

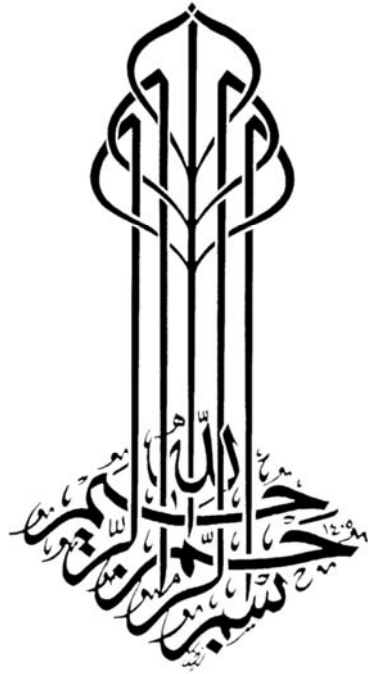


الملاك العربى السجودى
وزارة العدل
جامعة القاهرة



الأبحاث المشاركة باللغة الإنجليزية

وترجمتها إلى اللغة العربية



تحكيم الاستثمار الدولي

برنامج د. كريمادز

أدت عولمة العلاقات الاقتصادية إلى إعادة النظر في المبادئ الراسخة لقانون
الاقتصادي الدولي.

تُعد الاتفاقية بشأن الاعتراف وتطبيق قرارات التحكيم الأجنبية
(نيويورك، ١٩٥٨) (اتفاقية "نيويورك") في الوقت الحالي أداة دولية حائزة على
أكبر عدد من المصادقات في جميع أنحاء العالم، ويوجد اليوم ما ينيف عن
٢٤٠٠ معاهدة ثنائية لحماية الاستثمار، وتقوم هذه المعاهدات على أساس
مبادئ جديدة للقانون الاقتصادي الدولي، فمن ناحية يضمن المستثمر
الخارجي الحماية وفقاً للمعايير الدولية، ومن ناحية أخرى له الحق في الدفاع
عن نفسه ضد أي خرق للمعاهدة من قبل الدولة المستضيفة أمام المحاكم
الدولية.

ومن بين معاهدات الاستثمار الثنائية التي يصل عددها إلى ٢٧٥٠ معاهدة
في الوقت الحالي، فإن ٦٢٢ منها (أي ما نسبته ٢٢٪) قد عقدت مع إحدى
دول الشرق الأوسط أو شمال إفريقيا (MENA).

وهناك أيضاً معاهدات داخلية ضمن معاهدات (MENA) تُقدر بنحو
٨١ معاهدة استثمار ثنائية، على الرغم من أن ٢٩ منها فقط سارية المفعول،
وهناك عدد من المعاهدات الإقليمية متعددة الأطراف والتي كانت حتى
وقت قريب نادراً ما تُستخدم من قبل المستثمرين لتسوية النزاعات، وتشمل
هذه المعاهدات اتفاقية منظمة المؤتمر الإسلامي واتفاقية الاستثمار العربي.^١

<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/١/multilateral-investment-treaties-٢٧/٠٤/٢٠١٥>

دور الدولة في تحكيم حماية الاستثمار

في معاهدات حماية الاستثمار، تضمن الدول ذات السيادة الحماية القانونية للمستثمر الأجنبي، وكشرط أساسي للتمويل الدولي لمشاريع البنية التحتية ذات النطاق الواسع، فإن المعاهدات التي يتم توقيعها ومصادقتها قد أصبحت تشمل مع مرور الوقت، تصريحات حازمة لحماية المستثمر باسم الدولة المضيفة، وهم يفترضون في نصوص فقراتهم الالتزامات وهي في الواقع مفاهيم قانونية غير محددة إلا أنها تُخدم كأساس لتوقعات محددة ولإصلاح الضرر حيث وجد، وعلى الدول أن تُصرح بحصول المستثمر الأجنبي على معاملة سوية بالمستثمرين المحليين وعدم التمييز وضمان حصولهم على معاملة عادلة ومنصفة تضمن الاستثمار، أما بشأن مصادرة الملكيات فقد أوجدت المعاهدات (ولاحقاً قوانين التحكيم) ما يسمى مصادرة الملكيات الاقتصادية، وهي تختلف عن مصادرة الملكيات في القانون الإداري التقليدي، وتُعتبر أملاك المستثمر الأجنبي مُصادرة عندما تتأثر قيمة استثماره بقوانين الدولة عن طريق السلطة العامة، وعلى هذا فإن هيئات التحكيم تعتبره مُصادرة ملكية غير مباشرة عند حدوث تغيير على أنظمة الضرائب أو عند وجود أي تعديل على لوائح وقوانين حماية البيئة، وقد أدى ذلك إلى بروز الجدل حول ما إذا كان يجب أن تسود حماية المستثمر على النحو المبين في المعاهدات الدولية أو بحقوق السيادة فيما يتعلق بالضريبة أو القضايا البيئية، حتى أن بعض المعاهدات قد صاغت ما يسمى شرط الدولة الأكثر تفضيلاً، لكي يتسنى للمستثمر التمتع ليس فقط بالضمانات المنصوص عليها في

المعاهدة المطبقة، وإنما أيضا بالضمانات الأكثر تماشياً مع قضيته والواردة في أية معاهدة أخرى يمكن أن تكون الدولة المضيفة قد وقعتها.

فعند القيام بالاستثمار على المستثمرين أن يقوموا بتحليل المخاطر القانونية بصرف النظر عن المخاطر الأخرى التي يتم افتراضها، وعليهم تقييم أي البلاد سيقومون بالاستثمار فيها حتى يتم تغطيتها بالحماية التحكيمية المستمدة من المعاهدة، ففي قضية التحكيم بين مجموعة ساليني ومملكة المغرب، تفهمت المحكمة بأن البناء وما تلاه من استثمار عن طريق رخصة الطريق السريع قد كانت استثماراً حقيقياً تحميه الاتفاقية والتي كانت في هذه الحالة بين إيطاليا والمملكة المغربية.

وكان من المتوقع أن تكون اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ في الأصل للاستثمار في مجالات الموارد الطبيعية والنفط والغاز الطبيعي والتعدين، وحالياً فإن نسبة كبيرة من المنازعات في تحكيم حماية الاستثمار تؤثر على تلك الناجمة عن عقود الامتياز الإدارية، وقد ظهر في الآونة الأخيرة مفهوم المستثمر، وهو شخص لديه صفة الشرعية لطلب وصاية التحكيم الدولي، وقد كانت قضية شركة لانكو انترناشيونال ضد جمهورية الأرجنتين بداية لقضية قانونية ترى شرعية الحماية التحكيمية لشخص قام بالاستثمار في رأسمال شركة الامتياز، أي اعتباره كمستثمر باعتباره أحد المساهمين.

وإضافة إلى ذلك عند تحليل الكفاءة الخاصة بهم تقوم هيئات التحكيم في العادة بفحص إذا تم تنفيذ التعامل بحسن أو بسوء نية فيما يتعلق بكل من المستثمر والدولة المضيفة، فعلى سبيل المثال تعمل الدولة بسوء نية واضحة إذا كان يمكن إثبات وجود إنكار للعدالة في تدخل أحد فروعها الحكومية الثلاثة،

ويتصرف المستثمر بسوء نية إذا كان من الممكن اثبات وجود فساد أو احتيال عند بدء التحضير للاستثمار، وقد أدركت المحاكم الدولية في الوقت الحالي أن الحماية الدولية لا تمتد لتصل إلى سلوكيات سوء النية.

كما أصبح الأشخاص الطبيعيون والقانونيون الآن أفراداً نشيطين في القانون الدولي يتخذون إجراءات مباشرة ضد الدول ذات السيادة في حالات خرق المعاهدات، وقد فتح القانون الإداري المحلي الطريق للقانون المعولم الذي من نتائجه المباشرة أنه في العقود الإدارية الدولية أصبح القانون المحلي غير قابل للتطبيق، أو أن اختصاص المحاكم الإدارية حصري أو شامل، وتُعد هيئات التحكيم الدولية نتاجاً لعولمة القانون الإداري، وفي الوقت نفسه فهم الذين أوجدوا الفقه الذي شكل حماية التحكيم الدولية الفعالة حالة بعد حالة.

وتجدر الإشارة إلى أن الثقافات القانونية المختلفة لها أثر على التحكيم الدولي، فمع مرور الوقت، استوعب التحكيم الدولي عناصر من النظم القانونية القارية والنظم الشائعة، ومن بين المفاهيم التي أدخلتها أنظمة القانون العامة: (الاكتشاف، الاستجواب، الاغلاق الفرعي، الأيدي غير النظيفة، المجاملة الدولية، والتنازل وحق المحكمة في رفض نظر الدعوى للتحكيم التجاري الدولي)، ومن ناحية أخرى تميل أنظمة القانون القارية إلى التركيز على حسن النية، وحق سوء الاستخدام.

الدول النامية والتحكيم الدولي

لطالما كانت هنالك وعلى مر السنين بعض أصوات المعارضة في أمريكا اللاتينية بشأن التحكيم الدولي ، ويمكن ترتيب الانتقادات الرئيسة تحت العناوين الستة التالية^١:

١ - الافتقار للديمقراطية في هيئات التحكيم الدولية ، والتي لا يتم انتخابها من قبل المواطنين على عكس الدول التي تشترك في التحكيم ، ربما لا يكون هذا النقد على الطريق الصحيح باعتبار أن التحكيم الدولي هو نتاج المعاهدات التي تم التفاوض والمصادقة عليها من قبل مختلف هيئات الدولة وجهاتها المتدخلة المختلفة ، وسيكون من الأصوب إذا كنا نتحدث عن منظمات التحكيم الادارية مثل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) والذي يتكون أعضاؤه من الدول المشاركة في البنك الدولي.

في بعض الأحيان تتجاوز هيئات التحكيم حدودها في جهل عواقب التدخل في قرارات دولة ذات سيادة ، ومثال على ذلك هو قرار هيئة تحكيم قبلت طلب أحد المستثمرين لإجراءات احتياطية ، وقد طالبت هيئة التحكيم والتي تشكلت من ثلاثة قضاة محنكين ومعروفين على الصعيد العالمي ، إحدى جمهوريات أمريكا اللاتينية بسحب جميع الإجراءات الجنائية ضد أحد المستثمرين. هل يمكن لهيئة تحكيم أن تصل إلى هذا الحد؟ أجد صعوبة في تصديق أن سلطات هذا البلد يمكنها أن تسحب كل الدعاوى في القضاء

^١ Bernardo M. Cremades. La participación de los Estados en el Arbitraje Internacional. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, ٢٠١٠, vol. ٣, p. ٦٥٥-٦٧٥. □

الجنائي من دون تلقي أوامر من طرف ما لهذا الانسحاب امثالاً لقرار هيئة التحكيم الذي يفترض مسؤوليته الجنائية، ويشير مثل هذا التصرف انتقادات كبيرة من أولئك الذين يرون أن سلطاتهم السيادية وحقوقهم قد هوجمت بشكل تعسفي.

٢- إن المعاهدات الثنائية ومتعددة الأطراف هي حجر الأساس لقانون حماية الاستثمار الدولي الحديث، فبعض قرارات هيئة التحكيم تثير النقاش حول حدود حماية المستثمر، هل تعطي هذه الحماية هيئات التحكيم الصلاحية للتشكيك بكفاءة الدول المتضررة لتنظيم أمور بمثل هذه الأهمية لسيادة الشعب، مثل القانون المالي الذي ينطبق على العديد من الأعمال ومتطلبات وأنظمة البيئة والتدابير التي تؤثر على الحقوق الاجتماعية للمواطنين أو لحماية صحتهم؟

٣- إن الرأي العام شديد الحساسية لأمر الفساد والتزوير وغسيل الأموال، فالكل يعترف بأن ما يسمى بالنظام العام العالمي يفترض ضمناً قيوداً معينة في التعاقد أولاً وفي قرار التحكيم لاحقاً، وقد ظل المحكمون سلبيون لسنوات طويلة وذلك لنقص الدليل في وجه مزاعم الفساد، ومن الصعب تقديم دليل قاطع لإمكانية استخدامه لاحقاً في القضاء الجنائي، وبسبب ازدياد الشفافية في الإجراءات التحكيمية فقد أصبح هنالك اليوم وعي كبير بين المحكمين، ويرجع ذلك إلى أسباب عدة من بينها أن طلب الحماية التحكيمية الدولية تتم بحسن النية، وهذا المفهوم لا يمكن أن يوجد عند الاستثمار بخرق أبسط أخلاقيات قواعد السلوك،

ومن السهل إيجاد الأدلة في هذا الصدد في العالم المعولم وفي سائل إعلام الرأي العام العدوانية.

٤- يتطلب حضور الدول في التحكيم الدولي الشفافية ، وفي بعض الحالات التي ليست بالقليلة ، فإن البعد عن العلانية هو ما يمنح الأطراف الثقة لتسليم أنفسهم لقرار المحكمين ، وفي بعض الحالات في مجال التحكيم التجاري ، على القرارات أن تكون علنية إذا تضرر طرف ثالث ، مثلاً إذا كانت الشركة المعنية مُدرجة ، ومع ذلك فليس هنالك شك بأن على الدولة أن تكون خاضعة للرقابة البرلمانية ، ووفقاً لذلك فإن التحكيم الدولي قد يتطلب العلانية التي يعزف عنها أولئك الذين يمارسون التحكيم التجاري.

٥- لعب التحكيم الدولي دوراً مهماً في أقطار أمريكا اللاتينية ومنطقة دول الشرق الأوسط وشمال أفريقيا MENA ، وخير دليل على ذلك هي احصائيات غرفة التجارة الدولية و المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID ، وحتى وقت حديث ، كان التعامل مع القانون الدولي باللغتين الإنجليزية والفرنسية بشكل حصري ، ثم تغيرت الظروف حيث قلت الأهمية الممنوحة للمنهج الانجلوسكسوني ، وغالبا ما نرى تعيين رؤساء لهيئات تحكيم لتسوية النزاعات في اقطار أمريكا اللاتينية لا يفهمون اللغة الاسبانية ، والسبب في ذلك شعور الأطراف ودول أمريكا اللاتينية بأنهم إذا لم يعينوا شركات قانونية انجلوسكسونية فإن تمثيل دفاعهم سيكون ضعيفا ، ونتيجة لذلك هناك شعور بأن التحكيم في أمريكا اللاتينية يستولي عليه العالم الأنجلوسكسوني ، وقد

بدأت المشاركة النشطة لمحكمي أمريكا اللاتينية بالإضافة إلى التدخل المتزايد من شركات القانون اللاتينية الأمريكية بتغيير هذه العادات والتقاليد، ومن المدهش أنه على الرغم من أن التحكيم ثنائي اللغة رسمياً، إلا أن عملية اتخاذ القرار تحدث ضمن هيئة تحكيمية باللغة الإنجليزية وب عقلية أنجلوسكسونية، ونقطة الجدل هنا أن المشكلة ليست اللغة أو الترجمة بل هي العقلية، وما يهم هنا هو المفهوم القانوني لحسن النية حيث تختلف الطرق تماما بين الثقافتين.

٦- لقد أصبح التحكيم الدولي صناعة رئيسية ومكلفة بشكل كبير، تقوم الشركات القانونية الضخمة بتولي قضايا تحكيمية كبرى حيث يمكن أن يتم تبسيط الإجراءات بشكل كبير، وهنالك الكثير من الأمور التي تتطلب التوقف والتفكير بها والتي تشمل معارك الاستكشاف المتعبة والطويلة، ومشاهد الاستجواب الغير قابلة للتوضيح والتي تخلو من أي أسلوب عملي، بالإضافة إلى جلسات الاستماع التي يتم انتزاعها بشكل مفرط على مدى أسابيع عدة في حين يمكن أن تستمر لعدة أيام فقط في حال التحضير الكتابي الجيد، والأمر المؤكد هنا هو أن الدول صاحبة السيادة محقة في بعض الأوقات حين تشتكي من ظهور ما يمكن وصفه بأنه "تحكيم السفينة الحربية"، وتتحول قرارات التحكيم إلى معاهدات طويلة، فعلى المحكمين أن يتخذوا قضايا تحكيمية كل حسب قدراته، فالمحكمون ليسوا مشرعين دوليين ودورهم الرئيس ليس خلق فقه أو قانون دولي وإنما تسوية النزاعات التي يتم عرضها عليهم بالاستدلال المنطقي لحجتهم وقرارتهم.

شراكة الاستثمار والتجارة عبر الأطلسي (HTTIP)

يفادوض الاتحاد الأوروبي صفقة تجارية واستثمارية مع الولايات المتحدة الأمريكية- شراكة الاستثمار والتجارة عبر الأطلسي (HTTIP). وقد واجهت هذه الصفقة معارضة عامة منذ بدء المفاوضات.

في كانون الثاني/يناير من العام ٢٠١٣م أعلن قادة الاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة بدء الإجراءات لمفاوضة صفقة شراكة الاستثمار والتجارة عبر الأطلسي على إثر التقرير النهائي لمجموعة العمل ذات المستوى العالي (HLEG)، وبشكل قانوني استطاع المجلس الحصول على اتفاق بموافقة البرلمان الأوروبي ومصادقة جميع دول الاتحاد الأوروبي الأعضاء (MS) (اتفاقية مختلطة)، أما في الولايات المتحدة، فمجلس النواب الأمريكي (الكونجرس) هو المسؤول عن التجارة الدولية، ولم يتم التأكد من أنه قد منح إذنًا للرئيس الأمريكي للترويج التجاري (أي حق مفاوضة وتوقيع اتفاقيات تجارية) والتي سيكون للكونجرس صلاحية إقرارها أو رفضها ولكن لا يمكن له تفسيرها^١.

وقد تلت هذه الاتفاقية الكثير من الانتقادات منذ بدء المفاوضات، وتأتي الانتقادات الرئيسة من اتحادات التجارة ومجموعات المستهلك والمنظمات الأهلية ومواطني طرفي الاتفاقية والتي تشير إلى الخوف من المعايير المتدنية لمصلحة الشركات الكبرى ونقص الشفافية في المحادثات (بما فيها بعض بلدان

^١ <http://epthinktank.eu/٢٠١٤/٠٧/١١/towards-an-eu-us-trade-and-investment-deal-٢/>

الاتحاد الأوروبي)، وقد كانت هذه الاتفاقية موضوعاً مهماً في الانتخابات الأوروبية^١.

وتُعرف إحدى اليات تحكيم مثل هذه النزاعات ب (تسوية نزاعات الدولة-المستثمر (ISDS)) حيث تمنح هذه الآلية المستثمرين الدوليين الحق برفع دعوى ضرر ضد حكومة الدولة "المضيفة" التي يقع بها الاستثمار ، ويتم الاستماع إلى الدعاوى من قبل محكم دولي مستقل كل حسب الدولة المضيفة لتطبيق حماية الاستثمار والتي يتم الاتفاق عليها في المعاهدة بين الدولة المضيفة ودولة المستثمر الأم، وفي العادة فإن مثل هذه الالتزامات تتضمن عدم التمييز ضد أي مستثمر أجنبي وحماية الاستثمار من المصادرة من قبل الدولة المضيفة وضمنان معايير دنيا محددة للتعامل والسماح بالانتقال الحر لرأس المال ، ويمكن لهيئة التحكيم ان تصدر حكماً قضائياً بضرر المستثمر إذا قامت الدولة المضيفة بخرق الالتزام^٢.

وقد أثارت اتفاقية شراكة الاستثمار والتجارة عبر الأطلسي نزاعاً كبيراً، ففي حين يرى مؤيدوها أنها ستؤدي إلى نمو اقتصادي متعدد الأطراف ، يرى النقاد أنها ستزيد من القوى المشتركة وتجعل من الصعب على الحكومات أن تنظم الأسواق لمصلحة الشعب ، ولا يرتبط النقد بأثر هذه الاتفاقية على

^١ <http://epthinktank.eu/2014/07/11/towards-an-eu-us-trade-and-investment-deal-2/> □

^٢ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/211247/bi-s-14-695_investor-state-dispute-settlement-faqs.pdf □

مسائل مثل حقوق التوظيف ومعايير الغذاء^١، ومعايير البيئة وحماية المعلومات ليتعدى ذلك إلى الاستخدام المقترح لآلية (تسوية نزاعات الدولة - المستثمر ISDS)، وسيتم في الفصول القادمة مناقشة تطور هذه الاتفاقية وتقديم لمحة عامة عن النقاش المتعلق بإنشاء آليات (تسوية نزاعات الدولة -

المستثمر ISDS) ضمن اتفاقية (الاستثمار والتجارة عبر الأطلسي TTIP)

١- تطوير اتفاقية الاستثمار والتجارة عبر الأطلسي:

كردة فعل للطريق المسدود الذي وصلت إليه جولة الدوحة لمحادثات التجارة الدولية، قام زعماء الولايات المتحدة والاتحاد الأوروبي في القمة السنوية والتي حدثت في واشنطن في تشرين الثاني من العام ٢٠١١ بإيجاد مجموعة عاملة هدفها إيجاد الطرق اللازمة لزيادة النمو والتنافس، وقد أوصت هذه المجموعة في شباط ٢٠١٣ بإبرام اتفاقية تجارة ثنائية "شاملة"، وتم استئناف مفاوضات الاتفاقية في القمة G٨ في بحيرة لاك إيرن في أيار ٢٠١٣ ثم بدأت في حزيران ٢٠١٣ أول جولة مفاوضات، وتم تأسيس ٢٤ مجموعة عاملة كل واحدة تمثل سياسة أو منطقة تجارية، في كانون الثاني ٢٠١٤، أعلنت لجنة الجماعات الأوروبية تجميد المفاوضات حول الجزء المتعلق بالاستثمار في اتفاقية الاستثمار والتجارة عبر الأطلسي، معلقةً بذلك نتائج المشاور عبر الانترنت والذي كان قد بادرت به لجنة الجماعات الأوروبية نتيجة

هنالك نقطة جدل بأن الاتحاد الأوروبي لديه الكثير من القوانين في المجالات المختلفة، على سبيل المثال، فيما يتعلق بالمحاصيل المعدلة وراثيا والمبيدات الحشرية والمضافات الغذائية أكثر من الولايات المتحدة.

أنظر <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/ttip-dummies> -Euractiv.com

group_summary. ١ #٣١١١٦١

للانتقادات الواسعة المتعلقة بتدخل آلية (تسوية نزاعات الدولة - المستثمر (ISDS).^١

وكان مفوض التجارة في الاتحاد الأوروبي هو من قاد مفاوضات هذه الاتفاقية ، حيث كان خلال المفاوضات يستشير حكومات الاتحاد الأوروبي من خلال لجنة السياسات التجارية المكونة من كبار المسؤولين في كل دولة من الدول الأعضاء ، ومنذ بدء المحادثات تم عقد ١١ جولة مفاوضات كانت آخرها في الفترة الواقعة بين ١٣ و ١٧ من العام ٢٠١٥ ، وكان المفاوضون يجتمعون بالتناوب ما بين بروكسل وواشنطن.

ومجرد أن يتم الاتفاق على النص ، سيتم عرضة على المجلس والبرلمان الأوروبي للموافقة عليها وعند ذلك ، سيتم المصادقة عليها بشكل فوري من قبل البرلمانات الوطنية للدول ال ٢٨ الأعضاء في الاتحاد الأوروبي ، أما في الولايات المتحدة فيتم المصادقة على الاتفاقية من قبل الكونجرس الأمريكي ، وإذا توجب عقد اتفاقية فليس من المتوقع انهاؤها قبل العام ٢٠١٦.

٢- اتفاقية شراكة الاستثمار والتجارة عبر الأطلسي (TTIP) وآلية تسوية نزاعات الدولة - المستثمر ISDS.

منذ بدء المفاوضات أصبحت مسألة تسوية النزاع من أكثر المسائل التي يتم مناقشتها في محادثات التجارة بين الولايات المتحدة والاتحاد الأوروبي ، وبسبب النقد الواسع الذي تلقتة هذه الاتفاقية ، قرر المفوض في كانون الثاني

١ Krajewski, Kurzgutachten zu Investitionsschutz und Investor-Staat-Streitbeilegung im Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaftsabkommen (TTIP), p.٢. □

٢٠١٤ إجراء مشاورات عبر الانترنت حول هذا الموضوع^١ ، وقد تم فتح هذه المشاورات في آذار ٢٠١٤ ، وفي كانون الثاني قام المفوض بنشر تقرير مكون من ١٤٠ صفحة عن هذه المشاورات والذي بين أن ما نسبته ٩٧٪ من الطلبات كانت تعارض تدخل آلية تسوية نزاعات الدولة - المستثمر (ISDS).

وكرر على ذلك ، أصدر مفوض التجارة في الاتحاد الأوروبي في الخامس من أيار ٢٠١٥ ورقة مفاهيمية تقترح إجراء تغييرات على جزء الاستثمار الذي تم تصوره في البداية ، وخاصة استحداث محكمة استثمار دائمة لاتفاقية TTIP وللاتفاقيات المستقبلية^٢ ، ولم تلتق الولايات المتحدة هذا المقترح بتفاؤل إلا أن فرنسا دعمته^٣.

وفي الثامن من تموز وافق البرلمان الأوروبي على قرار يظهر أنه يؤيد من حيث المضمون مقترح مفوض التجارة لإيجاد محكمة استثمار عالمية دائمة ، وهذا القرار غير ملزم إلا أنه يخدم كتوصية لمفاوضي اتفاقية الاستثمار والتجارة عبر الأطلسي والمجلس الأوروبي^٤ ، وقد عُقدت المجموعة الأخيرة من

١ المصدر نفسه ، ص ٢ ، جاءت هذه المشاورات كأساس لمناقشة أفكار لها علاقة بآلية تسوية نزاعات الدولة - المستثمر والتي تتطابق مع القرارات التي يتم الاتفاق عليها في اتفاقية التجارة والاقتصاد الشاملة.

٢ تم نشر تقرير بنتائج المشاورات في ١٣ شباط ٢٠١٥. وظهرت الن المخاوف تشمل : (١) حماية حق التنظيم (٢) إقامة هيئات تحكيمية (٣) مراجعة قرارات تسوية نزاعات الدولة - المستثمر بآلية الاستئناف (٤) العلاقة بين أنظمة قضاء آلية تسوية نزاع الدولة - المستثمر وأنظمة القضاء الوطنية.

٣ Kluwerarbitration.blog: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/07/22/tip-the-french-proposal-for-a-permanent-european-court-for-investment-arbitration/>

٤ Thomson, EU parliament votes against investment arbitration, in Global Arbitration Review, p ١٠.

المفاوضات (الجولة العاشرة) بين اليومين ١٣ و١٧ من شهر تموز ٢٠١٥، ومع ذلك فقد كان هنالك نقاش حول موضوع (ISDS تسوية نزاعات الدولة- المستثمر) في هذه المفاوضات^١.

ويُعد مقترح المفوض عرضة للانتقاد ليس فقط من قبل علماء (تسوية نزاعات الدولة- المستثمر) وممارسينه المؤيدين بل أيضاً من معارضيه، وستتناول الأجزاء القادمة الخطوط العريضة لورقة المفاهيم وستقدم لمحة عامة عن الحجج المتنازعة، وتركز الورقة المفاهيم على نقاط خمسة رئيسية هي حق التنظيم، وزيادة شرعية نظام (تسوية نزاعات الدولة- المستثمر)، وإدخال آلية الاستئناف، وتنظيم العلاقة بين (تسوية نزاعات الدولة- المستثمر) والمحاكم المحلية واستحداث محكمة عالمية دائمة للتحكيم.

١ - حق التنظيم (الضبط)

أثار حق الدول ذات السيادة في تنظيم المصلحة العامة، النقاش في المحادثات المتعلقة ب (تسوية نزاعات الدولة- المستثمر)، وتخطب ورقة المفاهيم مسألة عدم وجود في السابق توازن دقيق بين مصلحة المستثمر لحماية استثماره وحق السيادة للدول للتشريع في المصلحة العامة، ففي اتفاقيات الاستثمار الماضية لم يتم مخاطبة مسألة حق الضبط (التنظيم) بشكل واضح،

١ أعلن أغناسيو غارسيا بركيرو، مفاوض الاتحاد الأوروبي الرئيس، بعد الجولة ١١ من المفاوضات بأنه ونظيره الأمريكي "لم يناقشوا حماية المستثمر أو تسوية نزاعات الدولة- المستثمر" وعندما سُئل عما سيقوله إذا تم طرح الموضوع أجاب "ستتمكن من وضع مقترح مختلف تماماً عن نظام تسوية نزاع الدولة- المستثمر الحالي. سنعمل على إنهاء مقترح عند الخوض بالنقاش مع الدول الأعضاء والبرلمان.

th round's lucky ١٠ European Parliament vote are TTIP's Motta, The US Congress and

(July ٢١ cards, The European Sting, ٢٠١٥).

على العكس من ذلك فقد تضمنت بعض اتفاقيات الاستثمار مرجعاً لحق المستثمرين في " بيئة عمل ثابتة" ، ويمكن أن يُفسر هذا كضمان عام من التغييرات القانونية المتكررة، لذا فإن ورقة المفاهيم تقترح تعزيز قدرة الحكومات للضبط في المصلحة العامة عن طريق :

" بند (مادة) تنفيذي يشير إلى حق الحكومات في اتخاذ الإجراءات لتحقيق أهداف شرعية للسياسة العامة على أساس مستوى الحماية الذي يروونه مناسباً، ويُعد مثل هذا البند بمثابة اعتراف بحق السلطات المحلية لتنظيم الأمور ضمن حدودها والتي توجد تحت القانون الدولي، وهي تسمح بوضع السياق المناسب الذي يتم فيه تطبيق معايير حماية الاستثمار."

وقد أُنتقد منهج المفوض على أنه غير مُفصّل بشكل كاف لضمان حماية

حق التنظيم.

٢- زيادة شرعية هيئة التحكيم :

تناول ورقة المفاهيم النقص الملموس لشرعية هيئات التحكيم حيث يتم اختيار المحكمين في هيئات (تسوية نزاعات الدولة - المستثمر) من قبل الأطراف المتنازعة على أساس كل حالة على حدة الأمر الذي يؤدي إلى إمكانية أن يكون الشخص نفسه حكماً في قضية ومُستشاراً في قضية أخرى، وهذا الأمر حسبما يقول واضعي الورقة، يمكن أن يحمل خطر عدم نزاهة المحكمين بشكل كامل، ويبين المفوض في ورقته أن هنالك احتمال وجود خطر تقديم حوافز مالية للمحكمين لمضاعفة قضايا ((تسوية نزاعات الدولة -

المستثمر) ، لذا تقترح الورقة أن يتم اختيار جميع المحكمين من قوائم مُعدّة مسبقاً من قبل أطراف الاتفاقية، ويمكن أن يتم مع ذلك اشتراط مؤهلات

معينة للمحكمين، مثل ان يكون لديهم مؤهل قضائي بالإضافة إلى امتلاكهم للخبرة والمعرفة في القانون الدولي ذو العلاقة، وهو أمر يمكن أن يقلل من مخاطر التفسيرات غير المتوقعة لقوانين حماية الاستثمار.

كما يقترح المفوض الحق بتدخل طرف ثالث له اهتمام مباشر بنتائج النزاع، وهذا من شأنه أن يتجاوز إمكانية قبول ملخص (صديق المحكمة، طرف غير مشترك بالنزاع) من الأطراف الثلاثة.

ويقدّر معارضي (تسوية نزاعات الدولة - المستثمر) وجود نظام القوائم لترشيح المحكمين، وهو أمر يُنظر إليه على أنه سيؤدي إلى المزيد من النزاهة عندما يتم انتزاع تعيين المحكمين من أيدي الأطراف ذات العلاقة، وهنا لن يشعر المحكمون باضطرارهم إلى خدمة مصالح أولئك الذين يقومون بتعيينهم، ومع ذلك فقد كان هنالك انتقاداً بأن تركيز المفوض على متطلبات مؤهلات المحكمين تعتمد على معرفة "القانون الدولي على النحو الوارد في الاتفاقية".

وهناك قلق من أن يتم اختيار المحكمين من ضمن مجموعة محددة من الناس، حيث سيواصل حينها الأعضاء الأساسيون في "نادي التحكيم" لعب دور بارز، وعلاوة ذلك يُزعم أن مقترح المفوض لا يلتزم بمنع المحكمين المدرجين في القائمة من العمل كمحامين مع (تسوية نزاعات الدولة - المستثمر) اثناء فترة ادراجهم في القائمة، فبدون وجود هذا المنع لا يمكن ضمان الاستقلالية والنزاهة التامة.

ومن ضمن الانتقادات أن ورقة المفاهيم لا تتضمن بنداً يفيد بأن تخضع تحديات تضارب المصالح من المحكمين لعملية قضائية، بدل من أن يتم تقريرها من قبل موظف تنفيذي، ويُنظر إلى ذلك كخلل موجود في (CETA اتفاقية

التجارة والاقتصاد الشاملة)، على أن يتم تصحيحه في (ITIP اتفاقية الاستثمار والتجارة عبر الأطلسي).^١

ويعارض مؤيدي (تسوية نزاعات الدولة - المستثمر) استخدام نظام القوائم، وهم يعارضون فكرة أن المحكمين في العالم الواقعي عرضة للتبعية والتحيز، وهناك عمليات مراقبة ضد تضارب المصالح والتي تشمل إعلان الاستقلالية وعدم التحيز، والقبول العالمي القريب لتوجيهات نقابة المحامين الدولية حول تضارب المصالح في التحكيم الدولي، والقوانين المؤسسية القابلة للتطبيق، والقوانين المهنية والقانون الوطني، وعلاوة على ذلك فإن الاتهامات القائلة بأن المحكم الذي يتم تعيينه عن طريق المستثمر يميل للحكم لمصلحة المستثمر لم يمكن دعمها بالدليل التجريبي وليس لها أساس من الصحة.^٢

ووفقاً لهذا الرأي فليست هنالك حاجة لشرط أن يشغل المحكمون منصباً قضائياً في السلطة القضائية حيث إن عليهم جلب الكثير من الخبرة والمعرفة لمهامهم، فعليهم تحصيل سمعة النزاهة طوال فترة سيرتهم المهنية في سوق الاستثمار والدول، وحتى يكون لهم وزنهم في التحكيم بين زملائهم المحكمين.^٣

^١ Van Harten, A parade of reforms: the European Commission's latest proposal for ISDS, Osgoode Hall Law School, legal Studies research paper series, Research Paper No. ٢١ Vol. ١١/Issue ٠٥/ (٢٠١٥), p. ٩ f.□

^٢ Stothard and Bruce, EU: An investment court for TTIP and beyond? In Global Arbitration Review, ١٧ July ٢٠١٥, p. ٣.□

^٣ Stothard and Bruce, EU: An investment court for TTIP and beyond? In Global Arbitration Review, ١٧ July

ومع ذلك فإن الأخذ بنظام القائمة يمكن أن يعزز النظرة الشرعية عند العامة، كما أن مثل هذا النظام يمكن أن يكون ذو فائدة عملية في تجنب العملية الطويلة والمرهقة لاختيار المحكم.^١

٣- استخدام آلية الاستئناف.

تقترح الورقة استخدام آلية استئناف لأن حق الاستئناف يجب أن يكون جزءاً من النظام القضائي العامل وخاصة في ضوء إمكانية القرارات التحكيمية غير الصحيحة، ويمكن أن يكون هذا منهجاً جديداً بالكامل حيث لم يكن هنالك آلية استئناف متضمنة في معاهدة استثمار حالية اعتباراً من الآن (وتسمح قوانين المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) وقانون الاونسيترال للتحكيم فقط "بالغاء" أو "استبعاد" قرارات هيئة التحكيم لأسباب إجرائية محدودة والتي لا يتم مقارنتها بآلية استئناف حقيقة تسمح بالمراجعة القضائية).

وتقترح الورقة أن تكون آلية الاستئناف ثنائية، بالإضافة إلى ذلك على نص الاتحاد الأوروبي أن يبين دورها وإعداداتها وإدارتها العملية، وتقوم آلية الاستئناف بمراجعة القرارات فيما يتعلق بأخطاء القانون وإظهار الأخطاء في تقييم الحقائق (وهذا يتطلب معالجة واقعية غير صحيحة للقانون الوطني كما تفسره المحاكم المحلية)، وضمان التطابق في تفسير اتفاقية (اتفاقية الاستثمار

والتجارة عبر الأطلسي)، وزيادة الشرعية في المضمون ومن خلال التصميم المؤسسي عن طريق تقوية الاستقلالية والنزاهة والتوقعية.^١ وقد امتدح معارضي (تسوية نزاعات الدولة - المستثمر) هذا المقترح، وخصوصا مخطط المفوض الفصل المتعلق بنطاق مراجعة القرارات، لا سيما وأنها قد تضمنت مسائل التفسير القانونية (أخطاء القانون وعرض أخطاء الواقع).^٢

وقد زعم آخرون أن الهدف من نظام الاستئناف ليس تصحيح القرارات الخاطئة لهيئة التحكيم الأصلية وإنما لخلق التطابق بين قرارات هيئات التحكيم المختلفة وبالتالي تعزيز التوقعية في القانون.^٣ ولا يمكن تحقيق فكرة التطابق (الاتساق) القضائي بالذات في نظام المحاكم الدولية، ففي حين أن هنالك جدل بأن معظم الصفقات التجارية الكبيرة مثل اتفاقية (الاستثمار والتجارة

١ يمكن أن تكون آلية الاستئناف الثنائية على غرار التركيبة المؤسسية لهيئة استئناف منظمة التجارة العالمية. ويمكن أن يكون هنالك سبعة أعضاء دائمين (٢ من كل طرف، ٣ خارجيين) والذين تكون مؤهلاتهم شبيهة لهيئة استئناف منظمة التجارة الدولية أو محكمة العدل الدولية. سيكون هنالك بالتأكيد تكايف ترتبط بتأسيس الهيئة بما في ذلك تعيين السكرتيرين لمساعدة أفراد هيئة الاستئناف في أعمالهم. وتعتبر آلية الاستئناف إمكانية حقيقية عند الولايات المتحدة، حيث تضمنت مرجعا لامكانية إيجاد آلية استئناف في اتفاقياتها منذ العام ٢٠٠٢. ورقة المفاهيم، ص ٩

٢ Van Harten, A parade of reforms: the European Commission's latest proposal for ISDS, Osgoode Hall Law School, legal Studies research paper series, Research Paper No. ٢١ Vol. ١١/Issue ٠٥/ (٢٠١٥), p. ١١.

٣ وفيما يتعلق أيضا بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فقد تمت محاولة انشاء "وحدة الاستئناف" إلا أن المحاولة لم تعدى مرحلة المقترح لكونها تتطلب تعديلا لقرارات المركز الدولي. and Bruce, EU: An investment court for TTIP and beyond? In Global Arbitration Stothard Review, ١٧ July ٢٠١٥, p. ٦.

عبر الأطلسي) تتضمن بنوداً متشابهة - إذا لم تكن متطابقة - وبالتالي سيكون هنالك حاجة كبيرة إلى الاتساق القضائي، فقد ذكر أيضاً أن قرارات المحاكم الدولية وهيئات التحكيم لم يكن لديها القوة الملزمة غير تلك التي بين الأطراف^١، فعلى سبيل المثال سيكون نظام الأسبقية الملزم غريباً على نظام المحكمة الدولية، ومن غير الممكن تحقيق التطابق في نظام قانون دولي مكون من أكثر من ٣٠٠٠ نص قانوني تم مناقشتها بشكل فردي، ويمكن أن تختلف النتائج بشكل كبير وبشكل فردي بسبب لغة اتفاقيات محددة قابلة للتطبيق^٢، ومع ذلك فقد زعموا بأن التطابق الكامل لن يكون مفصلاً لأن قانون الاستثمار يتطور بشكل سريع ويستفيد من غياب المبدأ العام الحازم، "مع قانون مستقر يظهر على أساس القرارات ذات النفوذ والتي حصلت على التقدير الكثير ويتم الاستشهاد بها في القرارات اللاحقة"^٣.

وهنالك انتقاد أخير وهو ارتفاع كلفة إجراء الاستئناف، فتحكم الاستثمار يكلف ٨ ملايين دولاراً أمريكياً لكل طرف ولكل قضية وفق تقديرات مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتطوير (UNCTAD)، وقد ترفع إجراءات الاستثمار التكلفة بشكل كبير خاصة عندما تركز التحديات على أخطاء الوقائع، والتي يمكن أن تؤدي إلى استماع جديد بالكامل للأدلة^٤.

٤ - منع الإجراءات الموازية في المحاكم الوطنية.

١ المصدر نفسه ص ٦

٢ المصدر نفسه ص ٦

٣ المصدر نفسه ص ٦

٤ المصدر نفسه ص ٦

وتناقش الورقة التخوف من أن يستخدم المستثمرون آلية (تسوية نزاعات الدولة - المستثمر) للالتفاف حول القضاء العادي في المحاكم الوطنية، وعلى الرغم من بيان ضرورة أن يتم تقرير تضارب المصالح من الاستثمار الدولي بدل القوانين الوطنية، فإن هذه الورقة تشير إلى مخاطر التعويض المضاعف، ويمكن لهذا أن يحدث عندما يتم استشارة هيئة التحكيم والمحاكم الوطنية بنفس الموضوع، لذا يقترح المفوض تضمين بند (مفترق الطريق)^١ "أو بند" ممنوع الاستدارة للخلف"^٢ في الاتفاق لأن هذا المقترح جريٌ بنظر معارضي (تسوية نزاعات الدولة - المستثمر)، فهم يطالبون بأن لا يتم إعفاء المستثمرين الأجانب من وجوب الذهاب إلى محكمة وطنية أولاً ما لم يستطيعوا أن يبينوا أن المحاكم الوطنية غير عادلة^٣، وبالإضافة إلى ذلك على مقترح الأمم المتحدة أن يوضح علاقة القانون الوطني للطرفين لأهداف (تسوية نزاعات الدولة - المستثمر).

١ هنالك طريقة بسيطة لتحقيق ذلك وهي أن يتم الطلب من المستثمرين بأن يختاروا اختياراً قاطعاً بين (تسوية نزاعات الدولة - المستثمر) وبين المحاكم الوطنية في البدايات الأولى لأية إجراءات قانونية (مفترق الطرق). ويساهم هذا في تقليل مدة الدعوة وكلفتها بتجنب رفع الدعوى للمحاكم الوطنية أولاً ثم لهيئات التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

٢ وهنالك طريقة أخرى عن طريق الطلب من المستثمرين التنازل عن حقهم في اللجوء إلى المحاكم الوطنية عند تسليم دعوتهم ل (تسوية منازعات الدولة - المستثمر) (لا استدارة للخلف). وفائدة هذه الطريقة هي عدم تثبيط المستثمرين من التماس الإنصاف أمام المحاكم الوطنية، وبالتالي تخفيض عدد دعاوى (تسوية منازعات الدولة - المستثمر) المحتملة.

٣ Van Harten, A parade of reforms: the European Commission's latest proposal for ISDS, Osgoode Hall Law School, legal Studies research paper series, Research Paper No. ٢١ Vol. ١١/Issue ٠٥/ (٢٠١٥), p. ١٤.

٥ - تأسيس محكمة دائمة.

تقترح الورقة أخيراً إقامة محكمة دائمة بقضاة دائمين والتي يمكن أن تنطبق على عدة اتفاقيات وبين مختلف الشركاء التجاريين. وقد أُعتبر هذا الجزء من مقترح المفوض خطوة جريئة، ولكن بتفاصيل قليلة خصوصاً فيما يتعلق بالتنفيذ، فعلى سبيل المثال، ليس هنالك وضوح فيما إذا كانت المحكمة ستكون قائمة بذاتها أو أنها ستكون جزءاً من منظمة حالية متعددة الأطراف.

كما تخلو ورقة المفوض من النصوص المتعلقة بتطبيق القرارات، ويتم تنفيذ القرارات حالياً عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار واتفاقية نيويورك، وعلى أي حال فليس هنالك أية اتفاقية دولية مكافئة لتفعيل قرارات المحكمة سواء كانت وطنية أو دولية، وسيطلب إبرام اتفاقية دولية جديدة لتحقيق هذا الدور جهداً ووقتاً كبيرين، كما أنه من غير المؤكد أنها ستضمن نجاح المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.^١

ويزعم أيضاً أن وجود محكمة استثمار دولية ستكون ذات منافع جمّة، فهي ستكون أداة فاعلة لإيصال العدالة لا سيما في ضوء أوجه القصور في نظام التحكيم الحالي، فالإجراءات تستغرق وقتاً كبيراً وتكلف مبالغ كثيرة^٢، وعن طريق زيادة الكفاءة وتخفيض الكلفة، يمكن تحقيق العدالة للشركات

١ Stothard and Bruce, EU: An investment court for TTIP and beyond? In Global Arbitration Review, ١٧ July

٢٠١٥، ص ٣.

٢ لا يمنع النظام الاستغلال المفرط للعقبات الإجرائية بشن قضايا مثل المعونة المؤقتة والسلطة القضائية والتحديات الإجرائية وغيرها.

الصغيرة والمتوسطة الحجم التي يتم استبعادها حالياً من إجراءات الاستثمار،
كما أن محكمة الاستثمار الدولية ستعطي المجال لإغاثة طارئة ولرد الادعاءات
الانتهازية والتعجيزية.^١

١ المصدر نفسه ص ٣

**المؤتمر الدولي للقضاء والتحكيم
حقائق وطموحات**

تنظيم

معهد القضاء العالي وجامعة الإمام محمد بن سعود.
المملكة العربية السعودية وفريق التحكيم السعودي.
الرياض في ١١ - ١٢ أكتوبر ٢٠١٥

التحكيم الدولي والمحاكم الوطنية

أولف فرانك

رئيس مجلس إدارة معهد التحكيم بغرفة ستوكهولم للتجارة، السويد (SCC)

مقدمة

لقد شهد التحكيم الدولي نمواً سريعاً على مدار العقود الماضية^١، وقد انعكس هذا النمو على زيادة عدد القضايا التي تمت تسويتها بواسطة التحكيم، وعلى زيادة عدد التشريعات التي تسن قوانين تحكيم جديدة أو منقحة. ويُمارس التحكيم اليوم في العديد من الدول أكثر من الماضي، وأصبح يزدهر بشكل واضح في مناطق مثل آسيا^٢ وأمريكا اللاتينية^٣، إذ كان التحكيم هنالك نادراً ما يُمارس منذ ٤٠ أو ٥٠ عاماً مضت.

التحكيم والتقاضي عمليتان منفصلتان وبديلتان لبعضهما البعض في فض المنازعات، في معظم الدول تُعد هاتان الطريقتان الوحيدتان لفض النزاعات والتي تكون نتيجهما النهائية قراراً مكتوباً - حكم تحكيم وحكم محكمة، على التوالي - يمكن للطرف الراجح تقديمه لسلطات الدولة للحصول على حكم تنفيذ في حال لم يمثل الطرف الخاسر للقرار.

١ ريفكين، تأثير التحكيم الدولي على سيادة القانون، محاضرة عام ٢٠١٢ عن التحكيم الدولي في كلايتون Uiz جامعة سيدني، النص صفحة ١١: انظر أيضاً مقدمة طبقات إيمانويل غايلارد وجون سافاج وفوتشارد غايلارد جولدمان حول التحكيم التجاري الدولي (قانون كلوار الدولي ١٩٩٩) ص ١.

٢ سيمون جرينبيرغ، كريستوفر كيب وجيه روميش وبيرامنتري، التحكيم التجاري الدولي - وجهة نظر لمنطقة آسيا باسيفيك بشأن التحكيم التجاري الدولي (إصدارات جامعة كامبريدج ٢٠١١)،

فقرة ١.١.

٣ نظرة عامة على التحكيم في أمريكا اللاتينية، انظر فرناندو مانتيللا سيرانو، التوجهات الرئيسة في التحكيم التجاري الدولي في أمريكا اللاتينية (قانون كلاور الدولي ٢٠٠٠)، الجزء ١٧، الطبعة الأولى، ص ١٣٩ - ١٤٢.

وبالرغم من أنهما عمليتان بديلتان لبعضهما البعض، إلا أن التحكيم يعتمد على الدعم الضمني من الدولة، خاصة من المحاكم ليتواجد كوسيلة فعالة لفض المنازعات^١، وحين يكون النزاع قابلاً للتحكيم،^٢ يحق للأطراف اختيار تسوية هذا النزاع بطريقتين: إما بشكل علني عن طريق التقاضي أو بشكل خصوصي عن طريق التحكيم.

ولكن القوانين الوطنية لكل تشريع هي من يحدد هل النزاع قابلاً للخضوع للتحكيم أو لا؟^٣، وأيضاً وعلى عكس هيئات التحكيم، تتمتع المحاكم العادية بسلطات قسرية من قبل الدولة^٤، مما يعني أنه يمكن أن تفرض المحاكم

١ آلان ريدفيرن، جيه مارتن هانتر وآخرون، دور المحاكم الوطنية أثناء الإجراءات القانونية في كتاب ريدفيرن وهانتر بشأن التحكيم الدولي، الطبعة الخامسة (إصدارات جامعة أوكسفورد ٢٠٠٩)، الفقرة ٧- ٠١ ص ٤٣٩.

٢ لا يوجد تعريف فريد ومتناسق للقابلية للتحكيم. لا يتعامل قانون نموذج الأونسيترال (مفوضية الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي) مع هذا المفهوم. لذا فإن نوع النزاعات القابلة للخضوع للتحكيم قد يختلف من دولة لآخرى. وقد استفاد التحكيم من الإجراءات التشريعية والإجراءات الأخرى التي اتخذت على مدار عدة عقود ماضية في مجال التحكيم. المادة ٢ (١) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ تنص على أنه ينبغي على كل دولة من الدول المتعاقدة إبرام اتفاقية تحكيم "بشأن الموضوع الذي يمكن تسويته عن طريق التحكيم"، وأيضاً المادة ٥ (٢- أ) التي تنص على أنه يجوز رفض الأخذ بقرار التحكيم وإنفاذه إذا كان "موضوع الخلاف لا يمكن تسويته عن طريق التحكيم تبعاً لقانون هذه الدولة".

٣ آلان ريدفيرن، جيه مارتن هانتر وآخرون، نظرة عامة على التحكيم الدولي في المرجع السابق، ٤، الفقرة ٠١- ٦٤ ص ٢٣.

٤ حواكيم نول، الفصل الثاني، الجزء الثاني: تعليق على الفصل ١٢ من قانون المصلحة العامة PILS، المادة ١٨٢ [الإجراء: أساسي] في كتاب مانويل أرويو، التحكيم في سويسرا: دليل الممارس (قانون كلاور الدولي ٢٠١٠)، الفقرة ٢٤ ص ١٠٦.

إجراءات قانونية محددة على الأطراف، مثل: طلب حضور الشهود تحت طائلة دفع الغرامة أو الحبس، أو تنفيذ أحكام عن طريق مصادرة الممتلكات.^١ فالسلطات القسرية هي سلطات مقصورة على محاكم الدولة العادية، وهي لا تُمنح لمحاكم التحكيم الخاصة. وعضواً عن ذلك، تستطيع هيئات التحكيم الاعتماد على المحاكم المحلية لاتخاذ إجراء قسري يسمح للهيئة التعامل مع النزاع المقدم أمامها بشكل فعال. وتختص هذه الدراسة بهذا الدور المساند والإشرافي للمحكمة في عملية التحكيم.

تنقسم هذه الدراسة إلى جزأين، الجزء الأول يقدم لمحة عامة...على الأجزاء ذات الصلة بالإطار التنظيمي للتحكيم، في حين يتناول الجزء الثاني دور المحاكم في مختلف مراحل عملية التحكيم.

الإطار التنظيمي

مقدمة

لطالما كان أحد الأسباب الهامة لنجاح التحكيم الدولي... ظهور إطار تنظيمي "صديق لعملية التحكيم"، وقد تطور هذا الإطار بشكله الحالي على مدار الـ ٣٠-٤٠ عاماً الماضية، ويتحكم في الدور المساند والإشرافي للمحاكم في الإجراءات التحكيمية من بين عدة أمور أخرى.

١ آلان ريدفيلد، جيه مارتن هانتر وآخرون، نظرة عامة على التحكيم الدولي في المرجع السابق ٤،

الفقرة ١.١٠٤ ص ٣٦.

تطور التحكيم كما نعرفه اليوم بشكل أساسي على مدار القرن الماضي^١، وعبر المائة عام الماضية تم تبني عدد من الأدوات الدولية التي تهدف إلى تسهيل عملية التحكيم الدولي، وخلال الفترة ذاتها، صاغت العديد من الدول قوانين التحكيم وتأسست العديد من مؤسسات التحكيم التي شكلت قوانينها جزءاً من الإطار التنظيمي الذي يشكل عملية التحكيم.

ويعد عمل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسيترال) الأكثر أهمية فيما يتعلق بدعم التحكيم الدولي، إذ كان لإنجازاتها في مجال التحكيم كبير الأثر على التحكيم الدولي اليوم^٢.

اتفاقية نيويورك ١٩٥٨

هناك أداة دولية تم تبنيها بالفعل قبل تأسيس الاونسيترال عام ١٩٦٦ ويجب التأكيد عليها وهي اتفاقية الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وإنفاذها ١٩٥٨ (اتفاقية نيويورك أو "الاتفاقية").

تعد هذه الاتفاقية أكثر الأدوات متعددة الأطراف نجاحاً في مجال قانون التجارة الدولية، وهي عمل رئيسي في تشكيل قوانين المعاهدات والتحكيم الذي يضمن الإقرار بالأحكام التحكيمية واتفاقيات التحكيم^٣. وتهدف هذه الاتفاقية بصورة أساسية إلى ... الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وأن

١ م. سورناراجاه، بيئة التحكيم الدولي، صحيفة التحكيم الدولي، (قانون كلاور الدولي ١٩٩١، الجزء ٨، الطبعة ٢) ص ٥٠.

٢ يمكن العثور على معلومات حول أعمال الأونسيترال على موقعها www.uncitral.org.

