

Distr.: Limited
24 June 2025
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الثالث (المعني بإصلاح نظام تسوية
المنازعات بين المستثمرين والدول)
الدورة الثانية والخمسون
فيينا، 22-26 أيلول/سبتمبر 2025

الإصلاحات الممكنة في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

مشروع مبادئ توجيهية بشأن حساب الأضرار والتعويضات في تسوية المنازعات
بين المستثمرين والدول

مذكرة من الأمانة

1- شملت الشواغل التي حددها الفريق العامل خلال مداولاته السابقة عدم اتساق أحكام تعويض الأضرار وعدم إمكانية التنبؤ بها⁽¹⁾، وارتفاع مبالغ التعويض التي تحكم بها محاكم تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول مما يقوض قدرة الدول على التنظيم وعلى توفير السلع والخدمات العامة⁽²⁾، والتعقيد في حساب تعويض الأضرار مما يسهم في ارتفاع التكلفة وحدوث تأخيرات⁽³⁾، والاختلاف الكبير بين المبلغ المستثمر والمبلغ الذي يُحْكَم به كتعويض⁽⁴⁾.

2- وفي الدورة الثامنة والثلاثين في تشرين الأول/أكتوبر 2019، طُلب إلى الأمانة أن تنظر في كيفية الاضطلاع بأعمال محتملة بشأن الأضرار والتعويض⁽⁵⁾. وبناء على ذلك، أعدت الأمانة مذكرة بشأن تقييم الأضرار والتعويض⁽⁶⁾. وفي الدورة الثالثة والأربعين، كان هناك تأييد لمواصلة العمل على تقييم الأضرار

(1) A/CN.9/930/Add.1/Rev.1، الفقرة 30.

(2) A/CN.9/970، الفقرات 36-38؛ A/CN.9/1160، الفقرة 99.

(3) A/CN.9/1124، الفقرة 91.

(4) A/CN.9/WG.III/WP.220، الفقرة 5.

(5) A/CN.9/1004*، الفقرة 104.

(6) A/CN.9/WG.III/WP.220، الفقرة 10.



- والتعويض، وتُطلب إلى الأمانة أن تصوغ نصا يتضمن مشاريع أحكام ومبادئ توجيهية يمكن أن تعالج الشواغل المتعلقة بالصحة والاتساق، وبالكلفة والمدة، التي تطرحها مسألة الأضرار والتعويض⁽⁷⁾.
- 3- وفي الدورة التاسعة والأربعين، قيل مجددا إنه يمكن إعداد مبادئ توجيهية لمساعدة هيئات التحكيم في البت في بدل الضرر والتعويض، واقترح أن توضع هذه المبادئ التوجيهية بالتوازي مع مشروع الحكم المتعلق بتقييم بدل الضرر والتعويض⁽⁸⁾.
- 4- وبناء على ذلك، يقدم مرفق هذه المذكرة مشروعا لمبادئ توجيهية بشأن حساب الأضرار والتعويضات في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.
- 5- ولعل الفريق العامل يود أن يحيط علما بأن صيغة منقحة لمشروع الحكم المتعلق بتقييم بدل الضرر والتعويض (مشروع الحكم 20) ترد في الوثيقة [A/CN.9/WG.III/WP.253](#). ويوجد عدد من مشاريع أحكام أخرى متعلقة بمسائل إجرائية وشاملة ذات صلة بحساب تعويض الأضرار، وتشمل الأدلة وتجزئة المطالبة وضمان سداد التكاليف وتوزيع التكاليف والمطالبات المضادة وتمويل الأطراف الثالثة ومطالبات المساهمين.

(7) [A/CN.9/1124](#)، الفقرة 100.

(8) [A/CN.9/1194](#)، الفقرة 104.

المرفق

مشروع مبادئ توجيهية بشأن حساب الأضرار والتعويضات في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

1- ينطوي تقييم وحساب الأضرار والتعويضات على أبعاد إجرائية وقانونية وكمية. وتعتمد هذه العملية، بوصفها عملية اقتصادية في طابعها، اعتمادا كبيرا على تحليل الخبراء، مما يستلزم النظر في وضع أدوات إجرائية لتشكيل دور الخبراء والاستعانة بهم. ومن الناحية القانونية، يخضع تعويض الأضرار لمبادئ وممارسات تحكيمية تحكم استحقاق الجبر ومعايير الإثبات وحدود التعويض. ومن منظور التقييم، يسترشد حساب تعويض الأضرار بمعايير وممارسات متبعة في هذا المجال، إلا أنه يظل مقيدا بالإطار القانوني المنطبق. وتسعى المبادئ التوجيهية إلى مساعدة هيئات التحكيم في النظر في هذه العناصر.

2- وتبدأ المبادئ التوجيهية بتقييم الإطار التحليلي والتطورات في القانون. وإضافة إلى ذلك، تسلط المبادئ التوجيهية الضوء على مسائل رئيسية ينبغي أن يتناولها المحكم إليهم، وهي تشير إلى أفضل الممارسات التي انبثقت عن قضايا التحكيم. وهي تحدد أيضا مجالات محتملة للإصلاحات وتدرس شكل هذه الإصلاحات إلى الحد الذي تحيد فيه عن المبادئ والممارسات التحكيمية المنطبقة أو تتجاوزها.

3- وتوجد مناقشات جارية بشأن هذا الموضوع بشكل متزامن في محافل أخرى على المستوى الدولي. وإحدى هذه المبادرات الهامة يقودها مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الأونكتاد). وفي أيلول/سبتمبر 2024، أصدر الأونكتاد مذكرة من مذكرات قضايا اتفاقات الاستثمار الدولية بشأن الخيارات السياسية للتعويض وجبر الأضرار في اتفاقات الاستثمار الدولية⁽⁹⁾. وتحدد مذكرة قضايا اتفاقات الاستثمار الدولية عدة نُهج يمكن أن تتبعها الدول لمعالجة الشواغل المتعلقة بمبالغ تعويض الضرر الكبيرة التي يُحكم بها والثغرات في القواعد المتعلقة بالتعويض في اتفاقات الاستثمار الدولية، مثل توضيح عوامل السببية وتخفيف الضرر، والنص على إرشادات بشأن تقنيات التقييم، وتنشيط المطالبات المفرطة. وشمة تطور آخر يجري في لجنة القانون الدولي التي اعتمدت موضوع التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأفعال غير المشروعة دوليا في برنامج عملها⁽¹⁰⁾. ويشمل النطاق المحتمل للمواضيع شروط التعويض، وأنواع جبر الضرر، والعلاقة السببية، والحالة المالية للدولة المسؤولة، وأهمية الإنصاف والمبادئ العامة للقانون، والفائدة، والخطأ المساهم، وممارسات المحاكم وهيئات التحكيم المختلفة في تقرير التعويض⁽¹¹⁾. والتنسيق فيما بين هذه المبادرات الجارية يمكن أن يتجنب تجزؤ النُهج.

4- وكل قسم من أقسام المبادئ التوجيهية تليه مجموعة من التوصيات التي تهدف إلى دعم سير الإجراءات بفعالية وكفاءة. وتهدف هذه التوصيات إلى مساعدة هيئات التحكيم في إدارة العملية بكفاءة أكبر، وتبسيط العملية حيثما أمكن، وزيادة وعي الأطراف بالمسائل التي يحتمل أن تكون ذات أهمية خاصة لهيئة التحكيم، وتشجيع استخدام الأدوات الإجرائية المتاحة. وهي مصممة لتعزيز الوضوح والقدرة على التنبؤ من خلال وضع معايير إجرائية واضحة - يُستحسن أن تناقش وأن يُتفق عليها مع الأطراف - مع تعزيز الموارد القضائية أيضا. وبالنظر إلى الاجتهادات القضائية التحكيمية السائدة والاختلافات في تطبيق نهج معينة - فيما يتعلق بأمور منها إجراءات صرف التعويض وحساب الفائدة والحكم بمنحها - فإن التوصيات تسعى أيضا إلى تعزيز قدر أكبر من الاتساق والمواءمة في الممارسة العملية لإيجاد نتائج أكثر تماسكا وشفافية.

UNCTAD, "IIA Issues Note: Compensation & Damages in Investor-State Dispute Settlement" (9) Proceedings". متاحة على https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2024d3_en.pdf.

(10) A/80/10، الفقرتان 23 و437.

(11) A/79/10، المرفق الأول.

ألف - تنظيم إجراءات التحكيم

- 5- ينصب تركيز أي هيئة تحكيم عادة، بعد الخلو إلى وجود المسؤولية، على العلاقة السببية وتعويض الأضرار. وعلى الرغم من أن هذا يحدث في نهاية الإجراءات، فإن هناك خطوات معينة يمكن أن تتخذها الأطراف وهيئة التحكيم في مرحلة أبكر لتيسير قدرة هيئة التحكيم على تقرير هذه المسائل.
- 6- الاجتماع الإجرائي الأول واجتماعات إدارة القضايا: تحدد الأطراف عادة قواعد الإجراءات في الاجتماع الإجرائي الأول. وحتى في هذه المرحلة، ينبغي أن تنظر الأطراف وهيئة التحكيم في الإجراءات الأنسب لاستخلاص شهادة خبراء التعويضات، وتضييق نطاق المسائل المتنازع عليها، ومعالجة المسائل الأولية. ويقترح المعهد الدولي لدرء المنازعات وتسويتها أن تُستعرض المسائل الوقائية والقانونية ذات الصلة بتعويض الأضرار استعراضاً أولياً مع الأطراف خلال هذا الاجتماع، من خلال مناقشة الأدلة على وجود المسؤولية والصلة بالأضرار ونظرية الضرر⁽¹²⁾. وهذه العملية يمكن أن تساعد في صقل المسائل وتضييق نطاقها وأن تيسر فهم هيئة التحكيم للقضية وقدرتها على إدارتها. بيد أنه قد يكون من الصعب عملياً أن يُشرع في مناقشات مجدية في مثل هذه المرحلة المبكرة قبل أن تُحدّد الأطراف طابع ومضمون المطالبة بتعويض الأضرار تحديداً كاملاً. ومن ثم، يمكن أن يُستكمل ذلك واجتماعات لاحقة لإدارة القضية حين تتضح تفاصيل القضية بجلاء أكثر، مما يتيح لهيئة التحكيم أن تتناول المسائل الرئيسية محل النزاع، بما في ذلك تحديد قيمة التعويض عن الأضرار. ويمكن جدولة اجتماعات إدارة القضية عند نقاط الإنجاز الرئيسية، مثل الفترة بين مراحل تبادل المستندات الكتابية وقبل جلسة الاستماع.
- 7- مرحلة تجزئة دعاوى التعويض عن الأضرار: في بعض القضايا، قد يكون من الملائم أن تُقسم الإجراءات، مما يتيح لهيئة التحكيم أن تثبت أولاً في المسائل التي يمكن أن تكون حاسمة أو التي ستساعد على الانتقال إلى المرحلة التالية. وعلى الرغم من أن تجزئة المسائل القضائية كان أكثر شيوعاً في الممارسة العملية، فإن بعض هيئات التحكيم قامت بتجزئة تقييم التعويض عن الأضرار⁽¹³⁾. ويسمح عدد من قواعد التحكيم بتجزئة الإجراءات. وبالمثل، تشجّع قواعد تسجيل الأدلة الصادرة عن رابطة المحامين الدولية (قواعد رابطة المحامين الدولية) هيئات التحكيم في المادة 2 (3) (ب) على "أن تحدد للأطراف، حالما ترى ذلك مناسباً، أي مسائل ... يكون البت فيها بشكل أولي ملائماً". وإحدى المزايا الرئيسية للتجزئة هي الكفاءة. فمن خلال تناول مسائل الاختصاص القضائي و/أو الأسس الموضوعية في البداية، تستطيع الأطراف أن توفر الوقت والتكاليف بالاستغناء عن تقديم إحاطة بشأن مبلغ التعويض في حال فشل الدعوى⁽¹⁴⁾، وتضييق نطاق المنازعة من أجل مرحلة تقدير التعويض، والتوصل إلى تسوية مبكرة.
- 8- ومع ذلك، قد لا تأتي التجزئة بالفعالية المنشودة دائماً. وفي الواقع أنها يحتمل أن تكون أقل ملاءمة في القضايا التي تتشابك فيها مسائل المسؤولية مع مسائل مثل عوامل السببية أو تخفيف الضرر أو في وجود خرق مثل نزع الملكية. وفي مثل هذه القضايا، قد توجد ازدواجية في تحليل الأدلة وشهادة شهود

(12) CPR International Committee on Arbitration, "Protocol on Determination of Damages in Arbitration" (2010).

متاح على <https://static.cpradr.org/docs/CPR-Protocol-on-Determination-of-Damages-in-Arbitration-fnl.pdf>, p. 3

(13) *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, paras. 272–275; *Electrabel SA v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Procedural Order No. 3, 27 March 2009, para. 3; *Glencore Finance (Bermuda) Ltd. v. Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2016-39 (*Glencore Finance v. Bolivia*), Procedural Order No. 2 (Decision on Bifurcation), 31 January 2018, para. 56.

(14) *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award, 3 August 2005, para. 32.

الوقائع، مما يقوض وفورات التكلفة والوقت. وعلاوة على ذلك، يستعين المستثمرون عادة بخبراء تقدير التعويض وخبراء تقنيين في مرحلة مبكرة لدعم مطالباتهم وتقدير مبالغ التعويض لأغراض اتخاذ قرار بشأن متابعة المطالبة و/أو الحصول على التمويل. وينبغي أن يُتخذ قرار تجزئة الدعوى على أساس كل حالة على حدة، اعتماداً على: '1' اعتبارات التوقيت والتكلفة؛ '2' تصوّر هيئة التحكيم لكفاءة الإجراءات في المستقبل؛ '3' فائدة تقارير خبراء تقدير التعويض بعد توصيل هيئة التحكيم إلى قرار بشأن المسؤولية⁽¹⁵⁾. وفي حال إرجاء تقدير قيمة التعويض، قد تود هيئة التحكيم أن تنص على مجموعة غير ملزمة من المعايير في غياب قرار تحكيم جزئي استناداً إلى المراحل السابقة من القضية. بيد أن هذا ينبغي ألا يمنع أي طرف من طرح قضيته المؤيدة بالكامل لحماية حقوقه في مراعاة الأصول القانونية.

9- المذكرات الخطية: يؤدي الأطراف دوراً حاسماً في ضمان حصول هيئة التحكيم على الأدلة والفهم اللازمين للبت في القضية، من جهة أمور منها وجود أضرار وتقدير قيمة التعويض عنها. ويمكن لأدوات وتقنيات معينة أن تساعد هيئة التحكيم في تحديد المسائل الرئيسية محل النزاع، والحصول على الأدلة ذات الصلة، وتقييم الأثر المترتب على افتراضات الخبراء بشأن تقدير التعويض.

10- أولاً، يمكن استخدام مستند تنظيمي لتحديد وتناول خصائص التعويض الملتمس نظير الخرق المزعومة. فالمحامون في قضايا التحكيم الاستثماري معتادون على استخدام جداول زمنية في إبراز المستندات. وعلى سبيل المثال، يمكن استخدام أداة مثل المستند التنظيمي المسمى "Scott Schedule" بشكل مفيد لوصف كل مطالبة والمبلغ المطلوب وموقف الأطراف من كل قضية⁽¹⁶⁾. فإن استخدام أطر مهيكلية يمكن أن يدفع الأخذ بتفكير منهجي وتدرجي في تقدير التعويض.

11- ثانياً، إبراز المستندات هو الوسيلة المعتادة التي يُحصل بها على المعلومات ذات الصلة بالقضية. وعلى الرغم من أن تبادل المستندات يحدث عادة بعد الجولة الأولى من المرافعات الخطية، فإن بعض المسائل قد لا تتضح إلا في وقت لاحق من العملية. لذلك ربما يجدر في الأمر الإجمالي الأول السماح لهيئة التحكيم بأن تعيد النظر في القرارات المتعلقة بطلبات إبراز المستندات المتصلة بالتعويض أو التصريح بمرحلة لاحقة لجمع أدلة إضافية بشأن تقدير مبالغ التعويض. وينبغي أن تكون أي طلبات مبررة جيداً لتجنب أي أعباء بلا مسوغ وأي تأخيرات لا داعي لها.

