تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار

Emergency Arbitration in investment disputes

دكتور

أحمد سيد أحمد محمود

مدرس بقسم قانون المرافعات

كلية الحقوق –جامعة عين شمس

أستاذ مساعد – كلية البريمي – سلطنة عُمان(مُعار)

1436هـ – 2015م

تمهيد:

إن الدولة المضيفة للاستثمارات تسعى دائما إلى وضع حوافز لجذب الاستثمارات الوطنية و الأجنبية. هذه الحوافز عديدة و متعددة أهمها- في نظري- تقرير حرية المستثمر في اختيار آلية فض المنازعات بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار بعيدا عن قضاء هذه الدولة أو حتى قضاء دولته، لأنه و ببساطة المستثمر يعتقد أن قضاء الدولة المضيفة لن يكون محايدا و أن الدولة المضيفة قد تدفع أمام قضاء دولته بحصانتها. لذلك يحبذ المستثمر اللجوء إلى الوسائل البديلة لفض منازعات الاستثمار"[1](ADR (Alternative Dispute Resolution، خاصة التحكيم[2].

والمسلم به، أن التحكيم يتمتع بمزايا عديدة[3] تجعل المستثمر دائما يميل إليه. ولكن في ظل العولمة و زيادة الاستثمارات الأجنبية أصبحت العلاقات القانونية وبالتالي المنازعات الناشئة عنها موضوع التحكيم معقدة جدا و مركبة.

هذا التعقيد و التركيب أدى إلى صيرورة التحكيم وسيلة تقترب من بطء القضاء يحتاج إلى زمن لينتهي بحكم فاصل في الموضوع، فقد يستغرق التحكيم سنة أو سنتين[4]. لذلك ظهر دور التدابير الوقتية والتحفظية في التحكيم كآلية إجرائية سريعة تواجه حالات الاستعجال لحفظ الحقوق و الأدلة و جعل الفصل فيها أمرا مجدياً، فالحماية المؤقتة للحق هامة لحمايته الموضوعية.

---

(1) Nadja Marie Alexander :Global Trends in Mediation . Kluwer Law International 2006 .P. 139.

(2) يعرف بأنه اتفاق الأشخاص (الطبيعية والاعتبارية) على عرض نزاع قائم بينهم(في شكل مشارطة) أو محتمل(في شكل شرط) ناشئ عن عقد أو دون عقد- على فرد أو أفراد عاديين يختارونهم مباشرة أو يبينوا طريقة اختيارهم للفصل فيه، خلال فترة زمنية معينة يحددونها(أو يتركون تحديدها للقانون)، وفقا لقواعد القانون(تحكيم بالقضاء) أو وفقا لقواعد العدالة(تحكيم بالصلح)، دون عرضه على قضاء الدولة وذلك بقرار ملزم لهم يرمي إلى استمرارية العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بينهم . (انظر: سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، ط2005/2، ص4).

(3) تمثل في السرعة والكفاءة والبساطة في الإجراءات و الخبرة و الحفاظ على علاقة الطرفين حتى بعد انتهاء النزاع وغيرها.

(4) Ali Yesilirmak , Provisional Measures in International Commercial Arbitration,(Kluwer Law International 2003) P.4.

غير خافٍ أن فكرة التدابير الطارئة التحكيمية ليست بجديدة. فالمجتمع التحكيمي ومنذ فترة يتناقش في مسألة ما اذا كان يجوز للمحكم أن يصدر تدابير وقتية أو تحفظية في فترة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم[5].

وفي التحكيم لا سيما في المرحلة ما قبل التحكيم أي ما قبل تشكيل الهيئة قد يكون للمستثمر حاجة طارئة للحصول على تدابير وقتية و تحفظية بل تدابير طارئة Emergency Relief.

ونتيجة للعولمةGlobalisation والتعقيد والبيروقراطية وومؤسسية التحكيمinstitutionalisation of arbitration فإن الفترة اللازمة لتشكيل هيئة التحكيم قد تطول إلى أسابيع بل إلى شهور، نتيجة عدم استيفاء الشروط اللازمة لتحويل الملف للهيئة كدفع مصاريف مقدمة the Advance on Costأو لتقديم طلب رد المحكمين[6]. واذا اجبر المستثمر المطالب لتدابير وقتية على الانتظار لحين تشكيل الهيئة سيكون استصدارها غير مجدي و تضحى مصلحته في استصدار تدابير وقائية نظرية، لأن الضرر سيكون قد وقع بالفعل وليس محدقاً.

---

[5] *Gary B. Born, International Arbitration: Law and Practice (London: Kluwer Law International, 2012), pp.203-220.*

[6] Ali Yesilirmak , Provisional Measures in International Commercial Arbitration,(Kluwer Law International 2005) P.114.

وعلى سبيل المثال فإن إحصائيات مركز التحكيم بغرفة التجارة ستوكهلم SCC (Stockholm Chamber of Commerce) تشير إلى أن معدل الوقت للازم لتشكيل هيئة التحكيم منذ تقديم طلب التحكيم الدولي هو 4 شهور و التحكيم الداخلي 3 شهور. انظر:

Patricia Shaughnessy, *Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules* in Michael J.Moser and Dominique T. Hascher (eds), *Journal of International Arbitration, (Kluwer Law International 2010 Volume 27 Issue 4*) p337.

لذلك ظهرت آلية التشكيل السريع لهيئة التحكيم **Expedited Formation of Arbitral Tribunal** في حالات الطوارئ كما تنص عليها المادة (**9A**) من قواعد التحكيم الخاصة محكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) 2014 على الموقع التالي آخر زيارة (فبراير/2015):

http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx

ويمكن التشكيل السريع يتم بآلية تسمى التحكيم السريع أو التحكيم ذات المسار السريع 'fast-track' arbitration

وإزاء ذلك فكان للمستثمر – طرف التحكيم– أحد الخيارات الآتية إما أن ينتظر لحين تشكيل هيئة التحكيم لو كان من اختصاصها قانونا أو اتفاقا اصدرا تدابير وقتية أو تحفظية، أو اللجوء إلى القضاء الوطني اذا كان قانون القاضي(القانون الإجرائي) يخول له هذا الاختصاص.

أما اذا كانت التدابير الوقتية التحكيمية غير متوافرة وفق القانون الوطني أو قواعد التحكيم المؤسسي فلا مفر من لجوء الأطراف إلى القضاء الوطني. على الرغم من أن نية الطرفين كانت واضحة – بالاتفاق على التحكيم– في الهروب من القضاء الوطني بتعقيداته و علنيته التي قد تعد عيبا خطيرا يؤثر على فعالية التحكيم في منازعات الاستثمار لا سيما طويلة الأجل و عدم حياده أحيانا و اللجوء إلى طرف ثالث محايد(المحكم) و في محيط من السرية و ببساطة الإجراءات.

ولكن اذا كانت إرادة الأطراف حرة في اللجوء إلى التحكيم لاستصدرا التدابير الوقتية، فإنها أحيانا تكون مجبرة على اللجوء إلى المحاكم الوطنية لا سيما اذا كان التدبير موجه ضد الغير أي من ليس طرفا في التحكيم أو كان التدبير قهري يستلزم سلطة الإجبار كالأمر بالحجز التحفظي على أموال المدين[7](Freezing of assets (La saisie conservatoire، لأن المحكم لا يملك سلطة الإجبار Imperium سلطته مقيدة و محددة بأطراف اتفاق التحكيم. بالإضافة إلى عدم قدرة المحكم على إصدار تدابير وقتية أو تحفظية في غياب الطرف الآخر المواجه بتلك التدابير Ex parte(الشبيهة بنظام الأوامر على عرائض المعروفة في قانون المرافعات). ومن الأسباب الأخرى التي تجبر الأطراف على اللجوء إلى القضاء الوطني هو إشكالية عدم قابلية تدابير المحكم الوقتية أو التحفظية للتنفيذ الجبري لا سيما بالنسبة لاتفاقية نيويورك للاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .

---

[7] الحجز التحفظي كتدبير لازم للفصل في خصومة التحكيم يكون من اختصاص المحاكم الوطنية، ووفقا لقانون التحكيم المصري لمحكمة المادة 9 (المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع أو محكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف أخرى لو كان التحكيم تجاريا دوليا) انظر المادة 14 التي تنص على أن : "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة9 من هذا القانون أن تأمر، بناء على طلب أحد طرفي التحكيم، باتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها".

انظر: أحمد صدقي محمود، التدابير التحفظية اللازمة للفصل في خصومة التحكيم، الطبعة الأولى، 2005. ص40.

وقد تكون المحكمة الوطنية هي محكمة موطن خصم طالب التدبير، والتي قد تكون غير محايدة وتميل إلى الخصم الذي يحمل جنسيتها لاسيما اذا كان الطالب هو الدولة المضيفة، في مواجهة المستثمر، في منازعات الاستثمار.

و المستقر عليه في فقه التحكيم ، أن اللجوء إلى المحاكم الوطنية لا يتناقض مع لجوء الأطراف إلى التحكيم ولا مع الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في استبعاد القضاء، لأن لا تعارض في ذلك مع نية الأطراف. كما أن استصدار التدابير الوقتية يجعل من اتفاق التحكيم أكثر فعالية و يضمن النتائج النهائية له[8] ، و الاتفاق على التحكيم ينصب على موضوع النزاع والحكم الصادر من المحكمة بتدبير وقتي لا يحوز حجية أمام هيئة التحكيم أو بالنسبة لموضوع التحكيم[9]،[10].

اللجوء إلى القضاء الوطني، في الغالب، لاستصدار تدابير وقتية قبل تشكيل الهيئة[11] لا يجذب أطراف التحكيم لا سيما المستثمر الأجنبي إذا وضع في الاعتبار متطلبات السرية و النفقات و الوقت و الاستقلال والحيدة في نظام التحكيم. فاللجوء إلى المحاكم الوطنية لا يضمن السرية في مجال التجارة و الأعمال والاستثمار، و كذلك يتطلب فترة زمنية حتى يصدر عمل قضائي، بالإضافة إلى احتمالية عدم حيادية القضاء خاصة القضاء الوطني في تحكيم بين الدولة و المستثمر الأجنبي.

---

[8] انظر التقرير المتعلق بالتعليق التحليلي على مسودة القانون النموذجي (UNICTRAL) رقم A/CN.9/264 25 مارس 1985. على الموقع الآتي باللغة الإنجليزية(آخر زيارة 2015/2/27):.
http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/244/18/PDF/V8524418.pdf?OpenElement

[9] سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 94.

[10] لذلك تنص المادة 9 من قانو التحكيم النموذجي(UNICTRAL) على أنه : "لا يناقض اتفاق التحكيم طلب أحد الأطراف، قبل أو أثناء سير إجراءات التحكيم، استصدار تدبير مؤقت للحماية من إحدى المحاكم و للمحكمة أن تتخذ محكمة هذا الإجراء بناء على هذا الطلب".

