح الدول الأطراف فى اتفاقية واشنطن فى إنشاء قوائم للمحكمين فإن تلك القوائم لازال من شأنها ان تطرح العديد من الاشكاليات:

أولا: لا يوجد عدد محدد للمحكمين الذين إدراجهم على القوائم، وحقيقة الأمر ان اقتراح إنشاء هذه القوائم فى الأساس يهدف إلى ان تكون القائمة طويلة للغاية على النحو الذى تضمن معه التعددية والاختلاف والجمع بين مختلف الخبرات والتخصصات، ومع ذلك فإن القائمة الطويلة من وجهة نظر المحكمين لن تشكل حالا فعالا، ذلك ان بسبب طول القائمة سيصبح من الصعب التنبأ بالوقت الذى سيتم اختيار المحكم فيه للفصل قضية معينة إلى جانب ان الاختيار من القوائم سيخضع للسلطة التقديرية للخصوم، الأمر الذى من شأنه ان يخلق التنافس بين المحكمين وذلك عن طريق عرضهم لخبرات أو كفاءة معينة للفصل فى النزاع.

ثانيا: فيما يتصل بالمحكمين أنفسهم هل وفقا لهذا الاقتراح سيتم اختيار محكمين جدد غير هؤلاء المسيطرين على التحكيم الاستثمار حاليا؟، فى الواقع – وعمليا – لا يمكن الاستغناء تماما عن المحكمين المدرجين بالفعل على القوائم لأن نظام تحكيم الاستثمار يعتمد عليهم، ولعل هذا السؤال يُطرح على اعتبار ان المحكمين الموجودين حاليا بإمكان الخصوم الوقوف بسهولة على أفكارهم، وسياستهم واتجاهتهم.

ثالثا: إن من شأن الأخذ بنظام القوائم بهذه المثابة وسواء قام بإنشاء القائمة الجهاز الادارى للأكسيد أم الدول سيؤدى حتما إلى تسييس عملية الاختيار، ذلك ان

المحكمين المحتملين قد يواجهوا صعوبات فى إدراجهم على تلك القوائم إذا لم يوجد بينهم وبين الدول المتعاقدة معرفة قوية أو بينهم وبين سكرتارية المركز، وهو ما من شأن نسبة حدوثه ان تزداد إذ تم اللجوء إلى تعيين محكمين فى القوائم غير المدرجين عليها أساسا.

رابعا: قد يُتخذ من تلك الوسيلة للتعيين وسيلة لإنشاء جماعات للضغط وما يستتبع ذلك من إمكانية اصدار الأحكام بما يدعم توجه أو سياسة معينة، لأن الجهات القائمة على تحديد المحكمين بغرض ادارجهم على القوائم (الدول المتعاقدة– أم المركز) قد يتختاروا المرشحين بناء على آرائهم وتوجهاتهم، وهو ما يطرح إشكالية على قدر من الصعوبة أيضا ، ذلك إلى جانب الحاجة – بطبيعة الحال– إلى مناقشة تجديد القوائم وإحتمالية إعادة الانتخاب الأعضاء.

نظرا لكافة العوامل السابقة يرى جانب من الفقه [1] ان أى مزايا من شأن نظام القائمة ان يحققها يجب الالتفات عنها نظرا إلى العيوب التى تنشأ عن تبنى هذا النظام .

- إنشاء لجنة لفحص المحكمين المرشحين للتعيين فى منازعات الاستثمار:

[1] Nicole Maria Cleis, The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law,

Alternative Approaches, and Improvement Suggestions, Brill, Nijhoff, 2017, p.224 – 229.

محاولة لإيجاد حل فى إطار من الاتفاق أساسا على العيوب الناشئة عن نظام المحكم المعين من قبل أحد الخصوم، وفى ذات الوقت تحقيق التوازن بين ارادة الخصوم وحياد المحكم، يوجد اقتراح محل دراسة مستمرة لأن فى تنفيذه مهما تعددت الأشكال محاولة لإضفاء نوع من الاستقلال المؤسسى على منظومة التحكيم فى منازعات الاستثمار بأكملها، وذلك عن طريق إنشاء لجنة تكون وظيفتها فحص المحكمين المحتملين والذين يرغب الخصوم فى تعيينهم قبل بداية الإجراءات.

ويجد ذلك أساسه فيما أشار إليه الفقه [1]– وبحق– من ان دراسة حياد واستقلال المحكمين فى تحكيم الاستثمار لم يأتى كنتيجة لوجود انحراف بين من أحد المحكمين أو وجود عدم عدالة على قدر ما جاء نظرا للزيادة غير المسبوقة فى طلبات الرد التى يتم تقديمها، وبالتالى فإن عمل مثل هذه اللجنة من شأنه – بصورة مبدأية – ان يحقق عدد من المزايا فنتجنب من البداية بنسبة كبيرة أسباب للرد التى قد تكون محلا للطرح بعد ذلك، كما انها تعتبر وسيلة وقائية فنتجنب اهدار الوقت الذى يستغرقه تقديم طلب الرد والفصل فيه، كما يقلل من انطباع التحيز الذى من

[1] Jason fry, Simon Greenberg, The new ICC Rules on Arbitration: How have they fared after the 1st 18 months?, International Arbitration Law Review, Vol. 16, 2013, P. 171.

شأنه ان يعزز الفائدة للمنظومة بأكملها، وفى ذات الوقت لا يتم الإلغاء الكامل لنظام المحكم المعين من قبل أحد الخصوم[١].

يجب ان يكون دور هذه اللجنة محدد وواضح للأطراف من البداية، وان تكون أهدافها وطرق عملها محدد ومبين بدقة، على ان تكون مهمة هذه اللجنة فحص المحكمين وان تسهل تعيين وانضمام أفضل المحكمين وأكثرهم مهنية لهيئات التحكيم فى منازعات الاستثمار[٢].

---

[1] Elisa Sardinha, 'Party-Appointed Arbitrators No More', The Law and Practice of International Courts and Tribunals, No. 17, 2018, p.117-133. Available at:

https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2017/07/SARDINHA-Elsa_Party-Appointed-Arbitrators-No-More_July2018.pdf

تشير الكاتبة إلى ان اتجاه عدد من اتفاقيات التحكيم إلى استبدال نظام هيئات التحكيم الحر، ونظام المحكم المعين من قبل أحد الخصوم بنظام محكمة للاستثمار على درجتين أمر يعكس وجود التحيز الذى يترافق مع نظام المحكم المعين، ومع ذلك فإن تبنى شكل المحاكم الوطنية فى تحكيم الاستثمار – فى رأيها– لا يحقق فائدة كاملة.

