

تقرير لجنة غرفة التجارة الدولية المؤسسات المالية والتحكيم الدولي

© غرفة التجارة الدولية (2016)
تُرجمت هذه الوثيقة ونُشرت باللغة العربية في 2019
النسخة العربية من هذا التقرير هي ترجمة للغة الإنجليزية الأصلية بعنوان
«المؤسسات المالية والتحكيم الدولي»
جميع الحقوق محفوظة

ICC, ICC logo, CCI, International Chamber
of Commerce (بما في ذلك النسخ الإسبانية والفرنسية
والبرتغالية والصينية), World Business Organization,
International Court of Arbitration and ICC
International Court of Arbitration
(بما في ذلك النسخ الإسبانية والفرنسية والألمانية والعربية والبرتغالية)
كلها علامات تجارية تابعة لغرفة التجارة الدولية مسجلة في العديد
من الدول.
تاريخ النشر: مايو/ أيار 2019

الأراء المعرب عنها والبيانات المدلى بها في هذا المنشور نشأت من فريق عمل
لجنة التحكيم والحلول البديلة للتسوية الودية للمنازعات. لا يجوز تفسيرها
على أنها تمثل موقف غرفة التجارة الدولية، محكمة التحكيم الدولية أو
المركز الدولي للتسوية الودية للمنازعات التابع لغرفة التجارة الدولية، كما
أنها ليست بأي شكل من الأشكال ملزمة لأي من هذين الجهازين.

غرفة التجارة الدولية
43-33 شارع الرئيس ولسون
75116 باريس، فرنسا
www.iccwbo.org

الفهرس

المؤسسات المالية والتحكيم الدولي

2	1	مقدمة
2	أ	لمحة عامة
2	ب	النطاق
3	ج	الخطوط العريضة للتقرير
3	2	توصيات
5	3	التغيير في أطر للمنازعات المالية
8	4	خبرة المؤسسات المالية في التحكيم
8	أ	أفضليات في إعتاماد التحكيم
8	(1)	أحكام وتوجيهات عامة
8	(2)	التحكيم المؤسساتي مقابل التحكيم غير المؤسساتي
8	(3)	اختيار المحكمين
8	(4)	بنود خاصة (تعدد المراحل، وعدم التكافؤ، والإستثناء)
9	ب	فوائد التحكيم الملموسة
10	ج	قيود التحكيم الملموسة
11	5	المشتقات
12	6	التمويل السيادي
13	7	التحكيم الإستثماري
15	8	المسائل التنظيمية
17	9	التمويل الدولي
18	10	المنازعات في التمويل الإسلامي
19	11	المؤسسات المالية الدولية والمؤسسات المالية التنموية ووكالات الائتمان للتصدير
20	12	المسائل الاستشارية
21	13	إدارة الأصول
23		الملحق الأول استطلاع موجه إلى المؤسسات المالية التي أُجريت معها مقابلات لغرض التقرير
27		الملحق الثاني لائحة بالمؤسسات المالية التي أُجريت معها مقابلات
28		شكر

المؤسسات المالية والتحكيم الدولي

تقرير غرفة التجارة الدولية، لجنة التحكيم والحلول البديلة للتسوية الودية للمنازعات فريق العمل حول المؤسسات المالية والتحكيم الدولي

1	مقدمة	ب	النطاق
أ	لمحة عامة	5	درس فريق العمل مجموعة واسعة من الأنشطة المصرفية والمالية، سواء التزمت بها المصارف المرخص لها أو صناديق (أسهم أو استثمار أو ثروة سيادية). ³ درس فريق العمل التحكيم في المشتقات المالية، والقروض السيادية، والمسائل التنظيمية، والتمويل الدولي، والتمويل التجاري، ومنازعات التمويل الإسلامي، والاستشارات، وإدارة الأصول، والمنازعات بين المصارف.
1	أدركت غرفة التجارة الدولية لجنة التحكيم والحلول البديلة للتسوية الودية للمنازعات (فيما يلي "اللجنة") الحاجة إلى دراسة تصور وخبرة المؤسسات المالية للتحكيم الدولي. ان هذا التقرير هو إنتاج فريق العمل حول المؤسسات المالية والتحكيم الدولي (فيما يلي "فريق العمل").	6	شملت الدراسة العديد من أنواع المؤسسات المالية، بما في ذلك المؤسسات المالية التتموية الثنائية والمتعددة الأطراف، ووكالات الائتمان للتصدير التي تقدم أدوات لتعزيز الحصول على الائتمان أو تخفيف المخاطر طالما أن تلك المؤسسات تستخدم التحكيم من وقت إلى آخر وغالباً ما تلعب دوراً مقنعاً في إقترح التحكيم كخيار لتقابات الإقراض التي تشترك فيها أو تلك التي تضمنها.
2	أجرى أعضاء فريق العمل مقابلات لحوالي خمسين مؤسسة مالية ومستشارين قانونيين لمصارف من جميع أنحاء العالم. ² إن النتائج والتوصيات المعدة في هذا التقرير مستندة إلى المقابلات المعطوفة إلى استعراض المؤلفات، والأنظمة الداخلية، والقرارات التحكيمية ذات الصلة، والبيانات الواردة من ثلاثة عشر مؤسسة تحكيم مشاركة.	7	حلّ فريق العمل كلاً من التحكيم التجاري الدولي والإستثماري الدولي. فالتحكيم الدولي الإستثماري هو ظاهرة جديدة نسبياً في القطاع المصرفي والمالي تراقق مع عدد من أحكام التحكيم الإستثماري، التي وُجِدَت أن الأدوات المالية التي تتراوح من القروض البسيطة إلى الصكوك القابلة للتداول والأوراق المالية والنفط التحوي والتي هي إستثمارات مؤهلة في إطار المعاهدات ذات الصلة. هذه الأحكام التحكيمية تفتح آفاقاً واسعة فيما يتعلق بالمطالبات المستندة إلى المعاهدات وقد يكون لها تأثير محفّز على تقبل القطاع المصرفي والمالي للتحكيم بشكل عام.
3	اكتشف فريق العمل أن استخدام وتوقعات البنوك والقطاع المصرفي والمالي فيما يخص التحكيم الدولي هي فريدة من عدة نواح كما أنها في تطور. تستخدم المؤسسات المالية التحكيم في مجموعة واسعة من المعاملات المصرفية والمالية، وإن لم يكن على أساس ثابت أو نطاق واسع. هناك إنعدام عام في الوعي حول الفوائد المحتملة للتحكيم التجاري الدولي وللتحكيم الإستثماري في الأمور المصرفية والمالية، وهناك بعض التصورات الخاطئة المشتركة حول الإجراءات.	4	تاريخياً، كانت المؤسسات المالية تفضّل المحاكم الوطنية في المراكز المالية الرئيسية (أي نيويورك ولندن وفرانكفورت وهونغ كونغ) ولكنها كانت تسعى إلى تجنب المحاكم في الأسواق الناشئة. إلا أن التغييرات في الأوضاع التنظيمية وطبيعة المنازعات المالية التي نشأت في أعقاب الأزمة المالية العالمية عام 2008، دفعت المؤسسات المالية بشكل متزايد إلى النظر إلى التحكيم الدولي كبديل مهم للتقاضي.

1 في هذا التقرير يجب أن تفهم عبارة "مؤسسة مالية" على نطاق واسع كما هو موضح في الفقرتين 5 و6.

2 ان المؤسسات المالية التي تمت مقابلتها مذكورة في الملحق الثاني، إلا إذا طلب عند طلبها بعدم الإفصاح عن هويتها. الأسئلة التي وجهت إليها واردة في الملحق الأول.

3 لم يأخذ فريق العمل بعين الاعتبار قروض الاستهلاك والتأمين العقاري حيث قضية التحكيم هي أقل إلحاحاً، وكذلك التأمين والتمويل من طرف ثالث للتقاضي أو للتحكيم، التي تشكل محالاً متخصصاً مع خصائص ونهوج فريدة تكون غالباً خاصة بالولاية القضائية وفي تطور مستمر.

- ج 8 **الخطوط العريضة للتقرير**
يقسم التقرير على النحو التالي:
القسم الثاني يحدد توصيات فريق العمل المفصلة لتكييف إجراءات التحكيم لتتطابق مع احتياجات القطاع المصرفي والمالي.
القسم الثالث يناقش الأطر المتبدلة للمنازعات المالية.
القسم الرابع يصف تجربة المؤسسات المالية مع التحكيم، بما في ذلك أفضلويات هذه المؤسسات في إدارة إجراءات التحكيم، إضافة إلى المميزات والحدود الملموسة للتحكيم في المنازعات المصرفية والمالية.
القسم الخامس إلى القسم الثاني عشر يعالج القضايا المتعلقة باستخدام التحكيم في القطاعات المتخصصة في ممارسة التمويل والأعمال المصرفية:
القسم الخامس يناقش التحكيم في المنازعات المتعلقة بالمشتقات.
القسم السادس يناقش التحكيم في المنازعات المتعلقة بالقرض السيادي.
القسم السابع يناقش التحكيم الاستثماري بشأن المنازعات المصرفية والمالية.
القسم الثامن يناقش التحكيم في المنازعات المتصلة بالمسائل التنظيمية.
القسم التاسع يناقش التحكيم في المنازعات التمويلية الدولية.
القسم العاشر يناقش التحكيم في المنازعات المتعلقة بالتمويل الإسلامي.
القسم الحادي عشر يناقش التحكيم في المنازعات المتعلقة باستخدام التحكيم من قبل المؤسسات المالية الدولية وتطور المؤسسات المالية وكالات الائتمان للتصدير.
القسم الثاني عشر يناقش التحكيم في المنازعات المتعلقة بالمسائل الاستشارية.
القسم الثالث عشر يناقش التحكيم في المنازعات المتعلقة بإدارة الأصول.
9 معلومات إضافية تعالج بعض هذه المواضيع بمزيد من التفاصيل متوفرة على الانترنت على الرابط التالي:
www.iccwbo.org
- 2 **توصيات**
10 إحدى الفوائد الأساسية للتحكيم الدولي هي المرونة التي يمنحها هذا التحكيم للأطراف لتكييف الإجراءات التحكيمية حسب احتياجاتهم - وذلك عند صياغة بند تسوية المنازعات وخلال عملية التحكيم. يقدم فريق العمل التوصيات العامة التالية لتكييف إجراءات التحكيم لتناسب مع احتياجات القطاع المصرفي والمالي. ينبغي الاستحصال على استشارة قانونية في كل حالة.
- 11 إدارة القضية التحكيمية. يشير فريق العمل إلى تقنيات إدارة القضايا المدرجة في الملحق الرابع لقواعد غرفة التجارة الدولية في التحكيم (فيما يلي "قواعد غرفة التجارة الدولية")، التي يمكن استخدامها من قبل هيئة التحكيم والأطراف لتخفيض الوقت والتكاليف. تحديداً، تنص المادة 24 من قواعد غرفة التجارة الدولية أنه في أقرب وقت ممكن بعد تشكيل الهيئة، على هذه الأخيرة أن تعقد جلسة لإدارة الملف لمشاورة الأطراف حول التدابير الإجرائية التي يمكن إتخاذها، بما في ذلك واحد أو أكثر من أساليب إدارة القضايا المفصلة في الملحق الرابع.
- 12 بالإضافة إلى ذلك، يشير فريق العمل إلى دليل اللجنة الإدارية الفعالة للتحكيم: دليل المستشار الخاص وممثلي الأطراف الآخرين، بما في ذلك بصورة خاصة: الموضوع رقم 5 حول إمكانية تخفيض عدد جولات التقدم بطلبات لتجنب التكرار وتخفيض التكاليف؛ الموضوع رقم 6 حول تقديم المستندات وإمكانية الاعضاء من تقديم أي مستندات أو الاقتصار على فئات محددة أو ضيقة من المستندات الأساسية ذات الصلة نتيجة النزاع؛ الموضوع رقم 7 حول لشهود الواقع وإمكانية عدم وجود شهود الواقع أو تحديد المسائل التي سوف يتم إعطاء أدلة واقعية حولها؛ الموضوع رقم 8 حول استخدام إفادات الشهود وإمكانية الحد من نطاقها؛ الموضوع رقم 9 حول شهادة الخبراء وإمكانية عدم وجود أي أدلة خبرة أو وجود خبير معين من قبل هيئة التحكيم؛ والموضوع رقم 10 الذي يحدد خيارات الجلسات، بما فيه الغاء الجلسات أو الحد من طوله.
- 13 إذا رغب الأطراف في تخفيض الوقت المسموح بموجب قواعد غرفة التجارة الدولية والممارسات لتشكيل هيئة التحكيم ولتقديم الطلبات أو لإصدار حكم من قبل هيئة التحكيم، يجوز لهم تحديد هذه الحدود الزمنية المخفضة في بند تسوية النزاعات. قبل القيام بذلك، يُنصح ليس فقط بالحصول على استشارة قانونية حول قابلية التخفيض الزمني المقترح، بل أيضاً الاتصال بالأمانة العامة للمحكمة الدولية للتحكيم التابعة لفرقة التجارة الدولية للتحقق من إمكانية الأخذ ببند تسوية المنازعات حسب صياغته.
- 14 **الأحكام القطعية.** الملحق الرابع (أساليب إدارة القضايا التحكيمية) لقواعد غرفة التجارة الدولية يشجع صراحة تقسيم الإجراءات أو إصدار حكم تحكيم جزئي واحد أو أكثر في المسائل الجوهرية، إذ أن القيام بذلك قد يؤدي بصورة عامة إلى حل أكثر فعالية للقضية التحكيمية. إذا كان الأطراف على الرغم من ذلك يودون التوضيح أن للمحكمن الحق في معالجة القضايا التي تتضمن المسائل القطعية، يمكنهم ذكر ذلك صراحة في بند تسوية المنازعات.⁴

4 في قضية *Travis Coal v. Essar Global Fund* أقرت المحكمة العليا الإنجليزية أن الإجراءات الموجزة قد تكون متاحة للمحاكم في القضايا المناسبة، مشيرة بشكل خاص إلى أن المادة 22 من قواعد غرفة التجارة الدولية تلزم المحكمة "بإجراء التحكيم على وجه السرعة وبشكل فعال من حيث الكلفة" وتخول المحكمة اعتماد مثل هذه التدابير الإجرائية وفق ما تراه مناسباً.

- 15 **تدبير موجز.** إمكانية الحصول على تدبير موجز من المحاكم في نيويورك ولندن، على سبيل المثال، هي من بين الأسباب التي دفعت المؤسسات المالية تقليدياً على اختيار التقاضي في تلك الأماكن، خاصة عند إنتفاء المنازعة حول واقعة عدم التسديد. عندما يرغب الأطراف في منح هيئة التحكيم اختصاص النظر بالمطالب أو الدفع على أساس موجز أو ردّ بشكل موجز المطالب أو الدفع التي هي، بشكل واضح، دون سند قانوني يمكنهم تضمين بنود بهذا المعنى في بند تسوية المنازعات.
- 16 **السرية.** لا يكون التحكيم في غرفة التجارة الدولية سرّياً بعد ذاته، ما لم ينص القانون المطبق على خلاف ذلك. عندما تكون السرية ذات أهمية، يمكن للأطراف أن يلحظوا في بند تسوية المنازعات أن التحكيم يجب أن يبقى سرّياً. ويمكن أيضاً الاتفاق على السرية في وثيقة المهمة. بالإضافة إلى ذلك، تنص المادة 22(3) من قواعد غرفة التجارة الدولية على أنه: "بناءً لطلب أي من الأطراف، يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر أوامراً فيما يتعلق بسرّية إجراءات التحكيم أو أية مسائل أخرى مرتبطة بالتحكيم، كما يجوز لها إتخاذ تدابير لحماية الأسرار التجارية والمعلومات السرية". بدلاً من ذلك، يمكن للأطراف الإتفاق على مزيد من الشفافية، مثلاً من خلال الإتفاق على أن يكون الحكم التحكيمي أو الإجراءات أو تقديم مذكرات الأطراف علنية. قد يكون هذا الخيار ملائماً لهيئات القطاع العام الخاضعة لموجب الشفافية.
- 17 **خبرة المحكمين.** يمكن للأطراف الإتفاق في بند تسوية المنازعات أن يكون المحكمين من أصحاب الخبرة في القطاع المالي بشكل عام، أو في أداة مالية محددة. تجدر الإشارة إلى أن التجربة برهنت أنه كلما كانت المتطلبات محددة، كلما زادت مخاطر الادعاء بالرد بعدم توافر الخبرة المطلوبة. إضافة إلى ذلك، من المستحسن أن يتمتع عضو واحد على الأقل من هيئة التحكيم، عادة الرئيس، بخبرة في التحكيم.
- 18 **حكم مؤقت.** قبل أن تشكل الهيئة، يكون للأطراف خياران للحصول على تدابير مؤقتة. أولاً، بموجب المادة 28(2) من قواعد غرفة التجارة الدولية، يمكنهم التقدم من أي سلطة قضائية مختصة بطلب إتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية. ثانياً، بموجب المادة 29 من قواعد غرفة التجارة الدولية، يمكن للطرف الذي يحتاج إلى تدابير مؤقتة أو تحفظية مستعجلة لا يمكن أن تنتظر تشكيل هيئة التحكيم، أن يقدم طلباً لإتخاذ مثل هذه التدابير وفقاً لقواعد التحكيم المستعجلة. ومن الأمثلة على ذلك الحاجة إلى الحصول على أمر يتمتع بعرض طلب التسديد/الدفع بموجب طلب الضمان، أو بتدابير وقائية لحماية المواد القابلة للتلف. بموجب المادة 28(1) من قواعد غرفة التجارة الدولية، عندما تتشكل هيئة التحكيم، يجوز لها، بناء على طلب أحد الأطراف، أن تأمر بأي تدبير مؤقت أو تحفظي تراه مناسباً. وإذا رغب الأطراف في الحد من إمكانية الحصول على حلول مؤقتة، فيمكنهم تعديل هذه الأحكام في بند تسوية المنازعات.
- 19 **إدخال وضم.** تتضمن قواعد غرفة التجارة الدولية في المواد من 7 إلى 10، أحكاماً محددة في ما يخص التحكيم المتعدّد الأطراف والتحكيم المتعدّد العقود. بالنسبة إلى التحكيم المتعدّد العقود، إذا كان الأطراف عرضة لجميع المنازعات الناشئة عن أكثر من عقد واحد فيما يتعلق بمشروع يتعاملون به سوياً، قد يكون من المرغوب لهم الرضاء صراحة على التعامل مع المنازعات الناشئة عن العقود المعنية في إجراء واحد. قد يتحقق هذا الهدف أيضاً من خلال إتفاق تحكيم شامل أو رئيسي لمشروع معيّن. من ناحية أخرى، إذا رغبت مؤسسة مالية تجنب الإنسحاق إلى إجراءات تغطي نزاعات ناشئة عن عقود مختلفة تكون طرفاً فيها، يكون عليها تقدير ما إذا كان عليها منع صراحة إمكانية تقديم مطالبات ناشئة عن عقود مختلفة مع الطرف ذاته في تحكيم واحد. بالنسبة إلى التحكيم المتعدّد الأطراف، على الأطراف التأكد من أنهم جميعاً ملزمين ببند التحكيم.
- 20 **تحويل المصروفات.** في التحكيم الدولي، لا يكون لأي طرف الحق التلقائي في إسترداد أي من تكاليف التحكيم. تنص المادة 38(4) من قواعد غرفة التجارة الدولية على أنه يجب على الحكم التحكيمي النهائي تحديد مصاريف التحكيم ويقرر الطرف الذي عليه تحمل تلك المصروفات، أو النسبة التي يتحملها الأطراف من تلك المصروفات.⁵ أما الأطراف التي تسعى إلى تأكيد كيفية توزيع المصروفات، فيمكنهم الإفادة صراحة بأن تقوم هيئة التحكيم بالحكم للطرف الراجح بأتعاب المحاماة والمصاريف؛ وعضواً عن ذلك، يجوز للأطراف النص صراحة على أن يتحمل كل منهم الأتعاب والمصاريف الخاصة به، شرط أن يسمح بذلك القانون المطبق.
- 21 **إجراءات إستثنائية.** أعربت أقلية من المؤسسات المالية عن إهتمامها في إجراءات إستثنائية في التحكيم. وبما أن التحكيم تعاقدي، فمن الممكن تضمين إجراءات إستثنائية في بند تسوية المنازعات، علماً أن هذه الحالة نادرة لأن هكذا إجراءات تحتاج وضع نصّ دقيق، من بين مسائل أخرى، لمعالجة إطار المراجعة من قبل الهيئة الإستثنائية والإعتراف أن هكذا نصّ قد لا يكون قابلاً للتنفيذ لدى بعض السلطات القضائية. كما أن الإجراء الإستثنائي يؤدي أيضاً وحتماً إلى زيادة وقت ومصروفات الحصول على الحكم التحكيمي النهائي.
- 22 **الإتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع.** بينما توقع معظم إتفاقات التحكيم قبل نشوء نزاع، يجوز للأطراف الإتفاق على التحكيم فقط على أثر نشوء النزاع وذلك رغم صعوبة التوصل إلى هكذا إتفاق في تلك المرحلة.

