الشفافية في التحكيم الدولي: الاتجاهات الحالية

البروفسور نجيب الحاج شاهين[1] (لبنان)

إن عنوان هذا البحث يستدعي ابداء ثلاث ملاحظات أولية:

الملاحظة الأولى: تتعلق بموضوع البحث وهو الشفافية.

إن مفهوم الشفافية له معنيان:

بالمعنى الأول: إن الشفافية تشكل الصفة التي تظهر الحقيقة كما هي[2]. بهذا المعنى، تتحقق الشفافية بموجب *تصرف* وهو *الإظهار*.

بالمعنى الثاني: إن الشفافية هي ميزة ما يمكن رؤيته من الجميع[3]. بهذا المعنى، إن الشفافية تستتبع *"الاتاحة" أو "امكانية الوصول"*.

برأينا، إن دراسة كاملة حول مفهوم الشفافية تستوجب الاحاطة بمعنييه أي الشفافية بمعنى *"إظهار"* من جهة، والشفافية بمعنى *"إتاحة"* من جهة أخرى.

1- البروفسور نجيب الحاج شاهين هو محام بالاستئناف مسجل في نقابة المحامين في بيروت والشريك المدير لمكتب الحاج شاهين وهو بروفسور في كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة القديس يوسف وبروفسور مشارك في جامعة باريس 2 بانتيون اسّاس.

هو حائز على اجازة في الحقوق من كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة القديس يوسف، على شهادة ماجستير في القانون التجاري من جامعة ليون 3، على دبلوم دراسات عليا في القانون الخاص من كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة القديس يوسف، على دبلوم دراسات عليا في القانون الجزائي من جامعة ليون 3، على L.L.M. من جامعة هارفارد الاميركية، على دكتوراه في القانون الخاص من جامعة Paris 2 Panthéon-Assas، وهو اكريجي (Agrégé) في القانون الخاص والعلوم الجزائية من كليات الحقوق الفرنسية.

2- «Qualité de ce qui laisse paraître la réalité entière, de ce qui exprime la réalité sans l'altérer». V° Transparence, Le Robert, p. 2296.

3- « Caractère de ce qui est visible par tous ». V° Transparence, Le Robert, p. 2296.

الملاحظة الثانية: تتعلق بمجال البحث وهو التحكيم الدولي.

إن التحكيم الدولي هو التحكيم الذي يكون موضوعه حل نزاعٍ دولي.

وهو على نوعين: تجاري واستثماري.

إن التكلم عن الشفافية في التحكيم الدولي قد يثير الدهشة لسببين:

السبب الأول: هو أن مفهوم الشفافية تم استعماله في مجالات قانونية أخرى. درجت العـــادة على التكلم عن شفافية: القانون الاداري، قانون الموجبات والعقود، قـــانون الـــشركات، القـــانون المالي، قانون المنافسة قانون الضرائب، وقانون مؤسسة التجارة الدولية وليس على شفافية قانون التحكيم الدولي.

السبب الثـــاني: هو أن التحكيم يتمتع تقليدياً بطابعين: طابع خصوصي بمعنى أنه خاص بالأطراف ويستبعد الغير، وطابع سري بمعنى أنه يفرض على الأطراف موجب (التزام) عدم إفصاح.

بالمبدأ، إن هذين الطابعين يتناقضان مع الشفافية.

فهل من مجال للبحث عن الشفافية في التحكيم الدولي؟

في الحقيقة، لا يجب التوقف عند هذين السببين لأن مفهوم الشفافية معروفٌ فـــي التحكـــيم الدولي.

من جهة، إن الشفافية موجودة عبر مصطلحات التحكيم الدولي. وبالفعل إن نصوص قـــانون التحكيم الدولي تستعمل العبارات التالية: "إفصاح"، "إبراز"، "علنية"، "نـــشر"، "اتاحـــة". إن هـــذه المصطلحات توحي بالشفافية.

من جهة أخرى، إن الشفافية أصبحت هدفاً تسعى إليه الدول ومراكز التحكيم الدولية. وذلك ثابت من خلال إعتماد نصوص تكرس الشفافية مثل اتفاقية الأمم المتحدة بـــشأن الـــشفافية فـــي التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول بتاريخ 10 كانون الأول 2014، وقواعـــد اليونـــسترال بشأن الشفافية في التحكيـــم التعاهدي بين المســـتثمرين والدول لعام 2013، والنـــصوص التـــي اعتمدتها غرفة التجارة الدولية في العام 2016 خصيصاً لتعزيز شفافية التحكيم.[4]

4- https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-court-amends-its-rules-to-enhance-transparency-and-efficiency/.

الملاحظة الثالثة: تتعلق بالمنهجية التي يتوجب اتباعها للكلام عن الـشفافية فـي التحكـيم الدولي. إن هذه المنهجية تهدف إلى *عرض الاتجاهات الحالية في التحكيم الدولي*.

إن هذه المنهجية تتميز بالنقاط الآتية:

أولاً: إن هذه المنهجية لا تهدف إلى البحث عن كل مظاهر الشفافية في التحكيم الدولي. إنما تهدف إلى إعطاء صورة عن المسار الذي يسير نحوه التحكيم الدولي في مجال الشفافية.

ثانياً: إن هذه المنهجية لا تقتصر على عرض حلول القانون الوضعي المتعلقة بالشفافية. إنما تتضمن عرضاً للأفكار المتداولة حول الشفافية في مجتمع التحكيم الدولي.