12- ثالثاً، تُستخدم تقارير الخبراء المشتركة في كثير من الأحيان لتضييق مجالات النزاع، وإن وُجد احتمال أن تكون غير فعالة حين يكون للخبراء وجهات نظر متباينة جوهرياً. وبدلاً من ذلك، يمكن مساعدة هيئة التحكيم بشكل أفيد بأن يفصح الخبراء عن تعليماتهم وافتراساتهم الرئيسية (انظر المادة 5 (2) (ب) من قواعد رابطة المحامين الدولية)، وأن يعدوا تحليلاً للحساسية يوضح أثر تلك التعليمات والافتراضات على نتيجة التقييم⁽¹⁷⁾. وكثيراً ما تنشأ الاختلافات في التقييم من التعليمات والافتراضات التي يتلقاها الخبراء من المحامين الموجهين وليس من اختلاف حقيقي في وجهات نظرهم. إلا أنه في حال قررت هيئة التحكيم أن هناك ما يبرر إدخال تعديلات على النموذج المالي أو رأت أن منهجية تقييم أخرى أكثر ملاءمة، فإن الأطراف ينبغي أن يُعطوا فرصة لتقديم مذكرات لتناول أي مسائل لم يطلعوا عليها بعد لتجنب إصدار قرار تحكيم بتعويض لم تطلبه الأطراف.

(15) *Coropi Holdings Limited, Kalemegdan Investments Limited and Erinn Bernard Broshkov v. Republic of Serbia*, ICSID Case No. ARB/22/14, Procedural Order No. 4, 21 August 2023, para. 21

(16) ADR Institute of Canada, "Using a 'Scott Schedule' in Arbitration" (6 December 2018) <https://adric.ca/using-a-scott-schedule-in-arbitration/>

(17) يُتبع نهج مختلف في المعهد المعتمد للمحكمين، المادة 6-1 (أ)، بروتوكول استخدام الشهود الخبراء المعيّنين من قبل الأطراف في التحكيم الدولي (Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration).

13- تنظيم جلسة الاستماع: يجوز لهيئة المحكمة، بالاشتراك مع الأطراف، أن تضع قواعد إجرائية قبل جلسة الاستماع لتحقيق أقصى استفادة من شهادة الخبراء. ويتمثل أحد الخيارات في إلزام الخبراء بالاجتماع والتشاور قبل جلسة الاستماع. وفي بعض القضايا، أوعزت هيئات التحكيم إلى خبراء الأطراف بأن يعدوا معا تقريرا خطيا بشأن مجالات الاتفاق والاختلاف⁽¹⁸⁾. وهذا يمكن أن يساعد على تضيق نطاق المسائل المعروضة على هيئة التحكيم للبت فيها. وثمة خيار ثان يركز على القواعد التي تحكم شهادة الخبراء. فعلى سبيل المثال، يمكن للأطراف، بمساعدة هيئة التحكيم، أن تضع قواعد تحكم عروض الخبراء الإيضاحية، ونطاق استجواب شهود الخصم ومدته، وترتيب استجواب الشهود وشهادة الخبراء، واستجواب الخبراء المشاركين، واستخدام الأدلة الإيضاحية والوسائل البصرية وتبادلها مسبقا، والتعامل مع المعلومات السرية، ومقبولية الأدلة الجديدة. وثمة خيار ثالث قد تود هيئة التحكيم أن تنظر فيه هو عقد مؤتمرات الشهود (ويشار إليها أيضا باسم "شهادة الخبراء المتزامنة" (hot-tubbing))؛ انظر المادة 8 (4) (و) من قواعد رابطة المحامين الدولية). وهذه العملية تتيح أساسا لهيئة التحكيم أن تستجوب الخبراء المتخصصين بشكل مشترك، مع السماح لبعض الأسئلة اللاحقة من جانب الأطراف. ويراد بشهادة الخبراء المتزامنة الكشف عن مجالات الاتفاق والاختلاف، واختبار الأدلة، وتوضيح المسائل التقنية، وتبديد الحجج الضعيفة، وتحفيز النقاش. ومن الممارسات الجيدة في هذه الصدد الاتفاق قبل جلسة الاستماع على الوقت الذي سيخصص لهذا الإجراء، ومدى مشاركة الأطراف، والمواضيع التي ستتناول لضمان تكافؤ الفرص.

14- ما بعد جلسة الاستماع: بعد جلسة الاستماع، قد تحتاج هيئة التحكيم إلى مساعدة إضافية فيما يتعلق بمسائل تقييم مبالغ التعويض. وقد تطلب هيئة التحكيم أيضا معلومات أو تحليلات إضافية من الأطراف وخبرائهم.

15- وبدلا من ذلك، يمكن لهيئة التحكيم أن تجري تحليلها الخاص لنماذج الأطراف أو أن تعين خبيرا خاصا بها. ويجوز أن تستعين هيئة التحكيم بخبير بموجب غالبية قواعد التحكيم وبعض اتفاقات الاستثمار الدولية. إلا أن هيئات التحكيم ينبغي أن تنظر في تعيين خبير في مرحلة أبكر من العملية (خصوصا عندما لا يختار أحد الأطراف خبيرا) أو في القضايا المعقدة، بغرض فهم الافتراضات أو الأساليب الأساسية فهما أفضل⁽¹⁹⁾. وعلى الرغم من أن قواعد التحكيم تتباين، فإن من الممارسات الجيدة أن تحدد هيئة التحكيم مع الأطراف مدى مشاركة الخبير وشكل مساعدته وتكلفة الإجراء. وإضافة إلى ذلك، ينبغي أيضا أن يكون للأطراف الحق في استعراض تقرير الخبير والتعليق عليه وفي استجواب الخبير الذي تعينه هيئة التحكيم في جلسة استماع.

16- وعلى الرغم من هذه التدابير، يوجد في كثير من الأحيان خطر متصور بأن الخبير الذي تعينه هيئة التحكيم يمكن أن يصبح محكما بحكم الأمر الواقع. ولتبديد هذه المخاوف، يمكن أن يقتصر دور الخبير على دور مستشار تقني (انظر بند الأونسيتال النموذجي بشأن المستشارين التقنيين). فعلى سبيل المثال، يمكن أن يقتصر دور الخبير على تقديم المشورة لهيئة التحكيم بشأن توافق النموذج مع استنتاجات هيئة

(18) *S.D. Myers Inc v. Canada*, UNCITRAL, Procedural Order No. 17, 26 February 2001, para. 12; *Achmea BV v.*

Slovak Republic, UNCITRAL PCA Case No. 2008-12, Final Award, 7 December 2012, paras. 61-65; *Anatolie Stati et al. v. Kazakhstan*, SCC Case No. V 2010/116 (Stati et al. v. Kazakhstan), Award, 19 December 2013, para. 118

(19) *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8 (CMS v.

Argentina), Award, 12 May 2005, para. 418

التحكيم⁽²⁰⁾ أو العمل كميّسر من خلال مساعدة هيئة التحكيم على فهم القوى الكامنة وراء اختلاف وجهات نظر الخبراء الذين يعينهم الأطراف بشأن تقدير التعويض⁽²¹⁾.

17- وتوجد لدى هيئات التحكيم مجموعة من الأدوات والتقنيات المتاحة لها لتناول المسائل المتعلقة بالعوامل السببية وتقدير التعويض. وطوال فترة الإجراءات، يمكن لهيئة التحكيم، بالتشاور مع الأطراف، أن تصمم إجراء لا يتيح فحسب فهما أفضل للجوانب النظرية والمنهجية للقضية، بل يحسن أيضا من كفاءة العملية، ومن ثم، يقلل من التأخير والتكاليف. ويؤدي الخبراء دورا رئيسيا في تقييم التعويض عن الأضرار، وينبغي تبعا لذلك أن يولى اعتبار خاص للاستعانة بهم في الإجراءات. وإضافة إلى ذلك، قد تود هيئات التحكيم أن تنتظر في تقنيات جديدة للحد من تحيز الارتكاز الزائد على معلومات أولية (anchoring bias)، مثل استخدام تقييمات تعويض الضرر التي تُحجب فيها معلومات معينة (تقييمات معمّاة). ويمكن أن يُلزم الأطراف بإعداد تحليلات تعويض الأضرار الخاصة بهم وتبادلها، بما في ذلك المنهجية والافتراضات والأساس المنطقي الذي يستندون إليه، ولكن مع حجب مبلغ التعويض النهائي عن هيئة التحكيم. وهذا سيتيح لهيئة التحكيم أن تقيّم المنطق القانوني والاقتصادي وراء المطالبة دون أن تتأثر برقم محدد. والتقييمات المعمّاة يمكن أن تضمن أيضا إجراء مناقشة فعالة بشأن المنهجية الأساسية مع تقليل التحيز المعرفي في تقييم هيئة التحكيم لمبلغ التعويض.

التوصيات

ينبغي أن تحدد هيئات التحكيم مواعيد الاجتماع الإجرائي الأولي واجتماعات إدارة القضية اللاحقة لاستعراض نظرية الضرر، ومناقشة الأدلة، وتضييق نطاق المسائل المتعلقة بتعويض الضرر.

وينبغي أن تنتظر هيئات التحكيم في تجزئة مرحلة تعويض الضرر من خلال مراعاة ما يلي: '1' اعتبارات التوقيت والتكلفة، '2' اعتبارات كفاءة الإجراءات، '3' فائدة تقارير خبراء تقدير التعويض بعد أن تتوصل إلى قرار بشأن المسؤولية.

وينبغي أن تستخدم هيئات التحكيم إطار عمل مهيكّل لدفع الأخذ بتفكير منهجي في تقدير التعويض.

ويمكن أن تفكر هيئات التحكيم في إعادة النظر في القرارات بشأن طلبات إبراز المستندات المتصلة بتعويض الأضرار أو إنشاء مرحلة منفصلة لإبراز المستندات بشأن تقدير التعويض.

وينبغي لهيئات التحكيم أن تُلزم الخبراء بالإفصاح عن تعليماتهم وافتراضاتهم الرئيسية وإعداد تحليل للحساسية يبين أثر تلك التعليمات والافتراضات على التقييم.

وينبغي أن تضع هيئات التحكيم تصميمًا خاصًا لإجراءات شهادة الخبراء، مثل إلزام الخبراء بتحديد مجالات النزاع، ووضع قواعد محددة لتقديم شهادة الخبراء في جلسة الاستماع، وترسيم إجراءات لعقد مؤتمرات الشهود.

وينبغي أن تنتظر هيئات التحكيم في الاستعانة بخبراء أو مستشارين تقنيين خاصين بها في مرحلة مبكرة من الإجراءات لفهم الأساليب والبيانات والافتراضات الأساسية فهما أفضل، بما يتماشى مع النهج المنصوص عليه في بند الأونسيترال النموذجي بشأن المستشارين التقنيين.

J.A. Trenor, "Strategic Issues in Employing and Deploying Damages Experts" in *The Guide to Damages* (20) in *International Arbitration*, 3rd edition, Trenor (ed.) (2018), p. 169

A. Douglas, "Procedural Tools to Facilitate the Quantification of Damages in Investor-State Arbitration" (21) in *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry (ed.) (2018), p. 20

باء - عبء ومعيان الإثبات

18- في الاحتكام الدولي، يتحمل الطرف الذي يؤكد حدوث واقعة ما عبء إثباتها⁽²²⁾. وتتص أيضا بعض اتفاقات الاستثمار الدولية صراحة على أن المدعي يقع عليه عبء إثبات ملكية الاستثمار أو السيطرة عليه، وجنسية المستثمر، وخروق اتفاق الاستثمار الدولي، والأضرار الناجمة عنها. وبناء على ذلك، يتحمل المستثمر المدعي عبء إثبات ادعاءاته، بينما يجب على الدولة المدعى عليها أن تثبت أي دفع أو ادعاءات مضادة تقدمها⁽²³⁾. وفيما يتعلق بالأضرار، يجب على المستثمر أن يثبت "حقيقة ما لحق به من خسارة أو ضرر، وتقديره لقيمتها النقدية، والعلاقة السببية الضرورية بين الخسارة أو الضرر وبين خرق المعاهدة"⁽²⁴⁾. وبعبارة أخرى، يجب على المستثمر أن يبين: '1' وجود الضرر، '2' العلاقة السببية بين ما لحق به من ضرر وسلوك الدولة، '3' مقدار الخسارة. ومن ناحية أخرى، تتحمل الدولة عبء إثبات أي دفع تقدمها، مثل الأسباب البديلة للضرر، أو الظروف الداعية إلى خفض التعويض⁽²⁵⁾، أو العيوب في تقييم المدعي. وفي حال عجز أحد الأطراف عن تقديم أدلة، على سبيل المثال، بسبب عدم إمكانية الوصول إلى المستندات، يجوز لهيئة التحكيم أن تنقل عبء الإثبات حسب ظروف القضية⁽²⁶⁾.

19- وفيما يتعلق بمعيان الإثبات، لم تعتمد هيئات التحكيم نهجا موحدا. وعند تقييم التعويض عن الأضرار، اعتمدت المحاكم معايير مختلفة، تشمل "الاحتمالات الراجعة"⁽²⁷⁾، و"اليقين الكافي"⁽²⁸⁾، و"درجة معقولة من اليقين"⁽²⁹⁾، و"وفقا لأرجح الاحتمالات"⁽³⁰⁾، و"قدرا من اليقين"⁽³¹⁾، و"مرجحا وليس مجرد محتملا"⁽³²⁾. وعلى الرغم من أن التباين في المصطلحات قد يثير جدلا بشأن المستوى المطلوب من الدعم

D. Sandifer, *Evidence Before International Tribunals* (University Press of Virginia) (1939), pp. 92–93; (22)

.*Temple of Preah Vihear* (Cambodia v. Thailand), Judgment (Merits), 15 June 1962, p. 16

.*Glencore Finance v. Bolivia*, Award, 8 September 2023, para. 268 (23)

.*The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Award, 6 May 2013, para. 190 (24)

T. Wälde and B. Sabahi, "Compensation, Damages, and Valuation" in *Oxford Handbook of International Investment Law*, Muchlinski et al. (eds) (2008), p. 1111 (25)

Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6, (26) Award, 4 May 2021, para. 722

Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., and Cauc Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia, PCA Case No. 2011-09 (Khan Resources v. Mongolia), Award, 2 March 2015, para. 375; *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41 (Eco Oro v. Colombia), Award on Damages, 15 July 2024, para. 292; *Gold Reserve Inc v. Venezuela*, ICSID Case No ARB(AF)/09/1 (Gold Reserve v. Venezuela), Award, 22 September 2014, para. 685

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, Award, 23 September 2003, para. 351 (28)

Rudloff Case, Mixed Claims Commission, 9 U.N.R.I.A.A. 225 (US v. Venezuela), Decision (Merits), 17 February 1903, p. 258 (29)

Bilcon of Delaware Inc. v. Canada, PCA Case No. 2009-04, Award on Damages, 10 January 2019, para. 168; *Factory at Chorzów*, PCIJ Series A. No. 17 (Germany v. Poland), Judgment (Merits), 13 September 1928, p. 47 (30)

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (I), ICSID Case No. ARB/97/3 (Vivendi v. Argentina I), Award II, 20 August 2007, para. 8.3.3 (31)

Asian Agricultural Products LTD (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3 (AAPL v. Sri Lanka), Final Award, 27 June 1990, para. 104 (32)

الإثباتي، فإن المعايير المحددة تشير إلى أن هيئات التحكيم ينبغي، كحد أدنى، أن تتأكد من أن حدوث الواقعة أكثر ترجيحاً من عدمه⁽³³⁾.

20- ويتبين أيضاً الاجتهاد القضائي بشأن ما إذا كان معيار إثبات مختلف ينطبق على وجود الضرر مقارنة بتقدير حجم ذلك الضرر⁽³⁴⁾. وحتى في الحالات التي طبقت فيها هيئات التحكيم معيار إثبات أدنى في تقدير حجم الأضرار، فإنها رأت أنه يجب ألا يستند إلى "تخمينات أو تكهنات"⁽³⁵⁾، بل إلى "احتمالات معقولة"⁽³⁶⁾ و"أساس وقائعي مقنع"⁽³⁷⁾. وتتشأ المنازعات بشأن كفاية الإثبات عادة فيما يتعلق بمطالبات الكسب الفائت. وتوضح لجنة القانون الدولي في شروحها لمشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً (شروح لجنة القانون الدولي) أن الكسب الفائت يُحكم به عموماً عندما "تتوفر في تدفق متوقع من الدخل خصائص كافية تجعله يُعتبر، بدرجة كافية من اليقين، مصلحة محمية قانوناً"، على سبيل المثال "بحكم ترتيبات تعاقدية" أو في وجود "تاريخ مثبت من المعاملات"⁽³⁸⁾. وبالنظر إلى تباين وجهات النظر، ينبغي لهيئات التحكيم أن تتوخى الحذر، إدراكاً منها أنه لا يوجد نهج واحد وأن معيار الإثبات قد يختلف باختلاف طبيعة المطالبة. وينبغي للأطراف، بدورها، أن تضع في اعتبارها أوجه عدم اليقين هذه في مذكراتها.