٣ انظر ساندر في تمهيد للمجلس الدولي للتحكيم التجاري دليل تفسير اتفاقية نيويورك ١٩٥٨.

يكون من الممكن تنفيذها ... في الدول الموقعة على الاتفاقية مثلها مثل الأحكام الوطنية. ومن أهدافها الإضافية أيضاً مطالبة محاكم الدول الموقعة عليها بمنح السريان التام لاتفاقيات التحكيم، حيث نصت على أنه يجب على المحاكم إحالة الأطراف للتحكيم، وهذا يعني أن تمتنع المحاكم عن التعامل مع أي نزاع في حال أبرم الأطراف اتفاقية تحكيم سارية ونافذة.^١ وحتى اليوم وقعت ١٥٦ دولة على هذه الاتفاقية.^٢

على الرغم من تبني اتفاقية نيويورك قبل تأسيس الاونسيترال، إلا أنها تُعد اليوم جزء لا يتجزأ من برنامج عملها. فعلى سبيل المثال، أعدت الاونسيترال التوصيات الخاصة بتفسير المادة الثانية، الفقرة الثانية والمادة السابعة الفقرة الأولى من الاتفاق وهو ما تم تبنيه عام ٢٠٠٦.

وقد تمت صياغة التوصيات إقراراً بالاستخدام الموسع للتجارة الإلكترونية وسن التشريعات المحلية، بالإضافة إلى القوانين القضائية - وهي المفضلة أكثر من اتفاقية نيويورك فيما يتعلق بمتطلبات الصيغة التي تحكم اتفاقيات التحكيم والإجراءات القانونية للتحكيم وإنفاذ أحكام التحكيم - .

وبالرغم من تبني اتفاق نيويورك منذ أكثر من نصف قرن مضى، إلا أنها ما تزال تُعتبر الأداة الدولية الأهم في التحكيم الدولي، وقد أفاد الكتاب

١ المادة ٢، ٣ اتفاقية نيويورك.

٢ انظر: الموقع الإلكتروني لأونسيترال

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

السوي ل ICCA حول التحكيم الدولي أنه منذ العام ١٩٧٦ كان هناك أكثر من ١٥٠٠ قرار محكمة يتعامل مع اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨^١.
تركز الاتفاقية على الإقرار باتفاقيات التحكيم والقرارات التحكيمية وإنفاذها، ومع ذلك فهي لا تنظم تسيير إجراءات التحكيم أو أي جوانب أخرى للعملية التحكيمية. ولهذه الأسباب، طورت الاونسيترال أدوات أخرى، مثل: قواعد تحكيم الاونسيترال، وقانون الاونسيترال النموذجي المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي.

١ لمزيد من المعلومات حول الكتاب السنوي ل ICCA بشأن التحكيم الدولي وقرارات المحكمة المقررة.

انظر: موقع ICCA

.www.arbitration-icca.org/publications

قواعد تحكيم الاونسيترال

تعد قواعد تحكيم الاونسيترال (حسبما تم تنقيحها عام ٢٠١٠) ("القواعد") أول انجاز ملحوظ للأونسيترال في مجال التحكيم، وتقدم هذه القواعد مجموعة شاملة من القواعد الإجرائية التي يتفق عليها الأطراف فيما يتعلق بتسيير إجراءات التحكيم التي تنشأ عن علاقاتهم التجارية، وقد تم تبني قواعد التحكيم الأصلية للأونسيترال عام ١٩٧٦، ومنذ ذلك الوقت أصبحت تُستخدم لتسوية مجموعة كبيرة من النزاعات بما فيها التحكيمات نفسها وقضايا التحكيم التي ترفعها المؤسسات^١، كما تُستخدم أيضاً في النزاعات بين المستثمر والدولة وفي النزاعات بين الدول، وتغطي القواعد كافة أوجه العملية التحكيمية والتي تتضمن تقديم شرط تحكيم نموذجي، وتنظيم تعيين المحكمين، وتسيير إجراءات التحكيم، وتأسيس القواعد المتعلقة بصيغة القرار وتأثيره وتفسيره.

وقد أصبحت القواعد، بشكلها المنقح سارية منذ ١٥ آب ٢٠١٠، وهي تتضمن نصوص تتعامل مع تعدد الأطراف ودمج أكثر من قضية في قضية واحدة والمسؤولية وإجراءات الاعتراض للخبراء الذين تم تعيينهم من قبل هيئة التحكيم، بالإضافة إلى غيرها من الأمور.

وتتضمن القواعد عدة مميزات مبتكرة تهدف إلى تعزيز الكفاءة الإجرائية، فعلى سبيل المثال، تتضمن القواعد إجراءات منقحة لاستبدال المحكمين،

١ اعتمدت بعض مؤسسات التحكيم قواعد الأونسيترال للتحكيم لتكون قواعد التحكيم الخاصة بها، ومن بينها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

واشترط ملائمة التكاليف التي يتم تقسيمها بين الأطراف وآلية المراجعة فيما يتعلق بتكاليف التحكيم، كما تتضمن مزيداً من النصوص التفصيلية حول الإجراءات المؤقتة.

ومن المتوقع أن تستمر القواعد في مساهمتها في تطوير العلاقات الاقتصادية الدولية المتنامية، ولهذا الغرض وضعت الاونسيترال عام ٢٠١٢ توصيات عدة لمساعدة الهيئات التحكيمية والهيئات المعنية الأخرى في أمور التحكيم في ظل قواعد الاونسيترال للتحكيم (كما تم تنقيحها عام ٢٠١٠).^١

قانون الاونسيترال النموذجي حول التحكيم التجاري الدولي

وبنفس القدر لأهمية قواعد تحكيم الاونسيترال، والأكثر أهمية لأغراض هذه الدراسة هو قانون الاونسيترال النموذجي حول التحكيم التجاري الدولي (١٩٨٥) وتعديلاته التي أُعتمدت عام ٢٠٠٦ ("القانون النموذجي").

صُمم القانون النموذجي ليتم تنفيذه من قبل الدول ضمن تشريعاتهم الوطنية لإصلاح قوانينهم الوطنية وتحديثها بشأن إجراءات التحكيم، وبالتالي تسهيل عملية تعامل السلطات التشريعية المختلفة حول العالم مع التحكيم التجاري الدولي، ويغطي القانون في مواده الـ ٣٦ كافة مراحل العملية التحكيمية، بدءاً من اتفاقية التحكيم وتشكيل وقضاء هيئة التحكيم ومدى تدخل المحكمة وحتى الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه.

١ يتوافر النص الكامل للتوصيات على موقع الأونسيترال

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-recommendation□2012/13□>

.IA-327-Recommendations-Arbitral-Institutions-e.pdf

في ٧ تموز ٢٠٠٦، اعتمدت الاونسيترال بعض التعديلات على القانون النموذجي، وقد تعلقت هذه التعديلات بالمواد التالية: المادة ١ (٢) (نطاق التطبيق) "المادة ٧ (تعريف اتفاقية التحكيم وصيغتها)، المادة ٣٥ (٢) (الإقرار والتنفيذ)، الفصل الجديد الرابع أ (الإجراءات المؤقتة والأوامر الابتدائية) لاستبدال المادة ١٧ ومادة جديدة ٢ أ (الأصل الدولي والمبادئ العامة).

واعتباراً من العام ٢٠٠٦ أصبحت النسخة المعيارية للقانون النموذجي هي النسخة المعدلة، وتهدف النسخة المعدلة من المادة ٧ إلى تحديث متطلبات صيغة اتفاقية التحكيم لتتماشى بصورة أفضل مع ممارسات العقود الدولية، ويؤسس الفصل الرابع نظاماً قانونياً أكثر شمولاً يتعامل مع الإجراءات المؤقتة بما يدعم التحكيم.

ويعكس القانون النموذجي إجماعاً عالمياً حول الأوجه الرئيسة لممارسة التحكيم الدولي، بعد أن وافقت عليها الدول في كل المناطق وفي مختلف النظم القانونية والاقتصادية عبر العالم، كما اعتمدت تشريعات تعتمد على القانون النموذجي في ٦٩ دولة فيما مجموعه ٩٩ سلطة قضائية^١.

وباعتماد القانون النموذجي قامت العديد من الدول على تحديث قوانين التحكيم الخاصة بها على مدار الثلاثين عاماً السابقة، مما يساعد في الدعم الفعال والثابت للعملية التحكيمية، في حين كان القانون النموذجي للعديد

١ راجع موقع الأونسيترال

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1989Model_arbitration_status.html

من الدول الأخرى بمثابة الإلهام لصياغة أو تنقيح تشريعاتهم المتعلقة
بالتحكيم^١.

وتجدر الإضافة هنا أن سِكرتارية الاونسيترال قد أنشأت نظاماً لجمع
وتوزيع المعلومات على قرارات المحكمة وقرارات التحكيم والمتعلقة
بالاتفاقات والقوانين النموذجية (بما فيها القانون النموذجي) التي انبثقت عن
عمل اللجنة، والغرض من هذا النظام هو تعزيز الوعي الدولي بالنصوص
القانونية المصاغة من قبل اللجنة، ولتسهيل التفسير والتطبيق الموحد لهذه
النصوص^٢.

"القانون غير الملزم"

بالنسبة للإطار التنظيمي للتحكيم، يمكن أيضا إدراج ما يسمى ب
"القانون غير الملزم" بمعنى الهيكل المتنامي للنصوص المسماة
ب"البروتوكولات"، "الإرشادات"، "قوائم المهام"، أو ما شابه ذلك، والتي
ظهرت في التحكيم الدولي في العقود الأخيرة، وليس هناك تعريف دقيق لهذا
المفهوم، ولكن بوجه عام فإنه من المفهوم أن نماذج "القوانين غير الملزمة" هي
تلك التي لا يمكن فرضها عبر التنفيذ العام وعلى عكس القانون الدولي
والوطني، فهذه النصوص غير "إلزامية" للمشاركين في التحكيم^٣.

١ غاري ب بورن، الفصل الأول: مقدمة للتحكيم الدولي في التحكيم الدولي. قضايا ومواد، الطبعة

الثانية (قانون كلاور الدولي ٢٠١٥) ص ٤٦.

٢ أنظر: لموقع الاونسيترال: <http://www.uncitral.org/clout/index.jsp?lf=٨٩٨&lng=en>

٣ ويليام دبليو بارك، القانون الإجرائي غير الملزم للتحكيم الدولي، في المشاكل التي تتخلل التحكيم
الدولي (إصدارات ميستيليس آند ليو ٢٠٠٦)،

ويمكن أن تنبثق هذه النماذج عن أطراف فعّالة في الدولة سواء كانوا المشرعين أو الحكومات أو الهيئات الدولية، كما يمكن أن تنبثق أيضاً عن أطراف غير متعلقة بالدولة كالمؤسسات الخاصة والجمعيات المتخصصة أو التجارية، وهي تتراوح بين تلك النصوص التي يمكن إدراجها في اتفاقية الأطراف للتحكيم، أو للتوصيات فيما يتعلق بأفضل الممارسات التي يتبناها المحكمون وأطراف التحكيم الأخرى، وقد تكورت القوانين غير الملزمة في التحكيم الدولي كرد لسد الثغرات الموجودة في ممارسات التحكيم، وأيضاً كحل وسط بين الممارسين والمحكمين من خلفيات قانونية مختلفة.¹

بالرغم من أن الكثير من (البروتوكولات، أو الإرشادات...الخ) قد تقع تحت هذا التعريف، فإنه ولأغراض هذه الدراسة، نكتفي بذكر أداتين وضعتهما رابطة المحامين الدولية، واللّتين كانتا ذات أهمية على وجه الخصوص لعملية التحكيم الدولي، مثل قواعد بشأن الأخذ بالأدلة في التحكيم التجاري الدولي، وإرشادات بشأن تضارب المصالح في التحكيم الدولي المعتمدين كليهما من قبل رابطة المحامين الدولية.²

١ ريتشارد إتش كريندلر ومارييل ديمسي، الفصل الثاني: المحكم وإجراء التحكيم، القانون الساري العمل به والقضايا الاجرائية: مفاهيم ومفاهيم مسبقة وأفكار خاطئة في كتاب غيرولد زيلر وآبرين ويسلر وآخرون. الكتاب السنوي النمساوي حول التحكيم الدولي ٢٠١٥ ص ١٦٠.

٢ هناك العديد من أدوات القوانين غير الملزمة الأخرى مثل تقرير لجنة ISS حول ضبط الوقت والتكاليف في التحكيم، والذي يشير إليه المحكمون من حين لآخر بصفة دورية حين يسعون لتسيير الإجراءات بكفاءة قدر الإمكان، صممت تعليمات رابطة المحامين الدوليين حول تمثيل أحد الأطراف في التحكيم الدولي استجابة للحاج لتنظيم سلوك المحامين في التحكيم الدولي بشكل نظامي وملاحظات الأونستيرال حول تنظيم إجراءات التحكيم.

قواعد الأخذ بالأدلة

في أيار ٢٠١٠ أصدرت رابطة المحامين الدولية نسخة منقحة عن قواعد الأخذ بالأدلة في التحكيم التجاري الدولي،^١ بغرض تقديم عملية اقتصادية وعادلة وفاعلة للأخذ بالأدلة في التحكيم الدولي من مختلف التشريعات^٢، وتنظم القواعد عملية الأخذ بالأدلة في التحكيم بشكل شامل مع توفير آليات لعرض المستندات وشهود الإثبات وشهود الخبرة وعقد جلسات الاستماع للحجج على سبيل المثال^٣، وليس القصد هنا أن يتم استخدام هذه القواعد كهيكل مستقل ولكن بتوحيدها مع القواعد المؤسسية نفسها أو أي قواعد وإجراءات أخرى تحكم هيئات التحكيم الدولية.^٤

توجيهات رابطة المحامين الدوليين حول تضارب المصالح

في تشرين الأول ٢٠١٤ اعتمدت رابطة المحامين الدوليين عدة توجيهات جديدة حول تضارب المصالح في التحكيم الدولي ("التوجيهات") لتحل محل النسخة السابقة التي اعتمدت... في عام ٢٠٠٤.

وقد صُممت هذه التوجيهات رداً على الحاجة لمعايير دولية يمكن تطبيقها لإظهار اسم المحكم حين يكون المحامي والمحكمون غير متأكدين مما إذا كان ينبغي الإفصاح عن علاقة ما أم لا؟^٥، إن تطور الأعمال الدولية مع مشاركة

١ هذه القواعد حلت محل إصدار سابق عام ١٩٩٩.

٢ قواعد رابطة المحامين الدوليين حول الأخذ بالأدلة في التحكيم الدولي، تمهيد ص ٢

٣ نفس المرجع

٤ نفس المرجع

٥ توجيهات رابطة المحامين الدولية حول تضارب المصالح في التحكيم الدولي، مقدمة، فقرة ١ ص ١.

مجموعات مؤسسية كبرى بشكل واضح ومكاتب محاماة دولية قد أدى إلى العديد من الإفصاحات وإلى عدد كبير من طعون المحكمين. وقد أصبحت تلك التوجيهات معياراً دولياً مقبولاً بصورة واسعة النطاق للإفصاح والطعون، يعتمد الأطراف عليها فيما يقدمونه من شكاوي، وتعتبرها المؤسسات كدليل توجيهي^١، وحتى المحاكم تأخذها بعين الاعتبار عند الحكم في الطعون.^٢

المؤسسات التحكيمية

لا تتسم القواعد المؤسسية عامة بأنها قوانين غير ملزمة^٣، ومع ذلك فهناك عدد كبير من التحكيمات الدولية يتم إجراؤها تبعاً للقواعد المؤسسية التي بذلك يكون لها تأثير حاسم على العملية التحكيمية. إن الحكم الذاتي للأطراف يمنحهم مزيداً من الحرية للموافقة على الإجراءات التي تحكم التحكيم الدولي، وغالبا ما يمارس الأطراف هذه

١ فيليب ميوتيس تيليز، استقلال المحكمين ونزاهتهم. استعراض لقرارات مجلس إدارة SCC بشأن الطعون على المحكمين _ ٢٠١٠ - ٢٠١٢، ص ٤، متاح على الموقع

http://www.sccinstitute.se/media/٣٠٠٠١/felipe-mutis-tellez_article-on-scc-challenges-Ion-arbitrators.pdf

٢ انظر على سبيل المثال الحكم رقم ١١ □ ٢٤٨٤ T بتاريخ ١٠ أبريل ٢٠١٣ بمحكمة السويد العليا.

٣ انظر مثلا غابرييل كوفمان كوهلر، القوانين المرنة غير الملزمة في التحكيم الدولي: التدوين والمعيارية في صحيفة تسوية النزاعات الدولية (٢٠١٠) ص ٢.

الحربة عن طريق اتباع أو دمج القواعد الاجرائية في اتفاقية التحكيم الخاصة بهم.^١

ومن ثم يكون للقواعد المؤسسية دور كبير في إجراء التحكيم الدولي ، فهي تساعد على التحكيم في العديد من الأمور التي قد تعود لمحاكم في حالات أخرى ، والتي من أهمها تعيين المحكمين بالإضافة إلى عدة أمور أخرى.

وقد شهد القرن العشرون ظهور عددٍ من المؤسسات التحكيمية لا يزال كثيرٌ منها فعالاً وأصبح من بين مؤسسات التحكيم الدولية الرائدة ، مثل محكمة التحكيم الدولي بلندن (LCIA) التي تأسست عام ١٨٨٣ ، وهيئة تحكيم غرفة التجارة بستوكهولم (SCC) والتي تأسست عام ١٩١٧م ، والمحكمة الدولية للتحكيم (ICC) والتي تأسست عام ١٩٢٣م ، وجمعية التحكيم الأمريكية (AAA) والتي تأسست عام ١٩٢٦م.

وهناك الكثير من المؤسسات التحكيمية الأخرى ، إلا أنه لا زال غير معروفاً عدد تلك الموجودة اليوم ، ولكن يبدو أنه ينتشر بين الممارسين مفهوم أن حوالي ٥٠٪ من المؤسسات قد تأسست فعلياً خلال العشرين عاماً الأخيرة.^٢

١ غاري بي بورن ، التحكيم التجاري الدولي : تعليقات ومواد ، الطبعة الثانية (قانون كلاور الدولي ٢٠٠١) ص.٤٥٠

٢ انظر على سبيل المثال [http://kluwerarbitrationblog.com/blog/٢٠١١/١١/٣٠/the-rise-and-rise-] of-the-arbitration-institution

دور المحاكم الوطنية في التحكيم الدولي

لقد ظل النقاش دائراً حول دول المحاكم في التحكيم لعدة سنوات بصورة واسعة النطاق في العمل الأكاديمي والمؤتمرات والتقارير، وقد خصص كونجرس (ICCA) الذي عقد في نيودلهي عام ٢٠٠٠م جلسته بالكامل لمناقشة دور المحاكم، وقد كشف موضوع المؤتمر وحده عن أهمية ومدى تعقيد الموضوع: "التحكيم الدولي والمحاكم الوطنية: القصة التي لا تنتهي". على مدى السنوات اختلفت الآراء بشأن الدور الذي لعبته أو يجب أن تلعبه المحاكم الوطنية في التحكيم بصورة كبيرة، فمن ناحية كان هناك تلك الآراء التي تعتبر أن التحكيم سيواجه الكثير من المشاكل إذا لم تستطع المحاكم الإشراف على هيئات التحكيم ومساندتها بصفة مستمرة.

ومن ناحية أخرى، كان هناك تلك الآراء التي تدعم فكرة أنه ستقل فعالية الإجراءات التحكيمية إذا أقيمت المحاكم على سلطتها في التدقيق على المحكمين تبعاً لمجموعة متنوعة من الأسس، أو إذا استطاعت أن تقرر بشأن المسائل القانونية.

وعلى مدار العقود الماضية تغيرت الأحوال، فقد أصبح التوجه السائد اليوم مدعوماً بالقانون النموذجي والعديد من قوانين التحكيم الوطنية التي تعتمد على القانون النموذجي الذي يمنح الأولوية للحكم الذاتي لطرف من الأطراف وتدخل محدود من المحكمة.^١

١ انظر جيرولد هيرمان في مسؤوليات المحكم من أجل تسيير الإجراءات بشكل ملائم ودور المحاكم في توفير الإشراف في المجلس الدولي لكونجرس التحكيم التجاري السلسلة رقم ١٠، مؤتمر التحكيم الدولي نيودلهي ٢٠٠٠ (قانون كلاور الدولي ٢٠٠١) ص ٧٦ وميستيليز في جوليان دي-إم ليه،

وتنص المادة خمسة من القانون النموذجي صراحة على أن كافة الأمثلة التي قد تكون المحكمة متدخلة فيها يجب تضمينها في هذا القانون، وهذه ميزة هذه المادة التي ولحسن الحظ أدرجتها معظم الدول التي سنت التشريعات بناء على القانون النموذجي، والتي تم أيضاً اتباعها في قوانين التحكيم الوطنية التي لا تعتمد على القانون النموذجي.^١

الحالات التي قد تشارك فيها المحكمة بموجب القانون النموذجي هي

كالتالي:

تنفيذ اتفاقية التحكيم

في بداية أي تحكيم، قد يكون من الضروري مطالبة المحكمة بتنفيذ اتفاقية التحكيم، وتطالب المادة الثامنة من القانون النموذجي المحاكم بالإقرار باتفاقيات التحكيم ومنحها الفعالية والتأثير، تعكس المادة الثامنة من القانون النموذجي نهج المادة الثانية والثالثة لاتفاقية نيويورك، وتوجه المحاكم نحو إحالة الأطراف للتحكيم إذا كان النزاع خاضعاً لاتفاقية تحكيم، أو إذا طلب أحد الأطراف ذلك.

لوكاس إيه. ميستيليز وآخرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن، قانون كلاور الدولي ٢٠٠٣، ص.٣٥٥.

١ انظر على سبيل المثال، إنجلترا قانون التحكيم الجزء الأول (ج).

تعيين المحكمين

تلعب المحاكم دوراً هاماً في تشكيل هيئة التحكيم كهيئة تعيين يجب الرجوع إليها، ويكون هذا في حال لم تستطع الأطراف الاتفاق على محكم، أو إذا لم تنجح آلية التعيين المنصوص أو المتفق عليها، ففي مثل هذا الوضع ينبغي تعيين المحكمين بواسطة المحاكم كما ينص القانون النموذجي^١ ومعظم القوانين الوطنية، وفي هذه الحالات يكون تدخل المحكمة ضرورياً حتى يكون الاتفاق على التحكيم سارياً.

الطعون على المحكمين

تلعب المحاكم أيضاً دوراً هاماً في التقرير بشأن الطعون بالمحكمين، فكثيراً ما تعوق الطعون إجراءات التحكيم بصورة كبيرة، وللتقليل من هذا التعويق، نص القانون النموذجي على عدم إعطاء الحق في الاستئناف لأي قرار محكمة قيد الطعن، بالإضافة إلى أنه يشترط حين يكون الطعن معلقاً استمرار الهيئة بما فيها المحكم المطعون عليه في إجراءات التحكيم وإصدار القرار^٢، كما يحق للمحكمة أيضاً إزاحة أي محكم لم ينسحب من منصبه إذا أصبح قانونياً أو واقعياً غير قادر على أداء مهمته، أو إن لم يستطع تأدية مهامه كما يجب نتيجة لأسباب أخرى^٣.

الاختصاص

تنص المادة السادسة عشر من القانون النموذجي على المبدأ المعروف (Kompetenz-Kompetenz) بمعنى أن أي هيئة تحكيم يكون لديها السلطة

١ المادة ١١ (٣) (٤) قانون الأونسيترال النموذجي.

٢ المادة ١٣ (٣) قانون الأونسيترال النموذجي.

٣ المادة (١٤) قانون الأونسيترال النموذجي.

للبت تبعاً لنطاق اختصاصها والتقرير بشأن النزاع، ويجب هنا أن نذكر أن سلطة هيئة التحكيم ليست حصرية ولا نهائية، قد تحكم هيئات التحكيم تبعاً لنطاق صلاحيتها، إما مسألة مبدئية أو في قرار بشأن الموضوع، إذا حكمت هيئة التحكيم كمسألة مبدئية بأن لها الاختصاص، يحق لأي طرف أن يطالب المحكمة باتخاذ قرار بشأن الأمر وذلك خلال ٣٠ يوماً من تلقي إشعار بهذا الحكم، ومرة أخرى فإن هذا القرار الذي يساعد على عدم التوقف لا يمكن استئنافه، وبينما تتخذ المحكمة قرارها بشأن الأمر يمكن أن تستمر إجراءات التحكيم بالتوازي، ويمكن للهيئة... أن تصدر قرارها التحكيمي.^١

واليوم تقرر قوانين التحكيم بصورة واسعة النطق بمبدأ (Kompetenz-Kompetenz) وأيضاً تلك التي لا تعتمد القانون النموذجي، فعلى سبيل المثال، يمنح القسم الثالث من قانون التحكيم السويدي^٢ للأطراف الحق في بدء إجراءات محكمة موازية للحصول على حكم تقريري من محكمة المقاطعة ليتبين ما إذا كانت هيئة التحكيم تتمتع بالصلاحية للتقرير بشأن النزاع، فيمكن المطالبة بهذا القرار التقريري قبل أو أثناء بدء إجراءات التحكيم، ويمكن أيضاً السعي للحصول على قرار إيجابي وقرار سلبي بشأن الاختصاص، وبالمثل كما في المادة ١٦ (٣) من القانون النموذجي، ينص القسم الثاني من قانون التحكيم السويدي على أنه يمكن أن يستمر المحكمون في التحكيم أثناء انتظار قرار المحكمة، إلا أن هناك فرق بين

١ المادة ١٦ (٣) قانون الأونستيرال النموذجي.

٢ Lag (SFS ١٩٩٩:١١٦) om skiljeförfarande. تتوافر ترجمة لقانون التحكيم السويدي على الموقع <http://swedisharbitration.se/wp-content/uploads/٢٠١١/٠٩/The-Swedish-Arbitration->

.Act.pdf

القسم الثاني والمادة السادسة عشر، كما يمكن استئناف الحكم التقريبي لمحكمة المقاطعة في محكمة الاستئناف ثم المحكمة العليا إذا تم الحصول على إذن بالاستئناف^١.

الإجراءات المؤقتة

في الكثير من الحالات التي تكون فيها الإجراءات المؤقتة أمراً ضرورياً، يمكن لهيئة التحكيم بنفسها أن تطالب بها، ولكن هناك عدة مواقف قد تكون سلطات هيئة التحكيم فيها غير كافية ويكون اللجوء لمحكمة وطنية أمراً ضرورياً، على سبيل المثال حين لا يكون لهيئة التحكيم ببساطة السلطة لإصدار نوع معين من الإجراءات، وأكثرها وضوحاً هي قرارات الحجز التحفظي والتي يمكن عادة منحها بشكل فعال عن طريق محاكم الدولة.

من الحالات الأخرى التنفيذ القسري للإجراء المؤقت، على عكس الإجراءات المؤقتة الصادرة بأمر محكمة، عادة لا تكون تلك الصادرة بأمر هيئة التحكيم قابلة للتنفيذ حيث أنها بطبيعتها مؤقتة، أو الإجراءات الشرطية التي لا تعمل على حل النزاع بشكل نهائي^٢، ولا تزال بعض قواعد التحكيم تسمح باتخاذ قرارات بشأن الإجراءات المؤقتة على هيئة أمر أو قرار تحكيم^٣، ولكن تسمية القرار بـ "الأمر" أو "قرار تحكيمي" ليس أمراً حاسماً، فالأمر

١ ماري أوهريستروم، الفصل الرابع، اختصاص هيئة التحكيم في أولف فرانك، أنيت ماغنوسون وآخرون التحكيم الدولي في السويد: دليل الممارس (قانون كلاور الدولي ٢٠١٣)، ص ٨٦.
٢ ومع ذلك يمكن تنفيذ الإجراءات المؤقتة الصادرة بأمر من هيئة التحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية إذا كانت المسألة التي تم تقريرها في الأمر نهائية بشكل كاف.

٣ انظر على سبيل المثال المادة ٢٨ - ١ من قواعد ICC والمادة ٣٢ (٣) من قواعد SCC.

المرتبط بأغراض التنفيذ هو مدى نهائية القرار وطبيعته الملزمة^١، وهو ما سيتم تقييمه في النهاية من قبل محاكم التنفيذ الوطنية.

أيضا في العديد من السلطات القضائية، قد لا تتوافر الإجراءات المؤقتة قبل تشكيل هيئة التحكيم، في هذه الحالة يكون اللجوء للمحكمة هو البديل الوحيد للحصول على إجراءات في الحالات الطارئة، ومع ذلك في السنوات الماضية ناقشت الكثير من القواعد المؤسسية^٢ مثل قواعد ICC وقواعد SCC هذه الثغرة وسمحت بما يسمى إجراءات محكم الطوارئ^٣، وذلك بأن يحصل طرف ما على مساعدة مؤقتة قبل تشكيل الهيئة.

سبب آخر لأهمية مساعدة المحاكم الوطنية في الإجراءات المؤقتة هو أن الطبيعة التوافقية للتحكيم تسمح لهيئات التحكيم باتخاذ أوامر تؤثر على أطراف التحكيم، وعلى عكس المحكمة قد تُمنع هيئة التحكيم من إصدار أي أمر موجه لطرف ثالث مثل البنوك التي يوجد فيها أموال أحد الأطراف.

وفي النهاية ففي بعض الحالات على سبيل المثال كالحفاظ على الأدلة، أو تأمين الأصول قد يحتاج أحد الأطراف المطالبة بإجراء مؤقت من طرف واحد، أي بدون إخطار الطرف الثاني الذي يتم السعي لإصدار إجراء ضده، يسمح القانون النموذجي بتقديم طلبات محدودة من طرف واحد دون إخطار الآخر

١ انظر باتريشيا شوغنيسي، الفصل ٥ الإجراءات المؤقتة في نفس المرجع السابق ٤٠ ص ١٠٧.

٢ توضح قواعد مثل ICC و LCIA و SCC إصدار الإجراءات المؤقتة قبل تشكيل هيئة التحكيم عن طريق ما يسمى "محكم الطوارئ".

٣ انظر باتريشيا شوغنيسي، المرجع السابق ٤٠ ص ٩٥ - ١١٤

لهيئة التحكيم^١، ولا تسمح معظم القواعد المؤسسية لهيئات التحكيم بإصدار أمر إجراءات مؤقتة من طرف واحد، ومن ناحية أخرى قد تصدر المحاكم الوطنية إجراءات مؤقتة من طرف واحد دون علم الآخر^٢.

تقنن المادة التاسعة من القانون النموذجي المبادئ المزدوجة...، أولاً: لا يتنازل أي من الأطراف عن حقه في اللجوء للتحكيم عن طريق المطالبة (أو الحصول على) إجراءات مؤقتة بالحماية من محكمة وطنية، وثانياً: أن وجود اتفاقية تحكيم لا يمنع المحكمة الوطنية من منح هذه الإجراءات.

وقد قدمت تعديلات القانون النموذجي عام ٢٠٠٦ في فصل جديد الفصل الرابع (أ) نظاماً قانونياً شاملاً يتعامل مع الإجراءات المؤقتة دعماً للتحكيم في الجزء الخامس، الإجراءات المؤقتة بأمر المحكمة، المادة السابعة عشر تنص على أنه يحق للمحاكم منح إجراءات مؤقتة.

الأخذ بالدلائل

في بعض الأحيان تتسبب الطبيعة التوافقية للتحكيم وما ينشأ عنها من نقص في السلطات القسرية لهيئات التحكيم في وضع حد لخيارات الهيئة في الأخذ بالأدلة بشكل عام، إذ لا يمكنها إجبار الشهود على المثول في أحد الجلسات أو الإجابة على الأسئلة، أو أمر طرف ثالث بأن يقدم مستندات، وبسبب هذه الإجراءات وإجراءات أخرى مقارنة بها يجب أن تعتمد هيئات التحكيم على دعم المحكمة، على سبيل المثال لا يسمح للمحكمين في السويد مطالبة الشاهد بأن يقسم، ولا بأن توقع غرامات ولا استخدام أي وسيلة

١ المادة ١٧ - ب (١) قانون الأونسيترال النموذجي.

٢ انظر، المرجع السابق ص ٤٤٤ - ٤٤٦

لإجبار أحد الأطراف على تقديم دليل ، وبسبب هذه السلطة القسرية المحدودة يمنح الجزء ٢٦ من قانون التحكيم السويدي للطرف الحق في اللجوء لمحكمة المقاطعة ومطالبة المحكمة سماع الشاهد تحت طائلة القسم أو مطالبة المحكمة بأن تأمر أحد الأطراف بتقديم دليل.

ويقل التدخل في التحكيم بسبب حقيقة أن طلب دعم المحكمة بشكل عام يجب أن ينشأ من هيئة التحكيم نفسها أو على الأقل بموافقة منها^١، ففي قضية يورفلون ضد فليكسيبوز^٢ تعاملت محكمة السويد العليا مع أمر مساعدة المحكمة في الأخذ بالأدلة حيث قررت أن مراجعة المحكمة مقصورة فقط على مشروعية أمر هيئة التحكيم^٣، في هذه الحالة طلب أحد الأطراف مساعدة المحكمة في الأخذ بأدلة طرف ثالث في أحد قضايا التحكيم المستمرة، واعترض الطرف الآخر على الطلب مؤكداً على أن المادة المطلوبة تفتقر للقيمة الثبوتية وتضمنت أسرار تجارية لا يجب الإفصاح عنها إلا في ظروف استثنائية طارئة، وحكمت محكمة السويد العليا أنه وبناءً على الجزء ٢٦ من SAA بأن القيمة الإثباتية للمادة المطلوبة هي أمر يترك حصرياً لتقدير هيئة التحكيم التي تعتمد طلب المساعدة والذي قد لا تراجع المحكمة، وتقتصر مراجعة المحكمة على مشروعية أمر الإفصاح وعلى ما إذا كان هناك استثناء للإفصاح أم لا.

١ المادة (٢٧) قانون الأونسيترال النموذجي.

٢ قرار محكمة السويد العليا بتاريخ ١٠ مايو ٢٠١٢ رقم ١١/١٥٩٠ Ö.

٣ كريستيان بلومكفيست، تقديم المستندات - محكمة السويد العليا تؤكد على التطبيق المساند للتحكيم المستمر في المحاكم السويدية، صحيفة كولومبيا للقانون الأوروبي على الانترنت إصدار ١٨ ص ٢٩.

استبعاد قرارات التحكيم

أكثر الحالات الدرامية لمشاركة المحكمة تأتي عقب إصدار قرار التحكيم، إذا بدأ أحد الأطراف إجراءات استبعاد قرار التحكيم، إذ قد ينشأ عن إجراء الاستبعاد المنصوص عليه في المادة ٣٤ من القانون النموذجي، أن تصرح المحكمة بأن يتم التغاضي عن الحكم (استبعاده) كلياً أو جزئياً، حين يتم استبعاد حكم سيتم عادة التعامل مع الحكم على أنه لاغي، وبالتالي غير قابل للتنفيذ، وتظل المادة ٣٤ تنص بصورة شاملة على أسس الطعن التي لا تتعامل مع موضوع النزاع ولكن مع الطريقة التي تمت بها الإجراءات.

عند صياغة القانون النموذجي كان أحد أصعب الأمور هو ما هي الأسس التي قد تبرر استبعاد قرار التحكيم، في نهاية المطاف وبعد نقاشات مطولة، تم التوصل إلى استنتاج يعكس أسس اتفاق نيويورك الخاصة برفض التنفيذ، مع قليل من التعديلات، حيث أنه سيتم تقديم طلبات الطعن أو الإستئناف في محاكم الدولة التي يقام فيها التحكيم.

قد تستغرق إجراءات استبعاد الحكم وقتاً طويلاً وتكون مكلفة. وإدراكاً لهذا الأمر، اتخذت محكمة استئناف سفيا، المحكمة الرئيسية في السويد التي تتعامل مع أمور التحكيم، مبادرة شيقة للغاية عن طريق إصدار مجموعة توجيهات داخلية في يناير ٢٠١٤ من أجل تنظيم إجراءات استبعاد الأحكام. تهدف هذه الإجراءات لجعل تنظيم المحكمة لهذا النوع من الإجراءات أكثر كفاءة ومن ثم أقل تكلفة بالنسبة للأطراف. من بين التدابير المدرجة في هذه

التوجيهات هو أن يضع القاضي خطة زمنية بالتشاور مع محامي الأطراف من أجل تحديد مواعيد الجلسة التحضيرية وتقديم الأطراف لمستندات القضية.^١

الإقرار بالأحكام وتنفيذها

وبالمثل ، حين لا يلتزم أحد الأطراف طوعاً بقرار التحكيم ، سيتم تمكين المحاكم من ممارسة الحكم السديد لإجبار تنفيذ الحكم ضد الطرف المتعثر.^٢ وتعكس النصوص المتعلقة بالإقرار والتنفيذ في القانون النموذجي تلك الواردة في اتفاقية نيويورك ، قد يكون للاختصاصات المختلفة منهجيات مختلفة حول إمكانية تنفيذ أحكام التحكيم ، إلا أن اتفاقية نيويورك سمحت بالتوافق بين المعايير القانونية المطبقة على إجراءات التنفيذ^٣ ، وتتم إجراءات التنفيذ إما حيث يقيم المدعى عليه ، أو حيث يقع مقر عمله الرئيس ، أو حيث يملك أموالاً أو أصولاً يمكن تنفيذ الحكم عليها.

١ صدرت التوجيهات الداخلية في السويد تتوافر ترجمة غير رسمية باللغة الإنجليزية على الموقع:

<http://sccinstitute.se/media/٥٦٠٣٨/arbitration-cases-before-the-svea-court-of-appeal-1.fversion□١.pdf>

٢ المادة ٣٥ و٣٦ قانون الأونسيتال النموذجي.

٣ حققت الأونسيتال ، مع شيرمان وستيرلنغ ومدرسة كولومبيا للحقوق مبادرة مفيدة جدا عن طريق توفير قرارات المحكمة على الانترنت من عدة اختصاصات وولايات قضائية تطبق اتفاق نيويورك (أو القوانين الوطنية التي تتضمن الاتفاق) في إجراءات التنفيذ. المبادرة تحت عنوان "دليل اتفاق نيويورك لعام ١٩٥٨" وهي تجمع بين قرارات ٤٢ ولاية قضائية مختلفة من بينها الأرجنتين ومصر وجنوب أفريقيا والسويد وروسيا والولايات المتحدة وحتى من الدول غير الموقعة على الاتفاق. انظر مزيد من

المعلومات على الموقع
[<http://www.newyorkconvention١٩٥٨.org/index.php?lvl=cmsspage&pageid=١١&provisio>

.n=١٤٢&sub_provision=١], See also Supra ١٤

وكما أشرنا سابقا في هذه الدراسة فيما يتعلق بحالات تدخل المحكمة المذكورة أعلاه فإنها حصرية تبعا للقانون النموذجي ومعظم القوانين التي تعتمد عليه.

الخاتمة

استفاد التحكيم من الإجراءات التشريعية والإجراءات الأخرى التي اتخذت على مدار عدة عقود ماضية في مجال التحكيم، وقد اعتمدت كثير من الدول القانون النموذجي للأونسيترال أو استوحت من محتواه عند صياغة أو تنقيح تشريعاتها بشأن التحكيم، وبالمثل فقد اعتمدت بعض هيئات التحكيم قواعد تحكيم الأونسيترال لتكون قواعدها الخاصة أو استوحت منها عند صياغة قواعدها.

وقد استفاد التحكيم من جودة العديد من القواعد والقوانين الجديدة ومن التنسيق الذي نشأ في التدابير التشريعية والتدابير الأخرى، وقد أدى القانون النموذجي فعلياً وسيستمر في أن يؤدي إلى التنسيق بين قوانين التحكيم الوطنية إلى درجة أكبر في المستقبل^١.

إضافة إلى ذلك فإن عملية التحكيم الأكثر كفاءة تعني أن الأطراف قد أصبحوا أكثر احتمالاً للميل نحو التحكيم بدلا من التقاضي في المحكمة، حتى قبل تبني الإصلاحات المذكورة أعلاه، فيمكن أن يكشف التحكيم عن مميزات واضحة مقارنة بالتقاضي، على سبيل المثال التحكيم أسرع بكثير من التقاضي في المحاكم، وهو عملية خاصة أكثر منها عامة مما يمكن أن يكون هاما على وجه الخصوص في الشؤون التجارية حيث يستخدم التحكيم كثيراً، كما أنه يمكن أن يعقد التحكيم في دولة أخرى محايدة بدلا من دولة أي من أطراف

١ بوكستيغل، وجهات النظر الماضية والحاضرة والمستقبلية بشأن التحكيم ص ٣٠١ في التحكيم

الدولي، المجلد ٢٥ رقم ٣ ٢٠٠٩

النزاع، إذ يمكن للأطراف اختيار المحكمين وتعيين أشخاص لديهم بعض الخبرة أو على الأقل على دراية بموضوع النزاع. من الأسباب المقنعة وربما الأكثر حسماً هي أنه يمكن تنفيذ قرار التحكيم في أكثر من ١٥٠ دولة أخرى، بينما حكم المحكمة لا يمكن بشكل عام تنفيذه إلا في الدولة التي صدر فيها الحكم.

ومن المتوقع أن يظل مجال التحكيم هو الأفضل، وأن يؤدي إلى زيادة مستمرة في التحكيم الدولي في عدد من القضايا، وفي انتشاره في عدة أماكن، ويساهم في ذلك عملية التحكيم الأكثر كفاءة والتوسع المستمر في التجارة الدولية.

الأسباب الحكيمية والاستغلالية لتفضيل التحكيم الدولي

جان بولسون

أستاذ الحقوق في جامعة ميامي

شريك مؤسس في شركة التيجان الثلاثة ، واشنطن

عضو مجلس مركز البحرين لتسوية النزاعات

هل يمكن لنظام قانوني استغلالي بالكامل أن يدعم التحكيم الدولي؟، إنه يبدو لأمر لطيف أن أقول إننا جمعياً نفضل القانون الدولي والأساليب الدولية لتسوية النزاعات، ولكن ماهي كلفة ذلك؟ وماهي فوائده؟ حيث إنه من الصعب أن نعرف إذا كانت الكلمات التي تبدو نبيلة صادقة، ولذا من الأسهل أن نثق بأحد ليتصرف بطريقة معينة؛ لأنها في مصلحته وليس لأننا نعتقد أنه يريد أن يكون لطيفاً.

ولماذا أبدأ بهذه الطريقة؟ ألا يجب الجميع التحكيم الدولي؟ الإجابة الحقيقية هي لا. قد يكون من الصعب أن تحب التحكيم الدولي، ومن المهم أن نفهم السبب؛ لأننا بخلاف ذلك سنكون نتحدث عن أوهام ولن نحقق شيئاً في الواقع.

قبل حوالي ٣٠ عاماً، في تشرين الأول ١٩٨٩، تمت دعوتي للتحدث لجمهور متميز من القضاة العرب والأساتذة والمحامين في مؤتمر ممتاز في عمان، والذي نظمته غرفة التجارة العربية - الأوروبية، استخدمت مقارنة وأبدت ملاحظة أنه من السهل أن تحب طفلاً جميلاً، ومن السهل أن تفتخر بابتك عندما تكون علاماتها الأفضل في المدرسة، وبابتك عندما يمتدح الجميع أداءه في العزف على البيانو.

ولكن هذه ليست اختبارات للحب، فاختبار الحب يكون عندما لا يستطيع طفلك اجتياز امتحانه، أو عندما يرتبك ويرتكب الأخطاء في حياته، في بعض الأحيان تكون الأخطاء قاتلة.

ويمكن أن نقول نفس الشيء عن التحكيم الدولي، هل تحب التحكيم الدولي؟ من السهل أن نحب قراراً جميلاً، ومن السهل لنظام قانوني وطني

تبنى قراراً بالإجماع، أقرته هيئة تحكيمه متميزة وعندما يكون الطرف الفائز من بلده، إلا أن هذا ليس اختباراً للحب، إذا أراد نظام وطني من العالم أن يصدق أنه يفضل التحكيم الدولي، فهناك اختباران للحب: أحد هذه الاختبارات إذا كنت ستستقبل قراراً قبيحاً، وبما أننا في الرياض، دعوني اقولها بهذه الطريقة: ماذا سيقول قاضي سعودي عندما يُطلب منه تنفيذ قرار لا يحبه لأنه:

- صدر في بلد أجنبي وبلغة لا يفهمها.
- تبدو منطقته ضعيفة.
- كان على المحكمين أن يطبقوا القانون السعودي وقد حاولوا ذلك، ولكن بطريقة يشعر بها القاضي السعودي أنها غير صحيحة.
- كان المحكم الثالث سعودياً إلا أنه لم يوافق على القرار.
- وأخيراً، خسر الطرف السعودي والآن يطالب الطرف الأجنبي القاضي السعودي بطلب الدفع.

قد يكون من غير السهل أن تحب قراراً مثل هذا، ولكن كما إنك لا تستطيع القول: "أحب أطفالتي فقط عندما يعملون الأشياء التي أحبها"، فإنك لا تستطيع القول "أنا أقبل القرارات فقط عندما أوافق عليها".

والآن الاختبار الثاني في الواقع وبالمعنى الزمني، فإن الاختبار الأول ليس حالة قرار قبيح وإنما حالة هيئة تحكيم قبيحة لأن هذا الاختبار ينشأ بمرحلة مبكرة من النزاع، فعلى سبيل المثال، يذهب الطرف السعودي إلى محكمة في مدينة جدة ضد طرف أجنبي يقول الطرف السعودي عنه أنه تسلم دفعه مقدمة ضخمة إلا أنه رفض تنفيذ العقد، ويخضع العقد لأحكام القانون

السعودي، ولكن هنالك شرط التحكيم، لذا يطلب الطرف الأجنبي من القاضي السعودي أن يتخلى عن سلطته القضائية لصالح هيئة التحكيم في أرض بعيدة، وستتشكل غالبية التحكيم بشكل مؤكد من محكمين غير سعوديين وغير خبيرين في القانون السعودي كما أنهما غير معروفين بالمرّة في البلد.

قد يكون ذلك قراراً قبيحاً بنظر القاضي السعودي، قراراً يعتقد بأنه لا يجب أن يسمح أن يتم استبداله، ولكن حين تتغلب على عدم الإعجاب وتتبع مبدأ أعلى، وهدف طويل الأمد، عندها فقط يمكن أن تثبت قبولك للعملية.

وقد تعلمت الأنظمة الوطنية للقانون العام قبول التحكيم الدولي، وأثبتوها بالطريقة التي تعاملوا بها مع ما يبدو لهم بأنها قرارات غير جذابة. والمشكلة الأساسية التي تميز التحكيم الدولي عن التحكيم الوطني هو تعددية السلطات القضائية ذات الكفاءة المحتملة، وبما أنه ليس هنالك " محكمة تجارة عالمية " إجبارية، فإن على الأطراف طوعاً قبول مكان محايّد يكون منصوص عليه ضمن العقد. وإذا لم يتم احترام هذه الاشتراطات من بلد لآخر، سيكون هنالك فوضى، وسيتمكن الجميع من مقاضاة خصومهم في محكمتهم المفضلة، وسيكون هنالك أحكام غير متوافقة والتي سيكون من الصعب تطبيقها في أي مكان إلا في البلد الذي صدر فيه، وسيتدهور النظام ولن تكون عندها تسوية النزاعات تحت العقود الدولية آمنة، وستعاني التجارة الدولية لأن الشركات الجادة ستعتبر العقود الدولية أمراً فيه مخاطرة أو يجب تجنبه أو يتم تسعيره بأعلى الأسعار لتعويض المخاطرة.

في أيام أجدادنا، كانت القوانين والأحكام معادية للتحكيم بشكل عام، كانت المحاكم تشك بالترتيبات التعاقدية للعدالة الخاصة، كانوا يغارون من سلطتهم ويخافون من أن الأشخاص غير القضاة الحبيرين سيسئون تطبيق القانون، وكان عداؤهم نحو التحكيم أكبر فيما يتعلق بالقضايا ذات الطبيعة الدولية التي يطالب فيها الأجانب بجرمان المحليين من " حقهم " في أن يتم الاستماع إليهم من قبل " الطبيعيين " من أهل بلدهم أو يطالبون بفرض قرارات المحكمين الأجانب.

وبعد بدء إعادة الإعمار في جميع أنحاء العالم في عام ١٩٤٥، وتوسع التجارة الدولية، قادت الدول التجارية الكبرى حركة كبيرة في الاتجاه الآخر على وجه التحديد، وأصبح التحكيم مفضلاً بشكل عام وبالأخص التحكيم الدولي، وبالإضافة إلى ذلك فإن التوجه الإيجابي نحو التحكيم الدولي ليس مقتصرًا على الغرب الصناعي، فقد اتبعت البلدان النامية (مثل الهند وتونس)، والدول الاشتراكية (مثل الاتحاد السوفيتي) هذا التوجه العالمي المتزايد، إلا أن عدداً من البلدان، ولا سيما في أمريكا اللاتينية والشرق الأوسط، قد تخلفت عن هذه الحركة العالمية، وهذا الأمر يطرح مشكلة هامة إذا أردنا أن نكون صادقين وواقعيين في التفكير حول واقع وآفات التحكيم الدولي في العلاقات التجارية بين البلاد العربية والغربية، وأنا لا أقترح هنا وجوب وضع صانعي القانون وإلقاءه في بلاد الشرق الأوسط تحت الضغط لاتباع الاتجاه العام ليواكبوا الحداثة، بل ينبغي عليهم القيام بذلك لأنها تصب في مصلحة بلادهم، ولكي يقتنعوا بالحاجة إلى الإصلاح، فمن غير الكافي الإشارة إلى الأمثلة الأمريكية أو الإنجليزية، بل لا بد من إلقاء نظرة على طرق

محددة فضلت فيها الأنظمة القانونية التحكيم الدولي ، ومن ثم تحليل في كل حاله السبب وراء اعتبار أن التوجيه في هذا الاتجاه هو في المصلحة العامة. وهل الأمر كذلك في بلادنا؟

أ. ستة أفكار أساسية

إن السبب وراء تفضيل التحكيم الدولي يكمن في تشجيع التجارة الدولية. فإذا كانت المحاكم في بلد ما معادية للتحكيم الدولي ، وتضل مواطنيها إما عن طريق افتراض الحق لتقرير النزاع بغض النظر عن شروط التحكيم الحيادية ، أو عن طريق رفض تنفيذ قرارات التحكيم ، فإن الأطراف من ذلك البلد سيعتبرون أقل موثوقية كشركاء تجاريين ، ولن يتغير هذا الواقع أي قدر من الرضا عن جودة محاكمهم ، وكما وضعتها المحكمة العليا الأمريكية في قرار تاريخي عام ١٩٧٤ ، فإن عدم اليقين القانوني لعلاقات العمل الدولية يجعل من الضروري احترام الخيارات التعاقدية لمحكمة حيادية من أجل تحقيق "الانتظام ولتنبؤيه التي تعتبر أساسية لأي صفقة تجارية دولية" وهذا الهدف كما قالت المحكمة ، سيتم إحباطه جراء "الرفض محدود التفكير من قبل محاكم دولة ما لتنفيذ اتفاقية تحكيم دولية". (شيرك ف. البرتو- كلفر كو، ٤١٧ الولايات المتحدة، ٥١٦، ٥٠٦).

وهذا هو الدافع العام لدعم آثار آليات التحكيم الدولية ، ولكن لإعطاء تأثير لهذا المبدأ العام ، كان يجب أن يكون هنالك تطور بعدد من المسائل كما سنرى : أفكار هامة تظهر اليوم أساسية ، إلا أنها مع ذلك ، تمثل المساهمات الكبرى للأنظمة القانونية الرئيسة. وعلى الدول التي لم تقبل هذه الأفكار الأساسية حتى الآن تَوَقَّع أن يُنظر إليها نظره شك بأنها ببساطة لا ترغب

بالوثوق بمحكمة حيادية، ولن يتم تصديق ما سيقولونه بشكل عام عن قبول التحكيم الدولي.

١- صلاحية اتفاقيات ما قبل النزاع للتحكيم

إذا سُمح للأطراف بالموافقة على التحكيم بعد نشوء النزاع فقط، فإن التحكيم التجاري الدولي سيصبح أداة غير مفيدة وذلك لأنه بمجرد نشوء النزاع، فإن المدعى عليه في الغالب ليس لديه سبب وجيه للموافقة على المحكمة المحايدة، وسيصر على مثل أي دعوة أمام المحاكم الوطنية في بلده، وبعبارة أخرى يمكن لاتفاقيات التحكيم أن تلعب دوراً هاماً فقط إذا تم إبرامها قبل نشوء النزاع، عادة في وقت إبرام العقد الأصلي. وبالفعل يتم إجراء العديد من الاستثمارات بالاعتماد على توافر آلية محايدة لتسوية المنازعات مثل تلك التي وعد بها شرط التحكيم الدولي، ويجب اعتبار البلدان التي تجاهلت شروط تحكيم ما قبل النزاع في العقود الدولية بلدانا معادية للتحكيم الدولي.

٢- مدى صحة اختيار المحكمين المستقبلين

إذا كانت اتفاقيات التحكيم تعتبر صالحة فقط إذا قاموا بتعيين المحكمين الذين سيكون لهم السلطة في حالة النزاع، فإن آلية التحكيم لن تكون مفيدة كثيراً للعقود الدولية، ويمكن إجراء العقود الدولية قبل سنوات عديدة من نشوب النزاع، ومن المفضل أن يتم تعيين المحكمين في ضوء طبيعة النزاع حتى يتم اختيار أشخاص يمتلكون التدريب والخبرة اللازمة، وإنه لمن الصعب إذا لم يكن من المستحيل أن نعرف مقدماً النزاعات التي يمكن أن تنشأ، وماهي الخبرة التي تتطلبها. كما أن ذلك يجعل من المستحيل للمؤسسات التحكيمية

القيام بدورها في تعيين هيئات التحكيم، فالقوانين التي تتطلب شروط التحكيم لتضمن أسماء المحكمين تميل إلى جعل اتفاقيات التحكيم الدولية غير قابلة للتطبيق الأمر الذي سيؤدي إلى رمي النزاع إلى محكمة وطنية ما، حيث سيُشكل بالحيادية من أحد الطرفين.