ثالثاً: إن هذه المنهجية تحدد الاتجاه الذي يسير نحوه قانون التحكيم الـدولي عـن طريـق الاجابة على السؤال الآتي: هل يتجه قانون التحكيم الدولي نحو تعزيز الشفافية أو نحو تقييدها؟

للإجابة على هذه الإشكالية يقتضي دراسة الشفافية بالنسبة للأشخاص المعنيين بالتحكيم مـن جهة (I) وشفافية بالنسبة للأعمال التحكيمية من جهة أخرى (II).

I. شفافية الأشخاص:

إن شفافية الأشخاص المعنيين بالتحكيم تؤدي إلى الكلام عن شفافية فئتين من الاشـخاص: المحكّمون (أ) والمحتكمون (ب).

أ. شفافية المحكّمون:

في ما يتعلق بالمحكم، تشكل الشفافية **موجباً** (إلتزاماً) مفروضاً عليه إذ أن على المحكـم أن **يفصح عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله وحيدته.**

إن هذا الموجب مكرس في جميع القوانين الوطنية وفي جميع أنظمة مراكز التحكيم الدولية.

وهو يشكل "مبـدأً أساسـياً فـي التحكـيم الـدولي"[5] un principe fondamental de l'arbitrage international في إطار التحكيم الدولي، إن الاتجاه الحالي يـسير نحـو **تعزيـز موجب الإفصاح المفروض على المحكم.**

5- Ph. Fouchard, Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, Rev. Arb. 1996, p. 347, n°46.

وهذا الاتجاه ثابت من خلال:

1- تعزيز الطبيعة الأمرية لهذا الموجب.
2- تعزيز مدة هذا الموجب.
3- تعزيز مدى هذا الموجب.
4- تسهيل إثبات مخالفة هذا الموجب.
5- تعزيز جزاء هذا الموجب.

1. تعزيز الطبيعة الأمرية لموجب الإفصاح:

يعتبر موجب الإفصاح متعلقاً بالنظام العام بحيث لا يحق للفرقاء إعفاء المحكم من موجب الإفصاح قبل المباشرة بالتحكيم. وهذا هو الحال، مثلاً، في لبنان حيث قضى الاجتهاد اللبناني بأن موجب الإفصاح يعتبر *"قاعدة آمرة هدفها تأمين الحقوق الأساسية للمتقاضين عبر محاكمة عادلة متوازنة، لا يكون فيها حياد المحكم موضع شك"* [6].

2. تعزيز مدة موجب الإفصاح:

يتجه المجتمع التحكيمي الدولي نحو تعزيز موجب الإفصاح من خلال إطالة مدته بحيث يعتبر هذا الموجب موجباً **مستمراً** يدوم طالما تستمر الإجراءات التحكيمية وحتى صدور القرار التحكيمي أي حتى خروج القضية عن يد المحكم.

إن هذا الإتجاه يتجلى من خلال ثلاث ظواهر:

6- الظاهرة الأولى هي إعتماد نصوص جديدة تنص صراحة على استمرارية الموجب طيلة مدة التحكيم مثل المادة 10 من قانون التحكيم الإماراتي الجديد الذي صدر في 3 أيار 2018[7] والمادة 11 من قانون التحكيم القطري الجديد الصادر في عام 2017[8].

6- الغرفة الابتدائية الثامنة في المتن، الناظرة في قضايا التحكيم، قرار رقم 2014/14 تاريخ 2014/1/10. الغرفة الإبتدائية الأولى في بيروت الناظرة في قضايا التحكيم بتاريخ 2015/2/18 رقم 44/10، مجلة التحكيم العالمية، 2015، العدد السادس والعشرون، ص. 536- 546.

7- تنص هذه المادة على الآتي: *"على من يبلغ بترشيحه لتولي مهمة التحكيم ان يصرح كتابة بكل من شأنه ان يثير شكوكاً حول حيدته او استقلاله، وعليه منذ تعيينه وخلال اجراءات التحكيم ان يبادر دون اي تأخير بإخطار الأطراف وسائر المحكمين في حال نشوء اي ظرف قد يثير الشك حول حيدته او استقلاله، وذلك ما لم يكن قد سبق له احاطتهم علماً بذلك الظرف".*

7- الظاهرة الثانية هي إطالة مدة موجب الإفصاح من خلال تعديل النصوص التي كانت تقيّد هذا الموجب بفترة قبول المحكم لمهمته. وهذا هو الحال في فرنسا حيث تم استبدال المادة 1452 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي بالمادة 1456 التي تلزم المحكم بالإفصاح قبل وبعد قبول المحكم لمهمته.

8- الظاهرة الثالثة هي إطالة مدة موجب الإفصاح من خلال توسع الإجتهاد في تفسير النصوص التي قيدت الموجب بفترة قبول المحكم لمهمته والقضاء بأن هذا الموجب يبقى قائماً ولو طرأت ظروف بعد تعيين المحكم. وهذا هو الحال في لبنان حيث قضت محكمة البداية في بيروت بتاريخ 2014/2/24 بأن هذا الموجب يستمر طيلة فترة الإجراءات التحكيمية على الرغم من أن المادة 769 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني لم تفرض هذا الموجب إلا عند قبول المحكم لمهمته[9].