[2] James Gerard Devaney , Selecting Investment Arbitrators: Reconciling Party Autonomy and the International Rule of Law, KFG Working Paper No. 33 ,May 2019, Edited by Heike Krieger, Georg Nolte and Andreas Zimmermann, p.15.

ويمثل لوجود مثل هذه اللجان التى تشارك فى عملية التعيين وذلك بهدف التقليل من ارادة الخصوم لإعلاء سيادة القانون، وذلك مثل اللجنة الاستشارية للمحكمة الأوروبية لحقوق الانسان، الأمر الذى – فى رأيه – يدلل على ان مثل هذا الاصلاح المؤسسى ليس بالأمر المستحيل،

ووفقا لهذا النظام فالأطراف أو الخصوم سوف يقوموا بطرح أسماء مرشحيهم للقيام بمهمة التحكيم على اللجنة والأخيرة بدورها سوف تقوم بإبداء توصياتها فى هذا الصدد، وذلك قبل ان تبدأ اجراءات التعيين، وبالفعل فإن التوصية الصادرة عن اللجنة غير ملزمة ، إلا ان الفقه[1] يؤكد مع ذلك انها لا تنتقص من فاعلية مهمة اللجنة وذلك لما لها من أثر فى الواقع العلمى.

غير ان التحدى الحقيقى سيكون ألية تعيين أعضاء اللجنة، فيجب ان يكون أعضائها معينين بدوام كامل، وتكون مهمتهم الوحيدة الفحص واصدار توصيات، وعدد أعضاء اللجنة من الممكن تحديده فى ضوء من عبء العمل، واستيفاء المقتضيات الموضوعية فى جانب أعضاء اللجنة: كالتفرغ (أو بعبارة آخرى ان يكون لديهم الوقت والتفرغ الكافى لقيام بمهمتهم)، ان يكون لديهم التأهيل والخبرة الكافية، الحياد والاستقلال اللازم للقيام بهذه الوظيفة، ولكى تتحقق الثقة الكاملة فى اللجنة فيجب ان تتحقق الشفافية على كل المستويات ، فينشر معيار اختيار أعضائها علنا، وان تعكس فى تنظيم الألية مختلف الضمانات المشتركة بين كافة النظم القانونية، وتنوع فى أعضائها من حيث الجنسيات (التمثيل الجغرافى)، والتمثيل العادل من حيث الجنس، وأخيرا ان تتحقق الشفافية فى اجراءات التعيين ذاتها، وإذا لم يتم العمل على تأسيس اللجنة على هذه الأسس، فإن النتائج ستكون

وذلك عن طريق البدء فى إدراجها والنص عليها فى الاتفاقات الثنائية ومعاهدات التحكيم، وكذلك فى التحكيم المؤسسى كالأكسيد.

[1] Ibid, p.16.

عكسية فكل ما سيحدث هو نقل المشاكل التى تتعلق بتعيين المحكمين من هيئة التحكيم ذاتها إلى هيئة الفحص[1].

وبعد ذلك يأتى تنظيم عمل اللجنة وهو الأمر الذى يطرح نقطتين أساسيتين، الأولى:كيفية الفصل عملا فى طلبات الفحص، الثانية المعيار الذى يتم عملا الفصل فى الطلب بناء عليه.

إن أى عملية فحص للمحكمين المرشحين من قبل الخصوم يستلزم ان يقدم إلى اللجنة كافة الأوراق التى تدعم طلب الترشيح – بعبارة أدق رغبتهم فى تعيين محكم معين– ويشمل ذلك السيرة الذاتية للمحكم، وشهادات الخبرة، وكافة الأوراق الآخرى ذات الصلة، الأمر الذى من شأنه ان يبين بدرجة أو بآخرى أسباب ودوافع الخصوم فى اختيارهم لمحكم معين – وفى رأيى قد يعتبر خطوة لبداية إلزام الخصوم للافصاح عن ذلك فى شكل معين على خلاف الثابت والمعمول به حاليا– من ناحية ، ومن ناحية آخرى الوقوف على مدى ملائمة المحكم ذاته لأن اللجنة من فحصها للأوراق من شأنها ان تقف عن مصالح المحكم فى القضية –إن وجدت– ، السيرة الذاتية الخاصة به وآرائه سواء عبر عنها فى كتابات أكاديمية أو غيرها،

---

[1] Henri de Waele, 'Not Quite the Bed that Procrustes Built' in Michal Bobek, Selecting Europe's Judges, Oxford University Press, 2015, p.25.

ويشير الكاتب إلى ان الأمر بهذه المثابة سيندرج ضمن إشكالة أكبر وهى غياب المعايير الواضحة فى تعيين المحكمين والقضاه الدوليين، لأن شروط القبول غالبا ما تكون غامضة إلى حد ما.

الأمر الذى من شأنه ان تم تنفيذه بالفعل الوقوف على تعارض المصالح بصورة مسبقة سواء من خلال رأى المحكم فى موضوع النزاع (علاقته بموضوع النزاع) conflict issue، أو سبق تعيينه فى اجراءات آخرى وتعدد الأدوار Double hatting.

ويشير الفقه[1] ان لجنة الفحص فى كل مرة تستشعر ان الأوراق المقدمة إليها غير كافية للوقوف على مدى ملائمة تعيين محكم معين أو لتكوين رأيها فى الموضوع ان تطلب إلزام الخصوم بتقديم مزيد من الأوراق أو الاستيضاح، إلا انه من غير المعروف ما إذا كان يمكن للجنة ان تباشر هذه السلطة أو إذا ما كانت الفكرة محل دعم من الأساس.[2]

أما فيما يتعلق بالمسألة الثانية وهى المعايير التى يتم بناء عليها تقييم المحكم، فيجب ان تحدد القواعد أو اللجنة ذاتها هذه القواعد ويمكن فى هذا الصدد العرض للمعايير التى ساقتها اللجنة التى تفحص تعيين قضاه المحكمة الجنائية الدولية

---

[1] James Gerard Devaney, opt.cit, p.15.

[2] Henri de Waele, 'Not Quite the Bed that Procrustes Built' in Michal Bobek, Selecting Europe's Judges, Oxford University press, 2015, p. 35.

قياسا على لجنة م ٢٥٥ من ميثاق روما لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية.