٣- حق المحكمين في الحكم بطعون السلطة القضائية.

لا يستطيع المحكمون اتخاذ قرار نهائي بشأن مدى سلطتهم الخاصة، فإذا قام محكم بإصدار قرار على الرغم من غياب اتفاقية تحكيم سارية، أو تجاوز نطاق الاتفاقية، سيكون هنالك احتمالية أن تقوم سلطة المراقبة بتصحيحه. وهذه السلطة في العادة هي محكمة في المكان الذي صدر فيه القرار أو في المكان الذي طُلب تنفيذها فيه، وهذا النوع من التصحيح لما قام به المحكم قد يكون ضرورياً، ولكن إذا كان بالإمكان إيقاف المحكمين بأي لحظة، ومنذ البدايات الأولى، وقبل قيامه بأي شيء فقط لأن طرف يطلب من القاضي ان يحكم بأن هيئة التحكيم لا تملك السلطة القضائية، فإن النظام سيتدمر أو سيبوء استخدامه، وسيكون من المغري للمدعى عليهم أن يلجؤوا إلى محاكمهم الوطنية وبالتالي: ١- يشلون حركة التحكيم. ٢- يجبرون الطرف الآخر إلى الحضور للمحكمة الوطنية والتي ينصح شرط التحكيم تجنبها.

وبعبارة أخرى من الضروري أن يكون لهيئات التحكيم الدولية الحق في المقام الأول للحكم في سلطتهم القضائية، وهذا لا يعني أنه لا يمكن للقضاء التحكم بالقرارات، سواء في مرحلة الطعون بالقرار أو الإلتقان المراد للقرار، الأمر ببساطة يعني الإسراع إلى محكمتهم المفضلة، وتحتزم جميع أنظمة التحكيم الدولي الرئيسة هذا الحكم.

وهذا هو السبب في أن قانون الأونسيترال النموذجي لعام ١٩٨٥، في مادته ١٦(٣)، ينص على أن يكون لجميع المحكمين السلطة لاتخاذ القرارات بشأن أمور ذات علاقة بسلطاتهم القضائية، وأن يتم الطلب من المحاكم الوطنية مراقبة مثل هذه الأمور فقط بعد ان يتوصل المحكمون إلى قرارهم بهذا الخصوص.

إن النقطة الأساسية هنا هي أنه لا يتوجب على المحكمين التوقف عند مواجهتهم للطعن، ولكن يمكن أن يقرروا هذا الطعن ويستمروا بالقضية إذا اعتبروا أنهم يملكون السلطة القضائية (عرضة للرفض من قبل المحكمة وطنية ذات كفاءة). وهذه الميزة الأساسية في عملية التحكيم هي في الوقت الحالي جزء من قوانين التحكيم التي تناسب العقود الدولية والتي لطالما تم قبولها كأمر روتيني من قبل المحاكم في الأنظمة القانونية الكبرى، والمحاكم الإنجليزية والتي يمكن أن تكون أقل (على سبيل المثال، انظر قضية Societe Generale de Surveillance ضد Raytheon حيث رفضت محكمة الاستئناف الفدرالية الأمريكية طعناً بالسلطة القضائية لشرط ومطالبة بتحكيم المحكمة الجنائية الدولية في سويسرا حيث أفادت " أن مسألة مجال شرط التحكيم في العقد أمر مناسب للتحكيم ". ٦٤٣ ف (١٩٨١). وقد أصبح القانون جزءاً من مشهد التحكيم الدولي، لذا فإن المحاكم الوطنية التي تجاهلتها - مثلاً عن طريق الادعاء بانها تملك السلطة للطلب من المؤسسات التحكيمية او المحكمين وقف أعمالهم - يُنظر إليها من قِبَل مجتمع العمل الدولي على أنها تعيش في الماضي وليس لديها الرغبة لاحترام حقوق التعاقد للأجانب.

٤ - إمكانية فصل شروط التحكيم.

قد يحدث أن يدّعي طرفي العقد بأنه غير صالح، وقد يجادل المدعي عليه بأنه قد تم الإيقاع به حتى وقّع العقد، وهذا موضوع عادي للنزاع، إلا أن الأطراف التي تثير مثل هذه الادعاءات عن عدم الصلاحية قد يكون لديهم فكرة مغرية بأنه إذا كان العقد باطل ككل، فإن هذا البطلان يشمل شرط التحكيم. وإذا كان شرط التحكيم باطلاً، فلن يكون هناك تحكيم، وبما أن مثل هذه الادعاءات يثيرها بالعادة المدعى عليهم، فإن موقفهم سيكون بمثابة إصرار على أن يتم تحكيمهم في المحاكم الوطنية.

وسيكون كارثة للتحكيم (وخصوصاً التحكيم ذو الطبيعة الدولية) إذا تمكن المدعى عليهم من جعل هيئة التحكيم عاجزة عن طريق إعلان أن العقد المتنازع عليه هو في رأيهم باطل أو لاغ.

وقد أخذنا بعين الاعتبار إجابة واحدة لهذه المعضلة وهي المبدأ القائل بأنه يمكن للمحكّمين أن يحكموا في مسائل سلطتهم القضائية، ومما ينجم عن هذا ان يستمر التحكيم حتى لو تم الادعاء ببطلان العقد، ولكن ماذا لو كان صحيحاً أن العقد باطل سواء ككل أو جزء منه؟ هل ستكون هيئات التحكيم حينها عاجزة عن اتخاذ قراراً حول نتائج البطلان (مثل ردة البضائع أو الدفعة)؟

ويمكن أن تُدعم سلطة المحكم في هذا المجال إذا تم اعتبار شرط التحكيم منفصلاً عن العقد الذي يتضمنه. وإذا كان الأمر كذلك، فإن بطلان العقد كمبدأ عام لا يمتد لإبطال شرط التحكيم، وعلى الرغم من أن مبدأ القبولية للانفصال قد تظهر على أنها غير منطقية، إلا أن معظم الأنظمة الوطنية

المتطورة قد قبلتها كضرورة عملية، وأنه بدونها ستفقد عملية التحكيم الكثير من فاعليتها.

وفي الولايات المتحدة فإن قابلية الانفصال كان قد وضعته المحكمة العليا في قضية شهيرة: Prima Paint ضد Flood & Conklin، ٣٨٨F، أمريكا، ٣٩٥ (١٩٦٧) حيث اقرت المحكمة العليا:

ما لم تعترم الأطراف خلاف ذلك، فإن شروط التحكيم كمسألة قانون دولي "يمكن فصلها" عن العقود المتضمنة فيها، وإذا لم يكن هنالك ادعاء بتزوير شرط التحكيم نفسه كان نتيجة للتزوير.

وقد تبع قرار المحكمة العليا الامريكية قرارات أمريكية أخرى تتفق مع القانون الفرنسي فيما يتعلق "بشرط الحكم الذاتي للتحكيم"، ويعد قانون قابلية الفصل راسخاً في أنظمة القانون الحديثة وبالأخص في قانون الأونسيترال النموذجي لعام ١٩٨٥، والذي ينص في الفقرة ١٦(١): يمكن لهيئة التحكيم أن تحكم بناءً على سلطتها القضائية بما فيها أي اعتراضات لها علاقة بوجود أو صلاحية اتفاقية التحكيم، ولهذا السبب فإن شرط التحكيم والذي يشكل جزءاً من العقد سيتم معاملته كاتفاقية مستقلة عن بقية بنود العقد.

وقد استغرقت المحاكم الإنجليزية بعض الوقت لتبني مفهوم قابلية الفصل، إلا أنه ومنذ عام ٢٠٠٧، حصلنا على تأكيدها في قضية (فيونا ترست) ضد (هولدنغ كورب v. Fiona Trust & Holding Corp. و كذلك قضية بريميم نافتا برودكتس ضد فيلي شينج Privalov ٢٠٠٧).

هذه القضية ذات علاقة بعقود الشحن ، فقد زُعم بأن أحد كبار مسؤولي روسيا قد تمت رشوته بملايين الدولارات لتوقيع العقود بسعر منخفض ، وحين رفضت شركة الشحن (Sovcomflot) فيما بعد تنفيذ العقود، أصر المستأجرون على عرض القضية على التحكيم كما هو منصوص عليه في العقد، في حين أرادت Sovcomflot أن يتم اخذ القرار في محكمة عادية قائلين بأن العقود باطلة بسبب الرشوة وبالتالي فإن شرط التحكيم لا يمكن إنفاذه، وأقر مجلس اللوردات (محكمة إنجلترا العليا) بالإجماع ان شرط التحكيم كان نافذاً، وقد أوضح اللورد هوفمان ان القضية قد أثارَت سؤال "ما إذا كان ممكناً لطرف أن يُلزمَ بالتحكيم عندما يزعم ذلك، أما بالنسبة للرشوة، فأفاد بأنه لا يمكن أن يجري عقداً يحتوي على شرط التحكيم".

ثم وضح الافتراض التالي :

"إذا، كما هو مقبول بشكل عام، لم يكن هنالك أساس منطقي يرغب رجال الاعمال بطرح أسئلة حول صلاحية أو نفاذية العقد المقرر من قبل هيئة ما وأسئلة حول أداءها الذي يقرره آخر، فإن المرء بحاجة لإيجاد لغة واضحة جداً قبل تقرير أنه كان يجب أن تكون عنده النية".

وطرح السؤال:

"عما إذا كان هناك سبب نظري يدعو لعدم السماح للأطراف الذين وافقوا على تقديم مسألة صحة العقد إلى التحكيم بالقيام بذلك".

الإجابة منصوص عليها في القسم رقم ٧ من قانون التحكيم للعام

١٩٩٦

"ما لم تتفق الأطراف على غير ذلك، فلا يجوز اعتبار اتفاقية التحكيم التي تشكل أو التي قصد منها أن تشكل جزء من اتفاقية أخرى (سواء بصورة خطية من عدمه) بمثابة اتفاقية باطلة، أو غير مبرمة أو غير سارية لأن الاتفاقية الأخرى باطلة أو لم تُبرم أو أصبحت غير سارية، ويجب أن تُعامل بمثابة اتفاقية مستقلة".

قال اللورد هوفمان "نظراً لأنه من المرجح أن يكون مقصد رجال الأعمال العقلانيين أن تقوم نفس المحكمة بالتقرير بشأن أي نزاع ينشأ عن العلاقة التي أبرموها أو التي يعتزمون إبرامها"، وبما أن أي شخص يرغب في استبعاد النزاعات حول صحة أحد العقود فهو يمتلك المقدرة على القيام بذلك بسهولة، فيمكن أن نستنتج أن شرط التحكيم "لا يحتوي على أي شيء من شأنه استبعاد النزاعات حول صحة العقد، سواء كان ذلك على أساس تدبيره بواسطة الاحتيال، أو الرشوة أو التزوير أو أي شيء آخر". وأشار إلى جدل سوفكومفولت القائل بأنه فيما عدا الرشوة فإنه "من غير المرجح أن يكونوا قد أبرموا أي اتفاق مع المستأجرين، ومن ثم من غير المرجح أن يكونوا قد أبرموا اتفاقية للتحكيم، إلا أن ذلك في رأيي يُعد تحديداً بمثابة نوع الجدل الذي يهدف الجزء ٧ إلى منعه.

وتأييداً لذلك، استنتج اللورد هوب ما يلي:

"يتطلب مبدأ قابلية الفصل مساءلة اتفاقية التحكيم مباشرة قبل تنحيتهما، ويُعد ذلك بمثابة اختبار صارم، يجب أن يقوم الجدل على أساس وقائع محددة في اتفاقية التحكيم، المزاعم التي تعتمد على الطعن في صحة الاتفاقية الرئيسية لا تكفي، ويُعد ذلك هو الموقف في هذه القضية، حيث يجب أن تكون الاتفاقية سارية حتى يمكن تقديمها للتحكيم"

وقبل أن نترك قضية فيونا تراست ((Fiona Trust)، من المهم أن نؤكد على الأهمية الخاصة لهذه المنهجية التحليلية للآثار المترتبة على الموافقة في المعاملات الدولية، أشار كلا حكمي القاضيين المذكورين إلى حيثيات القضية: اللورد هوفمان:

"في حالة العقود الدولية تحديداً، يرغب [الأطراف] في سرعة وكفاءة التحكيم ولا يرغبون في تحمل مخاطر التأخير. في كثير من الحالات، الجزئية، في الإجراءات القضائية أمام الولاية القضائية المحلية".

وفيما يتعلق باللورد هوب، فقد ذكر أن الآثار المترتبة على رفض المعاملة المستقلة لبند التحكيم تتمثل في:

... "ليس فقط أنه قد يتم حرمان الأطراف من الاستفادة من التقرير بشأن جميع نزاعاتهم في محكمة واحدة. لم ينص شرط السلطة القضائية على المكان الذي ينبغي فيه التقرير بشأن النزاعات حول صحة العقد، إذا لم يكن هذا المكان بمثابة المحكمة المذكورة صراحة، ويتمثل الموقف الافتراضي في أنه يجب إقامة هذه الدعاوى في السلطة القضائية في مكان تأسيس الخصوم،... وعندما لا يمكن الاعتماد على ذلك، يجب إقامة دعاوى مخالفة العقد في إنجلترا، إلا

أنه قد يُطرح السؤال التالي : لماذا يرغب أي رجل أعمال عقلاني في الموافقة على ذلك؟ بما أنهم قد قاموا بتحديد الولاية القضائية لأحد الأغراض، فلماذا يتركون مسألة تحديد المحكمة التي تمتلك الولاية القضائية لأحد الأغراض الأخرى دون الحديث عنه، وذلك على ضوء المخاطر التي قد تنشأ عن ذلك".

وقد تابع مشيراً إلى الأحكام الصادرة عن المحاكم العليا في ألمانيا والولايات المتحدة وأستراليا الأمر الذي يرجح أن الأطراف لا تعتزم إحالة نزاعاتهم إلى محاكم متعددة. (قضية The Quartzite Mining Case ، رقم ٢٣ ، وشركة AT&T Technologies Inc ضد Communication Worker of America, ٤٧٥ US ٦٤٣ ٦٥٠ (١٩٨٦) ، وشركة Comandate Marine ضد شركة ١٩٢ Australia Shipping Pty Ltd FCAFC ، الفقرة ١٩٥ (يشير الأخير إلى الأهمية الخاصة "للافتراض التجاري العقلاني" عندما يكون عمل الأطراف في سوق دولي حقيقي).

٥- لا يسمح بالطعن على أساسيات حكم التحكيم

إذا كان القاضي في مكان التحكيم، أو في دولة الإنفاذ، يمتلك الحرية لإبطال قرار محكمة التحكيم لشعوره بأن قرارها كان خطأ، عندئذ يصبح الغرض الكلي من الاتفاق على أحد الأماكن المحايدة داحضاً، لا تسري عملية التحكيم الدولية إلا إذا كانت المحاكم المحلية تقبل بنتائج المحكمين أو أن تكون نتائج القانون نهائية ومُلزمة .

وتقضي جميع قواعد التحكيم الدولي الرئيسة باستبعاد إجراءات الطعن، (القول بعدم جواز مراجعة قرارات المحكمين بشأن مضمون النزاع لا يعني بأن القضاة لا يملكون السيطرة على الأحكام التي بها عيوب إجرائية خطيرة، على سبيل المثال إذا رفض المحكم إعطاء كل طرف الفرصة الملائمة لتقديم دعواه).

والسؤال الأهم يتعلق بما إذا كانت الأنظمة القانونية المحلية تقبل بهذا الاستبعاد للحق في الطعن، إذا كانت لا تقبل بذلك، فإن قواعد التحكيم المحددة من قبل الأطراف لا تمتلك الأثر المحدد لها والذي يتمثل في إعطاء المحكمين الصلاحية للتوصل إلى قرار نهائي.

مما لا شك فيه أن الأمر يتطلب المزيد من الحكمة والعقلانية من القاضي المحلي حتى يؤيد قراراً مُتخذاً ضد أحد مواطنيه من قبل محكمين أجانب في حين أنه يعتقد أن القرار خطأ تماماً، حتى إذا كان ما يبدو له أنه خطأ في تطبيق قانون بلاده. لكن ما لم يدرك القضاة أن المصالح طويلة الأجل تقتضي بقبول القرار النابع من آلية التحكيم والتي وافقت عليها الأطراف، حتى وإن لم يتقبل الأطراف أحد القرارات لدعوى قضائية محددة، حينها سيتعطل نظام التحكيم الدولي، إذا كان ينبغي أن يمتلك أحد الاختصاصات القضائية المحايدة الصلاحية لاتخاذ القرار بشأن مضمون النزاع - سواء كان قد تم مخالفة أحد العقود، أو كم تبلغ التعويضات - فيجب احترام ذلك القرار، سواء كان القاضي المحلي قرر بمثل ذلك من عدمه.

٦- لا استئناف ضد أساسيات قرار التحكيم

إذا كان يجب استعمال آلية التحكيم في المحفل الدولي، فيجب على القضاة المحليين مقاومة إستمالة اتخاذ السلطة القضائية على النزاعات بموجب العقود التي تحتوي على بنود خاصة بالتحكيم، حتى إذا كان البند المعني ينص على إقامة التحكيم خارج البلاد وفي دولة مجهولة إلى حد ما وعلى نفس النحو، عندما ينتج عن هذا التحكيم أحد القرارات المتخذة بالتوافق مع بند التحكيم، فيجب فرض تطبيق الحكم حتى إذا اعتقد القاضي المحلي أن الحكم خطأ، وبالطبع حتى إذا كان القرار محل اعتراض تام من قبل الطرف الذي يحمل نفس جنسية القاضي، يتمثل ذلك في أثر معاهدة نيو يورك للعام ١٩٥٨ بشأن تقدير وفرض تطبيق قرارات التحكيم الأجنبي.

تُلزم المادة الثانية من هذه المعاهدة القضاة في الدول الموقعة على المعاهدة بإلزام الأطراف بإقامة نزاعاتهم أمام محاكم التحكيم المنصوص عليها تعاقدياً. في حين تُلزم المادة الخامسة القضاة بفرض تطبيق القرارات المتخذة من قبل محاكم التحكيم هذه بغض النظر عن صحة قرارات التحكيم.

تُبرهن الدول الملتزمة بمعاهدة نيو يورك على أن أنظمتها القانونية المحلية شهدت تقدماً وتلتزم بتأييد صحة قرارات التحكيم الأجنبية، وقع على هذه المعاهدة الهامة أكثر من ١٥٠ دولة وكما تعلمون فإن المملكة العربية السعودية من بين هذه الدول الموقعة.

وبالطبع، لا يكفي التوقيع على معاهدة نيو يورك من أجل الممارسة، ولكن يجب على القضاة أيضاً تطبيق النص بنية صادقة وعدم تحريف الكلمات لدحض الغرض.

ب. التقدم في الممارسة

يعد السياق أكثر أهمية من النص في العديد من البلدان ، حيث يبين لنا التاريخ أن الدساتير حتى في الدول التي لا تحترم حكوماتها القانون قد تحتوي على إعلانات رنانة بشأن احترام حقوق الأفراد ، وبالمثل فمن الممكن أن تسن قوانين مؤيدة لفض النزاعات ومن الممكن أيضا التصديق على اتفاقية نيويورك -ولكن في الواقع فمن المستحيل للأطراف الأجنبية الاستفادة منها، هناك الكثير مما يمكن قوله في صالح وضد النظم القانونية في جميع البلدان ؛ و كذلك تعتبر التعميمات حول درجة احترام حقوق الأطراف الأجنبية مسألة خطيرة، حيث لا توجد أي دولة تمكنت آلاات فيها من لعب دور القضاة ، بالرغم من نزواتهم وضعفهم كبشر. يجب أن يكون كافيا للأهداف الحالية إعطاء بعض الأمثلة لأنواع القرارات العملية التي تميل إلى إظهار التقدم الحقيقي للنظم القانونية الوطنية في دعم آلية فض النزاعات الدولية .

تطبيق اتفاقية نيويورك بحسن نية

في إطار اتفاقية نيويورك ، لا يحق للمحاكم رفض انفاذ قرارات التحكيم الأجنبية لأنها لا توافق على النتيجة.من ناحية أخرى ، لا تلزم المحاكم بإنفاذ مثل هذه القرارات التحكيمية إذا كانوا يعتقدون أنها مخالفة للسياسة العامة ، و كما سيتعرف أي محام ، فأن سياسة الاستثناء العامة هذه ، إذا ما طبقت من دون ضبط النفس ، قد تسمح للقضاة بإيجاد ذريعة لمساعدة مواطنيها لتجنب الامتثال للقرارات التحكيم الخارجية بشكل مستمر ، وإذا ما قام قضاة بلد معين من القيام بذلك ، فإنهم سيمثلون بذلك قدوة غير حسنة قد تحتذى مما يؤدي إلى فشل النظام كاملا كنتيجة ، حيث اذا تمكن قضاة دولة أ من إيجاد

سياسة عام كذريعة لتمكنهم من تجاهل تطبيق قارات تحكيم تم اصداها في دولة ب.

وقدمت المحاكم في كثير من البلدان مثالا رائعا. دعوني فقط أقدم الولايات المتحدة كمثال. في حالات لا يتسع المجال لذكرها، سعت أطراف أمريكية كانت قد خسرت قرارات تحكيم في دول أجنبية لإقناع قضاتهم المحليين بعدم انفاذ قرارات التحكيم زاعمين أنهم مخالفين للسياسة الخارجية. ورفضت المحاكم باستمرار مثل هذه الدفاعات ضد طلب التنفيذ من قبل الطرف الفائز) الأجنب (وهناك بعض الأمثلة تظهر هذا الارتباط المستمر لروح وأهداف اتفاقية نيويورك).

وفي حالة التحكيم بين شركتي بارسونز ویتورمور راکتا ۹۶۹ F ۲D ۵۰۸) (۲D سي أي آر (۱۹۷۴)، كان كيان حكومي مصري قد كسب قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية في السويد ضد شركة بناء أمريكية فشلت في بناء مصنع في الوقت المحدد، ولأن الشركة الأمريكية لم تدفع التعويضات طوعاً، سعى الطرف المصري لإنفاذ قرار التحكيم في نيويورك، وقد اشتكى الطرف الأمريكي من أن إجراءات التحكيم لم تكن عادلة، لأن المحكمة قد رفضت تأجيل جلسات الاستماع لاستيعاب الشهود الذين كانت لديهم التزامات تتمثل بإلقاء محاضرات جامعية. وعلاوة على ذلك، فإن الطرف الأمريكي ادعى أن قرارات التحكيم جاءت مخالفة لسياسة الولايات المتحدة العامة. وقد توقف بناء المصنع بسبب حرب عام ۱۹۶۷. وفي أعقاب تلك الحرب اضطرت العلاقات بين حكومتي الولايات المتحدة ومصر، وعلى وجه الخصوص فان حكومة الولايات المتحدة لم تعد قادرة على تمويل الأعمال التجارية

الأمريكية في مصر أو أن تؤمنها، لذلك احتجت الشركة الأمريكية، على أن قرار التحكيم التي تحملها مسؤولية عدم العودة إلى مصر لتنفيذ العقد على الفور بعد انتهاء الحرب كان مخالفاً لسياسة الولايات المتحدة العامة، لكن المحاكم الأمريكية لم تقبل هذه الحجة، قائلة إنه ومن أجل احترام أهداف اتفاقية نيويورك فإنه كان من الضروري تطبيق سياسة الدفاع العامة بطريقة حازمة، وبالتحديد كان لا يجوز اعتبار "السياسة الوطنية" للحكومة الولايات المتحدة و "السياسة العامة" نفس السياسة التي يجب أن تكون محمية من قبل المحاكم، وبناء على ذلك تم انفاذ قرار التحكيم ضد الجانب الأمريكي.

آخر قضية سأحدث عنها هي قضية حديثة وتدعى قضية الغنيم ضد توييز آر أس (F126، 15 3d،) (النشرة الثانية 1977) الغنيم هي شركة أعمال كويتية خاصة وتوييز آر أس هي شركة أمريكية شهيرة تمنح تراخيص وامتيازات لمتاجر الألعاب في جميع أنحاء العالم، وقد أبرم الطرفين علاقة تعاقدية غير ناجحة لمدة 10 سنوات، كان من حق الغنيم أن يفتح فرعاً لتوييز آر أس في الكويت وفي 13 دولة أخرى بالمنطقة، ولكن لم يفتح الغنيم سوى أربعة فروع فقط جميعها في الكويت، وقد تكبد خسائر تصل إلى ما يعادل 7 مليون دولار، وفي عام 1993 عرض الغنيم التنازل عن حقوقه بموجب العقد إذا وافقت توييز آر أس أن تدفع للغنيم 2 مليون دولار بسبب خسائرها ولكن رفضت توييز آر أس ذلك وأصررت على أنه من حقها إنهاء العقد دون أن تدفع للغنيم أي مبالغ، وبعد أن رفضت ذلك أبرمت عقداً آخر مع شركاء كويتين وسعوديين دفعوا مبلغ 22 مليون دولار أمريكي للحصول على حق فتح متاجر توييز آر أس (وقد ازدهر مجال العمل بصورة ملحوظة بالطبع بعد نهاية حرب الخليج).

تضمن العقد شرطاً يشير إلى التحكيم في نيويورك بموجب قواعد جمعية التحكيم الأمريكية، وقد استعانت الغنيم بمكتب محاماة أمريكي وذهبت إلى نيويورك، وفي ديسمبر ١٩٩٣ بدأت إجراءات التحكيم ضد تويز آر أس وقد كان هناك مُحكم واحد فقط، بعد أقل من ستة أشهر قرر المحكم أن انهاء تويز آر أس للعقد كان أمراً مجحفاً، وأنه يجب أن تدفع الشركة الأمريكية للغنيم مبلغ ٤٦.٥ مليون دولار أمريكي.

رفضت تويز آر أس تنفيذ هذا القرار وحاولت اللجوء للمحاكم الأمريكية لتعلن أن هذا القرار غير قابل للتنفيذ، كما ادعت تويز آر أس أن المحكم قد ارتكب خطأ قانونياً غير مقبولاً بمنح الأرباح الخاسرة التي كانت "محفوفة بالمخاطر" و"غير معقولة" و"في تغاضي صريح" للقانون. وقد رفضت المحاكم الأمريكية ذلك قائلة أن الخطأ القانوني من جانب المحكم لا يبطل الحكم، ولا يمكن أن يحدث ذلك إلا في حالة أدرك المحكم أن القانون يحتاج إلى نتيجة واضحة وبالرغم من ذلك أصدر قراراً مختلفاً.

قبول المحكمين الأجانب

سيكون من غير المنطقي الادعاء بأن النظام القانوني ينحاز للتحكيم الدولي إذا أصر على أن يكون المحكمين من المواطنين فقط، لا تجد النظم القانونية الحديثة بما فيها تلك الخاصة بالقانون العام، أي صعوبة في قبول قرارات التحكيم التي يصدرها المحكمون الأجانب، وبالتالي فإن أي قرار تحكيمي يصدر في لندن ضد طرف إنجليزي يمكن تنفيذه إذا كان قد صدر بواسطة ثلاثة محكمين من غير الجنسية البريطانية لصالح طرف غير إنجليزي، وحتى لو أنهم طبقوا القانون الإنجليزي بطريقة قد تكون ماثراً للنقد.

ستمح المحكمة الإنجليزية قرار الإنفاذ تبعاً فقط للتحقق من أن التحكيم قد اتخذ مساره الصحيح تبعاً لاتفاقية التحكيم وأن كلا الطرفين قد منحا الفرصة لعرض قضيتهما.

كما أن حقيقة أن مقر التحكيم كان خارج إنجلترا لن تؤدي إلى نتيجة مختلفة.

ومن الأمثلة الممتازة على قبول المحكمين الأجانب كانت قضية ميتسوبيشي الشهيرة التي تم اتخاذ قرار بشأنها عام ١٩٨٥ بواسطة المحكمة العليا الأمريكية (٦١٤ US ٤٧٣). وكان النزاع بشأن اتفاقية توزيع بين طرف ياباني وطرف أمريكي يتم تنفيذها بالولايات المتحدة، وقد نص العقد على اللجوء للمحكمين اليابانيين بحيث يكون عددهم ثلاثة محكمين وكان يخضع أيضاً لقوانين محاكم سويسرا، وقد سعا الطرف الأمريكي لتجنب شرط التحكيم عن طريق رفع دعاوى بموجب قانون مكافحة الاحتكار الأمريكي (قانون شيرمان)، مدعياً أن الطرف الياباني قد تورط في ممارسات تجارية غير قانونية، وقد زعم أن هذه الادعاءات لم تكن واردة بالعقد لذلك لا يمكن اتخاذ قرار بشأنها بالطريقة الواردة في شرط التحكيم (يجب أن نفهم أن قانون شيرمان هو القانون الأساسي ويشار إليه في بعض الأحيان باسم "ماغنا كارتا" نظام السوق الأمريكي). تدخلت الحكومة الأمريكية في القضية ودافعت لصالح الطرف الأمريكي مدعين أنه لا يمكن الوثوق في المحكمين الخاصين الأجانب لتناول مهمة تطبيق القوانين العامة لدولة الأداء، ولم توافق المحكمة العليا على ذلك واتخذت جانب الطرف الياباني حتى يتم التقرير بشأن النزاع في اليابان وفقاً للعقد وأنه لم يكن هناك أي سبب لافتراض أن المحكمين هناك

لن يكونوا راغبين أو قادرين على تطبيق هذا القانون الأمريكي العام حسبما يجب أن يكون مطابقا.

تكلفة قضايا المحاكم المتعلقة بالتحكيم

هذا العنصر العملي الهام جدا له جانب إيجابي وآخر سلبي ، فمن ناحية لا يجب أن تكون أتعاب المحكمة محددة بطريقة تجعل من غير الممكن تنفيذ الأحكام ، إذا كسب أحد الأطراف قرار التحكيم بمبلغ ١ مليون دولار ولكن لم يتمكن من الحصول على أمر التنفيذ إلا إذا دفع رسوم تسجيل ١٠٪- دون حتى أن يعرف ما إذا كان المدعى عليه يملك ما يكفي من الأصول في نطاق السلطة بما يكفي تنفيذ الحكم- فسيصبح قرار التحكيم انتصارا أجوفاً ، بموجب المادة ٣ من اتفاقية نيويورك ، تلتزم المحاكم بعدم فرض أي شروط مرهقة بشكل جوهري أو أي أتعاب أو تكاليف أعلى على تقرير أو تنفيذ أحكام التحكيم [الأجنبية] أكثر من المفروضة على قرارات التحكيم المحلية.

من ناحية أخرى قد يكون من المهم فرض تكاليف على الأطراف الذين يقاومون الامتثال للتحكيم بطريقة مؤذية ، وقد أمرت المحاكم الفرنسية والسويسرية في السنوات الأخيرة وفي عدة قضايا دفع أتعاب بيرة بواسطة الأطراف الذين قاموا بتقديم طعون ليست ذا أساس أو موضوعية على الإطلاق ، وفي إنجلترا توجد آلية تصحيحية تلقائية لأن الأتعاب في إنجلترا يتم فرضها على الطرف الفائز مما يعمل على قلة رفض اتفاقيات التحكيم وقراراته ، أما في الولايات المتحدة فيسير العمل على أن يتحمل كل طرف أتعابه الخاصة به ، وقد كانت نتيجة هذه القاعدة في الماضي أن كانت تميل

الأطراف الشرية عديمة الضمير للدخول في حروب الاستنزاف بأن تترك الأمر في المحكمة وتقدم عدة طلبات لا نهائية لإعادة الجلسات والاكتشاف على أمل انهاك خصمها، وفي السنوات الأخيرة ظهر توجه مضاد حيث أدركت المحاكم الأمريكية أن عليها خلق روادع فعالة لمثل هذه التكتيكات.

الخاتمة

توضح الأفكار الهامة الواردة في الجزء الأول من هذه الدراسة، بالإضافة إلى الاعتبارات العملية الواردة في الجزء الثاني، عن مدى أهمية وضرورة تقبل أمر أن القرار النهائي لم يعد في أيدي محاكمهم الوطنية، في حال اتفق طرف من الدولة وطرف أجنبي على اللجوء للتحكيم.

لذلك فإنكم الرسالة: للاستفادة من قرارات التحكيم الرائعة يجب أن يتعلم الشخص أيضا احترام القرارات الذي قد لا يرضاها، فهذا هو ثمن الثقة المتبادلة في التجارة الدولية، والتي تتبع من ضمان أنه سيتم حل المنازعات بطريقة محايدة، بمجرد أن يتم اتخاذ قرار بشأن النظام القانوني الذي يصب في مصلحة المواطنين على المدى البعيد لاحترام العملية التحكيمية، فيجب أن يقبل القضاة العواقب، في بعض الحالات سيخضع حيبهم لاختبارات قاسية، ولكن كما يكتسب الطفل قوته وصلابته بتخطي المصاعب، فإن آلية التحكيم الدولي تقوى أيضا كأنظمة وطنية تظهر رغبتها في إنجاح الأمور حتى في أصعب القضايا. يجب أن تقبل محاكمنا التحكيم حتى حين تكون النتيجة ضد مصالح مواطنينا من جنسياتنا، وإلا فمن المحتمل أن تنتقم الدول الأخرى في نهاية المطاف وترفض الاعتراف بمدى روعة القرارات التحكيمية التي فزنا بها، وإذا لم تقبل التحكيم الدولي، والذي يعد في عصرنا الحالي الطريقة المعتادة لحل النزاعات التجارية الدولية، فستصبح كافة عقودنا المبرمة مع أطراف أجنبية أكثر تكلفة وأكثر خطورة، فسيطلب كل طرف سعراً أعلى لتعويض الخطر والمجازفة وسيجعل ذلك من الصعب تحقيق أي تبادل منافع دولي.

المحاكم الدولية والتحكيم

سعادة : هوغو سيبيليز

مخطط الورقة :

١. ملحوظات تمهيدية

٢. المحاكم الدولية

٣. أ. محكمة العدل الدولية ICJ

ب. المحكمة الدولية لقانون البحار ITLOS

ج. محاكم القانون الجنائي الدولي

٤. التحكيم الدولي

أ. وجهات نظر وآراء من العالم العربي

ب. التحكيم الدولي المعاصر

ج. نظرة على محكمة التحكيم PCA

٥. التداخل والتكامل

٦. الخاتمة : تأملات في المستقبل

❖ ورقة عمل ستقدم في "المؤتمر الدولي في السلطة القضائية والتحكيم: واقع وآفاق" في الرياض بالمملكة العربية السعودية المزمع عقده في ١١ إلى ١٢ أكتوبر ٢٠١٥، وبتنظيم ورعاية كل من المعهد السعودي العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود، وفريق التحكيم السعودي.

❖ ❖ الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة، ومقرها قصر السلام بلاهاي في هولندا والسفير السابق لهولندا في كل من فرنسا، وموناكو، وأندورا، والمدير العام السابق للشؤون السياسية في وزارة الشؤون الخارجية.

١. ملحوظات تمهيدية:

تُعد بعض التفاعلات بين المقاضاة أمام المحاكم ووسائل تسوية المنازعات البديلة مثل: التحكيم، والوساطة، والمصالحة ظاهرة منتشرة على جميع المستويات سواء على مستوى القانون الدولي أو على مستوى قانون البلديات، ففي هولندا - على سبيل المثال - يتم النظر على بعض النزاعات المتعلقة بقانون ضريبة معينة وقانون الأسرة عن طريق الوساطة، والتي تكون الوساطة في كثير من النواحي أكثر مرونة وفاعلية من التقاضي أمام المحاكم المحلية^١.

١ لمزيد من التفاصيل، أنظر م. بيل "التعزيز والتشريعات في مجال الوساطة في هولندا" مدونة كلوير، ٧ مارس ٢٠١٢. متوفر على: <http://kluwermediationblog.com/2012/03/07/promotion-and-legislation-on-mediation-in-the-netherlands>، أ. ر. و. أ. جوتنبرغ، "الوساطة في هولندا: الماضي - الحاضر - المستقبل" مجلة القانون المقارن الإلكترونية / ديسمبر ٢٠٠٢، متوفر على: <http://www.ejcl.org/64/art648.html>. و آ. فوس، "الوساطة في المنازعات الضريبية الهولندية" ٢٠١٤: ٣١٨، المجلة الهولندية الفلمنكية في مجال الوساطة لإدارة الصراع، متوفر في: <http://www.hertoghsadvocaten.nl/upload/file/quick/Vos-Mediation-tax-dispute-VAT.pdf>.

تعتبر المحاكم الدولية، والتحكيم أدوات للقانون الدولي، والغرض الأساس منها هو المنصوص عليه في مبادئ التعايش السلمي^١.
ينص القانون الدولي على تعريف الحدود السياسية والإقليمية والولاية القضائية للدول، وكما يوفر أيضا الحضانات من الولاية القضائية. كذلك يوفر القاعدة الأساسية للمسؤولية المدنية للدولة في انتهاكات القانون الدولي، مع العلاج المناسب. كما يوفر القانون الدولي أيضا المبادئ والطرق التي تحكم التسوية السلمية للمنازعات بين الدول.^٢

لا يزال التركيز على الدول ذات الأهمية القصوى، ومع ذلك فقد تطور القانون الدولي بشكل أساسي منذ نهاية الحرب العالمية الثانية، تعد الجهات الفاعلة غير الحكومية والمتمثلة في الأفراد والمستثمرين الأجانب والمجتمع المدني بشكل متزايد على انها هي الجهات المشاركة في عملية القانون الدولي، ومثال على ذلك قانون حقوق الإنسان وقانون الاستثمار الدولي^٣، غالبا ما تحدث بعض الصراعات في بعض القوانين والمصالح خلال بعض التعاملات مع الدول والمنظمات ومع الجهات الفاعلة غير الحكومية الأخرى مثل المستثمرين

١ أي. براونلي، "التسوية السلمية للمنازعات الدولية" (٢٠٠٩)، ٨:٢، مجلة القانون الدولي الصينية. ٢٦٧.

٢ نفس المرجع السابق.

٣ في القانون الدولي "كعملية" ودور المشاركين الجدد. للمزيد انظر إلى آر. هيجنز، "المشاكل والعمليات: القانون الدولي وكيفية استخدامه (١٩٩٥).

والأفراد الأجانب، وبالتالي تنشأ بعض الخلافات، ومع انتشار المحاكم الدولية، والتي تغطي قانون نزاعات البحر ومحاكم جرائم الحرب (الجزء الثاني)، وزيادة تطوير التحكيم الدولي (الجزء الثالث) والتداخل والتكامل (الجزء الرابع) والمحاكم الدولية، ويسلط الجزء الخامس الضوء على عدد من المسائل الهامة حول مستقبل تسوية المنازعات الدولية (الجزء الخامس).

٢. المحاكم الدولية:

أ. محكمة العدل الدولية:

تعد محكمة العدل الدولية (ICJ) الجهاز القضائي الرئيس للأمم المتحدة^١، وقد تأسست محكمة العدل الدولية عام ١٩٤٥م من قبل ميثاق الأمم المتحدة، وحلت محكمة العدل الدولية محل سابقها المعروفة بمحكمة العدل الدولية الدائمة (PCIJ) والتي أنشئت في عام ١٩٢٢م، تقع محكمة العدل الدولية في قصر السلام وهو أيضاً مقر محكمة التحكيم الدائمة (PCA)، تتكون محكمة العدل الدولية من خمسة عشر قاضياً يتم انتخابهم لمدة تسع سنوات من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة ومجلس الأمن.

إن الدور الرئيس الذي تلعبه محكمة العدل الدولية هو تسوية النزاعات بين الدول وتقديم الآراء الاستشارية في المسائل القانونية بناء على طلب من أجهزة الأمم المتحدة المختلفة ووكالاتها المتخصصة، وتلعب المحكمة دوراً أساسياً في تفعيل القانون الدولي والإجراءات الشرعية من خلال حل

١ المادة ٩٢، "ميثاق الأمم المتحدة"، المادة ١، الأمم المتحدة، النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية "النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية" ٣٧:٥، ١٨ - أبريل - ١٩٤٦م. متوفر على الرابط: <http://www.refworld.org/docid/3deb:b9c0.html>

النزاعات حسب الطرق الشرعية^١، وفي الحالات المعقدة والمثيرة للجدل تقوم المحكمة بإصدار الأحكام النهائية والأحكام الملزمة، وفي حالة عدم الامتثال لأوامر وحكم المحكمة يمكن رفع القضية إلى مجلس الأمن الدولي^٢، ومع ذلك تواجه هذه الآلية التنفيذية العديد من الصعوبات وذلك لأن الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن يحق لهم نقض قرارات المحكمة، ويظهر هذا جلياً في قضية نيكاراغوا والولايات المتحدة الأمريكية. (هيوغو آتش. سبيليز)^٣.

١ تي. فرانك، "الإنصاف في القانون الدولي والمؤسسات"، (١٩٩٥)، في ٣٤٦.

٢ نصت المادة ٩٤ من ميثاق الأمم المتحدة على الآتي: "١. تتعهد كل دولة عضو في الأمم المتحدة إلى الإمتثال لقرارات محكمة العدل الدولية في أية قضية هذه الدولة طرف فيها. ٢. إذا فشل أي طرف في قضية ما في القيام بما تفرضه عليه المحكمة، يجوز حينها أن يلجأ الطرف الآخر إلى مجلس الأمن، ومن حق مجلس الأمن في حالة الضرورة أن يقدم توصيات أو يصدر قراراً بالإجراءات اللازم اتخاذها تنفيذاً للحكم." انظر ميثاق الأمم المتحدة، حاشية سفلية ٧٣.

٣ القضية المتعلقة بالأنشطة العسكرية و شبه العسكرية في نيكاراغوا و ضدها، "نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية"، مزايا، محكمة العدل الدولية، ٢٧ يونيو ١٩٨٦م. متوفر على: <http://www.icj-cij.org/docket/files/٧٠/٦٥٠٣.pdf>.

انظر أيضاً إلى الرسالة المؤرخة ١٧ أكتوبر ١٩٨٦م و الموجهة من نيكاراغوا إلى رئيس مجلس الأمن و الأمم المتحدة. الوثيقة س/١٨٤٢٨، ٢٨ أكتوبر ١٩٨٦م، متوفر على: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/١٨٤٢٨

مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، "محضر الجلسة ٢٧١٨ الحرفي" الوثيقة س/بي في ٢٧١٨، ٢٨ أكتوبر ١٩٨٦ م، متوفر على: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PV.٢٧١٨

لمزيد من المعلومات حول آلية عمل محكمة العدل الدولية انظر إلى أي. لالمزون، "الإختصاص و الإمتثال في القرارات الأخيرة لمحكمة العدل الدولية" (٢٠٠٧)، المجلة الأوربية للقانون الدولي، ص ٨١٥.

تنشأ قضايا الإفتاء عندما تطلب الجمعية العامة للأمم المتحدة أو مجلس الأمن رأي المحكمة في أي مسألة قانونية^١، وتقتصر طلبات هيئات الأمم المتحدة الأخرى على الأمور القانونية الداخلة في نطاق اختصاصات هذه الجهات.

يعد جميع أعضاء الأمم المتحدة بحكم عضويتهم أطرافاً في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية^٢، وتعتبر المملكة العربية السعودية طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة كونها من الواحد والخمسين عضواً المؤسسين للأمم المتحدة، وعلى الرغم من ذلك فلقد امتنعت المملكة العربية السعودية من الاعتراف باختصاص المحكمة على النحو الإجمالي للمادة ٣٦ (٢) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية^٣.

ب. المحكمة الدولية لقانون البحار (ITLOS)

دخلت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار (ITLOS) حيز التنفيذ في ١٦ نوفمبر ١٩٩٤، وقد أنشأت هذه الاتفاقية باعتبارها واحدة من ضمن أربع

١ - المادة ٩٦، ميثاق الأمم المتحدة، انظر للملاحة ٧٣.

٢. المادة ٩٣ (١). نفس المصدر السابق.

٣. تنص المادة ٣٦ (٢) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أن "الدول الأطراف في النظام الأساسي الحالي قد تعلن في أي وقت على أنها إلزامية بحكم طبيعة الحال و دون إتفاق خاص فيما يخص أية دولة أخرى تقبل نفس الإلتزام، وهي ولاية المحكمة في جميع النزاعات القانونية المتعلقة: أ. تفسير معاهدة من المعاهدات، ب. أية مسألة من مسائل القانون الدولي، ج. وجود أي حقيقة، إذا وجدت، شكلت خرقاً لإي إلتزام دولي، د. طبيعة أو مدى الإصلاح في حالة وجود خرق لألتزام دولي. للمزيد انظر إلى النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، الحاشية السفلية رقم ٥.

اتفاقيات ووسائل أخرى لتسوية النزاعات^١، ويقع مقر هذه المحكمة في ألمانيا في هامبرغ، وتتألف المحكمة من ٢١ قاضياً ينتخبون لمدة تسع سنوات قابلة للتجديد.

يشمل قانون البحار طائفة واسعة من القضايا، ومنها: ترسيم الحدود البحرية ومصائد الأسماك وموارد المحيطات الأخرى والملاحة والبيئة البحرية والمناطق الساحلية للدول والتعدين والجرف القاري وقاع البحر العميق، ومن أجل التعامل مع كل هذه القضايا المتنوعة، فقد شكلت المحكمة الدوائر التالية: دائرة الإجراءات الموجزة، وغرفة منازعات مصائد الأسماك، وغرفة منازعات البيئة البحرية، وغرفة منازعات تعيين الحدود البحرية.

يوجد في اتفاقية قانون البحر حالياً ١٦٧ طرفاً وتعتبر دولة فلسطين^٢ هي الدولة الأخيرة التي انضمت إلى هذا الاتفاقية، لم تقدم المملكة العربية السعودية أية إعلانات بموجب المادة ٢٨٧ عند التصديق على الاتفاقية^٣ في

١٢ المادة ٢٨٧، اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار (UNCLOS)، اعتمدت ١٠ ديسمبر ١٩٨٢، و

دخلت حيز التنفيذ ١٦ نوفمبر ١٩٩٤، ١٨٨٣ U.N.T.S. ٣٩٧، متوفر على:

http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/closindx.htm

المادة ٢١، المرفق السادس، النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لقانون البحار، UNCLOS.

المادة ٢٨٧ اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار اعتمدت ١٠ ديسمبر ١٩٨٢ ودخلت حيز التنفيذ ١٦

نوفمبر ١٩٩٤. ١٨٨٣ U.N.T.S.: ٣٩٧، متوفر على ١

٢ - كان انضمام دولة فلسطين إلى الاتفاقية في ٢ يناير ٢٠١٥.

٣ نصت المادة ٢٨٧ (١) من الاتفاقية على أنه "عند التوقيع والتصديق عليها أو الانضمام إلى هذه الاتفاقية أو في أي وقت لاحق، فإن الدولة يجب أن تكون حرة في الاختيار عن طريق الكتابة واحد أو أكثر من الوسائل التالية لتسوية المنازعات المرتبطة بهذه الاتفاقية: أ. المحكمة الدولية لقانون البحار المنشأة وفقاً للمرفق السادس، ب. محكمة العدل الدولية، ج. تشكيل

٢٤ ابريل ١٩٩٦ م (ولا في وقت لاحق).^١ وهذا يعني أن المملكة العربية السعودية "تعتبر قد قبلت التحكيم وفقاً للملحق السابع".^٢ عن التحكيم والذي سيتم مناقشته لاحقاً.

أثار إنشاء المحكمة الدولية لقانون البحر مخاوف عديدة بسبب انتشار المحاكم الدولية وتقسيم القانون الدولي، وبالتحديد بسبب تدخل محكمة العدل الدولية في حل النزاعات المتعلقة بقانون البحر^٣، ولكن من جهة أخرى فإن المحكمة الدولية لقانون البحر جهة مكملة لعمل محكمة العدل الدولية نظراً لتخصصها الدقيق في مجال قانون البحر، ونظراً للانفتاح النسبي للنظر في المنازعات التي تشترك فيها أطراف من غير الدول ومجموعة متنوعة من القضاة.^٤

هيئة التحكيم وفقاً للملحق السابع، د. محكمة تحكيم خاصة تشكل وفقاً للمرفق الثامن لفئة أو أكثر من فئات المنازعات المذكور في نفس المرفق.^٥ للمزيد انظر ٢٨٧ من اتفاقية قانون البحار، الحاشية ١٢.

١ انظر إلى قسم المعاهدات التابع لمكتب الشؤون القانونية في موقع الأمم المتحدة. متوفر على:

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI&chapter=٢١&Temp=mtdsg&lang=en#EndDec)

حسب المادة ٢٨٧ (٣)، "يجوز للدولة التي هي طرف في النزاع والتي لا يغطيها أي اعلان قبول التحكيم وفقاً للملحق السابع انظر إلى قانون البحار، الحاشية ١٢. ٢

٣ أس. أودا، "أفاق تسوية المنازعات في قانون البحار" (١٩٩٥)، ٤٤، مجلة القانون الدولي والقانون المقارن الفصلية، ص ٨٦٣. أي. إي. بويل، "تسوية المنازعات و قانون اتفاقية البحر: مشاكل التجزئة والاختصاص القضائي"، (١٩٩٧)، ٤٦، مجلة القانون الدولي والقانون المقارن الفصلية، ص ٤٦.

١٨ وفي بعض الحالات "يمكن للدولة الطرف أو أي كيان آخر غير الدولة الطرف أن تستفيد من حق التدخل". انظر المادة ٣٢، المرفق السادس، اتفاقية قانون البحر، و المادة ١٠٠، قواعد المحكمة (ITLOS/٨) بصيغتها الجديدة المعدلة في ١٧ مارس ٢٠٠٩، متوفرة على:

https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/Itlos_8_E_17_03_09.pdf

انظر: أيضاً جي. ريسنيك، و دي. كيبى رتس، "استعراض العدالة: الاختراع، و حقوق الجدل في المدن و الدول و قاعات المحكمة الديمقراطية" (٢٠١١)، ص ٢٦٨ - ٢٦٩. في. أو. فييكونا، "الأفراد و الكيانات من غير الدول أمام المحاكم الدولية و المحاكم الأخرى" (٢٠٠١)، ٥، كتاب ماكس بلانك السنوي في الأمم المتحدة و القانون، ص ٥٣ - ٥٨.

١٩ تأسست المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة (ICTY) من قبل مجلس الأمن للأمم المتحدة في عام ١٩٩٣م، مقرها في لاهاي في هولندا. تشكل المحكمة من ١٦ قاضياً يتم انتخابهم عن طريق الجمعية العامة للأمم المتحدة لفترة تتراوح أربع سنوات. وبالإضافة إلى ذلك، هناك مكتب للمدعي العام في المحكمة و هو المسؤول عن إجراء التحقيقات، و إعداد لوائح الإتهام و تقديم الملاحقات القضائية. انظر قرار مجلس الأمن ٨٢٧ (١٩٩٣)، ٢٥ مايو ١٩٩٣، و وثيقة الأمم المتحدة. S/RES/٨٢ متوفرة على:

<http://daccess-dds->

<http://www.un.org/doc/UNDOC/GEN/N٩٣/٣٠٦/٢٨/IMG/N٩٣٣٠٦٢٨.pdf?OpenElement>

٢٠ و تأسست المحكمة الجنائية الدولية لرواندا (ICTR) من قبل مجلس الأمن بالأمم المتحدة في عام ١٩٩٤، مقرها أروشا في تنزانيا. توجد العديد من الأقسام في المحكمة تتألف من ١٦ قاضياً دائماً، و ٩ قضاة متخصصين يتم اختيارهم عن طريق الجمعية العامة للأمم المتحدة. و مشابهة لما في المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة (ICTY)، فيوجد أيضاً في هذه المحكمة مكتب للمدعي العام. انظر قرار مجلس الأمن ٩٥٥ (١٩٩٤)، ٨ نوفمبر ١٩٩٤، و وثيقة الأمم المتحدة S/RES/٩٥٥ متوفرة على:

[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/٩٥٥\(١٩٩٤\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/٩٥٥(١٩٩٤))

٢١ توجد هناك العديد من المحاكم الدولية الجنائية المختلفة مثل المحكمة الجنائية الخاصة بسيراليون، و المحكمة الخاصة ببلقان التي أنشأت في ٢٠٠٢، و ٢٠٠٩ على التوالي.

٢٢ يوجد حالياً ١٢٣ دولة طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. و من الضرورة التأكيد على ان المحكمة هي منظمة دولية مستقلة، و ليست جهة من جهات هيئة الأمم المتحدة، على الرغم من أن مفاوضات نظام روما الأساسي اجريت في هيئة الأمم المتحدة. انظر نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية "نظام روما الأساسي"، اعتمد ١٧ يوليو ١٩٩٨، و دخل حيز التنفيذ ١ يوليو ٢٠٠١، و وثيقة الأمم المتحدة، ٩/١٨٣، ٣٧ ILM ١٠٠٢ (١٩٩٨)، ٩٠ UNTS متوفر على:

ج. قانون المحاكم الجنائية الدولية :

إن ظاهرة انتشار المحاكم الدولية واضح بشكل خاص في القانون الجنائي الدولي ، مغايراً لمحكمة العدل الدولية والمحكمة الدولية لقانون البحار ، إن المحاكم الجنائية الدولية والمحاكم الأخرى لا تتعامل مع النزاعات بين الدول فقط ، وبدلاً من ذلك فإن الهدف الرئيس هو إجراء محاكمة الأشخاص ، وفي كثير من الأحيان الدولة أو موظفي الدولة السابقين الذين اتهموا بارتكاب جرائم ضد الإنسانية أو جرائم حرب وجرائم إبادة جماعية. هيوغو ، أتش. سيبليز.