3. تعزيز مدى موجب الإفصاح:

إن موجب الإفصاح يفرض على المحكم أن **يفصح عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله وحيدته.**

ويعتبر الإجتهاد الفرنسي أنه يقتضي تقدير هذه الظروف بعد الأخذ بعين الإعتبار العنصرين التاليين[10]:

العنصر الأول: هو علنية (Notoriété) الظروف المشكو منها. فاذا كان الظرف المشكو منه يشكل واقعة مشهودة أو شائعة أو معروفة من الجميع أو من المحتكم، فلا يعود المحكم ملزما بالإفصاح.

العنصر الثاني: هو التأثير المتوقع للظرف المشكو منه على قرار المحكم في ذهن المحتكم. فإذا كان الظرف المشكو منه لا يخلق شكوكاً مشروعةً او معقولةً لدى المحتكم، فلا يعود المحكم ملزما بالإفصاح.

8- تنص هذه المادة على أنه "ويجب عليه أن يفصح كتابة عند عرض التحكيم عليه عن أية ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً حول حياده أو استقلاله، **ويبقى هذا الالتزام قائماً في حقه ولو طرأت هذه الظروف بعد تعيينه**".

9- مراجعة أيضاً: الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت الناظرة في قضايا التحكيم بتاريخ 2015/2/18 رقم 44/10، مجلة التحكيم العالمية، 2015، العدد السادس والعشرون، ص. 536- 546.

10- Cour d'appel de Paris, 1ère Ch. C. 17 février 2005, Rev. Arb. 2005, P. 709 et s.

إن هذه المنهجية، التي تدعو إلى تقدير موجب الإفصاح بالرجوع إلى هـذين العنـصرين، توفّق بين مصلحة المحتكم الذي يجب أن يكون على يقين من جميع الظروف التي قد تؤثر فـي استقلالية وحيدة المحكم وبين فعالية التحكيم الذي لا يجب أن تعطله سوء نية المحتكم الذي يستغل أي ظرف تم الإفصاح عنه لرفض التحكيم. **وبالتالي، لا يكون المحكم ملزماً بإفصاح كل شـيء ويقتصر على إفصاح الظروف غير الشائعة والتي من شأنها أن تؤثر بشكل متوقع على قـرار المحكّم في ذهن المحتكم.**

على الرغم من هذا الحل الذي يقيّد موجب المحكم، نلاحظ أن الاتجاه الـسائد اليـوم فـي التحكيم الدولي يسير نحو تعزيز الشفافية عبر **توسيع مدى موجب الإفصاح.**

إن هذا الاتجاه ملموس من خلال اعتماد الحلول الآتية:

أولاً، إن الظروف التي يجب على المحكم الإفصاح عنها ليست محصورة بحالات رد القضاة المنصوص عليها في قوانين الإجراءات الوطنية. إن عولمة العلاقات المهنيـة أدت إلـى قيـام علاقات جديدة بين الأطراف لا يمكن تقييدها بحالات رد القضاة العدليين. وهذا هو الحل المعتمد في معظم القوانين الوطنية وفي الاجتهاد[11] ومراكز التحكيم الدوليـة وفـي قـانون اليونـسترال النموذجي. وتجدر الإشارة إلى أن المبادئ التي وضعتها النقابة الدولية للمحامين (IBA) حـول تضارب مصالح المحكمين في التحكيم الـدولي (Guidelines on Conflict of interest in International Arbitration) لعام 2014 والتي تشكل خلاصة المعايير الدولية المعتمدة فـي هذا المجال لحظت، على سبيل المثال لا الحصر، أكثر من أربعين حالة تضارب مـصالح تلـزم المحكم بالإفصاح.

ثانياً، إن الظروف التي يجب على المحكم الإفـصاح عنهـا هـي الظـروف التـي تثيـر الشكوك حول استقلاله وحيدته في ذهن الأطراف[12]. بمعنى آخـر، يجـب أن نعتمـد معيـاراً

11- محكمة استئناف بيروت، الغرفة التاسعة القرار رقم 579/95 تاريخ 1995/6/6، مجلة التحكيم العالمية 2015، العدد 25، ص. 444، مع تعليق للمحامي مروان صقر، الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت الناظرة فـي قـضايا التحكـيم بتـاريخ 2015/2/18 رقم 44/10، مجلة التحكيم العالمية، 2015، العدد السادس والعشرون، ص. 536- 546. محكمة اسـتئناف القاهرة في الدعويين رقمي 65 لسنة 124 ق و71 لسنة 125 ق، بجلسة 2009/2/3.

12- الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت الناظرة في قضايا التحكيم بتاريخ 2015/2/18 رقم 44/10، مجلة التحكـيم العالميـة، 2015، العدد السادس والعشرون، ص. 536- 546.

ذاتياً من أجل تحديد ما إذا كان يتوجب علـى المحكـم الإفـصاح ولا يكفـي أن تكـون هـذه الظروف لا تثير الشكوك في ذهن الغير أو فـي ذهـن المحكـم لإعفـاء هـذا الأخيـر مـن الإفصاح.

ثالثاً، إن الظروف التي يجب الإفصاح عنها لا تقتصر على علاقة المحكّم بالمحتكمين.