5 لمناقشة كاملة حول هذا الموضوع، مراجعة تقرير اللجنة حول الأحكام التحكيمية بشأن المصروفات في التحكيم الدولي *Decisions on Costs in International Arbitration*.

- 23 التحكيم الذي يشمل أطراف سيادية. للحصول على لمحة وتوصيات بشأن كيفية تكيف إتفاقات وإجراءات التحكيم عند تدخل طرف سيادي، على المؤسسات المالية والهيئات السيادية مراجعة الإشارة إلى تقرير اللجنة، المعنون: الدول، منشآت الدولة والتحكيم في غرفة التجارة الدولية (2012).
- 24 تقييم سبل اللجوء (إلى التحكيم) وفقاً لاتفاقيات الإستثمار. قبل القيام بإستثمار ما، على المؤسسات المالية تحديد ما إذا كانت هناك حماية ممنوحة من اتفاقيات الإستثمار المعمول بها. بعد التقدم بدعوى من قبل دولة، على المؤسسة المالية تحديد ما إذا كانت اتفاقية الإستثمار المعمول بها تعطى إمكانية اللجوء إلى طريق التحكيم التي قد تكون غير متاحة سناً للعلاقة التعاقدية.⁶
- 25 المشتقات. دليل التحكيم ISDA 2013 للجمعية الدولية للمقايضات والمشتقات، هو متوفر للمساعدة في صياغة بنود تسوية المنازعات التي تتضمن مشتقات. لتسهيل الإنتقال التدريجي نحو التحكيم في المنازعات حول المشتقات، يمكن للمؤسسات المالية إستخدام التحكيم كوسيلة أولية لحل أنواع خاصة من المنازعات حول المشتقات، مع إمكانية الإنسحاب في حالات معينة (بدلاً من الإنضمام، كما هو الوضع عادة حالياً). يمكن التركيز على إستخدام التحكيم في النزاعات التي تشمل مشتقات لسع معينة، أو في المنازعات التي تشمل أطراف من موقع معين.
- 26 التمويل الإسلامي. ما زال التمويل الإسلامي غير مُستغل في مجال التحكيم الدولي. للمساعدة في التقييم الأولي لأية معاملة أو صفقة تشمل التمويل الإسلامي والتي قد تثير نزاع، قد ترغب المؤسسات المالية في تعيين أخصائيين في تسوية المنازعات ذات خبرة في صفقات التمويل الإسلامي والمنازعات المتعلقة بفتاويها أو بمجالس الإلتزام بالشريعة. بالإضافة إلى ذلك، إن المؤسسات المالية التي تقوم بصفقات التمويل الإسلامي، كما وتلك التي تقدم منتجات تمويل إسلامي، هي مدعوة لتطوير وتعزيز علاقاتها العالمية والإقليمية بهدف تشجيع المناقشات والتبادل حول قضايا الإلتزام بالشريعة ومجالس الشريعة والفتوى. وهذا سيسهل تطوير الإستخدام (ات) الشائع(ة) والممارسات التي قد تشكل الأسس للقواعد القانونية المطبقة.
- 27 الأنظمة الداخلية. من التوصيات أن تضع المؤسسات المالية مجموعة خاصة بها من الأنظمة الداخلية المتعلقة بإستخدام التحكيم الدولي وبالمكونات المفضلة لاتفاق التحكيم، وأن تكون مصممة خصيصاً حسب الظروف والقطاعات الخاصة بأعمالها.
- 28 مواصلة الحوار مع المنظمات التجارية. يمكن للمؤسسات المالية أن تواصل تقييم كيفية تحقيق أفضل إستخدام للتحكيم من خلال علاقاتها مع المنظمات التجارية والجامعات ومكاتب المحاماة ومؤسسات التحكيم. يمكن للمنظمات التجارية التي تمثل مؤسسات مالية، والتي تشمل جمعية المصرفيين للتمويل والتجارة (BAFT) وجمعية تجار الأسواق الناشئة (EMTA) وجمعية الأسواق المالية الدولية (ICMA) والجمعية الدولية للمقايضات والمشتقات (ISDA) ورابطة أسواق القروض (LMA) وجمعية القروض المشتركة والتجارية (LSTA) التواصل المفيد مع مؤسسات التحكيم، نيابة عن أعضائها، لتحديد السبل المناسبة لتوحيد بنود التحكيم لقطاعات كل منها.
- 3 التغيير في أطر للمنازعات المالية
- 29 يُشكّل التحكيم، بشكل متزايد، جزءاً من الخيارات الإستراتيجية المتخذة بعين الإعتبار في المنازعات المصرفية والمالية عبر الحدود. على سبيل المثال، إن التبادل المنظم مثل ال Euronext، يشير إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المتعلقة بعمليات الأسواق.⁷ إن عقود/وثائق التجارة والتصدير وتمويل المشاريع تعتمد أحياناً إتفاقات التحكيم، خاصة عند التعامل بأدوات الدولة في الدول الناشئة. حيث لم يتم التفكير بالتحكيم بدايةً، يكون من الممكن الأخذ به في الإعتبار لاحقاً بعد ممارسة حق التدخل أو حوالة المستحقات الناتجة عن العقود التي تنص على التحكيم.
- 30 مؤخراً، كان هناك زيادة في عدد مبادرات التحكيم المتعلقة بقطاعات متخصصة، بما في ذلك إدخال، سنة 2013، بنود التحكيم الاختياري "ISDAfied" في الاتفاق الرئيسي ISDA. هذه المبادرات تكمل الهيئات والقواعد الحالية التي تستهدف بشكل خاص التحكيم في القطاع المصرفي والمالي، مثل PRIME Finance في لاهاي (العاملة بالإشتراك مع محكمة التحكيم الدائمة) ومركز تسوية المنازعات المالية في هونغ كونغ (FDRC)، الهيئة التنظيمية للقطاع المالي في الولايات المتحدة (FINRA) وقواعد ال CIETAC للتحكيم في المنازعات المالية. بالإضافة إلى ذلك، تم مؤخراً تخصيص ندوات ومقالات وأعمال أكاديمية لا تعد ولا تحصى مكرسة لهذا الموضوع.⁸

6 وفقاً لتقرير اللجنة لعام 2012، الدول، منشآت الدولة والتحكيم في غرفة التجارة الدولية (الفقرة 11)، 18% من إتفاقيات الإستثمار الثنائية المعروفة تسمح بتطبيق قواعد غرفة التجارة الدولية. وتضمنت قواعد غرفة التجارة الدولية لعام 2012 تغييرات للتأكد من توافقها مع إتفاقيات إستثمار تحكيمية. وبالأخص، تشير المادة 1 (2) ببساطة إلى "منازعات" بدلاً من "منازعات تجارية" كما كان الحال في المادة 1 (1) من قواعد 1998. تنص المادة 13 (4) على تعيين محكم مباشرة من قبل محكمة غرفة التجارة الدولية (إذا لزم الأمر) عندما تتدخل الدولة أو هيئة حكومية معينة. كما أن المادة 21 (2) المتعلقة بالقانون الواجب تطبيقه في الأساس استبدلت المادة 17 (2) من قواعد 1998، التي نصت على أنه على المحكمة "أن تراعي أحكام العقد"، بحيث جاء في التعديل أن المحكمة "يجب أن تأخذ في الإعتبار أحكام العقد بين الأطراف، إن وجد"، مفرقة بالتالي بإمكانية غياب العقود بين الأطراف في إجراءات التحكيم الإستثماري.

7 كتاب قاعدة أورو نيكتس، قاعدة 1701 (مجموعة أورو نيكتس، 1 يوليو 2016).
8 لدى فريق العمل قائمة بمراجع مجمعة عن التحكيم في المسائل المصرفية والمالية والمتوفرة اون لاين على: www.iccwbo.org.

من المتوقع أن يتم تسوية المنازعات الناشئة في سياق هذه الصفقات بواسطة محكمين، بالطريقة عينها التي كانت لتكون بين أطراف غير مصرفية. بالمقابل، هناك مجموعة نطاق واسع من الصفقات الخاصة بالمصارف والتي تتطلب فهماً معمقاً للأنظمة وللممارسات وللنماذج التنظيمية المصرفية التي تستخدم من قبل المؤسسات المالية. فمثلاً:

(أ) ليس من الضروري تفحص الإمتثال الوثائقي لوثائق الشحن المقدمة بمقتضى إئتمان للمشتري وفقاً للمعايير ذاتها التي تطبق على الإعتمادات المستندية.

(ب) إن الكفالات المصرفية والكفالات المقابلة معدة كأدوات مستقلة، وبالرغم من ذلك، إن إصدار قرارات متضاربة (على سبيل المثال، قرار يلزم الكفيل بالتسديد للمستفيد وقرار آخر يحرم الكفيل ذاته من فرصة طلب الاسترداد على الكفيل المقابل) يؤدي إلى إحباط المبرر الاقتصادي الأساسي لسلسلة الكفالات غير المباشرة.

(ج) إضفاء الطابع المحلي على استثمار في مشروع للبنية التحتية بهدف تحديد ما إذا كانت اتفاقية الإستثمار تطبق أم لا يختلف عن إضفاء الطابع المحلي لسندات غير مادية أو مقايضات. في الحالة الأخيرة، قد يستوجب الأخذ بعين الاعتبار عوامل ترابط معينة مع الدولة المضيفة لتحديد ما إذا كان الإستثمار المالي مرتبطاً إقليمياً بتلك الدولة.

(د) وضع دائني المصارف الواقعة في عجز في إجراءات التسوية يختلف عن وضع دائني الشركات، الذين يحملون ديوناً تبدو مماثلة ظاهرياً في ظل الأنظمة العامة للإعسار. في حين أن قرار الإنقاذ عن طريق الكفالة يجب أن يتسم بالإنصاف وبعدم التمييز وباحترام حق الدائنين والمساهمين في الإجراءات القضائية السليمة، يستلزم أن يتضمن تخفيضاً لقيمة الموجودات لإطفاء الخسائر أو المصاريف وإجراءات تحويل والتي تستلزم تقييماً على ضوء أهمية حماية النظام المصرفي في البلد وتجنب تمويل من القطاع العام للمصرف الواقع في العجز.

(هـ) إن تقرير ما إذا كان نظام العقوبات الاقتصادية الأجنبية ينطبق على نشاط مصرفي معين قد يستلزم تحليلاً مختلفاً عن ذلك الذي يتم عندما يستهدف نظام مماثل منشآت من القطاعات الأخرى. يجب أن يأخذ التعليل بعين الاعتبار التصفية اللازمة للدفعات بالعملة الأجنبية وحدها الناشئة عن المصرف حصراً من خلال مصارف مراسلة أجنبية. تبقى هذه الحالة بغض النظر عن جنسية ومحل إقامة المستفيد وعن شبكة الفروع الدولية للمصارف العالمية وعمما تفرضه العديد من البلدان من شروط على المصارف لمسك رأسمال مصان وهذا يجعلها أكثر عرضة للإبتراز المحلي ولإجراءات التنفيذ.

31 تجدر الإشارة الى أنه في بعض الأحيان، تقوم هيئات تنظيم العمل المصرفي بأخذ المبادرة بإقتراح آليات التحكيم في القطاع المصرفي. من الأمثلة على ذلك، مركز تسوية المنازعات المالية في هونغ كونغ الـ FDRC الذي تم إنشاؤه في أعقاب انهيار Lehman Brothers بمبادرة مشتركة من هيئة تنظيم العمل المصرفي المحلية (هيئة النقد في هونغ كونغ) والمؤسسة المحلية للتحكيم (مركز التحكيم الدولي في هونغ كونغ). وفي أماكن أخرى، إنبتقت المبادرة من هيئات مصرفية وطنية. من الأمثلة على ذلك، DIRIBAN الإسباني، وهي آلية شبه تحكيمية وضعت من قبل جمعية المصارف الإسبانية بدعم من البنك المركزي، تهدف الى تسوية المنازعات فيما بين أعضائها.⁹

32 وجد فريق العمل أن التحكيم الدولي في القطاع المصرفي والمالي موجود - في أشكال مختلفة ومجالات مختلفة من الأعمال - ولكنه لا يستخدم بإمكانية كاملة. ويبدو أن الاستخدام المحدود للتحكيم يعود لنقص الوعي بفوائد التحكيم الدولي في الدوائر المصرفية فضلاً عن وجهة النظر التقليدية بأن التحكيم ليس مناسباً لشرائح معينة من القطاع المصرفي.

33 خصائص الأعمال المصرفية والمالية. يشمل القطاع المصرفي والمالي العمليات غير القابلة للأخذ بنهج "حجم واحد يناسب الجميع". إن تمويل الصادرات، على سبيل المثال، يختلف عن المتاجرة بالأوراق المالية في السوق الثانوي. إن نهج ترجيح المخاطر في تمويل المشاريع التي تشمل أدوات الدولة، يختلف بشكل ملحوظ عن المعنى بالإقراض لقاء رهن عقاري. بالإضافة إلى ذلك، فإن جزءاً كبيراً من القطاع المصرفي لا ينطوي مطلقاً على الإقراض، كما عندما تقدم المصارف والصناديق المتخصصة خدمات إستشارية في مجال إعادة هيكلة الشركات، والإقراض السيادي وإدراج الأوراق المالية والخصخصة.

34 غالباً ما تشارك المؤسسات المالية في المعاملات التجارية كأية شركة أخرى. فتمتلك المنتجات، أو تؤمن خدمات، أو تستثمر في رأسمال شركات أخرى، أو توافق على الإنخراط في مشاريع مشتركة مع أطراف أخرى، أو تتاجر بمحافظ الأدوات المالية خاصتها، أو تخصص مستحققاتها الطويلة الأمد، أو تصدر أسهم للجمهور، وكل هذه العمليات هي عمليات تجارية شائعة له بعض الخصائص الخاصة بالأعمال المصرفية. إن التحكيم الشهير العائد لـ Bank for International Settlements في 2003 يخدم كمرجع في ذلك.¹⁰

9 من خلال مركزها الدولي للتسوية الودية للمنازعات، تقدم أيضاً غرفة التجارة الدولية إجراءات سرية وسريعة وفعالة من حيث الكلفة - معروفة باسم Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise (DOCDEX) - لتسوية المنازعات المتعلقة بأدوات التمويل التجاري. تصدر قرارات الـ DOCDEX باللغة الإنجليزية، عادة خلال شهرين أو ثلاثة، وتكون ملزمة للأطراف فقط في حال وافق جميعهم صراحة على ذلك، ولكن قرار الـ DOCDEX ليس حكماً تحكيمياً.

10 تم تأسيس بنك التسويات الدولية (BIS) في العام 1930 لتسهيل التعاون بين المصارف المركزية. بموجب نظامه الأساسي، تكون المنازعات بين البنك ومساهميته خاضعة للتحكيم. في سنة 2001، قررت جمعية عمومية لمساهمي BIS حصر ملكية الأسهم بالمصارف المركزية وإلغاء جميع شهادات الأسهم المملوكة من القطاع الخاص. اعترض المساهمون المستبعدون على التمن المعدد من قبل BIS للاسترداد الإلزامي لأسهمهم. خلال إجراءات التحكيم الناتجة عن ذلك والتي جرت تحت إشراف محكمة التحكيم الدائمة، حكمت هيئة التحكيم في مسألة التقييم السليم للأسهم الملغاة، وقد نشر الحكم التحكيمي الجزئي بتاريخ 22 تشرين الثاني 2002 والحكم التحكيمي النهائي بتاريخ 19 أيلول 2003 بالكامل على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدائمة للتحكيم (www.pca-cpa.org).

- 37 في السنوات القليلة الأخيرة، وجد عدد من أحكام التحكيم في موضوع الإستثمار أن أنواعاً مختلفة من الأدوات المالية تستحق إعتبارها للتأهيل بمثابة إستثمار يستفيد من الحماية المنصوص عليها في الاتفاقية ذات الصلة. تشمل الأدوات المالية التي تعتبر إستثمارات مؤهلة القروض البسيطة والصكوك القابلة للتداول والسندات السيادية وأسعار النفط التحويلي،¹² علماً أن تصنيف الإستثمار كمؤهل يعتمد على كل من بنود الاتفاقية ووقائع القضية التحكيمية. فالسندات السيادية إعتبرت إستثماراً مؤهلاً في ثلاث قضايا تحكيمية لـ ICSID لا رابع لها.¹³ وكذلك في إحدى القضايا أمام PCA الخاضعة لقواعد التحكيم في الـ UNCITRAL، إعتبرت الكفالة مصرفية كإستثمار مؤهل، بينما حُرمت من هذا التصنيف في قضية أمام ICSID.¹⁴
- 38 الأزمة المالية العالمية. تسببت الأزمة المالية العالمية لعام 2008 موجة غير مسبوقه من المطالبات من قِبَل المؤسسات المالية وضدها، كما وفيما بين المؤسسات المالية. وتراوحت أسباب هذه المطالبات بين إستيفاء الديون وإجراءات تنفيذ الرهونات العقارية ومطالبات من قبل مقترضين ومساهمين ضد المؤسسات المالية مسندة على الإهمال ومطالبات تنذر بمخالفة موجب العناية من قبل مستشاري المقرضين والمستشارين الماليين. وقد إعتمدت العديد من هذه المطالبات بالنيابة عن فئات معينة في وسط الإنفعالات التي تسببت بها الأزمة، رَحَب القليل من المؤسسات المالية، وخاصة في الخارج، بإحتمال صدور أحكام تحكيم عن محكمين. بالإضافة الى ذلك، كان من المعتقد أن إنعكاس تلك المطالبات الهائلة ستغذي إهتمام المؤسسات المالية بالتحكيم.
- 39 إستعراض القضايا التحكيمية المسجلة لدى مؤسسات التحكيم بين عامي 2008 و2010 يُشير الى زيادة طفيفة في عدد المطالبات التي من المرجح أن تكون نتجت عن الأزمة المالية. في إجاباتها على استطلاعنا، لم تبلِّغ مؤسسات التحكيم عن تغيير ملحوظ في نسبة قضاياها التحكيمية المتعلقة بمؤسسات مالية. ونحن نعتبر أن هذا الأمر يعود بشكل أساسي إلى أن العديد من مؤسسات التحكيم التي شملها الإستطلاع ليس لديها طريقة منهجية لتتبع هذه الأنواع من المطالبات.
- 35 تعتمد أساليب التمويل الحديثة للتمويل الإسلامي على التزام الأطراف بالنقيد بقواعد الشريعة. أعربت بعض محاكم الدول عن عدم الإرتياح في تطبيق قواعد ذات طابع ديني على معاملات مالية. لقد أصبح التحكيم الدولي راءداً في مفهوم القواعد القانونية غير النظامية المعتبرة بمثابة قانون مطبق في إطار العقود الدولية. إن المؤسسات ذات الخبرة، بما في ذلك غرفة التجارة الدولية، قادرة على تقديم منتدى أكثر ملاءمة جامع بين الخبرات الراقية لمحكميها المعتمدين والإلتزام بتقديم كامل فوائد البيئة القانونية التي إختارها الأطراف أصلاً عند إعتمادهم معاملات متوافقة مع الشريعة الإسلامية.
- 36 في جميع هذه الأمثلة، وفي العديد من غيرها، يحتاج التحكيم في القطاع المصرفي والمالي إلى تنظيم بما يتناسب مع الظروف الخاصة بالمعاملة قيد النظر. وفيما يأتيه توصيات بهذا الشأن.
- 36 التحكيم في الإستثمار والأدوات المالية. وجد فريق العمل ما لا يقل عن 47 قضية تحكيم في موضوع الإستثمار تتعلق بمؤسسات أو منتجات مالية خلال الثلاثين سنة الأخيرة (وذلك داخل وخارج نظام ICSID). وقد شملت محكمين أو محكمهم من أوروبا وأفريقيا وآسيا والأمريكيتين. تشير اتفاقيات الإستثمار عادةً إلى الأدوات المصرفية والمالية، وملاءمتها المتزايدة هي إحدى أهم أسباب نمو الإهتمام في التحكيم في الأوساط المصرفية. ليس فقط بإمكان المستثمرين في المصارف السعي وراء التعويض أمام هيئات التحكيم الدولية المحايدة (بالرغم من بند اختصاص حصري للمحاكم المحلية في عقد الإستثمار مع الدولة المضيفة)، بل لديهم أيضاً القدرة على الطلب من الهيئات التنظيمية المصرفية المحاسبة على معاملتهم بشكل تمييزي من قبل المصرف المستثمر المنظم، من خلال تقديم الإدعاء بأن المصرف حُرّم من حق المعاملة العادلة والمنصفة.¹¹ إن أنظمة إعادة إعتبار وتسوية المصارف الصادرة حديثاً في أوروبا قد تؤدي إلى التقدّم بمطالبات تؤكد إمكانية قيام المحكمين في موضوع الإستثمار بالدفاع عن حقوق دائتي ومساهمي المصرف المتخذ عن طريق الكفالة.