" It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request ,before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure".

[11] سيد أحمد محمود، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية و الأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون- جمادي الآخرة 1422هـ- سبتمبر 2001م. ص92.

لذلك اتجهت معظم مؤسسات التحكيم في السنوات الأخيرة إلى تبني آلية سريعة تواجه حالات الطوارئ التي قد تواجه أطراف التحكيم بصفة عامة و المستثمر بصفة خاصة في مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم تسمى بـ" إجراءات تحكيم الطوارئ" Emergency Arbitration Proceedings تخول المؤسسة سلطة تعيين محكم– يسمى بـ" محكم الطوارئ Emergency Arbitrator"– يعهد إليه مهمة إصدار تدابير طارئة وقتية أو تحفظية.

لذلك وجب علينا أن نتعرض إلى ماهية تحكيم الطوارئ باعتباره نظاما جديدا في عالم التحكيم في الخمس سنوات الفائتة و أهميته في منازعات الاستثمار. ثم نعرض لمدى فعالية قواعد تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار و المعوقات التي تعيق تطبيقها، متبعا الخطة الآتية:

المطلب الأول: ماهية تحكيم الطوارئ و أهميته في منازعات الاستثمار

الفرع الأول: ماهية تحكيم الطوارئ

الفرع الثاني: أهمية تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار

المطلب الثاني: فعالية تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار

الفرع الأول: فعالية تطبيق قواعد تحكيم الطوارئ على منازعات الاستثمار

الفرع الثاني: فعالية إجراءات تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار

المطلب الأول

ماهية تحكيم الطوارئ و أهميته في منازعات الاستثمار

سوف نعرض في هذا المطلب إلى ماهية نظام تحكيم الطوارئ و نبذة مختصرة عن إجراءاته لا سيما في قواعد مركز غرفة التجارة بستوكهلم SCC (Stockholm Chamber of Commerce) . (فرع أول) ثم نتطرق إلى أهمية تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار مع عرض تطبيق عملي يتضمن قرار محكم طوارئ معين من قبل مركزSCC في قضية استثمار أجنبي(فرع ثان).

الفرع الأول

ماهية تحكيم الطوارئ

قام واضعوا قواعد بعض مؤسسات التحكيم آليات تكميلية Complementary mechanisms مؤداها منح أطراف التحكيم الحق في استصدار تدابير وقتية في مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم Pre-fromation stage أمام طرف ثالث محايد تمشيا مع إرادة المستثمر في البعد عن القضاء الوطني.

واليوم إشباعا للحاجة التحكيمية تلك، فلأطراف التحكيم الخيار بين آليتين إحداهما حرة Ad hoc والأخرى مؤسسيةinstitutional . بمعنى، إما بالنص صراحة في اتفاق التحكيم على آلية الحصول على أي إجراء وقتي أو تحفظي من قبل طرق ثالث محايد أو للأطراف أن يتفقوا على اللجوء إلى قواعد أحد مؤسسات التحكيم التي تقرر مثل تلك الآلية[12].

---

[12] جدير بالذكر أن بعض المؤسسات تنص على آلية أخرى غير تحكيمية للاستصدار تدابير تحفظية أو وقتية تتعلق بالأدلة مثل آلية الخبير الفني في مرحلة ما قبل التحكيم pre-arbitral technical expert. ولن نتطرق لهذه الآلية لأنها لا تهدف أساسا إلى حماية الحقوق بقدر ما تهدف إلى حفظ الأدلة أمام طرف ثالث خبير. لمزيد من التفاصيل أنظر:
Yves Derains, “Technical Expertise and Refere Arbitral” in:Pieter Sanders (ed.), *New Trends in the Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and*

قد يتفق الأطراف على وضع إجراءات خاصة بهم لإصدار تدابير طارئة في مرحلة ما قبل تشكيل، تعهد هذه المهمة إلى محكم فرد أو ثلاثة محكمين، ولكن لما يكبده الأطراف من نفقات باهظة لذلك، وأن الأطراف غالبا وعملا لا يتفقوا على إجراءات تدابير طارئة اذا نشأ نزاع بالفعل[13]. كما أن الوقت اللازم لبدء الهيئة في اصدرا تدابير وقتية قد يستغرق وقتا طويلا يضحى التدبير الوقتي معه غير مجدي أو فعال، فيلجأ الأطراف إلى تحكيم الطوارئ المؤسسي، فتوجد العديد من المؤسسات التحكيم في العالم تضع آليات تكميلية[14]، منها قواعد بشأن إجراءات التدبير الوقتي الطارئemergency provisional relief procedures . هذه القواعد تضع آلية لمنح شخص يعين من قبل المؤسسة سلطة اصدرا تدابير وقتية[15].

والآن وبصفة أساسية ومنذ الفترة ما بين 2010 وحتى يومنا هذا في سنة 2015. قامت العديد من مؤسسات التحكيم بسن قواعد لتحكيم الطوارئ Emergency Arbitration regulations لتوفير إجراءات الحصول على تدابير طارئة emergency relief لا تنتظر حتى تشكيل هيئة التحكيم للبء في إجراءات التحكيم الأساسية. ومنها قواعد غرفة التجارة الدولية International Chamber of Commerce (ICC) وقواعد مركز سنغافورة للتحكم الدولي Singapore International Arbitration Centre (SIAC) سنة 2010[16] و غرفة

Other Institutions, ICCA Congress Series No. 1 (Kluwer: Hamburg 1982), 183-184 ("New Trends")

(13) Ali Yesilirmak , Provisional Measures in International Commercial Arbitration,(Kluwer LawInternational 2005) P.117.

(14) ومنها أيضا أن تمنح رئيس المؤسسة أو جهاز تابع للمؤسسة سلطة إصدار تدابير طارئة. انظر على سبيل المثال: المادة 13 من قواعد الجمعية الفرنسية للتحكيم ("FAA") the French Arbitration Association (http://www.afa-arbitrage.com/en/arbitration-rules/#Article_13)و المادة **R37 من** قواعد التحكيم الرياضيthe Court of Arbitration for Sport (http://www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html).

(15) الحاجة إلى هذه القواعد تزداد في بعض المنازعات لا سيما تلك طويلة الأجل أو التي تستلزم الحفاظ على أسرار تجارية أو الملكية الفكرية، والتي تستوجب السرية التامة وسرعة الفصل فيها.

Ali Yesilirmak , Provisional Measures in International Commercial Arbitration,(Kluwer Law International 2005) P.118.

(16) SIAC Rules (2010) art.26(2) and Sch.I.

ستوكهلم للتجارة(SCC) Stockholm Chamber of Commerce [17]و المركز الدولي لفض المنازعات International Centre for Dispute Resolution (ICDR)[18] سنة 2006و محكمة لندن للتحكيم الدولي London Court of International Arbitration (LCIA)[19]. ولا تحتوي قواعد المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار ICSID ثمة قواعد لمحكم الطوارئ.

سوف تتركز درستنا تلك على قواعد تحكيم الطوارئ الواردة في قواعد غرفة التجارة بستوكهولم (SCC) وذلك لأسباب عديدة. حيث أن الإحصائيات تشير إلى صدارة مركز التحكيم التابع لغرفة التجارة بستوكهولم SCC –و الذي تتضمن قواعد التحكيم فيه لقواعد محكم الطوارئ Emergency arbitrator rules –في إدارة منازعات الاستثمار حيث توجد 61 معاهدة ثنائية للاستثمار الدولي تحتكم إلى قواعد تحكيم غرفة ستوكهولمSCC وكذلك معاهدات الطاقة متعددة الأطراف[20](Energy Charter Treaty)Multilateral ECT .

كما أن الإحصائيات تشير أيضا إلى صدارة مركز SCC باعتباره ثاني أكبر مؤسسة تدير منازعات الاستثمار وفق قوادها الخاصة بعد جهاز فض المنازعات التابع للبنك الدولي وهو

---

[17] الملحق الثاني APPENDIX II من قواعد التحكيم سنة 2010 والذي أحالت إلي المادة 32 فقرة 4 من قواعدا التحكيم الأساسية، سارية النفاذ منذ أول يناير 2010. على الموقع التالي:
http://www.sccinstitute.com/media/40129/k4_skiljedomsregler-eng-arb-tryck_1_100927.pdf

[18] الذراع الدولي لجمعية التحكيم الأمريكية American Arbitration Association (AAA) ، قواعد التدابير الطارئة للحماية في المادة 37 من إجراءات فض النزاع الدولي. وكذلك المادة 6 من قواعد المركز الدولي لفضا النازعات أول يونيو 2014. على الموقع: www.ICDR.org

[19] اخترنا قواعد محكم الطوارئ لهذه المؤسسات لتحكيمية بناء على أنهم الأكثر صيتا في عالم التحكيم لا سيما في التحكيم الطارئ و هي الأكثر تطبيقا لتلك القواعد في الواقع العملي.

[20] راجع هذه الإحصائيات على الموقع الرسمي لمركزSCC التالي(آخر زيارة 2015/3/11):
http://www.sccinstitute.com/dispute-resolution/investment-disputes/
وجدير بالذكر أيضاً أن التقرير الصادر عن غرفة التجارة بباريس ICC يشير إلى أن نسبة 18% من المعاهدات الثنائية للاستثمار الدولي BITs(Bilateral Investment Treaties) تحيل إلى تحكيم ICC. انظر: تقرير ICC على الموقع الآتي (آخر زيارة 2015/3/11):
http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2012/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Arbitration-Involving-States-and-State-Entities-under-the-ICC-Rules-of-Arbitration/

المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID). حيث تسجل الإحصائيات بإدارة مركز SCC لثلاث و سبعين منازعة استثمار منذ 1993. سبع (7) منازعات منهم كانت خاضعة لقوانين حرة و 15 منازعة منهم خاضعة لقواعد الأونسيترال، و51 منازعة (70%) من منازعات الاستثمار المسجلة كانت تحت إدارة مركزSCC وفقا لقواعدها. ومعظم منازعات الاستثمار في مركزSCC هي منازعات مؤسسة على معاهدات استثمار ثنائيةBIT وعددهم 32 منازعة و منازعات مؤسسة على اتفاقية طاقة (Energy Charter Treaty) ECT وعددهم 13 منازعة، ومنازعات استثمار مبنية على اتفاقات استثمار وعددهم ست (6)منازعة. و تشير الإحصائيات أيضاً أنه في سنة 2014 تم تسجيل 11 قضية منازعات استثمار تحت إدارة مركز SCC. 9 قضايا منها تحت إدارة قواعد التحكيم في مركز SCC و قضيتان منهم تحت قواعد محكم الطوارئ بمركز SCC [21].