في التسعينيات تم إنشاء محكمتين مهمتين ومتخصصتين من قبل مجلس الأمن الدولي : المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة (ICTY) ^{١٩} ، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا (ICTR) ^{٢٠} ، لم تشكل المحكمتين لتكونا محكمتين دوليتين ، بل مكنت الأفراد من محاكمة المتهمين في جرائم الإبادة الجماعية ، والجرائم ضد الإنسانية الناتجة عن الصراعات الدموية المميتة في يوغوسلافيا السابقة ورواندا ^{٢١} .

تعد المحكمة الجنائية الدولية (ICC) من أهم المؤسسات الدولية في مجال العدالة الجنائية الدولية التي وضعتها روما ^{٢٢} ، فقد أعربت الدول الأطراف في نظام روما الأساس عزمهم "من أجل أجيال الحاضر والمستقبل ، لإنشاء محكمة

http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeffv-0502-04f84-be94-0a605ebr-0e16/0/rome_statute_english.pdf

٢٣. تتكون المحكمة الجنائية الدولية من ١٨ قاضياً يتم انتخابهم من قبل الدول الأطراف في نظام روما الأساسي ، بالإضافة إلى مكتب المدعي العام. و تنظر المحكمة في الجرائم التي ارتكبت بعد تاريخ تنفيذ نظام روما الأساسي فقط. انظر المادة ١١ "الإختصاص الزمني" ، المرجع السابق.

جنايئة دولية دائمة مستقلة ذات علاقة بمنظومة الأمم المتحدة تختص في الجرائم الأشد خطورة والتي تثير قلق المجتمع الدولي بشكل عام^{٢٣}، مقرر هذه المحكمة في لاهور، ويستند عملها أساساً على مبدأ التكامل، مما يعني أنه يمكن للمحكمة أن تمارس اختصاصها عندما تكون المحاكم الوطنية غير راغبة أو غير قادرة على محاكمة مجرمي الحرب، أو عندما تحال القضايا للمحكمة من قبل مجلس الأمن للأمم المتحدة أو الدول^{٢٤}، ويؤكد نهج المحاكم الدولية في نظام روما الأساسي على التزام الدول في منع وملاحقة الجرائم السرية^{٢٥}.

٤. التحكيم الدولي:

أ. وجهات نظر وآراء من العالم العربي:

إن التحكيم مصطلح معروف لدى جميع الحضارات القديمة تقريباً، ومنها أيضاً الحضارة العربية والحضارة الإسلامية^{٢٦}، على سبيل المثال في الجزيرة العربية وقبل وضع المحاكم في عهد الخلافة الأموية (٦٦١ - ٧٥٠ م)^{٢٧}، كان التحكيم "الوسيلة الوحيدة لتسوية المنازعات القصيرة في الحرب في حالة فشل التفاوض المباشر والوساطة في الوصول إلى الحل"^{٢٨}، أيضاً في التقاليد العربية، كان التحكيم "إجراء تطوعي ينتج من خلال الموافقة المتبادلة بين الطرفين المتنازعين واتفاهم على شخص معين آخر يكون بمثابة الحكم"^{٢٩}. بدأ العالم العربي في التعرف على التحكيم الدولي المعاصر بعد ظهور النفط^{٣٠}، حيث قامت مسائل التحكيم الكبرى حول النزاعات المتعلقة بالنفط، ومثال على ذلك قرار اللورد ايسكويث في شركة تنمية

٢٤. انظر المادة ١٧ "قضايا المقبولة"، المرجع السابق.

٢٥. لمعلومات إضافية انظر جي. هولمز، "مبدأ التكامل" في آر. لي (محرر)
"المحكمة الجنائية الدولية: إنشاء نظام روما الأساسي". (١٩٩٩)، ٤١ - ٧٨.
٢٦. انظر على سبيل المثال، أن جي أل. هاموند، "التحكيم في اليونان
القديمة" (١٩٨٥)، ٢: ١ التحكيم الدولي ص ١٨٨.

وجي. سيان، "التحكيم، والتوفيق، والتراث الإسلامي القانوني في
المملكة العربية السعودية" (٢٠٠٣)، ٢٤: ٤، جامعة ولاية بنسلفينيا، مجلة
القانون الإقتصادي الدولي، ص ٩٠٥. انظر ايضاً، أتش أس. فريز، "رسم
من التاريخ للتحكيم الدولي" (١٩٢٦)، ٢: ١١، مجلة كورنيل لمراجعة
القانون، ١٧٩.

٢٧. الخلافة الأموية هي الخلافة الثانية التي أنشأت بعد وفاة النبي محمد في
عام ٦٣٢ م، وكان مؤسسها معاوية بن أبي سفيان. وكانت عاصمتها دمشق
التي هي في الوقت الحاضر سوريا. انظر اكسفورد الدراسات الإسلامية على
الإنترنت، "الخلافة الأموية"،

٢٨. جي. سيان، الحاشية السفلية ٢٦، ص ٩٢٣ - ٩٢٧.

٢٩. المرجع السابق، ص ٩٢٥.

٣٠. المرجع السابق، ص ٩٠٩.

النفط المحدودة ضد حاكم أبوظبي في عام ١٩٥٢ م^{٣١}، ومن خلال محاولة
إنشاء قانون وجد اللورد ايسكويث أن القانون في أبوظبي كان بدائياً جداً وأن
"القوانين البدائية الموجودة في المنطقة لن تساعد في إقامة صكوك التجارة
الحديثة" هيوغو أتش. سبليز. ^{٣٢}، وبذلك اختار اللورد ايسكويث تطبيق

القانون الإنجليزي المبني على "الحس السليم والممارسات الشائعة في الأمم المتحدة" ^{٣٣}.

في الوقت الراهن عبارات اللورد ايسكويث ببساطة لا يمكن الدفاع عنها، تشارك الدول العربية والمحامين العرب بنشاط بارز في عمليات التحكيم الدولية، وهي لذلك قادرة على إلقاء الضوء على التفاعلات والمدخلات بين الشريعة الإسلامية وغيرها من هيئات القانون المختلفة بما في ذلك القانون الدولي، وينعكس هذا في حادثة التحكيم المهمة التي نظمتها محكمة التحكيم الدائمة اتريريا واليمن ^{٣٤} ، في تناقض كبير مع قرار اللورد ايسكويث، وجدت المحكمة أن القرآن والسنة تجسد "المبادئ العامة الأخلاقية الأساسية"، وأن الإسلام "ليس مجرد دين بل أيضا مجتمع سياسي (أمة) ذو نظام قانوني معين". ^{٣٥} ، وقد شكل هذا التحكيم دوراً أساسياً في تطوير القانون الدولي على أهمية الجزر والاتفاقيات البترولية والممارسات ومصائد الأسماك وتعيين الحدود البحرية.

وبدون شك لقد وضعت الدول العالم العربي بعض النظم القانونية الحديثة، بما في ذلك تشريعات التحكيم الحديثة ويتضح هذا في قانون التحكيم السعودي الذي صدر مؤخراً ^{٣٦} ، لقد أنشأت العديد من المدن العربية مراكز أعمال واستثمار عالمية مكتملة للاقتصاد العالمي، وعلاوة على ذلك تعد الشريعة الإسلامية هي حجر الزاوية المصرفية المتنامية تدريجياً وحجر النظام المالي، مثل التمويل الإسلامي، وكل هذه الأشياء تجعل منطقة الشرق الأوسط - بما في ذلك المملكة العربية السعودية - فاعلاً هاماً في التحكيم الدولي المعاصر.

٣١. في مسألة التحكيم بين شركة نفط (تروسيال كوست) المحدودة ضد حاكم أبوظبي. ICQL، المجلد الأول (١٩٥٢)، ص ٢٤٧ - ٢٦١.
٣٢. المرجع السابق، ص ٢٥٠ - ٢٥١.
٣٣. لمزيد من التفاصيل انظر أبي. كوسفور، "الجرف القاري وجائزة أبوظبي" (١٩٥٣)، ١، مجلة ماكجيل القانونية/ ص ١٠٩ - ١١٥. وسي. فورتى، "تطور التحكيم في العالم العربي" ١ يوليو ٢٠١٥، مدونة كلوير للتحكيم، متوفر على:

<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/٢٠١٥/٠٧/٠١/the-evolution-of-arbitration-in-the-arab-world/>

٣٤. أرتيريا / اليمن، PCA، جائزة هيئة التحكيم في المرحلة الأولى - السيادة الإقليمية ونطاق المنازعات بتاريخ ٩ أكتوبر ١٩٩٨، الفقرة ٩٥. انظر أيضاً أتش. فوكس، "الوقت والتاريخ ومصادر القانون القطعية" في أم. كرافن وأخرون (محرر). الوقت، والتاريخ والقانون الدولي. (٢٠٠٧). ص ١٢٧.
٣٥. تألفت المحكمة من السيد البروفيسور روبرت واي هيجينز (الرئيس)، والقاضي ستيفن أم، والدكتور احمد صاق الكشري، والسيد كيث هايت، والقاضي روزالين هيجنز.
٣٦. المرسوم الملكي رقم م ٣٤/ بتاريخ ٢٤ - ٥ - ١٤٣٣ للهجرة الموافق ١٦ - ٤ - ٢٠١٢ م بشأن الموافقة على قانون التحكيم. متوفر على:

<https://mci.gov.sa/en/LawsRegulations/SystemsAndRegulations/Documents/a9.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1>

ب. التحكيم الدولي المعاصر:

شهد التحكيم الدولي نمواً كبيراً في الآونة الأخيرة، وهنا يجب التركيز على عاملين مهمين: أولاً التزام المجتمع الدولي المتزايد في التسوية السلمية للنزاعات بين الدول من خلال التحكيم، وثانياً ظاهرة التحكيم بين المستثمرين والدول.

أ. التحكيم بين الدول:

دخلت ممارسة تحكيم الشؤون الداخلية في قانون الشؤون الدولية في القرن الثامن عشر وسيلة لبريطانيا والولايات المتحدة لتسوية المطالبات بكفاءة، وعادت هاتان الدولتان إلى التحكيم في منتصف القرن التاسع عشر وذلك في حادثة مطالبة ألباما، وهي قضية نشأت عن بيع بريطانيا الزوارق الحربية إلى الكونغرس الأمريكية خلال الحرب الانفصالية مع الولايات المتحدة^{٣٧}، ولقد بشرت هذه الإجراءات في أواخر القرن التاسع عشر بـ "العصر الذهبي" للتحكيم بين الدول، وبلغت ذروة ذلك في إنشاء محكمة التحكيم الدائمة. وطيلة الفترة ١١٦ عاماً واصلت هذه المحكمة توفير الخدمات الأساسية في التسوية السلمية للمنازعات بين الدول، كما سيتم التطرق إليه لاحقاً.

خلال الجزء الأول من هذه الفترة استخدمت المملكة العربية السعودية التحكيم مرتين، في نزاع جبل أرو مع اليمن وافق الطرفان (المملكة العربية السعودية واليمن) على التحكيم، ولكن لم يؤد ذلك لإنشاء أي قانون أو آلية لتعيين المحكم^{٣٨}، وفي نهاية المطاف اقترحت اليمن على الملك عبدالعزيز أن

بيت في القضية على أساس "حكمته ونظره الثاقب" على الرغم من أن شعبه كان طرفاً في النزاع قبل الملك عبدالعزيز على التعيين، وقرر أن الطرف المتنازع عليه يكون لليمن وذلك حباً للسلام بين المسلمين بشكل عام وبين المملكتين بشكل خاص"، والمرة الثانية تمثلت في نزاع واحة البريمي ١٩٥٥م بين المملكة والمملكة المتحدة (حالياً يتعلق بأبوظبي وعمان)^{٣٩}، أثار وزير خارجية المملكة تساؤلات حول دور المحكمين المعينين من قبل الأطراف، وبالتالي بدأ محادثة جارية في التحكيم الدولي.^{٤٠}

يعد قانون البحار هو القانون الدولي الأكثر استفادة من التحكيم بين الدول، حيث تعد بعض عمليات التحكيم السابقة التي نُظمت من قبل محكمة التحكيم الدائمة توفر الكثير من القواعد الأساسية في قانون

٣٧. مطالبات ألاباما الولايات المتحدة الأمريكية ضد بريطانيا العظمى،

صدر في ١٤ سبتمبر ١٨٧٢، متوفر على:

http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/١٢٥٠١٣٤.pdf

٣٨. تحكيم جبل آرو بين المملكة العربية السعودية واليمن، قرار مؤرخ ٣

ديسمبر ١٩٣١ م، متوفر على:

http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVIII/٣٩٧٠٤٠٠.pdf

٣٩. تحكيم واحة البريمي (١٩٥٥). لمزيد من المعلومات انظر أتش.

فوكس، "منازعات واحة البريمي" ماكس بلانك موسوعة القانون الدولي (٢٠٠٦).

٤٠. انهار التحكيم في هذه القضية. للمزيد انظر جي. ووتر، عملية

التحكيم الدولي (١٩٧٩)، ص ٣٦٩ - ٣٧٠

البحار، ومنها على سبيل المثال: رفع الأعلام على السفن^{٤١}، وترسيم الحدود البحرية^{٤٢}، ومصايد الأسماك^{٤٣}، والتزامات موانئ الدولة^{٤٥}، واحتجاز السفن والرهائن، كما ذكر سابقاً فإن اتفاقية قانون البحار تنص على أن التحكيم هو الوسيلة الافتراضية في تسوية المنازعات والتي قد تنشأ أيضاً من تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية^{٤٦}، ومن دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ، فقد أحيلت ١١ حالة إلى التحكيم بموجب هذه الاتفاقية تحت إدارة محكمة التحكيم الدائمة^{٤٧}، ويجدر بالذكر هنا أن هناك ١٢ حالة للتحكيم معروفة في قانون البحار، وهذا الأمر يجعل محكمة التحكيم الدائمة المؤسسة الرائدة في إدارة التحكيم.

أربعة من هذه الحالات لازالت مستمرة، جنباً إلى جنب مع حالة تحكيم الحدود البرية والبحرية بين كرواتيا وسلوفينيا، وكلا الدولتين طرفاً في الاتفاقية، وفي هذه الحالة اتفق الطرفان على أن المحكمة ستطبق مبادئ "القانون الدولي والعدالة ومبدأ علاقات حسن الجوار من أجل تحقيق العدل وينتج هذا فقط عن طريق الأخذ بعين الاعتبار جميع الظروف ذات الصلة"^{٤٨}، ومن الواضح تماماً أن هذا الاختيار لتوسيع المحاكم الدولية هو القانون الواجب تطبيقه لتنفيذ مبادئ العدالة والإنصاف، وهذه المبادئ لها تأثير واضح على نتيجة القضية، والأهم من ذلك كله أنه يحمل شهادة على مرونة عمليات التحكيم ومبدأ حرية الأطراف - حجر الأساس للتحكيم الدولي.

٤١. المراكب الشراعية مسقط (فرنسا/بريطانيا العظمى)، ١٩٠٥.
٤٢. حالة جريسبادرانا (النرويج/السويد)، ١٩٠٩.
٤٣. الثروة السمكية في ساحل شمال الأطلسي (الولايات المتحدة /بريطانيا العظمى) ١٩١٠.
٤٤. شركة أورينوكو للبواخر (فنزويلا /الولايات المتحدة)، ١٩١٠.
٤٥. سفينة "قرطاج" وسفينة البريد الفرنسية "منوبة" (فرنسا / ايطاليا)، ١٩١٣.
٤٦. انظر الماجة ٢٨٧، اتفاقية قانون البحار، الحاشية ١٢.
٤٧. موكس حالة النبات (ايرلندا/المملكة المتحدة)، استصلاح الأراضي من قبل سنغافورة في وحول مضيق جوهور (ماليزيا / سنغافورة)، غيانا /سورينام)، (بربادس/ترينيداد وتوباغو)، وARA ليرتاد التحكيم (الأرجنتين/غانا)، تحكيم الحدود البحرية لخليج البنغال (بنغلاديش / الهند)، تحكيم محمية تشاغوس البحرية (موريشيوس /المملكة المتحدة)، جمهورية الفلبين ضد جمهورية الصين الشعبية، تحكيم The Atlanto-Scandian Herring (في الدنمارك فيما يتعلق بجزر الفارو ضد الإتحاد الأوربي)، تحكيم شروق القطب الشمالي (هولندا /الاتحاد الروسي)، تحكيم نزاهة دوزجيت (مالطا / ساوتومي وبرينسيبي).

٤٨. تنص المادة الرابعة من اتفاقية التحكيم على أن "هيئة التحكيم تطبق (أ) القانون الدولي والعدالة ومبدأ علاقات حسن الجوار من أجل تحقيق العدالة وهذا ينتج عن طريق الأخذ بعين الإعتبار جميع الظروف ذات الصلة بالقرارات المشار إليها في المادة ٣ (١) من الاتفاقية. (ب) على مفترق سولفينيا إلى أعالي البحار. (ج) على النظام استخدام المناطق البحرية ذات الصلة. انظر المادة ٤ (ب)، اتفاق التحكيم بين حكومة جمهورية سلوفينيا وحكومة جمهورية كرواتيا، ٤ نوفمبر ٢٠٠٩، متوفر على: http://www.pca-cpa.org/shownews.asp?ac=print&pag_id=١٢٦١&nws_id=٥١٥

وعند مناقشة النزاعات الحدودية البرية، لا يمكن تجاهل اتفاقية الشراكة والتعاون في أبيي للتحكيم، هو مثال واضح على إمكانية التحكيم لنزع فتيل الصراعات المسلحة بطريقة مرنة وفعالة^{٤٩}، تتفرد هذه الاتفاقية بطبيعة مختلطة، وهذا يكمن فقط في الاشتراك بين الدول المتنازعة، بل تضمن على الحكومة المركزية للدولة وحركة التحرير في تلك الدولة نفسها، يتعلق الخلاف على ترسيم حدود منطقة أبيي الاستراتيجية للغاية في السودان، في هذه الحالة تم تحديد الخيارات الإجرائية حسب توقيت العملية السياسية، كما كان التحكيم جزءاً بسيطاً من عملية السلام الأكبر، وكان شرطاً مسبقاً لإجراء الاستفتاء المزمع على استقلال جنوب السودان، والذي كان من المقرر عقده في عام ٢٠١١. ونتيجة لذلك اتفق الطرفان على جدول زمني إجرائي سريع جدا وهو ٦ أشهر للمذكرات الخطية والشفهية، مع إصدار الحكم في عام واحد فقط بعد تشكيل الهيئة، وكانت جلسات الاستماع وتقديم الجائزة النهائية مفتوحاً للجمهور والبت المباشر على شبكة الانترنت أيضا، استفادت

الأحزاب من صندوق المساعدة المالية لمحكمة التحكيم الدائمة، والذي كان مدعوما من مساهمة طوعية من المملكة العربية السعودية ودول أخرى. ومن الأمثلة المهمة هو تحكيم مياة السند بين باكستان والهند^{٥٠}، وهذا النزاع متعلق بالمشروع الهولندي لتوليد الكهرباء الواقعة في كشمير الهندية لمعاهدة مياة نهر السند لسنة ١٩٦٠^{٥١}، ادعت باكستان أن المشروع من شأنه أن يقلل المياه بشكل ملحوظ، وسيمنح الهند السيطرة على المياه في جيلوم، وهو عبارة عن نهر يتدفق إلى الشطر الباكستاني من كشمير، بناء على طلب الطرفين، وبعد أن وافقت الأطراف على الرحلة الميدانية، سافرت المحكمة إلى كشمير في مناسبتين، لرؤية النهر خلال الموسم الجاف والموسم الرطب. هذه الزيارات الميدانية تحمل شهادة قاطعة على المرونة المتأصلة في التحكيم.

٢. التحكيم بين المستثمرين والدول:

أحد العوامل الرئيسة وراء النمو المتزايد في التحكيم الدولي هو زيادة في التحكيم بين المستثمرين

^{٤٩}. أبيبي للتحكيم (حكومة السودان / حركة تحرير السودان / الجيش

الشعبي)، ٢٢ يوليو ٢٠٠٩، متوفر على:

http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=١٣٠٦.

٥٠. تحكيم مياة كيشنجانا (باكستان ضد الهند)، جائزة النهائي، ٢٠

ديسمبر ٢٠١٣، متوفر على:

http://pca-cpa.org/shownews.asp?ac=view&pag_id=١٢٦١&nws_id=٣١٥

٥١. معاهدة مائة السند (١٩٦٠) الصادر في ١٩ سبتمبر ١٩٦٠ بين الهند وباكستان (الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد ٤١٩، ص ١٢٥) متوفر على:

<http://siteresources.worldbank.org/INTSOUTHASIA/Resource/s/٢٢٣٤٩٧□١١٠٥٧٣٧٢٥٣٥٨٨/IndusWatersTreaty١٩٦٠.pdf>.

والدول على مدى خمسة وعشرين عاما الماضية^{٥٢}، لقد دخلت العديد من الدول من جميع أنحاء العالم الذين ترتبط بالأقتصاد العالمي - بما في ذلك المملكة العربية السعودية- في أكثر من ٣٠٠٠ اتفاقيات الاستثمار الدولي أو المعاهدات الثنائية (IIA or BIT)^{٥٣}، وواحدة من المبررات الرئيسة وراء إبرام هذه المعاهدات هو تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية بموجب القانون الدولي، وكذلك سعي هذه الدول لتأمين تدفق رأس المال الأجنبي في اقتصادها الوطني^{٥٤}، والأهم من ذلك هو سعي هذا النظام لإطاحة الخلافات الإستثمارية في نهاية عهد " المدفعية الدبلوماسية"، والحاجة للمستثمرين الأجانب لطلب الحماية الدبلوماسية، اتفاقيات الاستثمار الدولية نصت على تطبيق مبادئ ومعايير القانون الدولي وعملت على تشجيع الاستثمار الأجنبي وحماية المعاملات والإنصاف، وعدم التمييز والمعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأكثر رعاية والحماية الكاملة والأمن^{٥٥}، كما تقوم أيضاً بتسوية النزاعات بشكل منهجي بين المستثمرين والدول^{٥٦}، وفي ظل المتغيرات الراهنة والعولة تقدر أغلب الدول أهمية

٥٢. جي. لفين، "تفاعل التحكيم في الاستثمار الدولي و HTS الشعول الأصلية" في أف. بيتنز، (محرر) قانون الاستثمار ضمن القانون الدولي: آفاق الإندماج (٢٠١٤)، ص ١٠٨.

٥٣. للاطلاع على دراسة اتفاقات الاستثمار الدولية ومعاهدات الاستثمار الثنائية، انظر الموقع الإلكتروني لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية. متوفر على: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

وتشمل الأمثلة على اتفاقات الاستثمار الدولية ومعاهدة ميثاق الطاقة الأوروبي اعتمد في ١٧ ديسمبر ١٩٩٤، ودخل حيز التنفيذ في ١٦ أبريل ١٩٩٨، ٢٠٨٠ ٩٥ UNTS؛ ٣٤ ILM ٣٦٠ (١٩٩٥)، متوفر على: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf

ومن الأمثلة على معاهدات الاستثمار الثنائية تتضمن الاتفاق المبرم بين المملكة العربية السعودية والاتحاد السويسري على التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، اعتمد في ١ أبريل ٢٠٠٦، ودخل حيز التنفيذ ٩ أغسطس ٢٠٠٨. متوفر على:

<https://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/٢٠٠٨/٣٧١١.pdf>

٥٤. يقول معالي تشارلز بروير أن "هاك أدلة قاطعة ان النظام الحالي للحماية الدولية الحصول على إعانات الاستثمار الأجنبي النامية للدول. هناك منذ فترة طويلة إجماع على أن الاستثمارات الأجنبية المباشرة تزيد من الدخل القومي وفرص العمل ويسرع التطوير والتحديث من خلال إنشاء قيمة

لمموسة للأشياء داخل البلد المضيف. أيضا الاستثمار الخارجي على تعزيز تنمية رأس المال البشري، وتسهيل اكتساب المعرفة التقنية، وخلق تأثيرات الشبكة التي تخلق فرص الوصول إلى الأسواق في المستقبل في الخارج." انظر سي. براونر، واس. بلانشارد، "ماذا في ميمي؟ لجنة تقصي الحقائق حول المستثمر والدولة التحكيم: لماذا لا حاجة له، وحاجة الدول له" (٢٠١٤)، ٥٢، مجلة كولومبيا للقانون ٦٨٩، ص ٧٠١ - ٧٠٣. حتى النقاد في جانب التحكيم بين المستثمر والدولة يؤمنون بأنه "ليس هناك شك بأن الاستثمارات الأجنبية من خلال الشركات المتعددة يعطي العديد من الفوائد للدول المضيفة للاستثمار. انظر أم. سورنارجاه، "قانون للحاجة؟ أم قانون للطمع؟: استعادة القانون المفقود في القانون الدولي من الاستثمارات الأجنبية." (٢٠٠٦) (٠٦، اتفاقيات البيئة الدولية ٣٢٩، ص ٣٣١ - ٣٣٣.

٥٥ للإطلاع على تحليل مبادئ قانون الاستثمار الدولي، انظر سي. سشورير، وآر. دوزلر، مبادئ قانون الاستثمار الدولي. (٢٠١٢).
٥٦ الجائزة الأولى التي قدمت في هذه المنازعات تعود إلى ١٩٩٠. انظر إلى آسيا المحدودة للمنتجات الزراعية (AAPL) ضد جمهورية سريلانكا (القضية رقم ٨٧/٣ / ARB ICSID)، القرار النهائي ٢٧ يونيو ١٩٩٠. انظر أيضاً جي. كروفورد، "الفرصة، النظام، التغيير" برنامج القانون الدولي (٢٠١٤)، ص ١٨٣.

إنشاء هذه الآلية لتسوية المنازعات باعتبارها أداة للتدقيق.

استضافة الدولة المستثمرين الأجانب وجها لوجه دون الحاجة إلى الاعتماد على نظام المحاكم المحلية للدولة المضيفة^{٥٧} ، من خلال عملية التحكيم بين المستثمر والدولة ، يحضى المستثمرون الأجانب على الحق في الوصول إلى العدالة الدولية. حتى الآن أدارت اتفاقية الشراكة والتعاون أكثر من ١١٠ عملية تحكيم^{٥٨}.

يمكن إنفاذ قرارات التحكيم في أكثر من ١٥٦ ولاية قضائية والتي تحكمها قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للتحكيم وفقاً لاتفاقية نيويورك^{٥٩} ، لعام ١٩٥٨ و١٩٥٩ ، كما يمكن أيضاً إنفاذ ١٥١ ولايات قضائية لقضايا التحكيم التي تحكمها قواعد التحكيم للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وفقاً لاتفاقية واشنطن ١٩٦٥^{٦٠} . ومن الجدير بالذكر أن المملكة العربية السعودية انضمت إلى اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ يوم ١٩ ابريل ١٩٩٤ ، واتفاقية واشنطن ١٩٦٥ يوم ٢٨ سبتمبر عام ١٩٧٩ .

٥٧ انظر بي. كينجسبري ، وأس. شيل ، "المستثمر والدولة والتحكيم: العلاج العادل والمنصف والتناسب القانون الإداري الناشئ" (٢٠٠٩) ، كلية الحقوق بجامعة نيويورك ، ورقة بحثية في القانون العام. رقم ٠٩ - ٤٦ . انظر أيضاً سي. بروير ، وأس. بلانشارد ، الحاشية ٥٤ ، ص ٦٩٧ .

٥٨ يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هو الخيار الأبرز في التحكيم بين المستثمرين والدول، وكذلك يعتبر والنظام الإجرائي الثاني الأكثر شيوعاً وفق قواعد الأونسيترال للتحكيم. تدار معظم عمليات تحكيم الأونسيترال المعروفة من قبل محكمة التحكيم الدائمة.

٥٩ اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية (١٩٥٨) اتفاقية نيويورك)، اعتمدت في ١٠ يونيو ١٩٥٨، ودخلت حيز التنفيذ ٧ يونيو ١٩٥٩، متوفرة على:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

لوضع التصديق على اتفاقية نيويورك، راجع موقع الأونسيترال، متوفر على:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

٦٠ اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى (١٩٦١ اتفاقية واشنطن)، اعتمدت ١٨ مارس ١٩٦٥، دخلت حيز التنفيذ ١٤ أكتوبر ١٩٦٦، متاح على:

https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en_archive/ICSID_English.pdf

لمعرفة حالة التصديق على اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، راجع موقع المركز، متوفر على العنوان:

<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/ICSID%20Contracting%20States%20and%20Measures%20Taken%20by%20Them%20for%20the%20Purpose%20of%20the%20Convention.pdf>

وقد أدى الارتفاع التدريجي في التحكيم بين المستثمر والدولة وكذلك التزام المجتمع الدولي المتزايد في التسوية السلمية للنزاعات بين الدول من خلال التحكيم إلى النمو في أنشطة محكمة التحكيم الدولية لم يسبق لها مثيل في التاريخ، كما أنها تعتبر أول منظمة دولية مكرسة للتحكيم الدولي، لذا تستحق للمزيد من التفاصيل.

ج. نظرة معمقة على محكمة التحكيم الدولية:

تعد هذه المحكمة مجموعة كاملة من المؤسسات في جميع أنحاء العالم تكفل إدارة التحكيم حول نزاعات دولية، ومن أبرز هذه المؤسسات غرفة التجارة الدولية، ومحكمة التحكيم الدولية في باريس، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) التابع للبنك الدولي ومقره واشنطن، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي ومقرها لندن، يتم وضع محكمة التحكيم الدولية بشكل فريد وجها لوجه مؤسسات التحكيم الدولية الأخرى، وهي أقدم منظمة حكومية دولية لتوفير منتدى لتسوية المنازعات الدولية عن طريق التحكيم وغيرها من وسائل تسوية المنازعات مثل الوساطة أو التوفيق، ولا تغطي ولايتها المنازعات بين الدول فحسب، ولكن أيضا النزاعات التي تشترك فيها أطراف خاصة وكذلك غيرها من الجهات التي تشترك في المنازعات.^{٦٢}

وقوانين الاستثمار الوطنية.^{٦٣} في مؤتمر لاهاي للسلام ١٨٩٩، أنشأت محكمة التحكيم الدولية رسمياً لتسوية النزاعات الدولية بالوسائل السلمية (اتفاقية ١٨٩٩)،^{٦٤} وقد تم تنقيح هذه الاتفاقية عام ١٩٠٧. ولدى المحكمة

الآن ١١٧ دولة عضو، بما في ذلك المملكة العربية السعودية، التي انضمت إلى اتفاقية ١٩٠٧ في ٢٠ يناير ٢٠٠٢.^{٦٥}

ويتكون هيكل المحكمة من ثلاثة أجهزة رئيسية وهي: (أ) المجلس الإداري، (ب) مكتب محكمة التحكيم الدولي، (ج) أعضاء المحكمة. ويتألف المجلس الإداري من الممثلين الدبلوماسيين للدول الأعضاء التي وقعت على اتفاقيات لاهاي، وتجتمع اللجنة مرتين في السنة لمناقشة المسائل المتعلقة بالسياسة

- ^{٦١} صادقت المملكة العربية السعودية على الاتفاقيتين في ١٨ يوليو ١٩٩٤م و٧ يونيو ١٩٨٠م على التوالي.
- ^{٦٢} في عام ١٩٣٤، دارت محكمة التحكيم الدولية تحكيمها الأول ضد طرف غير حكومي: مؤسسة الإذاعة الأمريكية ضد جمهورية الصين، قرار ١٣ أبريل ١٩٣٥م، متوفر على: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/RCA%20v.%20China.pdf>
- ^{٦٣} الاتفاقية الدولية لتسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية، اعتمدت ٢٩ يوليو ١٨٩٩، ودخلت حيز التنفيذ ٤ سبتمبر ١٩٠١. بيفانز ٢٣٠، ١ AJIL ١٠٣ (١٩٠٧). متوفر على: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag%20_id=١١٨٧.
- ^{٦٤} الاتفاقية الدولية لتسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية، اعتمدت ١٨ أكتوبر ١٩٠٧، ودخلت حيز النفاذ ٢٦ يناير ١٩١٠، بيفانز

٥٧٧ (١)، ملحق AJIL ٤٣ (١٩٠٨). متوفر على: http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=١٩٣.

٦٥ ومن الجدير بالذكر هنا الدور الهام الذي لعبته المملكة العربية السعودية في دعم محكمة التحكيم الدولية، ويرجع ذلك بصفة خاصة إلى تبرعات صاحب السمو الملكي الأمير بندر بن سلمان آل سعود. http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=١٠٦٩

العامة، وإطلاق مبادرات محكمة التحكيم الدولية الجديدة، والموافقة على ميزانية المحكمة.^{٦٦}

يقدم مكتب محكمة التحكيم الدولية للخدمات التسجيل والدعم الإداري للتحكيم والإجراءات الأخرى لتسوية المنازعات.^{٦٧}

تعمل قناة الإتصال في محكمة التحكيم الدولية على توفر الدعم في مجال السكرتارية، وتضمن الحفظ الآمن للوثائق، وتعمل حالياً المكمة كسجل ل ٩٣ حالة في حالة الإنتظار، وتشمل لغات هذه الإجراءات اللغات الست الرسمية للأمم المتحدة. ويتم النظر في كل هذه الحالات بناءً على قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للتحكيم عامي ١٩٧٦، و ٢٠١٠، وكذلك يحق للأطراف أيضاً الإختيار من القواعد الإجرائية المتخصصة الأخرى التي وضعت من قبل محكمة التحكيم الدولية، ومنها قواعد التحكيم لعام ٢٠١٢، والقواعد الإختيارية للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالموارد الطبيعية والبيئة عام ٢٠٠١.^{٦٨} بالإضافة إلى خدمات السجل، توفر محكمة التحكيم الدولية مجموعة متنوعة من خدمات تعيين السلطة، وتعد وظيفة

سلطة التعيين أمر ضروري للحفاظ على سلامة عمليات التحكيم الدولية.^{٦٩} يجوز للأمين العام للمحكمة الدائمة، بناء على اتفاق الطرفين، أن يكون بمثابة سلطة التعيين لأغراض تعيين أعضاء هيئة التحكيم، وأن يحدد في التحديات التي تواجه المحكمين، واتخاذ قرار بشأن رسوم التحكيم المالية، وغالباً ما يطلب من الأمين العام أن يكون بمثابة سلطة التعيين في إطار كل من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ١٩٧٦ و٢٠١٠،^{٧٠} وكما قد يكون بمثابة سلطة التعيين في إطار مجموعة من الأنظمة الإجرائية، والقوانين الوطنية، والمعاهدات.^{٧١}

٦٦ للحصول على وصف تفصيلي أكثر، انظر بي. ديليو. دالي. "المحكمة الدائمة للتحكيم" في سي. جيورجتي، "قواعد وممارسات المحاكم الدولية" (٢٠١٢)، ص ٣٩.

٦٧ في عام ٢٠١٤، دارت محكمة التحكيم الدولية ١٢٨ حالة، ٣٩ منها تم الشروع في ذلك العام، وتشمل: التحكيم بين المستثمرين والدول الناشئة بموجب معاهدات الاستثمار الثنائية / المتعددة الأطراف وهي تكون بمثابة الجهة المسؤولة التي تنشأ بموجب عقد يشمل دولة أو منظمة حكومية دولية أو هيئة عامة أخرى، ١٠ التحكيم بين الدول، ٣ التحكيم بين الأطراف الناشئة بموجب العقود المقدمة إلى التحكيم وفقاً للقواعد الاختيارية لمحكمة التحكيم الدولية للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالموارد الطبيعية أو البيئة، كذلك التوفيق بين أطراف من القطاع الخاص المبرم بموجب عقد المقدمة للتوفيق وفقاً لمحكمة التحكيم الدولي لإختيار قواعد للتوفيق في المنازعات المتعلقة بالموارد

الطبيعية أو البيئة، التوفيق بين حفلة خاصة ومنظمة حكومية دولية تنشأ بموجب عقد المقدمة للتوفيق وفقاً لقواعد الأونسيترال للتوفيق (١٩٨٠)، وغيرها من النزاعات المختلفة. لمزيد من التفاصيل انظر إلى التقرير السنوي لمحكمة التحكيم الدولي، متوفر على:

http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=١٠٦٩

٦٨ وتشمل القواعد الإجرائية لمحكمة التحكيم الدولي على: قواعد محكمة التحكيم الدولي ٢٠١١ الاختيارية للتحكيم في المنازعات المتعلقة بأنشطة الفضاء الخارجي، قواعد محكمة التحكيم الدولي ١٩٩٧ الاختيارية بشأن لجان لتقصي الحقائق للتحقيق، وقواعد محكمة التحكيم الدولي ٢٠٠٢ للتوفيق في المنازعات المتعلقة بالموارد الطبيعية و / أو البيئة، وقواعد محكمة التحكيم الدولي ٢٠٠١ للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالموارد الطبيعية و / أو البيئة، وقواعد التوفيق ١٩٩٦، وقواعد محكمة التحكيم الدولي ١٩٩٦ للتحكيم بين المنظمات الدولية والأطراف الخاصة، وقواعد محكمة التحكيم الدولي للتحكيم في إشراك المنظمات الدولية والدول، وقواعد محكمة التحكيم الدولي ١٩٩٣ للتحكيم في المنازعات بين طرفين منها الدولة، وقواعد محكمة التحكيم الدولي ١٩٩٢ للتحكيم في المنازعات بين دولتين.

لتوصية الموفق في دعوى نُفذت بموجب قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للتوفيق، لمزيد من التفاصيل انظر لنفس المرجع.

كما أن أعضاء المحكمة، حسب المادة ٤٤ من اتفاقية ١٩٠٧ (المادة ٢٣ من اتفاقية ١٨٩٩) التي تخول كل دولة من الدول الأعضاء لتحديد ما يصل إلى أربعة من رعاياها من "الكفاءات المعروفة في مسائل القانون الدولي، ومن أصحاب سمعة أخلاقية عالية، ومن هم على استعداد لقبول واجبات المحكم" كأعضاء في المحكمة لمدة ٦ سنوات قابلة للتجديد، وسيتم ذكر أعضاء المحكمة في عام ٢٠١٥ على الموقع الإلكتروني للمحكمة وفي تقريرها السنوي. ومع ذلك ما تزال الأحزاب حرة في أن تختار شخصاً من خارج القائمة، كما هو الأمين العام للمحكمة، لأن له حق التصرف في سلطة التعيين.^{٧٢}

٥. التداخل والتكامل:

تهدف كل من المحاكم الدولية ومؤسسات التحكيم في نهاية المطاف إلى تحقيق الأهداف المشتركة والأساسية للمجتمع الدولي، أي التسوية السلمية للنزاعات الدولية والتمسك بسيادة القانون على الصعيد الدولي. حيث إن التسوية السلمية للنزاعات الدولية هي إلزاماً على الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة:

يجب على أطراف أي نزاع يشكل استمراره خطراً لحفظ السلم والأمن الدوليين، أولاً وقبل كل شيء، أن تسعى إلى حل هذا النزاع عن طريق التفاوض والتحقيق والوساطة والتوفيق والتحكيم والتسوية القضائية، أو اللجوء إلى الوكالات أو الإجراءات الإقليمية، أو غيرها من الوسائل السلمية.^{٧٣}

وسعى المجتمع الدولي لتحقيق هذا الهدف منذ فترة طويلة وقبل اعتماد من ميثاق الأمم المتحدة، ولقد نصت اتفاقية تأسيس محكمة التحكيم الدائمة، واتفاقية عام ١٨٩٩ على الآتي:

تتفق الدول الموقعة لبذل قصارى جهدها لضمان التسوية السلمية للخلافات الدولي وذلك بهدف تفادي - قدر الإمكان - اللجوء إلى القوة في العلاقات بين الدول.^{٧٤}

في الحقيقة إن الرجال الذين وضعوا النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الدائمة عام ١٩٢٠، هم نفس الأفراد الذين وضعوا اتفاقيات عامي ١٨٩٩ و١٩٠٧، وكما سعوا أيضاً إلى تطوير محكمة التحكيم الدائمة.^{٧٥} وجاء إنشاء المحكمة في عام ١٨٩٩ في وقت تتزايد فيه التوترات بين القوى العالمية، وخاصة في الدول الأوروبية، وفي أعقاب سباق تسلح لا هوادة فيها، وأملا في وقف سباق التسلح والاتفاق على الوسائل السلمية الدائمة لتسوية المنازعات بين الدول، فقد اقترح القيصر نيكولا الثاني إقامة مؤتمر السلام لعام ١٨٩٩ في لاهاي.^{٧٦} وللأسف الشديد فإن القوى العالمية التي شاركت في مؤتمرات لاهاي للسلام لعام ١٨٩٩ و١٩٠٧ فشلت في منع الدمار في كل من الحرب العالمية الأولى والثانية وكذلك الصراعات المسلحة الأخرى العديدة التي ابتليت بها كل من ٢٠ والقرن الـ ٢١.

لكن - وكما ذكر سابقاً - هناك العديد من الحالات التي كانت فيها المحاكم الدولية والتحكيم ناجحة في نزع فتيل الصراعات المسلحة من خلال الفصل في الخلافات وفقاً للقانون الدولي. كان الفصل في النزاعات الدولية - سواء عن طريق التقاضي أو التحكيم - بدلا من الضغط السياسي أو

الصراعات، وبما يتسق مع سيادة القانون، ويظهر هذا جلياً في كتابات البروفيسور فانديفيلد، "سيادة القانون الانتصارات عندما الحكومات ذات السيادة تلتزم الإجراءات القانونية وتكريم تلك العمليات".^{٧٧}

٦٩ انظر بي. دبليو. دالي، الحاشية رقم ٦٦، ص ٤٢.

٧٠ المادة ٦، و٧، و١٢ من ١٩٧٦م قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون

التجاري الدولي للتحكيم. متوفرة على:

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb->

[rules/arb-rules.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf); والمادتان ٦ و ٨ من قواعد الأونسيترال للتحكيم

٢٠١٠. متوفرة على:

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules->

[revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf)

للاطلاع على تحليل مفصل للتفاعل بين محكمة التحكيم الدولية وقواعد

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للتحكيم، انظر أس. جريمير، "

"المحكمة الدائمة للتحكيم وقواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

للتحكيم: التفاعل الحالي وتوقعات المستقبل" (٢٠٠٩) ٥.

٧١ في عام ٢٠١٤، تلقت محكمة التحكيم الدولية ٤١ طلباً متعلقاً

بخدمات سلطة التعيين، وتشمل: ٢٦ طلباً يطلب من الأمين العام تعيين

سلطة التعيين، و١٢ طلباً على أن يقوم الأمين العام بتعيين المحكم، و٣

طلبات على أن يقوم الأمين العام بتحديد التحدي والمهام للمحکم،
وبالإضافة تلقى الأمين العام طلباً.

٧٢ وهنا نذكر الأعضاء السعوديين السابقين في المحكمة وهم: صاحب
السمو الملكي الأمير الدكتور بندر بن سلمان بن محمد آل سعود، والدكتور
عمر محمد أحمد بن أبو بكر باخشب، الشيخ إبراهيم بن سليمان الرشيد،
والشيخ صالح بن عثمان الصالح. وحالياً لا يوجد سعوديين معينين في
المحكمة، ولكن من المتوقع أن المملكة العربية السعودية سوف تشرع قريباً مع
هذه التعيينات. وأخيراً، من المهم التأكيد على أن هؤلاء الأعضاء يشكلون
"مجموعة وطنية"، ولهذه المجموعة الحق في ترشيح المرشحين لمحكمة العدل
الدولية وجائزة نوبل للسلام.

٧٣ المادة ٣٣ (١)، الأمم المتحدة، ميثاق الأمم المتحدة، ٢٤ أكتوبر

١٩٤٥ UNTS (١) السادس عشر. متوفى على:

<http://www.un.org/en/documents/charter/chapter٦.shtml>

٧٤ المادة ١، ١٨٩٩ الاتفاقية، الحاشية ٦٣

٧٥ تم إنشاء اللجنة الاستشارية للحقوقيين التي أعدت النظام الأساسي
لمحكمة العدل الدولية الدائمة خلال الدورة الثانية للمجلس عصابة الأمم
وبرئاسة البارون إدوارد ديكامب من بلجيكا. كان البارون ديكامب، في عام
١٨٩٩، من بين المندوبين ببلجيكا في مؤتمر لاهاي للسلام الأول، وخدم
هناك كعضو في اللجنة الثالثة للمؤتمر ولجنة الفحص - وهي الهيئة المسؤولة
عن أحكام اتفاقية لاهاي ١٨٩٩ المتعلقة بإنشاء محكمة التحكيم الدائمة.

٧٦ تلقى دبلوماسيون في سان بطرسبرج الرسالة التالية من السيد مارويرف، ومن وزير الشؤون الخارجية الروسية، التي تنص على أنه "قد شكلت الولايات قوة كبيرة وتحالفات قوية، ولكفالة أفضل للسلام فلقد وضعت قواتها العسكرية في أماكن بعيدة غير معروفة ولازالت تعمل على زيادة هذه القوة." انظر إلى السيد مارويرف، "الملاحظات الروسية في اقتراح مؤتمر السلام الأول" في جي. بي. سكوت، تعليمات للمندوبين الأمريكية في مؤتمرات السلام وتقاريرها الرسمية ١٩١٦ (نيويورك: مؤسسة كارنيغي للسلام الدولي، ١٩١٦)، ص ٢، وبي. دبليو. دالي، الحاشية ٦٦، ص ٣٧. ٧٧ كي. فانديفيلد، "معاهدات الاستثمار الثنائية: التاريخ، والسياسة، والتفسير" (٢٠١٠)، ص ١١٩.

في ضوء ذلك، ليس هناك شك في أن المحاكم الدولية متداخلة ويكمل كل منهما الآخر، ولذا قد يفضل أطراف النزاعات الدولية شكلاً على آخر من المحاكم. إن حرية الأطراف والمرونة، مثل حرية تعيين محكمين أو الاتفاق على القواعد الإجرائية المعمول بها، هي بعض من المزايا الأساسية للتحكيم، على الرغم من ذلك، قد يكون التحكيم غير مناسب لجميع مجالات القانون الدولي، مثل على سبيل المثال القانون الجنائي الدولي.

٦. الخاتمة: تأملات في المستقبل

تواجه كل من المحاكم الدولية والتحكيم تحديات عديدة في المستقبل. مؤخرا قدمت سيسيليا مالمستروم مفوضة الاتحاد الأوروبي للتجارة ورقة عمل تتضمن عدة مقترحات لاصلاح التحكيم بين المستثمرين والدول^{٧٨}، موقف المحكمة في هذا الصدد واضح وهو أن عدم توفير نظام التحكيم بين المستثمرين والدول هي مسألة سياسية للدول الأعضاء، تهدف المحكمة في هذا المجال لمساعدة المستثمرين والدول في وجود إجراء ناجح ذو كفاءة وفعالية للطرفين، كفاءة بمعنى توفير الوقت والتكلفة، وفعالية بمعنى انتاج قرار بأن لديها الشرعية والأثر الملزم من أجل حل حقيقي للنزاع.

وبشكل منفصل يعتقد البعض أن انتشار المحاكم والسلطات القضائية الدولية لا يخلو من المخاطر. تجزئة القانون الدولي ربما يكون واحدا من هذه المخاطر.^{٧٩} وكما ذكر سعادة القاضي غيوم الرئيس السابق لمحكمة العدل الدولية "يجب على القضاة أن تدرك مخاطر تجزئة القانوني، وعدم تناسق في السوابق القضائية، ينتج عنه انتشار الفوضى في المحاكم الدولية"^{٨٠}، ومع ذلك فمن الواضح أيضا أن الهيئات القضائية والمحاكم الدولية في كثير من الأحيان تساهم في القانون الدولي بطرق متوازية ومتكاملة على حد سواء^{٨١}، هذا هو على سبيل المثال يتجلى بوضوح من خلال قرار محكمة العدل الدولية مؤخرا في كرواتيا ضد صربيا حيث قرر أنه "وعلى الرغم من ذلك تأخذ في الاعتبار، عند الاقتضاء، من قرارات المحاكم الجنائية الدولية أو المحاكم، ولا سيما المحكمة الجنائية الدولية".

المحكمة الجنائية الدولية كما فعلت في عام ٢٠٠٧ في دراسة العناصر المكونة للإبادة الجماعية في هذه القضية، إذا ثبت أن الإبادة الجماعية قد

ارتكبت، فإن المحكمة بعد ذلك تسعى لتحديد مسؤولية الدولة، على أساس قواعد القانون الدولي العام الذي يحكم مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً " انظر تطبيق اتفاقية منع ومعاينة جريمة الإبادة الجماعية (كرواتيا ضد صربيا). الحكم، محكمة العدل الدولية، ٣ فبراير ٢٠١٥، متوفر على:

<http://www.icj-cij.org/docket/files/118/118422.pdf>

على الرغم من كل ما يمكن أن يحمله المستقبل لكلا المحاكم الدولية والتحكيم، يجب على الدول وجميع أصحاب المصلحة الآخرين الحفاظ على الزخم الذي تحقق بالفعل في التسوية السلمية للنزاعات الدولية، والتمسك بسيادة القانون على الصعيد الدولي، هذه النجاحات تعد شموع مضيئة في مجال القانون الدولي، ويجب علينا أن نسعى جاهدين لحماية النظام الدولي في الوقت الراهن والذي يتميز بالعنف والظلام.

^{٧٨} سيسيليا مالستروم، المفوضية الأوروبية، "الاستثمار في TTIP وخارجها - مسار الإصلاح: تعزيز الحق في تنظيم والتحرك من التحكيم الحالي المخصص نحو محكمة الاستثمار"، ٥ مايو ٢٠١٥، متوفر على: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.P

DF ص ٧ - ٨.

^{٧٩} إن لجنة القانون الدولي تملئ علينا "إن القانون الدولي، كنظام قانوني، ليس مجموعة عشوائية من بعض المعايير، بل أن هناك علاقات ذات مغزى بينهما. انظر لجنة القانون الدولي، استنتاجات عمل فريق دراسة عن تجزؤ القانون الدولي: الصعوبات الناشئة عن تنوع وتوسع القانون الدولي، تقرير عن أعمال دورتها الثامنة والخمسين، ١ مايو - ٩ يونيو - ٣ يوليو - ١١ أغسطس ٢٠٠٦، متوفر على:

<http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft/20Articles>

[.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft/20Articles.pdf)

^{٨٠} "انتشار الهيئات القضائية الدولية: توقعات النظام القانوني الدولي"، خطاب سعادة القاضي غيلبرت غيوم، رئيس محكمة العدل الدولية، إلى اللجنة السادسة للجمعية العامة للأمم المتحدة، ٢٧ أكتوبر ٢٠٠٠. متوفر على:

<http://www.icj->

[cij.org/court/index.php?pr=٨٥&pt=٣&p1=١&p2=٣&p3=١](http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=٨٥&pt=٣&p1=١&p2=٣&p3=١)

^{٨١} يقول القاضي جيمس كروفورد أن "حالات الخلاف بين المحاكم والهيئات القضائية نادرا ما تنضج في صراع صريح" انظر جي. كروفورد، الحاشية ٥٦، ص ٢٩١.

^{٨٢} أعلنت المحكمة بشكل أكثر تحديداً أن "الأمر متروك للمحكمة، في تطبيق لاتفاقية منع ومعاينة جريمة الإبادة الجماعية"، وأن تقرر ما إذا كانت أعمال الإبادة الجماعية قد ارتكبت، ولكن ليس للمحكمة لتحديد المسؤولية الجنائية الفردية عن هذه الأفعال. بل هذه المهمة من اختصاص المحاكم الجنائية أو المحاكم المخولة للقيام بذلك، وفقاً للإجراءات المناسبة. وستنظر المحكمة على الرغم من ذلك لقرارات المحاكم الجنائية الدولية.

التعايش المتناغم بين مبادئ الشريعة والتحكيم التجاري: نهج مبتكر لمركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم

يوانيس كونستانتينديس

رئيس التحكيم في معاهدة الاستثمار والقانون الدولي

مركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم (KLRC)

درجة الإجازة (جامعة أثينا، اليونان) في القانون الدولي والمنظمات الدولية
LLM (مدرسة دي ترويت في السوربون - جامعة باريس بانتيون السوربون الأولى،
فرنسا)

درجة الماجستير (معهد الدراسات السياسية في باريس - معهد العلوم السياسية)
درجة الدكتوراه في القانون الدولي (مدرسة دي ترويت في السوربون - جامعة
باريس بانتيون السوربون الأولى، فرنسا)

الملخص:

لقد كان التحكيم التجاري وما يزال وسيلة فعّالة وناجحة لحل النزاعات المحليّة والدوليّة وذلك بتوفير الاستقلاليّة والسرعة، والأهم من كل ذلك التنفيذ الموثوق به^١، في الوقت الذي يزداد فيه التمويل الإسلامي خارج حدوده التقليديّة، في الوقت نفسه تزداد الحاجة لوسائل مشابهة لحل النزاع^٢، و تسلّط ورقة البحث هذه الضوء على دور مركز كوالالمبور الإقليمي (KLRCA) وقواعده في التحكيم الحائزة على جوائز والتي تضمن أن تكون القرارات التحكيمية تتسق مع مبادئ الشريعة، وهي تنطلق بتحليل السمات البارزة لقواعد التحكيم لمركز كوالالمبور الإقليمي وتدرس أيضاً كيف تكون الأطراف التي تبرم عقوداً باستخدام التمويل الإسلامي قادرة على اختيار قوانين الشريعة المناسبة لتحكم معاملاتهم، وخصوصاً تلك التي تتم خارج الحدود، وفي النهاية تقوم ورقة البحث بالمقارنة بين حل الخلاف طبقاً لقواعد التحكيم لمركز كوالالمبور الإقليمي وبين حلها باستخدام التحكيم الإسلامي التقليدي والمنتديات الموجودة والمتاحة، وذلك بتسليط الضوء على النهج المبتكر لمركز كوالالمبور الإقليمي للتحكيم والقرارات الموافقة للشريعة.