12 *Oko Pankki Oyj v. Republic of Estonia* (ICSID Case ARB/04/6) حكم تحكيم (19 تشرين الثاني 2007)؛ *Fedax N.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case ARB/96/3) حكم تحكيم (9 آذار 1998)؛ *Abaclat v. Argentine Republic* (ICSID Case ARB/07/5) حكم تحكيم عن الاختصاص والقبول (4 آب 2011). *Deutsche Bank v. Abaclat*.

13 *Abaclat; Ambiente Ufficio S.p.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case ARB/08/9) حكم تحكيم حول الاختصاص والقبول (8 شباط 2013)؛ *Giovanni Alemanni v. Argentine Republic* (ICSID Case, ARB/07/8) حكم تحكيم حول الاختصاص والقبول (17 تشرين الثاني 2014)؛ *Poštová banka, a.s. and ISTRKAPITAL SE v. Hellenic Republic* (ICSID Case ARB/13/8) (19 أيار 2015). *Poštová*.

14 *Joy Mining Machinery Ltd. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case ARB/03/11) حكم تحكيم عن الاختصاص (6 آب 2004).

11 انظر *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (ICSID Case ARB/09/2) حكم تحكيم (31 تشرين الأول 2012) *[Deutsche Bank]*؛ *Antoine Goetz v. République du Burundi* (ICSID Case ARB/95/3) قرار (10 شباط 1999) لقضية حيث أكدت هيئة تحكيم ICSID على اختصاصها الموضوعي في قضية تحكيمية ضد هيئة تنظيم مصرف محلي ولكنها لم تقرر تمويضات، انظر *Levy de Peru v. Republic of Peru* (ICSID Case ARB/10/17) قرار (26 شباط 2014).

- 40 وقد كان للأزمة المالية العالمية أيضاً تأثيراً كبيراً على المنازعات التنظيمية، ومن المتوقع أن يزداد هذا التأثير في المستقبل. إن تدابير الإنقاذ المالية التي توجب على الحكومات إتخاذها بهدف منع العجز العالمي للمصارف ذات الأهمية النظامية (G-SIBs) من الإنهيار، أدت غالباً إلى نزاع ملكية مزعومة أو إجراءات تمييزية تراكمت، في حالات خاصة، مع إخلالات مجادل بها لقوانين المساعدات الحكومية ولمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للإستثمارات الأجنبية. وقد تقدم حاملي ومودعي السندات المُنتزعة عن طريق الكفالة والدائنين العاديين ومساهمي المؤسسات المالية المؤممة (البعض منهم هم ذاتهم مؤسسات مالية) بمطالبات أمام هيئات التحكيم الناظرة بالإستثمارات وكذلك أمام المحاكم الوطنية فيما يخص هذه التدابير الحكومية.¹⁵ إن اعضاء الطابع المؤسسي على تدابير الإنقاذ عن طريق الكفالة في أعقاب نفاذ توجيهات البنك الاوروي لناحية الإنقاذ والتسوية¹⁶ قد تولد أيضاً مطالبات من قبل الدائنين والمساهمين المنتزدين من المحتمل تقديمها أمام هيئات التحكيم الناظرة في الاستثمارات.
- 41 تكشف المقابلات التي أجراها فريق العمل، أن معظم المؤسسات المالية ليس لديها خبرة وافرة في مجال التحكيم الدولي: 70% من الذين أجريت معهم مقابلة لم يكونوا على علم ما إذا كانت مؤسساتهم المالية قد شاركت في أية إجراءات تحكيم دولية في السنوات الخمس الماضية؛ 24% من المؤسسات المالية التي أجريت معها مقابلة كانت قد شاركت في عدد صغير من إجراءات التحكيم الدولي في السنوات الخمس السابقة مما يمثل 5% أو أقل من مجموع منازعات المؤسسة المالية؛ و6% من المؤسسات المالية التي أجريت معها مقابلة كانت قد شاركت في عدد أكبر من إجراءات التحكيم.¹⁷
- 42 تميل المؤسسات المالية إلى تفضيل التحكيم في الحالات التالية: (أ) الصفحة كبيرة أو معقدة بشكل خاص؛ (ب) للسرية أهمية؛ (ج) الطرف المقابل هو كيان مملوك من دولة؛ و(د) الطرف المقابل هو في دولة يصعب فيها الاعتراف بالأحكام الأجنبية أو حيث من المتوقع أن يكون تنفيذ حكم التحكيم بموجب إتفاقية نيويورك أسهل من تنفيذ حكم قضائي.
- 43 أجابت إحدى المؤسسات المالية أنه من الأرجح إخضاع نزاع ما للتحكيم عندما يؤمن الأطراف أن السرية التي يُقدمها التحكيم قد تُشجع على تسوية النزاع قبل إصدار حكم التحكيم. وقد ورد كمثال على ذلك، نزاع نشأ عن عملية إستحواذ صندوق تحوط لقسم من شركة تخضع للضغط التدريجي.
- أ) **أفضليات في اعتماد التحكيم**
- (7) **أحكام وتوجيهات عامة**
- 44 لم تكن لدى معظم المؤسسات المالية التي أجريت معها مقابلة أية سياسة داخلية أو توجيهات دقيقة بشأن اللجوء إلى التحكيم، ولكن العديد منها ذكر أنها تتخذ نهج مختلف وفق المنطقة (المناطق) المعنية. على سبيل المثال، أشارت إحدى المؤسسات المالية إلى أنها، لاعتبارات المصروفات، قد تلجأ للتحكيم فقط عندما يكون الطرف المقابل في دولة لا تعترف بالأحكام الأجنبية، أو عندما يكون الطرف الآخر كيان سيادي.
- (2) **التحكيم المؤسسي مقابل التحكيم غير المؤسسي**
- 45 فضّلت الكثير من المؤسسات المالية التي أجريت معها مقابلة التحكيم المؤسسي كون المؤسسات وضعت قواعد إجرائية وإعتادت الفصل بمنازعات معقدة وذات قيمة عالية. إن قواعد مؤسسات الـ ICC، LCIA، HKIAC وSIAC هي التي تُختار في أغلب الأحيان، علماً أنه يتم اختيار الإجراءات الخاصة وفق قواعد التحكيم أمام UNCITRAL من حين إلى آخر.
- 46 مقر التحكيم المختار في أغلب الأوقات هو بالترتيب الأبجدي للأحرف اللاتينية، جنيف، هونغ كونغ، لندن، نيويورك، باريس، وسنغافورة.
- 47 إن اللغة المختارة في الأغلب هي اللغة الأنجليزية.
- (3) **اختيار المحكمين**
- 48 تُفضل المؤسسات المالية عامة هيئات التحكيم المؤلفة من ثلاثة أعضاء حيث يتم تعيين الرئيس من قبل المحكمين المعاونين. إلا أنه، من المسلم به أن في الأمور البسيطة قد يكون من الأنسب تعيين محكم وحيد. إن المعايير التي تُعتبر مهمة عند اختيار المحكمين تشمل: التخصص والخبرة في القطاع، التواجد والتجاوب، الحسّ السليم، المهارات اللغوية، والإستقلال والحياد.
- (4) **بنود خاصة (تعدد المراحل، وعدم التكافؤ، والإستئناف)**
- 49 في الإتفاقات التي تشمل مؤسسات مالية، نادراً ما تُستخدم بنود تعدد المراحل (حيث نوع من التسوية الودية للمنازعات كالتفاوض أو الوساطة يسبق التحكيم). إلا أن الوساطة تعتمد غالباً، حتى من دون التزام تعاقدي مسبق.

15 Poštová; Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos v. Republic of Cyprus (ICSID Case ARB/13/27).

16 إن التوجيه رقم 2014/59/EU الصادر عن البرلمان الاوروي والمجلس في 15 أيار 2014 وضع إطاراً لإنقاذ وتسوية مؤسسات الإئتمان وشركات الإستثمار.

17 أشارت إحدى المؤسسات المالية التي تمّت مقابلتها أنها شاركت في أكثر من 100 إجراء تحكيمي، وأن هذه الإجراءات تجاوزت عدد إجراءاتها القضائية خاصة في الولايات المتحدة.

- 50 سبق أن تمّ بانتظام استخدام بنود غير متكافئة أو خيار أحديّ الجانب يسمح لطرف واحد إختيار محكمة مختصة (بما فيه التحكيم) بينما يكون الطرف الآخر مقيداً بإختصاص حصريّ محدد سلفاً، إلا أن ذلك أصبح أقل شيوعاً في الوقت الحاضر في مناطق معينة حيث تمّ الإعتراض على تنفيذها.¹⁸ ومع ذلك، فلا تزال تُعتبر هذه البنود هامة في نظر عدد من المؤسسات المالية التي تُعتبر أن التقاضي يوفر لها قدراً أكبراً من الضمانة القانونية.
- 51 ترى معظم المؤسسات المالية أن نهائية الحكم التحكيمي وأسباب الطعن به المحدودة تشكل ميزة له مقارنةً بالتقاضي امام المحاكم. إلا أن بعض المؤسسات المالية ترغب بأن يكون لها وسيلة للإستئناف في التحكيم على ألا يؤثر ذلك على الضمانة القانونية وأن يكون هناك إتفاق مسبق بين الأطراف يُحدد الظروف التي يمكن فيها لأحدهم الإستئناف وإتفاق بشأن المدة الإجمالية.
- ب فوائد التحكيم الملموسة
- 52 التنفيذ. كما هو الحال مع التحكيم بشكل عام، مسألة التنفيذ عبر الحدود هي ذات إعتبار هام في معظم القضايا التحكيمية المصرفية والمالية. وتعتبر العديد من المؤسسات المالية التي شملها الإستطلاع، أن قابلية التنفيذ طبقاً لإتفاقية نيويورك هي ميزة أساسية للتحكيم مقارنةً بالتقاضي امام المحاكم. وإن الحكم التحكيمي هو أكثر قابلية وسهولة للتنفيذ من الحكم القضائي. ومع ذلك، فقد أشارت بعض المصارف إلى أنها تواجه صعوبات عند تنفيذ أحكام التحكيم وذلك حتى في البلدان التي هي طرف في إتفاقية نيويورك. بالنسبة إلى القروض والتمويل في الأسواق النامية، ذكرت إحدى المؤسسات أن وكالات التصنيف تنظر بإيجابية أكثر إلى مستندات عملية تحتوي على إتفاق تحكيمي بدلاً من تلك التي تتضمن بنوداً يعطى الاختصاص لمحاكم الدولة.
- 53 الخبرات التقنية. يُنظر إلى القدرة على تعيين محكمين من ذوي الخبرة في قطاعات معينة على أنها ميزة رئيسية للتحكيم في الأعمال المصرفية والمسائل المالية. وقد أعربت العديد من المؤسسات المالية عن رأيها بأنه يجب على المحكمين أن يتمتعوا بالخبرة والمعرفة في القطاع المالي ذي الصلة. على الرغم من أن المحاكم في بلد المؤسسة المالية قد تكون في وضع جيد لإصدار أحكام قوية غير أن محاكم دولة الطرف المُقابل قد تفتقر إلى الخبرة المماثلة أو قد تثير مخاوفاً بشأن الحياد.
- 54 المرونة. إن المرونة الإجرائية هي ميزة أخرى للتحكيم بالنسبة للمؤسسات المالية، بما في ذلك القدرة على تكييف الإجراءات ولغة التحكيم وإختيار المحكمين وتقديم الأدلة، بما يتماشى مع إحتياجاتها. إلا أن القليل من المؤسسات المالية التي أجري المقابلة معها أظهرت وعي كامل للمرونة الهائلة التي يقدمها التحكيم أو لحجم المسائل الإجرائية التي يمكن للأطراف الإتفاق عليها قبل أو أثناء المحاكمة. وقد أكدت تلك المؤسسات المالية التي كانت مقتنعة بفوائد التحكيم بأنها سترحب بإعادة صياغة الإحتمالات التي يتيحها التحكيم (أي دليل المستخدم). وكما أشارت إليه إحدى المؤسسات المالية التي تفضل للتحكيم ف "إن المصرف يريد إجراءات وقواعد محددة بوضوح لمعاملته التجارية".
- 55 السرية. إن السرية هي، في كثير من الأحيان، عاملاً حاسماً في تفضيل المؤسسة المالية التحكيم الدولي على أن تكون محفوظة في قانون التحكيم المفروض بموجب قواعد المؤسسة القائمة بالإدارة أو مدرجة في إتفاق الأطراف. ومع ذلك، تعتبر السرية أيضاً غير مرغوب فيها في إطار أنشطة مصرفية معينة مثل المشتقات والإقراض المشترك حيث يُسعى إلى درجة واسعة من توحيد المعايير. والحاجة إلى سوابق تتفوق على مميزات السرية في تلك المجالات المصرفية والمالية حيث لها دوراً تلعبه. إن التحكيم وفق قواعد غرفة التجارة الدولية هو خاص ولكنه ليس سريراً صراحة، وبالتالي، إذا سعي الأطراف للسرية وجب إدراج نص بهذا الشأن في بند تسوية المنازعات.
- 56 النهائية. إن القدرة المحدودة للأطراف في إستئناف الحكم التحكيمي تعتبر عامة ميزة أخرى للتحكيم الدولي. خلصت إحدى المؤسسات المالية إلى أن السماح للطرف الخاسر الحصول على آلية إستئناف شبيهة بتلك الخاصة بالمحاكم سيحرم هذه الوسيلة من نهائيتها. وأشارت إحدى المؤسسات المالية الأخرى إلى أن نهائية التحكيم أمر مرغوب فيه شرط أن تُنفذ إجراءاته بنزاهة. وفي عكس التطورات الحديثة في كل من التحكيم الإستثماري والتجاري، أعربت بعض المؤسسات المالية عن إهتمامها في إستكشاف إمكانية إدراج آلية للإستئناف في التحكيم تكون خاضعة لموافقة جميع أطراف النزاع من خلال عبارات واضحة.

18 نرجو مراجعة مثلاً: المحكمة العليا البلغارية، 2 أيلول 2011، قرار رقم 71، قضية رقم CJSC Russian، المحكمة التجارية العليا الروسية (أرتيزاز)، 19 حزيران 2012، C.J.S.C. Russian، 1193/2010، No.1831/12، Resolution (19 حزيران 2012)؛ محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، 26 أيلول 2012، Mme X v. Banque Privée Edmond de Rothschild، 2012، Europe، No. 11-26.02 (علماً أن حكماً تحكيمياً فرنسياً صدر مؤخراً أكد أن بنود الاختصاص غير المتكافئة هي صحيحة طالما أن الخيار يتضمن معايير موضوعية لتحديد المحاكم المختصة؛ محكمة التمييز، الغرفة المدنية الأولى، رقم 14-16898 (7 تشرين الأول 2015)؛ راجع بوجه عام G. Affaki & H. Grigera Naón, Jurisdictional Choices in Times of Trouble (ICC, 2015).

- 57 **الحياد.** يُعتبر الحياد السياسي الملموس للتحكيم ذو فائدة للقطاع المصرفي خاصة للمنظمات المتعددة الجنسيات والمؤسسات الأخرى المُقرضة أو المستشارة لأطراف في دول نامية. إن تقديم المنازعات للتحكيم في مكان محايد وإن كان خاضعاً للقانون المحلي للشركة العميلة أو لهيئة قانونية محايدة، يشكل إفتراحاً أقل إثارة للجدل من تقديمها إلى المحاكم الإنجليزية أو النيويوركية، على سبيل المثال.
- ج **قيود التحكيم الملموسة**
- 58 **التدابير المؤقتة.** قليل من المؤسسات المالية تُبدرك أنّ قواعد غرفة التجارة الدولية - مثل قواعد معظم مؤسسات التحكيم الأخرى - أصبحت تنص على إجراء لتعيين مُحكم طارئٍ للنظر في طلبات تسوية مؤقتة قبل تشكيل الهيئة. كان يُنظر الى الحاجة للذهاب إلى المحكمة للحصول على تدابير مؤقتة قبل تشكيل هيئة التحكيم كإحدى عيوب التحكيم في القطاع المصرفي، وبالتالي فإن توفر إجراءات مُحكم العجلة سيُخفف هذا القلق. تظهر المؤسسات المالية وكأنها تكيّف بنود التحكيم الخاصة بها لمعالجة مسألة التدابير المؤقتة. وذكرت إحدى المؤسسات المالية أنّها اعتادت إختيار مقر للتحكيم مثل نيويورك ولندن وباريس وهونغ كونغ وسنغافورة، حيث يمكنها تأكيد توصلها إلى القضاء للحصول على تدابير مؤقتة.
- 59 **قرارات موجزة/غيابية.** إن القطاع المصرفي ما زال يرى سلبياً أمر عدم توفر التدبير الموجز في التحكيم (إلا إذا إتفق الطرفان على ذلك)، والذي من شأنه السماح بالحكم السريع بالمطالبات في القضايا التحكيمية السهلة. وكذلك، إن عجز المحاكم الملموس في إصدار حكم غيابي، حتى عند تخلف أحد الطرفين عن الظهور خلال الإجراءات، يُعتبر عيباً فيما يتعلق بالتكلفة والفاعلية. إلا أنه يمكن معالجة هذه المسألة، إذا قام الأطراف بالسماح صراحة لهيئة التحكيم بالبت بالطلبات، أو أي جزء منها، على أساس موجز. وبالمقابل، وفي غياب الإتفاق، يجوز لأي فريق أن يُقدم طلباً إلى هيئة التحكيم لممارسة صلاحيتها الممنوحة بموجب القانون المطبق أو القواعد المؤسساتية، للتعامل مع الطلب بطريقة معجلة أو محدودة. ومن المسلم به بشكل عام، أنه يمكن لهيئة السير بالقضية التحكيمية حتى لو تخلف أحد الطرفين عن المشاركة شرط أن يكون هذا الفريق قد أُخطر بالتحكيم بطريقة صحيحة.
- 60 **الضم.** فيما يتعلق بالمعاملات المعقدة التي تنطوي على عدة عقود، أعربت المؤسسات المالية عن قلقها من أن تجد نفسها في خطورة مقحمة بعدة إجراءات موازية، وإن كانت متصلة. إن التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية يخوّل أي طرف بأن يطلب ضم إجراءات تحكيمية منفصلة وعالقة وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 10 من قواعد غرفة التجارة الدولية. غير أن الضم لا يكون مفروضاً أو مطلوباً عندما ينصب المنطق الإقتصادي الكامن وراء المعاملة المصرفية في مصلحة عزلها عن مجموعة العقود المعنية. وهكذا يكون الحال، مثلاً، في سياق تمويل المشاريع حيث لا يُرتقب أن يكون لتنفيذ العقد أي تأثير على التزام شركة المشروع بالتسديد للمقرضين، ما لم يكن هنالك إتفاق أو ظروف معينة على عكس ذلك.
- 61 **وضع سوابق.** بصرف النظر عمّا هو الحال في مجالات الدمج والاستحواذ وإدارة الأصول والخدمات الإستشارية المصرفية، حيث السرية هي في غاية الأهمية، تعتبر بعض المؤسسات المالية النقص في السوابق من عيوب التحكيم. إن تكريس سوابق فيما يتعلق بالنماذج النمطية المتعارف بها دولياً، كإتفاقيات التسهيلات الإئتمانية لمؤسسة أسواق القروض (LMA) أو الإتفاقية الرئيسية للـ ISDA، هو أمر ذو أهمية حاسمة. إذا إتفق الأطراف، يمكن نشر الحكم التحكيمي الذي يكون عادةً سرياً (مع إمكانية التنقيح لتجنب الإفصاح عن معلومات حساسة). في القطاعات الفرعية، حيث من المهم ترسيخ سوابق، يمكن الإتفاق على قاعدة على نطاق واسع لهذا القطاع بإلزام المؤسسات بأن تشر، بموافقة الأطراف، أحكام تحكيمية منقحة. إن غرفة التجارة الدولية وغيرها من مؤسسات التحكيم تشر بإنظام أحكام تحكيمية منقحة، ما لم يحظر الأطراف ذلك صراحة.
- 62 **المصرفوفات.** في بعض الدول (تلك حيث الإجراءات القضائية تبلغ حدّها الأدنى - أي جلسات قصيرة، ودون إستجواب شهود)، يعتبر التحكيم أعلى كلفة من التقاضي أمام المحاكم. لتحقيق إدارة الإجراءات وخفض المصرفوفات بفعالية، يجوز للأطراف إعتقاد أسلوب أو أكثر من الأساليب المقترحة في تقرير اللجنة حول "التحكم في الوقت والمصرفوفات في التحكيم".
- 63 **انعدام الشفافية.** أعرب بعض من الذين أجريت معهم مقابلة عن قلقهم إزاء إنعدام الشفافية في التحكيم، وبالتحديد إزاء رؤية التحكيم كناد حصري. وإعترف بعضهم أنهم لم يشعروا بالراحة أو الطمأنينة عند "التنقل" في هذا العالم. وتجدر الإشارة، مع ذلك، إلى أن الشفافية أصبحت محور إصلاحات حديثة في غرفة التجارة الدولية التي قررت، مثلاً، نشر أسماء جميع المحكمين في القضايا التحكيمية المرفوعة بعد الأول من كانون الثاني 2016، شرط عدم معارضة الأطراف.