21- وكمسألة عملية، ينبغي أن تحرص هيئات التحكيم، عند تقييم الأدلة على مطالبة ما، على ضمان وجود ترابط داخلي بين: الاستثمار المحدد لأغراض الاختصاص، وأي انتهاكات يُزعم إلحاقها بذلك الاستثمار، والضرر الاقتصادي الذي يُزعم أن تلك الانتهاكات تسببت في إلحاقه بالاستثمار. وتعد قضية *Pey Casado I* مثلاً لم يكن فيه التعويض الذي حُكم به مرتبطاً بشكل خاص بالخرق الذي أثبتته هيئة التحكيم. وقد أُلغي قرار التحكيم لأن هيئة التحكيم حكمت بتعويض عن خرق المعاملة العادلة والمنصفة استناداً إلى حساب يفترض نزع الملكية⁽³⁹⁾. ورفضت هيئة تحكيم أُعيد تشكيلها في وقت لاحق نهج التقييم نفسه، معتبرة أن المدعين لم يبينوا "ما يمكن إثباته من أذى وضرر محددين لحقاً بهم بسبب خرق ضمان المعاملة العادلة والمنصفة"⁽⁴⁰⁾. وبالمثل، رفضت هيئة تحكيم قضية *Eco Oro* منهجية المعاملات المماثلة التي اتبعتها المدعي المستندة إلى الخسارة الإجمالية للقيمة، معتبرة أنها ليست منهجية ملائمة لتقييم الضرر الناتج عن انتهاك كولومبيا لمعايير الحد الأدنى للمعاملة فيما يتعلق بفرصة التقدم بطلب للحصول على تراخيص بيئية⁽⁴¹⁾.

22- وإجمالاً، على الرغم من وجود اجتهادات قضائية بشأن عبء الإثبات، فإنه لا توجد ممارسة متسقة بشأن معيار الإثبات باستثناء الشرط الذي يقتضي أن تكون الأضرار مؤكدة بشكل معقول وليست تخمينية. وسيتوقف تقرير ما إذا كان تحديد حجم الأضرار يستوفي هذا المعيار على طبيعة المطالبة، ومدى توافر

(33) S. Ripinsky & K. Williams, *Damages in International Investment Law* (2008) (Ripinsky/Williams), p. 165

(34) *Watkins Holdings S.à r.l. and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/44, Award, 21 January 2020, paras. 684–685. Cf. *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41 (Eco Oro v. Colombia), Award on Damages, 5 July 2024, para. 292

(35) *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan*, SCC Case No. V064/200

(36) (Al-Bahloul v. Tajikistan), Final Award, 8 June 2010, para. 39

(37) *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011, para. 371

(38) *Al-Bahloul v. Tajikistan*, para. 39

(39) شروح لجنة القانون الدولي، المادة 36، التعليق 27.

(40) *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile (I)*, ICSID Case No. ARB/98/2 (Pey Casado v. Chile), Decision on the Application for Annulment, 18 December 2012, paras. 261, 285

(41) *Pey Casado v. Chile*, Award, 13 September 2016, para. 244

(42) *Eco Oro v. Colombia*, paras. 292, 302–5

الأدلة وكفايتها، ومنهجية التقييم المطبقة. وترد مناقشة لهذا الموضوع أيضا، بالنظر إلى أهميته بالنسبة لدفع الدول وتقييمها، في القسمين (هاء) و(واو).

التوصيات

ينبغي أن تشترط هيئات التحكيم أن يتحمل المدعون عبء الإثبات فيما يتعلق بمطالباتهم، بما في ذلك وجود الضرر وتحديد حجمه والعلاقة السببية بين الخرق والضرر.

وينبغي أن تُلزم هيئات التحكيم المدعين بإثبات الأضرار بوضوح. وعلى وجه التحديد، يجب أن يثبتوا: '1' وجود الضرر؛ '2' العلاقة السببية بين الضرر وسلوك الدولة؛ '3' حجم الخسارة. وحيثما انطبق ذلك، ينبغي أن تُلزم الدول بإثبات الظروف المخففة أو العوامل الأخرى الداعية إلى خفض التعويض.

وينبغي أن تنتظر هيئات التحكيم في تطبيق عتبة إثباتية عالية عند تقييم مطالبات تعويض الأضرار. وعند القيام بذلك، ينبغي أن تأخذ هيئات التحكيم في الاعتبار الآثار المحتملة الأوسع نطاقا على المصلحة العامة والحاجة إلى تمحيص المطالبات المقدمة بدقة.

وينبغي أن تعتمد هيئات التحكيم، كحد أدنى، معيار "الاحتمالات الراجعة" في الإثبات عند تقرير وجود الضرر والعلاقة السببية (أي يجب أن يكون حدوث الوقائع أكثر ترجيحاً من عدمه، بغض النظر عن الاختلاف في المصطلحات المستخدمة في مختلف القضايا).

وينبغي أن تنتظر هيئات التحكيم في تطبيق معيار الإثبات نفسه على وجود الأضرار وتقدير حجمها. وحتى في حال تطبيق معيار أدنى لتقدير الحجم، ينبغي أن تكفل هيئات التحكيم ألا تستند التقييمات إلى تخمينات وأن تشترط وجود أساس وقائعي مقنع يستند إلى احتمالات معقولة.

وينبغي لهيئات التحكيم ألا تحكم بالكسب الفائت إلا في وجود تدفق للدخل، بدرجة كافية من اليقين، تجعله يعتبر مصلحة محمية قانوناً.

جيم - السببية

23- يجب على المستثمر المدعي أن يثبت وجود علاقة سببية بين خسائره والخرق الذي ارتكبه الدولة لكي تكون الأضرار قابلة للاسترداد⁽⁴²⁾. وتوجد وجهات نظر مختلفة بشأن ما إذا كانت العلاقة السببية جزءاً أصيلاً من تقييم المسؤولية، أم أحد الاعتبارات في تحليل تقديرات التعويض⁽⁴³⁾، أم خطوة تحليلية قائمة بذاتها تربط بين المسؤولية والضرر⁽⁴⁴⁾. وعلى الرغم من أن هذا التمييز قد يكون غير ذي شأن في بعض القضايا، فإن معاملة العلاقة السببية كعنصر منفصل أثبت أهميته، وتحديدًا في حالات خلصت فيها هيئات التحكيم

(42) *Blusun S.A., et al. v. Italy*, ICSID Case No. ARB/14/3, Award, 27 December 2016, para. 394

(43) *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22 (*Biwater v. Tanzania*), Concurring and Dissenting Opinion of Gary Born, paras. 16–29; *Khan Resources v. Mongolia*, paras. 376–378

(44) P. Pearsall, "Causation and the Draft Articles on State Responsibility," *ICSID Review*, Volume 37, Issue 1–2 (2022), pp. 193–194

إلى وجود المسؤولية ولكنها رفضت منح التعويض لعجز المدعي عن إثبات وجود علاقة سببية بين الخرق والأضرار المزعومة⁽⁴⁵⁾.

24- ويقرر تحليل العلاقة السببية، في جوهره، الخسارة القابلة للتعويض، بتحديد الخسائر التي تعزى إلى خرق الدولة. وهذا يعكس مبدأ عاما من مبادئ القانون⁽⁴⁶⁾ ويتجسد في المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا، التي تلزم الدولة بجبر كامل الخسارة الناجمة عن فعلها غير المشروع⁽⁴⁷⁾. وتشمل "الخسارة" أي ضرر، سواء كان ماديا أو معنويا، ينجم عن الفعل غير المشروع الذي ترتكبه الدولة. إلا أن كلا من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا وشروح لجنة القانون الدولي يقدمان إرشادات محدودة عن كيفية تطبيق شرط العلاقة السببية لأن المعيار المشترك "ليس بالضرورة هو نفسه بالنسبة لكل خرق لأي التزام من الالتزامات الدولية."⁽⁴⁸⁾ والعلاقة السببية أيضا نادرا ما تُتناول في اتفاقات الاستثمار الدولية.

25- ولإثبات العلاقة السببية، يجب أن يثبت المستثمر المدعي وجود علاقة وقائية وقانونية بين خرق الدولة وخسائره. وتقضي العلاقة السببية الوقائية أن يثبت المستثمر أنه لم يكن ليتكبد الخسارة المزعومة لولا الانتهاك المزعوم للمعاهدة. ولما كانت السببية الوقائية في طابعها عبارة عن تحريات مستندة إلى وقائع، فإن هيئات التحكيم بحثتها من منظورات مختلفة، فنظرت فيما إذا كان الفعل غير المشروع تسبب "بالضرورة" في الخسائر⁽⁴⁹⁾، أم شكّل فعلا "لا بد منه"⁽⁵⁰⁾، أم كان بمثابة السبب "الأساسي أو المهيمن"⁽⁵¹⁾.

26- وأما من جهة السببية القانونية، فإن المستثمر المدعي لا يمكنه أن يسترد سوى الخسائر "القريبة" أو "المتوقعة" أو "المباشرة" الناجمة عن الخرق الذي ارتكبه الدولة، بما يستبعد تلك "المفرطة في البعد" أو "غير الناتجة عن الفعل"⁽⁵²⁾. وهذه الاختبارات تقصر الحد الذي يُذهب إليه في تتبع الخسائر عبر سلسلة الوقائع⁽⁵³⁾. وتعترف شروح لجنة القانون الدولي بأهمية العلاقة السببية القانونية ولكنها لا تنص على اختبار محدد⁽⁵⁴⁾. وفي الممارسة العملية، طبقت هيئات التحكيم مجموعة من النهج، ومارست سلطتها التقديرية في تقرير المعيار المناسب. وانصب تركيز بعض هيئات التحكيم على ما إذا كانت أفعال الدولة هي السبب

⁽⁴⁵⁾ *Nordzucker AG v. The Republic of Poland*, UNCITRAL (Nordzucker v. Poland), Third Partial and Final Award

(Damages and Costs), 23 November 2009, para. 64; *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A.*

v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/13/2, Award, 7 March 2017, paras. 664, 703

.B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1953), p. 241 et seq (46)

.ARSIWA, Article 31(1) and also Articles 34, 36(1), 37(1) (47)

(48) شروح لجنة القانون الدولي، المادة 31، التعليق 10.

(49) *Nordzucker v. Poland*, para. 63

(50) *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, UNCITRAL (Lauder v. Czech Republic), Final Award, 3 September

2001, para. 234

(51) *Biwater v. Tanzania*, Award, 24 July 2008, para. 786

(52) V. Lanovoy, "Causation in the Law of State Responsibility," *The British Yearbook of International Law*,

Volume 90 (2022) (Lanovoy), p. 37

(53) B. Sabahi, et al., "Principles Limiting the Amount of Compensation" in *Contemporary and Emerging Issues on*

the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, Beharry (ed.) (2018), p. 329

(54) I. Marboe, "Damages in Investor-State Arbitration: Current Issues and Challenges" in *International*

Investment Law and Arbitration (2018) (Marboe), p. 39

القريب للخسارة⁽⁵⁵⁾، أم إذا كانت الخسارة نتيجة متوقعة لتلك الأفعال⁽⁵⁶⁾، أم إذا كانت هناك صلة مباشرة بين الفعل غير المشروع والخسارة المزعومة⁽⁵⁷⁾، أم مزيج من هذه المعايير⁽⁵⁸⁾. واتبعت هيئة التحكيم في قضية *إس. دي. مايرز ضد كندا (S.D. Myers v. Canada)* نهجا مختلفا بعض الشيء، حيث طبقت نموذج قانون العقود/قانون المسؤولية التقصيرية في تقييم مفهومي إمكانية التوقع والبعد⁽⁵⁹⁾. وعلى الرغم من أن هذه الاختبارات تُستخدم أحيانا دون تمييز فيما بينها، فإنها ينبغي ألا تعتبر متكافئة لأن معيار المباشرة أكثر تقييدا من معيار القرب أو إمكانية التوقع⁽⁶⁰⁾. وفي الممارسة العملية، سيسفر القرب وإمكانية التنبؤ عن نفس النتائج في أحيان كثيرة، وإن لم يكن دائما. وينبغي تبعا لذلك أن تطبق هيئات التحكيم الاختبار الذي تراه الأنسب بناء على الوقائع المحددة للقضية وطبيعة الخرق المزعوم. وإذا رأت دولة ما أن اختبارا أكثر صرامة للمباشرة ينبغي أن يُطبَّق، فيمكنها أن تدرج صيغة بهذا المعنى في اتفاقات الاستثمار الدولية الخاصة بها أو أن تنظر في إصدار تفسير مشترك مع الدولة الطرف الأخرى.

27- ويمكن أيضا أن ينجم الضرر عن مزيج من العوامل (أي الإفراط في عزو الأسباب). وتتص المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا على أنه لا يجوز الحد أو التخفيف من الجبر بسبب الأسباب المتزامنة فيما عدا حالات المساهمة في الخطأ⁽⁶¹⁾. إلا أنه يمكن لسبب فاصل (*intervening cause*) أن يقطع سلسلة العلاقة السببية⁽⁶²⁾. وفي حال حدوث ذلك، وجب على الدولة المدعى عليها أن تثبت أن هذا العامل (وليس خرقها) هو الذي تسبب في فشل الاستثمار. وبعض الأحداث تكون مفحمة لدرجة أنها تقطع الصلة السببية، مما يجعل تصرفات الدولة مفرطة في البعد⁽⁶³⁾. ويقع العبء على الدولة أن تثبت أن خسارة المستثمر تُعزى إلى أسباب أخرى، مثل خطأ مساهم أو إهمال من جانب المستثمر⁽⁶⁴⁾. وعند الخلو إلى وجود خطأ مساهم أو إهمال، خفضت بعض هيئات التحكيم مبلغ التعويض المستحق للمدعي⁽⁶⁵⁾. وفي حال قررت هيئة تحكيم أن تقليل التعويض ملائم، يمكنها أن تلتزم أدلة أو منكرات إضافية من الأطراف ومساعدة خبراء تقدير

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID (55) Case No. ARB/02/1 (LG&E v. Argentina), Final Award, 25 July 2007, para. 50; *Pey Casado v. Chile*, Award, 13 September 2016, para. 218

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1 (Amco v. Indonesia), Award in Resubmitted Proceeding, 31 May 1990, para. 172; *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5 (Burlington v. Ecuador), Decision on Reconsideration and Award, 7 February 2017, para. 333

Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/5 (ADM v. Mexico), Award, 21 November 2007, para. 282

Joseph Charles Lemire v. Ukraine (II), ICSID Case No. ARB/06/18, Award, 28 March 2011, para. 170 (58)

S.D. Myers v. Canada, Second Partial Award, 21 October 2002, paras. 154, 159 (59)

Lanovoy, pp. 46, 57 (60)

(61) شروح لجنة القانون الدولي، المادة 31، التعليق 12.

(62) المرجع نفسه، الفقرة (13). وللاطلاع على قضايا لم تُثبت فيها العلاقة السببية انظر *Lauder v. Czech Republic*، الفقرة 234، و *Biwater v. Tanzania*، الفقرتان 790 و 798.

Ioan Micula, et al. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013, paras. 926–927 (63)

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21 (Bear Creek v. Peru), Award, 30 November 2017, para. 568; *Stati et al. v. Kazakhstan*, para. 1332 (64)

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7 (MTD v. Chile), Award, 25 May 2004, paras. 242–243; *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2012-02 (Copper Mesa v. Ecuador), Award, 15 March 2016, paras. 6.100–6.102; *STEAG GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/4 (STEAG v. Spain), Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 8 October 2020, paras. 794–796 (65)

التعويض لتوفير أساس أكثر موضوعية ومنهجية لخفض التعويض. ويُتناول الخطأ المساهم بمزيد من التفصيل في القسم هاء أدناه المتعلق بدفع الدولة.