وما يعضد تفوق مركز SCC – في شأن تحكيم الطوارئ– أن قواعد تحكيم الطواري غير متوافرة في قواعد تحكيم الأكسيد ICSID (المركز الدلي لفض منازعات الاستثمار) أو قواعد الأونسيترال UNCITRAL(لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي) لأجل التحكيمات في منازعات الاستثمار[22].

إن تحكيم الطوارئ تعتمد فلسفته أساسا على السرعة القصوى أو حالة الطوارئ التي تحتمل التأخير لحين تشكيل هيئة التحكيم لاستصدار تدابير وقتية أو تحفظية. لذلك فالسرعة لا تقتصر فقط على الإعلان الفوري للمحتكم ضده في تحكيم الطوارئ سواء قبل تعيين محكم الطوارئ أو فور تعيينه. حيث وفقا لقواعد SCC يتعين إعلان المدعى عليه إعلاناً مبكراً وفور استلام طلب تعيين محكم الطوارئ، حتى ولو قبل تمام عيين محكم الطوارئ[23]. بل السرعة تشمل تعيين

---

[21] راجع الموقع الرسمي لمركز SCC في هذا الخصوص (آخر زيارة 2015/3/10):
http://www.sccinstitute.com/statistics/investment-disputes-2014/

[22] Joel Dahlquist, Uppsala Universitet, Juridiska Institutionen. Emergency Arbitrators in Investment Treaty Disputes. At site(Last visited 11/3/2015):
http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/03/10/emergency-arbitrators-in-investment-treaty-disputes/

[23] المادة3 من قواعد محكم الطوارئ بالملحق رقم 2 من قواعد SCC.

محكم الطوارئ، لأن اللجنة Board في مركز SCC يجب أن تسعى إلى تعيين محكم الطوارئ خلال 24 ساعة من تاريخ استلام طلب تعيين محكم الطوارئ [24].

ولكن تعبير النص بجملة " تسعى إلى تعيين" "will seek to appoint" يشير إلى وجود قدر من المرونة في حالة عدم استطاعة اللجنة تعيين محكم الطوارئ خلال 24 ساعة[25]، حيث أن التجربة العملية تثبت أن محكم الطوارئ بصعوبة يستطيع أن يستوفي إجراءات تعيينه خلال 24 ساعة[26]. فهذا الميعاد– في اعتقادي– أقرب إلى ميعاد تنظيمي و ليس جوهري يحث فيه المشرع المؤسسي اللجنة على الإسراع و بشدة في تعيين محكم الطوارئ، ولا يترتب على عدم الالتزام بميعاد الأربع وعشرين ساعة أية جزاء إجرائي أو مسئولية على المركز.

وتطبيقا أيضاً لمبدأ السرعة يوجب مركز SCC أن يقدم الأطراف طلب الرد خلال 24 ساعة من الساعة التي علم طالب الرد فيها بالظروف التي تبرر الرد[27] .

وبخصوص مدة الفصل في طلب تحكيم الطوارئ، يتصدر هنا مركز SCC الصدارة، وبحق، في تحديد أقصر ميعاد لإصدار قرار تحكيم الطوارئ[28]. حيث تحددت بخمسة أيام من تاريخ إحالة الطلب لمحكم الطوارئ، مع إمكانية مد هذا الميعاد[29]. والواقع العملي سوف يثبت

---

[24] انظر المادة 4 من الملحق رقم 2 بشأن قواعد محكم الطوارئ ونصها كالتالي:

Article 4 Appointment of the Emergency Arbitrator:

(1)The Board shall seek to appoint an Emergency Arbitrator within 24 hours of receipt of the application for the appointment of an Emergency Arbitrator.

[25] Patricia Shaughnessy "Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules", in Michael Moser/Dominique Hascher (eds.), Journal of International Arbitration, (Kluwer Law International 2010), Vol. 27, Issue 4, p.340.

[26] Marc S. Palay &Tanya Landon, Sidley Austin LLP: "A Comparative Review of Emergency Arbitrator Provisions: Opportunities and Risks," (2012), The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2012. Global Legal Group Ltd , London. P.3. (www.iclg.co.uk last visited 26/3/2015).

[27] انظر المادة 3/4 من قواعد محكم الطوارئ SCC ونصها كالتالي:

"...a challenge must be made within 24 hours from when the circumstances giving rise to the challenge of an Emergency Arbitrator became known to the party".

[28] انظر في قضية بالتفصيل فيما بعد

[29] المادة1/8 من قواعد محكم الطوارئ SCC. ويمتد الميعاد بقرار من اللجنة Boardفي مركز SCC بناء على طلب مسبب من محكم الطوارئ أو في حالة الضرورة .

ما إذا كان تحديد مدة الخمسة أيام تحديد واقعي أم خيالي. و ما إذا كان امتداد هذا الميعاد استثناء أم يصير قاعدةthe norm or the exception [30].

وجدير بالذكر أن تحكيم الطوارئ تحكيم وقتي لمواجهة حالة الطوارئ لحين تشكيل هيئة التحكيم العادي، وبالتالي، لا يجوز تعيين محكم الطوارئ بعد إرسال الملف إلى هيئة التحكيم بموجب المادة 6 من القواعد.". والمادة 1/1 من الملحق الثاني من قواعد SCC.

الفرع الثاني
أهمية تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار

بعد أن عرضنا لتعريف تحكيم الطوارئ ونبذة عن إجراءاته يكون قد تبين لنا أهمية هذا النوع من التحكيم في منازعات الاستثمار. فبالسنبة للمستثمر فرصة الحصول على تدابير وقتية أو تحفظية قبل تشكيل هيئة التحكيم يعد عنصر جذب له. حيث حصوله على تدابير وقتية طارئة لا تحتمل التأخير لحين التشكيل النهائي لهيئة التحكيم هام لمواجهة حالة الطوارئ حفظاً لحقوقه و أدلتها وتحقيقاً لفعالية أكثر للتحكيم في موضوع النزاع و لإجراءاته.

وعلى سبيل المثال لا الحصر فإن قرارات محكم الطوارئ في اصدرا تدابير طارئة قبل تشكيل هيئة التحكيم هامة في عقود تزويد الطاقة من غاز أو بترول حيث الحاجة الملحة إلى تدابير تتعامل مع حالات الطوارئ مثل انقطاع تزويد الغاز أو البترول لتوليد الطاقة أو انخفاض حجم التوليد عن الكمية المتفق عليها في عقد الامتياز[31]. خاصة اذا وضعنا في الاعتبار عدم ميل المستثمر كثيرا إلى قضاء الدولة وتفضيله دائما التحكيم كوسيلة بديلة له.

---

[30] Marc S. Palay &Tanya Landon, Sidley Austin LLP: "A Comparative Review of Emergency Arbitrator Provisions: Opportunities and Risks," (2012),. P.4.

[31] Richard Power. The emergency arbitrator: a new remedy for oil and gas disputes?. EXPERT LEGAL INSIGHTS. 04.02.2014.
(http://www.blplaw.com/expert-legal-insights/articles/the-emergency-arbitrator-a-new-remedy-for-oil-and-gas-disputes/).

كما أن المستثمر قد يلجأ إلى تدابير وقتية أخرى صادرة عن حكم الطوارئ تشبع حاجته إلى الحماية المستعجلة الطارئة كاستصدار امر بوقف تسييل خطابات الضمان أو الأمر بوقف تنفيذ قرارات الجمعية العمومية أو الأمر ببيع بضاعة سريعة التلف(كالفحم) أو الأمر بوقف تزويد الطاقة أو الأمر بإثبات الحالة.

وحتى نوضح، وبتطبيق عملي حديث، أهمية تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار، نعرض لقرار صادر عن محكم طوارئ في ظل قواعد مركز SCC في القضية الآتية[32]:

Emergency Arbitration No. EA (2014/053): TSKINVEST LLC ve THE REPUBLIC OF MOLDOVA فيما بين الشركة الاستثمارية الروسية TSKINVEST ضد جمهورية مولدوفا حكم صدر في إستكهولم، السويد في قضية تحكيم طوارئ رقم 2014/053 في 29 إبريل 2014 بناء على قواعد SCC.

تقدم المدعي بطلب تعيين محكم طوارئ في 2014/4/23 من مركز SCC للحكيم وبناء عليه تم تعيينه بعد أن أرفق المدعي بطلب التعيين تأكيد على دفع رسوم محكم الطوارئ و المعاهدة المبرمة بين حكومة الاتحاد الروسي و جمهورية مولدوفا بشأن تعزيز و تبادل حماية الاستثمارات الموقعة في 1998/3/17 ومرفقات أخرى. بعد أن وقع المحكم بيانا يقر فيه بحياده واستقلاله.

1) إجراءات تحكيم الطوارئ:

عملا بالمادة 1/8 من قواعد محكم الطوارئ الواردة في الملحق رقم 2 من قواعد SCC فللمحكم أن يفصل في طلب التدابير الوقتية في خلال 5 أيام من تاريخ إحالة الطلب إليه. وبالفعل صدر قرار محكم الطوارئ في 2014/4/29 بعد أمر المحكم بأمر إجرائي يتضمن جدول زمني يقدم فيه كل من الطرفين حججه، كما وعلى المدعى عليه أن يقدم ره حتى تاريخ 2014/4/25 ولكن لم يرِد محكم الطوارئ أية رد أو حتى الاتصال بالأخير. طلب محكم

[32]) راجع هذه القضية بكل تفاصيلها على الموقع الآتي(آخر زيارة 2015/3/10:
http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4219.pdf.

الطوارئ من المدعي بان يقدم توضيحات و شروحات أخرى لطلبه في استصدار تدابير وقتية. وبالفعل بيّن المدعي أنه يطلب التحكيم وفقا لنصوص المعاهدة محل النزاع، ويطلب إيقاف "القرار رقم 19" (سوف يأتي لاحقا) لحين صدور حكم نهائي في موضوع التحكيم مع الالتزام بالمادة 4/9 من قواعد محكم الطوارئ من قواعد SCC [33].

وتضمنت معاهدة الاستثمار سالفة الذكر نصوص تقضي بانه في حال نشوء أي نزاع بين الدولة المتعاقدة و المستثمر في الدولة المتعاقدة الأخرى و التي تتعلق بالاستثمار ...لابد أن يكون محلا لإعلان مكتوب ومفصل يجب على المستثمر إرساله إلى الدولة المتعاقدة والتي تعد طرفا في النزاع. وعلى الأطراف محاولة حل النزاع بطرق التسوية الودية متى كان ذلك مكنا. وإذا لم يحل النزاع خلال 6 أشهر من تاريخ الإعلان المكتوب- سالف الذكر- يجب أن يحال النزاع إلى مركز SCC للتحكيم (غرفة التجارة بستوكهلم). وحكم التحكيم يعد نهائيا و ملزما لجميع أطراف النزاع. وكل من الأطراف المتعاقدة تأخذ على عاتقها تنفيذ مثل هذا القرار طبقاً لقوانينها[34].

