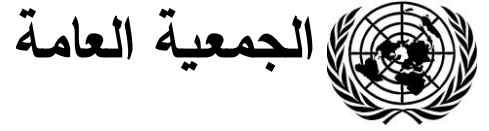


Distr.: Limited
31 July 2023
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الثالث (المعني بإصلاح نظام تسوية
المنازعات بين المستثمرين والدول)
الدورة السادسة والأربعون
فيينا، 9-13 تشرين الأول/أكتوبر 2023

الإصلاحات الممكنة في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

شروح مشاريع الأحكام المتعلقة بالمسائل الإجرائية والشاملة

مذكرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة

3	أولاً - مقدمة
3	ثانياً - شروح مشاريع الأحكام المتعلقة بالمسائل الإجرائية والشاملة
3	ألف - تقديم مطالبة - الشروط والقيود
3	مشروع الحكم 1: التشاور والتفاوض ومشروع الحكم 2: الوساطة.....
4	مشروع الحكم 3: إجراءات تسوية المنازعات.....
4	مشروع الحكم 4: تسوية المنازعات بين الدول
5	مشروع الحكم 5: فترة التسوية الودية.....
5	مشروع الحكم 6: اللجوء إلى سبل الانتصاف المحلية.....
6	مشروع الحكم 7: التنازل عن الحق في بدء إجراء لتسوية المنازعة.....
6	مشروع الحكم 8: فترة التقادم.....
6	مشروع الحكم 9: حجب المنافع.....
7	مشروع الحكم 10: مطالبات حملة الأسهم.....
8	مشروع الحكم 11: المطالبة المضادة.....
9	مشروع الحكم 12: الحق في وضع اللوائح.....



11		باء - تفسير الإجراءات
11		مشروع الحكم 13: الأدلة
11		مشروع الحكم 14: تجزئة المطالبة
12		مشروع الحكم 15: دمج الإجراءات
13		مشروع الحكم 16: التدابير المؤقتة/التحفظية
13		مشروع الحكم 17: مدونة قواعد السلوك
13		مشروع الحكم 18: الشفافية
14		مشروع الحكم 19: الرفض المبكر
15		مشروع الحكم 20: ضمان سداد التكاليف
15		مشروع الحكم 21: التمويل من طرف ثالث
16		مشروع الحكم 22: تعليق الإجراء وإنهاؤه
16		جيم - قرارات هيئة التحكيم
18		مشروع الحكم 23: تقييم بدل الضرر والتعويض
19		مشروع الحكم 24: مهلة إصدار القرار النهائي
19		مشروع الحكم 25: توزيع التكاليف

أولاً - مقدمة

1- تتضمن هذه المذكرة شروح مشاريع الأحكام المتعلقة بالمسائل الإجرائية والشاملة بصيغتها الواردة في الوثيقة [A/CN.9/WG.III/WP.231](#). وقد أُعدت الشروح لمساعدة الفريق العامل على فهم كيفية عمل مشاريع الأحكام وارتباطها ببعضها البعض وكذلك بعناصر الإصلاح الأخرى التي يعكف الفريق العامل على وضعها.

ثانياً - شروح مشاريع الأحكام المتعلقة بالمسائل الإجرائية والشاملة

ألف - تقديم مطالبة - الشروط والقيود

2- تتناول مشاريع الأحكام الواردة في هذا الباب شروط تقديم مطالبة من جانب المستثمر. ومع ذلك، فهي لا تتناول بشكل عام من يمكنه تقديم مطالبة وأنواع إجراءات تسوية المنازعات التي يمكن اختيارها، بل تترك هذه المسألة لاتفاق الاستثمار الدولي ذي الصلة. وبناء على ذلك، أُعدت مشاريع الأحكام بحيث تنطبق عموماً على جميع أنواع آليات تسوية المنازعات (بما في ذلك التحكيم والآلية الدائمة وآليات تسوية المنازعات بين الدول). وهي تتناول مختلف الخطوات والشروط التي يجب استيفائها لكي يتمكن المستثمر من تقديم مطالبة (الفترة الفاصلة، سبل الانتصاف المحلية، التنازل عن الحقوق)، وتضع أيضاً قيوداً واستثناءات (فترة التقادم، الحرمان من المنافع، مطالبات حملة الأسهم). وتتضمن مشاريع الأحكام أيضاً قاعدة تسمح للمدعى عليهم بتقديم مطالبات مضادة وقاعدة تهدف إلى تعزيز حق الدول في وضع اللوائح لتحقيق أهداف سياسية مختلفة استجابة للشواغل المعرب عنها في الفريق العامل فيما يتعلق بالجمود التنظيمي⁽¹⁾.

مشروع الحكم 1: التشاور والتفاوض ومشروع الحكم 2: الوساطة

3- يهدف مشروع الحكمين 1 و 2 إلى تعزيز التسوية الودية للمنازعات الاستثمارية. ويشجع مشروع الحكم 1 الطرفين المتنازعين على تسوية منازعتهم عن طريق التشاور أو التفاوض، في حين يتضمن مشروع الحكم 2 أحكام الأونسيترال النموذجية بشأن الوساطة في المنازعات الاستثمارية الدولية (الأحكام النموذجية بشأن الوساطة)⁽²⁾. والحكمان متوائمان مع اتفاقات الاستثمار الدولية المبرمة مؤخراً التي تتضمن إشارات صريحة إلى اللجوء إلى التشاور والتفاوض والوساطة⁽³⁾.

4- ويشدد كلا الحكمين على الطابع الطوعي للتشاور والتفاوض والوساطة، وينبهاً الطرفين إلى توافرها في أي وقت أثناء المنازعة، حتى بعد بدء إجراء قضائي عملاً بمشروع الحكم 3. وهما يقضيان دعوة للمشاركة في التشاور أو التفاوض أو الوساطة توجّه كتابياً وتحتوي على حد أدنى من المعلومات. وتؤدي هذه الدعوة إلى

(1) انظر الوثيقة [A/CN.9/1124](#)، الفقرة 103، والوثيقة [A/CN.9/970](#)، الفقرة 36.

(2) اعتمدتها اللجنة في دورتها السادسة والخمسين. انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والسبعون، الملحق رقم 17 ([A/78/17](#))، المرفق الأول.

(3) انظر على سبيل المثال الاتفاق التجاري والاقتصادي الشامل بين كندا والاتحاد الأوروبي (Comprehensive Trade and Economic Agreement between Canada and the European Union (CETA))، المادتين 8.19 و 8.20، وأحكام اتفاق شراكة المحيط الهادئ (Trans-Pacific Partnership Agreement) التي أُدرجت، بالإحالة، في الاتفاق الشامل والتدريجي بشأن شراكة المحيط الهادئ (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP)) وأصبحت جزءاً منه، المادة 9.18، والاتفاق بين الولايات المتحدة الأمريكية والولايات المتحدة المكسيكية وكندا (Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada (USMCA))، المادة 14.D.2.

بدء فترة التسوية الودية المنصوص عليها في مشروع الحكم 5، التي يجب أن تنقضي لكي يتمكن المستثمر من تقديم مطالبة بموجب مشروع الحكم 3.

مشروع الحكم 3: إجراءات تسوية المنازعات

5- مشروع الحكم 3 مساحة محجوزة للإحالة إلى آلية تسوية المنازعات المنصوص عليها في اتفاق الاستثمار الدولي الذي ستدرج فيه مشاريع الأحكام (يشار إليه باسم "الاتفاق" في مشاريع الأحكام). ويأخذ مشروع الحكم في الحسبان أن اتفاقات الاستثمار الدولية توفر سبلا مختلفة لتسوية المنازعات الاستثمارية، بما في ذلك التحكيم بموجب مجموعات مختلفة من القواعد. وهو يأخذ في الحسبان أن اتفاقات الاستثمار الدولية يمكن أن تحيل مطالبات المستثمرين إلى المحاكم المحلية أو إلى آلية لتسوية المنازعات بين الدول⁽⁴⁾. كما أنه يجسد حقيقة أن بعض اتفاقات الاستثمار الدولية تحيل بالفعل إلى آلية دائمة لتسوية المنازعات الاستثمارية، وأن الفريق العامل يناقش إمكانية إرساء آلية دائمة متعددة الأطراف لتسوية المنازعات الاستثمارية، قد يحال إليها في اتفاقات الاستثمار الدولية في المستقبل. والغرض من إدراج مشروع الحكم 3 هو ضمان انطباق مشاريع الأحكام ككل على جميع تلك الآليات أو الإجراءات ولتيسير الرجوع إليها. وبالمثل، يشمل مصطلح "هيئة التحكيم" المستخدم في مشاريع الأحكام مختلف الهيئات الاحتكامية، بما في ذلك هيئات التحكيم، والدوائر في آلية دائمة، والمحاكم المحلية، والسلطات المختصة الأخرى. غير أنه لا ينبغي فهم مشروع الحكم 3 بأنه يغير الموافقة التي تبديها الدول في اتفاق الاستثمار الدولي المعني.

مشروع الحكم 4: تسوية المنازعات بين الدول

6- ينص مشروع الحكم 4 على إرساء آلية لتسوية المنازعات بين الدول لتسوية المنازعات الاستثمارية. وهو يسمح لدولة بالمطالبة، بالنيابة عن مستثمر تابع لها، بتعويض من دولة أخرى، تكون طرفاً في الاتفاق، عن الأضرار الناجمة عن تدبير اتخذته تلك الدولة. ويتضمن عدد من اتفاقات الاستثمار الدولية المبرمة مؤخراً أحكاماً مماثلة⁽⁵⁾.

7- وفيما يتعلق بكيفية تسيير هذا الإجراء، يشير مشروع الحكم 4 إلى آلية تسوية المنازعات بين الدول المنصوص عليها في الاتفاق، وينص على التحكيم بموجب قواعد الأونسيترال للتحكيم بوصفه السبيل التكميلي في حال عدم وجود آلية من هذا القبيل أو في حال اتفاق الدول على عدم اللجوء إلى الآلية. ولعل الفريق العامل يود أن يلاحظ أن أحكام تسوية المنازعات بين الدول الواردة في اتفاقات الاستثمار الدولية تعنى عادةً بالمنازعات المتعلقة بتفسير الاتفاق أو تطبيقه وقد لا تكون مناسبة لتسوية المنازعات الاستثمارية⁽⁶⁾.