التوصيات

ينبغي أن تميز هيئات التحكيم بين السببية الواقعية (ما كان المستثمر ليتكبد الخسارة لولا الخرق) والسببية القانونية (الخسارة القابلة للتعويض مرتبطة ارتباطاً كافياً بالخرق).

وينبغي أن تحلل هيئات التحكيم بعناية العلاقة السببية بين الخرق الذي أثبت والضرر المدعى وقوعه، بما يضمن أن الضرر ليس مفرداً في البعد أو تخمينياً.

وينبغي لهيئات التحكيم، قدر الإمكان، أن تتوخى الحذر في السماح بالتعويض عن الخسائر غير المباشرة وعن العواقب التقريبية أو غير المتوقعة للخرق.

وينبغي أن تأخذ هيئات التحكيم في الاعتبار أي خطأ مساهم أو تقاعس عن تخفيف الضرر من جانب المستثمر عند تقييم مبلغ التعويض. ويجوز لهيئات التحكيم أن تلتزم المبدأ من المذكرات أو شهادة الخبراء لضمان إجراء تخفيض موضوعي ومنهجي.

وفي حال زعم مدعى عليه أن سبباً فاصلاً قطع السلسلة السببية، ينبغي أن تقم هيئة التحكيم ما إذا كان العامل الفاصل عاملاً مهماً أو غير متوقع بما يجعل الخرق الذي ارتكبه الدولة مفرداً في البعد عن أن يكون مبرراً لوجود مسؤولية.

دال - معيار التعويض

28- يركز التقدير الكمي للأضرار على معيار التعويض. واتفاق الاستثمار الدولي المنطبق هو المكان المنطقي للبدء في هذا التحليل، بالنظر إلى أنه يحدد التزامات الدولة. إلا أن التعويض لا يتناول في كثير من الأحيان إلا فيما يتعلق بنزع الملكية. وتقتصر بعض المعاهدات أيضاً التعويض على خرق التزامات محددة. وفيما يخص جميع الخروقات الأخرى (بما في ذلك نزع الملكية بصورة غير مشروعة)، ستلجأ هيئات التحكيم إلى قواعد القانون الدولي العرفي، كما هو موضح في قضية مصنع خورزوف (*Chorzów Factory*) ووفق ما هو مدون في المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً. ومن ثم، يتوقف معيار التعويض على الانتهاك المزعوم.

29- ووظيفة التعويض عن الأضرار تعويضية في طابعها. وهذا يعني أن الحكم بالتعويض لا يراد به معاقبة الدولة⁽⁶⁶⁾. وبذلك، ينبغي أن تسعى هيئات التحكيم إلى إعادة الطرف المتضرر إلى الحال الذي كان سيكون عليه لولا وقوع الضرر.

30- نزع الملكية بصورة مشروعة: تنص غالبية اتفاقات الاستثمار الدولية على الشروط اللازمة لكي يُعتبر نزع الملكية مشروعاً، فتشترط أن يكون سلوك الدولة: '1' مراعياً للأصول القانونية؛ '2' غير تمييزي؛ '3' يخدم المصلحة العامة؛ '4' ينص على دفع تعويض. وفي حال عدم استيفاء هذه الشروط، اعتبرت هيئات التحكيم أن

(66) شروح لجنة القانون الدولي، المادة 36، التعليق 4.

نزع الملكية غير مشروع وطبقت مبدأ الجبر الكامل بموجب القانون الدولي العرفي. إلا أن بعض هيئات التحكيم رأت أن نزع الملكية مشروع حتى وإن لم يُدفع تعويض⁽⁶⁷⁾.

31- وتتص أيضا اتفاقات الاستثمار الدولية عادة على التعويض "الفوري والمناسب والفعال"، المعروف باسم "صيغة أو قاعدة هال" (Hull formula). وتوفر هذه الأحكام إرشادات بشأن مقياس التعويض (أي القيمة السوقية العادلة)، وتاريخ التقييم (أي التاريخ السابق لنزع الملكية)، وأحيانا معدل الفائدة المنطبق. وحتى عندما تستخدم المعاهدات مصطلحات مبهمة مثل "القيمة السوقية" أو "القيمة الحقيقية" أو التعويض "المناسب"، فإنها تُفسر عموما بما يتماشى مع معيار القيمة السوقية العادلة⁽⁶⁸⁾. وهذا المعيار يحدد القيمة من خلال "السعر ... الذي تنتقل به الملكية بين مشترٍ افتراضي تتوفر له الإرادة والقدرة وبائع افتراضي تتوفر له الإرادة والقدرة يتصرفان باستقلالية في سوق مفتوحة وغير مقيدة، دون أن يكون أيهما مجبرا على الشراء أو البيع ويكون لدى كليهما معرفة معقولة بالحقائق ذات الصلة"⁽⁶⁹⁾. وتقدم بعض المعاهدات مزيدا من الإرشادات بشأن التقييم، فتشير مثلا إلى قيمة المنشأة العاملة، أو قيمة الموجودات، أو القيمة الضريبية المعلنة، أو معايير أخرى. ويؤدي هذا التحليل عموما إلى تعويض مساو للقيمة السوقية للممتلكات التي تُنزع ملكيتها قبل نزع ملكيتها مباشرة، بالإضافة إلى أي فائدة منطبقة. واعتمادا على شروط المعاهدة ذات الصلة، قد تُلزم هيئات التحكيم بالنظر في عوامل أخرى عند تقييم التعويض.

32- نزع الملكية بصورة غير مشروعة: فيما يخص عمليات نزع الملكية غير الممتثلة للشروط، تطبق هيئات التحكيم مبدأ الجبر الكامل بموجب القانون الدولي العرفي كما هو وارد في المادة 31 من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا. وترد إرشادات إضافية في المادة 34 التي تنص على أن الجبر الكامل يكون "عن طريق الرد والتعويض والترضية". وعلى الرغم من أن معيار الجبر الكامل وُضع في سياق المنازعات بين الدول، فإن هيئات التحكيم المعنية بالاستثمار طبقت المبدأ بالتناظر للاسترشاد به في حساب التعويض عن الأضرار في المنازعات بين المستثمرين والدول.

33- وقدمت المحكمة الدائمة للعدل الدولي مزيدا من الإرشادات بشأن مبدأ الجبر الكامل في قضية مصنع خورزوف، حيث ذكرت:

أن الجبر يجب، قدر الإمكان، أن يحو كل آثار الفعل غير المشروع وأن يعيد الحالة إلى ما كانت ستكون عليه، وفقا لأرجح الاحتمالات، لو لم يرتكب ذلك الفعل. والتعويض العيني أو، إذا تعذر ذلك، دفع مبلغ يعادل القيمة التي يحملها التعويض العيني⁽⁷⁰⁾.

34- وترسي قضية مصنع خورزوف أثرين رئيسيين لأي خرق ناجم عن ارتكاب فعل غير مشروع دوليا. الأول هو أن الالتزام الأساسي للدولة هو رد الحقوق، سواء كانت مادية (مثل إعادة الممتلكات المحجوزة بصورة غير مشروعة) أم قانونية (مثل إلغاء تصرف حكومي). وإذا كان رد الحقوق مستحيلا أو مرهقا للغاية، يجوز أن تدفع

Tidewater v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5 (*Tidewater v. Venezuela*), Award, 13 March 2015, (67)

para. 140; *Venezuela Holdings, B.V., et al v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No.

.ARB/07/27, Award, 9 October 2014, paras. 301, 306

Marboe, pp. 23–24; UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking* (68)

(2007), p. 48; World Bank, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* (World Bank

.Guidelines), Guideline IV.3

American Society of Appraisers, *ASA Business Valuation Standards* (2008), p. 23; World Bank Guidelines, (69)

.Guideline IV.5

.*Chorzów Factory*, p. 47 (70)

الدولة تعويضاً بدلاً من ذلك. وهذا يمكن أن يحدث، مثلاً، عند فقدان الممتلكات أو تدميرها أو تغييرها⁽⁷¹⁾. وتسمح بعض اتفاقات الاستثمار الدولية لهيئات التحكيم أن تحكم بالتعويض أو الرد، وحيثما يصدر أمر بالرد، يجوز للدولة أن تختار دفع تعويض يمثل القيمة السوقية العادلة للممتلكات التي نُزعت ملكيتها. إلا أن هيئات التحكيم نادراً ما تحكم بالرد⁽⁷²⁾، ويرجع ذلك على الأرجح إلى التعدي المتصور على سيادة الدولة والشكوك بشأن إمكانية إنفاذه.

35- والثاني هو أن تعويض الأضرار ينبغي "بقدر الإمكان، أن يحوّل آثار الفعل غير المشروع."⁽⁷³⁾ وفي الممارسة العملية، تحسب هيئات التحكيم التعويض عن طريق مقارنة القيمة السوقية العادلة في سيناريو "ما كان سيكون لولا" (*but-for scenario*) بالقيمة السوقية في العالم الفعلي، مع أخذ الفرق كقياس للخسارة. وبالنظر إلى أن القيمة في العالم الفعلي بعد نزع الملكية عادة ما تكون صفراً، فإن التعويض عادة ما يعادل القيمة السوقية العادلة في إطار سيناريو "ما كان سيكون لولا". ويتمشى هذا النهج مع النهج المستخدم في عمليات نزع الملكية المشروعة، فيما عدا أنه قد يأخذ في الحسبان أيضاً الزيادات في القيمة بعد نزع الملكية والنقطة العرضية⁽⁷⁴⁾. إلا أن قلة فقط من هيئات التحكيم حكمت بتعويض على أساس الزيادات في القيمة بعد الخرق، غالباً لأن هذه الزيادات نادرة الحدوث⁽⁷⁵⁾. وتبعاً لذلك، في غالبية الحالات، يسفر التعويض بموجب اتفاقات الاستثمار الدولية عن نتيجة مماثلة للتعويض المقدر بموجب القانون الدولي العرفي⁽⁷⁶⁾.

36- ويمكن أيضاً الحكم بالرد مقترناً بأشكال أخرى من الجبر، ومنها التعويض عن الأضرار التي لا يشملها الرد⁽⁷⁷⁾. بيد أن هيئات التحكيم ينبغي أن تضمن ألا يؤدي الجبر المركب إلى استرداد مزدوج. وتُعد التدابير/الأحكام التقريرية (*Declaratory relief*) أيضاً سبيل انتصاف واسع الانتشار. وهي تتخذ شكل تقرير للمسؤولية عندما يتبين أن دولة خرقت التزاماً من التزامات اتفاق الاستثمار الدولي. ووفقاً لشرح لجنة القانون الدولي، فإن هذا النوع من التدابير التقريرية "يمكن أن يعامل على أنه شكل من أشكال الترضية" ولكنه "لا يرتبط جوهرياً بالترضية بوصفها من وسائل الانتصاف"⁽⁷⁸⁾. بل إنه "جزء ضروري من عملية البت" في مشروعية السلوك المعني.

(71) شروح لجنة القانون الدولي، المادة 35، التعليق 4.

(72) للاطلاع على قضايا حكم فيها بالرد: *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 10 February 1999, paras. 135–136; *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23 (Arif v. Moldova), Award, 8 April 2013, para. 571.

(73) *Chorzów Factory*, p. 47; *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, UNCITRAL (CME v. Czech Republic), Partial Award, 13 September 2001, para. 618; *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/23, Award, 12 December 2016, para. 396.

(74) *Chorzów Factory*, p. 50; cf. Dissenting Opinion of Lord Finlay, pp. 70–71; *Hulley Enterprises Ltd. v. Russian Federation*, PCA Case No. 2005-03/AA226, Final Award, 18 July 2014, para. 1769; *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16 (ADC v. Hungary), Award, 2 October 2006, paras. 496–497; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8 (Siemens v. Argentina), Award, 6 February 2007, para. 352.

(75) *ADC v. Hungary*, para. 497; *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and the Merits, 3 September 2013, paras. 343, 401; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplun v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Award, 16 September 2015, para. 422.

(76) Ripinsky/Williams, p. 88.

(77) المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، المادة 34.

(78) شروح لجنة القانون الدولي، المادة 37، التعليق 6.

37- الخروق الأخرى للمعاهدات: توجد ضوابط أخرى في اتفاقات الاستثمار الدولية، مثل المعاملة العادلة والمنصفة، والمعاملة المماثلة للمعاملة الوطنية، ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية، والبنود الجامعة، وشروط التنفيذ، تستدعي أيضا تطبيق مبدأ الجبر الكامل في غياب إرشادات محددة بشأن التعويض عن خرق تلك الضوابط⁽⁷⁹⁾. وفي حال كان لتلك الخروق نفس الأثر كنزع الملكية (أي أن المستثمر جُرد تجريدا كاملا ودائما من الملكية أو من قيمة الممتلكات أو القدرة على استخدام الممتلكات أو السيطرة عليها فعليا)، احتسبت هيئات التحكيم تعويض الأضرار على أساس مماثل لنزع الملكية بصورة غير مشروعة⁽⁸⁰⁾. إلا أن الحكم بتعويض الضرر الناجم عن خروق غير متعلقة بنزع الملكية باستخدام نفس المنهجية المطبقة على قضايا نزع الملكية ينطوي على خطر الخلط بين ضررين متميزين مفاهيميا. فعلى سبيل المثال، قد يستلزم انتهاك للمعاملة العادلة والمنصفة يؤثر على منشأة عاملة الأخذ بمعيار مختلف للتعويض خلاف القيمة السوقية العادلة. لذلك، سيكون من النادر منطقيا أن تجد هيئات التحكيم خرقا غير متعلق بنزع الملكية يتسبب في التجريد الدائم من الملكية دون أن تجد أيضا نزعا للملكية.

38- وفيما يخص الخروق التي لا تكون متعلقة بنزع الملكية في طابعها، ينبغي أن تحلل هيئات التحكيم الضرر المحدد الناجم عن انتهاك المعاهدة لتعويض المستثمر عن الخسائر الفعلية المتكبدة⁽⁸¹⁾. وينطوي طمس هذا التمايز على مخاطرة بتطبيق نهج تقييم غير ملائم، لأن أي خرق غير متعلق بنزع الملكية قد لا يسفر مباشرة عن تقليل قيمة الاستثمار، حسبما توحى به مقارنة بين القيمة السوقية العادلة للاستثمار في حالة قائمة على سيناريو "ما كان سيكون لولا" والعالم الفعلي⁽⁸²⁾. ويستلزم تقرير المبلغ الملائم للتعويض مراعاة عوامل مختلفة مثل المصالح المتضررة (مثل الأسهم والديون والحقوق التعاقدية) والخرق المزعوم وطبيعة الخسارة (على سبيل المثال، ما إذا كان الاستثمار قد دُمِر أم تضرر مؤقتا)⁽⁸³⁾. ويعتمد هذا التقييم بشكل أساسي على الوقائع المحددة للقضية. لذلك ينبغي أن تضمن هيئات التحكيم أن تستند مطالبات التعويض إلى تحليلات قوية بإلزام الأطراف أن يقدموا حسابات للأضرار المحددة المرتبطة مباشرة بانتهاك المعاهدة.

(79) *Glencore International A.G., C. I. Prodeco S.A., and Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. v. Republic of Colombia (II)*, ICSID Case No. ARB/19/22 (Glencore v. Colombia II), Award, 19 April 2024, para. 325; *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA v. The Italian Republic*, SCC Case No. V 095/2015, Award, 23 December 2018, para. 548

(80) *Murphy Exploration & Production Company International v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2012-16, Partial Final Award, 6 May 2016, para. 482; *Gemplus, S.A., SLP, S.A., and Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/3, Award, 16 June 2010, paras. 12–26; *Talsud S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/4, Award, 16 June 2010, paras. 12–52; *CMS v. Argentina*, para. 410

(81) M. Kinnear, "Damages in Investment Treaty Arbitration" in 4: شروح لجنة القانون الدولي، المادة 36، التعليق 4؛ *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, K. Yannaca-Small (ed.) (2010), pp. 561–562; A. Cohen Smutny, "Some Observations on the Principles Relating to Compensation in the Investment Treaty Context," *ICSID Review*, Volume 22 (2007), pp. 19–20

(82) *PSEG Global and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5 (PSEG v. Turkey), Award, 19 January 2007, para. 308

(83) Ripinsky/Williams, p. 90

التوصيات

ينبغي أن تحدد هيئات التحكيم معيار التعويض المنطبق، وأن تبدأ بشروط اتفاق الاستثمار الدولي المنطبق. وفي حال لم يكن معيار التعويض بشأن الخرق المزعوم مذكوراً صراحة في المعاهدة الأساسية، ينبغي أن ترجع هيئات التحكيم إلى القانون الدولي العرفي والمبادئ العامة للقانون الدولي والمواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً وقضية مصنع خورزوف (*Chorzów Factory*)، لتحديد معيار التعويض.