- 64 الإفلاس وتنفيذ الحقوق المضمونة. لا يمكن لهيئة تحكيم أن تباشر إجراءات الإفلاس أو أن تتجاهل قراراً صادراً عن المحكمة حول المباشرة بهكذا إجراء. كما أنه لا يحق لها أن تعين وكيل التفليسة أو أن تنظر فيما إذا كان وجود مطالبة من قبل دائن أمام هيئة التحكيم يعني من الحاجة إلى تقديم هذه المطالبة بواسطة وكيل التفليسة المعين من المحكمة. كما أنه لا يمكن لهيئة التحكيم أن تفرض غرامة على المدين المحمي بإجراءات تفليسة ما زالت عالقة، للتخلف عن دفع المبلغ الممنوح بموجب أمر مؤقت أو حكم تحكيمي. إلا أن المطالبات التعاقدية التي لم تتأثر بالوقف التي تفرضه إجراءات الإفلاس تكون قابلة للتحكيم بكل تأكيد، حتى ولو كان من الممكن أن يكون للحكم التحكيمي تأثيراً على صحة أو مقدار هذه المطالبات.
- 65 على سبيل المثال، تكون لهيئة التحكيم صلاحية الحكم بمسألة إستحقاق مطالبة أحد المصارف بوجه المقترض، حتى ولو كان المقترض خاضع لإجراءات الإفلاس. كما لها صلاحية النظر في ما إذا كان بدء إجراءات الإفلاس ضد شخص ما يجب أن يؤدي إلى أعمال بند الإعسار المتلازم المنصوص عليه في عقد القرض أو في العقد المتفرع عنه والحاصل مع طرف مرتبط. في الأساس، يمكن لهيئة التحكيم تأكيد صلاحيتها للنظر بجميع المسائل التي لا تدخل على وجه التحديد ضمن الإختصاص الحصري لمحكمة الإفلاس.
- 66 يتم التداول بالمشتقات على صعيد كل من تبادلات خاصة بالمشتقات (المشتقات المتداولة في البورصة أو ETD) والتبادلات خارج الوسائل الرسمية (البيع المباشر أو Over the counter أو OTC). ان تجارة المشتقات بواسطة البيع المباشر تشكل الجزء الأكبر من تجارة المشتقات. في نهاية العام 2014، كان لسوق التبادلات خارج الوسائل الرسمية قيمة إعتبارية بارزة بلغت حوالي 630 تريليون دولار أمريكي. وهذا هو مجال مهم من النشاط المالي، ويجدر البحث بالتالي بالخيارات المتاحة لتسوية المنازعات الناشئة عن المشتقات، وإذا أمكن، وبالتحسينات لمصلحة المشاركين.¹⁹
- 67 تشير معاملات المشتقات العديد من المنازعات، بما في ذلك تلك التي تشمل على: (أ) بعدم إدراك البيع أو إعطاء نصائح استثمار خاطئة. (ب) إحتساب جداول التسديدات والعقود المالية؛ (ج) حدوث ظروف معينة أو إحتساب التواريخ؛ (د) كمية ونوعية السلع؛ (هـ) مختلف الحقوق والإلتزامات المفروضة من قبل الإتفاق الرئيسي ISDA الذي يحكم معظم معاملات المشتقات المتبادلة خارج الوسائل الرسمية OTC.
- 68 شهد الإطار الدولي للتحكيم في منازعات المشتقات تطوراً. إن الإتفاق الرئيسي ISDA ينص تقليدياً على التقاضي أمام المحاكم الإنجليزية أو النيويوركية فيما خص منازعات المشتقات، إلا أن التحكيم يتم إعتماده أكثر وأكثراً كبديل مقبول للتقاضي أمام المحاكم. ويقدم دليل تحكيم ISDA لسنة 2013 معلومات وإرشادات عن تحكيم منازعات المشتقات، ويعرض على الأطراف عدداً من البنود النموذجية للتحكيم التي يمكن إدراجها في الإتفاق الرئيسي ISDA.²⁰ يمكن تسوية المنازعات وفق مجموعة من القواعد التحكيمية المؤسسية بعضها يحتوي على قواعد إجرائية خاصة مصممة من أجل النزاعات المالية.
- 69 المعرفة بالتحكيم تتطور أيضاً. إن المقابلات التي أجراها فريق العمل مع ممثلي المصارف والمؤسسات المالية التي تتعامل في المشتقات تشير إلى إزداد معرفتهم في التحكيم واستعدادهم لإستعماله، ولكن يبدو أيضاً أنه يمكن القيام بالمزيد من أجل تطوير هذا المسار أكثر. كما نوه من أجريت معهم المقابلات أنه في حين أن التحكيم في المشتقات هو وسيلة لتسوية المنازعات قل ما يلجأ إليها في أوروبا، إلا إنها تستخدم أكثر بين أطراف ينتمون إلى الأسواق النامية. وهذا ناتج بشكل أساسي عن: (أ) صعوبة تنفيذ أحكام المحاكم في عدد من الأنظمة القضائية في الأسواق النامية، و(ب) الإرتياح العام، حتى الآن، من تنفيذ قرارات المحاكم في أوروبا.

19 إن الإعتبارات المتعلقة بتحكيم منازعات المشتقات تنطبق أيضاً على أطر أخرى من الأسواق المالية، مثل أسواق رأس المال السهمي والديون. إلا أننا، ونظراً لأهمية منازعات المشتقات ولمطابقة الأسئلة الناشئة في كل من السياقين، فإننا ركزنا على الأولى.

20 انظر إلى <https://www.isda.org/a/6JDDE/isda-arbitration-guide-final-09-09-13.pdf>

- 70 إضافة إلى ذلك، ونظراً للتعقيدات المتلازمة لكثير من منتجات المشتقات، شدد الأشخاص الذين تمت مقابلتهم على أن توفر الخبرة المالية لدى صانعي القرار هو أمر حاسم على نتيجة نزاع. في هذا الإطار، يمكن أن يكون للتحكيم ميزة إضافية بالنسبة إلى التقاضي أمام المحاكم حيث لا يمكن للأطراف إختيار القاضي الذي سينظر في نزاعهم. كما أن قابلية الأحكام التحكيمية للتنفيذ قد يُفنع الأطراف أن يختاروا التحكيم لتخفيض المصروفات والحد من الإبهام المرتبط بإجراءات التنفيذ. بالرغم من أن المشتركين في الأسواق المالية يُقدرون ترقب وعلنية السوابق المتاحة، فإن السرية وإمكانية توفر الإجراءات السريعة لتسوية المنازعات هي عوامل مهمة قد تحمل الأطراف إلى إختيار التحكيم بدلاً من التقاضي أمام المحاكم عندما تسمح بذلك الظروف.²¹
- 71 رغم تباين آراء الأشخاص الذين أُجريت معهم المقابلات بشأن مميزات التحكيم في منازعات المشتقات، إلا أنهم كانوا على إستعداد، بشكل عام، لإخضاع تلك المنازعات للتحكيم إذا إقترح ذلك الطرف الآخر. وهذا أمر حاسم، إذ يتبين أن سبب أساسي لقلّة إعتياد اللجوء إلى التحكيم في المحيط الأوروبي هو أن التحكيم لم يصبح بعد خياراً إعتيادياً لتسوية المنازعات إنما خيار تأخذه المصارف والمؤسسات المالية بعين الإعتبار إذا عرض عليها في معاملات محددة.
- 72 في الوقت الحاضر، يقدم الإتفاق الرئيسي ISDA إطاراً لزيادة إستخدام التحكيم من قبل المصارف والمؤسسات المالية. تكمن المسألة في كيفية أخذ هذا الأمر إلى أبعد من ذلك - أي كيف يمكن تطبيق واستخدام هذا الإطار بسهولة أكثر وفي كثير من الأحيان.
- 73 للمؤسسات المالية والسياديين، عدة أنواع من الإتفاقيات التي تمكّن من اللجوء إلى التحكيم كألية لتسوية المنازعات. يركز هذا القسم على السندات والأدوات المالية التي تستخدم على نطاق واسع من السياديين، والتي توثق مئات المليارات من الدولارات من الائتمان الممنوحة للسياديين. قد يكون التحكيم متاحاً أيضاً كألية لتسوية المنازعات عندما يوقع السياديون عقود قروض، عقود ضمان القرض، العقود الإئتمانية، عقود الإستثمار الإدارية، وعقود المشتقات، اتفاقيات الشراء، واتفاقيات المساهمين، عقود السلع، وعقود الخدمات المالية مثل الخدمات المصرفية الإستثمارية. تتناول أجزاء أخرى من هذا التقرير العديد من هذه العلاقات، وهي غنية بالمعلومات، بالإقتران مع هذا القسم، عندما تكون المؤسسات السيادية معنيّة.²²
- 74 لتحديد طريقة الاستخدام الحالية للتحكيم الدولي في إطار التمويل السيادي، أعاد فريق العمل النظر في وثائقاً من سندات صادرة عن 92 حكومة سيادية.²³ تم إصدار 82 سند من أصل السندات السيادية الـ 92 المذكورة²⁴ بين سنوات 2010 و2015. وكان التحكيم متاح لتسوية المنازعات في 18 من أصل الـ 92 سند سيادي. مع هذه السندات الـ 18 التي تمثل 20% من عينة الـ 92 سند، فقد يكون إختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع في إطار التمويل السيادي أكثر انتشاراً ممّا هو متصورّ بوجه عام.
- 75 من أصل السندات السيادية الـ 18 التي نصت على اللجوء إلى التحكيم، 16 أتاحت التحكيم لحاملي السندات ولمصدرها، في حين أن السنتين المتبقيتين أتاحتا التحكيم فقط لحاملي السندات فقط. من هذه السندات السيادية عيبتها، سبعة أتاحت التقاضي لحاملي السندات فقط وستة أتاحت التقاضي للطرفين وخمسة إعتبرت التحكيم وسيلة وحيدة لتسوية المنازعات.
- 76 من بين المؤسسات المالية التي تتجاوز الخمسين والتي قابلها فريق العمل، 33 أجابت على سؤال حول ما إذا كانت المؤسسة المالية أكثر أو أقل ميولاً لإختيار التحكيم كألية لتسوية المنازعات في إطار عقد مع طرف سيادي.²⁵ من بين هذه المؤسسات الـ 33، أشارت 22 (أي 67%) إلى أنها أكثر ميولاً لإختيار التحكيم، بينما أشارت خمسة فقط (أي 15%) بأنها ستكون أقل ميولاً لإختيار التحكيم. وقد أشارت المؤسسات المالية الست المتبقية (أي 18%) بأنها تميل بالتساوي إلى إختيار التحكيم أو أن ميولها تعتمد على الظروف الواقعية للمقد.
- 77 قدم البعض ممن أُجريت معهم المقابلات تعليقات إضافية بخصوص العوامل التي تجعلهم أكثر ميولاً إلى إختيار التحكيم كالوسيلة المفضلة لتسوية المنازعات في إطار الإتفاقيات المعقودة مع طرف سيادي. إن العامل الذي استشهد به الأغلبية هو الحياد مقابل إمكانية تجنّب عرض النزاعات أمام محاكم النظام القضائي العائد للطرف السيادي، كما إمكانية تعيين محكمين من خارج نطاق نفوذ الطرف المقابل السيادي. تعكس العوامل الأخرى المشار إليها مميزات التحكيم الملحوظة عادة على صعيد عام: المرونة في عملية التحكيم، السرية، القدرة على تعيين محكمين ذو خبرة ذات صلة، وقابلية الأحكام التحكيمية للتنفيذ.

6 التمويل السيادي

21 وأفيد فريق العمل بأن المحامين المتخصصون في المنازعات التي تشمل المشتقات يعتبرون أن المؤسسات المالية، نظراً إلى المخاطر النظامية التي كثيراً ما تحملها معاملات المشتقات، ترغب في تسوية بعض هذه المنازعات خارج الإطار العام وذلك لتجنب أي تأثير على السوق، وفي مثل هذه الظروف تدرس هذه المؤسسات إمكانية إختيار التحكيم بموجب عقد تحكيم يعرض بعد نشوء النزاع.

22 هناك مصدر آخر مفيد بخصوص التحكيم الدولي الذي يشمل الأطراف السيادية هو تقرير اللجنة حول الدول، منشآت الدولة ومحكمة التحكيم الدولية (2012).

23 وجد فريق العمل أدلة قليلة نسبياً عن إجراءات تحكيم تجاري يتعلق بتمويل سياديين مقابل أدوات سيادية (مثل شركات مملوكة من الدولة).

24 لأغراض هذا التقييم، إن السندات التي تصدرها أوبولي وهونغ كونغ، كما والصكوك التي تصدرها ماليزيا، قد أدرجت كسندات سيادية.

25 انظر إلى الملحق الأول، السؤال 16، شمل الاستعلام العقود وبالتالي لم يقتصر على السندات.

78 في مجال التمويل السيادي، إنَّ السبب الأكثر إنتشاراً للنزاعات هو عدم الدفع. وفي مثل هذه الحالة، قد تكون خبرة هيئة التحكيم عاملاً أقل أهمية من إمكانية التحكم بأمد الإجراء الذي يكون له أكثر أهمية للمؤسسات المالية. في سياق نزاعات التمويل السيادي المتعلقة بعدم الدفع، قد يقدم التحكيم بين الدولة والمستثمر فوائد أقل من تلك التي قد يقدمها في سياقات أخرى.²⁶ لكن في النزاعات المالية السيادية الأكثر تعقيداً (مثل النزاعات حول الأساليب المستخدمة لإعادة هيكلة الديون السيادية)، قد تكون العديد من معالم التحكيم بين المستثمر والدولة، بما في ذلك المعاملة الوطنية الأكثر ملاءمة، ذات أهمية.

81 أولاً، نظر فريق العمل إلى خمسة مسائل إختصاص أساسية تطرح في قضايا التحكيمية ISDS تشمل مؤسسات مالية، أو مساهميتها و/أو أدوات مالية:

(أ) مسائل إختصاص موضوعي *ratione materiae*: وهي أثبتت في ما لا يقل عن 18 إجراء تحكيم إستثماري يشمل مؤسسات مالية، 16 منها أدت الى صدور "حكم تحكيمي بشأن الإختصاص" أو "حكم بشأن الإختصاص"²⁷، أو حكم تحكيمي مختلط يشمل الإختصاص والموضوع. إحتفظت الأغلبية الساحقة للهيئات بإختصاصها لناحية موضوع النزاع.²⁸

(ب) مسائل الإختصاص الشخصي *ratione personae*: قدمت إعتراضات على هذا الأساس في ما لا يقل عن 13 نزاع إستثمار، اثنان منها لا تزال عالقة.²⁹ في الكثير من الحالات، تناولت الاعتراضات مسألة ما إذا كان الطرف المستثمر فعلاً مستثمراً أجنبياً أو مجرد مستثمر محلي،³⁰ ولكن أثبتت أيضاً حجج بشأن قابلية المطالبة للإستمرار عندما تكون الجهة المحتكمة خاضعة للدولة وليست مستثمراً من القطاع الخاص.³¹

27 في مصطلحات تحكيم الاستثمار، يسمّى إجمالاً الحكم بشأن الإختصاص "حكم بشأن الإختصاص" إذا رُدت الاعتراضات المرفوعة وتمَّ النظر بالقضية التحكيمية من حيث الموضوع، و"حكم تحكيمي بشأن الإختصاص" إذا تمَّ قبول الاعتراضات المرفوعة ولم يتمَّ متابعة القضية من حيث الموضوع.

28 انظر إلى *ABC Investments Limited v. Republic of Tunisia* (ICSID Case No. ARB/04/12) [ABC Investments]; *Alex Genin and others v. Republic of Estonia* (ICSID Case ARB/99/2)، حكم تحكيمي بشأن الإختصاص (18 شباط 2011)؛ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case ARB/12/20)، حكم تحكيمي (25 حزيران 2014)؛ *[Blue Bank]; British Caribbean Bank Ltd v. Government of Belize* (PCA Case 2010-18, UNCITRAL Arbitration Rules) (الأول 2014)؛ *Československa obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic* (ICSID Case ARB/97/4)، حكم تحكيمي (29 كانون الأول 2004)؛ *[Československa obchodní banka]; Continental Casualty Company v. Argentine Republic* (ICSID Case ARB/03/9)، حكم تحكيمي (5 أيلول 2008)؛ *[Continental Casualty]; Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic* [Daimler Financial] (ICSID Case ARB/05/1)، حكم تحكيمي (22 آب 2012)؛ *[Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka Services]* (ICSID Case ARB/09/2)، حكم تحكيمي (31 تشرين الأول 2012)؛ *[Deutsche Bank]; Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States Hesham Talaat M.* (ICSID Case ARB(AF)/02/1)، حكم تحكيمي (17 تموز 2006)؛ *[Al-Warraq v. Republic of Indonesia (UNCITRAL Arbitration Rules)]* (حكم تحكيمي نهائي (كانون الأول 2014)؛ *[Hesham Talaat M. Al-Warraq]; Invesmart* (كانون الأول 2014)؛ *[BV v. Czech Republic (UNCITRAL Arbitration Rules)]* (26 حزيران 2009)؛ *[KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan (ICSID Case ARB/09/8)]*، قرار (26 حزيران 2009)؛ *[KT Asia Investment]; Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case ARB/03/5)، حكم تحكيمي بشأن الإختصاص (27 نيسان 2006)؛ *[Metalpar]; Oko Pankki Oyj, VTB Bank* (6 حزيران 2008)؛ *[ICSID Case (Deutschland AG and Sampo Bank Plc v. Republic of Estonia (ICSID Case ARB/04/6)]*، حكم تحكيمي (19 تشرين الثاني 2007)؛ *[Poštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic (ICSID Case ARB/13/8)]* (حكم تحكيمي (9 نيسان 2015)؛ *[Poštová]; Rafat Ali Rizvi v. Republic of Indonesia* (ICSID Case ARB/11/13) (حكم تحكيمي (16 تموز 2013)؛ *[Renee Rose Levy de Levi v. Republic of Peru (ICSID Case ARB/10/17)]* (حكم تحكيمي (26 شباط 2014)؛ *[Renee Rose Levy de Levi]; Valle Verde Sociedad Financiera S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case ARB/12/18) [Valle Verde]؛ قضايا تحكيمية *Blue Bank* و *Valle Verde* ما زالت عالقة.

29 انظر إلى: *ABC Blue Bank; Československa obchodní banka; Continental Casualty; Daimler Financial Services; Deutsche Bank; Hesham Talaat M. Al-Warraq; Invesmart; KT Asia Investment Group; Renee Rose Levy de Levi; Saluka Investments v. Czech Republic* (UNCITRAL Arbitration Rules) (حكم تحكيمي جزئي (17 آذار 2006)؛ *[Saluka]; and Valle Verde. Blue Bank and Valle Verde* الذي لا يزال عالماً.

30 انظر إلى *Renee Rose Levy de Levi and Valle Verde*

31 انظر إلى *Československa obchodní banka and Blue Bank*

7 التحكيم الإستثماري

79 إن التحكيم الإستثماري إزداد نمواً على مدى السنوات العشرين الماضية. هناك أكثر من 3000 إتفاقية إستثمار ثنائية (BITS)، تشمل عملياً كل بلد وتمنح حماية موضوعية للمستثمرين الأجانب يمكن الولوج إليها عن طريق التحكيم. لا يزال التحكيم في منازعات الإستثمار مسألة أساسية في مفاوضات الإتفاقيات المتعددة الأطراف بين الأمريكيتين ومنطقة آسيا-المحيط الهادئ (الشراكة عبر المحيط الهادئ TPP)، وبين الولايات المتحدة والاتحاد الأوروبي (شراكة المحيط الأطلسي للتجارة والاستثمار TTIP) وبين الاتحاد الأوروبي وكندا (الإتفاق الشامل للإقتصاد والتجارة CETA). تتضمن هذه المعاهدات أو إتفاقات الإستثمار الدولية (IIAs) عادةً الحق في المعاملة العادلة والمنصفة والمعاملة الوطنية الأكثر ملاءمة، وفي حظر المعاملة التعسفية أو التمييزية، وفي التعويض الإلزامي عن طريق تزع الملكية، وفي نقل الأموال بحرية عبر حدود الدولة المضيفة.

80 حلل فريق العمل الحماية الممنوحة بموجب إتفاقات الإستثمار الدولية وآليات لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدولة (ISDS) وأخذ بعين الاعتبار: (1) مدى قيام المؤسسات المالية بدرس الحماية التي توفرها هذه الآليات في الوقت الذي تتم فيه الإستثمارات أو فقط بأثر رجعي؛ (2) ما إذا كانت المؤسسات المالية والدول راضية عن المستويات الحالية للحماية الممنوحة في إتفاقات الإستثمار الدولية في ضوء الصياغة الحديثة للمعاهدات مثل CETA TPP، أو TTIP؛ (3) وما إذا كانت تُعتبر هيئات التحكيم التي تنظر الإستثمار متطورة بما فيه الكفاية للتوصل الى قرارات مناسبة. هذه الأسئلة هي ذات صلة وثيقة بالموضوع لأن إتفاقات الإستثمار الدولية يمكنها أو عليها أن تكون أدوات مفيدة للمؤسسات المالية حيث توفر حمايات موضوعية وإجرائية للجهات الإقتصادية الأجنبية في الدولة المضيفة.