---

[33] والنص فيه أن قرار محكم الطواري يتجرد من قوته الإلزامية (لا يعد ملزما) في الحالات الآتية: 1- التجرد من القوة الإلزامية بقرار من محكم الطوارئ أو هيئة التحكيم العادي. 2-أصدرت هيئة التحكيم حكما نهائيا. 3-لم يبدأ التحكيم العادي خلال 30 يوم من صدور قرار محكم الطوارئ. 4- ملف التحكيم العادي لم يحال لهيئة التحكيم العادي خلال 90 يوم.

(4) The emergency decision ceases to be binding if:

(i) the Emergency Arbitrator or an Arbitral Tribunal so decides;

(ii) an Arbitral Tribunal makes a final award;

(iii) arbitration is not commenced within 30 days from the date of the emergency decision; or

(iv) the case is not referred to an Arbitral Tribunal within 90 days from the date of the emergency decision.

[34] **Article 10 of the Treaty**: Any dispute between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, which arose in relation to an investment, shall be subject to a written notice accompanied by detailed comments which the investor shall send to the Contracting Party, which is a party to the dispute. Parties to the dispute shall endeavor to resolve such a dispute by amicable means where possible.

2. If the dispute is not resolved in such a manner within six months from the date of the written notice referred to in paragraph I of this article, it shall be submitted for consideration to[. .. }

2) مراكز الأطراف :

المدعي كيان قانوني مندمج طبقا للقوانين الروسية في الاتحاد الروسي. أمتلك المدعي أسهم مالية " الاستثمار" في أحد بنوك مولدوفا والتي تدعى " Moldovan bank BC Victoriabank SA" " **البنك**". وصلت مبالغ مساهمات المدعي في رأس مال هذا البنك إلى 4.16%. أخطر المدعي البنك الوطني بمولدوفا "NBM") National Bank of Moldova")" بامتلاكه هذه الأسهم برسالة مؤرخة في 2012/4/19 والتي رد عليها البنك الوطني بترخيص المدعي ممارسة كافة حقوق المساهم لنسبة الأسهم المشارك فيها المتقدم ذكرها. وطالب البنك الوطني من المدعي(الشركة المستثمرة) تزويده بمعلومات عنه و عن ملاكه وأجاب المدعي إلى طلبها.

وبتاريخ 2014/2/6 انعقد اجتماع غير عادي للشركاء المساهمين في البنك- بغرض التصويت على تغيير إدارة البنك والذي لم يكن المدعي راضيا عنها- حضره ممثل عن المدعي والذي أخبره ممثل البنك بان البنك الوطني أصدر قرارا لمنع ممارسة حقه في التصويت. وقبلها بيوم واحد وبتاريخ 2014/2/5 أُبلغ المدعي بأن البنك الوطني أصدر "قراراً برقم 19" من مجلس الإدارة- بناء على قانون المؤسسات المالية الداخلي و لائحة البنك- قرر فيه منع المدعي ومستثمرين آخرين من التصويت أو حضور الاجتماعات ويعلنوا بذلك خلال 5 أيام و إلزام المدعي بالتصرف في أسهمه المالية بالبيع خلال 3 أشهر- وفي هذه الفترة يكون قيمة الأسهم بخس ويكاد يقترب من القيمة الأسمية لها- بحجة أن امتلاك المدعي لتلك الأسهم المشاركة في رأس مال البنك الاستثماري كان بالاتفاق مع المستثمرين الآخرين- الذين شملهم قرار 19- من اجل الهيمنة على شئون البنك و لم يكن هذا الامتلاك أيضا بترخيص من البنك الوطني.

وبتاريخ 2014/2/25 لجأ المدعي إلى محكمة ريسكاني Riscani إلا أن الأخير قابلت طلبه بالرفض. وبناء عليه وبتاريخ 2014/3/31 أرسل المدعي إعلانا مكتوبا- عملا بالمادة

---

b) the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce [. . .}

3. The arbitration award shall be final and binding on both parties to the dispute. Each Contracting Party undertakes to enforce such a decision in accordance with its laws.

10 من المعاهدة– بالنزاع إلى المدعى عليه (جمهورية مولدوفا) ، ولكن لم ترد عليه الأخيرة أيضا.

وبناء على أن قرار البك الوطني رقم 19 جرد المدعي من ملكيته expropriation للأسهم في البنك الاستثماري طالب المدعي من محكم الطوارئ إصدار قرار بوقف القرار رقم 19 حتى صدور حكم تحكيم نهائي في موضوع التحكيم بين الأطراف، ومع الالتزام بما تضمنته المادة4/9 من قواعد SCC بشأن محكم الطوارئ سبق وأن أشرنا إليه.

3) استيفاء متطلبات اصدرا التدابير الوقتية:

ووفق المادة 1/32 و المادة 2/1من قواعد محكم الطوارئ بمركز SCC، لمحكم الطواري سلطة إصدار أي تدابير وقتية يراها مناسبة. ولما كانت قواعد المركز لم تتضمن تعريفا محددا للتدابير الوقتية فلا يجب قصرها على تدابير معينة بل تشمل كل التدابير التي تتضمن الزام الطرف بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو أي تدبير لازم لفعالية إجراءات التحكيم و تمامها واكتمالها أو للحد من الخسائر الاقتصادية للحقوق أو تدابير تحفظية. والغرض من تلك التدابير هو تأمين ادعاء قائم أو محتمل و الحفاظ على حقوق المدعي و الحفاظ على فعالية إجراءات التحكيم وآثار الحكم الصادر في نهايتها.

ولما كان الثابت في هذه القضية أنه إذا لم يتم إصدار تدابير عاجلة طارئة، سوف يلحق ذلك خسارة في حقوقه كمساهم في البنك لا يمكن تداركها فيما بعد، لن يصبح معه إصدار حكم التحكيم النهائي ذا جدوى أو فعالية. ولما سبق كله، إن محكم الطوارئ يعد مختصا بإصدار التدبير الوقتي المنشود.

كما أن قواعد مركز SCC لم تتضمن أية معايير مستلزمه لطلب التدابير الوقتية من محكم الطوارئ. وعليه – ووفقا لرأي المدعي– يجب اللجوء في ذلك إلى القانون السويدي باعتباره القانون الواجب التطبيق على أنه قانون مكان التحكيم. ومتطلبات إصدار التدابير الوقتية في قانون الإجراءات السويدي تتمثل في معيارين أن طالب التدبير يثب أن له حق ظاهري و توافر حالة الاستعجال". وفي قضية تحكيم الطوارئ رقم 2011/170 بذات المركز قضي فيها بأن

المتطلبات التي لابد من توافرها عند طلب تدبير وقتي هو ظاهرية كسب المدعي لقضيته و الاستعجال و الضرر الذي لا يمكن تداركه أو ضرر خطير و فعلي يتحقق لو لم يصدر التدبير الوقتي"[35].

– ولتأسيس كسب قضيته ظاهريا، يتعين على المدعي أن لا يظهر رجحان كسب موضوع القضية بل فقط أن هناك احتمال معقول بانه سوف يكسب القضية. كما أن حالة الاستعجال متوافرة في المدعي لأنه ما زال يعاني من أضرار و خسائر نتيجة القرار رقم 19 و أن البنك الوطني و جمهورية مولدوفا فشلا في وقف آثار هذا القرار لحين الفصل في موضوع النزاع، لأن المدعي ممنوع من ممارسة حقوقه كمساهم في البنك الاستثماري كالحق في المشاركة في اجتماعات مساهمي البنك أو استلام الأرباح.

وبناء على القرار رقم 19 يتعين على المدعي التصرف في أسهمه المالية المساهم بها في البك قبل 2014/3/5 الذي سوف يسبب للمدعي ضررا لا يمكن تداركه، لأنه سوف يحرم من ممارسة حقوقه كمساهم بشكل دائم، وهو أمر لا يمكن تداركه حتى لو تبين فيما بعد أن القرار رقم 19 معيب. بالإضافة إلى أن اصدرا هذا التدبير يكون متناسبا مع التهديد الذي يواجهه المدعي والذي لا يتناسب مع حجم الأضرار التي قد تصيب المدعى عليه اذا صدر مثل هذا التدبير. وفي الحقيقة أن المدعى عليه لن تصيبه أية خسائر اذا صدر التدبير.

– المقرر وفق المادة 10 من المعاهدة تنص على فترة " التهدئة" "Cooling-Off Period" وهي فترة 6 أشهر يحاول فيها أطراف العاهدة الوصول إلى تسوية ودية قبل اللجوء إلى التحكيم. وبناء عليه أرسل المدعي إعلان النزاع المتطلب وفق نصوص المعاهدة 2014/3/31. و يرى المدعي أن فترة " التهدئة" تلك لا تنطبق على تعيين محكم الطوارئ أو على استصدار التدابير الوقتية للأسباب الآتية:

[35] Emergency Arbitration 170/2011 it was held that "This statement reflects the universal consensus with regard to the requirements that need to be present when granting interim measures, e.g. prima facie establishment of a case; urgency; and, irreparable harm, or serious or actual damage if the measure requested is not granted'.

- فترة "التهدئة" مقيدة للبدء في إجراءات التحكيم الموضوعي substantive arbitration proceedings .
- لا تنطبق فترة " التهدئة" على تعيين محكم الطوارئ وإلا أدى تطبيقها إلى نتائج إجرائية غير عادلة للمدعي.
- لا تنطبق فترة " التهدئة" على تعيين محكم الطوارئ وحتى على محكمة التحكيم نتيجة لتفعيل أثر شرط "الدولة الأولى بالرعاية" (Most Favored Nation= MFN) المنصوص عليه في المادة 3 من الاتفاقية.
- المدعى عليه فشل في المشاركة في الوصول إلى حل ودي amicable settlement رغم جهود المدعي في هذا الشأن.

4) أسباب قرار محكم الطوارئ:

وحيث لم يقم المدعى عليه بإبداء أي رد تجاه المدعي أو أي اتصال مع محكم الطوارئ، أصدر الأخير قراره بناء على الأسباب الآتية:

- المدعي أفاد، ظاهريا أنه مستثمر وأن امتلاكه لأسهم مالية في البنك يعد استثمارا وفقا لمعاهدة الاستثمار موضوع النزاع.
- محكم الطوارئ وجد أن المدعي له احتمالية معقولة بأن محكمة التحكيم سوف تقضي بعدم شرعية القرار 19 محل النزاع لأنه يخالف مبدأ العدالة وأنه يجرد المدعي من الملكية ويصادرها دون مسوغ قانوني. وأن الظاهر ينفي اشتراك أو اتفاق المدعي مع باقي المستثمرين الذين شملهم القرار 19. وعليه يكون هناك احتمال معقول لكسب المدعي موضوع القضية.
- كما أن المدعي مطالب، عملا بما هو متطلب في العديد من القوانين وعلى سبيل المثال المادة 2/17 من القانون النموذجي الأونسيترالUNCITRAL المعدل 2006- بإثبات الضرر المراد منعه بالتدبير الوقتي هو ضرر معجل أو لا يمكن تداركه.