8- ولا يتناول مشروع الحكم 4 العملية المحلية التي يطلب المستثمر من خلالها من دولته تقديم مطالبة. ومع ذلك، فهو ينص على أنه يجوز السماح للمستثمر بالمشاركة في الإجراء (الفقرة 3) وأنه يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر بالدفع مباشرة إلى المستثمر، إذا طلبت الدولة ذلك (الفقرة 4).

(4) يتناول مشروعا الحكامين 4 و6 بمزيد من التفصيل مسألتا اللجوء إلى آلية لتسوية المنازعات بين الدول واستنفاد سبل الانتصاف المحلية اللتين استبينتا بوصفهما عنصرين من عناصر الإصلاح المحتملة (A/CN.9/1124، الفقرة 103).

(5) انظر: Brazil-Ethiopia BIT (2018), Article 24; Brazil-Guyana BIT (2018), Article 25; Brazil-Suriname BIT (2018), Article 25; Brazil-United Arab Emirates BIT (2019), Article 25; Brazil-Ecuador BIT (2019), Article 25.

(6) USMCA (2020), Article 31.2; CETA (2016), Article 29.2; CPTPP, Article 28.3; Australia-Uruguay BIT (2019), Article 12 and 13; Canada Model BIT (2021), Article 54; India Model BIT (2015), Article 31; US Model BIT (2012), Article 37.

مشروع الحكم 5: فترة التسوية الودية

- 9- يقتضي مشروع الحكم 5 من الطرفين المتنازعين محاولة تسوية المنازعة وديا وفقا لمشروعي الحكمين 1 و 2 لفترة زمنية معينة (يشار إليها بالفترة "الفاصلة") قبل تقديم المطالبة إلى عملية احتكامية عملا بمشروعي الحكمين 3 أو 4.
- 10- وتبدأ الفترة الفاصلة الواردة في مشروع الحكم 5 بدعوة من أحد الطرفين المتنازعين لبدء تسوية ودية. والهدف من ذلك تشجيع الطرفين على اللجوء إلى هذه السبل.
- 11- وينبغي أن يكون طول الفترة الفاصلة كافيا للسماح للطرفين بتبادل الآراء بشأن التسوية المحتملة، لكنها ينبغي ألا تكون أطول من اللازم، لأن ذلك قد يؤخر التسوية النهائية للمنازعة (على سبيل المثال، عندما تبدو التسوية غير مرجحة). ويتضمن العديد من اتفاقات الاستثمار الدولية المبرمة مؤخرا فترة فاصلة مدتها 6 أشهر أو 180 يوما⁽⁷⁾.
- 12- وتجدر الإشارة إلى أن الطرفين المتنازعين يملكان حرية الانسحاب من التشاور والتفاوض والوساطة في أي وقت وأن مشروع الحكم 5 لا يفرض واجبا على الطرفين بالمشاركة في مثل هذه الإجراءات خلال الفترة الفاصلة.

مشروع الحكم 6: اللجوء إلى سبل الانتصاف المحلية

- 13- يقتضي مشروع الحكم 6 من المستثمر أن يلتمس سبل الانتصاف المتاحة في الدولة المضيفة قبل تقديم مطالبة عملا بمشروعي الحكمين 3 و 4⁽⁸⁾. وتقتضي القواعد المتعلقة باستنفاد سبل الانتصاف المحلية من المستثمر استنفاد جميع سبل الانتصاف المتاحة في إطار النظام القانوني المحلي للدولة المضيفة قبل بدء إجراءات أخرى لتسوية المنازعة (بصرف النظر عن مدة تلك الإجراءات)⁽⁹⁾. وتقتضي البنود المتعلقة بوجوب اللجوء أولا إلى سبل الانتصاف المحلية من المستثمر اللجوء إلى سبل الانتصاف المحلية لفترة زمنية معينة (على سبيل المثال، 30 شهرا⁽¹⁰⁾) قبل بدء إجراءات أخرى لتسوية المنازعة⁽¹¹⁾.
- 14- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان النهج المتبع في مشروع الحكم 6 مناسباً أم أنه ينبغي ببساطة أن يشجع الطرفين المتنازعين على تسوية منازعتهم باللجوء إلى سبل الانتصاف المحلية⁽¹²⁾.

(7) انظر: CETA, Article 8.22 (1)(b); CPTPP, Article 9.19 (1); وانظر أيضا USMCA، المادة (2)، 14.D.3، التي تنص على أن ينقضي 90 يوما من تاريخ تقديم إشعار النوايا قبل تقديم مطالبة إلى التحكيم.

(8) انظر الوثيقة A/CN.9/970، الفقرة 30.

(9) انظر على سبيل المثال: China-Côte d'Ivoire (2002), Article 9(3); SADC Investment Protocol (2006), Article 28

IISD Model International Agreement on (1); Albania-Lithuania BIT (2007), Article 8(2)

Investment for Sustainable Development, Article 45 (b)

(10) USMCA, Article 14.D.5.1.a&b

(11) انظر على سبيل المثال: India-Kyrgyzstan BIT (2019), Article 15(2); India-Belarus BIT (2002), Article 15(2);

Italy-Argentina BIT (1990), Article 8(3); Peru-Switzerland BIT (1991), Article 9(3); Uruguay-Italy BIT

(1990), Article 9(2); Germany-Chile BIT (1991), Article 10(3)(a)

(12) انظر على سبيل المثال: Korea, Republic of-Uzbekistan BIT (2019)، المادة 11 (2)، التي تنص على أن "يسعى المستثمر والطرف المتعاقد الذي تقام الاستثمارات في إقليمه إلى تسوية المنازعة عن طريق المشاورات والمفاوضات بحسن نية، وفي الوقت نفسه، عن طريق سبل الانتصاف المحلية المتاحة في الطرف المتعاقد".

مشروع الحكم 7: التنازل عن الحق في بدء إجراء لتسوية المنازعة

- 15- يهدف مشروع الحكم 7 إلى تجنب تعدد الإجراءات بتقييد قدرة المستثمر على التماس الانتصاف في محافل متعددة عن نفس الخرق. وكشرط لتقديم مطالبة عملاً بمشروعي الحكمين 3 أو 4، يكون المستثمر ملزماً بالتنازل عن حقه في بدء أو مواصلة الإجراءات في محافل أخرى⁽¹³⁾. غير أن التنازل لا ينطبق على إجراء لاحق، على سبيل المثال، يتعلق بإنفاذ القرارات الصادرة أثناء الإجراء.
- 16- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر في نهج بديلة، مثل إدراج حكم "مفترق الطرق"، الذي يقتضي من المستثمر أن يختار محفل تسوية المنازعة منذ البداية دون إمكانية اللجوء إلى أي محافل أخرى⁽¹⁴⁾، أو حكم أكثر إملاتية، يحظر على المستثمر بدء أو مواصلة أي نوع آخر من سبل تسوية المنازعات عند بدء أي تسوية للمنازعة عملاً بمشروعي الحكمين 3 أو 4.
- 17- وقد يلزم تعديل مشروع الحكم 7 وفق النهج المتبع فيما يتعلق باللجوء إلى سبل الانتصاف المحلية الوارد في مشروع الحكم 6.

مشروع الحكم 8: فترة التقادم

- 18- ينص مشروع الحكم 8 على فترة يتعين فيها على المستثمر تقديم المطالبة، على غرار فترة التقادم في النظم القانونية الداخلية⁽¹⁵⁾. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر في الفترة الزمنية المناسبة وتوقيت بدئها. وفي مشروع الحكم 8، تبدأ الفترة عندما يعلم المستثمر، أو كان ينبغي له أن يعلم، ليس فقط بالتدبير الذي يُزعم أنه يشكل خرقاً فحسب، بل أيضاً بتكبده خسارة أو ضرراً.
- 19- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان مشروع الحكم 8 ينطبق أيضاً على مطالبة مقدمة من دولة عملاً بمشروع الحكم 4، وإذا كان الأمر كذلك، فمتى ينبغي أن تبدأ الفترة الزمنية. ولعله يود أن ينظر كذلك في الحالات التي تعلق فيها فترة التقادم، مثلاً عندما ترسل دعوة للدخول في وساطة وفقاً لمشروع الحكم 2 أو عندما يكون المستثمر قد بدأ إجراءات لتسوية المنازعة أمام محكمة محلية وفقاً لمشروع الحكم 6.

مشروع الحكم 9: حجب المنافع

- 20- يسمح مشروع الحكم 9 للطرف المتعاقد بحجب الحماية التي وفرها في الاتفاق للمستثمرين الذين لا ينوي حمايتهم. فعلى سبيل المثال، تحجب اتفاقات الاستثمار الدولية المنافع عن المستثمرين الذين يستوفون رسمياً متطلبات "المستثمر" المشمول لكن ليس لديهم صلة اقتصادية حقيقية بدولة الموطن⁽¹⁶⁾.

(13) انظر: UNCTAD Series on International Investment Agreements II، على الرابط:

https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia2013d2_en.pdf، الصفحة 86.

(14) هناك نوع آخر من الأحكام التي تهدف إلى تجنب استخدام محافل متعددة يسمى أحكام "مفترق الطرق"، التي تقتضي من المستثمر أن يختار محفلاً لتسوية المنازعة منذ البداية. وبمجرد الاختيار، لا يجوز للمستثمر اللجوء إلى محفل آخر. انظر: United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Investor-State Dispute Settlement, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. A Sequel, p. 86.

(15) هذه الفترات منصوص عليها أيضاً في اتفاقات الاستثمار الدولية المبرمة مؤخراً، انظر على سبيل المثال: CPTPP, Article 9.21.1 and USMCA, Article 14.D.5.1.c؛ انظر أيضاً (6) CETA, Article 8.19.