وينبغي أن تطبق هيئات التحكيم مبدأ الجبر الكامل لعمليات نزع الملكية بصورة غير مشروعة، الذي يشمل رد الحق حيثما أمكن، أو تعويضاً يعادل قيمة الاستثمار المفقود في سيناريو "ما كان سيكون لولا".

وينبغي أن تضمن هيئات التحكيم أن تكون أحكام التعويض عن الأضرار تعويضية وليست عقابية من حيث الوظيفة. وينبغي أن يهدف التعويض إلى إعادة المستثمر إلى الحال الذي كان سيكون عليه لولا الفعل غير المشروع دولياً وليس بالضرورة معاقبة الدولة على الفعل.

وفيما يخص الانتهاكات من قبيل المعاملة العادلة والمنصفة أو المعاملة المماثلة للمعاملة الوطنية أو معاملة الدولة الأولى بالرعاية أو البنود الجامعة أو شروط التنفيذ، ينبغي أن تتجنب هيئات التحكيم اللجوء بشكل منهجي إلى نفس معايير التعويض المستخدمة في حالة نزع الملكية. وينبغي أن تتجنب تطبيق القيمة السوقية العادلة تلقائياً ما لم يتسبب الخرق في التجريد الكامل والدائم. وبدلاً من ذلك، ينبغي أن يجسد التعويض الضرر الفعلي المتكبد، استناداً إلى طبيعة الضرر ومصالح المستثمر المتضررة.

وينبغي لهيئات التحكيم أن تلزم الأطراف بتقديم تحليلات سليمة مستندة إلى وقائع للضرر، وهو ما يستلزم وجود أدلة موثوقة تربط بين خرق المعاهدة وخسائر محددة. وينبغي أن ترفض هيئات التحكيم أي مطالبات تخمينية أو غير مدعومة بأدلة وأن تشجع استخدام تقييمات الخبراء عند الاقتضاء.

هاء - دفع الدولة عن الأضرار

39- يجوز أن تحتج الدولة بظروف مختلفة تحد من مبلغ التعويض المستحق رداً على مطالبة بتعويض الأضرار. والدفع الأكثر شيوعاً هي: '1' مساهمة المستثمر في الخطأ؛ '2' تقاعس المستثمر عن تخفيف الضرر الذي لحق به؛ '3' الدفع بالضرورة؛ '4' عدم امتثال المستثمر للقوانين المحلية؛ '5' حظر منح التعويض عن أضرار تخمينية.

40- الخطأ المساهم: تنص المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً على أن تراعى، عند تحديد الجبر، "المساهمة في الضرر الناجم عن عمل أو إغفال مقصود أو إهمال من جانب الدولة المضروعة أو من جانب أي شخص أو كيان يُلتزم له الجبر"⁽⁸⁴⁾. وهذا يعكس الفكرة الراسخة بأن اتفاقات الاستثمار الدولية ليست بوالص تأمين على ما يتخذه المستثمرون من قرارات غير حكيمة بشأن الأعمال⁽⁸⁵⁾.

41- وحالما يثبت المستثمر وجود علاقة سببية بين سلوك الدولة غير المشروع والضرر الذي لحق به، ينتقل العبء إلى الدولة أن تثبت أن المستثمر أسهم مادياً في الضرر الذي لحق به⁽⁸⁶⁾. ويجب أن يكون

(84) المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، المادة 39.

(85) *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7 (Maffezini v. Spain), Award, 13 November 2000, para. 64; *MTD v. Chile*, Award, para. 178; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15 (El Paso v. Argentina), Award, 31 October 2011, para. 401.

(86) *LSF-KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea*, ICSID Case No. ARB/12/37, Award, 30 August 2022, paras. 809–810; *Copper Mesa v. Ecuador*, para. 6.88; *Stati et al. v. Kazakhstan*, para. 1454.

سلوك المستثمر "تم عمداً أو إهمالاً" ويجب أن يكون قد "أسهم مادياً في الضرر"⁽⁸⁷⁾. ويشمل الخطأ المساهم أيضاً تقييم المستثمر للمخاطر تقييماً غير ملائم أو علمه بها وتحمله لها بكامل إرادته⁽⁸⁸⁾. وحالما وُجد خطأ مساهم، تُمنح هيئات التحكيم سلطة تقديرية لتحديد حجم التخفيض في التعويض الذي سيُحْكَم به⁽⁸⁹⁾. ويمكن أن تسترشد هيئات التحكيم بخبراء الأطراف في تقرير حجم التخفيض.

42- التقصير في تخفيف الضرر: كمبدأ عام من مبادئ القانون الدولي، يُلزم الطرف المتضرر بالتصرف تصرفاً معقولاً لتخفيف خسائره⁽⁹⁰⁾، وهو ما ينطبق أيضاً في سياق قانون الاستثمار⁽⁹¹⁾. والهدف هو "تقادي جلوس الطرف المتضرر في انتظار التعويض عن ضرر كان بإمكانه تجنبه وتقليصه"⁽⁹²⁾ وينشأ هذا الواجب بتخفيف الضرر من اللحظة التي يصبح فيها المستثمر على علم بالظروف المؤدية إلى حدوث الخرق⁽⁹³⁾.

43- ولإثبات التقصير في تخفيف الضرر، يجب أن يثبت المدعى عليه أن المدعي كان ساكناً على نحو لا يُعقل أو سلك سلوكاً لا يُعقل بعد وقوع الخرق⁽⁹⁴⁾. ويمكن لواجب تخفيف الضرر، من ثم، أن يُلزم المستثمر ببيع منتجات، أو وقف تقديم الخدمات، أو محاولة إعادة التفاوض على عقد، أو التخلي عن مشروع غير مربح⁽⁹⁵⁾. وتوخت بعض هيئات التحكيم الحذر في تطبيق هذا المبدأ، حيث رأت أن جهود تخفيف الضرر التي يبذلها المستثمر يتعين أن تكون معقولة فقط مع أخذ جميع الظروف في الاعتبار⁽⁹⁶⁾. وعلى سبيل المثال، رأت هيئة التحكيم في قضية *SPP* أن المدعي لم يكن ملزماً بقبول "بديل غير مناسب"⁽⁹⁷⁾، وأشارت هيئة التحكيم في

(87) شروح لجنة القانون الدولي، المادة 39، التعليقان 1 و5؛ *Burlington v. Ecuador*, para. 576; (DS)2, S.A., *Peter de Sutter and Kristof De Sutter v. Republic of Madagascar (II)*, ICSID Case No. ARB/17/18, 17 April 2020, para. 461; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11 (*Occidental v. Ecuador II*), Award, 5 October 2012, paras. 666–670.

(88) *Ripinsky/Williams*, p. 315.

(89) *MTD v. Chile*, Decision on Annulment, 21 March 2007, para. 101; *STEAG v. Spain*, para. 795; *UAB E energija v. Republic of Latvia*, ICSID Case No. ARB/12/33 (*UAB v. Latvia*), Decision on Annulment, 8 April 2020, para. 197; *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan (II)*, ICSID Case No. ARB/13/13 (*Caratube v. Kazakhstan II*), Award, 27 September 2017, para. 1192; *Occidental v. Ecuador II*, para. 670; القسم جيم أعلاه.

(90) شروح لجنة القانون الدولي، المادة 31، التعليق 11؛ *Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia*, ICSID Case No. ARB/05/24, Award, 17 December 2015, para. 215.

(91) *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002, para. 167; *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/16/34, Award, 14 August 2020, para. 565.

(92) *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, IUSCT AWARD NO. 604-A15 (II:A)/A26 (IV)/B43-FT (*Iran v. United States*), 10 March 2020, para. 1797.

(93) *CME v. Czech Republic*, Final Award, 14 March 2003, para. 303.

(94) *William Ralph Clayton, William Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Damages, 10 January 2019, para. 204; *Cairn Energy PLC and Cairn UK Holdings Limited v. The Republic of India*, PCA Case No. 2016-07 (*Cairn Energy v. India*), Final Award, 21 December 2020, para. 1887.

(95) *Marboe*, p. 55.

(96) *Iran v. United States*, paras. 1797–1798.

(97) *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3 (*SPP v. Egypt*), Award, 20 May 1992, para. 172.

قضية *AIG* إلى أن إجبار المستثمر على قبول حل أكثر مؤاتاة للدولة المضيفة سيسمح للدول دون وجه حق أن تخرق التزاماتها الدولية بمنأى عن العقاب⁽⁹⁸⁾. ويستتبع ذلك أن التكاليف التي يتكبدها مستثمر في تخفيف الخسائر قابلة للاسترداد ما دامت تكبدت بشكل معقول وقيمتها لا تتجاوز الضرر المتجنب من خلال التخفيف⁽⁹⁹⁾. والتعويض عن الأضرار الذي يُحكم به ينبغي، من حيث المبدأ، أن يجسد الخسارة الإجمالية الناجمة عن الضرر، مخصصاً منها أي خسائر تجنبت بسبب التخفيف، زائداً التكاليف المرتبطة بجهود التخفيف. وتتمتع هيئات التحكيم بسلطة تقديرية واسعة لتقرير حجم هذا التخفيف⁽¹⁰⁰⁾.

44- الضرورة: حالة الضرورة هي ظرف نافذ لعدم المشروعية بموجب القانون الدولي العرفي ويمكن الاحتجاج بها حين يكون التدبير الذي اتخذته الدولة هو السبيل الوحيد أمامها لصون مصلحة أساسية من خطر جسيم ووشيك يتهدها⁽¹⁰¹⁾. ويسمح هذا الدفاع بعدم الوفاء بالالتزام خلال فترة الضرورة. وقد فُسر حالة الضرورة تفسيراً مقيداً لتشمل "حالات استثنائية" واقتضي استيفائها لعدة شروط، أبرزها ألا تكون الدولة قد أسهمت في حدوث حالة الضرورة⁽¹⁰²⁾. وتترك مواد لجنة القانون الدولي الباب مفتوحاً أمام إمكانية أن يظل التعويض مستحقاً عن "أي خسارة مادية" حتى في حالة نجاح الدفع بالضرورة⁽¹⁰³⁾، وإن ظل من غير الواضح تحت أي ظروف يمكن أن يحدث ذلك⁽¹⁰⁴⁾.

45- وتتضمن بعض اتفاقات الاستثمار الدولية دفوعاً بالضرورة في أحكام التدابير المستتثة من الحظر (non-precluded measures) أو بنود الاستثناءات الأمنية الأساسية. وما زال موضع خلاف ما إذا كانت هذه الأحكام تتمتع بنفس نطاق وأثر الدفاع بالضرورة في القانون الدولي العرفي⁽¹⁰⁵⁾. وقد نوقشت هذه الأحكام والدفاع بالضرورة على نطاق واسع في قضايا التحكيم المتعلقة بقانون الطوارئ في الأرجنتين، الذي اشترع استجابة للآزمة المالية التي شهدتها البلد في أوائل العقد الأول من القرن الحادي والعشرين. وانقسمت هيئات التحكيم في تفسيرها، حيث رفضت غالبيتها دفاع الأرجنتين⁽¹⁰⁶⁾، ورأت قلة منها أنها تقي بالشروط بموجب القانون الدولي العرفي أو أحكام المعاهدة⁽¹⁰⁷⁾.

AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company Ltd. v. The Republic of Kazakhstan, (98) ICSID Case No. ARB/01/6, Award, 7 October 2003, para. 10.6.4(5).

Hydro Energy 1 S.à r.l. and Hydroxana Sweden AB v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/42, (99) Award, 5 August 2020, para. 117.

MTD v. Chile, Decision on Annulment, 21 March 2007, para. 101; *STEAG v. Spain*, para. 795; *UAB v. Latvia*, para. 197; *Caratube v. Kazakhstan II*, para. 1192; *Occidental v. Ecuador II*, para. 670.

(101) المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، المادة 25 (1)؛ Ripinsky/Williams, p. 339.

(102) المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، المادة 25 (2).

(103) المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، المادة 27 (ب)؛ شروح لجنة القانون الدولي، المادة 27، التعليقان 1 و 4.

(104) F. Paddeu, "Circumstances Precluding Wrongfulness" in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, paras. 22–29.

(105) Ripinsky/Williams, p. 340.

(106) *El Paso v. Argentina*, para. 665; *CMS v. Argentina*, para. 331; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para. 346.

(107) *LG&E v. Argentina*, paras. 258–259; *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, para. 265.

46- ويمكن للدفاع بالضرورة، بحكم طبيعته، أن يحمي مجموعة واسعة من المصالح التي تنطوي عليها المنازعات الاستثمارية في أحيان كثيرة. وفي الواقع أنه احتُج به بالفعل في قضايا تتعلق بالجيش⁽¹⁰⁸⁾ وحماية البيئة والصحة العامة⁽¹⁰⁹⁾. إلا أن التفسير الضيق الذي فسرت به هيئات التحكيم حتى الوقت الراهن حد من تطبيقه إلى حد كبير.

47- الامتثال للقانون المحلي: من الشائع في اتفاقات الاستثمار الدولية أن تُقصر الحماية التعاقدية على الاستثمارات المنشأة وفقاً للقانون المحلي. وامتثال أي مستثمر للقوانين المحلية يمكن أن يكون ذا وجهة في جميع مراحل الإجراءات، بما في ذلك تقدير التعويض. فعلى سبيل المثال، قد تفقد هيئة التحكيم الاختصاص القضائي إذا انتهك المستثمر القانون المحلي في وقت الاستثمار⁽¹¹⁰⁾، أو قد ترفض دعوى بشأن الأسس الموضوعية إذا رأت أن الإجراء الذي اتخذته الدولة كان رداً مشروعاً على سلوك غير قانوني للمستثمر⁽¹¹¹⁾. وقد يكون عدم الامتثال للقانون المحلي ذا صلة أيضاً بحساب التعويضات، على سبيل المثال، في سياق الخطأ المساهم (انظر الفقرتين 40 و 41 أعلاه)⁽¹¹²⁾.

48- وتتضمن بعض اتفاقات الاستثمار الدولية من الجيل الأول أحكاماً تقتضي الامتثال للقانون المحلي، وهي أحكام فسرتها هيئات التحكيم بشكل روتيني على أنها لا تستثني إلا الاستثمارات التي أنشئت بشكل مخالف للقانون المحلي⁽¹¹³⁾. وحتى في غياب شرط صريح للمشروعية، رأت بعض هيئات التحكيم أن الحماية بموجب اتفاقات الاستثمار الدولية ينبغي ألا تتاح للاستثمارات التي تُجرى بشكل غير قانوني⁽¹¹⁴⁾. وتذهب بعض اتفاقات الاستثمار الدولية النموذجية الجديدة إلى أبعد من ذلك بتشجيع المستثمرين على الامتثال للقواعد الدولية ومعايير الصناعة، مثل مبادئ المسؤولية الاجتماعية للشركات، وحوكمة الشركات، ومبادئ حقوق الإنسان، والمعايير البيئية. ولتوضيح مدى انطباق هذه القواعد والمعايير على المستثمرين، اختارت بعض اتفاقات الاستثمار الدولية أن تفرض هذه الشروط مباشرة على المستثمرين، بينما تشجع اتفاقات أخرى المستثمرين على اعتمادها في ممارساتهم وسياساتهم الداخلية، أو تلزم المستثمرين بالامتثال للقوانين واللوائح المحلية المتعلقة بأمور منها حقوق الإنسان وحماية البيئة، وقوانين العمل.

(108) *AAPL v. Sri Lanka*, paras. 63–64.

(109) *Michael Anthony Lee-Chin v. Dominican Republic*, ICSID Case No. UNCT/18/3, Final Award, 6 October 2023, para. 265.

(110) *Alvarez and Marin Corporation S.A. v. The Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/15/14, Award, 12 October 2018, para. 135; *Cairn Energy v. India*, para. 709.

(111) *Bear Creek v. Peru*, para. 335; *Worley International Services Inc. v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2019-15, Final Award, 22 December 2023, para. 314; *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, Final Award, 15 December 2014, para. 645.