- وطبقا للقرار 19، محل طلب تحكيم الطوارئ، المدعي مطالب بالصرف أو بيع أسهمه المالية في البنك قبل 2014/5/5 خلال 3 أشهر أي أقل من أسبوع من يوم إصدار هذا الحكم (حكم محكم الطوارئ) وهو قرار يمنعه بصفة دائمة من ممارسة حقوقه كمساهم في البنك (كحقه في التصويت أو الحصول على أرباح) حتى و لو كان القرار 19 مآله في النهاية البطلان.
- وبناء على ما سبق، فإن محكم الطوارئ يطمئن إلى أن الضرر الذي لا يمكن تداركه محتمل حدوثه إذا لم يصدر التدبير الوقتي، وذلك أيضا بالمقارنة بالضرر المحتمل حدوثه للمدعى عليه عند صدور هذا التدبير الوقتي وهو محدود. وهو الأمر الذي يرى معه محكم الطوارئ أن اصدرا التدبير الوقتي المطلوب يكون مناسباً appropriate ومتناسباً proportional.
- وبخصوص فترة " التهدئة" فإن محكم الطوارئ قضى بأن تلك الفترة (6 أشهر وفق المادة 10 من الاتفاقية) لا تمنع المدعي من تقديم طلب تعيين محكم الطوارئ، ومن أسباب ذلك أنه يتعارض ذلك مع العدالة الإجرائية ومع الغرض من إجراءات تحكيم الطوارئ، على الأقل إذا كان المدعي يبدو أنه سيواجه خطرا غير عادي من ضرر لا يمكن إصلاحه قبل انقضاء مدة فترة " التهدئة" إذا لم يصدر التدبير الوقتي.
- ولهذه الأسباب كلها، أمر محكم الطوارئ Ordered المدعى عليه بوقف القرار رقم 19 لحين الفصل في موضوع النزاع بحكم تحكيم نهائي، ومع تطبيق المادة 4/9 من قواعد محكم الطوارئ الواردة في قواعد SCC.
- نفقات محكم الطوارئ يمكن تقسيمها بين الأطراف في الحكم النهائي الصادر عن محكمة التحكيم.

المطلب الثاني

مدى فعالية تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار

إذا كنا قد بينا لماهية تحكيم الطوارئ و أهميته في منازعات الاستثمار، كان لابد تباعا أن نقف عند فعالية تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار. يتطلب ذلك تبيان مدى فعالية تطبيق قواعد تحكيم الطوارئ على منازعات الاستثمار بما تتصف به من خصوصيات تميزها عن المنازعات الأخرى (فرع أول). ثم نوضح فعالية إجراءات تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار (أي الفعالية الإجرائية) من بدايتها و حتى نهايتها بصدور قرار من محكم الطوارئ صالح للتنفيذ (فرع ثان).

الفرع الأول

فعالية تطبيق قواعد تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار

<u>أولاً: تطبيق قواعد تحكيم الطوارئ بأثر رجعي</u>

ما مدى امتداد النطاق الزمني لتطبيق قواعد تحكيم الطوارئ على المعاهدات الاستثمارية السابقة على نفاذها؟

إذا كانت معظم معاهدات الاستثمار، و التي رضيت فيها الدولة بالتحكيم كآلية لفض المنازعات، أبرمت في وقت لم تكن قواعد محكم الطوارئ، الحديثة، موجودة أصلا. فهل تنطبق قواعد محكم الطوارئ الحديثة بأثر رجعي[36] على معاهدات الاستثمار التي أبرمت قبل وجودها[37]؟.

[36] وحتى نجيب على هذا السؤال، لابد أولا أن نستبعد من نطاقه المعاهدات التي أبرمت بعد دخول قواعد محكم الطوارئ حيز النفاذ، فتنطبق قواعد محكم الطوارئ الواردة في قواعد مركز SCC للتحكيم و المعدلة في سنة 2010 بأثر فوري أي

تكمن أهمية هذا السؤال في حال أن أحالت معاهدات الاستثمار أو اتفاقاته إلى قواعد مركز SCC مثلا ودون الإشارة النسخة أو الإصدار من قواعدها المعدلة. اذا اتفق أطراف التحكيم على اللجوء إلى قواعد SCC للتحكيم بدون الإشارة إلى نسختها المعدلة، بأن كانت مثلا قواعد سنة 2010 والتي تحتوي على قواعد محكم الطوارئ، أو النسخة السابقة عليها التي لا تحتوي على قواعد محكم الطوارئ، فأي النسختين تنطبق في هذه الحالة؟.

يرى البعض افتراض موافقة الأطراف على تطبيق القواعد السارية عند البدء في إجراءات التحكيم و ليس القواعد سارية المفعول وقت إبرام اتفاق التحكيم أو معاهدة الاستثمار[38]. وتطبيقاً

على معاهدات الاستثمار التي أبرمت عند و بعد دخول قواعد مركز SCC، المعدلة 2010 المتضمنة لقواعد محكم الطوارئ، حيز النفاذ في أول يناير 2010.

[37] ويزداد صعوبة هذا التساؤل لو أخذنا في الاعتبار لنظام الاتفاق الاستبعادOpt-out ويعني ذلك التطبيق التلقائي لقواعد محكم الطوارئ عند الاتفاق على تطبيق قواعد المركز المؤسسية للتحكيم الموضوعي. بمعنى أن الاتفاق يمتد و يشمل تطبيق قواعد محكم الطوارئ ما لم يتم يتفق الأطراف على غير ذلك. وهو ما يسمى بنظام "الاستبعادOpt-out ". وهو ذات النهج الذي قررته معظم قواعد محكم الطوارئ المؤسسية بما فيها قواعد محكم الطوارئ الواردة في قواعد مركز SCC المعدلة سنة 2010. حيث إن قواعد SCC بشأن محكم الطوارئ التي دخلت حيز النفاذ أول يناير 2010 ، وفق لما تضمنته ديباجتها، نطبق تلقائيا بالإحالة إلى قواعد التحكيم فيها حيث يفترض أن الأطراف بالإحالة إلى قواعد SCC أنهم اتفقوا على تطبيق قواعدها المعدلة منها قواعد محكم الطوارئ:

"Under any arbitration agreement referring to the Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (the "Arbitration Rules") the parties shall be deemed to have agreed that the following rules, or such amended rules, in force on the date of the commencement of the arbitration, or the filing of an application for the appointment of an Emergency Arbitrator, shall be applied unless otherwise agreed by the parties".

وسبب تبني نظام الاتفاق على الاستبعاد opt-out أنه في ظل تبني بعض القواعد المؤسسية، مثل قواعد الحكم قبل التحكيمICC Pre-arbitral refree procedures سنة 1990، لنظام الاختيار opt-in ، كان تطبيقها على أرض الواقع التحكيمي نادر جدا. لأن أطراف التحكيم عند صياغتهم للعقد المتضمن شرط التحكيم لا يكونوا على دراية بالاختيارات و الآثار المترتبة على اختيار تطبيق نص خاص يحكم مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم. ولذلك لجأ مركز ICC، منذ 2005، إلى وضع صياغة للاتفاق الخاص opt-inعلى تطبيق تلك القواعد، ورغم ذلك كان التطبيق لها في الواقع محدود جداً.

Patricia Shaughnessy, Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules in Michael J. Moser and Dominique T.Hascher (eds), Journal of International Arbitration, (Kluwer Law International 2010.Volume 27 Issue 4) p.350.

[38] Patricia Shaughnessy, 'Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules' (2010) 27 Journal of International Arbitration, Issue 4, p.352.

لهذا الرأي فإن قواعد محكم الطوارئ في النسخ المعدلة لقواعد التحكيم المؤسسي تنطبق بأثر الرجعي حتى على الاتفاقات أو المعاهدات التي أبرمت قبل سريان و دخول تلك القواعد حيز النفاذ طالما أن إجراءات التحكيم بدأت بعد دخول القواعد المعدلة حيز النفاذ[39]. وهو الأمر المتبع في معظم قواعد محكم الطوارئ الحديثة في مؤسسات التحكيم المختلفة، ومنها مركز SCC، حيث تنص على نطاق تطبيق قواعدها بتعديلاتها صراحةً. وتفترض أن الأطراف عند إبرامهم اتفاق التحكيم يدركون أن تلك المؤسسات تقوم بتعديل قواعدها بما يستقطب المريدين للتحكيم، وبالتالي يؤسسون ذلك على الموافقة الضمنية implied consent.

حيث المقرر وفق نص ديباجة قواعد SCC للتحكيم أنه حال الاتفاق على تطبيق قواعدSCC للتحكيم، يعتبر الأطراف قد اتفقوا على تطبيق تلك القواعد، بتعديلاتها، سارية

وهو ما قضت به إحدى المحاكم السويدية بخصوص تطبيق نسخة قواعد SCC للتحكيم لسنة 2007 الذي كان يسمح لهيئة التحكيم بإصدار حكم مستقل بالدفعات المقدمة من نفقات التحكيم رغم أن الاتفاق على التحكيم أبرم في سنة 2005 وقضت المحكمة بأن الأطراف لم يتقيدوا بتطبيق القواعد لسنة 2007 لا في اتفاق التحكيم ولا في اتفاق لاحق و هو مما يعني رفض دعوى البطلان المؤسس على عدم تطبيق قواعد 2007. Auto Connect Sweden A.B. v. Consafe IT A.B., T 754-09, 2009-05-18 (Svea Court of Appeal)، مشار إليه في المرجع سابق الإشارة.

[39] غير أن مجموعة عمل تابعة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي رأت عكس ذلك حيث اعتمدت افتراضاً مؤداه أن الأطراف يحيلوا إلى القواعد ساري المفعول وقت البدء في التحكيم، وهذا إذا كان اتفق التحكيم تم بعد سريان النسخة المعدلة، ولا ينطبق هذا الافتراض على اتفاقات التحكيم التي أبرمت قبل وقت سريان النسخة المعدلة.

حيث تنص مسودة المادة 2(2) على أن : "يفترض موافقة أطراف اتفاق التحكيم المبرم بعد (تبني قواعد UNCITRAL المعدلة) على الإحالة إلى القواعد سارية المفعول عند البدء في التحكيم. هذا الافتراض لا ينطبق إذا ابرم اتفاق التحكيم بقبول عرض تم قبل هذا التاريخ، ما لم يتفق الأطراف على تطبيق نسخة تعديل معينة ".