(16) Loukas A. Mistelis and Crina Baltag, Denial of Benefits' clause in Investment Treaty Arbitration, Queen Mary University of London, School of Law, 2018, pp. 1-4; Yas Banifatemi, Taking Into Account Control

21- وتستند الفقرة 1 إلى أحكام مماثلة ترد في اتفاقات الاستثمار الدولية المبرمة مؤخراً⁽¹⁷⁾. وهي تسمح للدولة بأن تحجب المنافع المتعلقة بالاستثمارات التي يملكها أو يتحكم فيها شخص من دولة غير متعاقدة، ولم يكن لدى تلك الاستثمارات أنشطة تجارية ذات شأن في إقليم الدولة المضيفة أو كانت الدولة المضيفة تعتمد تدابير أو تبقي على تدابير إزاء تلك الدولة غير المتعاقدة تحظر المعاملات، بحيث يُعد منح المستثمر منافع بموجب الاتفاق انتهاكاً لتلك التدابير. وتعالج الفقرة بذلك الشواغل المتعلقة باستخدام ما يسمى بالشركات "الصورية" أو بشركات "صندوق البريد" لتقديم مطالبات بموجب اتفاقات الاستثمار الدولية وتهدف إلى الحد من ممارسة المفاضلة بين المحاكم⁽¹⁸⁾.

22- وتوسع الفقرة 2 نطاق الحكم ليشمل معالجة الشواغل المعرب عنها فيما يتعلق باستخدام التمويل من طرف ثالث، والاستثمارات غير المشروعة، والاستثمارات الناجمة عن الفساد ومخالفة القانون⁽¹⁹⁾. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر في حالات أخرى يتعين إضافتها، مثلاً فيما يتعلق بمطالبات حملة الأسهم بشأن الخسائر الانعكاسية التي يتناولها حالياً مشروع الحكم 10. والفقرة الفرعية (د) فقرة شاملة تتناول أي إساءة استخدام للإجراءات من جانب صاحب المطالبة.

23- ووفقاً لمشروع الحكم 9، يجوز للطرف المتعاقد أن يحجب "منافع الاتفاق"، التي قد تشمل جميع معايير الحماية ذات الشأن المنصوص عليها في ذلك الاتفاق. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان يلزم تضيق نطاق المنافع المراد حجبها ليشمل المنافع الإجرائية، مثل تقديم مطالبة عملاً بمشروعي الحكمين 3 أو 4.

مشروع الحكم 10: مطالبات حملة الأسهم⁽²⁰⁾

24- يستند مشروع الحكم 10 إلى العمل المشترك مع منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي على مطالبات حملة الأسهم بشأن الخسائر الانعكاسية⁽²¹⁾. وكما لوحظ (انظر الفقرة 2 أعلاه)، فإن مسألة ما إذا كان

Under Denial of Benefits Clauses, Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration, IAI Series on International Arbitration No.8 (edited by E Gaillard and Y. Banifatemi), p. 223

(17) انظر على سبيل المثال: CETA, Article 8.16; CPTPP, Article 9.15; USMCA, Article 14.14. UK-Japan Comprehensive Economic Partnership Agreement (CEPA) (2020), Article 8.13; Japan-Morocco BIT (2020), Article 20; Comprehensive Economic Cooperation and Partnership Agreement between the Republic of Mauritius and the Republic of India (CECPA) (2021), Article 6.22; Chile-Paraguay FTA (2021), Article 6.11; Israel-Republic of Korea FTA (2021), Article 9.11; Bahrain-Japan BIT (2022), Article 25; New Zealand-United Kingdom FTA (2022), Article 14.17.

(18) انظر أيضاً الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.182، الصفحة 12.

(19) فيما يتعلق بمفهوم حسن النية في قانون الاستثمار الدولي، انظر: Emily Sipiorski, Good Faith in International Investment: Arbitration, Oxford International Arbitration Series (Feb 2019)، فيما يتعلق بالفساد ومخالفة القانون، Corruption as a Jurisdiction Bar in Investment Treaty Arbitration: A Strategic Reform, George Martsekis الرابط: www.ita-review.org/articles/Fall2019/corruption-as-a-jurisdiction-bar-in-investment-treaty-arbitration.html.

(20) نظر الفريق العامل في مسألة مطالبات حملة الأسهم والخسائر الانعكاسية استناداً إلى الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.170 (انظر تقرير الدورة الثامنة والثلاثين في تشرين الأول/أكتوبر 2020، A/CN.9/1044، الفقرات 41-56)؛ انظر أيضاً: Julian Arato, Kathleen Claussen, Jaemin Lee, Giovanni Zarra, Reforming shareholder claims in investor-state dispute settlement, Journal of International Dispute Settlement Vol.14, Issue 2, June 2023, pp. 242-258.

(21) Shareholder Claims for Reflective Loss in Investment State Dispute Settlement: A "Component-by-Component" Approach to Reform Proposals, Informal Discussion Paper, December 2021، على الرابط:

حامل الأسهم يتمتع بصفة مستثمر يمكنه تقديم مطالبة بموجب الاتفاق مسألة متروكة للاتفاق ولا يتناولها مشروع الحكم.

25- وتحد الفقرة 1 من نوع المطالبات التي يمكن أن يقدمها حملة الأسهم المشمولين بالمطالبات المتعلقة بالخسارة أو الضرر المباشرين، وبذلك تستبعد المطالبات بشأن الخسائر الانعكاسية. وتسمح الفقرة 2 لحامل أسهم بمباشرة إجراءات اشتقاقية نيابة عن منشأة في ظروف محدودة. ثم تنص الفقرة 3 على أن نتيجة أي إجراء اشتقاقي تُمنح للمنشأة وليس لحامل الأسهم. وفي تلك الحالة، من المستصوب أن ينص القرار على أنه لا يمس بأي حق قد يملكه أي شخص بخلاف الطرفين المتنازعين (مثل دائني المنشأة وحملة الأسهم المحليين) بموجب القانون الداخلي المنطبق فيما يتعلق بالانحصاف المنصوص عليه في القرار.

26- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر في عدد من المسائل الأخرى التي تنشأ فيما يتعلق بمطالبات حملة الأسهم بشأن الخسائر الانعكاسية حسبما هو مبين في الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.170 وما إذا كان ينبغي تناولها في مشاريع الأحكام.

مشروع الحكم 11: المطالبة المضادة⁽²²⁾

27- وقد تضمنت اتفاقات الاستثمار الدولية المبرمة مؤخرا أحكاما تسمح صراحة للدول المدعى عليها بتقديم مطالبات مضادة، الأمر الذي يحد من عدم اليقين ويعزز الإنصاف، ويكفل في نهاية المطاف إقامة توازن بين الأطراف المتنازعة في نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول⁽²³⁾. ويعزز السماح بالاستماع إلى المطالبات المضادة بالاقتران مع المطالبة الأصلية كفاءة الإجراءات، ويمكن أن يتيح تفادي إقامة إجراءات متعددة تتعلق بالأطراف المتنازعة نفسها في محافل مختلفة.

28- وتتوخى القواعد الإجرائية المنطبقة إمكانية أن يقدم المدعى عليه مطالبات مضادة، لكن رهنا بشروط معينة⁽²⁴⁾. وتهدف الفقرة 1 إلى توسيع نطاق المطالبات المضادة التي يمكن تقديمها، لا سيما وأن الفقرة الفرعية (ج) تسمح بالمطالبات المضادة نتيجة إخلال المستثمر بالتزاماته بغض النظر عن أي صلة لذلك بالمطالبة نفسها. غير أن الفقرة الفرعية لا تسرد ولا تحدد التزامات المستثمرين هذه ولكنها تذكر أين يمكن العثور عليها. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان يود وضع حكم يستند إلى اتفاقات استثمار الدولية المبرمة مؤخرا يفرض التزامات معينة على المستثمرين⁽²⁵⁾.

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/oecd_shareholder_claims_for_reflective_loss_in_isds_-_informal_discussion_paper_for_uncitral_wg_iii.pdf

(22) طلب الفريق العامل، في دورته الثامنة والثلاثين، إلى الأمانة أن تواصل العمل على موضوع المطالبات المضادة مع التركيز على الجانب الإجرائي، وأن تعد خيارات لتوضيح شروط تقديم المطالبات المضادة (A/CN.9/1044، الفقرتان 61 و62).

(23) على سبيل المثال: CPTPP, Article 9.19(2); Slovakia-Iran BIT (2016), Article 14(3); Argentina-United Arab Emirates BIT (2018), Article 28(4).

(24) قواعد الأونسيترال للتحكيم، المادة 21 (ICSID Arbitration Rules, 2022)، القاعدة 48؛ SCC Arbitration Rules, Article 9(1)(iii); ICC Arbitration Rules, Article 5.

(25) انظر PAIC, Articles 21–24; Argentina-Qatar BIT (2016), Articles 11 and 12; Morocco-Nigeria BIT (2016), Articles 18 and 24; India Model BIT, Articles 9–12; Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) Common Investment Area (CCIA) Revised Investment Agreement (2017), Part 4; Southern African Development Community (SADC) Model Bilateral Investment Treaty Template (2012), Part 3; Morocco Model BIT, Articles 18 and 28.

29- وتضمن الفقرة 2 أن المطالبات المضادة التي يقدمها المدعى عليهم وفقا للفقرة 1 تقع ضمن اختصاص هيئة التحكيم (A/CN.9/1044، الفقرة 61). ويرجع ذلك إلى أن القواعد الإجرائية عادة ما تقصر المطالبات المضادة على تلك التي تقع ضمن اختصاص هيئات التحكيم⁽²⁶⁾، حيث كثيرا ما ترفض هيئات التحكيم مطالبات مضادة على أساس عدم الحصول على موافقة المدعي⁽²⁷⁾.