(لجنة م ٢٥٥)[١]، فمعيار اللجنة فى تقييم المرشحين –والذى يمكن انُ يسترشد به فى التحكيم بدرجة كبيرة – يقوم على ست اعتبارات هم: الخبرة القانونية للمرشح، خبرته العملية، القدرة على القيام بمهمة القاضى، قدراته اللغوية، القدرة على العمل ضمن فريق فى بيئة عمل تتميز بوجود كافة النظم القانونية، وأيضا ألا يكون هنا أى شك حول حياده واستقلاله، وهى المعايير التى يمكن العمل بها حال الأخذ باقتراح تطبيق هذه اللجنة.

ويشير الفقه[٢] إلى عدد من الفروض الواقعية التى قد تواجه اللجنة كالخبرة القانونية والعملية لمرشح أحد الخصوم والتى وبنسبة كبيرة ستكون ممتازة، غير ان ما يواجه اللجنة وبحق هو الوقوف على قدرته على التفرغ والفصل بفاعلية خلال وقت مناسب فى القضية وفى ذات الإطار هل يمكن للجنة ان تسمح بمحكم يقوم بمباشرة القضية التحكيمية ال٦١ له مثلا، وهل يكتب المذكرات الخاصة بالقضية بنفسه أم يستعين بمساعد فى ذلك؟[٣]، إلى جانب فكرة تعدد الأدوارالقائمة أساسا فمرة هو محامى ومرة آخرى محكم وهكذا.

---

[1] Third Activity Report of the Panel provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union, Brussels, 13 December 2013, S/1118/2014, at 17.

[2] James Gerard Devaney, opt.cit, p.21.

[3] Malcolm Langford, Daniel Behn and Runar Lie, 'Who Writes Arbitral Awards?', PluriCourts Working Paper, 2018.

لذا كان اقتراح عمل مقابلات شخصية للمحكمين لأنها تكشف الكثير عن المرشح مما لا يمكن الوقوف عليه من الأوراق – على نسق المحكمة الجنائية الدولية– ويتم كتابة توصية مسببة من اللجنة حول المحكم المرشح بعد التداول فى سرية، وترسل التوصية بعد ذلك للطرف المعنى (الذى قام بترشيح المحكم)، والاقتراح ان تكون تلك التقارير علنية غير ان سمعة المحكم ومعلومات خاصة به ستكون على المحك، كما ان من شأن اتباع ذلك ان يؤدى إلى عزوف الكثيرين عن العمل فى هذا المجال[1].

أخيرا فى هذه الاقتراح يتم التأكيد[2] على ان لضمان فاعلية عمل اللجنة يجب ان تكون توصيات اللجنة غير ملزمة ولا يؤثر ذلك على ما هو متوقع منها من أثر، ذلك ان من جانب إذا كانت قرارات اللجنة ملزمة فإن أطراف التحكيم لن يقبلوا بحال من الأحوال ان يتم سحب ارادتهم فى تعيين المحكمين، ومن جانب آخر فإن من المتعارف عليه – على سبيل القيام انه رغم ان اللجنة التى تشرف على التعيين (لجنة م ٢٥٥) توصياتها استشارية، إلا انه فى الواقع يتم الالتزام بها، بل وتؤثر معاييرها أحيانا على تنظيم الدول داخليا لمعايير استقلال القضاء، فحتى وإن كانت

---

[1] Alberto Alemanno, 'How Transparent is Transparent Enough?' in Michal Bobek, Selecting Europe's Judges, Oxford university press, 2015, p.211.

[2] James Gerard Devaney, opt.cit., p. 23.

آراء اللجنة استشارية إلا ان من المتوقع ان يكون لها أثر كبير عملا فى اصلاح النظام القائم.

ثانيا: إقرار قواعد للسلوك:

يعتبر من أهم المقترحات لحل أزمة الشرعية التى تواجه التحكيم فى منازعات الاستثمار، غير ان الأمر لا يعتبر مستحدث لأنه دائما ما وجدت قواعد تتعلق بالسلوك، غير ان ما يميز الاقتراح فى هذا الصدد ان يكون إقرار قواعد السلوك ليس على مستوى هيئة تحكيم معينة أو جهة بعينها دون الآخرى، لكن موحد ويخاطب كافة المحكمين فى منازعات الاستثمار من جانب، وإيجاد سبل لتفعيله وإنفاذه على الجانب الآخر، على ان تحدد قواعد السلوك واجبات المحكم ومن ضمنها الحياد والاستقلال، وتخاطب قواعد بعض المسائل كتعارض المصالح[1].

أو ان يأتى تنظيمه فى ترتيب منطقى على النحو الذى قال به جانب من الفقه[2] – وبحق– ان يبدأ بواجبات المحكم ثم يبين واجب الحياد والاستقلال باعتباره الواجب الرئيسى أو المركزى الذى تتفرع عنه كافة الواجبات الآخرى، ففى البداية يجب ان

---

[1] Chiara Giorgetti, A Common Code of Conduct for Investment Arbitrators, Proceedings of the ASIL Annual Meeting, Vol.113, 2019, p.217.

[2] Chiara Giorgetti, Mohamed Abdel Wahab, A Code of Conduct for arbitrators and Judges, Academic forum on ISDS Concept paper 2019/8, Version 2, October 2019, p.5.

يتحلى المحكم بالاستقلال الشخصى والموضوعى، ثم ينظم بعض الجوانب الإجرائية للحياد والاستقلال كواجب المحكم فى الافصاح، واجب التمتع بالنزاهة، واجب ان يتحلى المحكم بخبرة عملية معينة، على ان تنظم القواعد بعد ذلك بعض المسائل الموضوعية الهامة التى تواجه تحكيم الاستثمار بالذات كمسألة الأدوار المتعددة التى يلعبها المحكم، أو مسألة علاقة المحكم بموضوع النزاع إلى جانب تنظيم بعض المسائل التى تتعلق بالشفافية، والعدالة، وموثوقية الاجراءات.

وتلبية لحاجة الاصلاح عهدت مفوضية الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونسترال) فى يوليو ٢٠١٧[١] إلى مجموعة عمل بالقيام بعدد من المهام وصولا لاقتراح الاصلاح، المرحلة الأولى يتم فيها بيان المسائل التى تثور بشأنها إشكالية، المرحلة الثانية: الإتفاق على الحاجة فى الاصلاح والمبادرة للعمل على ذلك، المرحلة الثالثة يتعاون اليونسترال والأكسيد على التحضير تمهيدا لاصدار قواعد سلوك فى التحكيم فى منازعات الاستثمار مع التركيز على إنفاذ وتطبيق هذه القواعد[٢].