١ روفين، أي دبليو، قضايا معاصرة في التحكيم والوساطة: اوراق فوردهام البحثية، والناشرون لايدن ومارتينوس نجوف، ٢٠١٤، الصفحات ٣٥٢ و ٣٥٣.

٢ حسّان أم كاي و لوويس أم كاي، كتيب عن الإسلام والحياة الاقتصادية، ماستشوستس، الولايات المتحدة الأمريكية، ادوارد الغار، ٢٠١٤، الصفحات ٤٠٤ و ٤٠٥.

مقدمة:

المصرفية الإسلامية وضرورة قواعد وإجراءات خاصة لتسوية النزاعات حالة آسيا تعتبر الصناعة المصرفية الإسلامية في ماليزيا واحدة من الصناعات الأكثر تطوراً على مستوى العالم^١، ويشكل إطلاق المركز المالي الدولي في ماليزيا عام ٢٠٠٦، والذي كان الهدف منه تثبيت ماليزيا (كسوق مالي إسلامي عالمي)، حركة لتطوير التمويل الإسلامي في ماليزيا إلى ما هو أبعد من الشروط الاقتصادية فحسب^٢، يُعد التعليم والتواصل والتعاون من بين تلك المجالات التي يتم تطويرها، وبشكل أدق من خلال مختلف المشاريع المشتركة ونظام شرعي قوي^٣.

عند تتبع مبادرات ماليزيا، فإنّ ما يستحق الذكر هنا أنّ هونغ كونغ، بالإضافة إلى قيامها بإعادة هيكلة إطارها الضريبي لدعم التمويل الإسلامي^٤، قد شاركت ماليزيا بمذكرة تفاهم بالإضافة إلى اجتماعات في كوالالمبور لتبادل الأفكار، وتعتبر هونغ كونغ بوابة التمويل الإسلامي إلى الصين، وعلى نحو

١ للحصول على تحليل مفصل أكثر راجع دلفولي دي " تطوير التمويل الإسلامي في ماليزيا: تاريخ من

التطوع الدولة "من لائحة المراجعة. المؤسسات الرأسمالية، السلطات، المجلد ١٣ لعام ٢٠١٣

والموجود على: <http://regulation.revues.org/10067>

٢ علي، م "التحديات والفرص لتطوير تجارة الأسهم الإسلامية في ماليزيا"، ح فؤاد بيسيسو (مدير)،

الدور المتطور للمصرفية والتمويل الإسلاميين: من المنظورات المحلية للعالمية (الدراسات المعاصرة في

الاقتصاد والتحليل المالي، المجلد ٩٥) بنغلي، مجموعة اميرالد للنشر، ٢٠١٤ الصفحات ٩٩ و١٠٠

٣ معلومات إضافية، زوروا الموقع الإلكتروني للمركز الدولي الإسلامي المالي في ماليزيا:

<http://www.mifc.com/index.php>

٤ في الشهر السابع من العام ٢٠١٣، قامت هونغ كونغ بتعديل قانون الإيرادات الداخلية وقانون

الدمغة ليتناغم مع بنية الضريبة بالنسبة لبعض أنواع الصكوك.

مماثل شاركت اليابان ماليزيا في مشاورات متعلقة باتفاقية ثنائية بنية تسهيل الاستثمار الياباني في قطاع التمويل الإسلامي الماليزي، إن كوريا الجنوبية وسنغافورة في طور تعديل بناهما الضريبية المتعلقة بالتمويل الإسلامي حيث أسست سنغافورة أول بنك إسلامي لها، تمثل كل هذه الإجراءات امتداداً للنشاط المالي الإسلامي المتنامي في القارة.

وفي خضم دعمها للقطاع المصرفي الإسلامي، قامت ماليزيا بتعزيز هيكلية قانونية تنظيمية موثوقة وقوية، تحافظ ماليزيا على اثنين من المجالس الشرعية الاستشارية، الأول ملحق بالمصرف المركزي لماليزيا (مصرف نيغارا) وقد تم تأسيسه عام ٢٠٠٧ على أنه أعلى هيئة رسمية بخصوص التثبيت من الأمور الشرعية، وفي الأحكام الحديثة لمرسوم المصرف المركزي لماليزيا عام ٢٠٠٩، تم تعزيز أدوار مجلس الشريعة الاستشاري ومهامه إلى حد أبعد من السابق حيث تم منحه مكانة الهيئة الرسمية الوحيدة بخصوص مسائل الشريعة المتعلقة بالمصرفية الإسلامية، والتكافل والتمويل الإسلامي في ماليزيا، ويرد المجلس الاستشاري الثاني لهيئة الأوراق المالية، وقد تم تأسيسه وفقاً لقانون الأوراق المالية عام ١٩٩٣، يغطي مجلس الشريعة الاستشاري لهيئة الأوراق المالية العقود المطبقة في أسواق رأس المال الإسلامي، جنباً إلى جنب مع شعبة

١ أول مصرف إسلامي في سنغافورة - مصرف آسيا الإسلامي - وقد تم تأسيسه عام ٢٠٠٧.

٢ يتالف مجلس الشريعة الاستشاري للمصرف المركزي من عدة علماء. يقوم المجلس بتقديم النصح للمصرف المركزي بأمور تخص الشريعة بالإضافة إلى أنه تناط بذلك المجلس حزمة واسعة من المهام من شأنها الإشراف على عمليات عدة مؤسسات المالية الإسلامية. راجع مهراي، س ن م، "دور مجلس الشريعة الاستشاري في عملية حل الخلاف: وجهة نظر في القضية التنموية الأخيرة"، مجلة القانون

الملاوي، رقم ٦ لعام ٢٠١٢ الصفحات: lxxxvii-cii.

المعاملات الخاصة بالمحكمة العليا في كوالا لمبور - المصممة خصيصاً للنظر في القضايا المصرفية الإسلامية والتي تم إنشاؤها عام ٢٠٠٣ - تعترف هذه الطريقة بالحاجة في مجال الصناعة المصرفية الإسلامية لأحكام متطورة ومتسقة مع نقاط الشريعة في القانون.

وعند الأخذ بعين الاعتبار المرحلة المبكرة نسبياً لتطور التمويل الإسلامي في آسيا، فإنه من الضروري بالنسبة لبلدٍ يمتلك خبرة في هذا المجال مثل ماليزيا، أن يكون قادراً على توفير قوة وخبرة بنيته القانونية الخاصة للصناعة المصرفية الإسلامية الدولية.

مع أخذ هذه الطريقة بعين الاعتبار، فقد قام مركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم - وهو هيئة تحكيمية دولية مستقلة تأسست تحت رعاية المنظمة الاستشارية القانونية الآسيوية الأفريقية^١ - بتطوير مجموعة من القواعد المناسبة للتحكيم في الخلافات الناشئة عن المعاملات التجارية التي تركز على المبادئ الإسلامية، تقوم القواعد بدمج عملية الإشارة لمجلس الشريعة الاستشاري أو لخبير الشريعة كلما التزمت هيئة التحكيم لتشكيل رأي يخص قضية متعلقة بمبادئ الشريعة الإسلامية.

النهج المبتكر لمركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم للقرارات التحكيمية الموافقة للشريعة الإسلامية

في عام ٢٠١٢ أطلق مركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم، في منتدى التمويل الإسلامي العالمي، قواعد آي للتحكيم وهي مجموعة من قواعد

التحكيم التي أعيدت صياغتها وصممت للتحكيم الإسلامي، بتاريخ ٢٤ من الشهر العاشر لعام ٢٠١٣ أطلق مركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم النسخ المنقحة والمترجمة لقواعده الأساسية بما فيها النسخة الثانية لقواعد آي للتحكيم لمركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم^١، وترجمت القواعد إلى ستة لغات - العربية والأسبانية والكورية والصينية وبهاسا الماليزية وبهاسا الأندونيسية - مختمة تدويل قواعد وخدمات مركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم.

تضع النسخة الأخيرة من قواعد آي للتحكيم عدة تنقيحات وإضافات حيز التنفيذ المبنية على موضوع التطبيق العالمي. كما تهدف القواعد الجديدة لتأمين أداة لحل النزاعات الناشئة عن أي عقد يحتوي معاملات وقضايا الشريعة وأن تكون مناسبة لاتفاقيات تجارية دولية و لتأمين الاعتراف والتطبيق الدوليين^٢.

١ بالنسبة للنسخة الحالية لقواعد آي التحكيمية لمركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم، زوروا:

<http://klrca.org/rules/i-arbitration/>

٢ راجعوا كلوتزبل تي آر، "القانون المالي الإسلامي في ماليزيا والإشارة إلى مجلس الشريعة الاستشاري تحت البند ١١ من قواعد آي للتحكيم لمركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم"، في جي سي كاسكانتي، - أسباهلنغر وس ويلسك (مدير)، الحصافة العالمية في المعاملات التجارية والقانون الدولي وحل النزاعات فستشرفت فور جيرهارد وغن زوم ٦٥ غيبورستاغ، ميونخ فيرلاغ سي اتش بيك ٢٠١٥ الصفحات ٦٧٣ وحتى ٦٨٤.

الميزات البارزة لقواعد آي للتحكيم لمركز كوالا لمبور الإقليمي الحائزة

على قرار

يوفر بند قواعد التحكيم النموذجي التابع لقواعد آي للتحكيم أن: "أي نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن اتفاق تجاري يقوم على مبادئ الشريعة الإسلامية أو خرقها أو إنهائها أو بطلانها يجب تسويته عن طريق التحكيم وفقاً لقواعد آي التحكيم لمركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم".

يتم عرض هذه القواعد في جزئين:

- ويستند الجزء الأول على الجزء الأول من القواعد الحالية للتحكيم لمركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم مع تعديل بهدف تأمين إجراء محدد للإشارة إلى المجلس الشريعة الاستشاري أو خبير الشريعة بما في ذلك التغييرات اللازمة لتوفير الوضوح وتعريف المصطلحات المتعلقة بالشريعة.
- يتبنى الجزء الثاني معظم قواعد التحكيم الحالية التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) عندما تتعارض، فإن الأحكام الواردة في الجزء الأول سوف تحل محل تلك الواردة في الجزء الثاني].

تتضمن الأحكام البارزة المنضوية تحت قواعد آي للتحكيم التابعة لمركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم على:

- مواصفات المعلومات والوثائق والرسوم المطلوبة لتسجيل الموضوع لدى مركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم.
- الأحكام المتعلقة بتعيين المحكمين، بما في ذلك أحكام تضمن استقلاليتهم وحيادهم.

- يتم وضع الأحكام المتعلقة بمنح القرار بوضوح ، حيث يشترط في المحكم أن يمنح حكمها في غضون ٣ أشهر من إغلاق باب المرافعة.
- ينطبق الجدول الزمني لتكاليف مركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم على الفور ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.
- من أجل حث الأطراف على المدفوعات المستحقة عليهم من الرسوم والتكاليف ، يطلب منهم دفع الودائع في بداية وأثناء سير إجراءات التحكيم.

الحكم الرئيس : إجراء المرجعية المنضوي تحت أحكام أي للتحكيم التابعة

لمركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم

تعد المادة ١١ من قواعد أي للتحكيم التابعة لمركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم على أنها الحكم الرئيس ، وهي تنص بأنه حيث ينبغي على هيئة التحكيم "اتخاذ رأي بخصوص نقطة تتعلق بمبادئ الشريعة الإسلامية ، وأن تقرر بشأن نزاع ينشأ من الناحية الشرعية للعقد " ، ويجوز للمحكمة أن تحيل المسألة إلى المجلس ذي الصلة أو إلى خبير الشريعة لحكمها ، وبالتالي يتم تعريف المجلس ذو الصلة أو الخبير الشرعي باسم "مجلس الشريعة" الذي ينضوي تحت اختصاصه تحديد الناحية الشرعية ، حيث تتوافر الحاجة في حال عدم وجود مثل هذا المجلس ، فالنتيجة يكون للطرفين حرية الاتفاق على مجلس الشريعة أو خبير للبت في القضية.

وتتمحور المادة ١١ بطريقة تسمح لضمان التطبيق الدولي للقوانين ، تضمن المرونة في إجراء المرجعية للأطراف المشاركين في أي صفقات تحت ولاية قضائية من أي منشأ وطني كانوا القدرة على استخدام قواعد أي

للتحكيم مع العلم بأن المبادئ القانونية المناسبة للشيعة سيتم تطبيقها، وبالإضافة إلى ذلك فمن الواضح أن هيئة التحكيم هي لمعالجة أي حكم بموجب هذا الحكم كدليل الخبراء، ليتم تطبيقها وفقاً لتقدير الهيئة^١. ومن المهم في هذه المرحلة أن نلاحظ أولاً الفرق بين إصدار حكم متعلق بتفسير مبادئ الشريعة الإسلامية، و ثانياً بين البت في كيفية تطبيق هذا الحكم. قواعد أي للتحكيم تفيد فقط في الحد من هذا الأخير، فهي لا تقدم أي تعليق على سلطة المجلس الاستشاري الشرعي لإصدار الأحكام.

وفقاً لقانون البنك المركزي الماليزي عام ٢٠٠٩ كما ذكر أعلاه - فإن أي معاملة مالية إسلامية في ماليزيا ينظمها البنك المركزي ويرعاها، ويفسرها بحسب المجلس الاستشاري الشرعي له، ويخول كل من لجنة الأوراق المالية والمجلس الاستشاري الشرعي بسلطات قضائية مماثلة تتعلق بالأوراق المالية والأسواق المستقبلية في ماليزيا، بينما يجوز للمجلس الاستشاري الشرعي أن

١ وفقاً ل تي آر غولتز: " ليس للأطراف الحق الصريح في طلب حضور المجلس الاستشاري للشريعة أو خبير الشريعة في جلسة للرد على الأسئلة في حكمها. هذا ما يميز حكم مجلس الشريعة الاستشاري أو خبير الشريعة عن رأي الخبير النموذجي الذي يقدمه في إجراءات التحكيم عن طريق تقرير أعده الخبير المعين من قبل طرف أو الخبير المعين من قبل المحكمة. ومن ثم يجب أن يكون الحكم مؤهلاً كإحدى خبير فريد من نوعه. بعد ذلك، قد يكون من الحكمة لهيئة التحكيم التي تستعد لإصدار التعليمات المناسبة على أساس كل حالة بناءً على الإجراءات المحدد في المادة ٢٩ القاعدتين (٤) و (٥) من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لاسيما في حال إصدار الخبير الشرعي لحكمه". تي آر غولتز "القانون المالي الإسلامي في ماليزيا والإشارة إلى مجلس الشريعة الاستشاري تحت القاعدة ١١ من قواعد أي للتحكيم التابعة لمركز كوالالمبور الإقليمي للتحكيم"، الصفحات ٦٨٣ و ٦٨٤.

يبقى، على أنه السلطة المختصة للإحالة في المسائل القضائية الماليزية، فإن تطبيق أي حكم على الوقائع سيقى ضمن السلطة التقديرية لمحكمة التحكيم^١. لا تعتمد جميع البلدان النهج التشريعي للتمويل الإسلامي كما هو موضح أعلاه، لا تنظم بلدان أخرى - لا سيما في منطقة الشرق الأوسط - خدمات مالية إسلامية من خلال قوانينها، بدلاً من ذلك يُسمح للبنوك والمؤسسات الإسلامية الحفاظ على مجالس أو هيئات الشريعة الاستشارية الخاصة بها، وتحديد هذه المجالس توافق المنتجات المالية مع الشريعة من خلال الأحكام، والمعروفة باسم فتاوى.

وفيما يتعلق بالمملكة العربية السعودية فقد لوحظ أنه لا توجد قوانين محددة تحكم العمل المصرفي الإسلامي والأنشطة المالية، ويتم تنظيم العمل المصرفي الإسلامي والأنشطة المالية والإشراف عليها جنباً إلى جنب مع الأعمال المصرفية التجارية التقليدية من قبل مؤسسة النقد العربيّة السعوديّة بموجب قانون الرقابة على المصارف لعام ١٩٦٦^٢، وإضافة إلى ذلك لا يوجد

١ في تحديد لغة ووظيفة المادة ١١، فقد تبنى مركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم التفسير التالي من المادة ٥٧ من قانون البنك المركزي لماليزيا لعام ٢٠٠٩ ومعنى كلمة 'الحاكم'. ويعتبر القرار الذي اتخذته المجلس الاستشاري الشرعي وفقاً للبند ٥٧ من قانون البنك المركزي لماليزيا عام ٢٠٠٩ ملزماً فقط بقدر كونه تفسيراً لمبدأ الشريعة القانوني المشار إليه. أي تعليقات من المجلس الاستشاري الشرعي تمتد إلى ما هو أبعد من تفسير مبدأ الشريعة القانوني، على سبيل المثال عن طريق تطبيق مبدأ الشريعة القانوني على الوقائع أو إبداء رأي حول سلوك طرفاً تجاه الإجراءات، لا تجتذب نفس الحالة التي نقلها البند ٥٧. وبهذه الطريقة يتم إعطاء حكم المجلس الاستشاري الشرعي نفس وضعيّة وأهميّة الأشكال الأخرى من أدلة الخبير.

٢ ويتم تنظيم التأمين الإسلامي والإشراف عليه جنباً إلى جنب مع التأمين التقليدي من قبل مؤسسة النقد العربيّة السعوديّة بموجب قانون مراقبة شركات التأمين التعاوني ولائحته التنفيذية. ويتم تنظيم

مجلس شرعي مركزي مستقل للتحقق من صحة المصرفية الإسلامية والأنشطة المالية ؛ وذلك لضمان توافقها مع مبادئ الشريعة الإسلامية، فجميع البنوك لديها لجانها الشرعية الخاصة. وبالنسبة للبحرين فإن عقد صفقة مع بنك البحرين الإسلامي قد يأتي في إطار هيئة البنك الشرعية الخاصة به.

مع الأخذ في الحسبان مختلف المناهج المذكورة أعلاه، فإن قواعد آي للتحكيم التابعة لمركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم هي قادرة على التعامل مع أي من القضايا الشرعية التي قد تنشأ في أي صفقة، بغض النظر عن السلطة الشرعية المناسبة، على خلاف ذلك للطرفين حرية الاتفاق على مجلس الشريعة المناسب أو الخبير، وإن لم يتيسر ذلك، سيتم تعيين خبير وذلك وفقاً للإجراء الوارد في المادة ٢٦ من قانون الأونسيترال النموذجي، في كلتا الحالتين أعلاه سيعامل الحكم على أنه دليل خبير.

عند الإحالة إلى المجلس أو الخبير المختص، سوف تؤجل المحكمة إجراءات التحكيم حتى إعطاء الحكم، في غضون ذلك سوف تستمر الإجراءات المتعلقة بجوانب النزاع المستقلة عن القضايا الشرعية المشار إليها، يقوم المجلس أو الخبير المناسب باتخاذ الحكم خلال ستين يوماً من تاريخ الإشارة^١، وإذا فشل المجلس أو الخبير ذو الصلة بتقديم حكمه ضمن الوقت المخصص، يجوز لهيئة التحكيم الشروع في تحديد النزاع على أساس التقارير

إصدار الصكوك في المملكة العربية السعودية والاشراف عليه جنبا إلى جنب مع إصدار أسهم وسندات الدين التي كتبها هيئة السوق تحت عروض لوائح الأوراق المالية وقواعد التسجيل والإدراج.

١ قواعد آي للتحكيم التابعة لمركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم ، المادة ١١ (٦).

التي تمتلكها قبل ذلك^١، هذا يحمي كفاءة سرعة الإجراءات، وتعد تكاليف الإشارة التي تكبدتها هيئة المحكمة جزء من "تكاليف التحكيم" كما هو محدد بموجب القوانين.

المتديات الحالية للتحكيم الإسلامي

لقد كان التحكيم حاضراً في الإسلام منذ بدايته، فقد كان النبي محمد نفسه (عليه الصلاة والسلام) محكماً في مختلف النزاعات^٢، يُمارس التحكيم الإسلامي على حد سواء على أساس مخصص ومؤسسي، ويتم تقديمه من خلال مجموعة متنوعة من المؤسسات مثل المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم (IICRA)، والمعهد الإسلامي للعدالة المدنية (IICJ)، والمحاكم الشرعية المستقلة (في نيجيريا وغيرها من البلدان)، ومحكمة التحكيم الإسلامية (المملكة المتحدة)، وبالمثل تقدم هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI) المعايير المحاسبية والمصرفية الدولية، بما في ذلك إجراء التحكيم الإسلامي.

على الرغم من وجود العديد من المؤسسات المحترمة التي تتعامل مع التحكيم الإسلامي، فهناك قيود على النهج المتبع. لقد اشتمل التحكيم الإسلامي - على مر التاريخ - على مزيج مما نعرفه الآن باسم الوساطة والتوفيق والتحكيم، ونتيجة لذلك فإن هناك قلة في تطبيق موحد مقبول عندما يتعلق الأمر إلى التحكيم الإسلامي. إنّ قضايا مثل السرية وتأهيل

١ أيد، المادة ١١ (٧).

٢ باميرآي واي، قانون الشريعة في التحكيم التجاري والمصرفي. القانون والتطبيق في المملكة العربية السعودية، فانهام، اشغيت، ٢٠١٠ الصفحات من ٤٥ إلى ٥٦.

المحكمين ودور المحكمين لا يتم التعامل معها بالضرورة بأي طريقة موحدة متماسكة.

يقدم المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم كمؤسسة التحكيم الإسلامية ، ويقدم خدمات التحكيم والخبرة مماثلة لمؤسسات التحكيم التجاري التقليدية مثل مركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم، ومع ذلك فهناك اختلافات كبيرة في طريقة تنفيذ تلك الخدمات، والتي يمكن تلخيصها على النحو التالي:

المجال

يكن الفرق الأكثر أهمية في نطاق الخدمة المقدمة من قبل المؤسسات المختلفة، وللأسباب المشروحة أعلاه لا يحاول مركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم تقديم التحكيم الإسلامي وذلك تمشياً مع ما تم تقديمه تقليدياً، بدلاً من ذلك يسعى مركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم لزيادة خدمات التحكيم التجاري المؤسسة دولياً والمعترف بها أيضاً من خلال جعلها في متناول الأطراف للاستفادة من الخدمات المصرفية الإسلامية في أعمالهم.

تقوم قواعد أي للتحكيم التابعة لمركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم بالبناء على مبادئ قانون الأونسيترال النموذجي الحالية، وذلك بإضافة مجال لتحديد القضايا المتعلقة بمبادئ الشريعة الإسلامية، من خلال الإشارة إلى مجلس الشريعة ذو الصلة أو الخبير، والسماح لما تبقى من النزاع أن يحل على أساس تجاري وفقاً لتنظيم المبادئ القانونية المتفق عليها.

وعلى النقيض من ذلك، يوفر المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم منتدى للتحكيم في المنازعات بالتوافق الكامل مع أحكام الشريعة

الإسلامية، تحت إشراف المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم، تقوم لجنة التحكيم بتجاهل أي من الأحكام القانونية المنطبقة التي تم اختيارها من قبل الأطراف حيث لا يكون التطبيق نفس الشيء متوافقاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وبالإضافة إلى ذلك فإن لجنة التحكيم قد تطلب للقضية المتنازع عليها ما تراه مناسباً من بين وجهات النظر المختلفة لمدارس الفكر الإسلامي، وأحكام مجامع الفقه الإسلامي، وآراء لجان الشريعة الإشرافية في المؤسسات المالية الإسلامية، ويحق للجنة خيار أن يتم تزويدها بالأعراف التجارية المحلية أو الدولية أو الاتفاقيات التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.^١

يبقى المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم على لجنة استشارية متخصصة بالشريعة يرفع لها مشروع القرار للمراجعة، ودور اللجنة الاستشارية هو جلب انتباه لجنة التحكيم لأي انتهاك لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية^٢، وتنطبق مراجعة اللجنة الاستشارية هذه على كامل القرار، وليس فقط لقضايا محددة وتجدر الإشارة إلى أن هذه التوصية غير ملزمة للجنة التحكيم.

يكمن الفرق الرئيس في النطاق والاختلافات في النطاق واضحة للعيان كما هي مطبقة من قبل المؤسستين، بينما تسعى قواعد أي للتحكيم لعزل قضايا التمويل الإسلامي التي يجب أن تطبق عليها مبادئ الشريعة الإسلامية، يستخدم المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم مبادئ الشريعة الإسلامية لتحديد الإجراء بأكمله.

http://www.iicra.com/en/misc_pages/detail/١a٠٢c٩٢bar ١

http://www.iicra.com/en/misc_pages/detail/٤٧٠٢٥aafda ٢

مكان ولغة التحكيم

تكمّن اختلافات أخرى في التفاصيل اللوجستية لكيفية إدارة التحكيم. تحت إشراف المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم تعتمد اللغة العربية لغة رسميّة، وبينما يجوز الاتفاق على لغات أخرى بين الأطراف يجب إرفاق ترجمة عربية بجميع المعلومات والبيانات الخطية، ويجب تقديم جميع القرارات باللغة العربية، بينما مركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم يتم التحكيم الدولي باللغة الإنجليزية فيما يتعلق بالمكان. تحتفظ اللجنة التنفيذية تحت إشراف المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم بحقها في رفض أي اتفاق للإجراءات التي ستعقد خارج دولة الإمارات العربية المتحدة، يوفر مركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم الاجتماعات المزمع عقدها في أي مكان يتفق عليه الأطراف.

إنّ التطبيق الشامل لمبادئ الشريعة الإسلامية هو بطبيعتها أكثر ملاءمة للمعاملات المحلية، ويقتصر ذلك على الأطراف داخل المجتمع التمويل الإسلامي ويفضل أيضاً الأطراف التي تكون ضمن نفس الاختصاص،^١ وينعكس هذا في أحكام المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم المتعلقة باللغة والمكان.

إضافة إلى ذلك فإن النطاق الذي يمارسه المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم يتطلب نطاق ضيق من المحكمين المتوفرين، سيحتاج المحكمين المدرجة أسماؤهم في هيئة المركز الإسلامي الدولي للمصالحة

١ من أجل إيجاد أرضية مشتركة بشأن سلطة إسلامية ملائمة والتفسير المعمول به في الفقه الإسلامي.

والتحكيم للمعرفة والخبرة في مبادئ الشريعة الإسلامية، وعلى الأرجح معرفة عملية باللغة العربية.

حل دولي مع الاعتراف العالمي

بضمان أن القرارات التحكيمية تتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية تقدم قواعد أي للتحكيم التابعة لمركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم بديل فعال للمحاكم، يمنح مركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم الأطراف إمكانية الوصول إلى شكل لتسوية المنازعات معترف به دولياً وقابل للتنفيذ ويحمي هذا الشكل استقلاليتها في اختيار من الذي سيقدر النزاع، ووفقاً لآية مبادئ قانونية سيتم ذلك، يعتبر التحكيم وفقاً لقواعد أي للتحكيم التابعة لمركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم متوافقاً مع كل من قانون الأونسيترال النموذجي، واتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتطبيقها ("اتفاقية نيويورك")، مؤكداً على التسوية الفعالة لمنازعات الأطراف بجميع مزايا التحكيم التجاري الدولي.

تعتبر الأحكام الأجنبية بما في ذلك أحكام مركز كوالا لمبور الإقليمي للتحكيم قابلة للتنفيذ في المملكة العربية السعودية وفقاً لاتفاقية نيويورك التي أصبحت السعودية طرفاً فيها^١، وكذلك نظام التحكيم السعودي الجديد - بما في ذلك قانون التحكيم الجديد الذي دخل حيز النفاذ في ٢٠١٢ والقانون

١ لقد قامت المملكة العربية السعودية و بموجب اتفاقية نيويورك على جعل حق التحفظ المتبادل للإعتراف بالقرارات المصارة لطرف نزاع على أن يقوم الأخير بالإعتراف بقرارات المملكة. ولزيد من المعلومات زوروا :

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

suit in the Islamic system dealing with the conditions of interest, capacity and the actuality of plea, have been addressed as these conditions are general and applicable to all suits. It is observed that the *Shari'ah* knew the general conditions, and that they have been applied in practice in a number of cases, even though they have not been legally codified or given their proper titles. It is also noted that the *Shari'ah* knew the acts of sovereignty, but the *Shari'ah* court refused to apply them out of respect for and to honour international treaties and conventions. Where exceptional circumstances exist, it is noted that the administrative authority has the right to adopt the necessary procedures for facing such exceptional circumstances, even if they contravene the text of the law. With regards to the presumption of constitutionality in the Islamic system, in principle all the orders and prohibitions of Allah (S.W.T), meaning the texts from the *Qur'an*, *Sunnah*, and the areas of *ijtihad*, should be the basis for legality and a criterion for justice, fairness, permissibility, ethics and the course of life.

Jew, a Muslim jurist-consult from Spain denounced him for his apostasy and demanded that the extreme penalty of the law be inflicted on him for this offence. However, the case was quashed by al-Qadi al-Fadil, ‘Abd al-Rahim ibn ‘Ali, one of the most famous of Muslim judges and the prime minister of the great Sultan, who authoritatively declared that a man who had been converted to Islam by force could not be rightly considered to be a Muslim.¹

Through this case, it is obvious that the judge had accepted the appeal filed by Musa ibn Maymun on the basis that the latter was forced or compelled under threat into becoming a Muslim, and found that this compulsion was inconsistent with the freedom of belief stipulated for in *al-Qur’an* and *Sunnah*, in many verses and narrations, as well as the general principles of the *Shari’ah*, and in particular contravention of a constitutional text in the Holy *Qur’an* where Allah (S.W.T.) revealed: "*Let there be no compulsion in religion...*"²

Hence, control over the constitutionality of law was applied, and it was clear in the case. This story also demonstrates the early Muslims' understanding of the principle of control over the constitutionality of law in all its forms.

Conclusion

There are common and general conditions applicable to all types of suits, and these have been analysed in detail, and supported by cases as well as legal and jurisprudential opinion. The conditions of a constitutional

¹ T.W. Arnold, *The Preaching of Islam: A History of the Propagation of the Muslim Faith*. 2nd Edition. London: Constable & Company Ltd., 1913, at 423.

²(*Qur’an*, 2:256).

freedom in choosing the religion or belief which a person chooses without compulsion, is a case which took place during the rule of the Ottoman Sultan, Salim the First.

In this case, a few Jews and Christians stirred up disorder and aided the crusades which were attacking some parts of the Ottoman state such as Jordan, Egypt Palestine and Syria. At the same time, the Spanish expelled the Arabs and Muslims from Andalusia. Therefore, Sultan Salim the First decreed the expulsion of the Jewish and Christian subjects of the state. However, this decree was cancelled and annulled by Shaykh al-Islam and the leading jurists at that time as it was in contravention of the rules and principles of the *Shari'ah*, which considers the principle of tolerance as one of the most important constitutional principles.

The case points out another principle of the *Shari'ah*, which is fundamental, and that is there is no compulsion in religion, as Allah (S.W.T.) revealed: "*Let there be no compulsion in religion...*"¹. An application of this principle can be found in the following case which took place during the rule of the *Muwahhidin* state in Andalusia and the rule of Salah al-Din in Egypt and Syria.

The passages in the *Qur'an* that forbid forced conversion and enjoin preaching as the sole legitimate method of spreading the faith have already been quoted above and the same doctrine is upheld by the decision of the Muslim jurists. When Musa ibnMaymun who, under the fanatical rule of the *Muwahhidin*, feigned conversion to Islam, then fled to Egypt and declared himself to be a

¹(*Qur'an*, 2:256).

contravention of the constitution, even if the petitioner does not suffer a material injury or harm, as long as it is probable that the injury or harm would occur either immediately or in the future.¹

Also, a constitutional suit can be filed or accepted under the Islamic system on an ethical or moral basis, especially since the Islamic system (*Shari'ah*) has established ethics and morals in an obligatory way. An example of this is the legislation promulgated by Caliph al-Ma'mun, acting as the head of the executive authority, when he permitted temporary marriage, and the material, ethical and moral harm which could have been caused by this legislation which contravenes *al-Qur'an* and *Sunnah*.²

It could be said here that the interest in a constitutional suit in the Islamic system is not less important than the interest in the positive law system. Indeed, it is more important in the Islamic system which is primarily a Divine system which pays attention to the interests of the people as long as they are not in conflict with the principles of Islamic legality as stipulated by the *Shari'ah*.

Among the cases in the Islamic system which can be used as an example for the application of the condition of direct personal interest, and the application of the principle of religious tolerance which allows personal

¹Ibn al-Athar al-Jazri: *Al-Kamil fi al-Tarikh*, at 571-575. Seealso Al-Ubari: *Tarikh al-Umamwa al-Muluk: Akhbar al-Rusulwa al-Muluk*. Vol. 6. Cairo: Dar al-Ma'arif, 1962, at 567.

²IbnKhallikan: *Wafayit al-A'yin, Anba' Abna' al-Zaman*, at 122-123. Seealso Al-Khatib Al-Baghdadi, al-HafidAbiBakr: *TarikhBaghdad*, 1997, at202-203.

personal interest. A direct interest is that which gives the right to challenge the constitutionality of laws, meaning that it relates to an actual harm which befalls a petitioner or the person filing the suit and which results from the application of the unconstitutional law, regulation or order, whether the harm has actually taken place or is about to take place in a way that makes its occurrence certain.

Moreover, the interest in a constitutional suit in the Islamic system surpasses the mere material interest on which the civil suit is based, to a close relationship with a constitutionally-acknowledged right, the protection of which is a goal, regardless of what could result from this right in terms of material interest, or where its violation could result in any type of harm. In other words, 'plaintiffs must demonstrate not only that they were injured by the challenged legislation, but must also show a nexus between that injury and the constitutional violation claimed.'¹

The best example where the *Shari'ah* applied the condition of interest in a constitutional suit, is the case of the conquest of the city of *Samarqand*, where the Islamic judiciary allowed the case to be brought before it by the people of the city. The petition included the condition of interest, which was a direct personal one, and this interest guaranteed them the right to challenge the legality of the conquest of their city.

The Islamic system has also taken probable interest into consideration, where it acknowledges the right to challenge the constitutionality of a text which is in

¹Yasin 'Umar Yusuf: *Istiqlal al-Sultah al-Qada'iyyah*, 1995, at 334.

**IN THE NAME OF ALLAH,
THE COMPASSIONATE, THE MERCIFUL**

suit in the Islamic system dealing with the conditions of interest, capacity and the actuality of plea, have been addressed as these conditions are general and applicable to all suits. It is observed that the *Shari'ah* knew the general conditions, and that they have been applied in practice in a number of cases, even though they have not been legally codified or given their proper titles. It is also noted that the *Shari'ah* knew the acts of sovereignty, but the *Shari'ah* court refused to apply them out of respect for and to honour international treaties and conventions. Where exceptional circumstances exist, it is noted that the administrative authority has the right to adopt the necessary procedures for facing such exceptional circumstances, even if they contravene the text of the law. With regards to the presumption of constitutionality in the Islamic system, in principle all the orders and prohibitions of Allah (S.W.T), meaning the texts from the *Qur'an*, *Sunnah*, and the areas of *ijtihad*, should be the basis for legality and a criterion for justice, fairness, permissibility, ethics and the course of life.

Jew, a Muslim jurist-consult from Spain denounced him for his apostasy and demanded that the extreme penalty of the law be inflicted on him for this offence. However, the case was quashed by al-Qadi al-Fadil, ‘Abd al-Rahim ibn ‘Ali, one of the most famous of Muslim judges and the prime minister of the great Sultan, who authoritatively declared that a man who had been converted to Islam by force could not be rightly considered to be a Muslim.¹

Through this case, it is obvious that the judge had accepted the appeal filed by Musa ibn Maymun on the basis that the latter was forced or compelled under threat into becoming a Muslim, and found that this compulsion was inconsistent with the freedom of belief stipulated for in *al-Qur’an* and *Sunnah*, in many verses and narrations, as well as the general principles of the *Shari’ah*, and in particular contravention of a constitutional text in the Holy *Qur’an* where Allah (S.W.T.) revealed: "*Let there be no compulsion in religion...*"²

Hence, control over the constitutionality of law was applied, and it was clear in the case. This story also demonstrates the early Muslims' understanding of the principle of control over the constitutionality of law in all its forms.

Conclusion

There are common and general conditions applicable to all types of suits, and these have been analysed in detail, and supported by cases as well as legal and jurisprudential opinion. The conditions of a constitutional

¹ T.W. Arnold, *The Preaching of Islam: A History of the Propagation of the Muslim Faith*. 2nd Edition. London: Constable & Company Ltd., 1913, at 423.

²(*Qur’an*, 2:256).

freedom in choosing the religion or belief which a person chooses without compulsion, is a case which took place during the rule of the Ottoman Sultan, Salim the First.

In this case, a few Jews and Christians stirred up disorder and aided the crusades which were attacking some parts of the Ottoman state such as Jordan, Egypt Palestine and Syria. At the same time, the Spanish expelled the Arabs and Muslims from Andalusia. Therefore, Sultan Salim the First decreed the expulsion of the Jewish and Christian subjects of the state. However, this decree was cancelled and annulled by Shaykh al-Islam and the leading jurists at that time as it was in contravention of the rules and principles of the *Shari'ah*, which considers the principle of tolerance as one of the most important constitutional principles.

The case points out another principle of the *Shari'ah*, which is fundamental, and that is there is no compulsion in religion, as Allah (S.W.T.) revealed: "*Let there be no compulsion in religion...*"¹. An application of this principle can be found in the following case which took place during the rule of the *Muwahhidin* state in Andalusia and the rule of Salah al-Din in Egypt and Syria.

The passages in the *Qur'an* that forbid forced conversion and enjoin preaching as the sole legitimate method of spreading the faith have already been quoted above and the same doctrine is upheld by the decision of the Muslim jurists. When Musa ibnMaymun who, under the fanatical rule of the *Muwahhidin*, feigned conversion to Islam, then fled to Egypt and declared himself to be a

¹(*Qur'an*, 2:256).

contravention of the constitution, even if the petitioner does not suffer a material injury or harm, as long as it is probable that the injury or harm would occur either immediately or in the future.¹

Also, a constitutional suit can be filed or accepted under the Islamic system on an ethical or moral basis, especially since the Islamic system (*Shari'ah*) has established ethics and morals in an obligatory way. An example of this is the legislation promulgated by Caliph al-Ma'mun, acting as the head of the executive authority, when he permitted temporary marriage, and the material, ethical and moral harm which could have been caused by this legislation which contravenes *al-Qur'an* and *Sunnah*.²

It could be said here that the interest in a constitutional suit in the Islamic system is not less important than the interest in the positive law system. Indeed, it is more important in the Islamic system which is primarily a Divine system which pays attention to the interests of the people as long as they are not in conflict with the principles of Islamic legality as stipulated by the *Shari'ah*.

Among the cases in the Islamic system which can be used as an example for the application of the condition of direct personal interest, and the application of the principle of religious tolerance which allows personal

¹Ibn al-Athar al-Jazri: *Al-Kamil fi al-Tarikh*, at 571-575. Seealso Al-Ubari: *Tarikh al-Umamwa al-Muluk: Akhbar al-Rusulwa al-Muluk*. Vol. 6. Cairo: Dar al-Ma'arif, 1962, at 567.

²IbnKhallikan: *Wafayit al-A'yin, Anba' Abna' al-Zaman*, at 122-123. Seealso Al-Khatib Al-Baghdadi, al-HafidAbiBakr: *TarikhBaghdad*, 1997, at202-203.

personal interest. A direct interest is that which gives the right to challenge the constitutionality of laws, meaning that it relates to an actual harm which befalls a petitioner or the person filing the suit and which results from the application of the unconstitutional law, regulation or order, whether the harm has actually taken place or is about to take place in a way that makes its occurrence certain.

Moreover, the interest in a constitutional suit in the Islamic system surpasses the mere material interest on which the civil suit is based, to a close relationship with a constitutionally-acknowledged right, the protection of which is a goal, regardless of what could result from this right in terms of material interest, or where its violation could result in any type of harm. In other words, 'plaintiffs must demonstrate not only that they were injured by the challenged legislation, but must also show a nexus between that injury and the constitutional violation claimed.'¹

The best example where the *Shari'ah* applied the condition of interest in a constitutional suit, is the case of the conquest of the city of *Samarqand*, where the Islamic judiciary allowed the case to be brought before it by the people of the city. The petition included the condition of interest, which was a direct personal one, and this interest guaranteed them the right to challenge the legality of the conquest of their city.

The Islamic system has also taken probable interest into consideration, where it acknowledges the right to challenge the constitutionality of a text which is in

¹Yasin 'Umar Yusuf: *Istiqlal al-Sultah al-Qada'iyyah*, 1995, at 334.

given against the defendant in respect to some particular thing.’¹ This means that if a person files a suit against another, the judge would see if the suit would place an obligation upon the defendant, and if no such obligation can be placed, then the suit would be rejected due to the absence of the condition of interest.

What must be noted here is that the existence of the condition of interest in a civil suit relates to a limited interest, meaning that it is an interest related to the plaintiff himself, and he should *a fortiori* prove such interests. Where the petitioner acts as an agent, guardian or a representative of another person, then he has to show the personal interest of his client in the suit, and that is why the interest in other than constitutional suits is a limited one, whether material or literary.²

Interest is a primary condition which all legal systems have provided for, and is in all civil, criminal, administrative and constitutional suits. Many constitutional systems have provided that interest be the cause or source of the suit, that there is no suit without interest, and therefore this condition must be met for the suit to be accepted before the judiciary.

Islamic jurisprudence requires the existence of interest in a constitutional suit and considered it a fundamental condition for the acceptance of a suit. This can be observed from some practical cases in the history of the Islamic judiciary, even though this condition was not stipulated explicitly, and that it must be a direct

¹Hooper C. A. (Trans).*The Civil of Palestine and Trans-Jordan* Vol. 1, Jerusalem, 1913.

² Muhammad ‘Abd al-Salim Mukhlis: *Naaariyyat al-Maslahah fi Da’wa al-Ilgha’*, 1981, at 260.

judiciary to prevent any violation of rights. Therefore, the basis for accepting a suit is that the subject of the suit should be an interest recognised by the legislator, an interest which has been violated.¹In this respect, there are three Conditions of Interest in Islamic Jurisprudence:

- 1) The interest claimed must be connected to any of the five pillars mentioned earlier in order for it to be a recognised interest, whether for defending them against any violation or for bringing about a certain benefit, and all types of interests are equal in this regard whether they are material or literary interests.²
- 2) It must be a legal interest (i.e. an interest protected by the legislator), meaning that it is based on a certain legal right or position, where the purpose of the suit would be to protect this legal right or position if violated, and in this way the judiciary would have stipulated a punishment for its violation.
- 3) That the plaintiff or the person filing the suit would have a certain benefit from his claim for the interest which is acknowledged and protected by the legislator.³

Once these conditions, which must exist, are met, the suit can be accepted by the judiciary.

Article 1630 of the *Mejelle* (Ottoman Civil Code) stated that ‘if the action is proved, judgment must be

¹Al-Shatibi, Abu Ishaq, *Al-Muwafaqat fi Usul al-Shari’ah*, Vol. 1.(Beirut: Dar al-Ma’arif, 1999).

, at 335.

²Ibid, at 325.

³Muhammad Na’im Yasin, *Naaariyyat al-Da’wa*,, 2000, at 304.

and certain, the time period would lapse without him being able to file the suit.¹

Second Article: Condition of Interest in the Islamic System

Interest in Islamic law is the basis of a suit and its first pillar. Some jurists stated that where interest is absent there would be no suit, and that interest is the cause or source of a suit. Others consider interest as the only condition for accepting a suit, while the other conditions stated by jurists are merely forms of interest.²

In Islamic jurisprudence, the condition of interest can be derived from the definition of action, where the suit is defined as “a legal method by which a person asks from the judiciary the ascertainment of a right or its protection. Therefore all that can be said regarding a lawsuit could be said about the defence or defences that the defendant presents to defend his right,”³ and rights are fields acknowledged by the legislator and protected by him. The legislator also acknowledges the interests of people and these interests are everything that helps in the preservation of the five pillars or goals of the *Shari’ah*: religion, mind, body (health), offspring and property.

Everything that helps the legislator in the preservation of these pillars has been acknowledged and protected by him, including the right of litigation or resorting to the

¹Abd al-BasidJumay’i: *SharhQanun al-Ijra’at al-Madaniyyah*.Cairo, 1966, at 249.

²Abd al-BasidJumay’i: *SharhQanun al-Ijra’at al-Madaniyyah*.,at 223. SeealsoRamziSayf: *Al-Wasid fi SharhQanun al-Murafa’at al-Madaniyyahwa al-Tijariyyah*, 1952, at 135.

³Muhammad Na’imYasin, *Naaariyyat al-Da’wa*, 2000, at 304.

personal and actual interest in order to implement the judicial control over the constitutionality of law.

Third Section: Condition of Interest

Interest is the origin of the action and its main pillar. Thus some jurists have stated that where the interest is absent there would be no action, and that the interest is the cause or source of the action. Some also consider interest as the only condition for accepting a suit, while the other conditions stated by jurists are merely forms of interest.

First Article: Possible or Probable Interest

The principle in normal suits is that it is a condition for accepting a suit that the person filing it should have a certain and immediate interest. Thus, there is no significance to a probable interest in normal suits under the Procedures Law except as a precaution for repelling an impending harm or for ascertaining a right the proof of which is feared of being lost. However, the situation is different with regards to constitutional suits, as the constitutional judiciary is satisfied with the mere presence of probable interest in order to accept the suit.¹ The reason for expanding such an exception is that a constitutional suit is considered as being within judiciary in kind, which aims at protecting constitutional legitimacy. Another reason is that the period allowed for filing a constitutional suit is short and it is feared that if the petitioner waited until his interest becomes immediate

¹Case No.131, Year 6 session of 6 May 1978, MajdiMitwalli, *Mabadi' al-Qada' al-Misri*, (Cairo: al-Hay'ah al-Misriyyah al-'Ammah li al-Kitab, 1996). at 51.

individuals. When such acts obstruct and delay the course of justice in the Islamic system, the result is a loss of the rights and interests of individuals, and the judicial system in the Islamic State is threatened and endangered, leading to the spread of corruption, bribery and the destruction of morals and values.

For these reasons, this condition is considered important in order to preserve justice and the judiciary, and their development, through the settlement of disputes and suits without delay, and to give the people their respective rights, helping to safeguard the system and spread the principle of equality among all individuals in the state.

If this condition is considered fundamental with regards to litigation before the normal judiciary, it would, *a fortiori*, be required and provided for in the constitutional judiciary, which is considered more crucial than the normal judiciary with regards to its effects. This is because a dispute under the constitutional judiciary is related to and connected with various texts, whether constitutional, legislative, regulative or relating to orders, which are in contravention of texts from the *Qur'an, Sunnah*, the Consensus, or the Islamic legal principles or goals. Therefore the results, effects or consequences in this situation would be more serious and crucial, not only with regards to the rights and freedom of individuals, but also the principles of the *Shari'ah* itself.

It must also be noted that there is a connection between the condition of interest and the condition of actual dispute (actuality of the plea), as it is settled and established that the petitioner should have a direct,

Therefore, the Islamic system is not different from the positive law systems in requiring the presence of an actual dispute or an actuality of the plea for a constitutional suit or any other suit to be accepted.

Some jurists require that the statements and expressions of the suit be assertive, definite and incapable of being doubted. Thus they do not consider the suit as being valid if there is a possibility of doubt or suspicion and cause the judge to fall into a state of mere illusion. Imam Ja'far al-Sadiq also emphasised this point by stating that the suit would not be heard if the subject of the dispute was probable or assumed.¹

In addition, the Maliki jurists have asserted that one of the conditions of the suit is that it should be of legal value, as a suit is not valid when its value is insignificant because no legal benefit can follow from it. Therefore, the suit must be fruitful and necessary, and it would not be heard if it were unfruitful, such as in the case where two persons dispute over the size of the earth or the sun.²

It could be understood from this condition that no value is given to a suit which does not have a significant or considerable result or one which aims at wasting time or which is of no avail. The *Shari'ah* requires this condition in order not to give some individuals the chance to flood the court with malicious or unreal actions or suits which could have dangerous repercussions, since they disrupt the work and function of the court from hearing actual suits and disputes between

¹ T.W. Arnold, *The Preaching of Islam*, at 423.

² Muhammad Jawad Maghniyyah. (1984). *Fiqh al-Imam Ja'far al-Sadiq*. (5th ed.). Vol. 6. Beirut: Dar al-Jawad, at 77-80.

Finally, the defendant must be capable of filing the suit himself, as in being capable of the absolute disposition of whatever he claims, whether for his own benefit or for the benefit of any other person over whom he has guardianship or power of agency, and this requires that the defendant should abide by the rules of the *Shari'ah*.

In summary, the condition of capacity is essential and a prerequisite for both the plaintiff and the defendant when filing a suit. In other words, the suit must be brought by a person with capacity against another person with capacity.

Second Section: Condition of Actuality of Plea in the Islamic System

There must be an actual dispute between the litigants to the dispute, both the plaintiff and the defendant. Thus, if there was no actual dispute or litigation, then the action would not be valid and may not be accepted.

The *Shari'ah* requires the existence of a number of general and fundamental conditions for the acceptance of suits. These conditions must be present in any suit brought before the judiciary and without them the suit cannot be accepted or heard.

There must be an actual dispute between the parties to the dispute, the plaintiff and the defendant. Thus, if there was no actual dispute or litigation, but rather a quarrel between the litigants which is considered an apparent quarrel with the intention to deceive and to get go to the judiciary and achieve a goal that is outside the subject of the suit, then the suit would not be valid and may not be accepted.¹

¹Ibid, at 421.

Retaliation (*qisas*), which is the punishment for wilful homicide or voluntary hurt, is a right which illustrates this. The enforcement of retaliation prevents violation of law and order and breach of the peace and promotes protection of human life, as Allah says: “*And there is (saving of) life for in retaliation, O men of understanding, that you may restrain yourself*”.²

The right of an individual or private right to retribution arises from the fact that the offence causes loss and sorrow to the heirs of the person killed in the case of homicide, and it causes pain and injury to person injured. This punishment is designed to console and conciliate the aggrieved party, and in doing so protects the right of the individual. The heirs of a murdered person have the right to pardon the offender or accept blood money, and any punishment is inflicted with their consent.³

The action of *hisbah* is referred to at this juncture in order to distinguish between it and a constitutional Action, especially because either actions or suits have a substantive nature. The defendant would have capacity where he is a principal or an agent such as an attorney, guardian, custodian, heir or any universal successor as prescribed by law. The acceptance of the litigation by the guardian or custodian of a minor is considered an exception from the general rule, and thus the acknowledgement of the custodian or guardian would not have full effect as to what is under his guardianship.

¹Al-Mawardi: *Al-ahkam al-sultaniyyahwa al-wiliyat al-diniyyah.*, at 303-3-5

²*Qur'an*, 2:179.

³Ibd

in possession of all his faculties and be capable of *ijtihad*(brainstorming process) in matters of ‘*Urf* (Custom) but not in those of *Shari’ah*.¹

The duties of the *muhtasib* were divided among the *muhtasib* himself, the judge of the court of the first order (*qadi*) and the judge of the Supreme Court or judge of Grievances (*Sahib al-dar fi ‘al-Madalim*). The judge had to deal with religious cases in general, the *muhtasib* with cases connected with public order, and sometimes with charges which demanded immediate decision, and the judge of grievance with cases in which the judge and the *muhtasib* were incompetent.

The functions of the judge and *muhtasib* were sometimes combined and confided to one person, despite the differences between the significant duties of each of these dignitaries. This was due to the fact that the work of the judge was based upon investigation and deliberate action, while those the *muhtasib* relied on prompt decision. Hence, if a person hears another divorcing his wife three times, and finds that that person is living with the divorcee in matrimonial life, then he and everyone who heard that man may go to court and litigate for the public right, because the continuance of the matrimonial life after the occurrence of irrevocable divorce is prohibited and related to a right of Allah (S.W.T.). The suit in this case is filed as a *hisbah*.

There is an issue when the rights of God and rights of men are combined, but the latter preponderate.¹

¹Ibn al-Ukhawah, Muhammad ibn Ahmad ibn Ahmad Abi Zayd al-Qurashi: *Ma’ilim al-Qurbah fi Ahkam al-Hisbah*, Dar al-Kutub al-‘Lmiyah, Beirute, 2001, at 13-20.

the existence of an authority for the filing of the suit by a particular person."¹

The condition of standing is realised, with regards to the plaintiff, by the filing of the suit by the person who has the right to litigate. This situation would differ where the suit is related to the rights of worshippers or to the right of Allah (S.W.T.). Where the suit is related to the right of a worshipper (man), then the (litigator) may, by himself, file the suit, or do so through his agent, guardian, custodian, successor or any other person who has the capacity to do so on his behalf and in a legal manner. But if the suit is related to the rights of Allah (S.W.T.), rights which are contemporarily called public rights or public legal rights, then, any person may file the suit in such standing or capacity. This is regarded as "*amr bi al-ma'rufwa-nahi 'an al-munkar*,"² on the basis of the revelation of Allah (S.W.T.), and called *hisbah* (the action or suit) in Islamic law.

The *Hisbais* one of institutions of the spiritual order directed in the prime of Islam by the heads of the community themselves, and its duty includes enforcing what is legally right (*ma'ruf*) and preventing illegality (*munkar*).³ The head of the community is only invested with the right of appointing to the office. The overseer of the market (*muhtasib*) must be Muslim, free, of full age and understanding, competent to act as a witness (*'Adl*),

¹Muhammad Na'im Yasin, *Nadariyyat al-Da'wa*, 2000, at 278.

²(*Qur'an*, 3:104).