9- إن المحكم ملزم بالإفصاح عن علاقته بمحامي أحد الأطراف. وتجدر الإشارة إلى أن إعمال هذا الحل في مجال التحكيم الدولي هو دقيق إذ أن أصحاب الخبرة فـي هـذا المجال تربطهم علاقات مهنية وعلمية واجتماعية. ويكفي ملاحظة المشاركة الكثيفـة في المؤتمرات التي تعقد حول مادة التحكيم للتحقق من هذا الأمر. فهل تعتبر مشاركة المحكّم في مؤتمر تحكيمي مع محامي أحد الأطراف ظرفاً من الظروف التـي تثيـر الشكوك حول استقلال وحيدة المحكّم؟ اعتبرت محكمة التمييز الفرنسية بأن مثل هـذه المشاركة لا تكفي **بحد ذاتها** لإثارة الشكوك حول استقلالية وحيدة المحكم لا سيما إذا كان المحكّم قد شارك في هذا المؤتمر لمرة واحدة وأنه لم يكن محاضراً فيه[13]. نلاحظ أن محكمة التمييز الفرنسية استندت إلى وقائع خاصة بالحالة المعروضة عليها لإعفاء المحكّم من موجب الإفصاح وأنه من الممكن أن تشكل المشاركة في مؤتمرات التحكيم ظرفاً يثير الشكوك في ذهن المحتكمين في الحالة التي ترافقها ظروف أخرى تزيـل عنها **الطابع العلمي البحت.**

10- إن المحكّم ملزم بالإفصاح عن علاقته بباقي المحكّمين وبالخبراء الذين تمّ الإسـتماع لهم[14]. وقضت المحاكم الفرنسية أن المحكّم يجب أن يفصح عن وجود عقد عمل كان يربطه بأحد المحكّمين[15].

11- إن المحكّم ملزم بالإفصاح عن علاقته بالغير المهتم بـالنزاع المعـروض أمامـه[16]. واعتبرت محكمة التمييز الفرنسية أن المحكّم ملزم بالإفصاح عن توكيلـه مـن قِبـل

13- Civ. 1ère, 4 juillet 2012, D. 2012, n°36.

14- Paris, 10 mars 2011, Rev. arb. 2011. 732.

15- Rouen, 28 oct. 1998, Rev. arb. 1999. 374.

16- Civ. 1re, 1er févr. 2012, n° 11-11.084, Rev. arb. 2012. 91, note Loquin ; D. 2012. Pan. 2991, obs. Clay; RJ com. 2013. 30, note B. Moreau. – Civ. 1re, 25 juin 2014, n° 11-16.444, RJ com. 2015. 41; Rev. arb. 2015. 75, note S. Bollée ; D. 2014. 2541, obs. Clay; D. 2014. 1986, note Le Bars.

شركة الكهرباء الفرنسية التي لم تكن طرفاً في النزاع في الحالة التـــي كانـــت هـــذه الشركة تعاقدت مع المدعى عليها في التحكيم[17].

رابعاً، إن المحكّم ملزمٌ بالإفصاح عن ظروف حتى ولو كان يجهلها كان من المفروض فيه أن يعلمها[18]. في النزاع الذي انتهى بصدور هذا القرار، أُعيب على رئـــيس الهيئـــة التحكيميـــة انتماءه الى مكتب للمحاماة كان مستشاراً للشركة الأم لإحدى جهات التحكيم. أما الحجّة القانونيـــة التي اثارها الفريق الآخر فهي جهل المحكّم شخصياً لهذه الوقائع. لم تأخذ محكمة الاستئناف بهذه الحجّة، واعتبرت أنّ هذه الوقائع من شأنها ان تثير الشكوك في حياد المحكّم واستقلاليته. يـــستفاد من هذا الحكم أن موجب الإفصاح يلزم المحكّم بأن يبحث بصورة دائمة عن اية واقعة قد تـــؤثر في حياده في سياق المحاكمة التحكيمية.

خامساً، يعتبر هذا الموجب "موجب نتيجة" بمعنى أن المحكّم يكون مسؤولاً بمجرد التخلف عن الافصاح. ولا مجال للزعم بان المحكّم ملزم فقط بالسعي لأجل اعلام المحتكم أو بأنه ملـــزم بأن يقوم بكل ما في وسعه لأجل إعلام هذا الاخير.

سادساً، فرضت بعض المحاكم على مراكز التحكيم التي قامت بتعيـــين المحكّـــم" موجـــب التحري عن صفات المحكّم الأساسية"[19].

4. تسهيل إثبات مخالفة موجب الإفصاح:

إن تعزيز موجب الإفصاح قاد بعض المحاكم إلى تسهيل إثبات مخالفته.

من جهة، اعتبرت بعض المحاكم أن عبء الإثبات يقع على عاتق المحكّم الـــذي عليـــه أن يثبت تنفيذ هذا الموجب[20]. وهذا ما قررته الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت الناظرة في قضايا

17- Civ. 1re, 1er févr. 2012, n° 11-11.084 , Rev. arb. 2012. 91, note Loquin; D. 2012. Pan. 2991, obs. Clay; RJ com. 2013. 30, note B. Moreau.

18- CA. Paris, 12 février 2009, Rev. Arb. 2009, p. 186.

19- CA Paris, 1ère Chambre, 13 juin 1996, Rev. Arb. 1997, p. 251.

20- الغرفة الإبتدائية الأولى في بيروت الناظرة في قضايا التحكيم بتاريخ 2015/2/18 رقم 44/10، مجلة التحكـــيم العالميـــة، 2015، العدد السادس والعشرون، ص. 536-546.