---

[١] كافة المستندات وأوراق العمل حتى ابريل ٢٠٢٠ متاحة على الموقع التالى:

https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state

[٢] صدر بالفعل مشروع لقواعد السلوك متاح على:

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf

فى ذات الاتجاه وفى وقت سابق عن عام ٢٠١٧ ، قام الاتحاد الأوروبى بصياغة قواعد لسلوك المحكمين وأدرجت فيها واجبات خاصة ووضعت تصور لمواجهة حالات تعارض المصالح وما إلى ذلك، الاتحاد الأوروبى باعتباره من أكبر القوى الاقتصادية سوف يدرج فى الاتفاقات الثنائية التى يبرمها مع الدول الآخرى الالتزام بتلك القواعد وقد حدث ذلك بالفعل فى اتفاقات الاتحاد الأوروبى مع كندا[١] ومن شأن تلك القواعد ان تأتى مع تحديد للخبرات التى يجب ان تتوافر لدى شخص معين ليقوم بمهمة التحكيم والزامه باحترام قواعد السلوك، ويشير الفقه[٢] إلى ان من عوامل نجاح قواعد السلوك فى هذا الصدد ان تخاطب مجتمع التحكيم بأكمله، وهو ما يتوافق مع ما جاء فى ذات الاتجاه من توحيد لقواعد السلوك – الموجودة أصلا ولكن بصورة متفرقة – فيقترح[٣] إمكانية صياغة قواعد للسلوك للقضاه والمحكمين

---

[1] European Commission, investment provisions in the EU- Canada Free trade agreement CETA, 26 September 2014 ; Regulation 1219/2012, 2012 O.J. L 351/40 9.

Available at:

https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf

[2] Georgios Dimitropoulos, Constructing the Independence of International Investment Arbitrators: Past, Present and Future, opt.cit.,371.

[3] Chiara Giorgetti, Mohamed Abdel Wahab, A Code of Conduct for arbitrators and Judges, Academic forum on ISDS Concept paper 2019/8, Version 2, October 2019, p.13.

الدوليين معا، أو – وهو ما أؤيده– ان يتم صياغة قواعد للسلوك تخاطب المحكمين و كل المشاركين فى الاجراءات والذين يجب ان يتوافر لديهم الحياد والاستقلال مثل المحكمين بالإضافة إلى تفصيل مقتضيات واجبات المحكم فى كل مرحلة من مراحل اجراءات التحكيم .

ثالثا: وجود طريق لاستئناف الحكم الصادر عن هيئة التحكيم:

وذلك على غرار الاستئناف أمام منظمة التجارة العالمية، على ان وجود طريق للطعن– مراجعة الأحكام فى نطاق نفس المؤسسة التحكيمية ويحقق الشفافية وفى المحصلة يؤدى إلى توحيد القواعد القانونية – أى ذات وظيفة المحاكم العليا فى الأنظمة الوطنية– فى هذا الصدد تجدر الإشارة إلى ان الإلغاء بواسطة الهيئات التحكيم فى الأكسيد تقوم حاليا بهذه الوظيفة، وتتوسع فى تفسير أسباب البطلان، إلا ان هذا الحل من شأنه ان يؤدى إلى زيادة الوقت والتكلفة فى نظر القضايا المعروضة على هيئة التحكيم، كما انه سيؤدى إلى عدم تحفيز محكمين جدد للانضمام للسوق.

رابعا: اقتراح نظم بديلة لتحل محل التحكيم فى منازعات الاستثمار:

١. إنشاء محكمة دائمة للاستثمار[1]:

[1] Gabrielle Kaufmann-Kohler, Michele Potestà, Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration

حيث يقترح جانب من الفقه ان يستبدل نظام التحكيم فى منازعات الاستثمار بأكمله نظام المحاكم، وتكون التقاضى فيها على درجتين أو بعبارة آخرى ان تكون أحكامها محلا للمراجعة سواء من محكمة دولية أم محاكم وطنية، وذلك انطلاقا من فكرة ان المحكمين بطبيعتهم ليسوا قادرين على الفصل بصورة كاملة فى مسائل تتعلق بالقانون العام، ويواجه هذا الاقتراح فكرة عدم وجود ضمانات مؤسسية فى نظام تحكيم الاستثمار، الأمر الذى من شأنه ان يدعم من حياد واستقلال المحكمين، لأنهم سيفصلوا فيما يعرض عليهم دون ان ينشغلوا باحتمالية تعيينهم كمحكمين فى قضايا لاحقة لأنهم سيكونوا معينين لفترة محددة سلفا، وهذا الاقتراح فى حقيقته يؤيد الرجوع إلى المحاكم الدولية باعتبارها الوسيلة الأساسية لفض المنازعات التى تكون الدول أحد أفرادها.

٢. الرجوع للدبلوماسية والمحاكم الوطنية:

يقوم هذا الاقتراح على أساس من العودة للوسائل التقليدية لفض المنازعات سواء على المستوى الداخى ويتمثل فى المحاكم الوطنية أم على المستوى الدولى عن طريق اللجوء إلى الوسائل التقليدية لحل المنازعات ذات العنصر الأجنبى.

---

in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?-

Analysis and roadmap,CIDS-Geneva Center for International Dispute Settlement, 3June 2016, p.1-115.

توصى بعض الاقتراحات بالرجوع إلى الحماية فى القانون الدولى للاستثمار، ومع ذلك فإن هذه الطرق التقليدية قد عمدت إلى تطوير وسائلها فى فض المنازعات وبطريقة منظمة أكثر وضمنتها الاتفاقات الثنائية، فالأونكتاد لديها مجموعة من طرق فض المنازعات مثل المفاوضات، التوفيق، والوساطة وغيرها من الطرق كالمساعى الحميدة وذلك بهدف منع النزاع من الوقوع أساسا.

غير أن هذه الطريقة لا تحقق الفاعلية على النحو المتصور لأنها قد تؤدى إلى تأخير الفصل فى النزاع ، إلى جانب أنها أساسا تهدف إلى تقليل إحتمالية نشوء نزاع ، وليس فض نزاع نشأ بالفعل فلا توفر حلول، وفى كل الأحوال وإن كان من الأفضل للدول ان تحل نزاعتها بالطرق الودية إلا ان ذلك لا يضمن عدم لجوء هذه الدول إلى التقاضى بعد ذلك[1].

على الجانب الآخر فإن الرجوع إلى القضاء الوطنى من شأنه ان يؤدى إلى تعامل المستثمر مع نوع من البيروقراطية، كما ان الحكم الصادر سيعتمد فى الأساس على النظام القضائى الوطنى الذى يتم التقاضى فى إطاره والحجة التى يسوقها

[1] Mark Kantor, Negotiated Settlement of Public Infrastructure Disputes, in New Directions in International Economic Law, In Memoriam Thomas Wälde, Todd Weiler & Freya Baetens eds., 2011, p. 199- 222.