³Ibn Taymiyah, Ahmad ibn 'Abd al-Halim: *al-Hisbah fi al-Islam*, Dar al-Katib al-'Aribi, Beirut, 2004, at 30-35. See also Al-Mawardi: *Al-ahkam al-sultaniyyahwa al-wiliyat al-diniyyah*. Cairo: Matba'at Mustafa al-Halabi, 1973, at 299-314.

former against the latter, meaning that each of the litigants should have reached the legal age provided for by the law and jurisprudence. They should also possess full mental capability and must not be declared legally incompetent.¹

A person is presumed to be of full capacity and mental competency, but if the court notices that the plaintiff or the defendant is in an unusual state, then this matter should be verified through a report of an expert witness (specialist doctor), substantiated by his testimony. If the court finds that litigation by this litigant is not permissible, then it should seek to find out whether the said litigant has a guardian before appointing one for him to litigate on his behalf.²

This has been provided for in Article 1616 of the *Mejelle* (Ottoman Civil Code) which states that "The plaintiff and the defendant must be of sound mind. A lunatic and a minor of imperfect understanding may not validly bring an action. Their tutors and guardians may act on their behalf in their capacity of plaintiff and defendant."³

Second Article: Condition of Standing

This condition has been defined as "the condition which shows the pertinence of the suit to a particular person, or

¹Abd al-WahhabKhallaf, *IlmUsul al-FiqhwaKhulasatTarakh al-Tashri' al-Islami*, 1995, at 127. Seealso Muhammad Na'imYasin, *Nadariyyat al-Da'wa*, 2000, at 274.

²AbdAllahibn Ahmad -Nasfi, *Al-Bahr al-Ri'iqSharhKanz al-Daqa'iq*, at 191. Seealso Muhammad Faramuzibn 'AliKhusru, *Durr al-Ahkam fi SharhGhurr al-Ahkam*.at 330.

³Hooper .C. A., (trans.), *The Civil of Palestine and Trans-Jordan*, Vol. 1, Jerusalem. 1913

cases are brought to them. A constitutional suit must also be justiciable (capable of being settled) and must not be classified as an act of sovereignty, a state of emergency or an exceptional circumstance, as these are considered restrictions to the filing of a constitutional suit.

The study will also address an important rule in the examination of the constitutionality of laws. This is the rule of presumption of constitutionality which states that the principal rule with regards to laws and legislation promulgated by a legislative authority is that they be constitutional unless proven otherwise.¹

First Section: Conditions of Capacity and Standing in the Islamic System

First Article: Condition of Capacity

A suit that is filed by a minor himself shall not be accepted, and it shall not be accepted if filed by anyone who has incomplete or defective capacity due to infancy, imbecility, prodigality, or lunacy. In such circumstances, the suit should be filed by the person supervising the incompetent, such as the guardian or custodian, and the same condition applies to the incompetent defendant. The minor may not stand as a litigant until he is proved competent (of full legal capacity).²

Capacity to litigate is where the plaintiff and the defendant have the capacity to face the action filed by the

¹Chester James Antieau, *Adjudicating Constitutional Issues*, Ocean Publishing, New York, 1985, at 13.

²AbdAllahibn Ahmad al-Nasfi, *Al-Bahr al-Ri'iqSharhKanz al-Daqa'iq*. Vol. 7.Cairo: Matba'at Dar al-Kutub al-'Arabiyyah al-Kubra, 1333 H., at 191. Seealso Muhammad Faramuzibn 'AliKhusru, *Durr al-Ahkam fi SharhGhurr al-Ahkam*. Vol. 2. Cairo: Dar al-Sa'adah, (n.d.), at 330.

Abstract

Constitutional action, like any other action, must satisfy certain conditions, and while there are common and general conditions applicable to all types of actions, there are special conditions that are only relevant to constitutional action due to its special nature. Therefore, this paper covers the admissibility conditions of constitutional action in the Islamic Judicial system. This article will analyse these conditions in the Islamic Judicial system. Furthermore, there are a number of requirements that a plaintiff must establish in order to have standing before courts in the Islamic system, namely, capacity, actuality of plea, and condition of interest.

Keywords: *constitutional action; admissibility condition; capacity and standing; actuality of plea; condition of interest and in the Islamic Judicial system.*

Introduction

A constitutional action, like any other action, must satisfy certain conditions. Hence, there are common and general conditions applicable to all types of actions, and special conditions that are only relevant to a constitutional action due to its special nature. This article will analyse these conditions in the Islamic legal system. Furthermore, there are a number of requirements that a plaintiff must establish in order to have standing before courts in the Islamic system, namely, capacity, actuality of plea, and condition of interest. In addition, there are several restrictions on the exercise of judicial control, such as when courts may strike unconstitutional laws only when

**ADMISSIBILITY CONDITIONS OF A
CONSTITUTIONAL ACTION IN THE ISLAMIC
JUDICIAL SYSTEM**

Assist. Prof. Dr. Nayel Musa Shaker Alomran
Department of Public Law, *Collage of Law*, Al Ain
University of Science and Technology-Abu Dhabi,

data at an arbitration conference held anywhere across the globe. You heard it here first!

1 The Delta Project, Arnaldo C. Hax and Dean L. Wilde II, Palgrave Publishers (2001).

2 Ibid, p. 6

3 Ibid

4 Ibid

5 Ibid

All of that having been said, and because this paper is largely about arbitration and mediation data, its uses, its value to multiple parties, including the courts, (where it is the new cohesive ingredient), let me share with you here an informed observation from a long-term General Counsel of a multi-national corporation – a truly global brand who said, “The present lack of data remains a major drag on the more widespread adoption of arbitration and mediation.” Said another way, more information will result in greater use of arbitration and mediation! Such a statement coming from the legal field, in my experience, is unusual, because lawyers as a group, including those in the field of arbitration and mediation are not typically inclined toward data and metrics, nor are they always inhibited by the absence thereof in arriving at certain conclusions. It is noteworthy that businesses rely heavily on metrics, yet the dispute resolution components of arbitration and mediation have taken, at best, modest note of the import of measuring elements/indicators associated with the success of the process. It has been observed in the business context that “strategy without measurement is like poetry; it is a wonderful but not a very practical way to communicate.”⁴ And why? “Metrics and data are required to define performance, delineate accountability, monitor progress, and establish feedback mechanisms necessary to change the course of action whenever this is needed.”⁵

I believe that the time has come, and the true value of arbitration and mediation will soon be realized through the availability and application of data.

In closing, I thank you for your patience in hearing what I am certain is the first ever dedicated discussion of

Individuals or attorneys will also be able to make better informed decisions as to which dispute resolution venue to select. I reiterate that data, presently absent, is just one piece of the decision tree in the arbitration versus courts decision. Thus, I would be remiss if I did not mention other reasons supporting the use of arbitration in multi-national commercial disputes.

A Federal Appeals Court judge identified the compelling reasons for that conclusion as he saw it in noting: “Few question that what amounts to the “privatization” of commercial litigation through arbitration has paid significant dividends for our legal system, for our economy, and for litigants – especially in the international context. There is little doubt that arbitration is more flexible than litigation in courts, because the parties can design the rules that an arbitral tribunal would apply. It also bears underscoring that it affords the parties the option of presenting their case before a panel of specialists, rather than generalist judges, if that is their preference.”¹

The judge went on to compare those benefits to the choice of handling international commercial cases via conventional litigation in the courts which he said may be “fraught with unique uncertainties.”² Further, he said, “there are vexing choice of law problems, understandable doubts about the neutrality of their receptive national courts in handling international disputes and the fears of having to litigate a case in courts operating under unfamiliar or seemingly eccentric procedures, especially in countries with inadequate, antiquated, or even incomprehensible municipal legal systems.”³

hundred data points reside in the average arbitration case – about half (50%) of that number in mediation cases. So, in deference to time limitations, we will now look at just a few arbitration data reports, followed by a few mediation data reports.

You should also know that the data reflected in these reports is fictitious(it is made up by virtue of having input arbitration and mediation data from just over 10,000 fictitious closed cases). So the data is not real data, but its content generally tracks or follows what real data may look like – in most instances.

INSERT POWERPOINT reviewing the 7 arbitration reports followed by 3 mediation reports

DISCUSS AND INVITE QUESTIONS.

Now, I will say just a few words about the intersection of arbitration and mediation data and the courts (national court systems).

All courts collect, study and most publish varying amounts of data about their caseloads – typically done on a calendar year basis. Now, once arbitration data is available it will become possible to engage in case-type comparisons of commercial disputes by examining court and arbitration data in like cases. Such an engagement also opens the door for court cases to potentially embrace aspects of arbitration and mediation into their case processing regimes, and to possibly study in greater depth the individual processes associated with trial procedures. Simply said, examining each others data will be instructive, and very likely bring the court's practices, and arbitration and mediation methods closer together.

Insurers from Insurance and Re-Insurance companies will value data about average awards, perhaps encouraging settlement along the way. Most commercial matters have an insurance policy of some kind among the parties. Insurers may reduce premium payments if arbitration and /or mediation is a required term of the contract.

Scholars and researchers will use all the data to analyze the processes by case types, and along with arbitral institutions suggest ways to make the entire experience more efficient and responsive to users' needs and expectations. Data may also influence rules changes, and education and training curricula.

Arbitrators and Mediators will use data to strengthen their awareness of trends and directions in areas such as interim relief, the use of electronic discovery, third party intervention, and the extent of third party funding. Also, for better understanding of the extent to which “challenges” are brought against sitting arbitrators, on what grounds, and how often challenges, and even locale objection motions are granted.

Let us now examine together what some illustrative data reports would look like if the several parties we have just identified searched a data-base for arbitration and mediation data. Keep in mind that the data would necessarily be dynamic (ever changing) as institutional data contributors input data as mediations are settled, or, as arbitrations are settled, withdrawn, or go all the way to an award after an oral hearing.

The data reports presented here are necessarily illustrative of process data reposing in international commercial arbitration matters. Approximately one

information for the business person or the company paying for the dispute resolution process.

Now, let's look at the information "value" question, but first a footnote as to how I, personally, arrived at this point of inquiry and belief about the importance of data in arbitrations and mediations.

As one involved for over twenty years in international commercial arbitration and mediation, I realized early on how the absence of process data limited users (those who use arbitration and mediation without data), how it limited understanding, options, and opportunities. Furthermore, the absence of reliable data also opened the door to critics/naysayers to suggest that a negative statistical outlier, such as an inordinately lengthy process from beginning to end, was not proffered as an unusual occurrence, but rather as the norm! Without refutable data, the critic thus became as believable as the person whose actual experience was decidedly to the contrary.

So, we return to the "value proposition" – what value –and to whom?

The attorneys (the advocates) will use data trends and averages to consider use of arbitration and mediation in drafting a pre-dispute clause, in discussing directions of movement of the case with clients, the length of time, on average, and at what point do such cases usually settle – if they settle, and what is the average award and how does that compare to the claim sought in the first instance (claims versus awards). The data about time and costs will help the attorneys establish a budget for the case and the client. Information about motions, involvement of national courts and counter claims can help counsel develop a strategy for the hearings.

confidential information such as the parties' names, the advocates' names, the arbitrator's or mediator's identity, and the decision on the merits are never revealed. This leaves process information for a given type of case (a kind of case not a specific one) to be redacted and then perhaps aggregated with other similar types of cases to reveal a pattern, a trend, or an average of events associated with an arbitration or mediation of a type or kind of case.

So, for example, let us assume the "case-type" is a construction case, and after all the confidential information has been protected, we extract significant process information. Information such as the length of the case from beginning to end (from claim to award or settlement). Other process information might be the number of parties to the case, was a counterclaim filed, did the parties seek interim or protective measures of relief, were motions filed, did a national court become involved, was the case stayed – perhaps by mutual consent of the parties, did a third party seek to intervene into the case (if so, was it granted), were there three arbitrators or just one, did either of the parties move to challenge an arbitrator, if so, was it granted and for what reason?

The potential list goes on (maybe as many as one hundred data points reposing in one closed arbitration case) all process oriented, but important steps in the arbitration or mediation experience which add value to those using, or contemplating using arbitration or mediation and of value to the advocates, scholars, arbitrators and mediators, and significantly, as

Arbitration and Mediation DATA

It's Value and Uses

By
William K. Slate II
October 12, 2015
Riyadh Saudi Arabia

The subject of my presentation is data in international arbitrations and mediations – its value within the arbitration/mediation regime, and as a (emphasis “a”) comparative factor in the consideration of traditional court options vis-a-vis Choosing arbitration or mediation or both.

I will first address the use of data within the arbitration and mediation regime. Then, secondly, speak briefly to its use in considering court usage versus arbitrations and mediations.

Now, let me note forthwith that the “data” to be considered in this presentation is “process”- based – meaning it involves process – not substance in the “legal sense”, and why – because we all know that usually commercial arbitrations and mediations are protected by the fundamental principle of “confidentiality”.

So, I do not wish to loose a significant part of the listening audience here by suggesting that we ignore arbitration’s first principle of “confidentiality”.

I do suggest that confidentiality can be maintained by examining a closed case where the protection of

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects
The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University
Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

Enforcement Law”). Prior to the 2013 Enforcement Law, the enforcement of foreign arbitral awards was within the jurisdiction of the Board of Grievances. The procedure before the Board of Grievances was lengthy – as the board would undertake a full review of the merits of each award – and parties had to face delays in executing foreign judgments or awards in KSA.

The 2013 Enforcement Law contains provisions that affect all aspects of executing local and foreign judgments, as well as foreign arbitral awards, in Saudi Arabia. Applications for enforcement are no longer brought before the Board of Grievances but rather before a new jurisdiction – the Enforcement Judge (*qadi al tanfiz*). The Enforcement Judge can enforce all local and foreign judgments or awards that are issued in the form of an execution deed. Legally, the grounds on which enforcement can be refused are now limited in line with international best practice. It has to be underlined that the award shall not contravene the mandatory principles of Sharia law. An award issued under the KLRCA i-Arbitration Rules ensures that the award does not contain anything that contradicts Saudi public policy, thus facilitating its enforcement.

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects

The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University

Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

An International Solution with Global Recognition

By ensuring that arbitral awards are in compliance with Shariah principles, the KLRCA i-Arbitration Rules provide an efficient alternative to the courts. The KLRCA gives parties access to an internationally recognised and enforceable form of dispute resolution that protects their autonomy in selecting who will decide their dispute and according to which legal principles. Arbitration pursuant to the KLRCA i-Arbitration Rules is compliant with both the UNCITRAL Model Law and the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (“**New York Convention**”), assuring parties effective dispute resolution with all the benefits of international commercial arbitration.

Foreign awards, including KLRCA awards, are enforceable in the Kingdom of Saudi Arabia pursuant to the New York Convention to which Saudi Arabia is a party,²¹ as well as the new Saudi Arabian arbitration regime – including the new Arbitration Law which came into force in 2012 and the new Enforcement Law which came into force in March 2013 (the “**2013**

²¹ The Kingdom of Saudi Arabia made the reciprocity reservation limiting recognition and enforcement of awards under the New York Convention to those rendered in the territory of another contracting State which in turn accepts the recognition and enforcement of Saudi awards. For more information, please visit: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects
The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University
Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

Furthermore, the scope exercised by IICRA necessitates a narrow range of available arbitrators. Arbitrators included in the IICRA panel will need knowledge and experience in Shariah principles and likely a working knowledge of the Arabic language.

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects

The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University

Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

Scope is where the main difference lies, and the differences in scope as applied by the two institutions are readily apparent. While the i-Arbitration Rules seek to isolate Islamic finance issues to which Shariah principles are to be applied, the IICRA uses Shariah principles to define the entire procedure.

Venue and language of arbitrations

Other differences lie in the logistical details of how arbitrations are administered. Under the IICRA, the official language is Arabic, and while other languages may be agreed between the parties all written submissions and statements must attach an Arabic translation and all awards must be rendered in Arabic. Under the KLRCA, international arbitrations are carried out in English. In relation to venue, under the IICRA the Executive Committee reserves the right to reject any agreement for proceedings to be held outside the UAE. The KLRCA provides for proceedings to be held in any venue agreed by the parties.

The holistic application of Shariah principles is by its nature more suited to local transactions, limited to parties within the Islamic finance community and preferably parties within the same jurisdiction.²⁰ This is reflected in the IICRA's provisions regarding language and venue.

²⁰ For the purpose of finding common ground regarding the appropriate Islamic authority and applicable interpretation of Islamic jurisprudence.

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects
The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University
Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

The IICRA by contrast, provides a *forum* for arbitration of disputes wholly in accordance with Shariah law. Under the IICRA, an arbitral panel is to disregard any applicable legal provisions selected by the parties where the application of same is not compatible with Islamic Shariah principles. In addition, the arbitral panel “*may invoke for the disputed issue whatever it deems appropriate from among the viewpoints of various schools of Islamic thought, rulings of Islamic Fiqh academies, and opinions of Sharia(h) supervisory boards at Islamic financial institutions. The Panel may choose to be guided by local or international commercial rules or conventions that are not at variance with the provisions of Islamic Sharia(h).*”¹⁸

The IICRA maintains a specialised Shariah Advisory Committee to whom a draft award may be referred for review. The role of the Advisory Committee is to bring the attention of the arbitral panel to “*any violation of the principles and provisions of Islamic Sharia(h)*”.¹⁹ This review of the Advisory Committee is applied to the whole of the award, and not only to specific issues. It should be noted that such recommendation is not binding on the arbitral panel.

¹⁸ http://www.iicra.com/en/misc_pages/detail/1a02c92ba3.

¹⁹ http://www.iicra.com/en/misc_pages/detail/47025a8fda.

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects
The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University
Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

and the role of arbitrators are not necessarily dealt with in any coherent uniform manner.

The IIRCA, as a dedicated Islamic arbitration institution, offers arbitration services and expertise similar to conventional commercial arbitral institutions like the KLRCA. However, there are significant differences in how those services are carried out, which can be summarised as follows.

Scope

The most important difference lies in the scope of service offered by the different institutions. For the reasons explored above, the KLRCA does not attempt to offer Islamic arbitration in line with what has been traditionally offered. Rather, the KLRCA seeks to augment its already established and internationally recognised commercial arbitration services by making them accessible to parties utilising Islamic banking in their business.

The KLRCA i-Arbitration Rules build on existing UNCITRAL Model Law principles by adding scope for determination of issues relating to Shariah principles through reference to the relevant Shariah council or expert, and allowing the remainder of the dispute to be resolved on commercial basis according to the governing legal principles agreed upon.

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects

The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University

Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

Existing *Fora* for Islamic Arbitration

Arbitration has been present in Islam since its inception. Prophet Muhammad (peace and blessings be upon him) himself acted as an arbitrator in various disputes.¹⁷ Islamic arbitration is practiced both on an *ad hoc* and institutional basis, and is offered through a variety of institutes such as the International Islamic Centre for Reconciliation and Arbitration (**IICRA**), the Islamic Institute of Civil Justice (**IICJ**), independent Shariah Tribunals (in Nigeria, among other countries) and the Muslim Arbitration Tribunal (United Kingdom). The Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (**AAOIFI**) likewise offers international accounting and banking standards, including for the conduct of Islamic arbitration.

Despite the existence of several reputable institutions dealing with Islamic arbitration, there are limitations the approach which is followed. Islamic arbitration as practiced throughout history has involved a mix of what we know now as mediation, conciliation and arbitration, and as a result there is very little in the way of an accepted uniform practice when it comes to Islamic arbitration. Issues such as confidentiality, qualification of arbitrators

¹⁷ Baamir, A.Y., *Shari'a Law in Commercial and Banking Arbitration. Law and Practice in Saudi Arabia*, Farnham, Ashgate, 2010 pp. 45-56.

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects
The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University
Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

Shariah issues referred. The relevant Council or expert shall deliver the ruling within sixty days from the date of the reference.¹⁵ Should the relevant Council or expert fail to deliver its ruling within the allocated time, the arbitral tribunal may proceed to determine the dispute based on the submissions it has before it.¹⁶ This protects the speed efficiency of the proceedings. The costs of the reference incurred by the tribunal form part of the “arbitration costs” as defined under the Rules.

¹⁵ KLRCA i-Arbitration Rules, *op. cit.*, Article 11(6).

¹⁶ *Ibid.*, Article 11(7).

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects
The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University
Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

Arabian Monetary Agency under the Banking Control Law of 1966.¹⁴ In addition, there is no independent central Shariah board for validating Islamic banking and financial activities so as to ensure their compatibility with the Shariah principles. All banks have their own Shariah committees. As far as Bahrain is concerned, a transaction with the Bahrain Islamic Bank, may come under that bank's own Shariah Board.

By taking into account the above mentioned different approaches, the KLRCA i-Arbitration Rules are capable of handling any Shariah issues that may arise in any transaction, irrespective of the appropriate Shariah authority. The parties are otherwise free to agree on an appropriate Shariah council or expert, and failing that, an expert will be appointed pursuant to the procedure in Article 26 of the UNCITRAL Model Law. In both scenarios above the ruling will be treated as expert evidence.

Upon referral to the relevant Council or expert, the tribunal will adjourn the arbitration proceedings until a ruling has been given. In the meantime, proceedings will continue regarding areas of the dispute independent of the

¹⁴ Islamic insurance is regulated and supervised side-by-side with conventional insurance by the Saudi Arabian Monetary Agency under the Law of Supervision of Cooperative Insurance Companies and its implementing regulations. The issuance of *sukuk* in the Kingdom of Saudi Arabia is regulated and supervised side-by-side with the issuance of shares and debt instruments by Capital Market Authority under the Offers of Securities Regulations and the Listing Rules.

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects
The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University
Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

jurisdiction, the application of any ruling to the facts will remain at the discretion of the arbitral tribunal.¹³

Not all countries adopt the legislative approach to Islamic finance described above. Other countries, notably in the Middle East region, do not regulate Islamic financial services through their laws. Rather, Islamic banks and institutions are permitted to maintain their own Shariah advisory councils or boards. Such boards will determine the Shariah compliance of financial products through rulings, known as *fatwas*.

As far as the Kingdom of Saudi Arabia is concerned, it is observed that there are no specific laws governing Islamic banking and financial activities. Islamic banking and financial activities are regulated and supervised side-by-side with conventional commercial banking businesses by the Saudi

¹³ In determining the language and function of Rule 11, the KLRCA has adopted the following interpretation of Section 57 of the Central Bank of Malaysia Act 2009 and of the meaning of the word 'ruling'. A ruling made by the Shariah Advisory Council pursuant to Section 57 of the Central Bank of Malaysia Act 2009 is only binding insofar to the extent that it is an interpretation of the legal Shariah principle referred. Any comments of the Shariah Advisory Council extending beyond the interpretation of the legal Shariah principle, for example by applying the legal Shariah principle to the facts or expressing an opinion about the conduct of a party to the proceedings, do not attract the same status conveyed by Section 57. In this way the ruling of the Shariah Advisory Council is given the same status and weight as other forms of expert evidence.

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects
The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University
Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

It is important at this point to note the distinction between firstly issuing a ruling pertaining to the interpretation of Shariah principles, and secondly deciding how that ruling will be applied. The i-Arbitration Rules only serve to curb the latter; they make no comment on the authority of the Shariah Advisory Council to issue rulings.

As mentioned above, pursuant to the Central Bank of Malaysia Act 2009, any Islamic financial transaction within Malaysia is regulated by and come under the auspices of the Central Bank, and interpretation under its Shariah Advisory Council. The Securities Commission and its Shariah Advisory Council are vested with similar jurisdiction relating to securities and futures markets in Malaysia. While the Shariah Advisory Council may remain the appropriate authority for referral in matters of Malaysian

answer questions on its ruling. This distinguishes the ruling of the *Shari^h-ah* Advisory Council or the *Shari^h-ah* Expert from a typical expert opinion introduced in arbitration proceedings by way of a report prepared by a party-appointed expert or a tribunal-appointed expert. The ruling must thus be qualified as an expert opinion *sui generis*. Yet, it may be wise for an arbitral tribunal considering to issue on a case-to-case basis suitable directions on the basis of the procedure specified in Art. 29 (4) and (5) UNCITRAL Rules, in particular in the event that a *Shari^h-ah* Expert has delivered a ruling.” Klötzel, T.R., “Islamic Financial Law in Malaysia and the Reference to the *Shari^h-ah* Advisory Council under Rule 11 of the i-Arbitration Rules of the Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration”, *art. cit.*, pp. 683-684.

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects

The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University

Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

The Key Provision: Reference Procedure under the KLRCA i-Arbitration Rules

Rule 11 of the KLRCA i-Arbitration Rules is considered as the key provision. It provides that where the arbitral tribunal has to “[f]orm an opinion on a point related to Shariah principles; and [d]ecide on a dispute arising from the Shariah aspect of the contract”, the tribunal may refer the matter to the relevant Council or Shariah expert for its ruling. The relevant Council or Shariah expert is subsequently defined as “*the Shariah council under whose purview the Shariah aspect to be decided falls, where there is one*”. Where such a council does not exist, then the parties are free to agree on a Shariah council or expert to determine the issue.

Rule 11 is structured in such a way as to ensure the international applicability of the Rules. The flexibility of the reference procedure ensures that parties of any national origin engaging in transactions under any jurisdiction are able to use the i-Arbitration Rules knowing that the appropriate Shariah legal principles will be applied. In addition, it is clear that the arbitral tribunal is to treat any ruling under this provision as expert evidence, to be applied at the discretion of the tribunal.¹²

¹² According to T.R. Klötzel: “[T]he parties have no explicit right to request the presence of the *Shari’-ah* Advisory Council or the *Shari’-ah* Expert at a hearing to

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects

The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University

Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

Salient provisions under the KLRCA i-Arbitration Rules include:

- Specification of information, documents and fee required for registration of a matter with the KLRCA.
- Provisions relating to the appointment of arbitrators, including provisions ensuring their independence and impartiality.
- Provisions relating to rendering of the award are clearly set out, whereby the arbitrator shall be required to render its award within a period of 3 months from closing of pleadings.
- The KLRCA's schedule of costs applies immediately unless parties agree otherwise.
- To encourage the due payment of fees and costs by parties, the parties are required to pay deposits at the beginning and during the course of the arbitral proceeding.

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects

The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University

Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

Salient Features of KLRCA's Award-Winning i-Arbitration Rules

The i-Arbitration Rules Model Arbitration Clause provides that: “[A]ny dispute, controversy or claim arising out of a commercial agreement which is based on Shariah principle or the breach, termination or invalidity thereof shall be settled by arbitration in accordance with the KLRCA i-Arbitration Rules”.

The Rules are presented in two parts:

- Part I is based on Part I of the current KLRCA Arbitration Rules with a modification to provide for a specific procedure for reference to the Shariah Advisory Council or a Shariah expert including necessary changes to provide for clarity and definitions of Shariah related terminologies.
- Part II adopts the most current Arbitration Rules adopted by United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) [when conflicted, provisions under Part I will supersede those of Part II].

Resolution Festschrift für Gerhard Wegen zum 65. Geburtstag, Munich, Verlag C.H. Beck, 2015, pp.673-684.

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects
The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University
Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

KLRCAs Innovative Approach to Shariah Compliant Arbitral Awards

In 2012, at Global Islamic Finance Forum, the KLRCA launched the i-Arbitration Rules, a remodelled set of its Arbitration Rules designed for Islamic arbitration. On the 24th of October 2013, the KLRCA launched the revised and translated editions of its core rules, including the second edition of the KLRCA i-Arbitration Rules.¹⁰ The Rules were translated into six languages – Arabic, Spanish, Korean, Mandarin, Bahasa Malaysia and Bahasa Indonesia – sealing the internationalisation of the KLRCA’s Rules and services.

The new edition of the i-Arbitration Rules brings into effect several revisions and additions, building on the theme of global application. The new rules aim to provide a tool for the resolution of disputes arising from any contract that contains Shariah transactions and issues, suitable for international commercial agreements and providing international recognition and enforcement.¹¹

¹⁰ For the current version of the KLRCA i-Arbitration Rules, visit: <http://klrca.org/rules/i-arbitration/>.

¹¹ See Klötzel, T.R., “Islamic Financial Law in Malaysia and the Reference to the Shari-ah Advisory Council under Rule 11 of the i-Arbitration Rules of the Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration”, in J.C. Cascante, A. Spahlinger and S. Wilske (dir.), *Global Wisdom on Business Transactions, International Law and Dispute*

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects
The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University
Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

Consultative Organisation⁹ – has developed its set of rules, which are suitable for arbitration of disputes arising from commercial transactions premised on Islamic principles. The Rules incorporate a reference procedure to a Shariah Advisory Council or Shariah expert whenever the arbitral tribunal has to form an opinion on a point related to Shariah principles.

⁹ <http://www.aalco.int/Scripts/default.asp>.

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects
The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University
Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

takaful and Islamic finance in Malaysia.⁸ The second advisory council is attached to the Securities Commission and was established pursuant to the Securities Commission Act 1993. The Shariah Advisory Council of the Securities Commission covers contracts applied in the Islamic Capital Markets. Together with the special Muamalat Division of the High Court of Kuala Lumpur – designed specifically to hear Islamic banking cases and created in 2003 – this approach recognises the need in the Islamic banking industry for consistent and sophisticated rulings in relation to Shariah points of law.

Given the relatively early stage of development of Islamic finance across the rest of Asia, it is essential that a country with expertise in this field, like Malaysia, is able to offer the strength and expertise of its own legal structure to the international Islamic banking industry.

With this approach in mind, the KLRCA – an independent international arbitral body established under the auspices of the Asian African Legal

⁸ The Shariah Advisory Council of the Central Bank consists of various scholars. It advises the Central Bank on matters relates to Shariah. In addition, it is vested with a broad range of functions overseeing the operations of the several Islamic financial institutions. See Moharani, S.N.A., “Role of the Shariah Advisory Council (SAC) in Dispute Resolution Process: Perspective on Recent Case Development”, *The Malayan Law Journal*, n. 6, 2012, pp. lxxxvii-cii.

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects
The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University
Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

engaged with Malaysia by way of a Memorandum of Understanding as well as meetings in Kuala Lumpur for the exchange of ideas. Hong Kong is seen as the gateway for Islamic finance into China. Japan, likewise, has engaged with Malaysia on discussions relating to a bilateral agreement with the intention of facilitating Japanese investment into the Malaysian Islamic finance sector. South Korea and Singapore are in the process of amending their taxation structures pertaining to Islamic finance, with Singapore having also established its first Islamic bank.⁷ All of these measures represent an extension of growing Islamic financial activity across the continent.

Supporting its Islamic banking sector, Malaysia has promoted a strong and reliable regulatory and legal framework. Malaysia maintains two Shariah Advisory Councils. The first one is attached to the Central Bank of Malaysia (Bank Negara) and was established in 1997 as the highest authoritative body in ascertainment of Shariah matters. In the recent provisions of the Central Bank of Malaysia Act 2009, the roles and functions of the Shariah Advisory Council have been further reinforced whereby the it is accorded the status as the sole authoritative body on Shariah matters pertaining to Islamic banking,

⁷ The first Islamic Bank in Singapore – the Islamic Bank of Asia – was established in 2007.

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects

The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University

Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

Introduction: Islamic Banking and the Necessity of Special Rules and Procedures for Dispute Resolution – the Case of Asia

The Islamic banking industry in Malaysia is one of the most developed in the world.³ The launch of the Malaysia International Financial Centre in 2006, aiming to cement Malaysia as the ‘World’s Islamic Finance Marketplace’, constitutes a move to develop Islamic finance in Malaysia beyond merely economic terms.⁴ Education, communication and cooperation are among the areas that are being developed, most relevantly through various joint ventures and a robust legal regime.⁵

Following Malaysia’s initiatives, it is worth noting that Hong Kong, in addition to restructuring its tax framework to support Islamic finance,⁶ has

³ For a detailed analysis, see Delfolie, D., “Le développement de la finance islamique en Malaisie: l’histoire d’un volontarisme d’État”, *Revue de la Régulation. Capitalisme, Institutions, Pouvoirs*, vol. 13, 2013, available at: <http://regulation.revues.org/10067>.

⁴ Ali, M., “Challenges and Opportunities for Development of Islamic Stockbroking in Malaysia”, in H. Fouad Beseiso (dir.), *The Developing Role of Islamic Banking and Finance: From Local to Global Perspectives (Contemporary Studies in Economic and Financial Analysis, Volume 95)*, Bingley, Emerald Group Publishing, 2014, pp. 99 – 100.

⁵ For more information, visit the website of the Malaysia International Islamic Financial Centre: <http://www.mifc.com/index.php>.

⁶ In July 2013, Hong Kong amended its Inland Revenue Ordinance and Stamp Duty Ordinance to harmonise the tax structure relative to certain types of *sukuk*.

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects
The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University
Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

Shariah principles. It proceeds with an analysis of the salient features of the KLRCA i-Arbitration Rules and it examines how parties to contracts utilising Islamic finance are able to choose the appropriate Shariah laws to govern their transaction, particularly in a cross border context. Finally, it compares dispute resolution under the KLRCA i-Arbitration Rules with traditional Islamic arbitration and some of the existing *fora* available, highlighting the innovative approach of the KLRCA to Shariah compliant awards.

International Conference on Judiciary and Arbitration. Reality and Prospects

The High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University

Riyadh, The Kingdom of Saudi Arabia

Panel: Prospects of Developing Judiciary and Arbitration Mechanisms; Modern experiences in developing arbitration mechanisms.

Harmonious coexistence between Shariah principles and commercial arbitration: KLRCA's innovative approach

Ioannis Konstantinidis

**Head of investment treaty arbitration
and international law**

Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA)

BA (University of Athens, Greece)

**LLM International Law and International Organisations (École de Droit de la Sorbonne - Université Paris 1
Panthéon Sorbonne, France)**

MA (MA, Institut d'Études Politiques de Paris – Sciences Po)

PhDc International Law (École de Droit de la Sorbonne - Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, France)

Abstract:

Commercial arbitration has long been an effective and efficient means of resolving disputes both domestic and international, providing autonomy, speed and most importantly reliable enforcement.¹ As Islamic finance spreads outside its conventional borders, the need for such dispute resolution avenues has grown in parallel.² This paper highlights the role of the Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (**KLRCA**) and its award winning i-Arbitration Rules, which ensure that arbitral awards are in compliance with

¹ Rovine, A.W. (dir.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 352-353.

² Hassan, M.K. and Lewis, M.K. (dir.), *Handbook on Islam and Economic Life*, MA, USA, Edward Elgar, 2014, pp. 404-405.

INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS

Whatever the future might hold for both international courts and arbitration, States and all other stakeholders should maintain the already achieved momentum in the peaceful settlement of international disputes and the upholding of the international rule of law. These two imperatives are candle lights that all should strive to protect in an increasingly complex and often violent/dark international order.

the ICTY, as it did in 2007, in examining the constituent elements of genocide in the present case. If it is established that genocide has been committed, the Court will then seek to determine the responsibility of the State, on the basis of the rules of general international law governing the responsibility of States for internationally wrongful acts'. See Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgement, ICJ, 3 February 2015, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf>, at para 129.

V. Conclusion: Reflections on the Future

Both international courts and arbitration are facing profound challenges in the future. Recently, Cecilia Malmström, the EU Commissioner for Trade, has presented a concept paper that includes various proposals for an overhaul of investor-State arbitration.⁷⁸ The PCA's position in this respect is clear. Whether or not to provide a system of investor-State arbitration is a policy question for member States. The goal of the PCA in this field, when States do provide for investor-State arbitration, is to assist them in having as efficient and effective a procedure as possible. Efficient in the sense of saving time and cost, and effective in the sense of producing a decision that has both the legitimacy and binding effect as to truly resolve the underlying dispute.

Separately, some believe that the proliferation of international tribunals and jurisdictions is not without risks. The fragmentation of international law could perhaps be one of these.⁷⁹ As stated by H.E. Judge Guillaume, the former president of the ICJ, 'judges must take cognizance of the dangers of legal fragmentation, and of inconsistency in the case-law, as a result of the quasi-anarchic proliferation of international courts'.⁸⁰ Yet, it is also clear that international tribunals and courts very often contribute to international law in both parallel and complementary ways.⁸¹ This is for instance evidently manifested by the ICJ's recent decision in *Croatia v. Serbia* where it decided that '[it] will nonetheless take account, where appropriate, of the decisions of international criminal courts or tribunals, in particular those of the ICTY'.⁸²

⁷⁸ Cecilia Malmström, European Commission, 'Investment in TTIP and beyond – the path for reform: Enhancing the right to regulate and moving from current *ad hoc* arbitration towards an Investment Court', 5 May 2015, available at: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF, at 7–8.

⁷⁹ The ILC informs us that 'as a legal system, international law is not a random collection of such norms. There are meaningful relationships between them'. See ILC, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report on the work of its Fifty-eighth session, 1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006, available at: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20Articles/1_9_2006.pdf.

⁸⁰ 'The Proliferation of International Judicial Bodies: the Outlook for the International Legal Order', Speech by His Excellency Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the Sixth Committee of the General Assembly of the United Nations, 27 October 2000, available at: <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=85&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>.

⁸¹ Judge James Crawford states that 'the instances of disagreement between courts and tribunals rarely mature into outright conflict'. See J. Crawford, *supra* note 56, at 291.

⁸² The Court more specifically stated that 'It is for the Court, in applying the [Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide], to decide whether acts of genocide have been committed, but it is not for the Court to determine the individual criminal responsibility for such acts. That is a task for the criminal courts or tribunals empowered to do so, in accordance with appropriate procedures. *The Court will nonetheless take account, where appropriate, of the decisions of international criminal courts or tribunals, in particular those of*

In fact, the men who in 1920 drafted the Statute of the PCIJ included the same individuals who in 1899 and 1907 had created and sought to perfect the PCA.⁷⁵ The creation of the PCA in 1899 came at a time of heightened tension among world powers, particularly the European ones, and in the wake of a relentless arms race. In the hope of halting this arms race and agreeing on a permanent peaceful means of settling disputes between States, Czar Nicolas II proposed for the 1899 Peace Conference to be convened in The Hague.⁷⁶ Unfortunately, the world powers involved at The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907 failed to prevent the destructions of both World War I and II as well as countless other armed conflicts that have plagued both the 20th and the 21st centuries.

However, as previously mentioned, there are numerous instances where international courts and arbitration have been successful at defusing armed conflicts through the adjudication of differences pursuant to international law. The adjudication of international disputes, either through litigation or arbitration, rather than by political pressure or conflicts, is consistent with the rule of law. As poignantly asserted by Professor Vandevelde, ‘the rule of law triumphs when sovereign governments commit themselves to legal processes and honor those processes’.⁷⁷

In this light, there is no doubt that international courts and arbitration overlap and complement each other. Parties to international disputes may prefer one form over the other. Party autonomy and flexibility, such as the freedom to appoint adjudicators or agree on the applicable procedural rules, are some of the fundamental advantages of arbitration. However, arbitration is perhaps not suitable for all areas of international law, such as for instance international criminal law.

⁷⁵ The Advisory Committee of Jurists that prepared the PCIJ Statute was created during the second session of the Council of the League of Nations and chaired by Baron Edouard Descamps of Belgium. Baron Descamps had, in 1899, been among Belgium’s delegates to the first Hague Peace Conference and served there as a member of the Conference’s Third Commission and its Committee of Examination – the body responsible for the provisions of the 1899 Hague Convention relating to the creation of the PCA.

⁷⁶ Diplomats posted in St. Petersburg received the following communication from Count Mouravieff, then Russian Minister of Foreign Affairs, which stated that ‘great States have formed powerful alliances; and for the better guaranty of peace have developed their military forces to proportions hitherto unknown, and still continue to increase them without hesitating at any sacrifice’. See Count Mouravieff, ‘Russian Circular Note Proposing the First Peace Conference’, in J. B. Scott, *Instructions to the American Delegates at the Peace Conferences and their Official Reports 1916* (New York: Carnegie Endowment for International Peace, 1916), at 2.; B. W. Daly, *supra* note 66, at 37.

⁷⁷ K. Vandevelde, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation* (2010), at 119.

As to Members of the Court, article 44 of the 1907 Convention (Article 23 of the 1899 Convention) entitles each Member State to select up to four of its nationals of ‘known competency in questions of international law, of the highest moral reputation, and disposed to accept the duties of Arbitrator’ as Members of the Court for a renewable term of 6 years. The Members of the Court in 2015 are listed on the PCA’s website and in its Annual Report. However, parties remain free to choose from outside the list, as is the PCA Secretary-General, when he acts as appointing authority.⁷²

IV. Overlap and Complementarity

Both international courts and arbitration institutions ultimately aim to achieve common and fundamental goals for the international community, i.e., the peaceful settlement of international disputes and the upholding of the international rule of law.

The peaceful settlement of international disputes is an obligation incumbent on States pursuant to the UN Charter:

*The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.*⁷³

Long prior to the adoption of the UN Charter, the international community strived to achieve this goal. The PCA’s founding convention, the 1899 Convention, provides the following:

*With a view to obviating, as far as possible, recourse to force in the relations between States, the Signatory Powers agree to use their best efforts to insure the pacific settlement of international differences.*⁷⁴

for the recommendation of a conciliator in a proceeding conducted under the UNCITRAL Conciliation Rules. For further details, see *ibid*.

⁷² It is worthy to note here that previous Saudi Members of the Court included H.R.H. Prince Dr. Bandar Bin Salman Bin Mohammad Al Saud, Dr. Omar Bin Abu Bakar Bakhshab, Sheikh Ibrahim Bin Suleiman Al Rashid, and Sheikh Salih Bin Othmane Al Salih. There are currently no Saudi Members of the Court appointed; however, it is expected that the Kingdom of Saudi Arabia will soon proceed with such appointments. Finally, it is important to emphasize that these Members of the Court compose a ‘national group’, which is then entitled to nominate candidates to the ICJ and the Nobel Peace Prize.

⁷³ Article 33(1), United Nations, Charter of the United Nations, 24 October 1945, 1 UNTS XVI, available at: <http://www.un.org/en/documents/charter/chapter6.shtml>.

⁷⁴ Article 1, 1899 Convention, *supra* note 63.

channel of communication in PCA proceedings, provides secretarial support, and ensures safe custody of documents. The PCA currently acts as registry in 93 pending cases. The languages of these proceedings include the six official languages of the United Nations. Most of the PCA's cases are governed by the 1976 and 2010 UNCITRAL Arbitration Rules. However, parties may also choose from the specialized procedural rules developed by the PCA, including most notably the 2012 PCA Arbitration Rules and the 2001 PCA Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment.⁶⁸ In addition to registry services, the PCA provides a variety of appointing authority services. The appointing authority function is essential for the maintaining of the integrity of international arbitration processes.⁶⁹ The Secretary-General of the PCA may, upon agreement of the parties, act as appointing authority for purposes of appointing the members of an arbitral tribunal, ruling on challenges to arbitrators, or deciding on fee arrangements. The Secretary-General is most often asked to act as appointing authority under both the 1976 and 2010 UNCITRAL Rules,⁷⁰ but may act as appointing authority under a variety of procedural regimes, national laws, and treaties.⁷¹

arising under contracts involving a State, intergovernmental organization, or other public entity; 10 interstate arbitrations; 3 arbitrations between parties arising under contracts submitted to arbitration in accordance with the PCA Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment, and 1 conciliation between private parties arising under a contract submitted to conciliation in accordance with the PCA Optional Rules for Conciliation of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment; 1 conciliation between a private party and an inter-governmental organization arising under a contract submitted to conciliation in accordance with the UNCITRAL Conciliation Rules (1980); and 3 other disputes. For further details, see the PCA 2014 Annual Report, available at: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1069.

⁶⁸ Other PCA procedural rules include: the 2011 PCA Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Outer Space Activities; the 1997 PCA Optional Rules for Fact-finding Commissions of Inquiry; the 2002 PCA Optional Rules for Conciliation of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment; the 2001 PCA Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment; the 1996 PCA Optional Conciliation Rules; the 1996 PCA Optional Rules for Arbitration between International Organizations and Private Parties; the 1996 PCA Optional Rules for Arbitration Involving International Organizations and States; the 1993 PCA Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two Parties of Which Only One Is a State; and the 1992 PCA Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States.

⁶⁹ See B. W. Daly, *supra* note 66, at 42.

⁷⁰ Article 6, 7 and 12 of the 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, available at: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>; and articles 6 and 8 of the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, available at: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>. For a detailed analysis of the interaction between the PCA and the UNCITRAL Arbitration Rules, see S. Grimmer, 'The Permanent Court of Arbitration and the UNCITRAL Arbitration Rules: Current Interaction and Future Prospectives', (2009) 5 *Serie Arbitraje Internacional y Resolución Alternativa de Controversias de Documentos de Trabajo del Instituto Universitario de Estudios Europeos*.

⁷¹ In 2014, the PCA received 41 requests relating to its appointing authority services. These included: 26 requests that the Secretary-General designate an appointing authority; 12 requests that the Secretary-General act as an appointing authority for the appointment of an arbitrator; and 3 requests that the Secretary-General act as an appointing authority to decide a challenge to an arbitrator. In addition, the Secretary-General received a request

(‘ICC’) International Court of Arbitration based in Paris, the International Centre for Settlement of Investment Disputes (‘ICSID’), which is affiliated to the World Bank and is based in Washington D.C., the London Court of International Arbitration (‘LCIA’) based in London, and of course the PCA.

The PCA is uniquely positioned vis-à-vis other international arbitration institutions. It is the oldest intergovernmental organization to provide a forum for the resolution of international disputes through arbitration and other dispute settlement means such as mediation or conciliation. Its mandate covers not only inter-State disputes, but also disputes involving private parties as well as other non-State actors.⁶²

Conceived at the 1899 Hague Peace Conference, the PCA was formally established by the 1899 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (‘1899 Convention’),⁶³ as revised by the 1907 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (‘1907 Convention’).⁶⁴ The PCA currently has 117 Member States, including the Kingdom of Saudi Arabia, which acceded to the 1907 Convention on 20 January 2002.⁶⁵

The PCA’s structure is composed of three main organs: (i) the Administrative Council; (ii) the PCA’s International Bureau; and (iii) the Members of the Court. The Administrative Council is comprised of the diplomatic representatives of the Member States that have signed the Hague Conventions. It meets biannually to discuss policy matters, launch new PCA initiatives and approve the PCA budget. It is the governing body of the PCA.⁶⁶

The PCA’s International Bureau provides registry services and administrative support for arbitration and other dispute resolution proceedings.⁶⁷ It serves as, *inter alia*, the official

⁶² In 1934, the PCA administered its first arbitration involving a non-state party: *Radio Corporation of America v. The Republic of China*, Award of 13 April 1935, available at: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/RCA%20v.%20China.pdf>.

⁶³ International Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, adopted 29 July 1899, entered into force 4 September 1900, 1 Bevens 230; 1 AJIL 103 (1907), available at: <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag%20id=1187>.

⁶⁴ International Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, adopted 18 October 1907, entered into force 26 January 1910, 1 Bevens 577; 2 AJIL Supp. 43 (1908), available at: http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=193.

⁶⁵ It is worthy to note here the valuable role that the Kingdom of Saudi Arabia has played in supporting the PCA, due in particular to H.R.H. Prince Bandar Bin Salman Al Saud’s contributions.

⁶⁶ For a more detailed description, see B. W. Daly, ‘The Permanent Court of Arbitration’ in C. Giorgetti, *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals* (2012), at 39.

⁶⁷ In 2014, the PCA administered 128 cases, 39 of which were initiated that year, comprising: 69 investor-State arbitrations arising under bilateral/multilateral investment treaties and national investment laws; 41 arbitrations

host-State conduct vis-à-vis foreign investors without having to rely on the domestic court system of the host-State.⁵⁷ Through investor-state arbitration, States have effectively bestowed upon foreign investors the right to access international justice. To date, the PCA has administered over 110 such arbitrations.⁵⁸

Arbitration awards may be enforced in over 156 jurisdictions for arbitrations governed by UNCITRAL Arbitration Rules pursuant to the 1958 New York Convention,⁵⁹ and 151 jurisdictions for arbitrations governed by ICSID Arbitration Rules pursuant to the 1965 Washington Convention.⁶⁰ It is worthy to note that the Kingdom of Saudi Arabia acceded to the 1958 New York Convention on 19 April 1994 and the 1965 Washington Convention on 28 September 1979.⁶¹

The incremental rise of investor-state arbitration as well as the international community's growing commitment to the peaceful settlement of disputes through inter-State arbitration have led to a growth in the PCA's activities that is unprecedented in its history. As the first international organization dedicated to international arbitration, a closer look at the PCA is merited here.

C. A Closer Look at the PCA

A panoply of institutions around the world ensure the administration of international arbitration disputes. These most notably include the International Chamber of Commerce

⁵⁷ See B. Kingsbury and S. Schill, 'Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law', (2009) NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-46. See also C. Brower and S. Blanchard, *supra* note 54, at 697.

⁵⁸ While ICSID is the most prominent option in investor-State arbitration, the second most common procedural regime is under the UNCITRAL Arbitration Rules. The majority of known UNCITRAL arbitrations are administered by the PCA.

⁵⁹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the '1958 New York Convention'), adopted 10 June 1958, entered into force 7 June 1959, available at: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html. For the status of the ratification of the New York Convention, see the UNCITRAL website, available at: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

⁶⁰ Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (the '1965 Washington Convention'), adopted 18 March 1965, entered into force 14 October 1966, available at: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/ICSID_English.pdf. For the status of ratification of the ICSID Convention, see the ICSID website, available at: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/ICSID%208-Contractine%20States%20and%20Measures%20Taken%20by%20Them%20for%20the%20Purpose%20of%20the%20Convention.pdf>.

⁶¹ The Kingdom of Saudi Arabia has ratified both conventions on 18 July 1994 and 7 June 1980, respectively.

ii. *Investor-State arbitration*

One of the primary factors behind the incremental growth in international arbitration is the increase in investor-State arbitrations over the last twenty five years.⁵² States from around the world who are connected to the global economy, including the Kingdom of Saudi Arabia, have entered into over 3,000 international or bilateral investment agreements/treaties ('IIA's or 'BIT's').⁵³ One of the main rationales behind the conclusion of these treaties is as follows: by promoting and protecting foreign investments under international law, States seek to secure the flow of foreign capital into their economies.⁵⁴ More fundamentally, this system sought to de-politicize investments disputes, end the era of 'Gunboat Diplomacy' and the need for foreign investors to seek diplomatic protection. IIAs set forth international law principles and standards on foreign investment promotion and protection such as fair and equitable treatment, non-discrimination, national treatment, most-favoured nation treatment, or full protection and security.⁵⁵ They also systematically refer disputes between investors from contracting home-States and contracting host-States to arbitration as a peaceful, non-politicized, means for dispute settlement.⁵⁶ In the wake of an ever-increasingly globalized economy, States appreciated the necessity to create such a dispute settlement mechanism as a tool to scrutinize

⁵² J. Levine, 'The Interaction of International Investment Arbitration and the Rights of Indigenous Peoples' in F. Baetens (ed.), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives* (2014), at 108.

⁵³ For a survey of IIAs and BITs, see the website of the United Nations Conference on Trade and Development, available at: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>. Examples of IIAs include the European Energy Charter Treaty, adopted 17 December 1994, entered into force 16 April 1998, 2080 UNTS 95; 34 ILM 360 (1995), available at: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf. Examples of BITs include the Agreement between Kingdom of Saudi Arabia and the Swiss Confederation on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, adopted 1 April 2006, entered into force 9 August 2008, available at: <https://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2008/3711.pdf>.

⁵⁴ The Honourable Charles Brower argues that 'the evidence is overwhelming, however, that the current system of international protection for foreign investment benefits developing states... There has long been consensus that foreign direct investment increases national income and employment and accelerates development and modernization, including by establishing valuable tangible assets within the host country, promoting the development of human capital, facilitating the acquisition of technical knowledge, and creating network effects that create opportunities for future market access abroad'. See C. Brower and S. Blanchard, 'What's in a Meme? The Truth about Investor-State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States', (2014) 52 Columbia Journal of Transnational Law 689, at 701-703. Even critics of the current investor-State arbitration regime state that 'there is no doubt' that foreign investments by multinationals benefit host-states. See M. Sornarajah, 'A Law for Need or a Law for Greed?: Restoring the Lost Law in the International Law of Foreign Investment', (2006) 06 International Environmental Agreements 329, at 331, 333.

⁵⁵ For an analysis of principles of international investment law, see C. Schreuer and R. Dolzer, *Principles of International Investment Law* (2012).

⁵⁶ The first award to be rendered in such disputes only dates back to 1990. See *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/87/3), *Final award of 27 June 1990*. See also J. Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International Law* (2014), at 183.

applicable law beyond international law to principles of equity, fairness and justice may have an impact on the outcome of the case. More fundamentally, it bears testament to the flexibility of arbitral processes and the principle of party autonomy – the bedrock of international arbitration.

In discussing land boundary disputes, one cannot omit the PCA's *Abyei Arbitration*. It is a prime example of the potential for arbitration to defuse armed conflicts in a flexible and efficient manner.⁴⁹ Its uniqueness lies in its mixed character, it was not an inter-State dispute; rather, it involved a State's central government and a liberation movement/army from that same State. The dispute concerned the delineation of the borders of the highly strategic Abyei region in Sudan. In that case, procedural choices were determined by the timing of the political process, as arbitration was only one part of a larger peace process and was a pre-requisite for the planned referendum on the independence of South Sudan, which was due to be held in 2011. As a result, the parties agreed to a very fast procedural calendar: 6 months for written and oral pleadings, with an award rendered just one year after the tribunal was constituted. Hearings and the rendering of the Final Award were open to the public and broadcast live on the internet. Also, the parties benefited from the PCA's Financial Assistance Fund, which was supported by a voluntary contribution from the Kingdom of Saudi Arabia, amongst other States.

Another important example is the *Indus Waters Kishenganga Arbitration* between Pakistan and India.⁵⁰ The dispute concerned the compliance of an Indian hydro-electric project located in India-administered Kashmir with the Indus Waters Treaty of 1960.⁵¹ Pakistan claimed that the project would significantly reduce, and provide India with control over, the water level in the Jhelum, a river flowing to Pakistan-administered Kashmir. At the request of the parties, and after the Parties agreed on an itinerary, the tribunal travelled to Kashmir on two occasions, to see the river during both the wet and the dry season. Such site visits bear testament to the inherent flexibility of arbitration.

⁴⁹ *Abyei Arbitration* (The Government of Sudan / The Sudan People's Liberation Movement/Army), Award of 22 July 2009, available at: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1306.