مشروع الحكم 12: الحق في وضع اللوائح⁽²⁸⁾

30- حدد الفريق العامل، في دورته الثالثة والأربعين في أيلول/سبتمبر 2022، مسألة الجمود التنظيمي باعتبارها تتطلب مزيدا من العمل (انظر الوثيقة A/CN.9/1124، الفقرة 103). ورئي أن تقديم مطالبات بشأن تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول أو مجرد التهديد بتقديمها قد أدى إلى حالة من الجمود التنظيمي ثنت الدول عن اتخاذ تدابير فعالة بغية تنفيذ أهداف سياساتية، على سبيل المثال، لحماية حقوق الإنسان والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والبيئية لشعوبها⁽²⁹⁾. وأشار إلى انعدام التناظر المتأصل في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول والتكاليف المرتبطة بإجراءات هذا النظام، ومبالغ بدل الضرر الكبيرة التي تحكم بها هيئات التحكيم، باعتبارها من العناصر التي يمكن أن تقوض قدرة الدول على وضع اللوائح (A/CN.9/970، الفقرة 36). وفي الوقت نفسه، سلط الضوء على الحاجة إلى تحقيق توازن بين حماية الحيز التنظيمي للدول وحماية الاستثمارات الأجنبية⁽³⁰⁾.

(26) انظر مثلا القاعدة 21 (3) من قواعد الأونسيترال للتحكيم التي تشترط "أن تكون هيئة التحكيم مختصة بذلك" والقاعدة 48 من قواعد التحكيم الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 2022 (ICSID Arbitration Rules) التي تشترط "أن تكون هذه الدعوى التبعية مندرجة ضمن نطاق موافقة الأطراف واختصاص المركز".

(27) على سبيل المثال: *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1 (7 December 2011), Award, paras. 859-877; *Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan* (17 December 2015), Award, paras. 906-959; and *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/15 (22 August 2016), Award, paras. 618-629.

(28) انظر أيضا الوثائق A/CN.9/964، الفقرة 111؛ A/CN.9/935، الفقرتين 36 و 97؛ A/CN.9/970، الفقرتين 36 و 37؛ A/CN.9/1044، الفقرة 78؛ وحول الأسئلة المتعلقة بتعريف "الحق في وضع اللوائح"، انظر: Ted Gleason and Catharine Titi، "The Right to Regulate, Academic Forum on ISDS Concept Paper 2022/2, 20 October 2022, pp. 1-3 الأنواع المختلفة من الجمود التنظيمي، انظر: Kyla Tienhaara، "Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement"، *Transnational Environmental Law*, 7:2 (2018)، pp. 229-250؛ وحول الجمود التنظيمي من منظور العلوم السياسية، انظر: Kyla Tienhaara، *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science in Chester Brown and Kate Miles (eds), Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration (CUP 2011), 615*.

(29) انظر: Submission of Mandates of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises; the Special Rapporteur on the right to development; the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment; the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights; the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples; the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order; and the Special Rapporteur on the human rights to safe drinking water and sanitation (7 March 2019)، to safe drinking water and sanitation، الصفحة 2، على الرابط:

<https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=24396>

(30) انظر الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.214، الفقرتين 50 و 51.

31- وقد اتبعت الدول نهجا مختلفة وتوليفات من النهج لمعالجة هذه المسألة. وأدخلت مفهوم الحق في وضع اللوائح في ديباجة اتفاقات الاستثمار الدولية⁽³¹⁾، أو استبعدت بعض التدابير من أن تكون موضوعا لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، أو أضافت أحكاما قائمة بذاتها بشأن الحق في وضع اللوائح وعدم المساس بصلاحيات الدولة في حفظ الصحة والسلامة العامة⁽³²⁾. ويعرض مشروع الحكم 12 بعض النهج الممكنة لكي ينظر فيها الفريق العامل. فعلى سبيل المثال، تستبعد الفقرة 3 التدابير التي تعتمد الدول لحماية الصحة العامة والسلامة العامة والبيئة والتنوع الثقافي من نطاق تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول⁽³³⁾.

باء - تسيير الإجراءات

32- تؤثر الطريقة التي تتم بها إجراءات تسوية المنازعات على إجمالي مدة وتكلفة هذه الإجراءات. ومن ثم، وضعت أحكام في اتفاقات الاستثمار الدولية وكذلك في قواعد التحكيم لتبسيط العملية وتعزيز الكفاءة الإجرائية. وتستند مشاريع الأحكام الواردة في الباب باء إلى بعض الإصلاحات الإجرائية الموجودة في اتفاقات الاستثمار الدولية المبرمة مؤخرا وقواعد التحكيم الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 2022 (التي نتجت عن عملية تعديل قواعد ولوائح المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار) وكذلك مداولات الفريق العامل بشأن الوثيقة [A/CN.9/WG.III/WP.219](#). وكما لوحظ (انظر الفقرة 5 أعلاه)، أعدت مشاريع الأحكام بحيث لا تنطبق على تسيير التحكيم فحسب، بل على جميع أنواع إجراءات تسوية المنازعات بصورة أعم بهدف تعزيز إمكانية التنبؤ والوضوح. ويتضمن مشروعا الحكمين 17 و18 النصين اللذين اعتمدتهما اللجنة وينفذانها لأنهما يتناولان أيضا تسيير الإجراءات.

33- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان وضع الأحكام التالية مناسبا في ضوء القواعد القائمة التي تحكم تسيير التحكيم. ففي حين أعدت مشاريع الأحكام لاستكمال الأحكام ذات الصلة الواردة في اتفاقات الاستثمار الدولية وفي قواعد التحكيم، فقد يكون من الضروري بصفة خاصة تناول العلاقة بين الأحكام الواردة في الباب باء والأحكام الأخرى من حيث احتمال تداخلها. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر أيضا فيما إذا كان ينبغي وضع مجموعة شاملة من القواعد بشأن تسيير الإجراءات.

(31) انظر على سبيل المثال ديباجة الاتفاق التجاري والاقتصادي الشامل بين كندا والاتحاد الأوروبي (CETA): "اعترافا بأن أحكام هذا الاتفاق تحفظ حق الأطراف في وضع اللوائح داخل أراضيها وفي التمتع بالمرونة في تحقيق الأهداف السياسية المشروعة، مثل الصحة العامة والسلامة والبيئة والأخلاق العامة وتعزيز وحماية التنوع الثقافي".

(32) CETA, Article 8.9; CPTPP, Article 9.16; USMCA, Article 14.16; Japan-United Kingdom CEPA (2020), Article 16.2; Cameroon-United Kingdom EPA (2021), Article 60; Pacific Alliance-Singapore FTA (2022), Article 8.3; New Zealand-United Kingdom FTA (2022), Article 14.1.

(33) انظر UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development (IPFSD) (2015), p. 103.

مشروع الحكم 13: الأدلة

- 34- يتناول مشروع الحكم 13 مسألة الحصول على الأدلة أثناء الإجراءات. وتؤكد الفقرة 1 أن كل طرف متنازع يقع عليه عبء إثبات عناصر مطالباته (أو مطالباته المضادة) أو دفاعه⁽³⁴⁾، وتوضح الفقرات المتبقية السلطة التقديرية التي تملكها هيئة التحكيم في الحصول على الأدلة وتقييمها⁽³⁵⁾.
- 35- وتسمح الفقرة 2 لهيئة التحكيم بأن تقتضي من الطرفين المتنازعين تقديم الأدلة التي يعتمدان عليها في أي وقت. وبالنظر إلى الكم الهائل من الأدلة التي تقدمها الأطراف المتنازعة في المنازعات الاستثمارية، تسمح الفقرة لهيئة التحكيم أيضا بتحديد الأدلة التي يتعين تقديمها ومهلة تقديمها.
- 36- وتنص الفقرة 3 على قاعدة تكميلية مفادها أن تقدم إفادات الشهود مكتوبة وممهورة بتوقيعاتهم. وقد تغني إفادة الشاهد المكتوبة الحاجة إلى الاستماع إلى الشاهد، على سبيل المثال، إذا كانت الوقائع غير خلافية⁽³⁶⁾. وتوضح الفقرة أيضا أن هيئة التحكيم تملك صلاحية اختيار الشهود الذي سيدلون بشهاداتهم في جلسة الاستماع.
- 37- وتؤكد الفقرة 5 السلطة التقديرية التي تملكها هيئة التحكيم في عدم النص على إجراء يطلب فيه أحد الطرفين المتنازعين من الطرف المتنازع الآخر أن يقدم مستندات ("تقديم المستندات"). وتتناول الفقرة 6 عواقب التأخر في تقديم الأدلة أو عدم تقديمها⁽³⁷⁾.

مشروع الحكم 14: تجزئة المطالبة

- 38- تشير تجزئة المطالبة إلى تقسيم الإجراء إلى مراحل مختلفة تتناول مسائل منفصلة⁽³⁸⁾. فعلى سبيل المثال، يمكن النظر في مسائل الاختصاص بمعزل عن الأسس الموضوعية للقضية أو يمكن فصل المسائل المتعلقة بالمسؤولية عن تقييم بدل الضرر. وفي القضايا المعقدة، قد تسمح تجزئة المطالبة للأطراف المتنازعة وهيئة التحكيم بالتركيز على الأسس الموضوعية للقضية أولا لتوفير التكلفة والوقت وربما تسوية بدل الضرر أو غيرها من المسائل المنفصلة.
- 39- ويجوز تجزئة المطالبة بناء على طلب طرف متنازع (الفقرة 1) أو قد تقوم بذلك هيئة التحكيم من تلقاء نفسها (الفقرة 6). وتقتضي الفقرة 2 من الطرف المتنازع الذي يقدم طلبا لتجزئة المطالبة أن يقدمه في

(34) ينبع المبدأ العام المتعلق بعبء الإثبات من المبدأ القائل *onus probandi actori incumbit*، أي "البينة على من ادعى". لكن هذا المبدأ ليس مطلقا. فقد قضت هيئات تحكيم استثماري أنه لا ينطبق على "الوقائع الواضحة أو الفاضحة" وأنه لا ينطبق إلا على المسائل الوقائعية وليس المسائل القانونية. انظر على سبيل المثال: *Venezuela US v. Venezuela – PCA, Partial Award* (Jurisdiction and Liability), 2021; or *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v. Nicaragua) ICJ, Judgment 2012 27 (1)؛ 2022 ICSID Arbitration Rules، القاعدة 36 (2). وتجسد قواعد النقابة الدولية للمحامين الخاصة بتقديم وقبول الأدلة في التحكيم الدولي (قواعد النقابة الدولية للمحامين) أيضا هذا المبدأ من خلال الإشارة إلى أن على الأطراف تقديم جميع المستندات المتوفرة لديها التي تعتمد عليها.