الداعمين لهذا الاتجاه[1] هو ضرورة المساواة فى المعاملة بين المستثمر الوطنى والأجنبى.

[1] David Schneiderman, Constitutionalizing Economic Globalization Investment Rules and Democracy's Promise, Cambridge Studies in Law and Society, 2008, p. 59.

الخاتمة :

- يعتبر من أهم الواجبات الأساسية التى تقع على عاتق المحكم هى واجب الحياد والاستقلال، وتنص عليها كافة القوانين والقواعد المنظمة للتحكيم على اختلاف مصادرها، وبينما تختلف المعاهدات والاتفاقيات فى حرفية النص فإنها فى مجموعها تصاغ بطريقة تتميز بقدر من العمومية بفرض إطار عام لهذا الالتزام، ولا أدل على ذلك من الجمع بين الحياد والاستقلال معا، فيجدر الإشارة انه رغم إعمال التفرقة بين كلا من الحياد والاستقلال على مستوى القضاء الوطنى، إلا انه فى إطار التحكيم والاستثمار خصوصا فإنه يتم الدمج بين المصطلحين، ومن ذلك اتفاقية الأكسيد التى نصت على "الاستقلال" ولم تذكر مصطلح الحياد صراحة إلا فى النسخة الأسبانية من الاتفاقية، على ان أحدهما يستغرق الآخر فى هذا الإطار. ويمكن القول ان عدم وجود حدود واضحة بين المفهومين ترجع إلى طريقة الصياغة من جهة، وإلى ضعف وصعوبة تقرير الضمانات المؤسسية للاستقلال خاصة فى التحكيم الحر.

- عملا، فإن واجب الحياد والاستقلال يتضمن واجب المحكم فى تجنب تعارض المصالح، وبعبارة آخرى أى المواقف التى تخلق أو من شأنها ان تخلق انطباع ان أحد المحكمين يميل لأحد الخصوم على حساب الخصم الآخر أو أنه يعتمد ماليا على الطرف الآخر، على أنه لا يوجد حصر لتلك الحالات الأمر الذى يثير إشكاليات كبيرة حتى بالنسبة لنظام تحكيم الاستثمار ككل.

- توجد محاولات لتصنيف تعارض المصالح ومن ذلك القواعد الصادرة عن النقابة الدولية للمحامين والتى وضعت ثلاث قوائم تجمع الحالات التى من شأنها ان تشكل تعارض للمصالح وأثرها، الأولى القائمة الخضراء والتى تشمل فروض لا تثير الشك حول حياد المحكم، الثانية: القائمة الصفراء وهى فى مرحلة وسط بين القائمة الخضراء والحمراء، الثالثة القائمة الحمراء وهى تشمل الفروض التى من شأنها ان تثير شكوك جدية حول حياد المحكم واستقلاله.

- واجب الحياد والاستقلال هو واجب مستمر، أى ينبغى ان يتوافر منذ قبول المهمة التحكيمية إلى نهايتها، ومن هنا كان واجب المحكم فى الافصاح فيجب ان يبين قبل الجلسات أى ظروف من شأنها ان تثير الشك حول حياده فى المستقبل، ولا ينتهى ذلك عند تلك المرحلة بل يستمر إلى نهاية اجراءات التحكيم.

- استكمالا لتنظيم الحياد والاستقلال فتنظم قواعد تحكيم الاستثمار قواعد لرد المحكم، وبالرغم من تقارب صياغة قواعد التحكيم المختلفة فى هذا الصدد، إلا ان التطبيق عليه عاملا كبيرا، لأن التطبيق قد يؤدى إلى تطبيق النص اتساعا أو تضييقا، لذا كان المعيار فى قبول طلب الرد محل بحث دائم من الفقه فى دور السوابق القضائية فى هذا الصدد، خاصة الصادرة عن الأكسيد لأنها الأكثر انفتاحا على الشفافية وتسبيب الأحكام.

- أسفر العمل عن وجود بعض أوجه الرد الخاصة بالتحكيم فى منازعات الاستثمار والتى يشار إليها تحت بند تعارض المصالح، ومن ذلك سبق إبداء

المحكم رأيه فى مقال أكاديمى Issue Conflict، أو تبادل الأدوار، ومدى جواز ان يجمع المحكم بين مناصب معينة ومهمته كمحكم، إلى جانب علاقته بالخصوم.

- ونظرا لما أسفر عنه العمل من إشكاليات تتمحور حول الشك فى فاعلية التنظيم القانونى الحالى لحياد المحكم واستقلاله مما يؤثر مباشرة على شرعية التحكيم، فقد أبدى العديد من الفقهاء والجهات حلول تعتبر بدائل للنظام الحالى ومن شأنها التغلب علي الانتقادات التى تؤخذ عليه.

غير أنى أرى ان الحلول الجذرية كاستبدال نظام التحكيم بأكمله فى هذا النوع من المنازعات واستبداله بنظام (محاكم) وإن كان هذا الاقتراح محل دراسة جدية للتطبيق، لن تكون فعالة على المدى القريب وان الأولى هو التركيز على تنظيم حياد واستقلال المحكم باعتباره حجر الزاوية فى القضية التحكيمية وعدالة اجراءاتها، ولهذا الغرض اقترح:

- الاعتراف بوجود نسبة من الشفافية فى التحكيم فى منازعات الاستثمار، وان الدول وان ارتضت التحكيم باعتباره وسيلة لفض المنازعات سواء بموجب قوانين الاستثمار الخاصة بها أو وفقا لمعاهدة أو اتفاقية هى طرفا فيها فهذا لا ينفى الطابع العام لنوع المسألة المعروضة على هيئة التحكيم، وأثر الحكم الصادر على المسائل التى تتعلق بالنظام العام والمصالح العامة فى الدولة الطرف فى التحكيم، وهو الأمر الذى أرى معه ان مسألة الاختلاف الفقهى حول طبيعة التحكيم لن تعتبر مسألة خلافية تقليدية، بل هى دائما مسألة متجددة بدليل ان فى كل

مسائل البحث حول تحكيم الاستثمار تبدأ من نقطة أساسية ما بين بدايته وظهوره من عباءة التحكيم التجارى الدولى إلى اتصاله موضوعيا بالقانون الدولى للاستثمار بصورة مباشرة والمصالح العامة للدول بصورة غير مباشرة، وأيضا هو الأمر – فى رأيى– الذى يبرز وجاهة الرأى الذى يرى ان للتحكيم طبيعة خاصة [١].