Unless the parties have agreed to apply another version of the Rules, the parties to an arbitration agreement concluded after [date of adoption by UNCITRAL of the revised version of the Rules] shall be presumed to have referred to the Rules in effect on the date of commencement of the arbitration. That presumption does not apply where the arbitration agreement has been concluded by accepting after] date of adoption by UNCITRAL of the revised version of the Rules] an offer made before that date.

انظر مناقشات مجموعة العمل الثانية (في التحكيم) التابعة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الجلسة 49 بفيينا 15-19 سبتمبر 2008 على الموقع التالي(آخر زيارة 2015/3/21):

http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html

المفعول من وقت بدء التحكيم، أو وقت تقديم طلب تعيين محكم الطوارئ، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك[40].

أي أن قواعد محكم الطوارئ التي دخلت حيز النفاذ في سنة 2010 يمتد نطاق تطبيقها الزمني إذا كان طلب تعيين محكم الطوارئ قُدم بعد أول يناير 2010 حتى لو كانت معاهدة الاستثمار أو اتفاقه أبرم قبل دخول قواعد محكم الطوارئ حيز النفاذ أي قبل أول يناير 2010. وبالتالي يكن لقواعد محكم الطوارئ، بالنسبة لمعاهدات الاستثمار أثر رجعي. وإذا كان الأثر رجعي يتفق مع مصلحة المستثمر لما يتصف به تحكيم الطوارئ من مزايا، ولكن يتعارض مع مصلحة الدولة المضيفة إذ كيف نفترض اتجاه إرادة الأطراف على قواعد محكم الطوارئ في وقت كانوا على غير دراية به أو بنية مراكز التحكيم على تقريره، وإذا كان الافتراض على التطبيق لما لا يكون أيضاً على الاستبعاد؟![41].

ثانياً: امتداد نطاق تطبيق معظم قواعد تحكيم الطوارئ المؤسسية عل التحكيم المبنى على معاهدات الاستثمار

الأصل أن اتفاق التحكيم– كأي عقد– وإن أحال إلى تطبيق قواعد محكم الطوارئ– له أثر نسبي من حيث أطرافه و موضوعه، فلا يستفيد و لا يضار من التحكيم سوى أطرافه. مبدأ نسبية قواعد محكم الطوارئ بحيث لا يستفيد منه و لا يضار سوى أطراف اتفاق التحكيم أقرته بعض

---

[40] Under any arbitration agreement referring to the Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (the "Arbitration Rules") the parties shall be deemed to have agreed that the following rules, or such amended rules, in force on the date of the commencement of the arbitration, or the filing of an application for the appointment of an Emergency Arbitrator, shall be applied unless otherwise agreed by the parties.

[41] يتعاظم تميز قواعد مركز SCC بشأن الأثر الرجعي لقواعدها المعدلة عند المقارنة مع قواعد الأونسيترال المعدلة 2010 حيث لا تنطبق على معاهدات الاستثمار المبنية على قبول صدر بعد 15 أغسطس 2010 لإيجاب صدر قبل هذا التاريخ. وذلك وفق المادة 2/1 من قواعد الأونسيترال معدلة 2010 و نصها كالتالي:

"The parties to an arbitration agreement concluded after 15 August 2010 shall be presumed to have referred to the Rules in effect on the date of commencement of the arbitration, unless the parties have agreed to apply a particular version of the Rules .That presumption does not apply where the arbitration agreement has been concluded by accepting after 15 August 2010 an offer made before that date" .

مؤسسات التحكيم- وهو ما تنص عليه قواعد ال ICC للتحكيم في المادة 5/29 [42]على عكس قاعد محكم الطوارئ في مركز SCC-وبالتالي يستبعد عندئذ تطبيق قواعد تحكيم الطوارئ على ما يسمى بالتحكيم على أساس معاهدة treaty-based arbitrations [43].

المقرر في قواعد الICC على أن قواعد محكم الطوارئ تنطبق فقط على الأطراف الموقعين على اتفاق التحكيم العادي و خلفائهم[44]، وهو ما يعد تطبيق صارم لمبدأ نسبية التحكيم. وهذا يعني أنه إذا كان اتفاق التحكيم يمتد أحيانا إلى أطراف غير موقعين على اتفاق التحكيم و تنسحب عليهم آثاره وفقا لأسانيد عديدة[45]، إلا أن مبدأ النسبية ينطبق بصرامة في عدم امتداد قواعد محكم الطوارئ لغير الموقعين على أطرافه و خلفائهم. وهي قاعدة مقررة لحماية المتحكم ضده(المدعى عليه) respondentفي طلب تحكيم الطوارئ.

---

[42] حيث تنص المادة 5/29 من قواعد ICCاسنة 2012 على أن تطبق المواد 29(1)-29(4)و القواعد المنظمة لمحكم الطوارئ الواردة في الملحق رقم 5 (ويطلق عليها جميعاً " الأحكام الخاصة بمحكم الطوارئ") فقط على الأطراف الموقعة على اتفاق التحكيم الموافق للقواعد والذي يستند إليه طلب اتخاذ التدابير الطارئة أو على من يخلفهم.

[43] Investment arbitration entails a company or individual investor from one country that has made an investment in the territory of another country and that host country has done something that has impaired the investor's investment. If an investment treaty exists between the host country and the investor's home country, the investor may have access to arbitration. This is known as investor-state arbitration or treaty-based arbitration.

Christopher Boog, The New ICC Emergency Arbitrator Rules, Transnational Notes Reflections on Transnational Litigation and Commercial Law

http://blogs.law.nyu.edu/transnational/2011/09/the-new-icc-emergency-arbitrator-rules/

[44] Articles 29(1)-29(4) and the Emergency Arbitrator Rules set forth in Appendix V (collectively the "Emergency Arbitrator Provisions") shall apply only to parties that are either signatories of the arbitration agreement under the Rules that is relied upon for the application or successors to such signatories.

[45] انظر في الأسس القانونية لامتداد اتفاق التحكيم لغير الموقعين عليه :

THE EXTENSION OF THE ARBITRATION

PIERRE MAYER. CLAUSE TO NON-SIGNATORIES — THE IRRECONCILABLE POSITIONS OF FRENCH AND ENGLISH COURTS. AM. U. INT'L L. REV.

والحكمة من تقرير قاعدة نسبية تحكيم الطوارئ هو ضمان فعالية قرار محكم الطوارئ بتأكد رئيس المحكمةPresident of Court اعتراف وتنفيذ قرار المحكم في وقت قصير و هو الأمر الذي يصعب حدوثه في مواجهة غير الموقعين على اتفاق التحكيم[46].

وعند صياغة نص المادة 5/29 غرفة التجارة بباريس كانت تعتبر أن المستثمر و الدولة المضيفة للاستثمار ليسا موقعين على اتفاق التحكيم الذي ابرم بناء على إيجاب الدولة الذي تضمنته معاهدة الاستثمار الثنائيةBIT و قبول المستثمر الذي تضمنه إعلان الدعوى أو طلب التحكيم[47].

غير أن بعض من الفقه[48] يرى بأن موافقة المستثمر (من خلال التوقيع على طلب التحكيم أو طلب تعيين محكم الطوارئ أو على أية وثيقة تتضمن موافقة المستثمر) على إيجاب التحكيم الذي تضمنه معاهدة الاستثمار الموقعة من الدولة كافية لاستيفاء شرط التوقيع المنصوص عليه في المادة 5/29 من قواعدICC.

أما قواعد SCCجاءت خالية من أي نصوص تخص نسبية تحكيم الطوارئ أو مدى انطباقها على التحكيم المبني على المعاهدات الثنائية أو متعددة الأطراف. ويعني انتفاء نصوص تقيد تطبيق قواعد محكم الطوارئ سوى على الموقعين فقط أنه ينطبق حتى التحكيم المبني على معاهدة استثمار، لأن موافقة المستثمر (من خلال التوقيع على طلب التحكيم أو طلب تعيين محكم الطوارئ أو على أية وثيقة تتضمن موافقة المستثمر) على إيجاب التحكيم الذي تضمنه

---

(46) Nathalie Voser, "Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules", in Matthias Scherer (ed.), ASA Bulletin, Vol. 29, No. 4, 2011, pp. 783-820 at pp. 816-817.

(47) راجع تقرير صادر عن لجنة غرفة التجارة بباريس سنة 2012

ICC COMMISSION REPORT. STATES, state entities and icc arbitration.2012.

على الموقع التالي(آخر زيارة 2015/3/9):

http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2012/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Arbitration-Involving-States-and-State-Entities-under-the-ICC-Rules-of-Arbitration,-2012/.

(48) Eliseo CASTINEIRA: "The Emergency Arbitrator in the 2012 ICC Rules of Arbitration," 2012(1) Cahiers de l'arbitrage/Paris J. of Int'l Arb. 65, at 88.

معاهدة الاستثمار الموقعة من الدولة يعد كافياً لتطبيق قواعد محكم الطوارئ التي يحيل إليها الاتفاق السابق ذكره بين المستثمر و الدولة المضيفة.

لذلك فإن مركز SCC للتحكيم يتصدر المنافسة في إدارة التحكيمات الاستثمارية مع باقي مؤسسات التحكيم الأخرى، حيث تسمح بتطبيق قواعد محكم الطوارئ حتى على التحكيمات المبنية على معاهدات الاستثمار الثنائية BITs. لذلك يجب أن تسعى مراكز التحكيم الأخرى، جذبا للمستثمر، إلى تبني ذات نهج مركزSCC خاصة أن حجج تطبيق مبدأ النسبية في ظل قواعد ICC – في اعتقادي–غير مبررة إذا وضع في الاعتبار أن مهمة محكم الطوارئ مهمة مؤقتة لحين تشكيل هيئة التحكيم و لا يمس خلالها أصل الحق أو موضوع التحكيم.

ثالثاً: فعالية تطبيق قواعد تحكيم الطوارئ بناء على شرط " الدولة الأولى بالرعاية"

إن شرط " الدولة الأولى بالرعاية" MFN clauses، محل اتفاقات الاستثمار، يقصد منه التأكيد على أن المستثمر التابع لدولة معينة لن يحصل على معاملة أقل تفضيلا من تلك المقررة في اتفاقيات الاستثمار الأخرى مع مستثمرين آخرين. وبناء عليه إذا وجد المستثمر آلية معينة تفضل بها الدولة المضيفة للاستثمار عليه ومقارنة بعلاقة هذه الدولة مع مستثمر من دولة أخرى في اتفاقية استثمار أخرى، يستطيع المستثمر الأول أن يطلب تفعيل تلك الآلية معه بناء على شرط " الدولة الأولى بالرعاية"[(49)].