عند التحليل بواجب المستثمر بإجراء تحرياته الخاصة عند القيام بالاستثمار (وفق العرف لدى المؤسسات المالية).³⁷ (4) قد تبتقي التوقعات من التزام مباشر من الدولة، (5) يجب ألا يتعرض المستثمر للتمييز عند التعامل معه (وهذا أمر مهم بشكل خاص في حالات الطوارئ المالية). (6) على الدول الإمتناع عن الإدلاء بتصريحات رسمية قد تثير ذعر بين المودعين وتفاقم خطورة الوضع المالي للاستثمار.

(ب) تتم التدرج من قبل مستثمرين في المؤسسات المالية بمطالبات بموضوع نزاع الملكية، على نطاق ثانوي وذلك لسبب أساسي وهو أن مطالبات المعاملة المنصفة والعادلة تبدو أكثر نجاحاً بالنسبة إلى الإستثمارات في المؤسسات والمنتجات المالية. ان العقبة المميزة التي يواجهها المحكمون هي أنه، من أجل المطالبة بنزع الملكية، على المستثمرين أن يبيّنوا أنهم حرّموا من قسم جوهري من القيمة الاقتصادية لاستثماراتهم نتيجة تدخل الدولة.³⁸ وفي الوقت عينه، من الصعب للغاية التمييز بين إنخفاض قيمة الإستثمار نتيجة هذا التدخل والإنخفاض في القيمة الناتج عن أزمات مالية بشكل عام.

83 ثالثاً، بحث فريق العمل ما مؤهلات الإستثمار. في الجوهري، هناك فقط خمسة اتفاقيات إستثمار تحكيمية متعلقة بمنتجات الديون السيادية وصلت إلى مرحلة حكم تحكيمي ملزم حول مسائل أساسية لهذا التقرير. إن الحكم تحكيمي المتعلق بـ Fedax كان خلال مدة 15 عاماً قراراً وحيداً بشأن الصكوك القابلة للتداول في السوق الثانوي، إلى أن تناول الحكم تحكيمي Abaclat المسألة ذاتها في ما يخصّ السندات الحكومية المجردة. لحقت ثلاثة أحكام تحكيمية متعلقة بالمسألة عينها حكم Abaclat وهي: Ambiente، Poštová، Alemanni.

84 في حين أن هذه الأحكام قد سببت نقاشاً حامياً، فإن الجدل ينحصر بشكل أساسي بمسألتين، هما: أولاً، ما إذا كانت السندات السيادية بشكل أوراق مالية مجردة تقع ضمن المعنى العادي لـ "الإستثمار" كما هو معرف في إتفاقية إستثمار ثنائية نموذجية؛ وثانياً، ما إذا كان على هذا المنتج، ولا سيما عندما يتم الحصول عليه في السوق الثانوي، أن يستوفي أيضاً معايير إختبار موضوعي يستتبع تحديد ما إذا كان الإستثمار مستحوذ على خصائص "إستثمار".

85 بالنسبة لاتفاقيات التحوط للسلع الاساسية (مشترق)، يبدو أنه يوجد قضية واحدة فقط، وهي قضية Deutsche Bank، تطرقت الى ما اذا كان يمكن تصنيف هذه الاتفاقيات بأنها إستثمارات محميّة.

(ج) مسائل الإختصاص الزمني ratione temporis: أثرت إعتراضات في سبعة نزاعات إستثمار على الأقل³² حول مطالبات زعم أنها نشأت قبل نفاذ المستند القانوني المعني أو بعد أن أصبحت الحمائيات المتدرج بها غير ملزمة للدولة الطرف في النزاع.

(د) مسائل الإختصاص المكاني ratione loci: أثرت هذه المسائل فيما لا يقل عن سبعة إجراءات تحكيم إستثمار.³³ كانت المسألة المطروحة تتعلق بما إذا كان الإستثمار محمياً أم لا وبالأخص ما إذا كان يمكن إعتبار النشاط أو الأداة الإقتصادية إستثماراً "ضمن منطقة" الدولة المضيفة وذلك لغايات الإختصاص. بالنسبة الى الأدوات المالية، إن تحديد ما إذا كانت الإستثمارات قد تمت فعلاً ضمن منطقة الدولة المضيفة قد يتضمن تقييم للقانون وللوقائع مبهمة. وقد ثبتت هيئات التحكيم على إعتقاد نهج وظيفي كلياً لتحديد أين يكون للإستثمار تأثيراً فعلياً على الدولة المضيفة، مع التركيز أكثر على النتيجة النهائية بدلاً من تقييم طبيعة الإستثمار بالذات. هذا إختبار مصمم خصيصاً للأدوات المالية ومناسب لحفظ الإختصاص.

(هـ) مسائل تتعلق بعنصر الإرادة voluntatis causae: تناولت خمس مسائل تتعلق بالمؤسسات المالية أو بمصالح في مؤسسات مالية إعتراضاً مستنداً إلى عدم وجود اتفاق على التحكيم،³⁴ إلا أن ما من هيئة، لغاية تاريخه، أعلنت عدم إختصاصها إستناداً لهذا السبب

82 ثانياً، ألتفت فريق العمل إلى مسائل موضوعية (غير إجرائية). المعياران الأساسيان المتدرج بهما من قبل المستثمرين في قضايا تحكيمية متعلقة بتدخل الدولة بالنسبة إلى مؤسسات مالية هما: (أ) المعاملة المنصفة والعادلة و(ب) حظر نزع الملكية.

(أ) إن المعاملة المنصفة والعادلة خاصة عن طريق حماية التوقعات المشروعة³⁵ هي المعيار الأساسي الذي تدرج به المستثمرون لحماية حقوقهم في الحالات التي تشمل مؤسسات مالية. ليس على المستثمر أن يتوقع الإستقرار القانوني المطلق (ذلك بالطبع، ما لم تكن الدولة قد عقدت التزاماً معيناً مع المستثمر)؛ وبشكل عام، لن يعرقل، بشكل غير معقول، حق الدولة في التنظيم.³⁶ وعلاوة على ذلك، وفيما يتعلق بالمعاملة المنصفة والعادلة: (1) يجب أن تكون التوقعات معقولة، (2) يجب أن تبتقي من بيئة الأعمال في وقت الإستثمار، (3) يؤخذ بعين الاعتبار سلوك المستثمر بالذات

انظر إلى ABCI Investments; Blue Bank; Continental Casualty; Daimler إلى Financial Service; Metalpar; Poštová; and Valle Verde. Of these, Blue Bank and Valle Verde والذي لا يزال عالماً.

33 انظر إلى Fedax N.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/96/3) [Fedax]; British Caribbean Bank; (1998) قرار (9 آذار 1998) [Fedax]; Československa obchodní banka; Deutsche Bank; Abaclat and others v. Argentine Republic (ICSID Case ARB/07/5). حكم تحكيمي بشأن الإختصاص والقبول (4 آب 2011) Ambiente Ufficio S.p.A and others v. Argentine Republic; (ICSID Case ARB/08/9) (8 شباط 2013); [Ambiente]; Argentine Republic and others v. (ICSID Case ARB/07/8) حكم تحكيمي بشأن الإختصاص والقبول (17 تشرين الثاني 2014).

34 انظر إلى ABCI Investments; Československa obchodní banka; Continental Casualty; Hesham Talaat M. Al-Warraq; and Metalpar.

35 Invesmart، (حكم تحكيمي 26 حزيران 2009)، فقرة 202.

36 Saluka، (حكم تحكيمي جزئي 17 آذار 2006)، فقرة 305.

37 Invesmart، (حكم تحكيمي 26 حزيران 2009)، فقرة 254.

38 R. Dolzer & C. Schreuer, Principles of International Investment Law, 2d ed. (Oxford, 2012)، ص 67.

- 86 رابعاً، حلل فريق العمل متى يمكن للنشاط التنظيمي أن يؤدي إلى مطالبة تحكيم استثماري. إن هذا التطور حديث نسبياً، وقد أثار إهتماماً داخل المجتمع المصرفي. هنا، يجب الأخذ ببعض العوامل الرئيسية:
- (أ) تخضع الهيئات المالية، في جميع البلدان تقريباً، إلى عدد هام من الأنظمة الداخلية، وذلك بسبب ضخامة حجم ميزانياتها ونشاط تلقيها الودائع وأهمية الدور الذي تلعبه في الاقتصاد. وبالتالي، تحديد متى يمكن أن يؤدي عمل تنظيمي ما إلى مطالبة تحكيم استثماري يتضمن، تقريباً دائماً، إجراء موازنة بين المصالح التنظيمية المشروعة والمصالح التي تعتبر غير مشروعة.³⁹
- (ب) غالباً ما تحمل الهيئات المالية وطأة أنظمة غير معدة خصيصاً لها إنما للإقتصاد بشكل عام. وعلى سبيل المثال، هذه هي الحالة في السيطرة على أسعار صرف النقد الأجنبي المفروضة في بلد معين.
- (ج) ففي بعض الحالات، يكون هناك تداخل بين الأعمال التنظيمية وبيع الأصول المالية من قبل سلطات الدولة. هذه الحالات غير مشمولة بالتحليل الحاضر رغم أنها غالباً ما تكون مرتبطة بالأنظمة.⁴⁰
- 87 نتيجة المصلحة العامة التي تخدمها التنظيمات المالية، أظهرت هيئات التحكيم الاستثماري إجمالاً إزعاجاً لما يُعتبر عمل تنظيمي مشروع يحق المؤسسات المالية.⁴¹ ومع ذلك، في بعض الظروف قد تعتبر الدولة مسؤولة عن الأعمال التنظيمية الخاطئة والتمييزية المرتكبة من أجهزة الدولة.⁴²
- 88 خامساً، لاحظ فريق العمل تغييرات حديثة في مدى ملاءمة ISDS لتسوية المنازعات بين المؤسسات المالية وأثر هذه التغييرات على احتمال اللجوء إلى التحكيم. نظراً إلى أن الكثير (إن ليس أغلبية) من إتفاقات الإستثمار الدولية قد أبرمت في وقت كانت الدول المستوردة لرأس المال حريصة على جذب الإستثمار الأجنبي المباشر، تطوّرت أنواع الإستثمارات الأجنبية المباشرة التي تتمتع بحماية إتفاقات الإستثمار الدولية من مجالات التققيب والنفط والغاز وقطاع الإنتاج (صناعة الطوب والإسمنت) التقليدية لتشمل الإستثمارات في المؤسسات المالية والمنتجات المالية.
- 89 ونتيجة لذلك، لا يخضع المستثمرون في المؤسسات المالية ومنتجاتها بشكل قاطع للحماية التي تقدمها إتفاقيات الإستثمار الثنائية (BITS) وإتفاقيات التجارة الحرة (FTAs) ذات الصلة. إن التعريف المبهم وغير الواضح لمفهوم إستثمار لم يردع المستثمرين من التقدم بمطالباتهم، إنما تسبب بغموض خاصة فيما يتعلق بتوقعية حماية إستثمارات المؤسسات المالية ومنتجاتها.

8 المسائل التنظيمية

- 92 في سياق المؤسسات المالية، يشمل مصطلح "المسائل التنظيمية" مجموعة واسعة من المواضيع بما في ذلك تطبيق وتنفيذ قواعد السلوك (rules of conduct) للقيام بالأعمال التجارية، وتنظيم المنتجات والأسواق المالية، والإشراف الوقائي. عند دراسة تحكيم المسائل التنظيمية التي تشمل المؤسسات المالية، ركز فريق العمل على ثلاثة مجالات وهي: (أ) تحكيم المنازعات التي تشمل الإخلالات التنظيمية، بين العملاء أو المستثمرين والمؤسسات المالية؛ (ب) استخدام التحكيم الإستثماري من قبل المؤسسات المالية أو مساهميتها للتوصل إلى تدابير إصلاحية للرد على زعم أن الأفعال التي إتخذتها الجهات التنظيمية غير صحيحة؛ (ج) مؤسسات التحكيم المتخصصة التي تدير بإجراءات تسوية النزاع بين العملاء والمؤسسات المالية.
- 93 **النتائج التجريبية.** كان للقليل من المؤسسات المالية خبرة في مجال تحكيم المسائل التنظيمية أو مسائل قابلية اللجوء إلى التحكيم. إحدى الشروح الممكنة لذلك هي أن المسائل التنظيمية غالباً ما تختص بمسائل النظام العام، وتتناولها تقليدياً الجهات التنظيمية عينها أو المحاكم في سياق دعاوى المرفوعة أمامها. ومع ذلك، فإن الأجوبة التي تلقاها فريق العمل توجي بإستعداد المؤسسات المالية إلى التفكير بالتحكيم في صدد المنازعات المتعلقة بالنتائج المدنية والمالية للإخلالات التنظيمية.

39 انظر إلى Renée Rose Levy de Levi، حكم تحكيم (14 شباط 2014).

40 انظر إلى Československa obchodní banka، حكم تحكيم (29 كانون الأول 2004).

41 انظر مثلاً إلى Continental Casualty ; Renée Rose Levy de Levi; Invesmart; and, Saluka، بشأن مسائل معينة لاسيما وقف تجارة سندات معينة.

42 انظر مثلاً إلى Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi (ICSID Case ARB/95/3); Valeri Belokon v. Kyrgyz Republic، وبخصوص أحكام تنظيمية معينة، لاسيما نهج الجهة التنظيمية في معالجة ديون المؤسسات المالية السيئة.

- 94 قابلية اللجوء الى التحكيم. بشكل عام، من المفترض أن تكون المنازعات المتعلقة بإتفاقات بين أطراف تكون إحداها مؤسسة مالية، قابلة للتحكيم مثل تلك المتعلقة بالاتفاقات التجارية الأخرى. إلا أن المطالبات المستندة على الإخلال بالأحكام القانونية المرتبطة بحقوق العامة أو بمصالح أطراف ثالثة، مثل قوانين الأوراق المالية، أثارت في الماضي مسألة مدى قابليتها للتحكيم. وحديثاً، سار الاتجاه لدى العديد من الولايات القضائية نحو الأخذ بقابلية التحكيم والبحث في الآثار المالية الناتجة عن نزاع مستند على مخالفة نظامية. وبالرغم من ذلك، هذا التأييد العام خاضع لبعض الإستثناءات التي تختلف بين ولاية قضائية وأخرى، وهي، إجمالاً، لا تطبق حصراً على المنازعات التي تشمل المؤسسات المالية. وقد تشمل هذه الاستثناءات مسائلاً كحماية المستهلك وحالات الإعسار، ويمكن أيضاً أن تتعلق بإعتبارات نظام عام.
- 95 التحكيم الاستثماري. في ضوء أهمية المصلحة العامة الكامنة وراء تنظيم المؤسسات المالية، من المتوقع أن تكون الأنظمة دقيقة وشاملة. وبناءً على ذلك، إن المطالبات في نطاق التحكيم الإستثماري المتعلقة بالإجراءات التنظيمية تميل إلى طلب موازنة بين المصالح التنظيمية المشروعة والمصالح التي تعتبر غير مشروعة. إن الخط الفاصل بينهما ما زال غير محدد بوضوح، ولكن يُلاحظ نوع من إذعان من هيئات التحكيم لممارسة "سلطات الشرطة". إنما أظهرت هيئات التحكيم درجة إذعان أقل بكثير للدول حيث يبدو أن الجهات التنظيمية اتخذت إجراءات تمييزية أو تعسفية فيما يتعلق بالكيانات المالية الأجنبية أو التي تخضع لرقابة أجنبية.
- 96 المؤسسات المتخصصة. لا يُعتبر التحكيم عادة آلية تسوية النزاع الملائمة لتحديد ما إذا كانت مؤسسة مالية قد أخلت بالأحكام التنظيمية.⁴³ تتم هذه التحديدات عادةً من خلال الإجراءات القضائية أو الإدارية. إلا أن التحكيم قد يوفر منتدى فعال لمعالجة العواقب المدنية لتلك للإخلالات، وقد يكون مفيداً بشكل خاص لتسوية المنازعات بين العملاء والمؤسسات المالية. هذه النقطة موضحة من خلال أليتان توفران بديلاً للتقاضي التقليدي وهما:
- 97 أولاً، إن الهيئة التنظيمية للقطاع المالي (FINRA) في الولايات المتحدة هي منظمة غير حكومية ذات تنظيم ذاتي، ومن بين الخدمات التي توفرها منتدى للفصل في المنازعات من خلال قواعدها التحكيمية. ويمكن للعملاء المبادرة (وهم يبادرون بذلك فعلاً) بإجراءات تحكيم لدى FINRA تتعلق بمطالبات مسندة إلى إخلالات تنظيمية بعضها يُشرك مؤسسات وساطة مالية هي جزء من مصارف كبرى. للـ FINRA إجراءات تحكيم محددة ومبسطة تعتمد على قيمة المطالبة. للمطالبات التي تتعدى مبلغ 100,000 دولار أمريكي، تفرض إجراءات FINRA جلسة استماع بحضور الأشخاص أمام لجنة مؤلفة من ثلاثة محكمين. للمطالبات الأصغر (بين 50,000 و100,000 دولار أمريكي)، يكون هناك عادةً جلسة يعقدها مُحكم واحد. أما القضايا التحكيمية التي تتعلق بمطالبات تصل إلى 50,000 دولار أمريكي، فهي تخضع لإجراء تحكيم مبسط بمقتضاه يتخذ المُحكم قراره في القضية التحكيمية على أساس مذكرات الأطراف ودون عقد جلسة استماع. يمكن الاعفاء من رسوم تقديم المطالبة في ضوء ثبوت وجود ضائقة مالية، والمطالبات التي يتم تسويتها (أو الرجوع عنها) أكثر من 10 أيام قبل تاريخ الجلسة قد تكون مؤهلة لإسترداد جزئي للرسوم. وبالتالي، فإن إجراءات FINRA المبسطة تتأثر بالكلفة، ما يجعلها مناسبة لتسوية المنازعات المستثمر الصغيرة.
- 98 ثانياً، يقدم مركز تسوية المنازعات المالية (FDRC) في هونغ كونغ خدمات الوساطة والتحكيم لبعض المطالبات الصغيرة للعملاء (لا تتعدى HKD 500,000 بما في ذلك الفوائد) بوجه المؤسسات المالية في هونغ كونغ. وتهدف قواعد الوساطة والتحكيم التي يطبقها الـ FDRC إلى تسوية المنازعات قبل مرحلة التحكيم.⁴⁴ إن المنازعات التي تتوافر فيها شروط التأهيل⁴⁵ تحال أولاً إلى الوساطة. إذا فشلت الوساطة وحده العميل يمكنه أن يقرّر المباشرة بإجراءات تحكيم ضد المؤسسة المالية المعنية، وموافقة المؤسسة المالية غير لازمة. تنص القواعد التي تطبقها FDRC على إجراءات تحكيمية مبسطة ضمن إطار زمني معجل. تتصل المنازعات من قبل مُحكم واحد. تتابع معظم القضايا التحكيمية فقط إستناداً إلى المستندات. يمكن للمُحكم أن يأمر بعقد جلسة للاستماع إلى الأشخاص، ولكن فقط إذا برزت الظروف ذلك، ويوافق الأطراف على تحمل المصروفات الإضافية المرتبطة بجلسة الاستماع. إن هذه

44 وفقاً للتقرير السنوي لعام 2015، أشرفت الـ FDRC منذ بدء عملياتها على مئة وثلاثة طلبات للوساطة، وثمانية فقط للتحكيم. يبدو أن النسبة العالية جداً من المطالبات التي تم الفصل فيها من خلال استخدام الوساطة أدى إلى إحالة طلبات قليلة إلى التحكيم حتى هذا التاريخ.

45 ليكون النزاع مؤهلاً، يجب أن تتوفر فيه معايير محددة من بينها ما يأتي: (1) أن يكون النزاع ذات طبيعة نقدية، (2) وأن ينطوي على مطالب لا تتجاوز HKD 500,000 (بما في ذلك الفوائد)؛ (3) وأن ينشأ عن عقد وقع أو نفذ في هونغ كونغ بين محكمة مؤهل ومؤسسة مالية، أو عن فعل أو تقاعس من قبل المؤسسة المالية فيما يتعلق بتوفير خدمات مالية للمحكمة المؤهل عندما تكون المؤسسة المالية قد تصرّفت كوكيل. يُعرف المدعي المؤهل بأنه الفرد أو المالك الوحيد الذي له أو سبق أن كان له علاقة عميل مع مؤسسة مالية أو تم تزويده بخدمة مالية. الرجاء مراجعة وثيقة المهمة لمركز تسوية المنازعات المالية (FDRC) فيما يتعلق بالمنازعات المالية (FDRS). تاريخ شباط 2014، المتوفرة على موقع FDRC الإلكتروني (www.fdr.org.hk).