التحكيم بتاريخ 2015/2/18 التي قضت بأن عبء إثبات تنفيذ موجب الإعلام بطرق جدية يقــع على المحكّم نظراً لكونه شخصاً ممتهناً. يستفاد من هذا القرار بأن عبء الإثبات يقع على عــاتق المحكّم بموجب **صفته.**

من جهة أخرى، ترفض المحاكم إلزام المحتكم الاستعلام عن ظرفٍ حصل بعد قبول المحكّم لمهمته[21]. وبالتالي، لا يفرض على المحتكم أن يثبت أنه استكمل الاستعلام عن المحكّم بعد بداية الاجراءات التحكيمية.

5. تعزيز جزاء موجب الإفصاح:

إن الإخلال بموجب الإفصاح يؤدي إلى تطبيق الجزاءات التالية:

أولاً، إذا تم اكتشاف الظروف المثيرة للشكوك **قبل صدور الحكم التحكيمي**، يكون من حــق الفرقاء طلب رد المحكّم وفقاً للأصول التي حددتها قواعد التحكيم.

ثانياً، إذا تمّ اكتشاف الظروف المثيرة للشكوك **بعد صدور الحكم التحكيمي**، يكون من حــق الفرقاء طلب بطلان القرار التحكيمي وطلب رفض الاعتراف بالقرار التحكيمي واعطائه الصيغة التنفيذية.

ثالثاً، إن مخالفة موجب الإفصاح تشكل مخالفة موجب تعاقدي ناتج عن العقد مــع المحكّــم (contrat d'arbitre) وهــذه المخالفــة تــؤدي الــى تطبيــق احكــام المــسؤولية التعاقدية Responsabilité contractuelle بحق المحكّم. إن هــذه المــسؤولية مختلفــة عــن مسؤولية المحكّم بسبب الخطأ الجسيم في اصدار القرار التحكيمي لأنها مبنية على خطأ آخر وهو مخالفة موجب الإفصاح.

تجدر الإشارة إلى أن المسؤولية التعاقدية الناشئة عن مخالفة موجب الإفصاح ليست بــديلاً عن دعوى ابطال القرار التحكيمي وهي عادة تكون لاحقة لهذه الدعوى الاخيرة.

يستفاد مما تم عرضه أن المجتمع التحكيمي الدولي يتجه نحو تعزيز الشفافية عبــر توســيع نطاق موجب الإفصاح المفروض على المحكّم. إن هذا الإتجاه يطال المحتكمين.

21- CA Paris, 27 mars 2018, n°16/09386.

ب. شفافية المحتكمين:

إن الاتجاه نحو تعزيز الشفافية في التحكيم الدولي يطال المحتكمين.

من جهة، نلاحظ أن الشفافية مفروضة على الفرقاء الذين يتوجب عليهم إبـــراز المـــستندات التي أمر المحكمون بإبرازها (1).

من جهة ثانية، يشير خبراء التحكيم إلى أنه يستحسن إلزام الفرقاء بالإفصاح عـــن بعـــض الظروف التي تؤثر في سير الإجراءات التحكيمية (2).

1- الشفافية الواجب التقيد بها:

إن بعض القوانين الوطنية[22] وأنظمة مراكز التحكيم الدولية[23] أعطت المحكّم سلطة إلزام أحد الأطراف إبراز مستند في حيازته. إن هذه السلطة المستمدة من القواعد المطبقة على الإجراءات التحكيمية تهدف إلى تعزيز الشفافية وإلى مؤازرة المحكّمين في سبيل جلاء الحقيقة.

إن ممارسة هذه السلطة تستدعي ابداء الملاحظات الآتية:

الملاحظة الأولى: إن قرار المحكمين بهذا الشأن يضع على عاتق الأطراف موجباً بـــإبراز المستند الذي يكون بحيازتهم. عملياً، يطلب أحد الأطراف من الهيئة التحكيمية أمر الطرف الآخر إبراز مستند بحيازته من أجل إثبات واقعة معينة.

الملاحظة الثانية: إذا تمنع الفريق المفروض عليه إبراز المستند دون تبرير، يحـــق للهيئـــة التحكيمية أن تتخذ أحد التدابير الآتية:

- الحكم على الطرف الممتنع بغرامة إكراهية.
- استخراج جميع النتائج القانونية المترتبة عن الإمتناع لجهة النزاع في الأساس.

22- المادة 780 أ.م.م. لبناني، المادة 1467 أ.م.م. فرنسي.

23- المادة 25 من نظـــام الICC، ICSID Arbitration Rule 34(2)(a) provides that "[t]*he Tribunal may, if it deems it necessary at any stage of the proceeding: (a) call upon the parties to produce documents, witnesses and experts* […]."

– Article 22(1)(v) of the LCIA Rules empowers a tribunal, upon a party's application or *ex officio*, "*to order any party to produce to the Arbitral Tribunal and to other parties documents or copies of documents in their possession, custody or power which the Arbitral Tribunal decides to be relevant*."

- طلب مساعدة القضاء الوطني الذي يقع في نطاقه مكان التحكيم[24].

الملاحظة الثالثة: في بعض الحالات، يكون تمنّع الطرف الملزم إبراز مستندٍ مبرراً بالسرية المهنية أو بسرّية الأعمال. في هذه الحالة، لا يمكن إلزام هذا الطرف إبراز المستند الذي يتمتع بحصانة[25]. إن هذا الحل الذي يؤدي إلى ترجيح السرّية على الشفافية لا يمكن اعتماده في جميع الحالات ويجب اعتماد الدقة في هذه الحالة. برأينا، إن سرّية المستند لا تمنع المحكّم من إلزام أحد الأطراف بإبراز المستند عند توافر الشرطين الآتيين:

الشرط الأول: هو ضرورة إبراز المستند من أجل إثبات الواقعة المزعومة.