وتطبيقا لذلك قضي في قضية Maffezini v Spain –ICSID Case No ARB/97/7 بإجابة طلب مستثمر أرجنتيني ، وبخصوص معاهدة استثمار ثنائية الأرجنتين إسبانيا، باستبعاد شرط أولي يسبق اللجوء إلى التحكيم بعرض النزاع على المحاكم الإسبانية خلال 18 أشهر، وتطبيق شرط متضمن معاهدة الاستثمار الثنائية بين تشيلي –إسبانيا والذي يتطلب من المستثمر

(49) Claudia Salomon and others. HOW MOST FAVOURED NATION CLAUSES IN BILATERAL INVESTMENT TREATIES AFFECT ARBITRATION. published on Practical Law Arbitration. (uk.practicallaw.com/0-381-7466).

التشيلي فترة تهدئة تصل إلى 6 أشهر للمفاوضات قبل اللجوء إلى التحكيم. عملا بشرط " الدولة الأولى بالرعاية[50].

لما سبق يجوز للمستثمر– في اعتقادنا– أن يطلب استبعاد شرط " التهدئة"[51] أو التخفيف منه بناء على بند " الدولة الأولى بالرعاية، إذا كان شرط التهدئة غير موجود أو على الأقل مخفف في معاهدات استثمار أخرى أبرمتها الدولة المضيفة.

والسؤال الأهم هنا وبشأن قواعد محكم الطوارئ هل يمكن للمستثمر أن يطلب اللجوء إليها بناء على شرط " الدولة الأولى بالرعاية"، إذا كانت معاهدة الاستثمار بين دولته و الدولة المضيفة للاستثمار على تحتوي على شرط تطبيق قواعد محكم الطوارئ كما لو أحالت المعاهدة إلى قواعد ICSID أو قواعد UNCITRAL؟.

لا توجد تطبيقات قضائية أو تحكيمية– على حد علمي– حتى الانتهاء من هذه الدراسة أجابت على هذا التساؤل. ولكن **لدينا** يجوز للمستثمر أن يطلب تطبيق قواعد محكم الطوارئ على النزاع بينه و بين الدولة المضيفة إذا كانت الأخيرة أبرمت معاهدات استثمار ثنائية أخرى، مع غير دولة المستثمر، تحيل إلى قواعد محكم الطوارئ، باعتبار أن قواعد محكم الطوارئ بما تحمله فوائد و ثمار تحقق مصلحة المستثمر في الحصول على تدابير وقتية طارئة و لو قبل البدء في إجراءات التحكيم أو تشكيل هيئة التحكيم.

ولكن نستبعد تطبيق شرط "الدولة الأولى بالرعاية" على قواعد محكم الطوارئ المؤسسية التي لا تسمح بانطباقها سوى على الموقعين على اتفاق التحكيم أو خلفائهم كما هو الحال و كما سبق أن بينا في قواعد ICC [52].

---

[50] في تفاصيل هذه القضية راجع الموقع التالي (آخر زيارة 2015/3/8):
http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf

[51] انظر هذا الشرط بالتفصيل ما يلي ص27 .وفي تطبيق هذا الشرط على قضية تحكيم طوارئ فيما بين مستثمر روسي و جمهورية مولدوفا انظر ما سبق ص12– 18.

[52] انظر ما سبق ص23.

الفرع الثاني

فعالية إجراءات تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار

أولاً: فعالية إجراءات تحكيم الطوارئ في ظل وجود شرط التهدئة " Cooling off"

التحكيم المؤسس عل المعاهدات مثل المعاهدات الثنائية للاستثمار BITs التي تبرم عادة بين مستثمر و دولة مضيفة للاستثمار. توجد– كما ذكرنا– بعض القواعد المؤسسية التي تقصر أثر تحكيم الطوارئ على أطرافه (مبدأ النسبية) أي الموقعين على اتفاق التحكيم أو خلفائهم وبالتالي يستبعد تطبيق تحكيم الطوارئ على التحكيم المبني على المعاهدة. إلا أن البعض الآخر من القواعد المؤسسية كقواعد تحكيم SCCسنة 2010 لم تنص على مبدأ النسبية، وبالتالي لم تستبعد على الأقل تطبيق قواد تحكيم الطوارئ على التحكيم البنى على معاهدة، وهو ما يعد عنصر جذب للمستثمر.

ولكن قد يواجه محكم الطوارئ، في ظل قواعد تحكيم SCC، بعض المعوقات والتي تعد من تداعيات خصوصية اتفاقيات الاستثمار الثنائية و التحكيم في المنازعات الناشئة عنها. ومن تلك المعوقات ما يسمى بشرط التهدئة " Cooling off" و هو شرط يلزم أطراف معاهدة الاستثمار حال نشوء نزاع بينهم على التمهل مهلة معينة(ستة أشهر مثلاً) قبل البدء في إجراءات التحكيم بغية التوصل إلى حل ودي للنزاعamicable solutions أو الوصول إلى مفاوضاتnegtiation أو مشاورات Consultationتغني أطرافها عن اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات. وبالتالي فيمتنع على الأطراف وفقا لهذا البند في معاهدة الاستثمار من اللجوء إلى التحكيم طوال فترة " التهدئة Cooling off" . ونتيجة لما سبق، هيئة التحكيم تحكم بعدم اختصاصها بالنظر إلى موضوع النزاع إذا أحيلت إليها التحكيم خلال فترة التهدئة، باعتبار الأخيرة ميعاد كامل لابد من انتظار انقضائه كاملا و إلا كان الحكم بعدم اختصاص هيئة التحكيم في نظر طلب التحكيم.

والسؤال هو: إذا كان شرط فترة التهدئة "Cooling Off Period Clause" تمنع المستثمر من اللجوء إلى التحكيم ضد الدولة المضيفة، فهل هذا الشرط و خلال تلك الفترة يمنع المستثمر أيضاً من اللجوء إلى إجراءات تحكيم الطوارئ؟

أولا و قبل الإجابة على هذا التساؤل لابد أن نشير إلى أحد القضايا أمام محكمة الأكسيدICSID، وبقرارها في ديسمبر 2010 في قضية *Murphy v Ecuador*، حيث قضت بعدم اختصاصها نتيجة عدم التزام المدعي *Murphy*المحتكم بمدة الستة أشهر "كفترة تهدئة" منصوص عليها في معاهدة الاستثمار الثنائية أمريكا – الأكوادورUS–Ecuador BIT . رغم احتجاج المدعي *Murphy بان استلزام اتخاذ إجراءات المفاوضات و المشاورات مسألة إجرائية* بطبيعتها ولا تصلح لئن تكون مانعاً من اختصاص محكمة الأكسيد. إلا أن المحكمة رفضت هذه الحجة لأنه لا يمكن تجاهل نص في معاهدة الاستثمار ويتعلق بالتزام الأطراف بمحاولة المفاوضات للوصول لحل النزاع. كما أن شرط التهدئة لمدة ستة أشهر لا يعد مجرد شرط شكلي بحت*"mere formalities" ولكن له أهميته من ذلك فهو آلية أساسية يُنص* عليها في العديد من المعاهدات الثنائية للاستثمار والتي تلزم الأطراف على بذل الجهد اللازم للتفاوض بحسن النية قبل اللجوء إلى التحكيم. وقضت أيضا بانه وحتى ولو فرض صحة قول المدعي من أن التفاوض غير ذي جدوى فهو التزام ليس بتحقيق نتيجة وإنما ببذل عناية obligation is not one of results, but of means ولذلك فيتعين على الأطراف على البدء في إجراء مفاوضات[53].

أثيرت هذه المسألة في أحد القضايا التي عرضت على محكم الطوارئ التابع لمركز SCC [54]، حيث لم يعتبر محكم الطوارئ شرط التهدئة مانعا من اللجوء إلى تحكيم الطوارئ. معاهدة الاستثمار الثنائية محل القضية تنص على فترة 6 أشهر تهدئة Cooling Off بين إعلان النزاع و طلب التحكيم. المستثمر قام بإعلان الدولة المضيفة في 31 مارس 2014 وأبدى طلب تحكيم الطوارئ و تم تسليمه في 23 إبريل من ذات السنة. أي أن سريان فترة الدنة لم تمنع من

---

[53] *Muphy Exploration and Production Company International v Republic of Ecuador* (ICSID Case No ARB/08/4).

[54] انظر في تفاصيلها ما سبق ص12–18.

اختصاص محكم الطوارئ من النظر في طلب التحكيم. حيث قضى محكم الطوارئ بأن :" وبخصوص فترة " التهدئة" فإن محكم الطوارئ قضى بأن تلك الفترة (6 أشهر وفق المادة 10 من الاتفاقية) لا تمنع المدعي من تقديم طلب تعيين محكم الطوارئ، ومن أسباب ذلك أنه يتعارض ذلك مع العدالة الإجرائية ومع الغرض من إجراءات تحكيم الطوارئ، على الأقل إذا كان المدعي يبدو أنه سيواجه خطرا غير عادي من ضرر لا يمكن إصلاحه قبل انقضاء مدة فترة " التهدئة" إذا لم يصدر التدبير الوقتي"[55].

ولكن في اعتقادنا أن شرط " التهدئة" هو شرط يتعلق باختصاص هيئة التحكيم بنظر موضوع النزاع و يمسه، لأنه شرط يلزم الأطراف على الوصول إلى تسوية ودية للنزاع. ولما كان مهمة محكم الطوارئ لا تمس ابدأ الاختصاص بموضوع النزاع و لا أصل الحق المتنازع عليه ولكن مهمته محددة في إصدار تدابير وقتية أو تحفظية تهدف إلى إشباع حاجة الأطراف في الحفاظ على أموال الطرف الآخر من التبديد أو الحفاظ على أدلة حقه أو الوقاية من أضرار يتعذر تداركها قبل انتهاء مدة التهدئة، فإنه وعلى ذلك لا يعد اللجوء إلى محكم الطوارئ تعارضا مع بند "التهدئة" الذي يمس موضوع النزاع.

بالإضافة إلى أن اللجوء احد أطراف التحكيم إلى محكم الطوارئ لاستصدار تدابير وقتي أو تحفظية قبل بدء إجراءات التحكيم أو تشكيل هيئة التحكيم يؤثر في فعالية شرط التهدئة، حيث ما الفائدة من شرط التهدئة للوصول إلى حل ودي بعد أن يقوم الطرف المحتكم ضده بتبديد أمواله أو تهريبها ماديا أو قانونيا أو إخفاء الأدلة على حق المحتكم. لذلك أرى بأن اللجوء إلى محكم الطوارئ يمنح شرط التهدئة جدوى وفعالية.

---

[55] "The Emergency Arbitrator further concludes that the Cooling-Off Period of six months set forth in Article 10 of the Treaty does not prevent Claimant from making the present Application. One of the reasons for this conclusion is that it would be procedurally unfair to Claimant and contrary to the purpose of the Emergency Arbitrator procedure to apply the Cooling-Off Period to the appointment of an Emergency Arbitrator or to an emergency decision on interim measures to be made by the Emergency Arbitrator, not least since Claimant seems to be facing a serious risk of suffering irreparable harm before the expiry of the Cooling-Off Period if interim measures are not Granted".