- ينبغى اعتماد طريقة وسط لتحقيق التنظيم ما بين الفاعلية فى التطبيق وفى ذات الوقت عدم المصادرة الكاملة على ارادة الخصوم فى التحكيم، ليس فقط احتراما لأن من سمات التحكيم ارادة الخصوم ولكن لما تبين عملا من ان أحد الأسباب الأساسية لوجود التحكيم فى منازعات الاستثمار هو وجود ارادة الخصوم – وإن كان غير متسع النطاق على النحو الموجود فى التحكيم التجارى الدولى– والقول بغير ذلك من شأنه ان يؤدى إلى عزوف الخصوم إلى اللجوء إليه (المستثمرين فى المقام الأول).

- لكن ينبغى ان يتم إلزام الخصوم بان يضيفوا لاتفاق التحكيم أو أى أداة تعتبر بمثابة دستور للتحكيم قواعد للسلوك لتطبق الزاما على اجراءات التحكيم والمحكمين، فالقواعد الصادرة عن IBA ليس لها صفة الازام ومع ذلك فى أحد القضايا التحكيمية كانت هى بموجب اتفاق الأطراف القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم فى المسائل ذات الصلة.

---

[١] د.وجدى راغب، هل التحكيم نوع من القضاء؟، مقالة منشورة بمجلة كلية الحقوق– جامعة الكويت، العددان الأول والثانى ، مارس ويونيو ١٩٩٣.

- وضع معيار واضح وحدود واضحة لواجب المحكم فى الافصاح، وان يبين بصورة تفصيلية المسائل التى ينبغى ان يفصح عنها المحكم ولا تترك لمحض تقدير الأخير وبما لا يؤدى إلى التعدى على حقه فى الخصوصية مع احترام المعقولية أيضا، فينبغى ان يبين المحكم مركزه الوظيفى الحالى، السابق، وعملائه والقضايا التحكيمية السابقة التى اشترك فى اجراءاتها ودوره فى هذه الاجراءات، على النحو الذى يضبط حياد المحكم بصورة مسبقة على بدء اجراءات التحكيم.

- وضع قواعد فيما يعتبر من أسباب رد المحكم والمعيار فى رد المحكم ، ويمكن الاعتماد فى هذا الصدد على السوابق التحكيمية السابقة مع تعديل النصوص بما يتوافق والعمل، فى هذا الصدد نشير إلى اقتراح جانب من الفقه تنظيم أوجه لعدم الصلاحية المطلقة وآخرى لعدم الصلاحية النسبية، غير ان الأمر – فى رأيى سيان– الأهم من تقرير الحالات من عدمه هو وضع معيار واضح لكل حالة مع الأخذ فى الاعتبار طبيعة المحكمين الخاصة، وكيفية انتقالهم بين القضايا التحكيمية ومهما أحيطوا بضمانات فلا يمكن ان تكون على ذات الدرجة كالقضاه على المستوى الوطنى.

- لكن يمكن تعويض صعوبة التنظيم المؤسسى لتحكيم الاستثمار – والذى يؤكد جانب من الفقه [١]– وبحق– على أهميته فى ضبط شرعية الاجراءات إلى

[١] د.جورج أبى صعب، بعض المشكلات الأخلاقية التى تواجه المحكم المعين من طرف فى تحكيم الاستثمار، ندوة انعقدت بمركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى، الأربعاء ١٠ ابريل ٢٠١٩.

الحد الذى يمكنه معه ضبط الحياد والاستقلال بالمفهوم الشخصى– وذلك عن طريق وضع تنظيم خاص لاجراءات التحكم فى منازعات الاستثمار– ولو كانت غريبة بالنسبة للتحكيم التجارى الدولى – كإلزام المحكم باحترام مبدأ المواجهة، علانية الاجراءات (وهو أمر محل تطبيق فعلا ولكن شريطة موافقة الخصوم)، الالتزام بتسبيب الأحكام الصادرة فى طلبات الرد، ووضع ضوابط لتسبيب أحكام التحكيم فى منازعات الاستثمار لتأتى افصاحا عن مضمونها (فلا تثير الشك حول الحل القانونى للنزاع من خلال إبداء المحكم غير المنضم للأغلبية لرأيه المخالف).

وفى ذات الاتجاه كان التركيز على دور المحكم رئيس هيئة التحكيم وطريقته فى عرض القضية والتعويل على شخصيته فى ضمان عدالة الاجراءات ومرد ذلك هو رضائية التحكيم فى الأساس.

المراجع:

أولا: المراجع باللغة العربية:

١. أحمد جودة أحمد عيد العزب، التحكيم فى إطار المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار(ICSID) ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق–جامعة عين شمس، ٢٠١٨.

٢. أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

٣. أحمد مسلم ، أصول المرافعات (التنظيم القضائى والاجراءات والأحكام فى المواد المدنية والتجارية) ، دار الفكر العربى ، ١٩٧٩.

٤. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبى والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٧.

٥. .حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعى، الاسكندرية، ٢٠١٠.

٦. طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم – دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٩

٧. طلعت يوسف حلمى خاطر، حياد المحكم واستقلاله بين النظرية والتطبيق، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول ، السنة الثالثة والخمسون ، يناير ٢٠١١.

٨. عاشور مبروك، النظام الإجرائى لخصومة التحكيم (دراسة تحليلية وفقا لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة) ، مكتبة الجلاء الجديدة ، الطبعة الثانية، ١٩٩٨.

٩. عبد الرؤوف مهدى ، شرح القواعد العامة للاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٧ .

١٠. عصام القصبى، النفاذ الدولى لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.

١١. عكاشة محمد عبد العال: الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية– الأوروبية في بيروت من ١٣ إلى ٢٠٠١/٢/١٥، منشور ضمن مؤلف بعنوان آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية، مركز الدراسات العربية الأوروبية، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.

١٢. فتحى والى ، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٧.

١٣. مصطفى أحمد ترو ، سلطة المحكم الدولى فى تعيين القواعد القانونية على موضوع النزاع، الطبعة الأولى ، ١٩٩٢.

١٤. هدى محمد مجدى عبد الرحمن، دور المحكم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧.

١٥. وجدى راغب:

- مبادى القضاء المدنى، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ .

- هل التحكيم نوع من القضاء؟، مقالة منشورة بمجلة كلية الحقوق- جامعة الكويت، العددان الأول والثانى ، مارس ويونيو ١٩٩٣.