43 في قسم التحكيم المتعلق بالاستثمار، يتناول هذا التقرير حالات عديدة حيث تم تقديم المطالبات من قبل مصارف أو المساهمين فيها فيما يتعلق بالمعاملة التمييزية أو غيرها من الانتهاكات الواجبات من قبل هيئة التنظيم المصرفي الوطنية في سياق أداء مهامها التنظيمية.

خبرة متزايدة في التحكيم في مناطق من العالم حيث غالباً ما يُستخدم التحكيم في صفقات تمويل المشاريع وفي سياق القروض المضمونة/غير المضمونة.

102 وعلى الأخص، تفضل المؤسسات المالية التحكيم على التقاضي أمام المحاكم، عندما ينوجد أحد الأطراف أو الأصول في ولاية قضائية تُعتبر غير موثوقة، ولا يمكن التوصل إلى إتفاق على اختيار محكمة يعتبرها الطرفان مقبولة.

103 في مجال تمويل المشاريع، يجذب التحكيم إهتماماً أكبر من مجالات التمويل الدولي الأخرى مثل التمويل التجاري، لأن تمويل المشاريع غالباً ما ينطوي على أطراف أصول تتواجد في/أو تخضع لولاية قضائية يعتبرها المقرضون غير ملائمة لتولي المنازعات التي قد تنشأ في مثل هذه المعاملات. هذه هي الحالة أيضاً عندما يكون تقاعس المقرض في مشروع القرض، هو النتيجة المباشرة لأعمال أو تقاعس من قبل المشاركين الآخرين في المشروع (مثل المقاول، والطرف الذي يحل مكانه).

104 على الرغم من أن اتفاقات القروض هي منفصلة عن عقود المشاركين الآخرين في مشروع، قد يكون تطبيق خطة فردية لتسوية المنازعات مفيداً للمقرضين عندما يكون إختيار محاكم دول منفصلة من شأنه أن يؤدي إلى تجزئة وحدة المشروع والتأخر في التدابير الفعالة. يسمح التحكيم للمقرضين بالموافقة على تسوية المنازعات متعددة الأطراف في منتدى تحكيم واحد. وفي الوقت عينه، يسمح لهم الاحتفاظ بحق عزل إجراءات التسديد من المسائل المتعلقة بالعقود التجارية المبرمة من قبل شركة المشروع.

105 في مجال التمويل التجاري، لم تعد الجهات الفاعلة في السوق تُظهر أي تفضيل واضح بين التقاضي أمام المحاكم التقليدية أو التحكيم. في حين يبدو أن تفضيل المؤسسات المالية للتقاضي التقليدي، والذي دام فترة طويلة، قد استبدل بالإعتراف بأن التقاضي قد لا يكون لمصلحتهم في كل الظروف.

106 في المعاملات المضمونة، تم التشكيك في فعالية التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المتعلقة بتنفيذ حقوق الضمان على المنقولات، إذ يرى البعض أن لا مهرب من تدخل المحكمة الوطنية. إلا أن الاعتقاد بأن المنازعات المتعلقة بإتفاقيات الضمان غير قابلة للتحكيم هو فاقد لأي أساس. إن أنواع قليلة فقط من الإجراءات الرامية إلى تنفيذ ضمانات تتطلب تدخل المحكمة (إن لم يتم تنفيذها طوعاً)، وإجمالاً، في هذه الحالات، لا جدوى من إختيار التحكيم. ولكن في كل حالة كانت فيها الضمانة قابلة للتنفيذ الذاتي، لا يكون من مبرر جوهري لإحالة المنازعات الناشئة عن هكذا ضمانات إلى محكمة وطنية بدلاً من هيئة تحكيمية.

الخصائص للتحكيم لدى الـ FDRC تؤدي إلى مصروفات مخفضة مما يجعل التحكيم في متناول مستثمرين الذين لا يمكنه تحمّل تمويل إجراءات طويلة أمام المحكمة أو أمام هيئة تحكيمية. من المرجح أن تجذب التزامات السرية الواسعة النطاق المطبقة في تحكيم الـ FDRC العديد من المؤسسات المالية لا سيما تلك التي ترغب في تجنب وضع/خلق سابقة أو حيث توجد مخاطر على السمعة.

9 التمويل الدولي

99 يشير التمويل الدولي إلى المعاملات بواسطة إتفاقيات قرض وتسهيلات ائتمانية (مع إستبعاد سندات الدين) أو تسهيلات كفالة غير ممولة حيث تكون الأطراف و/أو الأصول في عديد من البلدان.

100 يشمل التمويل الدولي ما يلي:

(أ) القروض الثنائية أو القروض المشتركة غير المضمونة والتي تنطوي على عدة مقرضين ممثلين بمصرف وكيل، مع احتمال وجود عدة طبقات من الممولين المحددة حقوقهم الخاصة من خلال ترتيبات فيما بين الدائنين.

(ب) القروض المؤمّنة أو المضمونة، الثنائية أو المشتركة، والتي تنطوي على أموال أو ضمانات من أصل أو فرع؛

(ج) تمويل المشاريع الذي ينطوي على قروض دون حق الرجوع إلى شركة المشروع (أي أنه لا يخلق حقوق تجاه الجهات الراعية ومؤمن الك الدرجة الأولى عن طريق التدفقات النقدية والأصول المادية العائدة للمشروع)، مع مقرضين لهم حق التدخل وتولي المشروع في حال تقاعس المقرض عن التنفيذ المناسب، و

(د) التمويل التجاري، والذي يشمل عادة:

- معاملات التمويل التجاري القصير الأجل (مثل خطاب الاعتماد، بما في ذلك خطاب الإعتماد المستندي وخطاب الاعتماد الاحتياطي)، و خطاب ضمان؛

- عقود العوامة/المصادرة/تمويل المستحقات، والتزامات التسديد المصرفية؛

- معاملات التمويل التجاري المتوسط الأجل (مثل تسهيلات إصدار خطاب الاعتماد المتجدد، تسهيلات بائع/مشتري قرض/كفالة، تمويل ما قبل التصدير، المشاركات والتأكدات الصامتة)؛ و

- أدوات التمويل التجاري المعقدة: إتفاقيات التبادل التجاري والمقاصة.

101 لاحظ فريق العمل تردد واضح للمؤسسات المالية في اللجوء إلى التحكيم في المعاملات المالية الدولية، حيث تُفضل التقاضي أمام المحاكم. إن هذا التردد هو أشد في القروض المشتركة وفي تمويل الأصول مما هو عليه في تمويل المشاريع الدولية في الأسواق الناشئة. لكن مؤخراً، كان هنالك إشارات عن تغيير أو تحوّل في المواقف. لا سيما أن لدى المقرضين المتعددي الأطراف ومقرضي التجار

مجالس الشريعة. إلا أن عواقباً قد تنشأ رغم ذلك، كما هي الحال في أية عملية تسوية المنازعات. يمكن إظهار النتائج الممكنة من خلال مقارنة قرارين أحدهما صادر عن المحاكم الإنجليزية والآخر في إطار التحكيم.

111 في الحالة الأولى المتضمنة اتفاقية تمويل مرابحة،⁴⁶ طُلب من المحكمة الإنجليزية تفسير بند متعلق بالقانون المطبق والذي نص على ما يلي: "مع مراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية المجيدة، تخضع هذه الاتفاقية وتفسر وفقاً لقوانين إنجلترا."⁴⁷ قضت المحكمة أن إيراد عبارة "وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية المجيدة" هو غير كاف لإدخال مبادئ الشريعة الإسلامية في إتفاق الطرفين، وبالتالي، إن التعامل هو خاضع للقانون الإنجليزي وليس للشريعة.

112 وأيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم⁴⁸ معتبرة أن الإشارة إلى الشريعة ليست بنبدأ قابلاً للتطبيق: [...] العبارات [الواردة في البند] تهدف ببساطة لإظهار مبادئ الدين الإسلامي التي يُخضع نفسه لها المصرف عند ممارسته أعماله، بدلاً من نظاماً قانونياً يتفوق على تطبيق القانون الإنجليزي الواجب التطبيق عند التحقق من مسؤولية الأطراف وفقاً لأحكام الاتفاق.

113 أما في الحالة الثانية المتعلقة بتنظيم تمويل إستصناع،⁴⁹ كان التحكيم الآلية المتفق عليها لتسوية المنازعات، وكان مكان التحكيم هو لندن، أما القانون الموضوعي الواجب التطبيق فقد حُدّد على النحو التالي: "يخضع النزاع إلى قوانين إنجلترا إلا في ما قد يتعارض مع الشريعة الإسلامية التي يعتد بها."

114 إن حكم التحكيم الذي نُفد في إنجلترا، أعطى مفعولاً للقانون الإنجليزي الذي اختاره الطرفان بقدر توافقه مع الشريعة. وقد أصدر المحكم، الذي كان خبيراً في القانون الإسلامي، حكماً تحكيمياً مالياً يتضمن أصل المبلغ والفائدة، ولكنه ردّ المطالبات بالتعويضات الإضافية باعتبار أن الأخذ بها يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية رغم توافقه مع القانون الإنجليزي.

115 إن الخطر المُحتمل بتجاوز المحاكم الإنجليزية إتفاق الأطراف على تطبيق الشريعة على نزاعاتهم يحمل جميع المشاركين في الصفقات المالية الإسلامية الى رد منافع عرض نزاعاتهم على المحاكم الإنجليزية. رغم ذلك، إن عدم تأكيد موقف المحاكم الإنجليزية يشجع اللجوء إلى التحكيم، وخاصة بالنسبة لأولئك المشاركين الذين تكون دياتهم الدافع الأساسي لمشاركتهم، وهم المودعون.

107 تحديد مدى جاذبية التحكيم في صفقة معينة يعتمد على الظروف الخاصة (أي نوعية المحاكم المتوفرة كبدل للتحكيم، والرغبة في التأكيد بأن أية دعوى ستقدم أمام محكمة وطنية محددة أو في تجنب محكمة وطنية محددة).

في المسائل التي تتعلق بإجراءات الإفلاس، يبقى حكم الهيئة التحكيمية بشأن التنفيذ خاضعاً للتقيّد بأحكام محكمة الإفلاس في المسائل التي يكون لها فيها إختصاص إلزامي وحصري (كصحة الضمانة التي مُنحت خلال فترة التوقف عن الدفع، والموافقة على بيان الديون المؤمنة)، وبالجدول الزمني المحدد لإجراءات الإفلاس (أي وقف التنفيذ على الأصول). لذلك، لا تكون حقوق الدائنين الثالثين مهددة مطلقاً نتيجة إختيار اللجوء الى التحكيم.

وبالتالي، فلا يكون السؤال ما إذا كانت المنازعات المتعلقة باتخاذ ضمانات أو بتنفيذ حقوق الضمانة المرتبطة بها قابلة للتحكيم، إنما ما إذا كان خيار التحكيم هو منطقي في الظروف وعلى ضوء أية خصوصيات في القانون المطبق.

10 المنازعات في التمويل الإسلامي

108 إن النمو الهائل الذي شهده التمويل الإسلامي في السنوات القليلة الماضية أدى إلى اتساع وتطور المنتجات المعروضة في التمويل الدولي. ومع ذلك، فإن إمكانات التحكيم الدولي في مجال عمليات وصفقات التمويل الإسلامي ما زالت كلياً غير مستغلة.

109 يمكن تعريف التمويل الإسلامي بأنه وساطة مالية مُنجزّة بطريقة متجزرة في المبادئ الإسلامية الأساسية. هذه المبادئ مُفصلة في الشريعة (القانون الإسلامي) التي تحدد الوسائل التي يمكن إتمام الوساطة المالية بواسطتها. تعتبر الوساطة المالية الإسلامية كشراكة، يخاطر بها جميع المشاركين ويتشاركون حصة في كل من الأرباح والخسائر. يقتضي متابعة الإمتثال بالشريعة في جميع مراحل عملية التمويل الإسلامية، وليس فقط في صدد جباية ودمج الأموال المتوفرة، وإنما أيضاً أثناء الإستثمار وتوزيع العائدات.

110 يعمل التمويل الإسلامي في مجال الأسواق المالية الدولية، وعليه بالتالي تقديم مُنتجات مالية تمتثل مع كل من الشريعة ومتطلبات العمليات في الأسواق المالية العالمية. لذلك، من الضروري الإمتثال بالشريعة والقوانين العلمانية التي تحكم الوساطة المالية، بالتزامن فيما يخص كل المنتجات المالية الإسلامية. وهذا قد يشكل تحديات ليس فقط لجهة كفاية رأس المال وإدارة المخاطر وحوكمة الشركات والشفافية والإفصاح، وإنما أيضاً لجهة تسوية المنازعات. يتم التحقق من الإمتثال بصورة مسبقة، مع مساعدة

Shamil Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceuticals Ltd, [2003] 46 EWHC Comm 2118.

47 Ibid, ص 1، فقرة 5.

Beximco Pharmaceuticals Ltd. v. Shamil Bank of Bahrain, [2004] 48 EWHC Civ 19، فقرة 54.

Sanghi Polyesters Ltd (India) v. The International Investor KCSC (Kuwait), [2000] 1 Lloyd's Rep. 480.

- 116 على المدى الطويل، يقتضي التركيز على وضع إطار قانوني شامل للتمويل الإسلامي من خلال تجميع وتقنين قانون العقود الإسلامي. أما على المدى القريب، فالخيار الآخر هو أن ينص الأطراف على تسوية المنازعات بواسطة التحكيم كلما رغبوا بأن تسود مبادئ الشريعة الالزامية. هذا يسمح أيضاً للأطراف بالتأكد أنه، خلال مرحلة تسوية النزاع، لن يُسمح بأي شيء قد يكون محظر بموجب الشريعة. بالتالي، يكون من المفيد توعية المودعين على مميزات التحكيم كآلية لتسوية المنازعات في مجال التمويل الإسلامي. كما أنه من الأساسي تدريب المهنيين الذين يمكن أن يكونوا معينين بحل النزاعات المالية الإسلامية.
- 117 في السنوات الحديثة، رُوّجت مؤسستان تحكيميتان صورتها كمؤسستين مناسبتين خصيصاً للمنازعات المالية الإسلامية. في العام 2007، أنشأت عدة مؤسسات للتمويل الإسلامي تقع بشكل أساسي في منطقة الشرق الأوسط، المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والوساطة (IICRA)، مقره في دبي، الإمارات العربية المتحدة. وأفيد بأن IICRA أدار عدداً قليلاً من إجراءات التحكيم ولكنه لم يحقق قبولاً واسع النطاق في مجتمع التمويل الإسلامي. في العام 2012، نشر مركز كوالا لامبور الإقليمي للتحكيم (KLRC) قواعده في التحكيم - للمنازعات الناشئة عن الاتفاقيات التجارية والمستندة إلى مبادئ الشريعة. تسمح هذه القواعد للأطراف بتحديد أي بلد كمقر للتحكيم. إلا أن ذلك لا يزال تحدياً على الصعيد العملي لأنهم لم يلقوا نسبة إقبال هامة خارج جنوب شرق آسيا. وتجدر الإشارة إلى أن قواعد غرفة التجارة الدولية تناسب تحكيم المنازعات المالية الإسلامية كما تناسب أي نزاع آخر متعلق بمؤسسات مالية.
- 118 ينظر معظم مؤيدي التحكيم في المنازعات المالية الإسلامية إلى التحكيم كوسيلة مناسبة للتأكد من أن قطاع التمويل الإسلامي يلبّي توقعات عملائه بالامتثال للشريعة. وهم غالباً ما ينتقدون عرف القطاع في اعتماد القوانين الانجليزية أو النيويوركية (واستبعاد الشريعة) كقوانين المطبقة على العقود، يقارعه الحجة بأنه سيكون لهذا العرف أثر سلبي على نمو القطاع إذ أن إرتياب العملاء سيزداد فيما يتعلق بتوافق عقودهم مع الشريعة. هؤلاء الأشخاص يناصرون تسوية المنازعات المالية الإسلامية من خلال تحكيم يجري من قبل محكمين مخولين البت بنزاع الأطراف وفقاً لكل من الشريعة والقوانين الوطنية (أي العلمانية) معاً.
- 119 يوجد سوابق بخصوص هذا النوع من التحكيم، كما يتضح من حكم المحكمة التجارية الإنجليزية الذي رفض طلب بطلان حكم تحكيم محكم في قضية *Sanghi Polyesters Ltd (India) v. The International Investor KCFC (Kuwait)*.⁵⁰ بالإضافة إلى ذلك، فإن كل من هيئتي IICRA و KLRC تعرضان لإجراءات تلحظ صراحة خضوع عقد الطرفين للشريعة إضافة إلى القانون الوطني.
- 120 إلا أنه يبدو أن الدفع لتعزيز التحكيم في المنازعات المالية الإسلامية قد حصل على مقدار ضئيل جداً من الاهتمام لدى المصارف الإسلامية والمؤسسات المالية الكبرى. وقد يكون منسوب، على الأرجح، لعدم وجود رغبة محتملة لديهم في أن يتم الفصل بمنازعاتهم وفقاً لأحكام الشريعة.
- 121 إن التحكيم العلماني هو أيضاً خياراً للصفقات المالية الإسلامية. في هذه الحالة، ينص أطراف معاملة تمويل إسلامي في العقد المبرم بينهما أن أي نزاع سوف يحال إلى التحكيم، ويشترط على المحكمين تطبيق القوانين الانجليزية أو النيويوركية فقط (مع استبعاد الشريعة). يبدو هذا الخيار ذو مميزات في الوقت الحاضر للأسباب التالية: (1) يمكن للطرفين أن يتفقا على إجراء التحكيم في ولاية تراعي التحكيم وتكون ملائمة لهما جغرافياً؛ (2) يمكن للأطراف اختيار محكمين من ذوي الخبرة العامة في المنازعات المالية؛ (3) من الأسهل تنفيذ حكم تحكيمي دولياً على عكس الحكم الصادر عن القضاء؛ و(4) التحكيم هي عملية مرنة يمكن تكييفها مع الظروف الخاصة للنزاع.
- 122 وفي العام 2010، أيدت ISDA والأسواق المالية الإسلامية الدولية (IIFM) خيار التحكيم العلماني بإطلاق الإتفاقية الأساسية للتحكيم IIFM/ISDA. تعطي المادة 13 (ج) من الاتفاقية الأطراف الخيار بين إنتقاء تحكيم غرفة التجارة الدولية مع مقر للتحكيم في لندن أو نيويورك، وتطبيق القانون الإنجليزي أو النيويوركي كقانون مطبق على النزاع. ولتبيد أي شك، ينص القسم 1 (د) صراحة أن القانون المطبق لا يشمل الشريعة الإسلامية.
- 11 المؤسسات المالية الدولية والمؤسسات المالية التنموية ووكالات الائتمان للتصدير
- 123 إن المؤسسات المالية الدولية (IFIs) ومؤسسات التمويل الإنمائي الثنائية (DFIs) ووكالات الائتمان للتصدير (ECAs) هم جهات فاعلة ذات أهمية في العالم المالي. غالباً ما تعمل هذه المؤسسات بشكل وثيق مع ممول القطاع الخاص (مثل المصارف التجارية) في تمويل المشاريع والصادرات. وكنتيجة مباشرة، تؤثر بشكل جوهري على وثائق التمويل، بما في ذلك آليات تسوية النزاع المستخدمة في الصفقات المالية الدولية.