ثانياً: فعالية إجراءات تحكيم الطوارئ بممارسة الدولة المضيفة للاستثمار لحق الدفاع

تحكيم الطوارئ تعتمد فلسفته- كما بينا[56]- أساسا على السرعة القصوى أو حالة الطوارئ التي تحتمل التأخير لحين تشكيل هيئة التحكيم لاستصدار تدابير وقتية أو تحفظية. تطبيقا لمبدأ السرعة إذن تتحدد مدة الفصل في طلب استصدار التدابير الطارئة بأيام قليلة . وبخصوص مدة الفصل في طلب تحكيم الطوارئ يتصدر مركز SCC الصدارة، وبحق، في تحديد أقصر ميعاد لإصدار قرار تحكيم الطوارئ. حيث تحدد بخمسة أيام من تاريخ إحالة الطلب لمحكم الطوارئ[57]،[58].

ويرى البعض[59] أن المدعى عليه، لا سيما لو كان الدولة المضيفة للاستثمار، وفي ظل الخمسة أيام اللازمة للفصل في طلب تحكيم الطوارئ، لن تكون في وضع جيد لممارسة حق الدفاع، خاصة لو اخذ في الحسبان واقع أن الحكومات الصغيرة في بعض الدول لا يتوافر لديها من يتكلم اللغة الإنجليزية – وهي اللغة السائدة في تحكيم الاستثمار- بطلاقة من طاقمهم القانوني، مما يستدعي من تلك الحكومات اللجوء إلى مكاتب محاماة دولية للترجمة الأمر الذي قد يستغرق وقتا لا يتسع للخمسة أيام سالفة الذكر.

بالإضافة إلى أن الحكومة قد تستغرق وقتا طويلا لاختيار طاقم للدفاع عن مصالحها سواء من الداخل أو الخارج في منازعة الاستثمار، وناهيك عن تعقد وطول الإجراءات الروتينية التي تتطلبها بعد القانونين الإجرائية الإدارية أو الاستثمارية. مما يثير ذلك كله مشكلات بشأن العدالة الإجرائية و ممارسة حق الدفاع. غير أنه لا يجب نسيان أن الدولة التي ترى عدم كفاية الوقت لممارسة الدفاع سوف تجد صعوبة في الاحتجاج بعدم عدالة القواعد الزمنية الواردة في قواعد

---

[56] انظر ما سبق ص 9.

[57] مقارنة بقواعد محكم الطوارئ في ICC والتي تحدد مدة 15 يوم لإصدار قرار من محكم الطوارئ . راجع انظر: المادة4/6 من قواعد ICC لمحكم الطوارئ.

[58] المادة1/8 من قواعد محكم الطوارئ SCC. ويمتد الميعاد بقرار من اللجنة Boardفي مركز SCC بناء على طلب مسبب من محكم الطوارئ أو في حالة الضرورة .

[59] Joel Dahlquist, Uppsala Universitet, Juridiska Institutionen. Emergency Arbitrators in Investment Treaty Disputes. At site(Last visited 11/3/2015):
http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/03/10/emergency-arbitrators-in-investment-treaty-disputes/

تحكيم الطوارئ بعد أن رضيت بتطبيقها و إلا قوبل عدم رضائها بدفع " الاستوبل Estoppel" يبدى حال أن وقعت الدولة في التناقض في سلوكياتها.

ومما يخفف من حدة تلك المشكلة، في نظري، إمكانية مد ميعاد الخمسة أيام بقرار من اللجنة Boardفي مركز SCC بناء على طلب مسبب من محكم الطوارئ أو في حالة الضرورة [60]. والواقع العملي سوف يثبت ما إذا كان تحديد مدة الخمسة أيام تحديد واقعي أم خيالي. و ما إذا كان امتداد هذا الميعاد استثناء أم يصير قاعدةthe norm or the exception [61].

ثالثاً: فعالية إجراءات تحكيم الطوارئ بصلاحية حكم محكم الطوارئ للنفاذ

العديد من الشكوك– على غرار التدابير الوقتية عموما الصادرة عن هيئة التحكيم– تنتاب صلاحية قرار محكم الطوارئ للنفاذ enforceability [62]سواء على مستوى القوانين الوطنية[63]، التي اتبعت مناهج مختلفة، أو في ظل اتفاقية نيويورك لاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (NY convention 1958)New York Convention.

والسبب في ذلك يكمن في الشكوك حول اعتبار محكم الطوارئ محكما بالمعنى القانوني كالمحكم العادي، وبالتالي في مدى اعتبار حكمه بمثابة حكم تحكيمArbitral Award، والشكوك

---

[60] المادة1/8 من قواعد محكم الطوارئ SCC. ويمتد الميعاد بقرار من اللجنة Boardفي مركز SCC بناء على طلب مسبب من محكم الطوارئ أو في حالة الضرورة .

[61] Marc S. Palay &Tanya Landon, Sidley Austin LLP: "A Comparative Review of Emergency Arbitrator Provisions: Opportunities and Risks," (2012),. P.4.

[62] يجب التفرقة في هذا الصدد بين القوة الملزمة لقرار محكم الطوارئ و صلاحيته للنفاذ. لقرار محكم الطوارئ – أمرا كان أو حكما قوة ملزمة باعتباره قرار تعاقدي مبني على تعاقد وهو اتفاق التحكيم الذي أحال – تلقائيا– إلى تطبيق قواعد محكم الطوارئ المؤسسية. ويجوز حال عدم التزام الطرف الصادر ضده القرار بتنفيذه يجوز للطرف الصادر لصالحه القرار أن يدعي المسئولية المدنية التعاقدية. أما صلاحية قرار محكم الطوارئ للنفاذ أي صلاحيته لتنفيذه على أرض الواقع جبراً عن الطرف الصادر ضده القرار، عندما يأخذ شكل حكم نهائي صادر عن محكم بالمعنى القانوني له كما هو موضح بالمتن.

[63] القانون الإنجليزي مثلا لم يشر إلى قرار محكم الطوارئ في قانون التحكيم سنة 1996 وكذلك الأمر في قانون التحكيم المصري سنة 1994.

حول نهائيةFinality حكم محكم الطوارئ الذي يمكن العدول عنه أو عديله أو إلغائه من قبل هيئة التحكيم بعد تشكيلها.

بادئ ذي بدء إن معظم مؤسسات التحكيم، ومنها قواعد محكم الطوارئ بمركزSCC ، فيما عدا مركز ICC، تمنح سلطة محكم الطوارئ في تحديد شكل قراره، سواء قدر إفراغ قراره في شكل " حكمaward " أو "أمر order" .

وبخصوص مسألة ما إذا كان محكم الطوارئ محكماً وبالتالي الحكم الصادر منه يعد حكماً تحكيمياً arbitral award، فهذه المسألة أثيرت أمام محكمة استئناف باريس بخصوص الحكم القرار الصادر من الحَكَم فيما قبل إجراءات التحكيم Pre-arbitral refree في ظل قواعدICC الصادرة سنة 1990 في قضية Société Nationale des Pétroles du Congo and République du Congo v TotalFinaElf E&P Congo (2003)، حيث قضت محكمة الاستئناف بأن " الحكمrefree – وهو يلعب ذات دور محكم الطوارئ- لا يعد في الواقع محكماً وأن قراراته تأخذ الطابع التعاقدي أكثر من الطابع القضائي. وبالتالي أنكرت المحكمة صلاحية قرار " الحكمrefree للنفاذ".

غير أننا نرى بعدم امتداد تطبيق هذا الحكم على قواعد محكم الطوارئ، لأن الأخير وفق معظم القواعد المؤسسية، يتميز عن " الحَكَمrefree " لأن الأول، طبقا للقواعد المؤسسية، يتمتع بكافة السلطات التي تملكها هيئة التحكيم. كما و أنه إذا كان محكم الطوارئ وعلى فرض عدم اعتباره محكما فلما يُمنع عليه الفصل في موضوع القضية كمحكم عادي، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك[64]؟! .

وهل يوصف قرار محكم الطوارئ بأنه حكم نهائي final award يصلح لتنفيذه في ظل القوانين الداخلية و اتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام الأجنبية 1958؟.

[64] انظر المادة 5/9 منن قواعد محكم الطوارئ بمركزSCC.

تجدر الإشارة أولا أن اتفاقية نيويورك[65] تقضي في المادة5-1/هـ بأن :" لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذى يجتح عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

(هـ): أن الحكم لم يصبح ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.

وبناء عليه فهل يعد حكم محكم الطوارئ نهائيا لا يخضع للإلغاء وفق اتفاقية نيويورك؟

على الرغم من صدور حكم من المحكمة الأمريكية، في مايو 2011، ينكر الطابع النهائي لحكم محكم الطوارئ كما هو الحال في قضية Southern District of California inChinmax Medical Systems v Alere San Diego ، إلا أنه حديثا صدرت عدة أحكام من المحاكم الأمريكية ومنها محكمة US Court of Appeals for the Seventh Circuitفي قضية Publicis Communication v. True North Communications Inc رفضت التفرقة النظرية المجردة بين الأمر أو الحكم في إضفاء القوة التنفيذية عليهما واعتبرت القرار الصادر بالتدبير الوقتي حكما نهائيا Final award[66].

كما أنه حديثا، أكدت المحكمة الأمريكية District Court for the Southern District of New York(2013) في قضية Yahoo! Inc. v Microsoft Corporation، على أن الحصول على حكم نهائي في موضوع التحكيم لا يمنع محكم الطوارئ من إصدار حكم نهائي بالتدابير الوقتية لغرض الاعتراف به و تنفيذه. وعلى ذات النهج سارت المحاكم الهندية خاصة محكمة بومباي في قضية HSBC PI Holdings (Mauritius) v Avitel Post Studioz (2014).

لذلك قامت بعض الدول (قانون سنغافورة و هونكونج) بتعديل قوانينها الإجرائية ، كخطوة لجذب الاستثمار وتحيق أكثر فعالية للتحكيم في منازعات الاستثمار، حيث قامت سنغافورة

---

[65] على الموقع الرسمي التالي:
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/NY-conv/1958NYConvention_A.pdf

[66] 2006 F. 3d 725 (14 March 2000).

بتعديل قانون التحكيم الولي سنة 2012 والذي دخل حيز النفاذ من أول يناير 2012 والتي تنص على أن مركز محكم الطوارئ هو ذات مركز هيئة التحكيم و أن قرارات كل منهما سواء كان في شكل أمر order أو حكم award يصلح للنفاذ في سنغافورة. لأن العبرة بصلاحية نفاذ قرار محكم الطوارئ وفق قانون الدولة المراد تنفيذ التدبير الوقتي فيها.