ثانيا: المراجع باللغة الانجليزية:

1. Anja Seibert-Fohr, International Judicial Ethics, in The Oxford handbook of international Adjudication, Cesare P.R. Romano, Karen J. Alter & Yuval Shany eds.,2014.

2. Alberto Alemanno, 'How Transparent is Transparent Enough?' in Michal Bobek, Selecting Europe's Judges, Oxford university press, 2015.

3. Albert Jan van den Berg, Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration, in Looking to the future: Essays on international law in honor of W.Michael, Mahnoush Arsanjani et al. eds., 2011.

4. Ana Stanic, Challenging arbitrators and the importance of disclosure: recent cases and reflections, Croatian Arbitration Yearbook, Vol. 16, 2009.

5. Anthea Roberts, The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration, in A Jan vanden Berg, Arbitration: The Next Fifty Years, Kluwer, 2012.

6. Aron Broches, In order to meet the particular requirement of the proceedings, The experience of the International centre for settlement of Investment disputes, in "international investment disputes- Avoidance and settlement, Rubin , Nelso ed., 1985.

7. Andrea Marco Steingruber, Nature, Notion, extent of consent in international Arbitration, Thesis for the degree of

Doctor of Philosophy, Queen Mary University of London, 2009.

8. The Evolution and Future of International Arbitration, Brekoulakis SL, LewJDM et al (eds), Kluwer Law International.

9. Christoph C. Schreurer, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge university press, 2001.

10. Catherine A. Rogers, Transparency in International Commercial Arbitration, Kansas Law Review, Vol.54, 2006.

11. Charles N.Brower, Keynote address: the ethics of arbitration: perspectives from a practicing international arbitrator, Berkeley International Law Journal Publicist, Vol.5, issue1, 2010.

12. Chiara Giorgetti, A Common Code of Conduct for Investment Arbitrators, Proceedings of the ASIL Annual Meeting, Vol.113, 2019.

13. Chiara Giorgetti, Mohamed Abdel Wahab, A Code of Conduct for arbitrators and Judges, Academic forum on ISDS Concept paper 2019/8, Version 2, October 2019.

14. Chiara Giorgetti, Caratube v. Kazakhstan: For the First Time Two icsid Arbitrators Uphold Disqualification of Third Arbitrator, American Society for International Law INSIGHTS (Sept. 29, 2014).

15. Christina Knahr, Christian Koller, Walter Rechberger, August Reinisch (eds) Investment and commercial arbitration - similarities and divergences. Eleven International Publishing, Den Haag, 2010.

16. David D. Caron, Lee M. Caplan, The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary, Oxford University Press, 2013.

17. David Schneiderman, Constitutionalizing Economic Globalization Investment Rules and Democracy's Promise, Cambridge Studies in Law and Society, 2008.

18. Erik Voeten, International Judicial Behavior, International Judicial Ethics, in The Oxford handbook of international Adjudication, Cesare P.R. Romano, Karen J. Alter & Yuval Shany eds.,2014.

19. Elisa Sardinha, 'Party-Appointed Arbitrators No More', The Law and Practice of International Courts and Tribunals, No. 17, 2018, William W. Park, Arbitrator Integrity: The Transient and the permanent, San Diago Law Review, Vol.46, 2009.

20. F.Campolieti, N.Lawn, Perenco v. Ecuador: was there a valid arbitrator challenge under the ICSID Convention?, 2010, In: Kluwer Arbitration Blog, available at: http://kluwerarbitrationblog.com/2010/01/28/perenco-v-ecuador-was-there-a-valid-arbitrator-challenge/

21. F. Ortino and N. Mersadi Tabari, 'International Dispute Settlement: The Settlement of Investment Disputes Concerning Natural Resources – Applicable Law and Standards of Review', E.Morgera and K.Kulovesi (eds),

Research Handbook on International Law and Natural Resources, Edward Elgar, 2016.

22. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Michele Potestà, Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?- Analysis and roadmap,CIDS-Geneva Center for International Dispute Settlement, 3June 2016.

23. Gus Van Harten, Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration, Oxford University press, 2013.

24. Gus Van Harten, The Public—Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State, International & Comparative Law Quarterly, Vol 56, issue 2, 2007.

25. George Kahale III, "ISDS: The Wild Wild West of international practice", Lecture delivered at Brooklyn Law

School on April 3,2018, Brooklyn Journal of International Law, No. 44, Issue (1

26. Gus Van Harten, 'The (Lack of) Women Arbitrators in Investment Treaty Arbitration' (2011), *All Papers*.

27. Henri de Waele, 'Not Quite the Bed that Procrustes Built' in Michal Bobek, Selecting Europe's Judges, Oxford University press, 2015.

28. Ileana M.Smeureanu, Confidentiality in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, 2011.

29. James Gerard Devaney, Selecting Investment Arbitrators: Reconciling Party Autonomy and the International Rule of Law, KFG Working Paper No. 33 May 2019, Edited by Heike Krieger, Georg Nolte and Andreas Zimmermann.

30. Jason fry, Simon Greenberg, The new ICC Rules on Arbitration: How have they fared after the 1st 18 months?, International Arbitration Law Review, Vol. 16, 2013.

31. Joseph M. Matthews, 'Difficult Transitions Do Not Always Require Major Adjustment - It's Not Time to Abandon Party-Nominated Arbitrators in Investment Arbitration', ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 25, No. 2 – Special Focus Issue on Appointing Arbitrators, 2010

32. Juan Fernández-Armesto, Different Systems for the Annulment of Investment Awards, ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, Vol. 26, No. 1, 2011.

33. Joshua Paine, Standard of Review (Investment Arbitration), Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, Research Paper Series, N° 2018 (1).

34. Jan Paulsson, Moral Hazard in International Dispute Resolution, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 25, Issue 2, Fall 2010.

35. John Leubsdorf, *Theories of Judging and Judge Disqualification,* New York University Law Review, No. 62.

36. L'impartialité du juge et de l'arbitre – Etude de droit comparé, sous la dir. de J. Van Compernolle et G.Tarzia, Bruylant, 2006.

37. Katia Fach Gomez, Key duties of International investment arbitrators – transnational study of legal and ethical dilemmas, Springer, 2019.