- 124 إن المقابلات التي جرت مع المؤسسات المالية الدولية (IFIs) ومؤسسات التمويل الإنمائي الثنائية (DFIs) ووكالات الإئتمان للتصدير (ECAs) تدعم فرضية البحث الأساسية بأن هذه الهيئات غالباً ما تظهر اهتماماً بالغاً في اللجوء إلى التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات في إطار أعمالها. بالرغم من ذلك، إن التحكيم الدولي ليس آلية التداير الوحيدة المستخدمة. فقد يعتمد أيضاً خيارهم على الاستشارة القانونية المقدمة لهم بشأن مشروع معين أو حتى عقد معين.
- 125 إن واقعة أن معظم هذه المؤسسات ليس لها سياسة خطية حول اللجوء إلى التحكيم الدولي بدلاً من التقاضي التقليدي، أو العكس، تؤكد وتعكس هذا النهج المرن. من ناحية أخرى، تقترح النتائج المستخلصة إلى أن هذه الهيئات لديها فهم واضح لخصائص التحكيم الذي تفضل اختياره، مثل (في معظم الحالات) التحكيم المؤسسي عوضاً عن إجراءات غير مؤسسية، ثلاثة محكمين عوضاً عن واحد فقط، ومحكمين مع خبرة في موضوع النزاع مفاضلة لمحكمين لا يملكون مثل هذه الخبرة.
- 126 إن كل من المؤسسات المالية الدولية (IFIs) ومؤسسات التمويل الإنمائي الثنائية (DFIs) ووكالات الإئتمان للتصدير (ECAs) لها أهدافها الخاصة، وخصائصها التشغيلية، وتغطيتها الجغرافية وهيكلها المؤسسي. بالتالي، من المهم عدم تشكيل صورة نمطية تجمعها أو اعتماد النهج عينه لجمعها. وقد أظهرت الإستنتاجات الأساسية للمقابلات ما يلي:
- (أ) تميل المؤسسات المالية الدولية (IFIs) ومؤسسات التمويل الإنمائي الثنائية (DFIs) ووكالات الإئتمان للتصدير (ECAs) إلى القيام بعمليات أوسع في البلدان الناشئة، ما يؤدي غالباً إلى تفضيل التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات، وخاصة إذا كان نظام البلد المضيف لا يعترف بالأحكام الأجنبية، أو إذا كانت الأحكام الأجنبية تخضع لإعادة النظر بموضوع النزاع.
- (ب) كما أن المؤسسات المالية الدولية (IFIs) ومؤسسات التمويل الإنمائي الثنائية (DFIs) ووكالات الإئتمان للتصدير (ECAs) تولي اهتماماً أكبراً لحياد منتدى التحكيم، خاصة إذا كان الطرف المقابل سيادي أو كياناً مملوكاً من الدولة، فيعتبر عندئذ التحكيم الدولي وسيلة حيادية مقارنةً للتقاضي أمام المحاكم الوطنية؛ و
- (ج) بالنسبة إلى بعض المؤسسات المالية الدولية، إن وضعها كمؤسسات متعددة الأطراف متمتعاً بامتيازات وحصانات في البلدان التي تنتمي إليها، تلعب دوراً في اختيارها في اللجوء إلى التحكيم، إذ أنها ترى في ذلك وسيلة لحماية امتيازاتها وحصاناتها وتجنب الخضوع للإختصاص القضائي للمحاكم الوطنية.
- 127 إن عدم وجود آلية للإستئناف - ما يسمح بصدور حكم تحكيم نهائي بشكل أسرع - يعتبر أيضاً من مميزات التحكيم، إن يبدو أن العديد من المؤسسات المالية الدولية (IFIs) ومؤسسات التمويل الإنمائي الثنائية (DFIs)
- 128 باختصار، على الرغم من أنه لا يبدو أن للمؤسسات المالية الدولية (IFIs) ومؤسسات التمويل الإنمائي الثنائية (DFIs) ووكالات الإئتمان للتصدير (ECAs) العديد من قضايا التحكيم الدولي (ولا حتى منازعات قضائية في هذه المسألة)، فإن هذه الجماعات من المؤسسات المالية منفتحة نسبياً مقارنة بالمؤسسات المالية من القطاع الخاص (الخاص بالبحث) للموافقة على التحكيم الدولي كألية لفصل النزاعات وذلك لمختلف الأسباب التي تمت مناقشتها أعلاه.
- 129 إن إحدى خصائص الإقراض الدولي، التي لها تأثير جوهري على إختيار آلية تسوية النزاع، هي أن هذه المنازعات غالباً ما تشمل مطالبات نقدية تبعاً لتقاعس المقترض عن التسديد ونادراً ما تثير مسائل قانونية معقدة. ذلك قد يساعد في شرح التقاليد المتأصلة داخل بعض المؤسسات المالية - بما في ذلك بعض المؤسسات المالية الدولية (IFIs) ومؤسسات التمويل الإنمائي الثنائية (DFIs) ووكالات الإئتمان للتصدير (ECAs) - باختيار التقاضي أمام محاكم إنجلترا أو نيويورك لحسم المنازعات الناشئة عن صفقات وعمليات الإقراض الدولية.

12 المسائل الاستشارية

- 130 من خلال شعبها لتمويل الشركات، تقدم مصارف الإستثمار، بوجه عام، خدمات إستشارية لعملائها في مجالين رئيسيين: الاندماج والاستحواذ، وأسواق رأس المال السهمي. بعبارة بسيطة، إن عملية الاندماج والاستحواذ هي صفقة بيع أو شراء أعمال تجارية أو شركة من قبل شركة أخرى.⁵¹ من الناحية القانونية، قد تتخذ هذه الصفقات عدة أشكال، مثل البيع أو الشراء المباشر، أو الاندماج، أو تبادل الأصول، أو مناقصة عامة أو خصخصة.
- 131 تشمل هذه الخدمات معاونة العميل في جميع مراحل عملية الاندماج والاستحواذ، لحن (بأمل) وبما فيه إستكمالها بنجاح. تحقيقاً لهذه الغاية، يقوم المصرف بعدد من المهام قد تشمل، على سبيل المثال، إجراء تقييم للشركة المستهدفة، وإعداد وثائق التسويق (مثل الإعلان، أو مذكرة المعلومات)، ورصد غرفة البيانات، وتقديم نصائح للعميل خلال سير المفاوضات، والمعاونة في التواصل مع الهيئات التنظيمية والاتصال بها، أو القيام بدور المصرف المتكفل في إطار مناقصة الاستحواذ.

- 132 إلا أن ممارسة الاندماج والاستحواذ لا تتوقف عند هذا الحد. فالمؤسسات المالية تقوم أيضاً بدور البائع والشاري

51 إن قيمة الصفقات المعنية عالية جداً؛ بلغ نشاط الاندماج والاستحواذ العالمي (قيمة الصفقات) ما يقرب من 3.2 تريليون دولار أمريكي في العام 2014 و1.7 تريليون دولار أمريكي في النصف الأول من عام 2015.

التجارية بصلاحيات ومسؤوليات متساوية إلى حد ما في مفاوضة وتنفيذ وأداء الصفقات. في إدارة الأصول، يتعامل المصرفي في القطاع الخاص، عادةً، مع فرد أو أكثر (وأحياناً مع ممتلكات عائلية) وشركات صغرى ومتوسطة الحجم و/أو جمعيات لا تبغي الربح والتي يكون لها إجمالاً خبرة أقل في الاستثمارات المالية. في الاتحاد الأوروبي، إن الميل تجاه حماية المستهلك مُقْتَن في الإصدارات المتعاقبة للأسواق ضمن التوجيه المختص بالأدوات المالية والموجه لنطاق واسع من الإلتزامات إلى مؤسسات الائتمان (شركات الاستثمار) والمستتدة بشكل أساسي على التفرقة بين "أطراف متقابلة" و"عملاء محترفين" و"عملاء بالتجزئة". لهذه الظروف تأثير بالغ على المسائل التي يجري بحثها هنا.

138 أظهر الإستطلاع الذي قام به فريق العمل للمؤسسات المالية، أن التحكيم يُستخدم أقل ضمن قطاع إدارة الأصول. في بعض الحالات، كان توافر التحكيم غير معروف كلياً من الذين تمّت مقابلتهم. إلا أن هذه ليست الحال بالضرورة فيما يخص جميع المؤسسات والجهات الفاعلة في قطاع إدارة الأصول (مثل صناديق الاستثمار، وبيوت الاستثمار والمديرين، وعملاء القطاع الخاص). إن الفقه والمواد القانونية حول هذا الموضوع هي نادرة، والسوابق محدودة.

139 يبدو أن اللجوء إلى التحكيم تسوية المنازعات المتعلقة بإدارة الأصول يثير في المؤسسات التي أجريت معها مقابلات المخاوف والإهتمامات ذاتها المعبّر عنها فيما يخص التحكيم بشكل عام. إعتبر بعض الذين أجريت معهم مقابلات أن الروادع الأساسية هي التكلفة والإفتقار إلى السرعة وغياب السوابق القضائية (أي عدم وجود نظام راسخ للسوابق القضائية). ولكن البعض الآخر إعتبر أن للتحكيم بعض المميزات الهامة، بما في ذلك السرية والخبرة والتكاليف والسرعة المعقولة وإنتفاء آلية الاستئناف والتفويض على الصعيد العالمي.

140 تشمل منازعات إدارة الأصول، إجمالاً، مسائل إعادة التسديد والتدليس وإنتفاء العوض والغلط والاستدراج الخاطئ والإختلاس والقوة القاهرة/أعمال الحكومة وتغيير (ات) غير متوقع (ة) في الظروف وتغيير في الأنظمة. وفي الوقت ذاته، قد تثار أسئلة معقدة. على سبيل المثال، يمكن التساؤل ما إذا كانت أعمال المصرف، في حالة معينة، تندرج ضمن إطار الاتفاق بين المؤسسة والعميل وذلك إستناداً إلى المعنى الواضح للاتفاق المقروء وفقاً للعرف التجاري و/أو لتعليمات العميل الخاصة. وفي حال كان التوكيل محصور بـ "أدوات استثمار مصرفية إعتيادية"، فأى أدوات تعتبر كذلك؟ أسئلة أخرى قد تنشأ، وهي التالية: متى يكون الاستثمار معقول؟ هل كان هناك إشراف كاف على الأصول؟ هل وافق العميل على صفقة معينة أو مجموعة من الصفقات، أم قدّم تعليمات صالحة فيما يخصها؟ ما كانت كل من المضاعفات السلبية والإيجابية للصفقات المنفذة بطريقة غير صحيحة، وما كان تأثير هذه العمليات لو كانت المؤسسة قد نفذتها بعناية، أم لم تنفذها على الإطلاق؟

لحسابها الخاص. وفي هذه الحالة، تستعمل ممارسات الاندماج والاستحواذ والصفقات عند شراء أو بيع أقسام من أعمالها أو من الشركات التابعة لها. كما أن المصارف قد تتصرف كمستثمر في محفظة استثمار داخلية وتستخدم في هذه الصفقات الأساليب والمهارات عينها التي تمارسها في صفقات الاندماج والاستحواذ التي تديرها لزيائتها.

133 تشمل أنشطة سوق رأس المال السهمي بشكل رئيسي إعداد وتنفيذ الاكتتابات العامة الأولية (دعوة الجمهور إلى الاكتتاب من خلال لائحة أولية تسمى أيضاً IPO) أو إصدار أوراق مالية (مثل سندات الدين وصكوك الأسهم) مدرجة في الأسواق المنظمة، مما يسمح للمصدر بتحصيل الأموال. يمكن للخصصات أن تتم بهذه الطريقة.

134 في جميع هذه الأحوال، تُبرم المؤسسة المالية عدداً من العقود إما مع عميلها (بشكل أساسي من خلال إستخدام كتاب الإلتزام يغطي دورها كمستشار مالي مشار إليه في المهنة على أنها وكالة) أو مع الطرف المقابل (في حال وجود إتفاق أجري أصالة عن نفسها، ومثال ذلك اتفاقية شراء أسهم أو إتفاق مساهمين)، وتحتوي جميع هذه العقود، مما لا يثير الدهشة، على بند لتسوية المنازعات.

135 يبدو التحكيم الدولي مناسباً تماماً لعمليات الاندماج والاستحواذ وللعمل الاستشاري، نظراً لتعقيد المسائل التي تثيرها إجمالاً والحاجة المتكررة للسرية وطبيعتها الحساسة عادةً لجهة كل من التكلفة والسمعة وإمكانية صعوبة تنفيذ الأحكام القضائية. إن خبرة المؤسسات المالية المحدودة في إستخدام التحكيم يمكن أن تعزى إلى التكلفة (على الأقل في بعض الولايات القضائية) وعدم إمامها بالاجراءات.

13 إدارة الأصول

136 يمكن تعريف إدارة الأصول على أنها نشاط تمارسه أشخاص وشركات يديرون إستثمارات نيابة عن غيرهم أو يقدمون الإستشارة لهم بشأن استثماراتهم. حسب الظروف والدور الذي يلعب، قد تكون السلطة التقديرية متوافرة أم لا. في القطاع المصرفي والمالي، تهدف إدارة الأصول إلى توسيع محفظة العميل المالية بشكل ملحوظ عبر استخدام طريقة تجمع بين البحث والمقابلات والتحليلات الإحصائية للشركات وللأسواق وللأنماط. وهي تشمل أيضاً تقييم خيارات تمويلية وأساليب محاسبية للأصول من أجل تحقيق أقصى قدر ممكن لقيمة المحفظة المالية للعميل.

137 تتم إدارة الأصول عموماً من خلال وحدات الأعمال (أو الشركات) التي تختلف كلياً عن الأنشطة المصرفية الأخرى (مثلاً، الاندماج والاستحواذ). وقد تختلف أيضاً أنواع الأطراف المعنية. إن الأطراف في عمليات الاندماج والاستحواذ والتمويل التجاري، هي عادةً شركات تجارية (أي مصارف أو غيرها من شركات القطاع المالي) من جهة، ومن جهة أخرى، شركات صناعية وتجارية (شركات مدرجة في البورصة أو شركات كبرى أو شركات صغرى ومتوسطة الحجم). يتصف هذا النوع من العلاقة

141 هذه المسائل تُعزّز فكرة أن تسوية المنازعات في إدارة الأصول تشترط صانع قرار له مستوى كاف من المهارة (ات) والخبرة، قد يكون غير متوافر لدى محاكم العديد من الولايات القضائية حول العالم. للتحكيم القدرة على توفير صانع قرار تكون لديه الخبرة التي يحدد الأطراف أنها مرغوبة لصفقة ما أو لنزاع معين. كما يسعى التحكيم لضمان حياد صانع القرار، وهذا أمر مهم خاصة بالنسبة لمنازعات إدارة الأصول المتصلة بولائتين قضائيتين أو أكثر.

142 إن التحكيم مناسب بشكل مثالي لحماية سرية الإجراءات وسرية النزاع بالذات، وهذا أمر مهم بشكل خاص لمقدمي خدمات إدارة الأصول، الذين لا يرغبون في أن يتم الكشف عن هوياتهم خاصة في حالة وجود إخلال أو خطأ، كما وللعلماء الذين لا يريدون أن تكشف أوضاعهم المالية. وكما ذكر أعلاه، يمكن حماية السرية والحفاظ عليها من خلال تحليل دقيق للإطار التنظيمي، القانوني والمؤسساتي، المطبق على إجراءات التحكيم، ومن خلال صياغة بنود تحكيم وغيرها من الاتفاقات للتأكد من إمتثال جميع مراحل الإجراءات وجميع المشاركين بواجبات ومقتضيات السرية.

الملحق الاول

استطلاع موجّه إلى المؤسسات المالية التي أُجريت معها مقابلات لغرض التقرير

ملاحظات تمهيدية

إنّ الدارسة الإستقصائية/المقابلة ليست لغرض تسويق تحكيم غرفة التجارة الدولية على وجه التحديد، إنما للتأكد من آراء وخبرات المؤسسات المالية في التحكيم، لمختلف أنواع الاتفاقات. ونحن ندرك أن الأجوبة قد تختلف لأنشطة تجارية مختلفة، ونحن نأمل أن تتمكن من ضبط مختلف المقاربات.

(ب) هل قراركم بإدراج بند تحكيمي (أو اختيار مؤسسة تحكيم معينة أو شكل البند التحكيمي) يعتمد على أو يتأثر بأطراف ثالثين يلعبون دوراً في الصفقة (كفلاء وشركات تأمين ومقدمي خدمات تخفيض الائتمان، الخ)؟
(ج) ما هي، برأيكم، المميزات الرئيسية للتحكيم مقارنة بالتقاضي، والعكس أيضاً؟

ج صياغة بند تحكيمي

- 5 هل تؤيدون التحكيم المؤسسي أو الحرّ؟
- 6 هل سياستكم الداخلية تنص على تعيين مؤسسة تحكيمية معينة لإختيارها كأولوية؟ لماذا؟
- 7 هل لديكم تفضيل بالنسبة إلى طريقة اختيار المحكمين: توصية المحامي، معرفتكم الخاصة، قائمة مفروضة من الشركة، كتب دليبيه، وما إلى ذلك؟
- 8 هل تعتقدون أنه ينبغي تشجيع مؤسسات التحكيم على الاحتفاظ بقوائم محكمين من ذوي الخبرة المصرفية؟
- 9 هل تفضلون محكماً واحداً أو ثلاثة محكمين؟
- 10 كيف تختارون مقرّ التحكيم؟
- 11 هل تستخدمون بنود تسوية المنازعات على مراحل، وعند الإيجاب، ما هي الآليات التي تختارونها قبل التحكيم (مثل الوساطة)؟
- 12 هل لديكم أية مخاوف حول إمكانية اللجوء إلى المحاكم لاتخاذ تدابير مؤقتة عند إختياركم التحكيم؟
- 13 هل لديكم تفضيل للبنود غير المتكافئة التي تعطي المؤسسة المالية الخيار في تقديم المنازعات أمام التحكيم أو محاكم دولة معينة (على افتراض أن هذه البنود غير المتكافئة نافذة في قضاء الدولة المعنية)؟
- 14 هل أنتم ميّالون لتوافر آلية للإستئناف في التحكيم؟
- 15 هل إجاباتكم على الأسئلة أعلاه تتغير في حال كان الطرف المقابل في العقد المذكور سيادي؟ عند الإيجاب، من أية ناحية على وجه التحديد؟

أ خلفيّة/مقدمة

- 1 الرجاء التزويد بإسم مؤسستكم، وإسمكم ودوركم/وظيفتكم.
- (أ) هل يمكن تزويد أعضاء فريق العمل بجوابكم، أو على الإجابة أن تكون دون كشف المصدر؟
- (ب) هل يمكن ذكر اسم مؤسستكم في التقرير بأنها شاركت في الاستطلاع (دون نسبة أية تعليقات محدّدة)؟

ب النهج العام للتحكيم الدولي

- 2 هل لدى مؤسستكم سياسات أو توجيهات فيما يتعلق بآليات تسوية المنازعات للعقود العابرة للحدود؟ في حال الإيجاب، ما هي وهل هي مسجلة في وثيقة يمكن الاطلاع عليها؟ هل ان السياسات/التوجيهات تغيّرت على مدى السنوات الخمس الأخيرة؟ هل كان للأزمة المالية العالمية أي تأثير عليها؟
- 3 للمؤسسات المتعددة الأطراف/الدولية/المملوكة من الحكومة: هل لوضعكم كمؤسسة المتعددة الأطراف/الدولية/المملوكة من الحكومة يلعب دور في إختياركم التحكيم أو إستبعاده، أو إختياركم ولاية قضائية معينة؟
- 4 في أية ظروف يتمّ استخدام التحكيم الدولي من قبل مؤسستكم أو يتم اقتراحه من قبل الطرف المقابل عند التعامل مع مؤسستكم؟
- (أ) إذا كان إختيار التحكيم بدلاً من التقاضي يعتمد على طبيعة العقد، ما هي العوامل التي تعتبر مهمّة لتحديد آلية تسوية المنازعات (التقاضي أو التحكيم) الأنسب؟

- 16 في مثل هذه الحالة، هل ستكونون أكثر أو أقل ميلاً لاختيار التحكيم كآلية لتسوية المنازعات؟
- 17 هل من المرجح أن تقوموا بتعديل محتوى أو طبيعة البند التحكيمي لأية جهة كان لإعتبار أن العقد تمّ مع طرف مقابل سيادي؟
- 18 هل لديكم أية تعليقات أخرى على صياغة بند حل النزاعات؟
- د ادارة/ مشاركة في إجراءات التحكيم**
- 19 ما هو عدد قضايا التحكيم التي كانت فيها مؤسستكم طرفاً في السنوات الثلاث الى الخمس الأخيرة؟ كيف يمكن مقارنة ذلك مع التقاضي أمام المحاكم؟
- 20 في وضعكم الراهن، هل كان لديكم الفرصة للمشاركة في تحكيم كممثل لأحد الأطراف؟ هل قمتم يوماً بدور شاهد أو خبير؟ في مناصب سابقة، هل علمتكم كمستشار في تحكيم؟ عند الإيجاب (لأي مما سبق):
- (أ) ماذا تعلمت من تجربتكم في التحكيم مما قد يكون له تأثير على طريقة صياغتك لبند تحكيمي في المستقبل؟
- (ب) إذا سنحت لكم فرصة في المشاركة في اختيار محكم، ما هي توقعاتكم من ذلك المحكم؟
- (ج) في القضايا التحكيمية التي سبق أن شاركتكم فيها، هل كانت إجراءات القضية التحكيمية تلائم إحتياجات الحالة المعنية (مثلاً الإفصاح عن المستندات، إفادات الشهود والمرافعات الشفوية مع استجواب وردت كمسائل مسلّم بها، أم أنه في كل مناسبة تمّ النظر بما هو ضروري فعلياً لتسوية نزاع معين)؟
- (د) ما هي تجربتكم في تنفيذ الأحكام التحكيمية؟
- 21 أية تعليقات أخرى بالنسبة لإدارة اجراءات التحكيم؟
- هـ إعتبرات مستقبلية**
- 22 بنظركم، ما هي أهمّ العقبات التي يمكن أن تمنع مؤسستكم (أو المؤسسات المالية عامة) من اللجوء الى التحكيم الدولي؟
- 23 من أي نواحي يمكن تغيير أو تحسين اجراءات التحكيم لجعلها أكثر جاذبية لمؤسستكم؟
- 24 هل هناك خيارات محددة تود مؤسستكم أن تكون متوافرة في إجراءات التحكيم (مثلاً، إجراءات موجزة أو مستعجلة، إجراءات وساطة قبل إجراء تحكيمي، قواعد مختصة لإدخال أطراف ثالثة/ضم القضايا التحكيمية)، ويكون من شأنها تعزيز فرص قيام مؤسستكم بإدراج بند تحكيمي في إتفاق أو مجموعة إتفاقيات؟
- 25 هل لديكم أي تعليقات إضافية تعتبرونها أساسية للتوصية بإعتماد التحكيم لتسوية المنازعات مؤسستكم العابرة للحدود؟
- و التمويل التجاري**
- 26 في اتفاقاتكم المتعلقة بإدارة الضمانات واتفاقيات التخزين لدى طرف ثالث كجهة وديعة، هل لمؤسستكم تفضل بين الإجراءات التحكيمية والقضائية العادية؟ لماذا أو لم لا؟
- 27 هل لديكم أية تعليقات أخرى تعتبرون أنها قد تساعد في فهم موقف/إدراك مؤسستكم الحالي من التحكيم كآلية لتسوية المنازعات في مسائل التمويل التجاري التي تشمل مؤسستكم؟
- ز معاهدة إستثمار تحكيمية - بما في ذلك إتفاقيات التجارة الحرة**
- 28 هل أن مؤسستكم مملوكة من الدولة أم القطاع الخاص؟ هل تعمل ضمن ولايات قضائية مختلفة عن الجنسية التي ينتمي اليها المساهمون المتحكّمين بها؟
- 29 من وجهة نظر مؤسستكم، هل يمكن (أو ينبغي) أن تتأثر القواعد التنظيمية للكيانات المالية سلبياً بالحمايات التي يمنحها قانون الاستثمار للمستثمرين الأجانب؟
- 30 من وجهة نظر مؤسستكم، هل أن تقديم بعض المنازعات مع مستثمرين أجانب حول الأنظمة المالية أمام هيئات التحكيم الدولية للاستثمار، بعد صدور حكم من المحاكم المحلية، هو مفيد أو مضرّ للنظام المالي حيث تعمل مؤسستكم؟
- 31 هل تعتبرون أن هيئات التحكيم الدولية للاستثمار التي تتعامل مع منازعات متعلقة بالأنظمة المالية، هي أكثر ميولاً للفصل لصالح المستثمرين الأجانب أو لصالح الجهات السيادية؟
- 32 هل تعتبرون أن هيئات التحكيم الدولية للاستثمار متطورة بما فيه الكفاية للتوصل إلى أحكام عادلة وملائمة في مسائل متعلقة بالأنظمة المالية؟ هل من المحتمل أن تكون هيئات تحكيم ICSID أفضل استعداداً من هيئات تحكيم أخرى للتعامل مع تلك المسائل نظراً لكون ICSID جزء من مجموعة البنك الدولي؟
- 33 يرجى تقديم أي تعليقات أو أفكار قد ترغبون في مشاركتها حول الرغبة أو المساوى من تقديم منازعات تتعلق بمسائل تنظيمية مالية بين الدول والمستثمرين الأجانب امام التحكيم الاستثماري.