(35) انظر قواعد الأونسيترال للتحكيم، المادة 27 (4)؛ قواعد النقابة الدولية للمحامين، المادة 9 (1)؛ 2022 ICSID Arbitration Rules، القاعدة 41 (1).

(36) انظر ملحوظات الأونسيترال عن تنظيم إجراءات التحكيم، الفقرة 88.

(37) انظر قواعد الأونسيترال للتحكيم، المادة 30 (3).

(38) 2022 ICSID Arbitration Rules، القاعدتان 42 و44، حيث تتناول القاعدة 44 طلبات تجزئة المطالبة المتعلقة بالاعتراض الأولي.

أقرب وقت ممكن، مع ذكر المسائل المراد تجزئتها. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي إدراج مسائل الاختصاص في نطاق مشروع الحكم 14، في ضوء القواعد القائمة التي تتناول مسائل الاختصاص⁽³⁹⁾.

40- وتقدم الفقرة 3 قائمة غير حصرية بالظروف التي يتعين على هيئة التحكيم أن تنتظر فيها عند البت في طلب تجزئة المطالبة. والأهم من ذلك، ينبغي لهيئة التحكيم أن تأخذ في الاعتبار ما إذا كانت تجزئة المطالبة ستعزز الكفاءة الإجرائية وتقلل من إجمالي وقت وتكلفة الإجراء.

41- وتنص الفقرة 4 على مهلة يتعين على هيئة التحكيم أن تقرر خلالها ما إذا كانت ستجزي المطالبة (على سبيل المثال، 30 يوما)، حيث تعلق الهيئة خلالها الإجراء فيما يتصل بالمسائل التي سيُبت فيها في مرحلة لاحقة وفقا للفقرة 5.

مشروع الحكم 15: دمج الإجراءات

42- يشير الدمج إلى جمع إجراءات متعددة، بدأت منفصلة، في إجراء واحد. ويمكن أن يقلل الدمج من الوقت والتكلفة اللازمين لمعالجة إجراءات متعددة أو متوازية، قد تشكل عبئا على الأطراف المتنازعة. وقد يحول الدمج أيضا دون اتخاذ هيئات التحكيم قرارات غير متسقة فيما يتعلق بنفس التدبير أو المسائل⁴⁰. والدمج منصوص عليه في العديد من اتفاقات الاستثمار الدولية المبرمة مؤخرا⁴¹ وقواعد التحكيم⁴².

43- ومع أن الوضع المثالي هو دمج الإجراءات التي تشترك في مسائل قانونية أو وقائية أو التي تنشأ عن نفس الأحداث أو الظروف، فإن مشروع الحكم 15 يعتمد على موافقة الطرفين المتنازعين على الدمج. ومرد ذلك أن نوع الإجراءات المتوخاة بموجب الاتفاق قد يكون مختلفا تماما (بما في ذلك قواعد التحكيم المنطبقة) وأن من المحتمل ألا يكون هناك مؤسسة أو سلطة تدير الإجراء ليتسنى من خلالها دمج تلك الإجراءات.

44- وعند البت في مسألة الدمج، ينبغي للطرفين المتنازعين مراعاة جميع الظروف ذات الصلة، بما في ذلك '1' ما إذا كانت الإجراءات تتعلق بمسائل وقائية أو قانونية متطابقة أو متشابهة؛ '2' ما إذا كانت تلك المسائل ناشئة عن نفس الحدث؛ '3' ما إذا كان الدمج يصب في مصلحة تسوية للمطالبات تسوية عادلة وكفوءة، بما في ذلك مصلحة الحصول على قرارات متسقة. ويربط الدمج جميع جوانب الإجراءات المطلوب دمجها ويسفر عن قرار واحد.

45- وتنص الفقرة 3 على أن يتفق الطرفان المتنازعان على الشروط المقترحة للإجراء المدمج، وهذه الشروط قد تشير إلى هيئة التحكيم المكلفة بالإجراء المدمج (أو بكيفية تشكيله) وكذلك أي قواعد منطبقة أو أي جدول إجرائي. وينبغي أن تتناول الشروط أيضا إنهاء الإجراءات المطلوب دمجها.

(39) قواعد الأونسيترال للتحكيم، المادة 23؛ ICSID Arbitration Rules، 2022، القاعدتان 43 و44.

⁴⁰ Hanno Wehland, The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration, Oxford University Press, 2013, para. 4.10; Jonathan T. Fried, Two Paradigms for the Rule of International Trade Law, Canada-United States Law Journal, 1994, Volume 20, p. 49.

⁴¹ Republic of South Korea-New Zealand FTA (2015), Article 10.29; CETA (2016), Article 8.43; Argentina-Chile FTA (2017), Article 8.31; Argentina-Japan BIT (2018), Article 28; CPTPP, Article 9.28.

⁴² انظر، 2022 ICSID Arbitration Rules, Rule 46(2); ICC Arbitration Rules, Article 10; SIAC Rules, (Rule 7; LCIA Rules, Article 22.1 (ix).

مشروع الحكم 16: التدابير المؤقتة/التحفظية

46- تهدف التدابير المؤقتة أو التحفظية إلى صون حقوق الطرفين المتنازعين، الموضوعية والإجرائية على السواء، ريثما تتخذ هيئة التحكيم قراراً نهائياً بشأن الأسس الموضوعية للمطالبة. وترد أمثلة على هذه التدابير في المادة 26 من قواعد الأونسيترال للتحكيم والقاعدة 47 من قواعد التحكيم الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 2022، التي تنص أيضاً على عملية طلب ومنح مثل هذه التدابير. وبوجه عام، تمنح هيئة التحكيم تدبيراً مؤقتاً أو تحفظياً بناءً على طلب طرف متنازع في أي وقت أثناء الإجراءات. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان من الضروري إعداد حكم مفصل بشأن التدابير المؤقتة أو التحفظية استناداً إلى القواعد القائمة.

مشروع الحكم 17: مدونة قواعد السلوك

47- اعتمدت اللجنة، في دورتها السادسة والخمسين في تموز/يوليه 2023، مدونة قواعد سلوك المحكمين في تسوية المنازعات الاستثمارية الدولية واعتمدت من حيث المبدأ مدونة قواعد سلوك القضاة في تسوية المنازعات الاستثمارية الدولية. وتسعى المدونتان إلى تعزيز نزاهة عملية تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول والحد من تضارب المصالح، الذي كثيراً ما أدى إلى انتقادات لشرعية نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. فمدونة قواعد سلوك المحكمين تعزز واجب استقلالية وحياد المحكمين، وتوسع نطاق متطلبات الإفصاح، وتنظم ممارسة ازدواجية المهام. أما مدونة الأونسيترال لقواعد سلوك القضاة فتوفر مجموعة شاملة من القواعد الأخلاقية لأعضاء الآلية الدائمة المحتملة المنشأة لتسوية المنازعات الاستثمارية.

48- وعند اعتماد المدونتين، أوصت اللجنة بأن تحيل الدول وغيرها من أصحاب المصلحة المعنيين المشاركين في التفاوض بشأن صكوك الاستثمار الدولية إلى المدونتين حسب الاقتضاء⁴³. وبناءً على ذلك، يتضمن مشروع الحكم 17 مدونتي قواعد السلوك بهدف توفير أداة لتنفيذهما وجعلهما ملزمين للمحكم إليهم المعنيين لتسوية المطالبات عملاً بمشروعي الحكمين 3 أو 4.

مشروع الحكم 18: الشفافية

49- تتناول الأحكام المتعلقة بالشفافية مسألة إلى أي مدى يمكن تمكين الجمهور من الوصول إلى المعلومات المتعلقة بالإجراءات، بما في ذلك المستندات المقدمة فيها، أو جعلها متاحة لاطلاع الجمهور. وتسهم الشفافية في إعطاء انطباع بالعدالة وتعزز شرعية نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. كما أن الشفافية تزيد من المساءلة وتعزز الحكم الرشيد. وتتضمن اتفاقات الاستثمار الدولية المبرمة مؤخراً أحكاماً بشأن الشفافية⁴⁴.

50- وقد اعتمدت اللجنة، في دورتها السادسة والأربعين في تموز/يوليه 2013، قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول ("قواعد الشفافية")، وهي مجموعة من القواعد الإجرائية التي تنص على الشفافية

⁴³ الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والسبعون، الملحق رقم 17 (A/78/17)، الفقرة 90.

⁴⁴ Republic of Korea-New Zealand FTA (2015), Article 10.27; Canada-Guinea BIT (2015), Article 31; Australia-China FTA (2015), Article 9.17; Chile-Hong Kong BIT (2015), Article 28; CETA (2016), Article 8.36; Ethiopia-Qatar BIT (2017), Article 16; Australia-Peru FTA (2018), Article 8.25; EU-Singapore IPA (2018), Article 3.16; USMCA (2018), Article 14.D.8; India-Kyrgyzstan BIT (2019), Article 22; EU-Viet Nam IPA (2019) Article 3.46; Hong Kong-Mexico BIT (2020), Article 25; Georgia-Japan BIT (2021), Article 8; Israel-Republic of Korea FTA (2021), Article 9.24; Bahrain-Japan BIT (2022), Article 22.

وإتاحة إمكانية وصول الجمهور إلى التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول⁴⁵. ولأن قواعد الشفافية تنطبق فيما يتعلق بالتحكيم بين المستثمرين والدول الذي يباشر بموجب قواعد الأونسيترال للتحكيم عملاً باتفاق استثمار دولي أبرم في 1 نيسان/أبريل 2014 أو بعد ذلك التاريخ، فقد أعدت اللجنة اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول (اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية) للحصول على موافقة الدول الأطراف فيها على تطبيق قواعد الشفافية على اتفاقات الاستثمار الدولية المبرمة قبل 1 نيسان/أبريل 2014.