الشرط الثاني: هو التناسب بين مساوئ انتهاك السرّية مع ضرورة إثبات الواقعة القانونية.

إن هذا الحل يوفق بين السرية من جهة والشفافية من جهة أخرى.

2- الشفافية المستحسن التقيّد بها:

بسبب ظهور ممارسات تحكيمية جديدة، يدعو خبراء التحكيم إلى تعزيز الشفافية عبر إلـــزام الفرقاء الإفصاح عن ظروف يمكنها التأثير على الإجراءات التحكيمية.

بالنسبة للظروف التي يدعو خبراء التحكيم إلى الإفصاح عنها، ينبغي التوقف عند حالتين:

- تمويل التحكيم من الغير.
- وجود إجراءات موازية.

الحالة الأولى: تمويل التحكيم من الغير:

إن تمويل التحكيم من الغير هو الحالة التي يقوم فيها شخص ثالث ليس طرفاً فـــي التحكـــيم بتمويل كل أو جزء من التكاليف القانونية المترتبة على أحد الأطراف مقابل نسبة مئويـــة متفـــق عليها مسبقاً من أي مكسب في حال وجود التحكيم الناجح. وإذا فشلت هذه القضية يفقد الممـــول استثماره ويترتب عليه الدفع للجهة الأخرى.

24- مادة 184 من القانون السويسري الدولي الخاص لعام 1987.

25- مراجعة: غرفة التجارة الدولية-حكم تحكيمي صادر في القضية رقم 13054 لسنة 2006، مجلة التحكيم العالميـــة 2015- العدد السابع والعشرون ص. 677- 683، تعليق د. نادر ابراهيم.

إن الإفصاح عن تمويل التحكيم من الغير مستحسن لثلاثة أسباب أساسية[26]:

السبب الأول: يتعلق باستقلالية وحياد المحكم. يقتضي الإفصاح عن هوية الشخص الثالـــث الممول لكي يتمكن المحكمون من تنفيذ موجب الإفصاح المفروض عليهم ولكي يتمكن الطـــرف الآخر في التحكيم من التأكد من عدم وجود أية علاقة بين المحكّم والشخص الثالث الممول مـــن شأنها أن تثير الشكوك حول استقلال وحياد المحكم.

السبب الثاني: يتعلق بضرورة إعلام الطرف الآخر في التحكيم عن ملاءة الطرف الممـــوّل والغير الممولِ وحمايته من مخاطر عدم الملاءة.

السبب الثالث: يتعلق بضرورة تحديد الهوية الحقيقية للأطراف في التحكيم. بمعنـــى آخـــر، ينبغي التأكد من أن الغير الممولّ هو فعلاً خارج النزاع وأن الفريق الممولّ هو الطرف الحقيقي.

إن هذه الأسباب قادت إلى اقتراح ادراج نصوص تلزم الإفصاح عن التمويل وإلى صـــدور قرارات تحكيمية تلزم الفريق الممولّ الإفصاح عن التمويل.

من جهة، تم اقتراح نصوص تعزز الشفافية في الحالات التي تكون الاجـــراءات التحكيميـــة ممولة من الغير. إن المادة 24 من نظام التحكيم الاستثماري لمركز التحكيم الدولي في ســـنغابور أعطى الحق للمحكمين بإلزام الأطراف الإفصاح عن تمويل الاجراءات التحكيمية من الغيـــر[27]. نشير أيضاً إلى أن المبادئ التي وضعتها النقابة الدولية للمحامين (IBA) حول تضارب مـــصالح المحكمين في التحكيم الـــدولي (Guidelines on Conflict of interest in International Arbitration) لعام 2014 اعتبرت أنه يجب على الفرقاء الإفصاح عن أية علاقة تربط المحكّم بأي شخص يكون له مصلحة إقتصادية في القرار التحكيمي أو يكـــون ملزمـــاً بتعـــويض أحـــد الأطراف في التحكيم[28].

26- مراجعـــة: A. Goldsmith & Lorenzo Melchionda, Third-Party Funding: Toward the Development of an Incremental Methodology for Disclosure, CAPJA 2016, p. 339.

27- According to Article 24.l of the SIAC IA rules: "Unless otherwise agreed by the Parties, in addition to the other powers specified in these Rules, and except as prohibited by the mandatory rules of law applicable to the arbitration, the Tribunal shall have the power to: order the disclosure of the existence of a Party's third party funding arrangement and/or the identity of the third party funder and, where appropriate, details of the third party funder's interest in the outcome of the proceedings, and/or whether or not the third party funder has committed to undertake adverse costs liability".

28- "*Any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration.*"

من جهة أخرى، صدرت قرارات تحكيمية في مجال التحكيم الاستثماري ألزمت فيها الهيئة التحكيمية الفرقاء الإفصاح عن التمويل من الغير[29]. فـي قـضية *Muhammet Çap* ودولـة *Turkmenistan* قررت الهيئة التحكيمية إلزام المستثمر الأجنبي الإفصاح عـن طبيعـة عقـد التمويل وما إذا كان الممولّ يحصل على نسبة مئوية من الربح في حـال الحكـم علـى دولـة Turkmenistan. وبررت الهيئة التحكيمية قرارها بجدية الأسباب التي أدلت بها هذه الدولة التي أبدت مخاوفها من عدم ملاءة الممولّ وبإفصاح الطرف الممولّ عن التمويل في اجراءات سابقة.