⁵⁰ *Indus Waters Kishenganga Arbitration* (Pakistan v. India), Final Award of 20 December 2013, available at: http://pca-cpa.org/shownews.asp?ac=view&pag_id=1261&nws_id=315.

⁵¹ Indus Waters Treaty 1960 of 19 September 1960 between India and Pakistan (United Nations, Treaty Series, vol. 419, p. 125), available at: <http://siteresources.worldbank.org/INTSOUTHASIA/Resources/223497-1105737253588/IndusWatersTreaty1960.pdf>.

its Deputy Foreign Minister raised questions about the role of party-appointed arbitrators, and thus began a broader, ongoing conversation within the international arbitration community.⁴⁰

The body of international law which has most benefited from inter-State arbitration is the law of the sea. Some of the earliest arbitrations administered by the PCA have continued to provide significant jurisprudence on aspects of the law of the sea, including: the flagging of vessels;⁴¹ maritime delimitation;⁴² fisheries;⁴³ port State obligations;⁴⁴ and vessel seizure.⁴⁵ As mentioned previously, UNCLOS establishes arbitration as the default means of binding dispute settlement regarding the interpretation or application of the Convention.⁴⁶ Since it came into force in 1994, 11 cases submitted to arbitration under the Convention have been administered by the PCA.⁴⁷ It is worthy to note here that there are only 12 known arbitrations under UNCLOS, which undoubtedly makes the PCA the leading institution in the administration of such arbitrations.

Four of these cases remain ongoing, along with the land and sea boundary arbitration between Croatia and Slovenia, both of whom are parties to the Convention. In this case, the parties agreed that the tribunal will apply principles of ‘international law, equity and the principle of good neighbourly relations in order to achieve a fair and just result by taking into account all relevant circumstances’.⁴⁸ It is readily apparent that this choice to extend the

⁴⁰ The arbitration collapsed over this issue. See further J.G. Wetter, *The International Arbitral Process* (1979), at 369-370.

⁴¹ *Muscat Dhows (France/Great Britain)*, 1905.

⁴² *The Grisbådarna Case (Norway/Sweden)*, 1909.

⁴³ *North Atlantic Coast Fisheries (United States/Great Britain)*, 1910.

⁴⁴ *The Orinoco Steamship Company (Venezuela/United States)*, 1910.

⁴⁵ *The “Carthage” and French Postal Vessel “Manouba” (France/Italy)*, 1913.

⁴⁶ See article 287, UNCLOS, *supra* note 12.

⁴⁷ *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*; *Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*; *Guyana v. Suriname*; *Barbados v. Trinidad and Tobago*; *The ARA Libertad Arbitration (Argentina v. Ghana)*; *The Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India)*; *The Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*; *The Republic of the Philippines v. The People’s Republic of China*; *The Atlanto-Scandian Herring Arbitration (Denmark in respect of the Faroe Islands v. European Union)*; *The Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russian Federation)*; *The Duzgit Integrity Arbitration (Malta v. São Tomé and Príncipe)*.

⁴⁸ Article 4 of the Arbitration Agreement provides that ‘The Arbitral Tribunal shall apply ... (b) international law, equity and the principle of good neighbourly relations in order to achieve a fair and just result by taking into account all relevant circumstances for the determinations referred to in Article 3 (1) (b) [on Slovenia’s junction to the High Sea] and (c) [on the regime for the use of the relevant maritime areas]’. See Article 4(b), Arbitration Agreement between the Government of the Republic of Slovenia and the Government of the Republic of Croatia, 4 November 2009, available at: http://www.pca-cpa.org/shownews.asp?ac=print&pag_id=1261&nws_id=515.

B. Contemporary International Arbitration

International arbitration has witnessed substantial growth recently. Two factors bear emphasis here – (i) the international community’s growing commitment to the peaceful settlement of disputes through inter-State arbitration; and (ii) the phenomenon of investor-State arbitration.

i. Inter-State arbitration

The practice of inter-State arbitration entered international affairs in the late 18th century, as a means for Great Britain and the newly independent United States to efficiently resolve outstanding claims. These two nations returned to arbitration in the mid-19th century regarding the *Alabama Claims*, a case arising from the British sale of gunboats to the American Confederacy during its secessionist war with the United States.³⁷ These proceedings ushered in the late 19th century a ‘golden age’ of inter-State arbitration based on international law, culminating in the establishment of the PCA. In the intervening period of 116 years, the organization has continued to provide essential services in the peaceful settlement of disputes between States, as will be further emphasized below.

During the earlier part of this period, Saudi Arabia has twice utilized inter-State arbitration. In the 1931 *Aaroo Mountain* dispute with Yemen, the parties had agreed to arbitration but had established no applicable law and no mechanism for the appointment of an arbitrator.³⁸ Yemen ultimately proposed that King Abdul-Aziz decide the case based on his own ‘good sight’, despite his own nation being a party to the dispute. King Abdul-Aziz accepted the appointment and conceded the disputed territory to Yemen ‘because of love for peace among the Moslems in general and between the two Kingdoms in particular’. The Kingdom’s 1955 *Buraimi Oasis* dispute with the United Kingdom (in respect of present-day Abu Dhabi as well as Oman) is also notable.³⁹ The Kingdom’s appointment to the tribunal of

³⁷ *Alabama claims of the United States of America against Great Britain*, Award rendered on 14 September 1872, available at: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf.

³⁸ *The Arbitration of the Aaroo Mountain between Saudi Arabia and Yemen*, Decision of 3 December 1931, available at: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVIII/397-400.pdf.

³⁹ *Buraimi Oasis Arbitration* (1955). For further commentary, see H. Fox, ‘Buraimi Oasis Dispute’, Max Planck Encyclopedia of International Law (2006).

instruments'.³² Lord Asquith chose instead to apply English law on the basis of the 'good sense and common practice of civilized nations'.³³

Statements such as Lord Asquith's are now simply untenable. States and lawyers from the Arab world actively engage in international arbitrations and are, therefore, able to shed light on the interactions between Islamic law and other bodies of law, including international law. This is reflected in a major arbitration held under the auspices of the PCA – the *Eritrea v. Yemen* arbitration.³⁴ In stark contrast to Lord Asquith's decision, the tribunal in this case found that the *Qur'an* and the *sunna* embody 'fundamental moralistic general principles' and that Islam is 'not merely a religion but also a political community (*Umma*) endowed with a system of law'.³⁵ This arbitration was in fact instrumental in the development of customary international law on the relevance of islands, petroleum agreements and fisheries practices to maritime delimitations.

States from the Arab world have undoubtedly developed modern legal systems, including modern arbitration legislation as is evidenced by the recently-enacted Saudi arbitration law.³⁶ Several cities in this region have established themselves as global business and investment hubs that are fully integrated into the world economy. Moreover, *Shari'a* is a cornerstone to an incrementally growing banking and financial system, i.e. Islamic finance. This all makes the Middle East, including the Kingdom of Saudi Arabia, an important actor in contemporary international arbitration.

³² *Ibid.*, at 250–251.

³³ For further commentary, see also E. Cosford, 'The Continental Shelf and the Abu Dhabi Award', (1953) 1 McGill Law Journal 109, at 115; C. Foty, 'The Evolution of Arbitration in the Arab World', 1 July 2015, Kluwer Arbitration Blog, available at: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/07/01/the-evolution-of-arbitration-in-the-arab-world/>.

³⁴ *Eritrea/Yemen*, PCA, *Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute dated 9 October 1998*, para 95. See also H. Fox, 'Time, History, and Sources of Law Peremptory Norms' in M. Craven et al. (eds.), *Time, History and International Law* (2007), at 127.

³⁵ The tribunal was composed of: Professor Sir Robert Y. Jennings (President), Judge Stephen M. Schwebel, Dr. Ahmed Sadek El-Kosheri, Mr. Keith Highet, and Judge Rosalyn Higgins.

³⁶ Royal Decree No. M/34 dated 24/5/1433H corresponding to 16/4/2012 AD concerning the approval of the Law of Arbitration, available at: <https://mci.gov.sa/en/LawsRegulations/SystemsAndRegulations/Documents/a9.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1>.

in the Rome Statute emphasizes the primary obligation of States to prevent and prosecute the covered crimes.²⁵

III. International Arbitration

A. Perspectives from the Arab World

Arbitration is familiar to virtually all classical civilizations, including the Islamic/Arabian one where it is known as *tahkim*.²⁶ In pre-Islamic Arabia, and prior to the development of court systems under the *Umayyad* caliphate (661–750 AD),²⁷ *tahkim* was ‘the only means of dispute resolution short of war if direct negotiation and mediation failed to achieve a settlement’.²⁸ Also in the Arabian tradition, arbitration was a ‘voluntary procedure that could be triggered only by the mutual consent of the parties to the dispute and by their agreement on a specific individual to act as *hakam*’ (arbitrator).²⁹

The Arab world first started to become familiar with contemporary international arbitration following the advent of petroleum exploitation.³⁰ Some of the first major arbitrations in this region involved disputes over petroleum concessions. One cannot but mention the decision by Lord Asquith in *Petroleum Development Ltd. v. The Ruler of Abu Dhabi* (1952).³¹ In this case, while deciding on the applicable law, Lord Asquith found that Abu Dhabi law was ‘primitive’ and that it would be ‘fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicable to the construction of modern commercial

²⁵ For an overview, see J. Holmes, ‘The Principle of Complementarity’ in R. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute* (1999), at 41–78.

²⁶ See for instance, N. G. L. Hammond, ‘Arbitration in Ancient Greece’, (1985) 1:2 *Arbitration International* 188; G. Sayen, ‘Arbitration, Conciliation, and the Islamic Legal Tradition in Saudi Arabia’, (2003) 24:4 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 905. See also, H. S. Fraser, ‘Sketch of the History of International Arbitration’, (1926) 11:2 *Cornell Law Review* 179.

²⁷ The *Umayyad* Caliphate is the second Caliphate to be established following Prophet Muhammad’s death in 632 AD. Its founder was Muawiyah ibn Abi Sufyan. Its capital was Damascus, present-day Syria. See Oxford Islamic Studies Online, ‘Umayyad Caliphate’, available at: <http://www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e2421>.

²⁸ G. Sayen, *supra* note 26, at 923, 927.

²⁹ *Ibid.*, at 925.

³⁰ *Ibid.*, at 909.

³¹ *In the matter of an arbitration between Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. The Ruler of Abu Dhabi*, ICLQ, Vol. 1 (1952) 247–261.

of individuals, often State or former State officials, who are charged with committing crimes against humanity, war crimes or the crime of genocide.

In the 1990s, two important *ad hoc* tribunals were created by the UN Security Council: the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia ('ICTY')¹⁹ and the International Criminal Tribunal for Rwanda ('ICTR').²⁰ Both tribunals were not intended to be permanent courts and can only trial individuals accused of, *inter alia*, the crimes of genocide or crimes against humanity arising from the deadly conflicts in the former Yugoslavia and Rwanda.²¹

The most important institution in the sphere of international criminal justice is the International Criminal Court ('ICC') established by the Rome Statute.²² State-parties to the Rome Statute expressed their determination 'for the sake of present and future generations, to establish an independent permanent International Criminal Court in relationship with the United Nations system, with jurisdiction over the most serious crimes of concern to the international community as a whole'.²³ The ICC is seated in The Hague. Its work is primarily based on the principle of complementarity, which means that the Court can only exercise its jurisdiction when national courts are unwilling or unable to prosecute war criminals, or when the UN Security Council or individual States refer investigations to the Court.²⁴ This approach

¹⁹ The ICTY was established by the UN Security Council in 1993. It has its seat in The Hague, the Netherlands. There are 16 judges who are elected by the UN General Assembly for a four-year term. In addition, there is an Office of the Prosecutor, which is responsible for conducting investigations, preparing of indictments and presenting prosecutions. See UN Security Council Resolution 827 (1993), 25 May 1993, UN doc. S/RES/827, available at: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/28/IMG/N9330628.pdf?OpenElement>.

²⁰ The ICTR was established in 1994 by the UN Security Council in 1994. It has its seat in Arusha, Tanzania. There are various chambers at the Court consisting of a total of 16 permanent judges and 9 *ad litem* judges, all chosen by the UN General Assembly. As at the ICTY, there is also an Office of the Prosecutor. See UN Security Council Resolution 955 (1994), 8 November 1994, UN doc. S/RES/955, available at: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/955\(1994\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/955(1994)).

²¹ Other international criminal tribunals include the Special Court for Sierra Leone as well as the Special Tribunal for Lebanon, established in 2002 and 2009 respectively.

²² There are currently 123 State-parties to the Statute. It is important to emphasize that the ICC is a separate international organization and not a body of the UN, despite the fact that the negotiations of the Rome Statute were conducted within the framework of the UN. See Rome Statute of the International Criminal Court ('Rome Statute'), adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2001, UN Doc. A/CONF. 183/9; 37 ILM 1002 (1998); 2187 UNTS 90, available at: http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aef17-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/rome_statute_english.pdf.

²³ The Court is composed of 18 judges, who are elected by the State-parties to the Rome Statute. There is also an Office of the Prosecutor. The ICC only has jurisdiction over crimes committed following the entry into force of the Rome Statute. See article 11 – 'Jurisdiction *ratione temporis*', *ibid*.

²⁴ See article 17 – 'Issues of admissibility', *ibid*.

There are currently 167 State parties to UNCLOS, the latest to accede being the State of Palestine.¹³ The Kingdom of Saudi Arabia did not make any declarations under article 287 of the Convention¹⁴ upon ratification on 24 April 1996 (nor subsequently).¹⁵ This means that the Kingdom is ‘deemed to have accepted arbitration in accordance with Annex VII’.¹⁶ Annex VII arbitration will be further discussed below.

The creation of ITLOS raised concerns vis-à-vis the proliferation of international tribunals and the fragmentation of international law, particularly given that the ICJ had already established itself in resolving law of the sea disputes.¹⁷ A counter-argument is that ITLOS complements the ICJ given its narrower specialization, relative openness to hear disputes involving non-state parties, and diverse group of judges.¹⁸

C. International Criminal Law Tribunals

The phenomenon of proliferation of international tribunals is particularly evident in the area of international criminal law. Unlike the ICJ or ITLOS, international criminal courts and tribunals do not deal with inter-State disputes *per se*. Instead, their goal is to conduct the trial

¹³ The State of Palestine acceded to the Convention on 2 January 2015.

¹⁴ Article 287(1) provides that ‘When signing, ratifying or acceding to this Convention or at any time thereafter, a State shall be free to choose, by means of a written declaration, one or more of the following means for the settlement of disputes concerning the interpretation or application of this Convention: (a) the International Tribunal for the Law of the Sea established in accordance with Annex VI; (b) the International Court of Justice; (c) an arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VII; (d) a special arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VIII for one or more of the categories of disputes specified therein’. See article 287, UNCLOS, *supra* note 12.

¹⁵ See Treaty Section of the Office of Legal Affairs of the United Nations website, available at: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&lang=en#EndDec.

¹⁶ Pursuant to article 287(3), ‘A State Party, which is a party to a dispute not covered by a declaration in force, shall be deemed to have accepted arbitration in accordance with Annex VII’. See UNCLOS, *supra* note 12.

¹⁷ See for example S. Oda, ‘Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea’, (1995) 44 *International & Comparative Law Quarterly* 863; A.E. Boyle, ‘Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction’, (1997) 46 *International & Comparative Law Quarterly* 37.

¹⁸ In certain instances, both ‘a State Party or an entity other than a State Party’ may avail itself of the right of intervention. See Article 32, Annex VI, UNCLOS; and Article 100, Rules of Tribunal (ITLOS/8), as amended on 17 March 2009, available at: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/Itlos_8_E_17_03_09.pdf. See also J. Resnik and D. Curtis, *Representing Justice: Invention, Controversy and Rights in City-States and Democratic Courtrooms* (2011), at 268-269; F. O. Vicuña, ‘Individuals and Non-State Entities before International Courts and Tribunals’, (2001) 5 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 53, at 58.

Advisory proceedings arise when the UN General Assembly or the Security Council request the opinion of the Court on ‘any legal question’.⁹ Requests by other UN bodies are restricted to legal questions arising within the scope of these bodies’ activities.

All UN members are *ipso facto* parties to the Statute of the ICJ.¹⁰ The Kingdom of Saudi Arabia is one of the 51 founding members of the UN and is thus party to the Statute. However, the Kingdom refrained from making a declaration recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory pursuant to article 36(2) of the ICJ Statute.¹¹

B. ITLOS

The United Nations Convention on the Law of the Sea (‘UNCLOS’) came into force on 16 November 1994. The Convention established the International Tribunal for the Law of the Sea (‘ITLOS’) as one of the four means for the settlement of disputes concerning the interpretation and application of the Convention.¹² The seat of the Tribunal is Hamburg, Germany. The Tribunal is composed of 21 judges, each elected for a renewable nine-year term.

Law of the sea disputes concern a wide variety of issues, which include maritime boundary delimitation, fisheries and other oceans resources, navigation, the marine environment, zones of coastal state jurisdiction and control, mining of the continental shelf and the deep sea bed. In order to deal with such a variety of issues, the Tribunal has formed the following chambers: the Chamber of Summary Procedure, the Chamber for Fisheries Disputes, the Chamber for Marine Environment Disputes and the Chamber for Maritime Delimitation Disputes.

⁹ Article 96, UN Charter, *infra* note 73.

¹⁰ Article 93(1), *ibid*.

¹¹ Article 36(2) of the ICJ Statute provides that ‘the states parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory *ipso facto* and without special agreement, in relation to any other state accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning: a. the interpretation of a treaty; b. any question of international law; c. the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation; d. the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation’. See ICJ Statute, *supra* note 5.

¹² Article 287, United Nations Convention on the Law of the Sea (‘UNCLOS’), adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994, 1833 U.N.T.S. 397, available at: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/closindx.htm; Article 21, Annex VI – Statute for the International Tribunal for the Law of the Sea, UNCLOS.

Moreover, they shed light on a number of important questions over the future ahead for international dispute settlement (**Part V**).

II. International Courts

A. The ICJ

The International Court of Justice ('ICJ') is the principal judicial organ of the United Nations.⁵ The ICJ was established in 1945 by the Charter of the United Nations. It replaced the Permanent Court of International Justice ('PCIJ'), which was created in 1922. The seat of the ICJ is the Peace Palace – the same building that houses the Permanent Court of Arbitration ('PCA'). The ICJ is composed of fifteen judges who are elected for a term of nine years by the UN General Assembly and the Security Council.

The main role of the Court is to settle inter-State disputes and provide advisory opinions on legal questions upon request by UN organs and specialized agencies. The Court 'plays the leading role in legitimating the [international legal] system by resolving its disputes in a principled manner'.⁶ In contentious proceedings, the ICJ produces final and binding rulings. In case of non-compliance, the issue may be brought to the UN Security Council.⁷ Yet, there are obvious difficulties with such an enforcement mechanism, since permanent Security Council members may veto compliance resolutions, as reflected by the *Nicaragua v. United States* case.⁸

⁵ Article 92, Charter of the United Nations ('UN Charter'), *infra* note 73; Article 1, United Nations, Statute of the International Court of Justice ('ICJ Statute'), 18 April 1946, available at: <http://www.refworld.org/docid/3deb4b9c0.html>.

⁶ T. Franck, *Fairness in International Law and Institutions* (1995), at 346.

⁷ Article 94 of the UN Charter provides that '1. Each Member of the United Nations undertakes to comply with the decision of the International Court of Justice in any case to which it is a party. 2. If any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a judgment rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council, which may, if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment'. See UN Charter, *infra* note 73.

⁸ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America); Merits*, ICJ, 27 June 1986, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>. See also Letter dated 17 October 1986 from Nicaragua to the President of the Security Council, UN doc. S/18428, 28 October 1986, available at: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/18428; United Nations Security Council, 'Provisional Verbatim Record of the Two Thousand Seven Hundred and Eighteen Meeting', UN doc. S/PV.2718, 28 October 1986, available at: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PV.2718. For an overview of the ICJ enforcement mechanism, see A. Llamzon, 'Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice', (2007) 18:5 *European Journal of International Law* 815.

I. Introductory Remarks

Interactions between adjudication by courts and alternative dispute settlement means such as arbitration, mediation, and conciliation, are pervasive and may be identified at all levels, be it the international law level or the municipal law one. In the Netherlands for instance, certain tax and family law disputes may be referred to mediation, which is in many respects more flexible and efficient than litigation before domestic courts.¹

Both international courts and arbitration are instrumentalities of international law, the primary purpose of which is to set forth principles of peaceful co-existence:²

*International law provides the definition of the political and territorial limits and the jurisdiction of States, and also their immunities from jurisdiction. International law also provides the basis of the civil responsibility of States for breaches of international law, together with the appropriate remedies. And lastly international law provides the principles and modalities governing the peaceful settlement of disputes between States.*³

Now the focus on States remains of uttermost relevance. Nevertheless, international law has fundamentally evolved since the end of World War II. Non-state actors, including individuals, foreign investors, and civil society, are increasingly perceived as ‘participants’ in the ‘process’ of international law, including in burgeoning branches such as international human rights law and international investment law.⁴ In their interactions, States, inter-State organizations, as well as other non-state actors such as foreign investors or individuals, very often have disagreements over points of fact or law, their interests conflict, and therefore disputes arise. With the proliferation of international courts, covering law of the sea disputes to the prosecution of war crimes (**Part II**), as well as the incremental development of international arbitration (**Part III**), overlap and complementarity appear as evident (**Part IV**).

¹ For more details, see M. Pel, ‘Promotion and legislation on mediation in The Netherlands’, Kluwer Mediation Blog, 7 March 2012, available at: <http://kluwermediationblog.com/2012/03/07/promotion-and-legislation-on-mediation-in-the-netherlands/>; A. Roo and R. Jagtenberg, ‘Mediation in the Netherlands: Past - Present – Future’, Electronic Journal of Comparative Law, December 2002, available at: <http://www.ejcl.org/64/art64-8.html>; R. Vos, ‘Mediating Tax Disputes in the Netherlands’, (2014) 18:3 Dutch-Flemish Magazine for Mediation and Conflict Management, available at: <http://www.hertoghsadvocaten.nl/upload/file/quick/Vos-Mediation-tax-dispute-VAT.pdf>.

² I. Brownlie, ‘The Peaceful Settlement of International Disputes’, (2009) 8:2 Chinese Journal of International Law 267, at 267.

³ *Ibid.*

⁴ On international law as a ‘process’ and the role of new ‘participants’, see R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (1995).

INTERNATIONAL COURTS AND ARBITRATION*

H.E. HUGO H. SIBLESZ**

Outline

I.	Introductory Remarks	2
II.	International Courts.....	3
A.	The ICJ	3
B.	ITLOS.....	4
C.	International Criminal Law Tribunals.....	5
III.	International Arbitration	7
A.	Perspectives from the Arab World	7
B.	Contemporary International Arbitration.....	9
C.	A Closer Look at the PCA.....	13
IV.	Overlap and Complementarity	16
V.	Conclusion: Reflections on the Future.....	18

* Paper to be presented at the ‘International Conference on the Judiciary and Arbitration: Reality and Prospects’ in Riyadh, Kingdom of Saudi Arabia, on 11-12 October 2015, organized under the auspices of the Saudi High Judiciary Institute, Imam Muhammad ibn Saud University, and the Saudi Arbitration Team.

** Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration, based at the Peace Palace in The Hague, the Netherlands. Former Ambassador for the Netherlands to France, Monaco and Andorra, as well as former Director-General for Political Affairs, Ministry of Foreign Affairs.

accept international arbitration, which in today's world is the normal way of resolving international commercial disputes, all of our contracts with foreigners will become more expensive and more risky. Each side will demand a higher price to compensate for that risk. That would make it more difficult to achieve mutually beneficial international exchanges.

Conclusion

The important ideas outlined in the first part of this paper, as well as the practical considerations described in the second part, show how necessary it is, when a national party and a foreign party have agreed to arbitration, to accept that the final decision is no longer in the hands of their home courts.

So here is the message: in order to benefit from beautiful awards, one must also learn to respect awards one finds unattractive. It is the price of achieving mutual confidence in international trade, which comes from the assurance that disputes will be resolved in a neutral fashion. Once a legal system has decided that it is in the long-term interests of its citizens to respect the international arbitral process, its judges must accept the consequences. On some occasions, their love will be severely tested. But as a child is strengthened by overcoming difficulties, so the mechanism of international arbitration is strengthened as national systems demonstrate their willingness to make it work even in difficult cases. Our courts must accept arbitration even when the result is against the interests of our own nationals. Otherwise it is likely that other countries would ultimately retaliate, and refuse to recognise the beauty of awards that *we* have won. And if we do not

courts in recent years have on a number of occasions ordered significant costs to be paid by parties who raised utterly meritless challenges. In England, there is an automatic corrective mechanism because in England costs are awarded to the winning party; this tends to discourage resistance to arbitration agreements and awards. In the US, the practice is that each party bears its own costs. The result of this rule has in the past been that unscrupulous wealthy parties have been tempted to engage in wars of attrition, keeping the matter in court and filing endless requests for rehearings and discovery in the hope of wearing down its adversary. In recent years, however, a counter-trend has emerged as US courts realise that they must create effective disincentives to such tactics.

arbitrators could not be entrusted with the mission of enforcing the public laws of the country of performance. The Supreme Court disagreed, and upheld the Japanese party's position, to the effect that the dispute should be decided in Japan in accordance with the contract, and that there was no reason to presume that the arbitrators there would not be willing and able to apply such American public laws as might be relevant.

Cost of Court Cases Related to Arbitration

This very important practical factor has both a positive and a negative side.

On the one hand, court costs must not be fixed in such a way as to make it impossible to enforce awards. If a party has won an arbitration award in the amount of \$1 million, but cannot get an enforcement order unless it pays a 10 per cent registration fee – without even knowing whether the defendant has sufficient assets in the jurisdiction to meet the award – the arbitration may be an empty victory. Under Article III of the New York Convention, courts are bound not to impose

substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of [foreign] arbitral awards than are imposed on... domestic arbitral awards.

On the other hand, it may be very important to impose costs on parties who resist compliance with arbitration in an abusive fashion. The French and Swiss

applied English law in a way which might be open to criticism.

The English court would grant enforcement subject only to verifying that the arbitration took place in accordance with the arbitration agreement, and that each party had been given an adequate opportunity to present its case.

The fact that the arbitration venue was outside England would not lead to a different result.

An excellent illustration of the acceptance of foreign arbitrators was the famous *Mitsubishi* case decided in 1985 by the US Supreme Court (473 US 614). The dispute concerned a distribution agreement between a Japanese party and an American party to be performed in the United States. The contract called for arbitration in Japan, with three Japanese arbitrators, and the law applicable to the contract was that of Switzerland. The US party sought to avoid the arbitration clause by raising claims under the US anti-trust law (the Sherman Act), alleging that the Japanese party had engaged in unlawful business practices. It argued that such allegations were not based on the contract and therefore could not be decided in the way defined in the arbitration clause. (It should be understood that the Sherman Act is a fundamental law, sometimes referred to as the "Magna Carta" of the US market system.) The US Government intervened in the case and argued in favour of the American party, maintaining that foreign private

arbitration in New York under the Rules of the American Arbitration Association. Alghanim hired a US law firm, went to New York, and in December 1993 started arbitration against Toys “R” Us. There was only one arbitrator. Less than six months later, he decided that Toys “R” Us’s termination had been wrongful, and that the American company should pay Alghanim \$46.5 million.

Toys “R” Us refused to pay this award and tried to get the US courts to declare that it was unenforceable. Toys “R” Us argued that the arbitrator had committed an unacceptable legal error by granting lost profits that were “speculative”, “irrational”, and in “manifest disregard” of the law. The US courts disagreed, concluding that a legal mistake by the arbitrator would not invalidate the award; this could only happen if the arbitrator had realised that the law required a particular result and nevertheless decided something else.

Acceptance of Foreign Arbitrators

It would be nonsense to claim that a legal system is favourable to international arbitration if it insists that only its own nationals may act as arbitrators. Modern legal systems, including those of the common law, have no difficulty in accepting awards rendered by foreign nationals. Accordingly, an award rendered in London against an English party could be enforced even if it had been rendered by three non-English arbitrators in favour of a non-English party, and even if they had

court was not convinced that the award was irremediably tainted the non-disclosure. It rejected the argument and enforced the award, noting that:

Enforcement of a foreign arbitral award may be denied on this basis only where enforcement would violate the forum State's most basic notions of morality and justice.

The final case I will mention is more recent. It is called *Alghanim v Toys "R" Us* (126 F. 3d 15, (2d Cir. 1997)). Alghanim is a private Kuwaiti business. Toys "R" Us is a well-known US corporation which licenses franchises for toy stores all over the world. The parties had an unsuccessful contractual relationship for 10 years. Alghanim had the right to open Toys "R" Us stores in Kuwait and 13 other countries in the region, but Alghanim had opened only four stores, all in Kuwait, and they had lost a total of nearly \$7 million. In 1993, Alghanim offered to give up its rights under the contract if Toys "R" Us would only pay Alghanim \$2 million on account of its losses. Toys "R" US refused; it insisted that it had the right to terminate the contract with no payment to Alghanim. And so it did, and then entered into a new contract with other Kuwaiti and Saudi partners, who paid \$22.5 million for the right to open Toys "R" Us stores. (The business context had of course brightened considerably after the end of The First Gulf War.)

The contract contained a clause referring to

policy defence narrowly. In particular, it was not permissible to consider that the "national policy" of the US government was the same thing as the "public policy" to be protected by the courts. Accordingly, the award was enforced against the American party.

Similarly, in the case of *Fertilizer Corporation of India v. IDI Management Inc.* (517 F. Supp 948 (1981), 530 F. Supp. 542 (1982) (USDC Ohio)), an Indian party had won an ICC award in the amount of about \$1.3 million against a US party. The case related to the construction of a fertilizer plant near Bombay. As it happened, the same parties had been involved in a second project which had also resulted in an ICC arbitration, in which the US party won about \$300,000. Both awards were rendered in India. The US party was not paid under the award it had won, as the Indian government did not authorize payment in dollars under foreign exchange regulations. When the US party subsequently did not pay *the award it had lost*, the Indian party brought an enforcement action in the US. The defendant raised a number of arguments, including the fact that the Indian arbitrator who had been named by the Indian party had acted as the lawyer of that party in at least two other cases. Since ICC arbitrators are held to the standard of impartiality, and since the fact just mentioned had not been disclosed to the US party at the outset of the arbitration, it was argued that enforcement of the award would be contrary to US public policy. The American

enforce the awards by alleging them to be contrary to foreign policy. The courts have consistently rejected such defences against a request for enforcement by the winning (foreign) party. A few examples will show this constant attachment to the spirit and objectives of the New York Convention.

In the case of *Parsons & Whittemore v. RAKTA* (508 F.2d 969 (2d Cir.1974)), an Egyptian government entity had won an ICC arbitration in Sweden against a US construction company because it failed to build a factory on time. The US company did not pay the award voluntarily, so the Egyptian party sought enforcement in New York. The US party complained that the arbitral proceedings had not been fair, because the tribunal had refused to postpone hearings to accommodate witnesses who had commitments to give university lectures. Moreover, it argued that the award was contrary to US public policy. The construction of the factory had been halted by the 1967 war. In the aftermath of that war, relations between the US and Egyptian governments were disturbed. In particular, US business in Egypt could no longer be financed or insured by the US government. Therefore, the US company argued, an award holding it liable for not having returned to Egypt to fulfil its contract immediately after the war was contrary to US public policy. The US courts did not accept this argument, saying that to respect the purposes of the New York Convention it was necessary to apply the public

individual judges, with their human impulses and weaknesses. It must suffice for present purposes to give some illustrations of the types of practical decisions that tend to demonstrate national legal systems' true progress in upholding the international arbitration mechanism.

Good-faith Application of the New York Convention

Under the New York Convention, courts are not entitled to refuse to enforce foreign awards because they do not approve of the result. On the other hand, they are not required to enforce such awards if they believe them to be contrary to public policy. As any lawyer will recognise, this public policy exception, if applied without restraint, could allow judges to find a pretext for consistently helping their own nationals to avoid compliance with foreign awards. If the judges of one country were to do so, they would set a poor example which might very well be followed, with the result that the whole system breaks down. For if judges in country A find a "public policy" pretext to disregard awards rendered in country B, judges in country B will ultimately lose their appetite for enforcing awards rendered in country A.

Courts in many countries have set an excellent example. Let me just take the United States as an example. In cases too numerous to mention, American parties having lost awards rendered in foreign countries have sought to convince their own national judges not to

signatory countries to order parties to take their disputes before the contractually defined foreign arbitral tribunal.

Article V requires the judges to enforce awards rendered by such tribunals without regard to the correctness of the arbitrators' decision. Countries that adhere to the New York Convention demonstrate that their national legal system has moved forward and undertaken to uphold the validity of foreign arbitrations. More than 150 States have signed this very important treaty – and as you know Saudi Arabia is one of them.

Of course, as a matter of practice it is not enough to have signed the New York Convention; judges must also apply the text in good faith and not twist the words to defeat its purpose.

II. Advances in Practice

In many countries, it is not so much the text that matters, but the context. History shows us that the constitutions even in countries whose governments do not respect the law may contain high-sounding declarations of respect for the rights of individuals. . Similarly, it is possible to enact pro-arbitration laws and to ratify the New York Convention – but in reality make it impossible for foreign parties to benefit from them. There is much to be said in favour and against the legal systems of all countries; and generalisations about the degree of respect for foreign parties' rights are dangerous. There is no country in which machines have taken the role of

that higher long-term interests require them to accept the decision flowing from the arbitral mechanism which the parties had agreed upon, even when they do not like the particular decision in a given case, the international arbitral system will break down. If a neutral jurisdiction is to have the authority to decide the substance of the dispute— whether a contract was breached, how much is due as damages – that decision must be respected, whether or not the national judge would have decided it the same way.

5. Upholding the Validity of Arbitrations Conducted Abroad

If the arbitral mechanism is to function on the international plane, national judges must resist the temptation to take jurisdiction over disputes under contracts containing arbitration clauses, even if the clause in question provides for arbitration to be held in a distant and little-known country. Likewise, when such an arbitration has resulted in an award rendered in conformity with the arbitration clause, the award must be enforced even if it strikes the national judge as wrongly decided, and of course even if it is strenuously objected to by a party of his own nationality. Such is the effect of the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

Article II of this Convention requires judges in

4. No Appeal against the Merits of the Arbitral Award

If the judge at the place of arbitration, or in the country of enforcement, were free to overrule the arbitral tribunal because he feels its decision was wrong, the whole purpose of agreeing to a neutral venue would be defeated. The international process can be effective only if national courts accept that arbitrators' findings of fact or conclusions of law are final and binding.

All major international arbitration rules provide for the exclusion of appeals. (To say that arbitrators' decisions on the substance of the dispute are not subject to review does not mean that judges cannot control awards which have serious *procedural* defects, for example if the arbitrator has refused to give an adequate opportunity to each party to present its case.)

The crucial question is whether national legal systems in fact respect such exclusions of the right to appeal. If they do not, the arbitration rules chosen by the parties simply cannot have their intended effect of giving the arbitrators the authority to reach a final decision.

It no doubt takes much wisdom and maturity on the part of a national judge to uphold an award rendered against one of his fellow citizens by foreign arbitrators in a manner which he believes to be entirely wrong, perhaps even in what seems to him to be a mistaken application of his own law. But unless judges realise

this is not to be in the forum which is expressly mentioned. The default position is that such claims would have to be brought in the jurisdiction where their opponents were incorporated, wherever and however unreliable that might be, while claims for breach of contract have to be brought in England. But why, is may be asked, would any sensible businessman have wished to agree to this? ... Why, having chosen their jurisdiction for one purpose, should they leave the question which court is to have jurisdiction for the other purpose unspoken, with all the risks that this may give rise to.”

He went on to refer to judgments of the Supreme Courts of Germany, the US, and Australia which presumes that parties do not intend to refer their disputes to a multiplicity of fora. (*The Quartzite Mining Case*, n. 23; *AT&T Technologies Inc. v. Communication Worker of America*, 475 US 643 650 (1986); and *Comandate Marine Corp. v. Pan Australia Shipping Pty Ltd* [2006] FCAFC 192, para. 195 (the latter referring to the particular importance of “the sensible commercial presumption” when parties are “operating in a truly international market”).)

specific to the arbitration agreement. Allegations that are parasitical to a challenge to the validity to the main agreement will not do. That being the situation in this case, the agreement to go to arbitration must be given effect.”

Before leaving *Fiona Trust*, it is important to stress the special importance of this analytical approach to the implications of consent in international transactions. Both of the quoted judges referred to the aspect of the case. Lord Hoffman:

“Particularly in the case of international contracts, [the parties] want a quick and efficient adjudication and do not want to take the risks of delay and, in too many cases, partiality, in proceedings before a national jurisdiction.”

As for the Lord Hope, he noted that the consequences of refusing separate treatment of the arbitration clause are:

“... not just that the parties would be deprived of the benefit of having all their disputes decided in one forum. The jurisdiction clause does not say where disputes about the validity of the contract are to be determined, if

invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement.”

Since, Lord Hoffman said, rational businessmen “are likely to have intended any dispute arising out of the relationship into which they have entered or purported to enter to be decided by the same tribunal”, and since anyone wishing to exclude disputes about the validity of a contract could easily do so, one should conclude that the arbitration clause “contains nothing to exclude disputes about the validity of the contract, whether on the grounds that it was procured by fraud, bribery, misrepresentation or anything else”. He noted Sovcomflot’s argument that but for the bribery they ‘would not have entered into any charter with the charterers and therefore would not have entered into an arbitration agreement. But this is in my opinion exactly the kind of argument which section 7 was intended to prevent’.

Concurring, Lord Hope concluded this:

“The doctrine of separability requires direct impeachment of the arbitration agreement before it can be set aside. This is an exacting test. The argument must be based on facts which are

He then articulated the following premise:

“If, as appears to be generally accepted, there is no rational basis upon which businessmen would be likely to wish to have questions of the validity or enforceability of the contract decided by one tribunal and questions about its performance decided by another, one would need to find very clear language before deciding that they must have had such an intention.”

He asked:

“... whether there is any conceptual reason why parties who have agreed to submit the question of the validity of the contract to arbitration should not be allowed to do so.”

The answer is given in section 7 of the Arbitration Act 1996:

“Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as

or validity of the arbitration agreement.
For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract.

It took some time for the English courts to adopt this concept of severability. But since 2007 we have its confirmation in the *Fiona Trust* case (*Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov* [2007] All ER 951; also reported sub nom. *Premium Nafta Products Ltd at e v. Fili Shipping Co. Ltd.*). That case involved shipping contracts. It was alleged that a senior Russian official had been bribed many millions of dollars to sign contracts for a very low price. When the shipping company (Sovcomflot) later refused to perform the contracts, the charterers insisted that the matter must be decided by arbitration as provided in the contracts, while Sovcomflot wanted the matter to be decided in court, arguing that the contracts were invalid because of the bribery and therefore the arbitration clause was also unenforceable.

The House of Lords (the supreme court of England) unanimously concluded that the arbitration clause was enforceable. Lord Hoffman explained that the case raised the question “whether it is possible for a party to be bound by submission to arbitration when he alleges that, but for the bribery, he would never have entered into the contract containing the arbitration clause”.

accepted it as a practical necessity, without which the arbitral process would lose much of its effectiveness.

In the United States, the severability doctrine was set down clearly by the Supreme Court in a famous case: *Prima Paint v. Flood & Conklin*, 388 U.S. 395 [1967], where the Supreme Court stated:

Except where the parties otherwise intend, arbitration clauses as a matter of federal law are "separable" from the contracts in which they are embedded, and where no claim is made that fraud was directed to the arbitration clause itself, a broad arbitration clause will be held to encompass arbitration of the claim that the contract itself was induced by fraud.

The US Supreme Court's conclusion has subsequently been followed in many other American decisions, which essentially conform to the evolution of French jurisprudence with regard to "*l'autonomie de la clause compromissoire*". The rule of severability is by now well-established in modern legal systems, are particularly in the UNCITRAL Model Law of 1985, which states simply in Article 16(1):

The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence

invalidity may often have the tempting idea that if the contract is invalid as a whole, the invalidity includes the arbitration clause; and if the arbitration clause is invalid, there can be no arbitration. Since such claims are generally raised by defendants, their position would thus in effect be tantamount to an insistence on being judged by their national courts.

It would be a disaster for arbitration (and in particular arbitration of an international nature) if defendants could make the arbitral tribunal powerless simply by declaring that in their opinion the contract under which the dispute arises is invalid or void.

We have already considered one answer to this dilemma, which is the principle that arbitrators may rule on issues of their own jurisdiction. The effect of this principle is that the arbitration may go forward even if the contract is claimed to be invalid. But *what if it is true* that the contract is wholly or partially invalid? Would the arbitral tribunal then be powerless to decide on the consequences of the invalidity (such as restitution of goods or payment)?

The authority of the arbitrator in this respect may be upheld if the arbitration clause is considered to be *separable* from the contract in which it is contained. If so, the invalidity of the contract as a general principle does not extend to invalidate the arbitration clause. Although this doctrine of severability may appear to be illogical, most developed national systems have firmly

case if they consider that they do have jurisdiction (subject to being overruled in due course by a competent national court). This fundamental feature of the arbitral process is today a part of all arbitration rules suitable generally for international contracts, has for many years been accepted as a matter of routine by the courts in major legal systems., as well as-albeit perhaps less frequently-English courts. (For an example, see the case of *Societe Generale de Surveillance v. Raytheon*, where a US federal Court of Appeal refused a jurisdictional challenge to a clause calling for ICC arbitration in Switzerland, stating that "the issue of the scope of an arbitration clause in a contract is an appropriate matter for arbitration", 643 F.2d. 863 (1st cir. 1981)). The rule has simply become a part of the landscape of international arbitration. Therefore, those national courts which disregard it –for example, by claiming the authority to order arbitral institutions or arbitrators in other countries to halt their work – are seen by the international business community as living in the past, and unwilling to respect the contractual rights of foreigners.

3. The Separability of Arbitration Clauses

It happens that parties to a contract claim that it is invalid. The defendant may argue that it was tricked into signing the contract. This is a perfectly ordinary subject for dispute. But parties who raise such claims of

has done may on occasion be necessary. But if arbitrations could be stopped at any moment, from the very beginning, before the arbitrator has done anything, only because a party asks a judge to rule that the arbitral tribunal does not have jurisdiction, the system would be destroyed by abuse. It would be too tempting for defendants to go to their own national courts, and thereby (i) paralyse the arbitral process and (ii) force the other party into the very national court which the arbitration clause was devised to avoid.

In other words, it is necessary that international arbitrators have the right in the first instance to rule on their own jurisdiction. This does not mean that awards cannot be controlled by judges, either at the stage of challenge to the award or attempted enforcement of the award. It simply means that parties cannot escape arbitration by rushing to their favourite court. All leading international arbitration systems respect this rule; it is, for example.

This is the reason why the UNCITRAL Model Law of 1985, in Article 16(3), provides that arbitrators shall have the authority to decide on issues relating to their own jurisdiction, and that a national court may be asked to control such matters only after the arbitrators have reached their decision in this respect.

The essential point is that *arbitrators* do not have to stop when they are faced with a jurisdictional challenge, but may decide that challenge and go on with the

authority in case of a dispute, the arbitral mechanism would not be very useful for international contracts. International contracts may be performed for many years before a dispute arises, and persons originally named may no longer be willing or able to serve. It is also preferable to name arbitrators in light of the nature of a given dispute, so as to choose persons with relevant training and experience. It is difficult, if not impossible, to know in advance what future disputes might be, and what expertise they may require. It also makes it impossible for arbitral institutions to fulfil their role in appointing arbitral tribunals. Laws that require arbitration clauses to contain the names of the arbitrators tend to make international arbitration agreements unworkable. It then results in the dispute being thrown into some national court, the neutrality of which will likely be doubted by one party.

2. Arbitrators' Right to Rule on Jurisdictional Challenges

Arbitrators cannot make the *final* decision as to the extent of their own authority. If an arbitrator has rendered an award despite the absence of a valid arbitration agreement, or beyond the scope of the agreement, there must be the possibility of correction by a controlling authority. This would usually be the court of the place where the award is rendered or where it is sought to be enforced. That kind of correction of what an arbitrator

leading legal systems. Countries which have not yet accepted these essential ideas must expect to be viewed with the suspicion that they simply are not willing to trust a neutral forum, and that whatever they may say in general terms about accepting international arbitration cannot be totally believed.

The Validity of Pre-Dispute Agreements to Arbitrate

If parties were allowed to agree to arbitration only *after* the dispute had arisen, international commercial arbitration would doubtless become a useless tool. For, once a dispute has arisen, the defendant typically has little reason to agree to a neutral forum; it would insist that any suit be brought before its own national courts. In other words, arbitration agreements can play a significant role only if they are concluded *before* any dispute arises, typically at the time of entering into, and as a term of, the original contract. Indeed, many investments are made in reliance upon the availability of a neutral dispute-resolution mechanism such as the one promised by an international arbitration clause. Countries whose laws disregard pre-dispute arbitration clauses in international contracts must be considered obviously hostile to international arbitration.

1. The Validity of Future Designations of Arbitrators

If arbitration agreements were considered valid only if they expressly name the arbitrators who would have

I. Six Essential Ideas

The reason to favour international arbitration is that it encourages international trade. If the courts of a country are hostile to international arbitration, and systematically favour their own citizens either by assuming the right to decide disputes in disregard of neutral arbitration clauses, or by refusing to enforce arbitral awards, parties from that country will be considered less reliable as trading partners. No amount of self-satisfaction about the quality of one's own courts will change this fact.

As the US Supreme Court put it in a landmark decision in 1974, the jurisdictional uncertainty of international business relations makes it necessary to respect contractual choices of a neutral forum in order to achieve the "orderliness and predictability essential to any international business transaction". This aim, as the Court said, would be frustrated by a "parochial refusal by the courts of one country to enforce an international arbitration agreement" (*Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, at p. 516).

Such is the general motivation for upholding the effects of international arbitration mechanisms. But to give effect to this general principle, there had to be progress with respect to a number of separate issues, as we shall now see. Six important ideas today appear very basic, but nonetheless represent major contributions of the

be put under pressure to follow the general trend only to be modern or fashionable. Rather, they should do so because it is in the interest of their countries. To be convinced of the need for reform, it is not enough to refer to the French or English or American examples. One must look at the precise ways in which these legal systems have favoured international arbitration, and then analyse in each instance why it was *in the national interest* to progress in that direction. Is it also so in our own countries?

judges of many countries were hostile to arbitration in general. Courts were suspicious of contractual arrangements for private justice. They were jealous of their authority. They also feared that persons other than professional judges were likely to misapply the law. Their hostility towards arbitration was even greater with respect to cases of an international nature, where foreigners sought to deprive locals of their "right" to be heard by their "natural" judges, their countrymen, or sought to impose the decisions of foreign arbitrators.

Following the commencement of worldwide reconstruction in 1945, and the expansion of international commerce, the major trading nations led a great movement in precisely the other direction. Arbitration has come to be favoured generally, and international arbitration most of all.

Moreover, the positive attitude towards international arbitration is not limited to the industrialised West. Developing countries (such as India and Tunisia) and Socialist countries (such as the Soviet Union) followed this increasingly universal trend. But a number of countries, particularly in Latin America and the Middle East, have lagged behind this worldwide movement. This raises an important problem if we are to be honest and realistic in thinking about the realities and prospects of international arbitration in commercial relations between Western and Arab countries. I do not suggest that the lawmakers and judges in Middle-Eastern countries should

This may be an ugly tribunal in the eyes of the Saudi judge: one which he may think should not be allowed to replace him. But it is only when you overcome your immediate dislike and follow a higher principle, a more long-term objective, that you can truly prove your acceptance of the process.

The national systems of the common law have learned to accept international arbitration, and they have proved it in the way they have dealt with what may have seemed to them to be unattractive awards and tribunals.

The fundamental problem that distinguishes international arbitration from national arbitration is the multiplicity of potentially competent jurisdictions. Since there is no *obligatory* "World Court of Commerce", parties must *voluntarily* accept a neutral forum created by a contractual stipulation. If such contractual stipulations are not respected from country to country, there would be chaos. Everyone would sue his adversaries in his own favourite court. There would be inconsistent judgments, and those judgments would be difficult to enforce anywhere but in the country where they were rendered. The system would degenerate. Settlement of disputes under international contracts would no longer be secure. International commerce would suffer because serious companies would consider international contracts to be a matter of high risk, to be avoided or to be priced at a premium to compensate for the risk.

In the days of our grandparents, the laws and the

way which the Saudi judge feels is not correct;

- two of the arbitrators were unknown foreigners with no qualifications in Saudi law;
- the third arbitrator *was* Saudi, but he disagreed with the award;
- and, finally, the Saudi party lost and now the foreign party asks the Saudi judge to order payment.

This may be an award which is not easy to love. But as you cannot say "I love my children only when they do things that I like", so you cannot say "I accept awards only when I agree with them".

Now to the second test. In fact, in a chronological sense the first test of love is not the case of the *ugly award*. It is that of the *ugly tribunal*, because this is the test that arises at an earlier stage in the dispute. For example, a Saudi party goes to court in Jeddah against a foreign party which the Saudi party says has received a large advance payment but then refused to perform the contract. The contract is governed by Saudi law. But there is an arbitration clause, and so the foreign party asks the Saudi judge to give up his jurisdiction in favour of an arbitral tribunal in a distant land. This tribunal will almost certainly have a majority of non-Saudi arbitrators who are not experts in Saudi law, and who may be entirely unknown in this country.

Commerce. I used a comparison. I made the observation that it is easy to love a beautiful child. It is easy to be proud of your daughter when her marks are the best at her school; and your son when everyone applauds his performance at a piano recital. But these are not tests of love. A test of love is when your child is unable to pass its examination, or when it becomes confused and makes mistakes in life – sometimes grave mistakes.

The same things can be said about international arbitration. Do you love arbitration? It is easy to love a beautiful award. It is easy for a national legal system to embrace a unanimous decision, persuasively reasoned by a distinguished tribunal, and when the winning party is from its own country. But this is not a test of love. If a national system wants the world to believe that it favours international arbitration, there are *two* such tests of love.

One of these two tests is whether you will accept an ugly award. Since we are in Riyadh, let me put it in this way: what will a Saudi judge say when he is asked to enforce an award which he might dislike in every way, because

- it was rendered in a foreign country; it was rendered in a language he does not understand;
- its reasoning seems to him to be poor;
- the arbitrators were supposed to apply Saudi law, and they tried to do so, but in a

The Wise and Selfish Reasons to Favour International Arbitration

By Jan Paulsson

**Professor of Law, University of Miami
Founding Partner, Three Crowns LLP, Washington
Member of the Board, Bahrain Centre for Dispute
Resolution**

Would a legal system which is entirely selfish support international arbitration? It sounds nice and polite to say that we are all in favour of international law and international methods for resolving disputes, but what are the costs and the benefits? It is very difficult to know whether words that sound noble are truthful and sincere. And so it is easier to trust someone to behave in a particular way if it is truly good for him, than to do so because we assume he wants to be nice.

Why am I beginning my presentation in this way? Doesn't everyone love international arbitration? The true answer is no. It can be difficult to love international arbitration, and it is important to understand why. Otherwise we will be talking about illusions, and we will in reality achieve nothing.

Almost 30 years ago, in October 1989, I was invited to address a distinguished audience of Arab judges, professors, and lawyers in an excellent conference in Amman, organised by the Euro-Arab Chamber of

litigation. For example, arbitration is a faster, indeed often much faster process than court litigation. It is a private process rather than a public, which might be particularly important in commerce, where arbitration is frequently used. Further, arbitration can be held in a third neutral country rather than in the country of one of the disputants. The parties can choose their arbitrators and appoint persons who have some knowledge or at least some familiarity on the subject matter of the dispute. A compelling or even a decisive reason is that an arbitral award can be enforced in more than 150 other countries, while a court judgement generally only can be enforced in the country where it is given.

It is expected that the increasingly favourable climate for arbitration will remain and lead to a continued increase of international arbitration both in number of cases and geographical spread. Contributing to this are both a more efficient arbitral process and a continuing expansion of international commerce and trade.

As indicated earlier in this paper the instances of court involvement mentioned above are exclusive under the Model Law and most laws based on the Model Law.

Conclusion

Arbitration has benefitted from the legislative and other measures taken over the past several decades in the field of arbitration. Many countries have either adopted the UNCITRAL Model Law or been inspired by its content when drafting or revising their own legislation on arbitration. Similarly, a number of arbitral institutions have adopted the UNCITRAL Arbitration Rules as their own rules or been inspired by them when drafting their rules.

Arbitration has benefitted from both the quality of the many new laws and rules, and from the harmonization that the legislative and other measures have resulted in. The Model Law has already led and will continue to lead to a harmonization of national arbitration laws to an even greater extent in the future.¹

Furthermore, a more efficient arbitration process means that parties have become more likely to opt for arbitration instead of court litigation. Even before the above mentioned reforms were adopted, arbitration could demonstrate significant advantages compared to

¹Böckstiegel, Past, Present, and Future Perspectives of Arbitration p 301, in *Arbitration International*, Volume 25 Number 3, 2009.

counsel, to set the dates for the preparatory hearing and parties' submissions.¹

Recognition and enforcements of awards

Similarly, when a party does not voluntarily comply with the award, courts will be empowered to exercise their *ius imperii* to coercively enforce the award against the party in default.²

The provisions on recognition and enforcements in the Model Law mirror those of the New York Convention. Different jurisdictions may have different approaches on the enforceability of awards, yet the New York Convention has permitted the harmonization of the legal standards applicable to enforcement proceedings.³

Enforcement proceedings will take place either where the respondent is a resident or has its principal place of business, or where it has money or other assets against which the award can be enforced.

1 The internal guidelines have been issued in Swedish. An unofficial translation into English is available at [<http://sccinstitute.se/media/56038/arbitration-cases-before-the-svea-court-of-appeal-version-1.pdf>].