(112) *Copper Mesa v. Ecuador*, para. 6.88; *Occidental v. Ecuador II*, paras. 679–680, 687.

(113) *Khan Resources v. Mongolia*, Decisions on Jurisdiction, 25 July 2012, paras. 383–384; *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decisions on Jurisdiction, 19 December 2012, para. 260; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Decisions on Jurisdiction, 21 December 2012, para. 257, citing *Gustav F.W. Hamester GmbH & Co. KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, para. 96.

(114) *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines (II)*, ICSID Case No. ARB/11/12, Award, 10 December 2014, para. 332; *SAUR International S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/4, Decision on Jurisdiction and Liability, 6 June 2012, para. 308.

49- حظر منح التعويض عن أضرار تخمينية: اتساقاً مع معيار الإثبات (انظر الفقرات 20-22 أعلاه)، من المبادئ المستقرة في القانون الدولي أنه لا يجوز أن تؤمر الدول بدفع تعويض عن أضرار تخمينية⁽¹¹⁵⁾. وقد تجلّى رفض هيئات التحكيم لتعويض الأضرار التخمينية في عدة طرق. وتماشياً مع مبدأ الجبر الكامل، حكمت هيئات التحكيم بتعويضات عن الخسائر الفعلية فقط، وليس عن ضرر افتراضي⁽¹¹⁶⁾. فعلى سبيل المثال، رفضت هيئة التحكيم في قضية *Mobil (I)* أن تمنح تعويضات رأت أنها غير ناضجة، حيث توصلت إلى أن الخسارة المتوقعة للمستثمرين لم تكن قد تحققت بعد في وقت التحكيم⁽¹¹⁷⁾. إلا أن هيئة التحكيم رأت أن باستطاعة المستثمرين أن يرفعوا مطالبة بالتعويض في دعوى تحكيم جديدة عن تلك الخسائر⁽¹¹⁸⁾. وبالمثل، ترددت المحاكم في الحكم بالكسب المستقبلي الفائت ما لم تتوفر درجة من اليقين بخصوص تدفق الدخل المتوقع. وينشأ هذا السيناريو في سياق مطالبات التعويض المحسوبة على أساس نموذج التدفق النقدي المخصوم، وقد يؤدي إلى رفضها (انظر الفقرات 53-55 أدناه).

50- وخلاصة القول، توجد عدة دفوع يمكن أن تحتج بها الدول في المنازعات الاستثمارية. وهذه الدفوع لا ترد عادة في اتفاقات الاستثمار الدولية، خصوصاً ما يسمى بالجيل الأول من تلك الاتفاقات، بل إنها تُستمد من القانون الدولي العرفي أو المبادئ العامة للقانون الدولي أو ممارسات التحكيم. وفي هذا السياق، ينبغي أن تستعين هيئات التحكيم بقدر أكبر بخبراء الأطراف في حساب تخفيضات التعويض القائمة على المساهمة في الخطأ أو التقصير في تخفيف الضرر، وذلك لتعزيز مزيد من الجدية والدقة الاقتصادية في أحكامها.

التوصيات

ينبغي أن تقيم هيئات التحكيم الدفوع التي تهدف إلى الحد من التعويضات. وفي حال ثبوت وجود خطأ مساهم أو تقصير في تخفيف الضرر، ينبغي أن تقيم هيئات التحكيم تعويض الأضرار وفقاً لذلك. وينبغي أن تضمن هيئات التحكيم أيضاً أن التعويض يجسد الأضرار الفعلية (وليس التخمينية) وأن تطبق معياراً عالياً لإثبات الكسب الفائت والأرباح المستقبلية.

وينبغي أن تنتظر هيئات التحكيم في امتثال المستثمر للقانون المحلي والمعايير الدولية ذات الصلة، ليس في مرحلتها تحديد الاختصاص القضائي والأسس الموضوعية فحسب، بل أيضاً في مرحلة تقدير التعويضات.

وينبغي أن تراعي هيئات التحكيم مبادئ الإنصاف ومبادئ التناسب في تقييم تعويض الأضرار، أخذاً في الاعتبار لعوامل مثل الوضع الاقتصادي للدول المدعى عليها وموقف المدعين والظروف الأخرى ذات الصلة.

(115) *Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, No. 310-56-3, (115)

Partial Award, 14 July 1987, IUSCT, para. 238; M. Kantor, *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence* (2008), p. 71

(116) شروح لجنة القانون الدولي، المادة 36، التعليق 27؛ 57، *Chorzów Factory*.

(117) *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Government of Canada (I)*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, Decision on Liability and Principles of Quantum, 22 May 2012, paras. 469-473; *PJSC DTEK*

Krymenergo v. Russian Federation, PCA Case No. 2018-41, Award, 1 November 2023, paras. 841-842

(118) هذا الخيار مارسه في الواقع أحد المستثمرين. فبعد أن رفضت هيئة التحكيم اعتراضات كندا على الاختصاص القضائي استناداً إلى

Mobil Investments Canada Inc. v. سقوط المطالبة بالتقادم ومبدأ الأمر المقضي به، قام الطرفان لاحقاً بتسوية القضية: *Mobil Investments Canada Inc. v. Canada (II)*, ICSID Case No. ARB/15/6, Award, 4 February 2020

واو - طرائق تقدير القيمة

51- درجت هيئات التحكيم على اعتماد مجموعة من طرائق التقييم القبلية والبغدية لتحديد القيمة السوقية العادلة للاستثمار ما⁽¹¹⁹⁾. وتركز الطرائق البغدية على إمكانات الموجودات المحتملة لتحقيق أرباح ويمكن أن تتطوي إما على نهج مستندة إلى الدخل أو إلى السوق⁽¹²⁰⁾. ومن ناحية أخرى، تتبع الطرائق القبلية نهجا قائما على الموجودات وهي تركز على القيمة التاريخية للموجودات.

52- وتُحسَم الطريقة الملائمة لتقدير القيمة بحسب الوقائع وتعتمد عادة على مجموعة من العوامل، منها القطاع أو الصناعة اللذان ينتمي إليهما الاستثمار، ونوع الموجودات، ومرحلة التطور التي بلغها المشروع، ونوعية المعلومات المتاحة وكميتها. وتجدر الإشارة إلى أن كل طريقة من طرائق تقدير القيمة قد تسفر عن نتيجة مختلفة، ومن ثم، تُكَلَّف هيئات التحكيم باختيار الطريقة التي تجسد القيمة السوقية العادلة للاستثمار بأكبر قدر من الدقة. والهدف من ذلك هو إعادة المستثمر إلى حالة مكافئة لما كانت ستكون عليه وقت ارتكاب الفعل غير المشروع⁽¹²¹⁾. ولذلك فإن من الممارسات الجيدة أن يوعز للخبراء أن يستخدموا طرائق متعددة لتقدير القيمة عند التأكد من الأضرار⁽¹²²⁾. وقد ينتج فرق كبير عن افتراضات معينة غير مدعومة بأدلة، وهو ما يستدعي توضيحا من الأطراف.

1- النهج المستند إلى الدخل

53- يقدّر النهج المستند إلى الدخل قيمة الموجودات بالإحالة إلى ما تتطوي عليه من إمكانات لتوليد إيرادات مستقبلا. والنهج المستند إلى الدخل الأشيع استخداما هو طريقة التدفق النقدي المخصوم، التي تحسب القيمة الحالية للتدفقات النقدية المتوقعة للمنشأة⁽¹²³⁾. وباختصار، تتبأ طريقة التدفق النقدي المخصوم بالتدفقات النقدية المستقبلية للمنشأة التجارية وتطبق معدل خصم لمراعاة القيمة الزمنية للمال وعوامل المخاطر المرتبطة بالاستثمار في دولة ما⁽¹²⁴⁾. وعادة ما يكون معدل الخصم موضع خلاف كبير بين خبراء تقدير التعويض ويمكن أن يؤثر على النتيجة النهائية بشكل كبير⁽¹²⁵⁾. وينبغي أن يجسد معدل الخصم المستوى الفعلي للمخاطر التي كان الاستثمار عرضة لها قبل ارتكاب الفعل غير المشروع⁽¹²⁶⁾. وفي هذا الصدد، يوجد جدال بشأن ما إذا كانت علاوة المخاطر القطرية ينبغي أن تُدرج بوصفها مخاطرة عامة بنزع الملكية. فمن ناحية، ينبغي حماية المستثمرين من ميل الدولة إلى نزع الملكية، وينبغي ألا يكون باستطاعة الدولة أن تستفيد مما ترتكبه من

(119) Ripinsky/Williams, p. 193؛ A/CN.9/WG.III/WP.220، الفقرات 20-26.

(120) C.L. Beharry and E. Méndez Bräutigam, "Damages and Valuation in International Investment Arbitration" (Beharry/Bräutigam), in *Handbook of International Investment Law and Policy*, J. Chaisse, L. Choukroune, S. Jusoh (eds) (2021), pp. 1438-1439.

(121) Wälde/Sabahi, pp. 1064-1065.

(122) *Crystallex International Corporation v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2 (*Crystallex v. Venezuela*), Award, 4 April 2016, paras. 916-918; *Rusoro Mining v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5 (*Rusoro v. Venezuela*), Award, 22 August 2016, paras. 787-790; *Windstream Energy v. Canada*, PCA Case No. 2013-22 (*Windstream Energy v. Canada*), Award, 27 September 2016, para. 481; *Guris et al. v. Syrian Arab Republic*, ICC Case No. 21845/ZF/AYZ, Final Award, 31 August 2020, para. 338; *Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea*, Case No. 2018-55, Final Award, 11 April 2024, para. 1034; *Marboe*, pp. 50-51.

(123) Beharry/Bräutigam, p. 1439.

(124) Marboe, p. 47; Beharry/Bräutigam, p. 1439.

(125) Beharry/Bräutigam, p. 1439.

(126) Wälde/Sabahi, p. 1077.

خطاً⁽¹²⁷⁾. ومن ناحية أخرى، ينبغي أن تجسد القيمة السوقية العادلة ما كان أي مشتر تتوفر له الإرادة في السوق سيأخذه في الحسبان، بما يشمل المخاطرة العامة بنزع الملكية⁽¹²⁸⁾. ومن منظور عملي، قد يكون من الصعب تجريبياً أن يُعزل أو يُحسب مدى استيعاب هذا العامل في علاوة المخاطر القطرية⁽¹²⁹⁾.

54- وطريقة التدفق النقدي المخصوم أداة شديدة الحساسية لتقدير القيمة، حيث يمكن أن تؤثر أي تغييرات طفيفة في المدخلات تأثيراً كبيراً على النتيجة⁽¹³⁰⁾. وبناءً على ذلك، تتباين موثوقيتها تبعاً لكمية ونوعية المعلومات المتاحة، على سبيل المثال، فيما يتعلق بأداء الموجودات، ونفقات الأعمال، وظروف السوق، والتمويل، والقوى التنافسية، وآفاق الصناعة⁽¹³¹⁾. ولذلك، من الأهمية بمكان أن تكون المعايير مدعومة بأدلة موثوقة وأن تكون الافتراضات معقولة وواقعية. وترددت هيئات التحكيم في تطبيق تقديرات القيمة للتدفق النقدي المخصوم في الحالات التي يعجز فيها المدعون عن إثبات الربحية المستقبلية لموجوداتهم بدرجة كافية من اليقين⁽¹³²⁾، على سبيل المثال، عندما لا تكون الشركة منشأة عاملة أو تقتصر إلى سجل ثابت للربحية⁽¹³³⁾. وتشير شروح لجنة القانون الدولي أيضاً إلى أنه يمكن تحقيق درجة كافية من اليقين عادة "بفضل ترتيبات تعاقدية أو في بعض الحالات بفضل خلفية ثابتة من المعاملات"⁽¹³⁴⁾.

55- ومن أجل ضمان أن يُحكم بتعويض نقدي عن الأضرار استناداً إلى أدلة مرضية وأن تكون الأضرار غير تخمينية في طابعها، ينبغي ألا تطبق هيئات التحكيم طريقة التدفق النقدي المخصوم إلا عند استيفاء شروط معينة. ومن المعايير المفيدة لتحديد ما إذا كانت طريقة التدفق النقدي المخصوم ملائمة، ما يلي: '1' وجود سجل تاريخي للأداء المالي؛ '2' موثوقية التدفقات النقدية المستقبلية المتوقعة؛ '3' وجود سوق راسخة للاستثمار؛ '4' جدوى حساب متوسط معقول للتكلفة المرجحة لرأس المال؛ '5' ما إذا كان الاستثمار يعمل في سوق خاضعة للتنظيم⁽¹³⁵⁾. ومن أجل تقليل التخمينات في تطبيق نموذج التدفق النقدي المخصوم إلى أدنى حد ممكن، يمكن لهيئات التحكيم أن تلزم الخبراء الذين يعينهم الأطراف بتحديد وتبرير

(127) *Gold Reserve v. Venezuela*, para. 814.

(128) *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/13, Decision on Liability and the Principles of Quantum, 30 December 2016, paras. 717–723.

(129) J. Searby, "Measuring Country Risk in International Arbitration" in *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry (ed.) (2018), pp. 255–256.

(130) *OI European Group B.V. (OIEG) v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/25, Award, 10 Mar 2015, para. 663; *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36 (Eiser v. Spain), Award, 4 May 2017, para. 465, المادة 36، التعليق 26.

(131) Beharry/Bräutigam, p. 1439.

(132) *Vivendi v. Argentina I*, para. 8.3.5; *SPP v. Egypt*, para. 188; *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (Metalclad v. Mexico), Award, 30 August 2000, para. 120; *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability, and Quantum Principles, 12 March 2019, para. 647.

(133) *Deutsche Telekom AG v. Republic of India*, PCA Case No. 2014-10, Final Award, 27 May 2020, paras. 200, 209; *Rand Investments Ltd. and others v. Republic of Serbia*, ICSID Case No. ARB/18/8, Award [Redacted], 29 June 2023, paras. 684–687.

(134) شروح لجنة القانون الدولي، المادة 36، التعليق 27، حيث استشهد بقضية Washington, D.C., United States Government Printing Office, Damages in International Law, Volume III (1943), p. 1837.

(135) *Rusoro v. Venezuela*, para. 759.

الافتراضات الرئيسية التي تركز عليها تقيّماتهم. وبدلاً من ذلك، يمكن لهيئات التحكيم أن تعين خبراء أو مستشارين خاصين بها لتقييم هذه الافتراضات وتأثيرها على حساب تعويض الأضرار.

2- النهج المستند إلى السوق

56- تستنتج طرائق تقدير القيمة المستندة إلى السوق قيمة أي موجودات من المعلومات المتاحة للجمهور المتعلقة بالشركات أو المعاملات المماثلة المطروحة للتداول العام⁽¹³⁶⁾. وهذا نهج بُغدي لأنه يجسد تصور السوق لاحتمالات تحقيق الدخل المتوقعة للاستثمار⁽¹³⁷⁾. ويعتمد خبراء تقدير التعويضات على عدة مصادر للمعلومات لاستنتاج القيمة السوقية للموجودات، وغالباً ما يكون ذلك بالإحالة إلى شركات أو معاملات مماثلة (طريقة المقارنة)، أو إلى نقاط بيانات متعلقة بالاستثمار (مؤشرات التقييم في الموجودات).

57- طريقة المقارنة: تقدّر هذه الطريقة قيمة الموجودات المعنية استناداً إلى قيمة الشركات التي تمتلك موجودات مماثلة أو المعاملات التجارية المستقلة التي تتطوي على موجودات أو منشآت مماثلة في تاريخ تقدير القيمة أو قريباً منه، وتجري تعديلات لمراعاة أي اختلافات معقولة⁽¹³⁸⁾. وقد اعتمدت هيئات التحكيم عموماً على الشركات المماثلة فقط في وجود عدد كافٍ من المنشآت التجارية المشابهة بدرجة معقولة من حيث المنتج والحجم والموقع الجغرافي والوضع المالي⁽¹³⁹⁾. إلا أن تقديرات القيمة المستندة إلى معاملات مماثلة أقل شيوفاً لأن معلومات المبيعات ليست متاحة بسهولة. وقد اعتمدت هذه الطريقة تاريخياً في الحالات التي تكون فيها هذه الطريقة هي الطريقة القياسية لتقدير قيمة الموجودات في الصناعة (مثل العقارات)، وهي عبارة عن معاملة تجارية مستقلة، وتتشارك الموجودات في خصائص متشابهة، وتوفر هذه الطريقة أدلة تقدير القيمة الأكثر موثوقية⁽¹⁴⁰⁾.