تجدر الإشارة إلى أن معظم عقود التمويل تتضمن بنود عدم افشاء السرية. إنمـا لا يمكـن للفريق الممولّ أن يدلي بوجود هذه البنود للتملص من موجب الإفصاح. إن سرّية المستند لا تمنع المحكّم من إلزام أحد الأطراف إبرازه عند توافر شرطي الضرورة والتناسب.

يستفاد مما تقدم أن التحكيم الدولي يتجه نحو تعزيز الشفافية التي لا يمكـن الاطاحـة بهـا لمجرد وجود بنود عدم الإفشاء في عقود التمويل.

الحالة الثانية: وجود إجراءات موازية (Procédures parallèles):

يدعو المجتمع التحكيمي الفرقاء للإفصاح عن وجود اجراءات موازية مرتبطة بـالإجراءات القائمة أمام الهيئة التحكيمية[30].

إن مسألة الاجراءات الموازية تطرح بشكلٍ ملحوظ في التحكيم الاستثماري لسببين أساسيين:

السبب الأول: هو تعدد اتفاقيات الاستثمار التي تعقدها الدولة المضيفة فتشكل كل اتفاقية سنداً قانونياً إضافياً لعرض النزاع نفسه أمام هيئة تحكيمية مختلفة.

السبب الثاني: هو الامكانية المعطاة لشركاء الشركة المستثمرة برفع القـضية الـى هيئـة تحكيمية مختلفة سنداً لإتفاقية استثمار أخرى وقّعتها الدولة المضيفة مع دولة الشريك.

وهذا ما حصل في قضية East Mediteranean Gas حيث تم رفع أربع قضايا أمام أربع هيئات تحكيمية مختلفة بشكل متزامن وتمّ مناقشة نفس الوقائع والمستندات وسماع نفس الـشهود

29- *Muhammet Çap & Sehil Inşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6 (Hanotiau B., Boisson De Chazournes L., Chair: Lew J. D. M.). *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/14/14.

30- E. Gaillard, Le concours de procédures parallèle, in Mélages P. Mayer, 2015, p. 226.

والخبراء. ونشير إلى أنه تم رفع قضية من قبل أحد الشركاء في الشركة المستثمرة ضد الدولة المصرية أمام هيئة تحكيمية وفق أنظمة الإكسيد واتفاق الاستثمار الموقّع بين الولايات المتحدة والجمهورية المصرية عام 1986. في حين تم رفع قضية أخرى من قبل أحد فروع الشركة المستثمرة أمام هيئة تحكيمية أخرى تحكم وفق أنظمة اليونسترال وعلى أساس اتفاق استثمار موقّع بين بولندا والجمهورية المصرية عام 1995.

إن تعدد الاجراءات المتوازية يولّد المساوئ الآتية:

أولاً، يتم تكرار الاجراءات نفسها أمام هيئات تحكيمية مختلفة.

ثانياً، يولّد خطر تناقض بين القرارات التحكيمية الصادرة عن هيئات مختلفة.

ثالثاً، يولّد خطر الحكم على الدولة المستثمرة بتعويضات متعددة.

لهذه الأسباب، اقترح البعض تعزيز الشفافية في هذه الحالة تفادياً لهذه المخاطر عبر اعتماد الحلول الآتية[31]:

- إلزام الأطراف الإفصاح عن وجود هذه الاجراءات المتوازية وإزالة السرّية عن الاجراءات تفادياً لهذه المخاطر.
- اعطاء المحكّم سلطة أمر الأطراف إبراز المستندات المستعملة في الاجراءات الأخرى.
- اعطاء المحكّم سلطة تعليق الاجراءات بانتظار صدور قرار هيئة تحكيمية أخرى.
- اعطاء المحكّم سلطة الحكم بعدم اختصاصه في حال وجود اجراءات أمام هيئة تحكيمية أخرى.
- اعتبار أن المستثمر الذي رفع القضية أمام هيئة تحكيمية تنازل عن حقه في إقامتها أمام هيئة تحكيمية أخرى.

إن هذه الحلول تهدف إلى تعزيز الشفافية وإلى الحد من مخاطر الاجراءات الموازية. ونلاحظ أن هذه الحلول تدعو إلى فرض الشفافية على الأشخاص وإلى تعزيز شفافيّة الأعمال التحكيمية.

31- E. Gaillard: Le concours de procédures parallèle, in Mélages P. Mayer, 2015, p. 226.

II. شفافية الأعمال:

إن شفافية الأعمال التحكيمية تشكل الوسيلة الفضلى لتعزيز شرعية التحكـيم كـأداة لفـض النزاعات الدولية[32].

إن هذا الهدف يفسّر الاتجاه نحو زيادة الشفافية – بمعنى "الاتاحة"– تجاه الأطراف من جهة (أ) وتجاه الغير من جهةً أخرى (ب).

أ. تجاه الأطراف:

تجاه الأطراف، نلاحظ تعزيز الشفافية على مستوى:

12- تكاليف التحكيم (1).
13- اجراءات التحكيم (2).
14- القرار التحكيمي (3).

1. شفافية تكاليف التحكيم:

في ما يتعلق بتكاليف التحكيم، يتجه المجتمع التحكيمي نحو تقوية الشفافية[33].

وذلك ثابت من خلال عمل مراكز التحكيم الدولية التي تسعى إلى تعزيز شـفافية تكـاليف التحكيم عن طريق اتخاذ التدابير الآتية:

32- J-B. Racine, Sur l'idéologie de la transparence en droit de l'arbitrage, in Mélanges Mayer, 2015, p. 737.