		ح منازعات تنظيمية
	المؤسسات الموقّعة عن طريق التحكيم ما لم يتمّ الإنسحاب منها، على وجه التحديد، في صفقة معيّنة؟	
48	هل هناك أية منازعات بين المؤسسات المالية تعتقدون بأنها لا تصلح للتحكيم؟	34 هل ترون دوراً للتحكيم في تسوية المنازعات الناشئة عن إخلالات (أو إخلالات مزعومة) للأحكام التنظيمية في قطاع الخدمات المالية؟
49	هل هناك أية اعتبارات أخرى ترونها مهمة لتوصية التحكيم لتسوية المنازعات بين المؤسسات المالية؟	35 وفي حال الإيجاب، فهل ان ذلك يقتصر على التعامل مع النتائج المدنية أو المالية للإخلال النظامي لعميل أو مستثمر، أو يمكن أن يكون أوسع من ذلك؟
ي المشتقات والمنتجات المنظمة		
50	هل تستخدم مؤسستكم الاتفاقية الرئيسية للجمعية الدولية للمقايضات والمشتقات ISDA أو اتفاقات رئيسية محلية أخرى للانخراط في عمليات المنتجات المنظمة والمشتقات؟	36 هل واجهتم مسائل حول القابلية للتحكيم فيما يتعلق بنزاعات في قطاع الخدمات المصرفية والمالية؟ وفي حال الإيجاب، في أية مجالات موضوعية؟
51	هل تتضمن الوثائق التعاقدية العائدة لمؤسستكم والمتعلقة بالمنتجات المنظمة والمشتقات بنوداً، إلزامياً أو اختيارياً، لتسوية المنازعات عن طريق التحكيم؟ لماذا؟	37 هل لديكم أية خبرة للتحكيم فيما يتعلق بهكذا منازعات؟
52	لأي نوع من المنتجات المنظمة والمشتقات تضع مؤسستكم بنوداً تحكيمية؟	38 وفي حال الإيجاب، هل تمّ المباشرة بالتحكيم على أساس بند تحكيمي في عقد أو اتفاق تحكيمي مبرم بعد نشوء النزاع؟
53	هل أن التحكيم مُدرج في العقود مع فئات محددة من العملاء فقط؟ عند الإيجاب، مع أي أنواع من الأطراف المقابلة، بما في ذلك من حيث مكان وجودهم، توقعون بنود التحكيم؟	39 هل كان التحكيم مؤسساتي أو حرّاً/غير مؤسسي؟ إذا كان التحكيم مؤسساتي، أي مؤسسة أدارت الإجراءات؟
54	هل البند مبني على نموذج بند تحكيمي (مثل نموذج دليل التحكيم 2013 للاتفاقية الرئيسية للجمعية الدولية للمقايضات والمشتقات ISDA)؟	40 هل كان التحكيم طريقة مُرضية لتسوية هذا النوع من النزاع؟
55	كيف يتم هيكلة البند؟ هل هو إلزامي أو اختياري؟ هل هو على مراحل؟ أي مؤسسة تحكيم يتمّ اعتماد قواعدها؟ ما هو المقر الذي يُعتمد للتحكيم؟	41 في هذا السياق، ما كانت مميزات وعيوب التحكيم مقابل التقاضي أمام المحاكم؟ (يرجى التطرق لمسائل مثل مستوى خبرة المحكمين، وكفاية وملاءمة الإجراء، الوقت والمصروفات، توافر تدابير مؤقتة، وتنفيذ حكم هيئة التحكيم).
		ط منازعات بين المصارف
56	هل هناك أي عامل أو مسألة بالتحديد من شأنه أن يجعل مؤسستكم تنظر إلى التحكيم كخيار مناسب؟	42 عندما تتعاقد مؤسستكم مع مؤسسة مالية أخرى (مصرف آخر أو صندوق استثمار، أو صندوق إستثماري خاص، صندوق ثروة سيادية، وما إلى ذلك)، هل تختارون (أو زملائكم)، بشكل عادي، التحكيم كآلية لتسوية المنازعات؟ عند النفي، لماذا؟ وعند الإيجاب:
57	هل أنتم على علم بنموذج دليل التحكيم للاتفاقية الرئيسية للجمعية الدولية للمقايضات والمشتقات وبنود نموذج التحكيم الاختياري للاتفاقية المذكورة (الذي استبدل القسم 13(ب))؟	43 هل لدى مؤسستكم سياسة عامة معتمدة لاستخدام التحكيم في المنازعات مع المؤسسات المالية الأخرى؟ وإلا، هل ان قرارات اللجوء إلى التحكيم تتخذ في كل حالة على حدة؟
58	هل شاركت مؤسستكم يوماً في إجراءات تحكيم متعلقة بالمشتقات وغيرها من المنتجات المُهيكلّة؟ ما عدد الحالات تقريباً؟	44 ما هي العوامل ذات الصلة التي تأخذونها بعين الاعتبار لتحديد الآلية المناسبة لتسوية المنازعات بين المؤسسات المالية؟
59	ما هي المشتقات والمنتجات المنظمة التي تتعلّق بالتحكيم؟ وفق أي قواعد أُجري التحكيم؟ وفي أي مكان؟	45 هل تختارون إجمالاً التحكيم المؤسساتي أو الحر/غير مؤسسي كآلية لتسوية المنازعات؟
60	ما كان رأيكم في الاجراءات (سرعة الاجراءات، خبرة المحكمين، مصروفات التحكيم، وأية ناحية أخرى من الإجراءات)؟	46 ما هي العوائق الأساسية التي تحول دون أن يكون التحكيم الوسيلة المفضّلة لتسوية المنازعات بين المؤسسات المالية؟
61	هل ستلجؤون مجدداً الى التحكيم في نزاع يتعلق بمشتقات أو منتجات مُهيكلّة؟	47 هل تأخذون بعين الاعتبار اتفاقات التحكيم الثنائية أو متعددة الأطراف بين مؤسستكم وغيرها من المؤسسات المالية، التي تنص على وجوب فصل جميع المنازعات بين
62	هل تعتقدون أن إجراءات التحكيم مفيدة لتسوية المنازعات المتعلقة بالمشتقات والمنتجات المنظمة بشكل عام؟	

- 63 ما هي مميزات وعيوب التحكيم في هكذا منازعات؟
- 64 هل هناك أية مشتقات أو منتجات منظمة بالتحديد، ترون بأن التحكيم مفيد بشكل خاص بشأنها (مثل المقايضات، والخيارات، والعقود المقدمة والأجلة، والمشتقات الائتمانية)؟ عند الإيجاب، أي منها، ولماذا؟ هل تفضلون فصل نزاعكم التالي المتعلق بالمشتقات/التمويل المنظم بواسطة التحكيم أو المحكمة؟
- ل إدارة الأصول والقطاع المصرفي الخاص**
- 70 هل تعتقدون أن الصفة والطبيعة الخاصة لإدارة الأصول والخدمات المصرفية الخاصة لها تأثير هام على إنتقاء نوع تسوية النزاع، أي التقاضي أمام المحاكم الدولية أو التحكيم؟
- 71 هل أن الخدمات الاستشارية والسلطة التقديرية لإدارة الأصول/للقطاع المصرفي الخاص تثير أية مخاوف خاصة، وهل تلعب دوراً عند اتخاذ القرار باللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات بدلاً من التقاضي؟
- 72 هل تتصحبون بالتحكيم كنظام ملائم لتسوية المنازعات المتعلقة إدارة الأصول/وبالقطاع المصرفي الخاص: بين شركات استثمار أو مع عميل محترف أو طرف مقابل مؤهل؛ بين شركة استثمار و عميل بالتجزئة؟
- 73 هل لديكم أية تجربة في التحكيم فيما يتعلق بأي من الأمور التالية الناشئة عن خصوصيات إدارة الأصول/والقطاع المصرفي الخاص:
- وحدات أعمال (أو شركات) تُدار بصورة منفصلة عن الأنشطة المصرفية الأخرى (مثلاً، الدمج والاستحواذ)؛
 - الحاجز المعلوماتي "Chinese wall" لتجنب تضارب المصالح، أو أية إجراءات أخرى لضمان سرية العمليات؛
 - صلاحيات ومسؤوليات غير متوازنة في التفاوض وفي تنفيذ وأداء الاتفاقات بين المصارف أو غيرها من شركات القطاع المالي، من جهة، والشركات الصناعية أو التجارية (الشركات المدرجة في البورصة، أو الشركات الكبيرة أو الشركات الصغرى والمتوسطة الحجم)، من جهة أخرى؟
- هل أن الإهتمام بحماية الطرف الأضعف له أي تأثير على إدراج بنود تحكيم اختيارية أحادية الجانب أو بنود اختيار المحكمة من طرف واحد؟
- 65 كوسيلة لتسوية المنازعات في:
- صفقات الإقراض المضمون؟
 - صفقات تمويل المشاريع؟
- 66 هل هناك أية ظروف محددة (طبيعة الصفقة، موقع المشروع أو الأطراف، طبيعة/موقع مقدم الضمانة، الخ) تثير، وفق ما رأيتم أو وفق تصوركم، اللجوء إلى منازعات التحكيم في:
- الإقراض المضمون؟
 - صفقات تمويل المشاريع؟
- 67 بنظركم، ماذا يفسر التردد في اللجوء إلى التحكيم على نطاق أوسع في:
- صفقات الإقراض المضمون
 - صفقات تمويل المشاريع (بقدر توفر أية أسباب خاصة بمثل هذه الصفقات والتي لم يتم تغطيتها إثر المناقشة العامة السابقة)؟
- 68 في سياق القرض المشترك، هل تشعرون أنّ عنصر تعدد أطراف المجمع يمكن أن يفسر تردد المقرضين في اللجوء إلى التحكيم؟
- 69 هل أن التحكيم يصبح أكثر جاذبية في سياق (أ) صفقات الإقراض المضمون و/أو (ب) صفقات تمويل المشاريع إذا تمّ تطوير بعض العناصر (بقدر ما لم يتمّ تغطية أي من العناصر الخاصة بصفقات الإقراض المضمون وتمويل المشاريع في المناقشة العامة السابقة)، مثلاً:
- (أ) مشروع عام لإتفاقية تحكيم يمكن أن تلزم كل الجهات الفاعلة، أو الجهات الفرعية للجهات الفاعلة، التي هي طرفاً في مختلف الاتفاقات التي تستند إليها عملية التمويل؟
- (ب) بنود تحكيم تنص على التحكيم المعجل؟
- (ج) بنود تحكيم تنص على استئناف حكم التحكيم؟ وفي حال الإيجاب، استئناف شامل (الواقع والقانون)، أو لجهة القانون حصراً؟

الملحق الثاني

لائحة بالمؤسسات المالية التي أُجريت معها مقابلات

ABN AMRO
African Development Bank (AfDB) البنك الإفريقي للتنمية
Asian Development Bank بنك التنمية الآسيوي
Banco de Sabadell
Bank of Tokyo - Mitsubishi UFJ
BAWAG
BNP Parisbas Fortis
Central American Bank for Economic integration
Commerzbank
Corporacion Andina de Fomento
Crédit Agricole
Crédit Suisse
Deutsche Bank دويتشه بنك
DZ Bank
HSBC بنك إتش إس بي سي
ING Belgium
Islamic Finance Council UK Ltd (IFC) مجلس التمويل الإسلامي في المملكة المتحدة LTD
Japan Bank for International Cooperation (JBIC) بنك اليابان للتعاون الدولي
Lazard Frères
MIGA وكالة ضمان الاستثمار المتعددة الأطراف
Morgan Stanley
Netherlands Development Finance Company (FMO)
Nomura
Oesterreichische Entwicklungsbank AG (OeEB, Development Bank of Austria)
Overseas Private Investment Corporation (OPIC)
Rabobank
Rothschild Cie
Société de Promotion et de Participation pour la Coopération Economique (Proparco)
Société Générale
Swedbank
UniCredit SpA

شكر

هذا التقرير هو نتيجة فرقة عمل لجنة المؤسسات المالية والتحكيم الدولي وأوجه عملها التأسيسية، وتتألف على النحو التالي

:Task Force Co-Chairs

Georges Affaki
Claudia Salomon

:Workstream leaders

Jean-François Adelle
Arnaud de la Cotardière
Whitney Debevoise
Carine Dupeyron
Christian Duve
Julien Fouret
Beata Gessel-Kalinowska
Sara Hall
Grant Hanessian
Samaa Haridi
Duarte Henriques
Henri-Paul Lemaitre
Timothy Lindsay
Charles Nairac
Patricia Peterson
Heinz Rindler
Daniel Schimmel
Kenji Tagaya
Daniel Valls Figueras
Fred Vroom
Mohamed S.E. Abdel Wahab

:Task Force members

Cecil W.M. Abraham
Ziya Akinci
Shamlan Al Sawalehi
Mauricio Almeida Prado
Thomas Altenbach
José I. Astigarraga
Howard Beal
Marie Berard
Klaus Peter Berger
Philippe Berta
Damian M. Bisseker
Dominique Borde
Nicolas Brooke
Michael Bühler
Sally Burke
Daniel Busse
Jean Cattaruzza
Thomas Carl Christoph Childs
Monica Chow
Bernardo M. Cremades
Adolfo Diaz-Ambrona Moreno
Hagit Elul
Fabrice Fages
José Rafael Fernández Quesada
François Funck-Brentano
Diego Brian Gosis
Anne-Karin Grill
Gaby El Hakim
Arwen Handley Johnson
Bernard Hanotiau
Walid Hassouna
Thomas Heather
Thomas Heintzman
Kevin J. Heiser
Marc Henry

Yves Herinckx
Bernard Ten Hove Jansen
Robert Hunter
Elaine Hyland
Shadi Karam
Marcus Keane
David Kreider
Herbert Kronke
Michael Kutschera
Christoph Liebscher
Philip Linton
Anthony Lo Surdo
Gerardo Lozano Alarcón
Ian Mahoney
Roman V. Marchenko
John Lorn McDougall
Wendy Miles
Albert Monichino
Christopher Moore
Simon Morgan
Susan Munro
Patricia Nacimiento
Aisha Nadar
Toshiaki Nakahara
John L. Oberdorfer
Hiroshi Oda
Jorge Ogarrio Kalb
Eduardo Ortega Martin
Stephanie Pagni
Alice Pezard
Hélène Piet
Lorenzo Prats Albentosa
Francisco G. Prol Perez
John D. Roesser
Anibál M. Sabater
Anke Sessler
E.M. Snijders
Thomas Shiu Tsung So
Albert So
Christophe Soulard
Xiuming Tao
Andrew Tetley
Hiroyuki Tezuka
Wilson Thorburn
Edward Turan
Job van Heemskerck van Beest
Miguel Angel Virgós Soriano
Fabian von Schlabrendorff
Abdelgadir Warsama Ghalib
Stefan Weber
Thomas H. Webster
Henry Weisburg
Marius Welling
Peter M. Werner
Andrew White

:Commission officers

رئيس، Christopher Newmark
نائب رئيس، Annet van Hooft
أمين، Hélène van Lith
أمين سابق، Anne Secomb

كما تشكر الغرفة التجارة الدولية داريا أستاخوفا لمساهمتها خلال فترة تدريبها في الغرفة التجارة الدولية ويوهان بروكاس لعملها في البليوغرافيا.

تشكر غرفة التجارة الدولية المحامي جهاد رزق الله والمحامية مريم كيروز عوكر والدكتور محمد عبد الوهاب وكذلك علياء العجيمي ومارك ديمتري وأمانى شامية مستشارين لدى غرفة التجارة الدولية لمساهماتهم القيمة في ترجمة التقرير الى اللغة العربية.

هيئة غرفة التجارة الدولية للتحكيم والطرق البديلة لفض النزاعات

إن هيئة غرفة التجارة الدولية للتحكيم والطرق البديلة لفض النزاعات تجمع ما بين ذوي الخبرة في مجال فض النزاعات الدولية من كافة انحاء العالم ومن دول متعددة. وتقوم الهيئة في إطار دورها البحثي، بإعداد تقارير وإرشادات تتعلق بالنواحي القانونية والاجرائية والعملية الخاصة بفض النزاعات. إضافة لما سبق، فإن الهيئة تقوم بمناقشة والمساهمة في إعداد التعديلات المقترحة لقواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية وقواعد التحكيم الأخرى، كما تتولى الهيئة صياغة وإعداد وإقرار قواعد الوساطة وقواعد الخبرة وقواعد مجلس النزاعات لدى غرفة التجارة الدولية.

يبلغ عدد أعضاء الهيئة حالياً ما يزيد عن 850 عضواً من حوالي 100 دولة. تعقد الهيئة جلستين عامتين سنوياً يتم خلالها مناقشة القواعد والمواد الأخرى المقترحة ويتم التداول بشأنها والتصويت عليها. ومن جلسة إلى أخرى يتم تنفيذ عمل الهيئة في أغلب الأحيان بواسطة فريق عمل يتكون من عدد أقل من الأعضاء. إن نتائج أعمال الهيئة متاحة على الرابطين التاليين: www.iccwbo.org و <http://library.iccwbo.org/>

تهدف الهيئة الى ما يلي:

- توفير الارشادات بخصوص مواضيع مختلفة ذات صلة بمجال فض المنازعات الدولية.
- اقتراح ادوات تضمن فاعلية اجراءات تسوية المنازعات الدولية بواسطة التحكيم والوساطة والخبرة ومجالس المنازعات وضممان ترشيد النفقات الخاصة بها.
- خلق رابطة ما بين المحكمين والوسطاء والخبراء والأكاديميين والممارسين والمستشارين القانونيين ومستخدمي الخدمات المتعلقة بفض المنازعات، وتزويدهم بمنصة تتبع لهم تبادل الافكار والخبرات لغايات تطوير الخدمات المتعلقة بفض المنازعات.

هيئة غرفة التجارة الدولية للتحكيم والطرق البديلة لفض النزاعات
www.iccwbo.org/commission-arbitration-ADR
commission.arbitrationADR@iccwbo.org
الهاتف: +33 (0) 1 49 53 30 43