58- وعلى الرغم من أن طريقة المقارنة توفر نقطة بيانات سريعة وسهلة، فإنها تجسد في نهاية المطاف القيمة الجوهرية للموجودات المتشابهة التي قد لا تنطبق على موجودات المستثمر. ونتيجة لذلك، تعد طريقة المقارنة عرضة للتحيز من أجل البقاء (survivorship bias) المتأصل في مقارنة قيمة الموجودات بقيمة مشاريع قائمة ذات تاريخ طويل من الأرباح. وفيما يخص المشاريع التي تكون في مراحلها الأولى تحديداً، يوجد خطر أن الاستثمار لن يحقق العائدات التي تحققها الشركات المماثلة التي نجحت في السوق. ولتسوية هذه الحالة من عدم اليقين، يمكن لهيئات التحكيم أن تطبق عامل خصم أو أن تقارن مشاريع في مراحل متشابهة من التقدم.

(136) Beharry/Bräutigam, p. 1440; Beharry, p. 205.

(137) المرجع نفسه.

(138) Wälde/Sabahi, pp. 1062–1063.

(139) *Crystalex v. Venezuela*, para. 901; *CMS v. Argentina*, para. 412; *Khan Resources v. Mongolia*, para. 399; S. P. Pratt and A. V. Niculita, *Valuing a business: the analysis and appraisal of closely held companies*, 5th edition, (2008) (Pratt/Niculita), p. 262; Wälde/Sabahi, pp. 1070–1071.

(140) Pratt/Niculita, p. 310; *Vestey Group Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/06/4 (140) (*Vestey v. Venezuela*), Award, 15 April 2016, paras. 352–354; *Windstream Energy v. Canada*, para. 476; *Occidental v. Ecuador*, paras. 787–788; *Crystalex v. Venezuela*, para. 909; Wälde/Sabahi, p. 1071.

59- وإضافة إلى ذلك، شككت بعض هيئات التحكيم في هذه الطريقة بسبب الدرجة العالية من الآراء الذاتية التي ينطوي عليها اختيار الشركات أو المعاملات القابلة للمقارنة. في ضوء هذه الشواغل، نرعت هيئات التحكيم إلى استخدام المقارنات كطريقة ثانوية وليس كطريقة أساسية لتقدير القيمة⁽¹⁴¹⁾.

60- مؤشرات تقدير القيمة في الموجودات: توجد طريقة أخرى مستندة إلى السوق تنظر إلى مؤشرات القيمة المتعلقة بالاستثمار، مثل أسعار أسهمهم أو المعاملات السابقة أو عروض الشراء السابقة. وهذه الطريقة يمكن أن تكون مناسبة، على سبيل المثال، عندما يكون الاستثمار هو الموجودات الوحيدة في شركة ذات أسهم مطروحة للتداول العام. وفي هذه الحالة، يمكن الاستدلال على قيمة الموجودات من خلال النظر إلى رسميتها السوقية في تاريخ معين. إلا أن هذه الطريقة قد تكون أقل إفادة حين تكون أسهم الشركة غير متداولة بأحجام كافية أو بتواتر كافٍ. وبالمثل، عندما لا ينص السيناريو الواقعي على تاريخ "تظيف" لتقدير القيمة، كما هو الحال في كثير من الأحيان مع حالات نزع الملكية غير المباشرة والتدريجية، فإن هذا النهج قد لا يجسد الخسائر الفعلية للمستثمر⁽¹⁴²⁾. ويمكن لعروض الشراء التجارية المستقلة أو المعاملات المعاصرة المشتملة على الموجودات أن توفر دليلاً مجدياً على قيمة الموجودات، خصوصاً عندما تحدث بالقرب من تاريخ تقدير القيمة. فعلى سبيل المثال، استندت هيئة التحكيم في قضية *Kahn Resources v. Mongolia* إلى عرض شراء معاصر، وعدّلته لمراعاة تصرف الدولة غير المشروع⁽¹⁴³⁾.

3- النهج المستند إلى الموجودات

61- النهج المستند إلى الموجودات هو طريقة تقييم قَبْلِيَّةٍ تقدر قيمة المنشأة التجارية بجمع موجوداتها الملموسة وغير الملموسة. والنهج المستند إلى الموجودات الأكثر شيوعاً يحسب النفقات المتعلقة بالاستثمار المتكبدة قبل الفعل غير المشروع. ويجب على المستثمر، حتى يُحكّم له بتعويضات استناداً إلى هذا الأساس، أن يثبت أن النفقات: '1' مرتبطة بالاستثمار؛ '2' تكبدها المستثمر؛ '3' ليست غير معقولة بشكل واضح؛ '4' مدعومة بأدلة كافية⁽¹⁴⁴⁾. أما الطرائق الأخرى المستندة إلى الموجودات فتقيّم القيمة الدفترية للمنشأة (إجمالي الموجودات الصافي مطروحاً منه إجمالي الخصوم الصافي من الاستهلاك المتراكم والاستنفاد والإهلاك وضمحل القيمة)⁽¹⁴⁵⁾، وقيمة التصفية (السعر التقديري في ظل ظروف التصفية)⁽¹⁴⁶⁾، وقيمة الاستبدال (المبلغ اللازم لاستبدال الموجودات في حالتها الفعلية قبل تاريخ تقدير القيمة بموجودات مماثلة)⁽¹⁴⁷⁾.

(141) *Gold Reserve v. Venezuela*, para. 832; PwC, "International arbitration damages research: Closing the Gap between Claimants and Respondents," *Journal of Damages in International Arbitration*, Volume 3, No. 1 (PwC) (2015), p. 8.

(142) *Crystallex v. Venezuela*, paras. 889–895; *Rusoro v. Venezuela*, paras. 767–769, 789.

(143) *Khan Resources v. Mongolia*, paras. 419–420; *OAO "Tatneft" v. Ukraine*, PCA Case No. 2008-8, Award on the Merits, 29 July 2014, paras. 608–609 (involving share transactions).

(144) Ripinsky/Williams, pp. 266, 271; Beharry/Bräutigam, p. 1443.

(145) *Libyan American Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Ad hoc Arbitration, Award, 12 April 1977, para. 320; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para. 382; *Tidewater v. Venezuela*, para. 165.

(146) *CME v. Czech Republic*, Final Award, para. 612.

(147) *Petrolane, Inc., et al. v. Islamic Republic of Iran et al.*, IUSCT Case No. 131, Award, 14 August 1991, paras. 106–108; *Vestey v. Venezuela*, paras. 400–414, 424–426; *Antoine Abou Lahoud and Leila Bounafteh-Abou Lahoud v. Congo*, ICSID Case No. ARB/10/4, Award, 7 February 2014, para. 572.

62- وتتطوي النهج المستندة إلى الموجودات، مثل تكاليف الاستثمار، على حسابات أبسط تعتمد على معلومات متاحة بسهولة أكبر مقارنة بطرائق تقدير القيمة البغدية. وبالنظر إلى أن هذه الأرقام تستند إلى بيانات تُؤلّد لأغراض غير التقاضي، فإنها أيضا أقل عرضة للتحيز المحتمل⁽¹⁴⁸⁾. وهذا يعني أيضا أن تعويض الأضرار المحسوب باستخدام هذه الطرائق يمكن تأكيده بدرجة عالية نسبيا من اليقين. وعلى الرغم من أن البساطة وعدم الغموض من المزايا الرئيسية، فإن النهج المستند إلى الموجودات قد يعوّض مستثمرا كانت موجوداته مربحة للغاية تعويضا ناقصا أو قد يعوض مدّع قيمة موجوداته أقل من تكاليف استثمارها تعويضا زائدا⁽¹⁴⁹⁾.

63- ومن المرجح أن تلجأ هيئات التحكيم إلى تقدير القيمة على أساس التكلفة عندما: '1' لا يكون المشروع بلغ مرحلة الإنتاج بعد؛ '2' لا يوجد أساس كافٍ لتقدير توقعات التدفقات النقدية المستقبلية دون أن تكون تخمينية؛ '3' تكون الشركة ليست منشأة عاملة وتكون الإيرادات والتكاليف المستقبلية غير مؤكدة؛ '4' يوجد تفاوت كبير بين الاستثمارات التي تمت والتعويض المطالب به⁽¹⁵⁰⁾. وينبغي أيضا أن تكون تكاليف الاستثمار صافية من الاسترداد (أي أن تحسب حساب أي مبالغ مستردة).

64- وما زال النقاش دائرا بشأن ما إذا كانت التعويضات ينبغي أن تُقصر على المبلغ الذي استثمره المدعي أم إذا كان من الممكن أن تُحسب على أساس التدفقات النقدية المستقبلية المتوقعة. وفي صميم هذا النقاش توجد شواغل بشأن مطالبات التعويضات المفرطة والحاجة إلى تجنب النتائج التخمينية. والاعتماد حصريا على تكاليف الاستثمار التي تكبدها المستثمر قد لا يعالج المخاوف بشأن التعويضات المتضخمة معالجة كاملة، لأن هذا النهج يمكن أن يؤدي إلى مطالبات تعويضية عالية خصوصا للمشاريع ذات رأس المال الكثيف التي تكون في مراحلها الأولى، حيث يمكن أن تتجاوز التكاليف الأولية القيمة السوقية للمشروع وقت نزع الملكية. وبدلا من ذلك، ينبغي أن تسترشد هيئات التحكيم بالعوامل ذات الصلة لتحديد الطريقة الأنسب لتقدير القيمة في كل حالة. ويستلزم اختيار الطريقة فحص المعلومات المتاحة، واحتمالية ربحية الاستثمار، وطبيعة الضرر الذي لحق به.

التوصيات

ينبغي أن تدعو هيئات التحكيم الأطراف إلى أن تصب تركيز تقديرها للقيمة والأدلة الداعمة له على طريقة تتوافق مع طبيعة الاستثمار، وسجل أدائه، ومرحلة تطوره، وطبيعة الضرر الذي لحق به.

وعندما يكون الاستثمار عاملا ويدر دخلا، ينبغي أن تدعو هيئات التحكيم الأطراف إلى تبرير استخدام طريقة التدفق النقدي المخصوم بإثبات استيفاء الشروط التالية: '1' سجل تاريخي للأداء السابق؛ '2' توقعات موثوقة للتدفقات النقدية المستقبلية؛ '3' سوق راسخة للاستثمار؛ '4' جدوى حساب متوسط معقول للتكلفة المرجحة لرأس المال؛ '5' عمل الاستثمار في سوق خاضعة للتنظيم. وينبغي أن توضح هيئات التحكيم أن طريقة التدفق النقدي المخصوم لا تكون ملائمة إلا في حال إثبات الأسس الواقعية والمالية القوية بما يكفي.

وينبغي أن تدعو هيئات التحكيم الأطراف إلى الاعتماد على الطرائق المستندة إلى السوق، عندما يكون الاستثمار ناضجا وله سجل مثبت كمنشأة عاملة، مع التأكيد على ضرورة توخي الشفافية والموضوعية في اختيار البيانات والافتراضات التي يقوم عليها تقدير القيمة. وينبغي توخي الحذر فيما يتعلق بالبيانات غير الموضوعية أو الانتقائية.

(148) Wälde/Sabahi, p. 1072

(149) Wälde/Sabahi, p. 1072; Beharry/Bräutigam, p. 1443

(150) SAS v. Bolivia, para. 859

وينبغي أن توضح هيئات التحكيم أن تقديرات القيمة القائمة على التكلفة تكون أكثر ملاءمة عند استيفاء الشروط التالية: '1' ألا يكون المشروع بلغ مرحلة الإنتاج بعد؛ '2' لا يوجد أساس كافٍ لتقدير توقعات التدفقات النقدية المستقبلية دون أن تكون تخمينية؛ '3' تكون الشركة ليست منشأة عاملة وتكون الإيرادات والتكاليف المستقبلية غير مؤكدة؛ '4' يوجد تفاوت كبير بين الاستثمارات التي تمت والتعويض المطالب به.

زاي - الفائدة

65- أصبحت القرارات المتعلقة بالفائدة بشكل متزايد عنصراً رئيسياً في تقييم تعويض الأضرار. إلا أن غالبية اتفاقات الاستثمار الدولية لا تذكر الفائدة إلا في سياق نزاع الملكية غير المشروع. وبالمثل، تمنح المادة 38 (1) من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً هيئات التحكيم سلطة تقديرية واسعة، حيث تنص على أن الفائدة تُدفع عند الاقتضاء من أجل ضمان الجبر الكامل⁽¹⁵¹⁾. ونتيجة لذلك، تطورت ممارسات مختلفة فيما يتعلق بتطبيق الفائدة. والسبب الرئيسي لهذا الاختلاف هو اختلاف وجهات نظر هيئات التحكيم بشأن الغرض من الفائدة. فمن الناحية القانونية، توفر الفائدة تعويضاً عن خسارة الانتفاع بذلك المبلغ خلال فترة يظل فيها محجوراً⁽¹⁵²⁾. ومن الناحية الاقتصادية، تتمثل وظيفة الفائدة في زيادة قيمة المال مع الوقت.

66- وعلى الرغم من أن الفائدة تُؤطر عادة من منظور المستثمرين، فإنها تحظى بنفس القدر من الأهمية بالنسبة للدول، بالنظر إلى أنها ليست فحسب عنصراً من عناصر التعويض الذي قد يكون مستحق الدفع للمستثمر، ولكن لأن الدول قد تطلب أيضاً فائدة على تكاليف التحكيم والرسوم القانونية إذا ما كسبت الإجراءات⁽¹⁵³⁾.

1- الفائدة قبل قرار التحكيم

67- الفترة المشمولة: تُطبّق الفائدة اعتباراً من تاريخ محدد حتى تاريخ صدور قرار التحكيم (الفائدة قبل قرار التحكيم) واعتباراً من ذلك التاريخ الأخير حتى السداد (الفائدة بعد قرار التحكيم). ويتجلى ذلك في المادة 38 (2) من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، التي تنص على أنه "يبدأ سريان الفائدة من التاريخ الذي كان يجب فيه دفع المبلغ الأصلي حتى تاريخ الوفاء بالتزام الدفع". وتعوّض الفائدة قبل قرار التحكيم عن التأخر في سداد المبالغ المستحقة بسبب الخرق، بينما تشجع الفائدة بعد قرار التحكيم على السداد في الوقت المناسب.

68- ويمكن لتاريخ البدء في حساب تعويض الأضرار أن يتباين. فقد استخدمت هيئات التحكيم تاريخ وقوع الخرق⁽¹⁵⁴⁾ أو تاريخ بدء التحكيم⁽¹⁵⁵⁾ أو تاريخ صدور قرار التحكيم⁽¹⁵⁶⁾. وفي الممارسة العملية، تُطبّق

(151) C. L. Beharry and J. P. Hugues, "Article 38: The Treatment of Interest in International Investment Arbitration," *ICSID Review*, Volume 37, Issue 1–2 (2022), pp. 339–358.

(152) *Illinois Central Railroad Co. (U.S.A.) v. United Mexican States*, General Claims Commission, Award, 6 December 1926, para. 5.

(153) *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania (I)*, ICSID Case No. ARB/15/31, Award, 8 March 2024, para. 1358(2)(b)–(c); *Peteris Pildegovics and SIA North Star v. Kingdom of Norway*, ICSID Case No. ARB/20/11, Award, 22 December 2023, para. 626(3)–(5); *Marko Mihaljevic v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/19/35 (Mihaljevic v. Croatia), Award, 19 May 2023, para. 152(b)–(c).

(154) *MTD v. Chile*, Award, para. 247; *AAPL v. Sri Lanka*, para. 114; *Metalclad v. Mexico*, para. 128.

(155) *SwemBalt AB, Sweden v. The Republic of Latvia*, UNCITRAL, Decision by the Court of Arbitration, 23 October 2000, para. 47; *Amco v. Indonesia*, Award, 20 November 1984, para. 281.

(156) *Arif v. Moldova*, para. 618; *ADC v. Hungary*, paras. 520, 522.