51- وعلى نفس المنوال، قد يكون من الضروري تعزيز الشفافية فيما يتعلق بجميع أنواع إجراءات تسوية المنازعات التي تباشر عملاً بمشروعي الحكمين 3 أو 4. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي تطبيق قواعد الشفافية على جميع تلك الإجراءات، بصرف النظر عما إذا كانت تستند إلى معاهدة وما إذا كانت تحكماً بوشر بموجب قواعد الأونسيترال للتحكيم. ويُقترح في مشروع الحكم 18 توسيع نطاق قواعد الشفافية لتتطبق على أي إجراء من هذا القبيل. وبخلاف ذلك، لعل الفريق العامل يود أن ينظر في وضع أحكام منفصلة تتناول مختلف الجوانب التي تتناولها قواعد الشفافية، ومن بينها نشر المعلومات عند بدء الإجراءات، ونشر المستندات، بما في ذلك الأوامر والقرارات وقرارات التحكيم الصادرة عن هيئة التحكيم، ومشاركة طرف متعاقد غير متنازع أو شخص ثالث، إلى جانب جلسات الاستماع العلنية⁴⁶. وفي هذه الحالة، يلزم أيضاً وضع أحكام تنص على استثناءات من الشفافية، لا سيما فيما يتعلق بالمعلومات السرية والمحمية.

مشروع الحكم 19: الرفض المبكر⁽⁴⁷⁾

52- اعتُبر أن السماح بالرفض المبكر للدعوى العيبية والظاهرة البطلان أداة هامة لمنع إساءة استخدام نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وضمان وصول الدعوى الأخرى فعلياً إلى العدالة⁽⁴⁸⁾. إذ يتيح إجراء الرفض المبكر رفض الدعوى والمطالبات غير الجيدة بشكل ظاهر في وقت مبكر من العملية قبل أن تستهلك موارد الأطراف المتنازعة دون داع.

53- وينص مشروع الحكم 19 على أنه يجوز لهيئة التحكيم أن ترفض مطالبة، أو مطالبة مضادة (انظر مشروع الحكم 11)، أو أجزاء منها، إذا تبين أنها تفتقر بوضوح إلى الأسس القانونية. ويجوز لهيئة التحكيم الرفض بناء على طلب طرف في المنازعة أو بمبادرة منها.

54- وتنص الفقرات 2 إلى 4 على الإجراءات التي يتعين أن يتبناها الطرفان المتنازعان وكذلك هيئة التحكيم، فتشير إلى المهل وتبين أن طلب الرفض المبكر قد يتعلق باختصاص هيئة التحكيم والأسس الموضوعية.

⁴⁵ الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والستون، الملحق رقم 17 والتصويب (A/68/17 و Corr.1)، الفصل الثالث والمرفقان الأول والثاني.

⁴⁶ انظر على سبيل المثال ICSID Arbitration Rules 2022، القواعد 62-68.

(47) نظر الفريق العامل في مشروع حكم بشأن الرفض المبكر للمطالبات والدعوى الوارد في الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.219 (الفقرات 11-18) أثناء دورته الثالثة والأربعين في أيلول/سبتمبر 2022 (الفقرات 107-119 من الوثيقة A/CN.9/1124). واعتمدت اللجنة، في دورتها السادسة والخمسين في تموز/يوليه 2023، مذكراً إضافية إلى ملحوظات الأونسيترال عن تنظيم إجراءات التحكيم بشأن الرفض المبكر والقرارات الأولية (A/78/17، المرفق السابع، سيصدر قريباً).

(48) ICSID Arbitration Rules 2022، القاعدة 41. وبالإضافة إلى ذلك، يتضمن الاتفاق المبدئي بشأن تحديث معاهدة ميثاق الطاقة (اتفاق التحديث) حكماً جديداً بشأن الدعوى العيبية. ولضمان كفاءة إجراءات التحكيم وخفض تكاليف التقاضي، أنشئت آلية تهدف إلى ما يلي: '1' رفض الدعوى التي تفتقر بوضوح إلى أسس قانونية من حيث الموضوع أو الاختصاص في بداية الإجراءات، '2' الرفض المعجل للدعوى التي لا أساس لها كمسألة قانونية تتعلق بأساس الدعوى. ومن المتوخى إدراج حكم خاص بشأن رفض الدعوى المرفوعة نتيجة لإعادة الهيكلة الاستثمارية لغرض وحيد هو رفع الدعوى بموجب المعاهدة.

55- وتنص الفقرة 5 على نتائج استنتاج هيئة التحكيم بأن جميع المطالبات تقتصر بوضوح إلى الأسس القانونية وأن الطرف الذي يكسب المطالبة سترد إليه التكاليف المعقولة التي تكبدها بسبب الرفض المبكر (انظر مشروع الحكم 25 (4)). وتوضح الفقرة 6 أنه حتى لو لم يكسب طرف متنازع مطالبته بالرفض المبكر، فقد يدفع في وقت لاحق من الإجراءات بأن هيئة التحكيم تقتصر إلى الاختصاص أو أن المطالبة تقتصر إلى الأسس القانونية.

مشروع الحكم 20: ضمان سداد التكاليف⁽⁴⁹⁾

56- يمكن أن يحمي ضمان سداد التكاليف الدول المدعى عليها من عدم قدرة المدعي على دفع التكاليف أو عدم استعداده لذلك، وأن يثني عن إقامة دعاوى عبثية⁽⁵⁰⁾.

57- وتنص الفقرة 1 على أن الأمر بتقديم ضمانات لسداد التكاليف يجب أن يصدر بناء على طلب أحد الأطراف المتنازعة. ويمكن طلب ضمان سداد التكاليف من الطرف الذي يقدم مطالبة أو مطالبة مضادة. وتتناول الفقرة 2 كيفية تقديم الطرف المتنازع طلب ضمانات تسديد التكاليف إلى هيئة التحكيم على أن يتم ذلك في أسرع ما يمكن. وتتناول الفقرة 3 الإجراءات التي ينبغي لهيئة التحكيم اتخاذها بعد ذلك، وتشير إلى الفترة الزمنية التي ينبغي لها أن تأمر في غضون تقديم ضمان سداد التكاليف (على سبيل المثال، بعد 30 يوما من آخر طلب قدمه الطرفان المتنازعتان). وينبغي لهيئة التحكيم أن تراعي الآراء التي تعرب عنها الأطراف المتنازعة الأخرى.

58- وتقدم الفقرة 4 قائمة غير حصرية بالظروف التي يتعين على هيئة التحكيم أن تنظر فيها، التي تشمل وجود تمويل من طرف ثالث (انظر مشروع الحكم 21). وتقتضي الفقرة 5 من هيئة التحكيم أن تحدد شروط الضمان الذي يتعين إيداعه وأن تضع مهلة للامتثال للأمر في غضون ذلك. وتتناول الفقرة 6 احتمال عدم امتثال أحد الطرفين المتنازعين للأمر، مما قد يؤدي إلى تعليق الإجراء أو إنهائه (انظر مشروع الحكم 22).

59- وتقتضي الفقرة 7 من الطرفين المتنازعين الإفصاح عن أي تغيير جوهري في الظروف التي استندت إليها هيئة التحكيم في الأمر بإيداع ضمان لسداد التكاليف، وتمنح الفقرة 8 هيئة التحكيم سلطة تقديرية لتعديل أو إنهاء الأمر بإيداع ضمان لسداد التكاليف.

مشروع الحكم 21: التمويل من طرف ثالث⁽⁵¹⁾

60- الإفصاح عن التمويل من طرف ثالث هو أحد سبل منع تضارب المصالح وتعزيز الشفافية. ومن ثم، فإن عددا من اتفاقات الاستثمار الدولية وقواعد التحكيم الموضوعية مؤخرا تتضمن قواعد بشأن الإفصاح عن

(49) لم يكن لدى الفريق العامل، في دورته الثالثة والأربعين المعقودة في أيلول/سبتمبر 2022، متسع من الوقت للنظر في مشروع الحكم المتعلق بضمان سداد التكاليف بصيغته الواردة في الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.219 (الفقرات 19-31)، التي تجسد المناقشة التي أجراها الفريق العامل في دورته التاسعة والثلاثين (الفقرات 64 و74-77 من الوثيقة A/CN.9/1044). ويستند مشروع الحكم 20 إلى حد كبير إلى النص الوارد في الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.219.

(50) انظر مثلا ICSID Arbitration Rule 2022، القاعدة 53. وبالإضافة إلى ذلك، يتضمن اتفاق التحديث حكما جديدا يتيح للطرف المتعاقد إمكانية أن يطلب من المدعي أن يودع ضمانا لتسديد التكاليف في حالات معينة، مثل مخاطر عدم احترام قرار في غير صالحه بشأن التكاليف.

(51) نظر الفريق العامل في موضوع التمويل من طرف ثالث في دورته السابعة والثلاثين والثامنة والثلاثين المعقودتين على التوالي في نيسان/أبريل وتشرين الأول/أكتوبر 2019، وخلص إلى أنه سيكون من المستحسن تناول الإطار القانوني المتعلق بالتمويل من طرف ثالث في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول في ضوء تأثيره على إجراءات تلك التسوية ونظام التسوية بين المستثمرين والدول ككل. ونوقشت خيارات ممكنة للإصلاح، وطلب إلى الأمانة أن تعد مشاريع أحكام بشأن التمويل من طرف ثالث (A/CN.9/970)، الفقرات 17-25؛ و A/CN.9/1004، الفقرات 80-94 و97). ونظر الفريق العامل، في دورته الثالثة والأربعين المعقودة في

التمويل من طرف ثالث⁽⁵²⁾. وعلاوة على ذلك، ومن أجل الامتثال للمادة 11 (2) (أ) '4' من مدونة قواعد سلوك المحكمين الصادرة عن الأونسيترال والمادة 9 (3) (أ) '4' من مدونة الأونسيترال لقواعد سلوك القضاة، سيلزم أن يكون لدى المحكم أو القاضي معلومات عن أي طرف ثالث ممول.

61- ويتخذ مشروع الحكم 21 نهجا متساهلا إزاء التمويل من طرف ثالث إذ إنه يقتضي من الطرفين المتنازعين أن يفصحا عن وجود تمويل من طرف ثالث ومعلومات ذات صلة، ويحد من التمويل المقدم من طرف ثالث في ظروف معينة. ومن ثم، فإن الفقرة 1 تورد تعريفا واسعا للتمويل من طرف ثالث لضمان الإفصاح الكافي، مما يتيح استبانة أي تضارب في المصالح.