2 Article 35 and 36 of the UNCITRAL Model Law.

3 UNCITRAL, together with Shearman & Sterling and Columbia Law School have materialized a very useful initiative, by making available online court decisions from a number of jurisdictions that apply the New York Convention (or the national laws that incorporate the Convention) in enforcement proceedings. The initiative is the "1958 New York Convention Guide," which gathers decisions from 42 different jurisdictions, including Argentina, Egypt, South Africa, Sweden, Russia, and the USA and even from states which are not signatories to the Convention. See more information at [http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmsspage&pageid=11&provision=142&sub_provision=1], See also Supra 14.

whole or in part. When an award is set aside, the award will usually be treated as invalid and accordingly unenforceable. Still, article 34 exhaustively spells out the grounds for challenge, which do not address the merits of the dispute, but instead the manner in which the proceedings were conducted.

When drafting the Model Law one of the most difficult questions was what grounds would justify the setting aside of an arbitral award. Eventually, after long discussions, the conclusion was reached to mirror the grounds of the New York Convention to deny enforcement,¹ with some minor modifications. A challenge or appeal will be made in the courts of the country of the place of arbitration.

Setting aside proceedings can take long time and be costly. Aware of this, the Svea Court of Appeal, the main court in Sweden for dealing with arbitration matters, has taken an interesting initiative by issuing in January 2014 internal guidelines for the management of setting aside proceedings. The guidelines aim at making the court's management of these type of proceedings more efficient and, thereby, less costly for the parties. Among the measures included in the guidelines is the making of a time plan by the judge in consultation with the parties'

¹ Article V, 1, New York Convention.

In *Euroflon v. Flexiboy*¹ the Supreme Court of Sweden dealt with the issue of court assistance in the taking of evidence, deciding that the court's review is limited only to the legality of the tribunal's order.² In that case, a party had requested court assistance in taking evidence from a third party in an on-going arbitration. The other party objected to the request, asserting that the requested material lacked evidentiary value and contained trade secrets that should only be disclosed in extraordinary circumstances. The Supreme Court of Sweden ruled that under Section 26 of the SAA the evidentiary value of the requested material is a question left exclusively for the tribunal that authorizes the request for assistance, which the court may not review. The court's review is limited to the legality of the disclosure order and whether an exception for the disclosure exists.

Setting aside of awards

The most dramatic court involvement may occur after the award has been made, if a party commences procedures for the setting aside of the award.

The setting aside procedure, which is laid down in article 34 of the Model Law, may result in that the court declares that the award is to be disregarded (set aside) in

1 Decision of the Supreme Court of Sweden, 10 May 2012, Case No. Ö 1590-11.

2 Christina Blomkvist, Production Of Documents - Swedish Supreme Court Confirms A Continuing Arbitration-Friendly Application In Swedish Courts, *The Columbia Journal of European Law Online*, Vol. 18, p. 29.

The amendments of the Model Law in 2006 introduced in a new Chapter IV A, a more comprehensive legal regime dealing with interim measures in support of arbitration. In Section 5, Court-ordered interim measures, Article 17 J provides that courts have the right to grant interim measures.

Taking of evidence

The consensual nature of arbitration and the resulting lack of the tribunal's coercive powers sometimes limit the tribunal's options in taking evidence. In general it cannot force witnesses to appear at a hearing or answer questions, or order third parties to produce documents. For those and comparable measures arbitration tribunals therefore have to rely on court support. In Sweden, for example, arbitrators are not allowed to require witnesses to take oath, neither to impose fines nor use any means to coerce a party to submit evidence. Because of this limited coercive power, Section 26 of the Swedish Arbitration Act (SAA) gives a party the right to go to a district court and request the court to hear a witness under oath or a party under affidavit, or request the court to order a party to produce evidence.

Intrusion into the arbitration is minimized by the fact that the request for the court's support in general must come from the tribunal itself or at least with its approval.¹

¹ Article 27 of the UNCITRAL Model Law.

gap, and allow for the so-called Emergency Arbitrator proceedings,¹ whereby a party may obtain interim relief before the constitution of the tribunal.

Another reason why the assistance of national courts in interim measures may become necessary is that the consensual nature of arbitration, permits tribunals to make orders solely affecting the parties to the arbitration. Unlike a court, a tribunal may be prevented from making an order addressed to a third party, such as a bank holding funds for a party.

Finally, in some cases, for example to preserve evidence or to secure assets, a party may need to require an interim measure *ex-parte*, that is, without the notice of the party against whom the measure is sought. The Model Law permits limited *ex-parte* requests to the tribunal², and most institutional rules do not permit tribunals to order interim measures *ex-parte*. National courts, on the other hand, may order interim measures *ex-parte*.³

Article 9 of the Model Law codifies the dual principles that, first, a party does not waive its right to go to arbitration by requesting (or obtaining) interim measures of protection from a national court, and, second, that the existence of an arbitration agreement does not prevent a national court from granting such measures.

1 See Patricia Shaughnessy, *Supra* 40, pp. 95 – 114.

2 Article 17 B (1) UNCITRAL Model Law.

3 See *Supra* 4, pp. 444-446.

for example, when the tribunal simply has no power to issue a specific type of measure. The most obvious are attachments, which can normally be granted effectively only by state courts.

Another situation is the coercive enforcement of an interim measure. Unlike court-ordered interim measures, interim measures ordered by tribunals are generally not enforceable, as they are by nature interim, or provisory measures that do not finally resolve the dispute.¹ Still, some arbitration rules allow for decisions on interim measures to be made in the form of an order or an award.² Yet, naming the decision as “order” or as “award” is not decisive. What is relevant for enforcement purposes is the finality of the decision and its binding nature,³ which will ultimately be assessed by the national court of enforcement.

Also, in many jurisdictions, interim measures may not be available prior to the constitution of the tribunal. In such case, recourse to national courts is the only alternative to obtain measures in urgent matters. However, in past years many institutional rules,⁴ such as the ICC Rules and the SCC Rules, have addressed this

1 However, in the United States tribunal-ordered interim measures may be enforced if the issue decided in the order is sufficiently final.

2 See, for example, Article 28 1) of the ICC Rules, and Article 32 (3) of the SCC Rules.

3 See Patricia Shaughnessy, Chapter 5 Interim Measures in *Supra* 40, p. 107.

4 Rules such as the ICC Rules, the LCIA Rules, and the SCC Rules provide for the issuance of interim measures prior to the constitution of the tribunal, by a so-called “emergency arbitrator.”

Today arbitration laws widely recognize the *Kompetenz-Kompetenz* principle, also those which are not based on the Model Law. For example, Section 2 of the Swedish Arbitration Act¹ gives parties the right to initiate parallel court proceedings to obtain a declarative judgment from the District Court to determine whether or not the tribunal has jurisdiction to decide the dispute. Such declarative decision can be requested prior or during the commencements of arbitral proceedings, and can be sought to obtain both, a positive or a negative decision on jurisdiction. Similarly, as in Article 16 (3) of the Model Law, Section 2 of the Swedish Arbitration Act provides that the arbitrators may continue the arbitration pending the determination of the court. There is a difference between Section 2 and Article 16, though. The declaratory judgment of the district court may be appealed to the Court of Appeal and then to the Supreme Court, if leave for appeal is granted.²

Interim measures

In many cases where interim measures are necessary the tribunal itself can order them. But there are a number of situations where the tribunal's powers may be insufficient and recourse to a national court is required,

1 Lag (SFS 1999:116) omskijeförfarande. A translation of the Swedish Arbitration Act is available on <http://swedisharbitration.se/wp-content/uploads/2011/09/The-Swedish-Arbitration-Act.pdf>.

2 Marie Öhrström, Chapter 4, Jurisdiction of the Arbitral Tribunal in Ulf Franke, Annette Magnusson, et al. (eds), *International Arbitration in Sweden: A Practitioner's Guide*, (Kluwer Law International 2013), p. 86.

against a court decision on challenge. Furthermore, it is provided, that while a challenge is pending, the tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitral proceedings and make an award.¹ A court may also remove an arbitrator who does not withdraw from his office although he becomes *de jure* or *de facto* unable to perform his function or for other reasons fails to act without undue delay.²

Jurisdiction

Article 16 of the Model Law articulates the well-known principle of *Kompetenz-Kompetenz*, i.e. that an arbitral tribunal has the power to rule on its own jurisdiction to decide a dispute. It should be noted, however, that the arbitral tribunal's power is neither exclusive nor final. Tribunals may rule on their jurisdiction either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, a court to decide the matter. Such decision, again to minimize the disruption, cannot be appealed, and while the court is deciding on the matter, arbitral proceedings may continue in parallel, and the tribunal may even make an award.³

1 Article 13 (3) UNCITRAL Model Law.

2 Article 14 UNCITRAL Model Law.

3 Article 16 (3) UNCITRAL Model Law.

Enforcing the arbitration agreement

At the beginning of an arbitration it may be necessary to ask a court to enforce the arbitration agreement. Article 8 of the Model Law requires courts to recognize and give effect to arbitration agreements. Article 8 of the Model Law mirrors the approach of Article II. 3 of the New York Convention, and directs courts to refer parties to arbitration, if the dispute is subject to an arbitration agreement and if a party so requests.

Appointment of arbitrators

Courts have an important role to play in the composition of the tribunal as a fall back appointing authority. This is the case if the parties cannot agree on the arbitrator or where the prescribed or agreed appointment mechanism does not work. The Model Law¹ and most national laws provide that in such a situation the arbitrators are to be appointed by the courts. In such situations court intervention is necessary to make the agreement to arbitrate workable.

Challenges to arbitrators

Courts also have an important role in deciding on challenges to arbitrators. Frequently a challenge will seriously disrupt arbitral proceedings. To minimize the disruption, the Model Law provides no right of appeal

¹ Article 11 (3) (4) UNCITRAL Model Law.

For many years the views on the role which national courts played or should play in arbitration differed widely. At one end there were the views considering that arbitration would run into great problems if courts could not constantly supervise and assist the tribunals.

At the other end, there were the views supporting the idea that the efficacy of the arbitral procedure would be reduced if the courts would retain the authority to scrutinize arbitrators on a wide variety of grounds, or, indeed, if they could decide questions of law.

Over the past several decades, things have changed. The prevailing trend today, supported by the Model Law and the many national arbitration laws based on the Model Law, gives priority to party autonomy and limited court intervention.¹ Article 5 of the Model Law expressly states that all the instances where a court may be involved shall be stated within that law. That is the advantage of this article, which fortunately was included by almost all States which enacted legislation based on the Model Law, and also followed in national arbitration laws not based on the Model Law.²

The instances where a court under the Model Law may be involved are the following:

¹ See Gerold Herrmann in *The Arbitrator's Responsibilities for the Proper Conduct of the Proceedings and the Role of the Courts in Providing Supervision in the International Council for Commercial Arbitration Congress series no. 10, International Arbitration Conference New Delhi 2000* (Kluwer Law International 2001), p. 76, and Mistelis in Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, et al., *Comparative international Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003, p 355.

² See, for example, England, Arbitration Act section 1 (c).

The twentieth century saw the emergence of a number of arbitral institutions, several of which are still active and among the leading international arbitration institutions, such as the LCIA (London Court of International Arbitration) established already in 1883, the SCC (the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) established in 1917, ICC International Court of Arbitration established in 1923, and the AAA (American Arbitration Association) established in 1926.

There are many more arbitral institutions. It is unclear, however, how many institutions exist today; yet there seems to be among practitioners the perception that about 50 per cent of the institutions have been established in the last twenty years.¹

The Role of National Courts in International Arbitration

The role of courts in arbitration has for many years been widely discussed, in academic work, conferences, reports, etc. The ICCA Congress held in New Delhi in 2000 was devoted in its entirety to address the role of courts. The theme of that conference alone reveals the importance and the complexity of the subject: “International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story.”

¹ See, for example, [<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/11/30/the-rise-and-rise-of-the-arbitration-institution/>]

consider them as guidance¹ and even courts take them into account when ruling on challenges.²

Arbitral institutions

Institutional rules are not generally characterized as soft law.³ However, a large number of international arbitrations are conducted pursuant to institutional rules, which, therefore, have a decisive influence on the arbitral process.

Party autonomy gives parties broad freedom to agree on the procedures governing an international arbitration. Parties frequently exercise this freedom by adopting or incorporating the procedural rules adopted by an arbitration institution into their arbitration agreement.⁴

Institutional rules thus have a great impact on the conduct of international arbitration. Among other things they assist arbitrations in many matters that would otherwise fall upon the courts. The most important of such matters is the appointment of arbitrators.

1 Felipe Mutis Tellez, Arbitrators' Independence and Impartiality: A Review of SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators (2010-2012), p. 4 available on [http://www.sccinstitute.se/media/30001/felipe-mutis-tellez_article-on-scc-challenges-on-arbitrators.pdf]

2 See, for example, judgment T 2484-11, of 10 April 2013, of the Supreme Court of Sweden.

3 See, however, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity in *Journal of International Dispute Settlement* (2010), p. 2

4 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials* (Second Edition), (Kluwer Law International 2001) p. 450.

comprehensively regulate the evidence taking in arbitration, providing, for example, mechanisms for the presentation of documents, witnesses of fact and expert witnesses, and the conduct of evidentiary hearings.¹ These Rules are not meant to be used as an independent body but in conjunction with institutional, *ad-hoc* or other rules or procedures governing international arbitrations.²

The IBA Guidelines on Conflicts of Interest

In October 2014 new Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (the “Guidelines”) were adopted by IBA, replacing an earlier version adopted a decade before that, in 2004.

The Guidelines are designed in response to the need for international standards applicable to arbitrator disclosure, where counsel and arbitrators may often be unsure whether or not certain relationships should be disclosed.³ The development of international business, with the involvement of increasingly larger corporate groups and international law firms, has led to numerous disclosures and to a large number of arbitrator challenges.

The Guidelines have become an international standard widely accepted for disclosure and challenges. Parties rely on them in their submissions, institutions

1 *Idem*.

2 *Idem*.

3 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Introduction, para. 1, p. 1.

fill in certain gaps in the practice of arbitration, as well as a compromise between practitioners and arbitrators from different legal backgrounds.¹

Although many protocols or guidelines, etc. may fall under this definition it suffices for the purpose of this paper to mention two instruments developed by the International Bar Association (IBA), which have been particularly important for the international arbitration process, i.e. the Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, and the Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, both adopted by IBA.²

The Rules on the Taking of Evidence

In May 2010 the IBA issued a revised version of the Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration,³ with the purpose to “provide an efficient, economical and fair process for the taking of evidence in international arbitration” to parties and arbitrators from various jurisdictions.⁴ The Rules

1 Richard H. Kreindler and Mariel Dimsey, Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, *The Applicable Law and Procedural Issues: Conceptions, Preconceptions and Misconceptions* in Gerold Zeiler, Irene Welser, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2015, p. 160.

2 There are several other soft law instruments, such as The ICC Commission Report on Controlling Time and Costs in Arbitration, to which arbitrators regularly refer when they seek to conduct the proceedings as efficient as possible; the IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, designed in response to the need to systematically regulate counsel conduct in international arbitration; and UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings.

3 The Rules replaced an earlier version of 1999.

4 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, Foreword, p. 2.

Commission. The purpose of the system is to promote international awareness of the legal texts formulated by the Commission, and to facilitate uniform interpretation and application of those texts. The material is available on the UNCITRAL website.¹

“Soft Law”

To the regulatory framework of arbitration, it could also be included so-called “soft law,” i.e. the growing body of provisions called “protocols,” “guidelines”, “checklists”, or the like, that has emerged in international arbitration in recent decades. There is no precise definition of this concept. Generally “soft law” norms are understood to be those that cannot be forced through public enforcement, and unlike national or international law, these provisions are not “mandatory” for arbitration participants.² These norms can emanate from state actors, be they legislators, governments or international organizations. They can also emanate from non-state actors, such as private institutions and professional or trade associations. They range from provisions that can be incorporated into the parties’ agreement to arbitrate, to recommendations, as to the best practices that arbitrators and other arbitration actors follow. Soft law in international arbitration has developed as a response to

1 See the UNCITRAL website <http://www.uncitral.org/clout/index.aspx?lf=898&lng=en>.

2 William W. Park, *The Procedural Soft Law of International Arbitration*, in *Pervasive Problems in International Arbitration* (Mistelis&Lew eds., 2006), p. 141.

amended version. The revised version of article 7 is intended to modernize the form requirement of an arbitration agreement to better conform to international contract practices. Chapter IV A establishes a more comprehensive legal regime dealing with interim measures in support of arbitration.

The Model Law reflects worldwide consensus on key aspects of international arbitration practice having been accepted by states of all regions and the different legal and economic systems of the world. Model Law-based legislations have been adopted in 69 states in a total of 99 jurisdictions.¹

By adopting the Model Law, many countries have modernized their arbitration laws over the past 30 years, providing for effective and stable support for the arbitral process; whereas for many other countries the Model Law has served as an inspiration when drafting or revising their legislation on arbitration.²

It should be added that the UNCITRAL Secretariat has established a system for collecting and disseminating information on court decisions and arbitral awards relating to the conventions and model laws (including the Model Law) that have emanated from the work of the

¹ See UNCITRAL website

[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html]

² Gary B. Born, Chapter 1: Introduction to International Arbitration in *International Arbitration: Cases and Materials*, 2nd edition (Kluwer Law International 2015), p. 46.

The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

Equally as important as the UNCITRAL Arbitration Rules, and for the purpose of this paper even more important, is the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006 (the “Model Law”).

The Model Law is designed to be implemented by states into their national legislation to reform and modernize their national laws on arbitral procedure, thereby harmonizing the treatment of international commercial arbitration in different jurisdictions around the world. In 36 articles the Model Law covers all stages of the arbitral process; from the arbitration agreement, the composition and jurisdiction of the arbitral tribunal and the extent of court intervention, to the recognition and enforcement of the arbitral award.

On 7 July 2006 UNCITRAL adopted amendments to the Model Law. These amendments concerned the following articles: Article 1 (2) (Scope of application), article 7 (Definition and form of the arbitration agreement), and article 35 (2) (Recognition and enforcement), a new chapter IV A (Interim Measures and preliminary orders) to replace article 17, and a new article 2 A (International origin and general principles). As of 2006, the standard version of the Model Law is the

disputes. The Rules cover all aspects of the arbitral process, providing a model arbitration clause, regulating the appointment of arbitrators, the conduct of arbitral proceedings, and establishing rules in relation to the form, effect and interpretation of the award.

The Rules, as revised, have been effective since 15 August 2010. They include provisions dealing with, amongst others, multiple parties, joinder, liability, and a procedure to object to experts appointed by the arbitral tribunal. A number of innovative features contained in the Rules aim at enhancing procedural efficiency. For example, the Rules include revised procedures for the replacement of an arbitrator, the requirement for reasonableness of costs to be apportioned between the parties, and a review mechanism regarding the costs of arbitration. They also include more detailed provisions on interim measures.

It is expected that the Rules will continue to contribute to the development of harmonious international economic relations. For this purpose, in 2012 UNCITRAL designed Recommendations to assist arbitral institutions and other interested bodies with regard to arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010).¹

¹ The complete text of the Recommendations is available on the UNCITRAL website [<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-recommendation-2012/13-80327-Recommendations-Arbitral-Institutions-e.pdf>].

Commercial Arbitration has reported on more than 1 500 court decisions dealing with the 1958 New York Convention.¹

The Convention focuses on the recognition and enforcement of arbitration agreements and arbitral awards, yet it does not specifically regulate the conduct of the arbitral proceedings or other aspects of the arbitral process. For these matters, UNCITRAL has developed other instruments, such as the UNCITRAL Arbitration Rules and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

The UNCITRAL Arbitration Rules

The UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010) (the “Rules”) are UNCITRAL’s first major achievement in the field of arbitration. The Rules provide a comprehensive set of procedural rules upon which parties may agree for the conduct of arbitral proceedings arising out of their commercial relationship. The original UNCITRAL Arbitration Rules were adopted in 1976 and have ever since been used for the settlement of a broad range of disputes, including *ad-hoc* arbitrations, as well as in arbitrations administered by institutions.² They are used also in investor-state disputes, and in state-to-state

1 For more information on the ICCA Yearbook Commercial Arbitration and reported court decisions, see the ICCA website, www.arbitration-icca.org/publications.

2 Some arbitral institutions have adopted the UNCITRAL Arbitration Rules as their own arbitration rules, among them The Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration.

domestic awards. An ancillary aim of the Convention is to require courts of signatory states to give full effect to arbitration agreements, by providing that courts shall refer the parties to arbitration, that is, shall refrain from dealing with a dispute, when the parties have entered into a valid and operative arbitration agreement.¹ To date 156 states are signatories to the Convention.²

Although the New York Convention was adopted prior to the establishment of UNCITRAL, it is today an integral part of its work programme. For example, UNCITRAL has prepared the Recommendation regarding the interpretation of article II, paragraph 2, and article VII, paragraph 1 of the Convention, which was adopted in 2006. The Recommendation was drafted in recognition of the widening use of electronic commerce and enactments of domestic legislation as well as case law, which are more favourable than the New York Convention in respect of the form requirement governing arbitration agreements, arbitration proceedings, and the enforcement of arbitral awards.

Although the New York Convention was adopted over half a century ago it continues to be considered as the most important international instrument in international arbitration. Since 1976, the ICCA Yearbook

1 Article II, 3 New York Convention.

2 See the UNCITRAL

website, [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html]

of the regulatory framework that shapes the arbitral process.

Of foremost importance for the furtherance of international arbitration has been the work of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), whose achievements in the arbitration field have had a great impact on international arbitration of today.¹

The New York Convention 1958

An international instrument adopted already before the establishment of UNCITRAL in 1966 should, however, first be emphasized, namely, the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 (the “New York Convention” or the “Convention”).

This Convention is considered as the most successful multilateral instrument in the field of international trade law, and a centrepiece in the mosaic of treaties and arbitration laws that ensures the recognition of arbitral awards and arbitration agreements.² The Convention's principal aim is that foreign arbitral awards are recognized and generally capable of enforcement in states that are signatories to the Convention, in the same way as

1 Information on the works of UNCITRAL can be found on its website www.uncitral.org.

2 See Sanders in the Foreword to the International Council for Commercial Arbitration (ICCA) Guide to the interpretation of the 1958 New York Convention.

dispute put before them. It is the courts' supervisory and assisting role in the arbitral process this paper is concerned with.

This paper is divided in two parts. The first part provides an overview of, in this context, the relevant parts of the regulatory framework on arbitration. The second part deals with the role of courts at the different stages of the arbitral process.

The Regulatory Framework

Introduction

An important reason for the success of international arbitration has been the emergence of an “arbitration-friendly” regulatory framework. This framework has, in its current form, evolved over the past 30-40 years, and controls, *inter alia*, the courts' supervisory and assisting role in arbitral proceedings.

Arbitration, as we know it today, has mainly been developed over the past century.¹ In the course of these past 100 years, a number of international instruments were adopted aiming at facilitating international arbitration. During the same period of time, many countries promulgated arbitration laws, and many arbitral institutions were established, whose rules also form part

1 M. Sornarajah, *The Climate of International Arbitration*, *Journal of International Arbitration*, (Kluwer Law International 1991, Volume 8 Issue 2) p. 50.

Although they are two alternative processes, arbitration is dependent on the underlying support from the state, in particular from courts to exist as an efficient means for dispute resolution.¹ When a dispute is arbitrable,² parties are free to choose to settle that dispute either publicly, by litigation or privately, by arbitration. Yet, whether or not a dispute is arbitrable depends on the national laws of each jurisdiction.³ Also, unlike arbitral tribunals, courts are vested with coercive powers by the state,⁴ which means that courts can coercively impose certain actions on parties, such as require the attendance of witnesses under penalty of fine or imprisonment, or to enforce awards by sequestration of assets.⁵ Coercive powers are prerogative powers of a state, which are not delegated to private arbitral tribunals. Instead, arbitral tribunals can rely on local courts to take coercive action that will permit the tribunal to effectively deal with the

1 Alan Redfern, J. Martin Hunter, et al., *The Role of National Courts During the Proceedings in Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th edition (Oxford University Press 2009), para. 7.01, p. 439.

2 There is no unique and harmonized international definition of arbitrability. The UNCITRAL Model Law does not deal with the concept. What types of disputes are arbitrable may, therefore, differ from country to country. Arbitration has benefitted from the legislative and other measures taken over the past several decades in the arbitration field. Article II (1) of the 1958 New York Convention, which provides that each contracting state shall recognize an arbitration agreement “concerning a subject matter capable of settlement by arbitration,” and Article V (2) (a), which provides that an arbitral award may be refused recognition and enforcement if the “subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country.”

3 Alan Redfern, J. Martin Hunter, et al., *An Overview of International Arbitration in Supra 4*, para. 1.64, p. 23.

4 Joachim Knoll, Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 182 [Procedure: principle] in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (Kluwer Law International 2013), para. 24, p. 106.

5 Alan Redfern, J. Martin Hunter, et al., *An Overview of International Arbitration in Supra 4*, para. 1.104, p. 36.

Introduction

There has been a rapid growth in international arbitration over the past decades.¹ This growth is reflected in both an increasing number of cases resolved by arbitration, as well as an increasing number of jurisdictions enacting new or revised arbitration laws. Arbitration is today practiced in many more countries than in the past, and is booming in regions such as Asia² and Latin America³ where arbitration was rarely practiced some 40 or 50 years ago.

Arbitration and litigation are two separate and alternative processes to resolve disputes. In most countries, they are the only two means for dispute resolution, whose end product is a written decision – an arbitral award and a court judgement, respectively – which the prevailing party can bring to state authorities to obtain enforcement, when the losing party does not voluntarily comply with the decision.

1 Rivkin, The Impact of International Arbitration on the Rule of Law, in the 2012 Clayton Utz Sydney University International Arbitration Lecture, transcript page 11; See also Introduction in Emmanuel Gaillard and John Savage (eds), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (Kluwer Law International 1999) p. 1.

2 Simon Greenberg, Christopher Kee and J. Romesh Weeramantry, International Commercial Arbitration - An Asia-Pacific Perspective in International Commercial Arbitration (Cambridge University Press 2011), para. 1.1.

3 For an overview of arbitration in Latin America, see Fernando Mantilla Serrano, Major Trends in International Commercial Arbitration in Latin America, Journal of International Arbitration (Kluwer Law International 2000), Volume 17 Issue 1, pp. 139 – 142.

**International Conference on judiciary and
Arbitration**

Reality and Prospects

Organized by

**The High Judiciary Institute, Imam Muhammad
ibn Saud University. Kingdom of Saudi Arabia and
the Saudi Arbitration Team.**

Riyadh on 11 – 12 October 2015

International Arbitration and National Courts

Ulf Franke

**Chairman of the Arbitration Institute of the
Stockholm Chamber of Commerce, Sweden (SCC)**

equivalent international convention regarding enforcement of court judgments, whether national or international. The conclusion of a new international agreement to fulfil that role would take considerable time and effort, and it is uncertain that it would attain the success of ICSID¹.

However, it is also contended that an international investment court would have many benefits. It could be an effective tool to deliver justice especially in view of the shortcomings of the current arbitral system. Procedures take too long and cost too much². An increase in efficiency and a reduction of costs could also enable the access to justice for small and medium-sized enterprises. At the moment they are largely excluded from the possibility of investment proceedings. Also, an international investment court could provide access to effective emergency relief and procedures for the summary disposal of hopeless or tactical claims that³.

¹*Stothard and Bruce*, EU: An investment court for TTIP and beyond? In *Global Arbitration Review*, 17 July 2015, p. 3.

²The system does not prevent the excessive exploitation of procedural hurdles on issues such as interim relief, jurisdiction, procedural challenges and so forth to the detriment of the delivery of swift and cost effective arbitral justice. *Ibid.* p. 3.

³*Ibid.* p. 3.

a domestic court first, unless they can show that domestic courts do not offer justice¹.

In addition to that, the EU proposal should clarify the relevance of the domestic law of each party for the purposes of ISDS.

5. Establishment of a permanent court

Finally the paper proposes the creation of a permanent court with tenured judges which would apply to multiple agreements and between different trading partners.

This part of the Commission's proposal has been considered as a bold move, but with too few details, especially regarding its implementation. For instance, it is not clear whether the court would be self-standing or embedded into an existing multilateral organisation. Also, there are no stipulations regarding the enforcement of awards in the Commission's concept paper. The enforcement of awards is currently realized through the ICSID and New York Convention. However there is no

¹Van Harten, A parade of reforms: the European Commission's latest proposal for ISDS, Osgoode Hall Law School, legal Studies research paper series, Research Paper No. 21 Vol. 11/Issue 05/ (2015), p. 14.

4. Prohibition of parallel-proceedings in domestic courts

The paper further addresses the concern that ISDS is used by investors to by-pass ordinary jurisdiction of domestic courts. Despite stating the necessity to have investment conflicts to be decided by ISDS tribunals since these conflicts involve international investment rules instead of domestic law rules, the paper points to the risk of double compensation. This can occur when arbitral tribunals as well as domestic courts are invoked in the same matter. Thus the Commission suggests that there should be either a „fork-in-the-road“-provision¹ or “no u-turn”provision² included in the agreement. This proposal, however, is not bold enough in the view of ISDS-opponents. They demand that foreign investors, should not be relieved from the usual requirement to go to

¹A simple way would be to require investors to make a definitive choice between ISDS and domestic courts at the very beginning of any legal proceedings (“fork-in-the-road”). This would contribute to shortening the duration and the cost of litigation, by avoiding that a dispute is litigated first before domestic courts, and then before ISDS tribunals.

²Another approach would be to request investors to waive their right to go to domestic courts once they submit a claim to ISDS (“no u-turn”). This option has the advantage of not discouraging investors from seeking redress before national courts and hence of reducing the number of potential ISDS claims.

Consistency would also not be possible in an international legal system that is made up of more than 3000 legal texts that have been negotiated individually. Outcomes would differ greatly due to the language of the specific applicable treaties¹. However, they contend that absolute consistency would not even be desirable. This is because investment law is a rapidly developing field which benefits from the absence of a rigid doctrine; “with settled law emerging on the basis of the influential decisions that have garnered the most respect and are cited in the decisions that follow.”²

A final point of criticism is the high costs of an appellate procedure. Investment arbitration is costly as it is – 8 million US \$ per party per case as estimated by the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). An appellate procedure might boost the costs drastically particularly when challenges are based on errors of fact which might lead to an entire new hearing of evidence³.

¹Ibid. p.6 .

²Ibid. p.6 .

³Ibid. p.6 .

of legal interpretation (errors of law and manifest errors of fact)¹.

Others, however, have contended that the purpose of such an appellate system cannot be fulfilled. This purpose is not only to correct erroneous decisions of the original tribunal, but also to create consistency among different arbitral awards and thus enhance predictability in law². In particular the idea of judicial consistency cannot be realized in the system of international courts. While it is argued that most large trade deals like TTIP contain similar - if not identical - provisions and thus there would be a great need for judicial consistency; it is also stated that decisions of international courts and tribunals never had binding force other than between the parties.³ A binding system of precedence, for instance, would therefore be alien to the international court system.

¹Van Harten, A parade of reforms: the European Commission's latest proposal for ISDS, Osgoode Hall Law School, legal Studies research paper series, Research Paper No. 21 Vol. 11/Issue 05/ (2015), p. 11.

²Also with regard to ICSID it has been tried to establish an "appeals facility". However, this venture did not go beyond the proposal stage since it would have required an amendment to the ICSID convention. *Stothard and Bruce*, EU: An investment court for TTIP and beyond? In *Global Arbitration Review*, 17 July 2015, p. 6.

³Ibid. p.6 .

The concept paper suggests the appellate mechanism to be bilateral. Furthermore, the “EU text should lay out its role, its set-up and practical operation. The appellate mechanism would review awards as regards errors of law and manifest errors in the assessment of facts (this would include an incorrect factual treatment of domestic law as interpreted by domestic courts), ensure consistency in the interpretation of TTIP and increase legitimacy both on substance and through institutional design by strengthening independence, impartiality and predictability.”¹

ISDS-opponents praised this proposition, in particular the Commission’s detailed outline regarding the scope of review of an award, specifically since it included issues

¹The bilateral appellate mechanism could be modelled largely on the institutional set-up of the WTO Appellate Body, with some adaptations both to make it specific for ISDS, and in light of experience in the WTO. There could be 7 permanent members (2 from each Party, 3 non-nationals) whose qualifications could be broadly similar to those of the WTO Appellate Body and/or the International Court of Justice. There would inevitably be certain costs associated with the establishment of the body including a possible secretariat to help the appellate members in their work. An appellate mechanism is a realistic possibility with the United States. The US has included a reference to the possible creation of an appellate mechanism in its agreements since 2002. Concept Paper, p. 9.

favour of the investor could not be backed by empirical evidence and have been largely unfounded.¹

According to this view there is no need for a requirement that arbitrators should hold a judicial office in the home jurisdiction since already now arbitrators have to bring a lot of expertise and knowledge to their task. “They must gain and maintain a reputation for integrity over the course of an entire professional career both in the market of investors and states and, in order to carry weight in the arbitration, with fellow arbitrators.”²

However, it is admitted that the introduction of a roster system could enhance the perception of legitimacy in the public. Such a system might also have the practical benefit of avoiding the long and painstaking process of selecting an arbitrator³.

3. Introduction of an appellate mechanism

The paper proposes the introduction of an appellate mechanism. This is guided by the idea that the right to appeal should be part of a functioning judicial system, in particular in view of the possibility of incorrect arbitral decisions. This would be a completely new approach since there has not been an appellate mechanism included in an existing investment treaty as of now. (ICSID and UNCITRAL arbitration rules only allow for “annulment” or “set aside” of the arbitral award on limited procedural grounds which is not to be compared with a true appellate mechanism allowing judicial review.)

¹*Stothard and Bruce*, EU: An investment court for TTIP and beyond? In *Global Arbitration Review*, 17 July 2015, p. 3.

²*Stothard and Bruce*, EU: An investment court for TTIP and beyond? In *Global Arbitration Review*, 17 July 2015, p. 3.

³*Ibid.* p. 3.

There is concern that arbitrators would be elected from a certain, limited pool of people. These core members of the “arbitration club” would continue to play a prominent role. Furthermore, it is contended that the Commission’s proposal does not commit “to prohibiting arbitrators on the roster from working as ISDS lawyers during their service on the roster.” Without such prohibition true independence and impartiality of arbitrators could not be guaranteed.

Another point of criticism is that the concept paper does not include a provision that conflict of interest challenges against arbitrators are to be subject to a judicial process instead of being decided by an executive official. This is viewed as a flaw that existed already within the CETA-agreement, and that should be corrected with TTIP¹.

Pro-ISDS arguments oppose the introduction of a roster-system. They disagree with the view that arbitrators in the real world are prone to dependence and partiality. There are checks against conflicts of interest already in place. These include declarations of independence and impartiality, the near universal acceptance of the International Bar Association’s Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, applicable institutional rules, professional codes and national law. Furthermore, accusations that investor-appointed arbitrators have the tendency to rule in

¹Van Harten, A parade of reforms: the European Commission’s latest proposal for ISDS, Osgoode Hall Law School, legal Studies research paper series, Research Paper No. 21 Vol. 11/Issue 05/ (2015), p. 9 f.

case basis. This results in the possibility that a person can be arbitrator in one case and counsel in the other. This - according to the paper's authors - can bear the danger of arbitrators not being fully impartial. The Commission states in its paper, that there might even be the risk of providing financial incentives to arbitrators to multiply ISDS cases.

The concept paper thus suggests that all arbitrators shall be chosen from a roster system pre-established by the parties to the agreement. This requirement could be accompanied by requiring certain qualifications of the arbitrators; for instance that they hold a judicial qualification combined with having expert knowledge of the relevant international law. This would reduce the risk of unforeseen interpretation of the rules on investment protection.

Furthermore, the Commission proposes a right to intervene to third parties with a direct interest in the outcome of a dispute. This would even go beyond the possibility to accept *amicus curiae* brief from third parties.

Opponents of ISDS appreciate the proposed introduction of a roster-system to nominate the arbitrators. It is viewed that it would allow for more impartiality when the appointment of the arbitrators would – at least partially – be taken out of the hands of the parties. Arbitrators would not feel constraint anymore to serve the interest of those who appoint them. However, there was a criticism that the Commission's focus of the arbitrators' qualification requirements lies on the knowledge of "international law as contained in the agreement".

that in the past there has not been an adequate balance between the interest of the investor to protect its investment and the sovereign right of the states to legislate in the public interest. In past investment agreements the right to regulate had thus rarely been explicitly addressed. On the contrary, some investment agreements have even included a reference to the right of the investors to a “stable business environment“. This had the potential to be interpreted as a general guarantee against repeated legal changes. The concept paper thus proposes to enhance governments’ ability to regulate in the public interest through:

“An operational provision (an Article) which will refer to the right of Governments to take measures to achieve legitimate public policy objectives, on the basis of the level of protection that they deem appropriate. Such provision is recognition of the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders which exists already under international law. It allows setting the right context in which investment protection standards are applied.”

The Commission’s approach has mainly been criticized as not being detailed enough to ensure the protection of a right to regulate.

2. Increasing the legitimacy of an arbitral tribunal.

The concept paper further deals with the perceived lack of legitimacy of arbitral tribunals. A notion that is brought about by the fact that arbitrators on ISDS tribunals are chosen by the disputing parties on a case-by-

On the 8th of July the European Parliament approved a resolution which appears to endorse in substance the EU Trade Commissioner's proposal for a permanent global investment court. This resolution is not binding, but serves as a recommendation for the TTIP-negotiators of the European Commission¹. The last set of negotiations (the 10th round of the TTIP-negotiations) took place between the 13th and 17th July 2015. However, there has not been further discussion on ISDS in those negotiations².

The Commission's proposal is subject to criticism not only by pro-ISDS scholars and practitioners, but also by its opponents. The following sections will outline the ideas of the concept paper and give an overview of the disputing arguments. The concept paper concentrates on 5 main points, the right to regulate, the increase of legitimacy of the ISDS system, the introduction of an appellate mechanism, the regulation of the relationship between ISDS and domestic courts and the establishment of a permanent global court of arbitration.

1. The right to regulate

The right of sovereign states to regulate in the public interest has been a point of great debate in the talks surrounding TTIP. The concept paper addresses the issue

¹Thomson, EU parliament votes against investment arbitration, in *Global Arbitration Review*, p 1.

²EU Chief Negotiator Ignacio Garcia Berce ro declared after the 11th round of negotiations had been concluded, that he and his US counterpart "had no discussion on investment protection or ISDS". "When asked if the subject had ever come up," he said: "We will be able to put through a proposal in many ways different from the existing ISDS regime. We will now be working to finalise a proposal once we have gone through discussions with member states and the Parliament," *Motta*, The US Congress and European Parliament vote are TTIP's 10th round's lucky cards, *The European Sting*, (21 July 2015).

agreement will then have to be separately ratified by the national parliaments of all 28 EU member states. In the U.S., the agreement must be approved by Congress. If an agreement is to be made, it is not expected to be finalized before 2016.

II. ISDS under TTIP

Since the beginning of the negotiations the issue of dispute settlement has become one of the most intensely debated in the EU-U.S. trade talks. Due to the wide range of criticism it received, the Commission decided in January 2014 to conduct a public online-consultation on the matter¹. This online-consultation was opened in March 2014. In January, the commission published a 140-page report from the consultation, to which 97 percent of submissions were opposed to the inclusion of ISDS.

In response to this outcome, the EU Trade Commissioner released on the 5th of May 2015 a concept paper proposing changes to the originally envisaged investment section, in particular the introduction of a permanent investment court for TTIP as well as for future agreements². This proposal was not met with enthusiasm by the United States, but was in general supported by France³.

¹Ibid. p.2. This consultation outlined as a basis for discussions the ideas it had in relation to what it envisaged as a possible ISDS-mechanism. Those were in substance congruent with the provisions that had been agreed on in CETA.

²The report on the results of the consultation was published on 13 January 2015. It highlighted that the areas of specific concerns were: i) the protection of the right to regulate; ii) the establishment and functioning of arbitral tribunals; iii) the review of ISDS decisions through an appellate mechanism; iv) the relationship between domestic judicial systems and ISDS. Investment in TTIP and beyond – the path for reform, Concept Paper of the EU Trade Commissioner Cecilia Malmström, p. 3.

³Kluwerarbitration.blog: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/07/22/ttip-the-french-proposal-for-a-permanent-european-court-for-investment-arbitration/>

I. Development of TTIP

In reaction to the deadlocked Doha round of international trade talks, leaders at the EU-US yearly summit that took place in Washington in November 2011 set up a working group to find ways to increase growth and competitiveness. This working group recommended in February 2013 the conclusion of a "comprehensive" bilateral trade agreement. Negotiations of TTIP were launched at the G8 summit at Lough Erne in June 2013, and in July 2013 the first negotiating round took place. Twenty four working groups, each representing a policy or trade area, were established. In January 2014 the European Commission announced a freeze of negotiations over the investment section of the TTIP, pending the outcome of an online-consultation that was initiated by the European Commission due to widespread criticism in relation to the inclusion of ISDS.¹

The negotiations of TTIP are led by the EU's trade commissioner. During the negotiations the commission consults the EU governments through the Trade Policy Committee. This committee is made up of senior officials from each member state. Since the beginning of the talks 11 rounds of negotiations have taken place, the last one being held from 13 to 17, 2015. Negotiators have been meeting alternately in Brussels and Washington.

Once the parties have agreed on a text, the deal will need to be presented to the European Council and the European Parliament for approval. Once approved the

¹Krajewski, Kurzgutachten zu Investitionsschutz und Investor-Staat-Streitbeilegung im Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaftsabkommen (TTIP), p.2.

One of the mechanisms for arbitrating these disputes is known as Investor-State Dispute Settlement (ISDS). The ISDS gives international investors the right to bring a damages claim against the government of the ‘host’ state where the investment is located. Claims heard by independent international each by the host state of an investment protection commitment agreed in a treaty between the host state and the investor’s home state. Such treaty commitments usually include not discriminating against foreign investors, protecting investments from expropriation by the host state, guaranteeing certain minimum standards of treatment and allowing free transfer of capital. The tribunal may award damages to the investor if the host state has breached a commitment.¹

TTIP is heavily disputed. Proponents say the agreement would result in multilateral economic growth, while critics say it would increase corporate power and make it more difficult for governments to regulate the markets for the benefit of the public. The criticism relates not only to the impact TTIP might have on issues such as employment rights, food standards², data protection and environmental standards, but also to the proposed introduction of an ISDS-mechanism. The next sections will discuss the development of TTIP and give an overview of the discussion regarding the establishment of an ISDS-mechanisms within TTIP.

¹https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/311247/bis-14-695-investor-state-dispute-settlement-faqs.pdf

²It has been argued that the EU has much regulations in many respects, for instance in relation to genetically modified crops, pesticides and food additives than the US. See. Euractiv.com: http://www.euractiv.com/sections/trade-society/ttip-dummies-311161#group_summary.

The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)

The EU is negotiating a trade and investment deal with the US - the Transatlantic Trade and Investment Partnership - or TTIP. The TTIP has faced public opposition since the negotiations started.

In February 2013, EU and US leaders announced the start of procedures for negotiating an ambitious and comprehensive Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), following the final report of the EU-US High-level Working Group (HLWG). Legally, the Council would conclude a deal with the consent of the European Parliament, with ratification by all EU Member States (MS) also required (“mixed agreement”). In the US, Congress is responsible for international commerce; a bill to grant the President Trade Promotion Authority (i.e. right to negotiate and sign trade agreements which Congress then approves or rejects, but cannot change) is not certain to be approved.¹

The TTIP has received a lot of criticism since the negotiations started. The main criticisms come from trade unions, consumer groups, NGOs and citizens on both sides of the Atlantic, which refer to the fear of lower standards to the benefit of large businesses and lack of transparency in the talks (including some EU MS). TTIP was an important issue in the recent European elections.²

¹<http://epthinktank.eu/2014/07/11/towards-an-eu-us-trade-and-investment-deal-2/>

²<http://epthinktank.eu/2014/07/11/towards-an-eu-us-trade-and-investment-deal-2/>

arbitrators and the increasing intervention of Latin-American law firms are beginning to change the customs and traditions. It is surprising indeed that, although the arbitration is officially bilingual, the decision making process takes place within the arbitral tribunal in the English language and with an Anglo-Saxon mindset. It is argued that the problem is not so much the language or translation, but rather the mentality. A case in point is the legal concept of good faith where the approaches are completely different between the two cultures.

VI. International arbitration has become a major industry and, moreover, excessively costly. Large law firms are undertaking mega-arbitrations where the proceedings could in fact be greatly simplified. The long and tortuous discovery battles and the, at times, inexplicable spectacle of cross-examination without any practical approach, arbitral hearings which are drawn out excessively over several weeks when, with greater written preparation, they could last just a few days, are all issues that beg reflection. What is certain is that sovereign States are at times right to complain with the emergence of what could be described as “gunboat arbitration”. Arbitral awards morph into long treaties, the reflections of which may be far removed from the decision that the arbitrators should take “*suum cuique tribuere*”. Arbitrators are not international legislators, their main role is not to create jurisprudence or international law but rather to settle the disputes that are placed before them with sound reasoning of their arguments and decision.

find in the globalized world and the aggressive public opinion media.

IV. The presence of States in international arbitration demands transparency. On no few occasions, this distance from publicity is what has given the parties the confidence to submit themselves to the decision of the arbitrators. In some cases, also in the realm of commercial arbitration, the decisions have had to be made public if third parties were affected, for example, if the company in question was listed. There can be no doubt, however, that States must be subject to parliamentary control, and accordingly international arbitration may require this publicity to which those practitioners of commercial arbitration appear to be so averse.

V. International arbitration has played a very important role in Latin-American countries and the MENA region. International Chamber of Commerce and more particularly ICSID statistics bear witness to this fact. Until recently, international law was dealt with exclusively in French and English. Circumstances have changed, and yet perhaps the importance given to an Anglo-Saxon approach to international arbitrations has not been played down accordingly. All too often we see Chairmen of arbitral tribunals appointed to settle problems in Latin-American countries when they do not understand Spanish. The parties and Latin-American States alike feel that if they don't appoint Anglo-Saxon law firms their defence will be more poorly represented. Consequently, there is a feeling that arbitrations in Latin American are in a way hijacked by the Anglo-Saxon world. The active participation of Latin-American

criminal liability. Such arbitral action natural sparks inflamed criticism from those who see their sovereign powers and rights arbitrarily attacked.

II. International, bilateral and multilateral treaties are indeed the cornerstones of modern international investment protection law. It is thus that some arbitral awards give rise to discussion as to the limits of protection of the investor. Does this protection legitimize the arbitral tribunal to question the competence of the affected States to regulate matters of such importance to the sovereignty of the people, such as the fiscal law applicable to such and such a business, environmental regulation and requirements, measures affecting the social rights of the citizens or the protection of their health?

III. Public opinion is very sensitive to matters of corruption, fraud and money laundering. Everyone admits that the so-called transnational public order implies certain limits in contracting initially, and later in the arbitral decision. For many years arbitrators have remained passive for lack of evidence in the face of allegations of corruption. It is difficult to provide conclusive evidence since this could then be used in criminal jurisdictions. Today, given the increasing transparency in arbitral proceedings there exists a heightened awareness amongst arbitrators. This is due, amongst other reasons, to the fact that request for international arbitral protection are conducted in good faith and this concept cannot exist when the investment has been made in breach of the most elementary ethical rules of conduct. Evidence in this respect are easier to

Developing countries and international arbitration

There have been some dissenting voices in Latin America regarding international arbitration over the years. The main criticisms could be structured under the six following headings¹:

I. Democratic deficiency of international arbitral tribunals which, unlike the States which partake in arbitration, are not voted in by the citizens at elections. This criticism is perhaps not quite on track bearing in mind that international arbitration is a product of treaties which have been negotiated and ratified by various intervening State bodies or entities. It would be more to the point if we are talking of administrative arbitral organizations such as ICSID whose members are precisely World Bank participating States.

At times, certainly, arbitral tribunals cross the bounds in ignorance of the consequences of the participation of a sovereign State. An example is the decision of an arbitral tribunal which accepted the request made by an investor for precautionary measures. The tribunal, undoubtedly composed of three highly seasoned jurists respected worldwide, ordered a Latin-American Republic to withdraw all criminal proceedings filed in connection with a specific investment. Can an arbitral tribunal go this far? I find it hard to believe that the Authorities of this country can withdraw all charges within the criminal jurisdiction without whosoever orders such withdrawal in compliance with the arbitral award assuming his own

¹Bernardo M. Cremades. La participación de los Estados en el Arbitraje Internacional. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, 2010, vol. 3, p. 655-675.

branches of Government. The investor acts in bad faith when it can be proven that there was corruption or fraud when setting up the investment. International tribunals have now recognized that international protection does not extend to conducts of bad faith.

Moreover, natural and legal persons have now become active subjects of international law. They take direct action against sovereign States in cases of breach of treaties. Local administrative law has given way to globalized law, a direct consequence of which is that in international administrative contracts it is no longer assumed that the domestic law will be applicable, or that the jurisdiction of administrative courts is exclusive or exhaustive. International arbitral tribunals are a consequence of this globalization of administrative law, yet at the same time they are the creators of a jurisprudence which, case by case, has shaped an effective international arbitral protection.

It is also worth noting that the different legal cultures had an impact on international arbitration, over time international arbitration has absorbed elements of both common and continental legal systems. Some of the concepts that common law legal systems introduced like discovery, cross-examination, collateral estoppel, unclean hands, international comity, waiver and forum non conveniens to private international commercial arbitration. On the other hand, continental law systems tend to emphasize good faith and abuse right.

contained in any other treaty that the host State may have signed.

Moreover, when making the investment, the investors must, apart from the many other risks that they are assuming, also analyse the legal risk. They must assess through which country they are making their investment so that it is covered by arbitral protection deriving from the treaty. In the *Salini v. The Kingdom of Morocco* arbitration, the Tribunal understood that the construction and eventual exploitation via a highway concession was a real investment protected by the treaty, in this case between Italy and the Kingdom of Morocco. Originally, the Washington Convention of 1965 was foreseen for investments in the areas of natural resources, oil, natural gas and mining. These days, a large proportion of disputes in investment protection arbitrations affect those deriving from administrative concession contracts. The concept of the investor, that is, someone who has legitimate status to request the guardianship of international arbitration, has evolved in recent years. The *LancoInternacionalIncv. The Republic of Argentina* Case saw the initiation of a line of case law whereby it was possible to consider legitimized for arbitral protection someone who had made an investment in the capital of a concession company, that is, as a shareholder they could be deemed an investor.

Furthermore, when analysing their own competence, arbitral tribunals usually examine if conduct is carried out in good or bad faith, both with regard to the investor as well as the host State. For example, the State blatantly acts in bad faith if it can be proven that there has been a denial of justice in the intervention of one of its three

The State's role in investment protection arbitration

In investment protection treaties, sovereign states guarantee the legal protection of the foreign investor. In parallel, as a prerequisite for international financing for large-scale infrastructure projects, over time the treaties that have been signed and ratified have included on behalf of the host State binding declarations for the protection of the investor. In their respective articles, they assume commitments which are really indeterminate legal concepts but which serve as a basis for specific expectations and to set, where relevant, the damages. The States indicate that the foreign investor shall receive the same treatment by them as would domestic investors, that there will be no discrimination and that they will receive fair and equitable treatment guaranteeing the investment. On the matter of expropriation, treaties (and later, arbitral jurisprudence) have created what is called economic expropriation, altogether different from the expropriation of traditional administrative law. A foreign investor shall be deemed expropriated when the value of his investment has been affected by a State's expropriation via *puissance publique*. By this token, arbitral tribunals consider it indirect expropriation when a change in tax regulations occur; or when there is a modification of regulations on environmental protection. This has given rise necessarily to the controversy as to whether protection of the investor as set forth in international treaties or sovereign rights with regard to tax or environmental issues should prevail. Some treaties have even configured the so-called most favoured nation clause, so that the investor not only enjoys the guarantees set forth in the applicable treaty, but also those guarantees most in line with his cause

INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION

Bernardo M. Cremades

The globalization of the economic relations has resulted in the reconsideration of the established principles of economic international law.

The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the "New York Convention") is considered nowadays the international instrument with the largest number of ratifications worldwide. Today there are more than 2400 bilateral treaties for the protection of investments. These treaties are based on new principles of international economic law. The foreign investor is on the one hand guaranteed with a protection in accordance with the international standards, and on the other hand the right to defend himself against any violation of the treaty by the hosting State before international tribunals.

Of the estimated 2750 BITs that exist today, 622 (approximately 22%) are with a MENA state.

There are also intra-MENA treaties which are estimated to be at least 81 intra-MENA BITs (although only 29 are in force). There are a number of multilateral regional treaties that, until recently, had seldom been used by investors to resolve disputes. These include most notably, the Organisation of the Islamic Conference Agreement and the Arab Investment Agreement¹.

¹<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/04/27/multilateral-investment-treaties-in-the-mena-region-the-next-big-thing/>

3. Introduction of an appellate mechanism
4. Prohibition of parallel-proceedings in domestic courts
5. Establishment of a permanent court

INDEX

1. The State's role in investment protection arbitration
2. Developing countries and international arbitration
(main criticism in Latin America)
 - I. Democratic deficiency of international arbitral tribunals which, unlike the States which partake in arbitration, are not voted in by the citizens at elections.
 - II. International, bilateral and multilateral treaties are indeed the cornerstones of modern international investment protection law.
 - III. Public opinion is very sensitive to matters of corruption, fraud and money laundering.
 - IV. The presence of States in international arbitration demands transparency.
 - V. International arbitration has played a very important role in Latin-American countries and the MENA region.
 - VI. International arbitration has become a major industry and, moreover, excessively costly.
3. The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)
 - I. Development of TTIP
 - II. ISDS under TTIP
 1. The right to regulate
 2. Increasing the legitimacy of an arbitral tribunal

INTERNATIONAL CONFERENCE ON
JUDICIARY AND ARBITRATION

INTERNATIONAL INVESMENT
ARBITRATION

Bernardo M. Cremades