الفائدة عموماً من تاريخ وقوع الخرق، مما يحول تبعاً لذلك دون وجود فجوات بين هذه الفترة وتاريخ صدور قرار التحكيم⁽¹⁵⁷⁾. ومع ذلك، يمكن أن تنشأ تعقيدات حين يُزعم حدوث انتهاكات متعددة للمعاهدة بوقائع مختلفة. وفي هذه الظروف، يجوز أن تستخدم هيئة التحكيم تواريخ بدء مختلفة فيما يتعلق بالتدابير المختلفة أو الخسائر المختلفة المتكبدة⁽¹⁵⁸⁾. وفيما يخص تاريخ الانتهاء، فهو يكون عادة تاريخ السداد.

69- سعر الفائدة: في ظل عدم وجود إرشادات في المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً⁽¹⁵⁹⁾ واتفاقات الاستثمار الدولية، اعتمدت هيئات التحكيم ثلاثة نهج رئيسية بشأن أسعار الفائدة. أولاً، تنظر هيئات التحكيم بشكل روتيني في تكاليف الاقتراض التي يتكبدها المستثمر المدعي⁽¹⁶⁰⁾ أو الدولة المدعى عليها⁽¹⁶¹⁾. وبدلاً من ذلك، يجوز أن تطبق هيئات التحكيم أسعار الفائدة المعيارية السائدة بين المصارف التي يشيع استخدامها في الأسواق المالية. وتُطبّق أسعار الفائدة السائدة بين المصارف في مكان الأسعار الفعلية التي يدفعها مستثمر ما لتجنب نتائج متوقعة على الجدارة الائتمانية لذلك المستثمر. وقد رفضت بعض هيئات التحكيم بالمثل سعر الاقتراض السيادي⁽¹⁶²⁾، استناداً إلى نظرية الإقراض بالإكراه التي تعامل المدعي كدائن رغم إرادته للدولة⁽¹⁶³⁾. وقد تعرض هذا النهج للانتقاد بسبب تركيزه على الإثراء غير المشروع للدولة بدلاً من خسارة المستثمر، والأثر المحتمل لمعاقبة الدول النامية دون مبرر.

70- ثانياً، تقوم أسعار الفائدة المستندة إلى عائد استثمارات المستثمر على أساس النظرية القائلة إن المدعي كان سيستثمر الأموال التي جُرد منها وكان سيحقق عائداً. وهذا النهج يمكن أن يسفر عن أسعار واسعة المدى، اعتماداً على ما إذا كان السعر يستند إلى استثمارات منخفضة المخاطر، مثل سندات الخزنة⁽¹⁶⁴⁾، أم إلى أسعار الفائدة السائدة بين المصارف (وتطبّق عليها رسوم إضافية في كثير من الأحيان)، أم إلى العائد المتوقع على استثمار المدعي كمرجع⁽¹⁶⁵⁾. وبالنظر إلى عدم اليقين الذي يحيط بما يحتمل أن يعود على المستثمر من عائد على الاستثمار، فإن بعض هيئات التحكيم قررت أن تستخدم سعراً خالياً من المخاطر⁽¹⁶⁶⁾.

(157) M. Beeley, "Approaches to the Award of Interest" in *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry, (ed.) (2018), p. 393

(158) *Strabag SE v. Libya*, ICSID Case No. ARB(AF)/15/1, Award, 29 June 2020, para. 964; *Siemens v. Argentina*, para. 397

(159) شروح لجنة القانون الدولي، المادة 38، التعليق 10.

(160) *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/13/1, Award, 22 August 2017, paras. 990, 998; *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/16, Award, 25 February 2016, para. 292

(161) *Eiser v. Spain*, paras. 475–478; *Bear Creek v. Peru*, paras. 714–716

(162) *Tidewater v. Venezuela*, para. 205; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. 2005-04/AA227, (*Yukos Universal v. Russia*), Award, 18 July 2014, para. 1679

(163) S. Knoll and J.M. Colon, "The Calculation of Prejudgment Interest" in *Public Law and Legal Theory M Research Paper Series*, Research Paper No. #06–21 (2005)

(164) *Siemens v. Argentina*, para. 396; *ADM v. Mexico*, Award, 21 November 2007, para. 300

(165) *SAUR International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/4, Award, 22 May 2014, p. 430; *Vivendi v. Argentina I*, para. 9.2.8

(166) *Sistem Mühendislik İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Kyrgyz Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/1, Award, 9 September 2009, para. 194

- 71- ثالثاً، استُخدمت أسعار ثابتة استناداً إلى القانون الوطني أو الأحكام التعاقدية أو الظروف الاقتصادية السائدة، ولكن مع تفسير محدود⁽¹⁶⁷⁾. وينبغي أن تتأكد هيئات التحكيم، عند اعتماد هذا النهج، من أن السعر يستند إلى أسس سليمة اقتصادياً وقانونياً.
- 72- ووفقاً لإحدى الدراسات، فإن أشيع الأسعار المطبقة هي أسعار الفائدة السائدة بين المصارف والأسعار الخالية من المخاطر⁽¹⁶⁸⁾. وينبغي أن تشرح هيئات التحكيم الأساس المنطقي لاختيار سعر فائدة معين (وأي رسم إضافي) لضمان اتساقه مع مبدأ الجبر الكامل. وينبغي أيضاً أن يكون السعر المطبق بنفس عملة مبلغ التعويضات التي يُحكم بها⁽¹⁶⁹⁾.
- 73- طريقة الحساب: حُسبت الفائدة عادة على أساس فائدة بسيطة على المبلغ الأصلي⁽¹⁷⁰⁾. ويتجلى ذلك في المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً⁽¹⁷¹⁾ ولكنه شهد تراجعاً على مدار الـ 25 عاماً الماضية، مع استمرار بعض هيئات التحكيم في استخدام الفائدة البسيطة⁽¹⁷²⁾. ويقال إن الفائدة المركبة تعكس بدقة أكبر القيمة الزمنية للنقود وتجسد المعاملات المالية في العالم الحقيقي⁽¹⁷³⁾. وعلى الرغم من انتشار هذه الممارسة في التحكيم الاستثماري، فإن من الملاحظ أنها ليست سائدة في مجالات أخرى من تسوية المنازعات الدولية، بما في ذلك التحكيم التجاري الدولي⁽¹⁷⁴⁾.
- 74- ومن وجهة نظر عملية، كثيراً ما توضع أسعار الفائدة التجارية بتواتر دوري لتركيب الفائدة (على سبيل المثال، سنوياً أو نصف سنوياً أو ربع سنوياً أو شهرياً أو يومياً) وقد يؤدي تطبيق دورة مختلفة لتركيب الفائدة إلى اختلال السعر المنشود. ولذلك، ينبغي أن تتأكد هيئات التحكيم من أنه إذا اعتمد سعر معين، فينبغي أن يُطبق بشكل صحيح.

2- الفائدة بعد قرار التحكيم

- 75- تتماثل معاملة الفائدة بعد قرار التحكيم مع معاملة الفائدة قبل قرار التحكيم⁽¹⁷⁵⁾. والواقع أن بعض هيئات التحكيم لا تفرق بين الاثنين حين تأمر بدفع فائدة حتى تاريخ السداد. ويميز البعض الآخر بين الفائدة قبل قرار التحكيم وبعده، ويكون التباين ليس في تاريخ البدء فحسب ولكن أيضاً في سعر الفائدة و/أو طريقة الحساب. وعادة ما تبدأ الفائدة بعد قرار التحكيم من تاريخ صدور قرار التحكيم، وإن كانت بعض

(167) *Sunlodges v. Tanzania*, para. 502; *AAPL v. Sri Lanka*, para. 115 (applying 10%); *Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation*, SCC, Arbitration Award, 7 July 1998, para. 466.

(168) PwC, *International Arbitration Damages Study* (2023), p. 10.

(169) *ADM v. Mexico*, para. 300; *S.D. Myers v. Canada*, Second Partial Award, para. 304; *Odyssey v. Mexico*, Decision on Interpretation of the Award, 16 December 2024, para. 57.

(170) M.M. Whiteman, *3 Damages in International Law* (1943)؛ المادّة 38، التعليق 8.

(171) شروح لجنة القانون الدولي، المادّة 38، التعليق 9.

(172) *Glencore v. Colombia II*, para. 361(3); *Bank Melli Iran and Bank Saderat Iran v. The Kingdom of Bahrain*, PCA Case No. 2017-25, Final Award, 9 November 2021, para. 836(c); *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/36 (OperaFund and Schwab Holding v. Spain), Award, 6 September 2019, para. 746(5).

(173) F. A. Mann, "Compound Interest as an Item of Damage in International Law," *UC Davis Law Review*, Volume 21 (1988), p. 585.

(174) PwC, *Damages awards in international commercial arbitration: A Study of ICC awards* (2020), p. 20.

(175) *ADM v. Mexico*, para. 304(5); *PSEG v. Turkey*, para. 354(3); *MTD v. Chile*, Award, para. 253(4).

هيئات التحكيم تأذن بفترة سماح للدول لاتخاذ خطوات داخلية لترتيب الدفع⁽¹⁷⁶⁾. ويجسد ذلك ممارسة جيدة بالنظر إلى الواقع أن غالبية الدول لا يمكنها أن تنفذ السداد على الفور. وفيما يخص أسعار الفائدة، على الرغم من أن هيئات التحكيم استخدمت نفس سعر الفائدة قبل قرار التحكيم، فإن السعر يمكن أن يكون أعلى للفائدة بعد قرار التحكيم⁽¹⁷⁷⁾. وبالمثل، تختلف طرائق الحساب، حيث تختار بعض هيئات التحكيم أن تطبق حصريا فائدة مركبة بعد قرار التحكيم⁽¹⁷⁸⁾ أو أن تستخدم دورات أقصر لترتيب الفائدة⁽¹⁷⁹⁾. وهذه الاختلافات تعترف بالغرض المميز للفائدة بعد قرار التحكيم، وهو تحفيز الدفع على وجه السرعة.

76- ويمكن أن تؤثر الفائدة تأثيرا كبيرا على إجمالي التعويضات التي يُحكم بها والتي يمكن أن تعادل في بعض الأحيان المبلغ الأصلي أو تتجاوزه⁽¹⁸⁰⁾. وقد أتاح عدم وجود قواعد بشأن الفائدة لهيئات التحكيم سلطة تقديرية واسعة في هذا الصدد، مما أدى إلى انعدام التوحيد بشأن عناصر رئيسية مثل السعر والفترة المشمولة وطريقة الحساب. ويوجد تباين في وجهات النظر بشأن هذه المسائل.

التوصيات

ينبغي لهيئات التحكيم أن تفهم وتشرح بوضوح الغرض من الحكم بالفائدة والأساس القانوني لهذا الحكم. وينبغي لهيئات التحكيم أن تحدد وتبرر تاريخ بدء استحقاق الفائدة وفترتها الزمنية. وينبغي أن تختار هيئات التحكيم سعر فائدة يتسم بالشفافية والمعقولة ويتفق مع مبدأ الجبر الكامل. وينبغي أن تحدد هيئات التحكيم طريقة حساب الفائدة، وفي حالة تطبيق فائدة مركبة، أن توضح التواتر الدوري لترتيب الفائدة. وينبغي أن تراعي هيئات التحكيم ما يمكن أن تحدثه الفائدة من أثر كبير على المبلغ النهائي المحكوم به، الذي قد يساوي المبلغ الأصلي أو يتجاوزه، وأن تراعي مبدأ التناسب.

حاء - توزيع التكاليف

77- ينبغي لهيئات التحكيم أيضا، إلى جانب المطالبات النقدية للتعويض عن الأضرار، أن تقرر كيفية توزيع تكاليف الأطراف فيما بينهم. وهذه التكاليف تشمل تكاليف التحكيم، مثل الرسوم الإدارية لمؤسسة التحكيم وأتعاب هيئة التحكيم ومصروفاتها، والتكاليف القانونية للأطراف، بما في ذلك أتعاب المحامين والخبراء وتكاليف الترجمة

⁽¹⁷⁶⁾ *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela (I)*, ICSID Case No. ARB/11/26, Award, 29 January 2016, para. 595; *Yukos Universal v. Russia*, para. 1691; *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4 (Wena Hotels v. Egypt), Award, 8 December 2000, para. 136.

⁽¹⁷⁷⁾ *Gold Reserve v. Venezuela*, para. 863(ii)-(iii); *Eiser v. Spain*, para. 486(d); *Maffezini v. Spain*, paras. 96-97.

⁽¹⁷⁸⁾ *OperaFund and Schwab Holding v. Spain*, para. 746(5)-(6); *CMS v. Argentina*, para. 471.

⁽¹⁷⁹⁾ *Metalclad v. Mexico*, para. 131; *Maffezini v. Spain*, paras. 96-97.

⁽¹⁸⁰⁾ *Wena Hotels v. Egypt; Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000; *The American Independent Oil Company (AMINOIL) v. The Government of the State of Kuwait*, Final Award, 24 March 1982.

وأي نفقات متعلقة بالسفر. والتكاليف يمكن أن تشكل جزءا كبيرا من قرار التحكيم، حيث يبلغ متوسط تكاليف المستثمرين 6,4 ملايين دولار من دولارات الولايات المتحدة ومتوسط تكاليف الدولة 4,7 ملايين دولار⁽¹⁸¹⁾.

78- وتمنح قواعد التحكيم عموما هيئات التحكيم سلطة تقديرية واسعة للبت في توزيع التكاليف.

79- وبصفة عامة، يمكن تحديد نهجين في ممارسة التحكيم هما: '1' نهج "الخاسر يدفع" أو نهج "التكاليف تتبع الحدث"، حيث يدفع الطرف الخاسر للطرف الرابح التكاليف المتكبدة؛ و'2' نهج "تحمل تكاليفك الخاصة"، حيث يتحمل كل طرف التكاليف القانونية الخاصة به ويتقاسم نصف تكاليف التحكيم. وتقليديا، كان النهج المفضل في التحكيم الاستثماري هو أن يتحمل كل طرف التكاليف الخاصة به، بما يتوافق مع ممارسة المحاكم الدولية. إلا أن تحولاً تدريجياً إلى نهج "التكاليف تتبع الحدث" شهد في السنوات الأخيرة⁽¹⁸²⁾. وثمة نهج هجين منبثق من هذا النهج هو نهج النجاح النسبي، الذي تقسم بموجبه التكاليف على أساس النجاح النسبي لحجج كل طرف في التحكيم. ومع ذلك، ينطوي تخصيص التكاليف على أساس المسائل أو المراحل على تحديات عملية⁽¹⁸³⁾.

80- ووجود إرشادات أكثر بشأن توزيع التكاليف يمكن أن يزيد الشفافية والاتساق والقدرة على التنبؤ⁽¹⁸⁴⁾. ويمكن أيضا لتوزيع التكاليف أن يكون أداة فعالة لضبط سلوك الأطراف أثناء إجراءات التحكيم وردع المطالبات العسبية أو المطالبات بتعويضات مبالغ فيها. وينبغي لهيئات التحكيم أن تنظر أيضا، عند توزيع التكاليف، في أثر سلوك الأطراف على التكاليف، على سبيل المثال، ما إذا كانت حسابات التعويضات مدعومة جيدا بالأدلة، وما إذا كان التحليل واضحا ومفهوما وليس غامضا أو معقدا بشكل مفرط، وأن التحكيم سار بسرعة.

التوصيات

ينبغي أن توزع هيئات التحكيم التكاليف استنادا إلى القواعد المنطبقة، وأن تطبقها بشكل متنسق، وأن تقدم أسبابا للتوزيع.

وينبغي أن تنتظر هيئات التحكيم، عند توزيع التكاليف، في عدم التناسب بين ما يُطلب من تعويضات وما يُحكم به، وفي وضوح تحليلات الخبراء للأضرار، وسلوك الأطراف، والأسس الموضوعية للمطالبات.

ويمكن لهيئات التحكيم، بالاشتراك مع الأطراف، أن تتفق على تطبيق قواعد معينة بشأن التكاليف في النظام الإجرائي. ويمكن أن تُلزم الأطراف بتقديم تقارير دورية عما تنكبده من تكاليف كمقياس لمراقبة التكاليف في وقت مبكر.

(181) M. Hodgson et al., "2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration", p. 10؛ A/CN.9/WG.III/WP.153، الفقرات 17-21.

(182) Hodgson et al., p. 16; *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 26 July 2018, para. 1316.

(183) M. Hodgson and A. Campbell, "The Allocation of Costs in Investment Treaty Arbitration" in *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry (ed.) (2018), pp. 403-404.

(184) S.D. Franck, *Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration* (2019), p. 187.