62- وتتناول الفقرات 2 إلى 5 شروط الإفصاح؛ ففي حين يتعين على الطرف المتنازع الذي يتلقى تمويلا من طرف ثالث أن يقدم حدا أدنى من المعلومات الأساسية وفقا للفقرة 2، تمنح الفقرة 3 هيئة التحكيم سلطة تقديرية لطلب معلومات إضافية من أجل معالجة بعض الشواغل المعرب عنها بشأن التمويل من طرف ثالث. ويجوز لهيئة التحكيم أن تستخدم تلك المعلومات لفرض شروط إضافية (على سبيل المثال، مطالبة الطرف المتنازع بتأكيد أن الطرف الثالث الممول يوافق على تغطية أي تكاليف تفرض على ذلك الطرف المتنازع أو تأكيد أن الطرف المتنازع هو الذي عين الممثل القانوني وليس الطرف الثالث الممول).

63- وتنص الفقرة 6 على أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تحد من التمويل المقدم من طرف ثالث في الظروف الاستثنائية المذكورة فيها. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان سيتبع هذا النهج، وأن يحدد، إذا ما قرر ذلك، الظروف أو أنواع التمويل التي سيدرجها في تلك الفقرة (على سبيل المثال، إذا قدم طرف متنازع معلومات كاذبة أو أخفى معلومات فيما يتعلق بتمويل من طرف ثالث).

64- وتحدد الفقرتان 7 و8 التدابير التي يمكن أن تتخذها هيئة التحكيم عندما لا يمثل طرف منازع للالتزامات الإفصاح أو عندما تتلقى أطراف متنازعة تمويلا غير مسموح به، كما هو الحال في اتفاقات الاستثمار الدولية المبرمة مؤخرا⁽⁵³⁾.

مشروع الحكم 22: تعليق الإجراء وإنهاؤه

65- تتمثل إحدى طرائق ضمان كفاءة الإجراء في إمكانية تعليقه أو وقفه أو إنهائه في ظل ظروف معينة. ويهدف مشروع الحكم 22 إلى توضيح الحالات التي يجوز فيها لهيئة التحكيم تعليق الإجراءات أو إنهاؤها (وقفها).

66- فتتص الفقرة 1 على أنه ينبغي لهيئة التحكيم أن تعلق الإجراء أو تنهيه بناء على طلب مشترك من الطرفين المتنازعين. فإذا بدأت عملية الوساطة أثناء التحكيم، يمكن للطرفين إخطار هيئة التحكيم بشكل مشترك بذلك وطلب تعليق إجراءات التحكيم (انظر الأحكام النموذجية بشأن الوساطة، الحكم 3).

أيلول/سبتمبر 2022، في مشاريع الأحكام المتعلقة بالتمويل من طرف ثالث بصيغتها الواردة في الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.219، واستمع إلى اقتراح بشأن مسار العمل في المستقبل (الفقرات 125-143 من الوثيقة A/CN.9/1124). وعلى الرغم من أن الفريق العامل لم يكن لديه الوقت الكافي للنظر في مسار العمل في المستقبل، إلا أن مشروع الحكم 21 قد أعد إلى حد كبير استنادا إلى ذلك الاقتراح.

(52) انظر (7) ICSID Arbitration Rules, Article 11 (7) 2022. وإضافة إلى ذلك، يتضمن اتفاق التحديث حكما جديدا يلزم كلا الطرفين المتنازعين بالإفصاح عن معلومات عن أي طرف ثالث يمول تكاليف التقاضي التي يتكدها أي منهما. ويُعرف التمويل من طرف ثالث على أنه: "... توفير أي تمويل مباشر أو غير مباشر يقدمه شخص طبيعي أو اعتباري ليس طرفا في المنازعة، بغرض تمويل رفع دعوى أو دفاع في إجراءات تحكيم بموجب المادة 26 (4) من خلال هبة أو منحة أو من خلال اتفاق يمنحه مقابلا يعتمد على نتيجة المنازعة".

(53) انظر Indonesia-Australia CEPA (2019), Article 14.32 (3); EU-Vietnam IPA, Article 3.37 (3); CIETAC International Investment Arbitration Rules (2017), Art. 27 (3); Argentina-Chile FTA, Article 8.27 (2).

وتمنح الفقرة 2 المحكمة سلطة تقديرية لتعليق الإجراء بناء على طلب أحد الطرفين المتنازعين أو من تلقاء نفسها، ولكن فقط بعد التماس آراء الطرفين المتنازعين.

67- وعند إصدار أمر بالتعليق، تحدد هيئة التحكيم مدة التعليق (التي يمكن تمديدها) وأي شروط خاصة به. وأثناء تعليق الإجراء، تُوقف المهل الأخرى المتضمنة في القواعد المعمول بها مما يؤدي إلى تمديدها.

68- وتوضح الفقرة 5 السلطة التقديرية التي تملكها هيئة التحكيم في إنهاء الإجراءات بناء على طلب أحد الطرفين المتنازعين، ما لم يعترض الطرف المتنازع الآخر على ذلك في غضون مهلة تحددها هيئة التحكيم. فإذا اعترض الطرف المتنازع الآخر، تواصلت الإجراءات.

69- وتهدف الفقرة 6 إلى معالجة حالات التقصير التي لا يتخذ فيها طرف متنازع الخطوات اللازمة في الإجراء مما يؤدي إلى حدوث تأخيرات. وفي تلك الحالات، يجوز لهيئة التحكيم أن تطلب من ذلك الطرف المتنازع اتخاذ الخطوات اللازمة في غضون فترة زمنية محددة (على سبيل المثال، 30 يوما)، ويجوز لها بعد ذلك أن تأمر بإنهاء الإجراءات، إذا رأت أنه لا جدوى من استمرارها (الفقرة 7).

جيم - قرارات هيئة التحكيم

70- تتناول مشاريع الأحكام الواردة في الباب جيم المسائل المتعلقة بالقرار النهائي الذي تتخذه هيئة التحكيم، والذي قد يكون قرار تحكيم إذا أصدرته هيئة تحكيم أو حكما قضائيا إذا أصدرته آلية دائمة. ويتناول مشروع الحكم 23 مسألة تقييم الضرر والتعويض التي يتعين منحه، ويتناول مشروع الحكم 24 المهلة التي يتعين على هيئة التحكيم في غضون إصدار قرارها النهائي، أما مشروع الحكم 25 فيتناول توزيع التكاليف.

71- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر في مسألتين إضافيتين يمكن تناولهما في مشاريع الأحكام المتعلقة بقرار هيئة التحكيم. وتتعلق إحداهما بالقانون المنطبق والأخرى بتحكم الأطراف المتعاقدة بتفسير الاتفاقية⁽⁵⁴⁾. وقد تضمنت اتفاقات الاستثمار الدولية المبرمة مؤخرا أحكاما بشأن كلتا المسألتين⁽⁵⁵⁾.

(54) تنص المادة 35 من قواعد الأونسيترال للتحكيم على ما يلي: "تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الأطراف باعتبارها منطقة على موضوع المنازعة." تنص المادة 42 من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية الناشئة بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ما يلي: "تفصل هيئة التحكيم في منازعة ما وفقا للقواعد القانونية التي يتفق طرفا المنازعة عليها. وإذا لم يتفق الطرفان على مثل تلك القواعد، تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة (بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين)، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي التي قد تنطبق."

(55) انظر، على سبيل المثال، المادة 8-31 من الاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل (القانون الواجب التطبيق وتفسيره)، ونصها كما يلي:

"1- تطبق هيئة التحكيم المنشأة بموجب هذه المادة، لدى إصدارها لقرارها، الاتفاق وفقا لتفسيره المطابق لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، وقواعد ومبادئ القانون الدولي الأخرى المطبقة التي يتفق عليها الطرفان.

2- ولا يكون لهيئة التحكيم صلاحية تحديد مدى قانونية إجراء ما، يُزعم أنه يشكل خرقا لهذا الاتفاق، بموجب القانون المحلي للطرف. ويجوز لهيئة التحكيم لمزيد من اليقين، عند تحديدها مدى اتساق إجراء ما مع هذا الاتفاق، أن تنتظر، حسب الاقتضاء، في القانون الداخلي للطرف كمسألة متعلقة بالوقائع. وعند قيامها بذلك، تتبع هيئة التحكيم التفسير السائد الذي تقدمه محاكم أو سلطات ذلك الطرف للقانون المحلي، وأي معنى تعطيته هيئة التحكيم للقانون المحلي لن يكون ملزما لمحاكم أو سلطات ذلك الطرف.

3- وعندما تنشأ مخاوف جدية بشأن مسائل التفسير التي قد تؤثر على الاستثمار، يجوز للجنة الخدمات والاستثمار، وفقا للمادة 3-44-3 (أ)، أن توصي اللجنة المشتركة للاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل باعتماد تفسيرات هذا الاتفاق. والتفسير الذي تعتمد عليه اللجنة المشتركة للاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل يصبح ملزما لهيئة التحكيم المنشأة بموجب هذه المادة. ويجوز للجنة المشتركة للاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل أن تقرر أن تفسيرا ما يجب أن يكون له أثر ملزم من تاريخ محدد."

مشروع الحكم 23: تقييم بدل الضرر والتعويض⁽⁵⁶⁾

72- تنص الفقرة 1 على أنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تمنح إلا بدلات نقدية عن الأضرار أو رد الممتلكات. وتنص الفقرة الفرعية 1 (أ)، إلى جانب الفقرة 2، على أنه يجوز لهيئة التحكيم الحكم بدفع فائدة، وقد يكون ذلك قبل صدور قرار التحكيم وقد يكون بعده. كما أنها تنص على أن تكون تلك الفائدة "بسيطة" وليست "مركبة" وبسعر معقول. وتنص الفقرة الفرعية (ب) على أنه في حال نزع الملكية وأمر بردها، تبين هيئة التحكيم التعويض الذي يتعين دفعه عوضاً عن رد الملكية والذي يمثل قيمة الملكية السوقية العادلة. وتنص عدة اتفاقات نموذجية إقليمية واتفاقات استثمار دولية على تعويض "عادل ومناسب" يختلف عن معيار "القيمة السوقية العادلة"⁽⁵⁷⁾. وبوسع الدولة المدعى عليها أن تختار بين رد الممتلكات ودفع تعويضات نقدية.