38. Kathryn A. Windsor, Defining Arbitrator Evident Partiality: The Catch-22of Commercial Litigation Disputes, Seton Hall Circuit Review, Vol. 6:191, 2009

39. Karel Daele, Challenge and disqualification of arbitrators in international arbitration, Kluwer, 2012

40. Kenneth J Keith, The International Rule of Law, Leiden Journal of International Law, Vol.28/3, 2015.

41. Lacey Yong, Imposter arbitrator's award set aside in California, Global Arbitration Review, 2016.

42. Maria Nicole Cleis, The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators, Brill, 2017.

43. Mark Kantor, Negotiated Settlement of Public Infrastructure Disputes, in New Directions in International Economic Law, In Memoriam Thomas Wälde, (Todd Weiler & Freya Baetens eds., 2011.

44. Malcolm Langford, Daniel Behn and Runar Lie:

- 'Who Writes Arbitral Awards?', PluriCourts Working Paper, 2018.

- The revolving door in international investment arbitration, Journal of International Economic Law, Oxford, 2017.

45. Michael Hwang SC & Lynnette Lee, Standard of proof for Challenge against arbitrators: Giving them the benefit of the doubt, in : The powers and duties of an arbitrator, edited by: Patricia Shaughnessy, Sherlin Tung, Kluwer

46. Michael Waibel and Yanhui Wu, 'Are Arbitrators Political? Evidence from International Investment Arbitration', ASIL Research Forum, UCLA, 5 November 2011.

47. Noah Rubins & Bernhard Lauterburg, Independence, Impartiality and Duty of disclosure in investment arbitration, in Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences (Eleven International Publishing).

48. Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Lise Johnson, Fiona Marshall, Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the dual role of arbitrator and counsel, International institute for sustainable development, 2011.

49. Stephan Schill, Robyn Briese, "If the State Considers": Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement, Max Plank yearbook of United Nations Law, Vol.13, 2009.

50. Stephan W Schill, Developing a Framework for the Legitimacy of International Arbitration, Amsterdam Center for International Law (ACIL), ICCA Congress Series, Vol.18, 2015.

51. Stephen E .Blythe, The Advantages of Investor- State Arbitration as a dispute resolution mechanism in bilateral

investment Treaties, The International Lawyer, Vol. 47, No. 2 (FALL 2013), p.276.

52. Vaughan Lowe, Private Disputes and the public interest in international law, International Law and dispute settlement – new problems and techniques, Hart publishing, 2010, p.6.

53. Yves Dezalay, Bryant Garth, Dealing in virtue, Conducting Law and Social Research: Reflections on Methods and Practices, SimonHalliday & Patrick Schmidt eds., 2009.

المراجع باللغة الفرنسية:

1. Cécile Chainais :Exigences du procès équitable et arbitrage:existence et essence du droit à un process arbitral equitable, in L.Milano,(dir.),convention européenne des droits des l' homme et droit de l'entreprise, Collection Droit & Justice, 1er éd., Vol.113, Anthemis, 2016.

2. Thomas Clay, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001.

3. L'arbitre: pouvoirs et statuts, Actes du Colloque du CEPANI du 28 mars 2003, Bruylant, 2003.

4. PH.Fouchard, E.Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, Litec, 1996.

ملخص

فى الوقت الحالى يحتل التحكيم فى منازعات الاستثمار أهمية قصوى سواء على المستوى الوطنى لما يحققه من أهداف للتنمية عن طريق الاستثمار للدولة أو على المستوى الدولى لأنه سمح للمستثمر(شخص خاص) باللجوء مباشرة إلى التحكيم الدولى ضد الدولة مما يتصل بسيادة القانون على المستوى الدولى، غير ان مهما كانت المزايا التى يحققها نظام التحكيم فى منازعات الاستثمار فإنه تأتى مع عدد من التحديات، والتى يراها الفقه والمجتمع الدولى على قدر من الخطورة إلى الحد الذى يهدد شرعية نظام التحكيم بأكمله.

وتتعدد الاشكاليات التى نشأت عن تحكيم الاستثمار، غير ان هذا البحث يلقى الضوء على مسألة معينة وهى حياد واستقلال المحكم فى تحكيم الاستثمار، إيمانا بأن المحكم هو العامل الرئيسى وحجر الأساس فى نظام التحكيم ، وتبدأ منظومة الاصلاح عنده فى إطار حتى من الاصلاحات قصيرة المدى.

وقد تناول البحث مسألة حياد واستقلال المحكم من خلال مبحثين وعدد من المطالب

تناول فى المبحث الأول دراسة للطبيعة الخاصة للتحكيم فى منازعات الاستثمار ومفهوم حياد المحكم استقلاله والتنظيم الإجرائى لحياد واستقلال المحكم من خلال الوقوف على خصوصية دور المحكم فى تحكيم الاستثمار خصوصا وهو ما يتبدى

من خلال(معيار المراجعة)من جهة، وتنظيم مقتضيات الحياد من خلال واجب المحكم فى الافصاح من جهة آخرى.

أما المبحث الثانى فتناول الجزاءات الإجرائية فى مواجهة فروض عدم الحياد والاستقلال من خلال دراسة اجراءات رد المحكم وأسبابه فى العديد من قواعد تحكيم الاستثمار وخصوصا قواعد الأكسيد، وخُتمت الدراسة بالعرض للبدائل المقترحة للنظام الحالى.

Summary

At the present time, State – Investor Arbitration is of great importance, both at the national level, because it constitute the tool for achievement of the state`s development goals on one hand, on the other hand at international level as it allows the investor (a private person) to resort directly to international arbitration against the state provoking matters related to the rule of law at the international level.

Despite of the benefits fulfilled by the State- Investor Arbitration, it comes with a number of challenges, which the jurisprudence and the international community qualify as extremely dangerous to the extent that threatens the .legitimacy of the entire State – Investor arbitration system

There are many problems that arise from State – Investor Arbitration, but this research sheds light on a specific issue which is the impartiality and independence of the arbitrator in the arbitration of investment, believing that the arbitrator is the main factor and the cornerstone of the arbitration system and

the process of reform begin in this framework, especially short-term reforms.

The research dealt with the question of the impartiality and independence of the arbitrator through two Chapters:

The first Chapter focus on the special nature of State-Investor Arbitration, the concept of the arbitrator's impartiality and independence, and the procedural regulation of the arbitrator's independence and independence by examining the specificity of the arbitrator's role in investment arbitration in particular, which is manifested through (the Standard of Review) on the one hand, and the regulation of impartiality requirements through the arbitrator's duty of disclosure, on the other hand.

As for the second Chapter, it dealt with procedural penalties in case of violation of the impartiality and independence duty by studying the procedures for challenging arbitrator and its grounds in many State- Investor arbitration rules, especially

ICSID rules, and the study was concluded with a presentation of the proposed alternatives to the current system.