73- وتتناول الفقرة 3 العلاقة السببية إلى جانب الظروف التي يتعين أن تأخذها هيئة التحكيم في الاعتبار عند تقييم الأضرار. وتنص الفقرة 4 على الشروط التي يجوز لهيئة التحكيم بموجبها أن تحسب التعويضات النقدية عن الأضرار على أساس التدفقات النقدية المستقبلية المتوقعة. وتهدف الفقرة إلى معالجة الشواغل المتعلقة بالطبيعة التخمينية للافتراضات التي يقوم عليها ذلك الحساب، ولا سيما استخدام طريقة التدفق النقدي المخصص⁽⁵⁸⁾.

74- وتتناول الفقرتان 5 و6 إشراك الخبراء الذين تعينهم هيئة التحكيم أو الأطراف المتنازعة في تقييم بدل الأضرار.

75- وتحظر الفقرة 7 صراحة منح بدل زجري عن الضرر تماشياً مع اتفاقات الاستثمار الدولية المبرمة مؤخراً⁽⁵⁹⁾. ولمعالجة الشواغل المتعلقة بمبالغ التعويض المرتفعة، تنص الفقرة 8 على حد أقصى للتعويض مقارنة بالمبلغ الذي استثمره المستثمر فعلاً، وتعديل النفقات الفعلية لمراعاة نسبة التضخم⁽⁶⁰⁾.

76- وتهدف الفقرة 9 إلى معالجة المطالبات المفرطة بالسماح لهيئة التحكيم بأن تراعي ذلك العامل عند توزيع تكاليف الإجراءات⁽⁶¹⁾. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي أن تشير الفقرة 9 إلى عتبة معينة، إذا كان مبلغ التعويض الذي يطالب به المدعي يتجاوز المبلغ المثبت بنسبة مئوية معينة، وكيف يمكن أن يتجسد ذلك الفرق في التوزيع⁽⁶²⁾.

(56) ناقش الفريق العامل، في دورته الثالثة والأربعين، مسألة تقييم بدل الضرر والتعويض استناداً إلى الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.220.

وطالب الفريق العامل في تلك الدورة إلى الأمانة أن تصوغ نصاً يتألف من مشاريع أحكام ومبادئ توجيهية يمكنها أن تعالج الشواغل المتصلة بالصحة والاتساق، وكذلك التكاليف والمدة، التي تمثلها الأضرار والتعويضات (انظر الفقرة 100 من الوثيقة A/CN.9/1124).

وقد تواصلت الأمانة مع الخبراء للحصول على مخلات بشأن مشروع الحكم وإعداد المبادئ التوجيهية على النحو الذي طلبه الفريق العامل.

(57) South African Development Community (SADC) Model BIT, the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) Common Investment Area Agreement (the CCIA) and the Pan-African Investment Code (PAIC).

(58) انظر الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.220، الفقرات 29-32.

(59) انظر على سبيل المثال (6) USMCA, Article 14.D.13; (4) CETA, Article 8.39; (6) CPTPP, Article 9.29. وبالإضافة إلى ذلك، يتضمن اتفاق التحديث حكماً جديداً يوضح أن قرار التحكيم قد ينص على تعويضات مالية أو رد للملكية في حالة نزاعها. وتقتصر التعويضات المالية على الخسارة التي يتكبدها المستثمر ولا يجوز أن تشمل تعويضات تأديبية.

(60) انظر على سبيل المثال (4) CPTPP, Article 9.29.

(61) انظر الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.220، الفقرات 70-73.

(62) انظر على سبيل المثال: Colombia Model BIT (2017), Article [##]-Monetary Damages, p.21؛ وانظر أيضاً:

Jonathan Bonnitcha, Sarah Brewin, Compensation Under Investment Treaties, IISD Best Practices Series

مشروع الحكم 24: مهلة إصدار القرار النهائي

- 77- يتناول مشروع الحكم 24 المخاوف التي أعرب عنها فيما يتعلق بتكلفة ومدة إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول من خلال مطالبة هيئة التحكيم بتسيير الإجراءات في الوقت المناسب وبطريقة فعالة واتخاذ قرارها النهائي ضمن مهلة زمنية محددة. ولدى قيام هيئة التحكيم بذلك، ينبغي لها أن تعطي الأطراف المتنازعة مؤشرات بشأن تنظيم الإجراءات والطريقة التي تعتمدها بها تسييرها.
- 78- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر في المهلة المناسبة لاتخاذ القرارات النهائية، التي قد تختلف حسب الحالة. ولعله يود أيضا أن ينظر في موعد بدء تلك المهلة، حسبما تقترحه الفقرة 2. وتتص الفقرة 3 على تمديد المهلة، وهو ما يُترك إلى حد كبير لهيئة التحكيم تحديده.

مشروع الحكم 25: توزيع التكاليف⁽⁶³⁾

- 79- تتص الفقرة 1 على القاعدة التكميلية التي تقضي بأن يتحمل الطرف المتنازع الخاسر تكاليف الإجراءات كليا أو جزئيا (أي نهج "تحمل التكاليف حسب النتيجة")⁽⁶⁴⁾. وثمة قاعدة بديلة تقضي بأن يتحمل كل طرف متنازع ما يتكبده من تكاليف قانونية إضافة إلى نسبته من تكاليف الإجراءات. ولا يحدد مشروع الحكم 25 معنى ونطاق "التكاليف"، التي يترك أمر تقريرها للقواعد المنطبقة. وتتص الفقرة 2 على أنه يجوز لهيئة التحكيم توزيع تكاليف الإجراءات إذا رأت ذلك التوزيع معقولا، وتورد العوامل التي يجب أن ينبغي لهيئة التحكيم أن تراعيها في توزيع التكاليف⁽⁶⁵⁾. وتنتظر هيئة التحكيم أيضا فيما إذا كان مبلغ التعويضات النقدية التي يطالب بها المدعي يتجاوز بكثير المبلغ الذي حكمت هي به على النحو المنصوص عليه في مشروع الحكم 23 (9).
- 80- وتجسد الفقرة 3 الرأي بأنه لا ينبغي توزيع التكاليف المتعلقة بالتمويل من طرف ثالث، وهي من ثم غير قابلة للاسترداد (A/CN.9/1004، الفقرة 93). ومع ذلك، تُمنح هيئة التحكيم السلطة التقديرية اللازمة لاتخاذ قرار بخلاف ذلك. وتوضح الفقرة 4 أن القاعدة التكميلية الواردة في الفقرة 1 تنطبق على إجراء الرفض المبكر الوارد في مشروع الحكم 19. وهذا يعني أن الطرف الذي يقدم الطلب يتحمل التكاليف الناشئة عنه إذا لم تُكَلَّم مساعيه بالنجاح. وتتص الفقرة 5 على أنه لا يتعين على هيئة التحكيم أن تنتظر القرار النهائي لكي

(November 2020)، متاح على www.iisd.org/system/files/publications/compensation-treaties-best-practices-en.pdf, p. 25.

- (63) خلص الفريق العامل، في دورته السادسة والثلاثين في تشرين الأول/أكتوبر 2018، إلى أن من المستصوب إجراء إصلاحات لمعالجة الشواغل المتعلقة بتوزيع هيئات التحكيم للتكاليف في نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول (انظر الوثيقة A/CN.9/964، الفقرات 124-127). ونظر الفريق العامل في المسائل المتصلة بتأثير سلوك الأطراف والتمويل من طرف ثالث في توزيع التكاليف. وعلاوة على ذلك، أُشير إلى صعوبة توزيع التكاليف حسب نسبة كسب الأطراف المتنازعة. ونظر الفريق العامل في مشروع الحكم بشأن توزيع التكاليف (A/CN.9/WG.III/WP.219، الفقرات 32-43) أثناء دورته الثالثة والأربعين في أيلول/سبتمبر 2022 (انظر الوثيقة A/CN.9/1124، الفقرات 120-124).
- (64) انظر المادة 8-39 (5) من الاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل بين الاتحاد الأوروبي وكندا، والمادة 3-21 (1) من اتفاق حماية الاستثمار بين الاتحاد الأوروبي وسنغافورة (2018)، اللتين تنصان على ما يلي: "تأمر هيئة التحكيم بأن يتحمل الطرف المتنازع الخاسر تكاليف الإجراءات".

- (65) انظر الفقرة 48 من ملحوظات الأونسيتال عن تنظيم إجراءات التحكيم، التي تنص على ما يلي: "يجوز لهيئة التحكيم أيضا، عند توزيع التكاليف، أن تنتظر في السلوك المعين الذي تنتهجه الأطراف". ويمكن أن يشمل ذلك السلوك ما يلي: (أ) عدم الامتثال للأوامر الإجرائية الصادرة عن هيئة التحكيم؛ أو (ب) الطلبات الإجرائية المقدمة من أحد الأطراف (مثلا طلبات الحصول على مستندات والمطالبات الإجرائية وطلبات الاستجواب المقابل للشهود) التي تُعتبر غير معقولة، بقدر ما يؤثر ذلك السلوك تأثيرا فعليا مباشرا على تكاليف التحكيم و/أو تقدر هيئة التحكيم أنه قد أُخّر أو عرقل سير إجراءات التحكيم دونما ضرورة".

تصدر قرارا تحكيميا تحفظيا بشأن التكاليف، وهو قرار يمكن أن يصدر بناء على طلب الطرف المتنازع أو بمبادرة منها.

81- وكما يرد في الفقرة 6، ينبغي لهيئة التحكيم أن تضمن تعليل قراراتها بشأن التكاليف وإدراجها في قرارها النهائي. ولعل الفريق العامل يود أن يلاحظ أن مسألة ما إذا كان ينبغي إخضاع ذلك القرار للاستئناف يجري النظر فيها كجزء من مشاريع الأحكام المتعلقة بعمل آلية الاستئناف.