33- إن المحاكم الوطنية تلعب دوراً في تفعيل الشفافية في تحديد أتعاب المحكمين في حالات التحكيم الحر *ad hoc* من خـلال إبطال القرارات التحكيمية التي حددت فيها الهيئة التحكيمية أتعابها بغياب اتفاقٍ مسبق أو نصٍ صريح يجيز لها ذلك. هذا ما قضاه قاضي العامة السوداني في قضية الأقطان بتاريخ 2014/4/23 عندما اعتبر انه لا يحق لهيئة التحكيم الحكم لنفسها بأتعاب في منطوق القرار النهائي الصادر عنها بغياب اتفاقٍ مسبق (قاضي العامة في دعوى البطلان رقـم /674/ تـاريخ 2014/4/23 – والمنشور في مجلة التحكيم العالمية 2015 – العدد الـسابع والعـشرون – ص 357- 378، تعليـق د. القصيمي احمد محمد طه). في هذه القضية قدمت شركة السودان للأقطان دعوى بطلان القرار الصادر عن هيئة التحكيم في الدعوى بتاريخ 2014/3/19 الذي قضى بتحميل هذه الشركة أتعاب محكمين أو مكافأة محكمين. وقرر القاضي الـسوداني ابطال القرار التحكيمي لعلة مخالفته النظام العام إذ أنه لا يحق لهيئة التحكيم الحكم لنفسها بأتعاب في منطوق القرار النهائي الصادر عنها بغياب اتفاق مسبق. إن هذا القرار يعزز ضرورة الشفافية في تحديد أتعاب المحكّم التي يجب أن يتم تحديدها أو تحديد طريقة احتسابها **قبل المباشرة بالإجراءات التحكيمية**.

أولاً، إن أنظمة مراكز التحكيم الدولية تعطي تعريفاً "لتكاليف التحكيم" و"لأتعاب المحكمين". مثلاً، تنص المادة 35 من نظام مركز تحكيم سنغابور الدولي على أن *"يشمل تعبير "تكاليف التحكيم" ما يأتي :*

أ). أي أتعاب ونفقات لهيئة التحكيم وكذلك أتعاب ونفقات محكّم التدابير المستعجلة، إن وجدت؛

ب).أتعاب والنفقات الادارية الخاصة بالمركز؛ و

ج) النفقات الخاصة بالخبير المعيّن من قبل هيئة التحكيم وغيرها من المساعدات اللازمة بصورة معقولة لهيئة التحكيم".

ثانياً، إن مراكز التحكيم تفصِل طريقة احتساب تكاليف التحكيم. إن هذه المنهجية تسمح للفرقاء بتقدير التكاليف قبل المباشرة بالتحكيم. ولا بد لنا من ذكر المجهود الذي قامت به غرفة التجارة الدولية في باريس التي كرّست الملحق الثالث من نظامها لشرح طريقة احتساب تكاليف التحكيم الذي تنظمه والتي نشرت آلة حاسبة على صفحتها الإلكترونية تسمح للمستعملين تقدير تكاليف التحكيم قبل تقديم أي طلب[34].

ثالثاً، إن أنظمة مراكز التحكيم تنظم طرق دفع تكاليف التحكيم. ويمكننا أن نذكر على سبيل المثال، المادة الأولى من الملحق الثالث من نظام الغرفة التجارية الدولية التي حددت نظام دفع السلفة من قبل الأطراف والمادة 24 من نظام مركز لندن للتحكيم الدولي الذي ينظم ايداعات الفرقاء.

2. شفافية اجراءات التحكيم:

إن اجراءات التحكيم تتميز **بشفافية مطلقة تجاه الفرقاء.**

إن هذا الحل منطقي لأن الشفافية تشكل ضمانة **للوجاهية ولحق الدفاع المقدس.** وبالتالي، فإن عدم شفافية الاجراءات يؤدي الى بطلان القرار التحكيمي لمخالفة هذا القرار مبدأ الوجاهية وحق الدفاع.

34- https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/costs-and-payments/cost-calculator/.

من جهة، إن الشفافية مفروضة على الفرقاء الذين عليهم تقديم بيانات أو وثائق أو معلومات أخرى إلى هيئة التحكيم وإرسالها إلى الطرف الآخر في الوقت نفسه[35].

من جهة أخرى، إن الشفافية مفروضة على المحكّمين. وفي هـذا الـسياق، يجـدر ابـداء الملاحظات الآتية:

الملاحظة الأولى: لا يحق للمحكّم التواصل مع أحد الأطراف دون إعلام الآخر. فلا يحـق للمحكّم سماع أحد الأطراف بغياب الطرف الآخر. كما لا يحق للمحكّم الاتصال بأحد الأطـراف على حدة[36] وإن كان هذا الطرف هو الذي عيّنه.

الملاحظة الثانية: على المحكّم السماح للفرقاء الإطلاع على جميع المستندات والتقارير التي يستند عليها لإصدار القرار التحكيمي. كما يجب عليه أن يرسـل للأطـراف تقـارير الخبـراء والأشخاص الثالثين الذين دعاهم المحكم لإبداء الرأي[37].

الملاحظة الثالثة: على المحكّم الذي يثير[38] مسألة من تلقاء نفسه أي عفواً أن يعرضها على الفرقاء ولا يحق له أن يستند في القرار التحكيمي على مسألة لم يتم عرضها على الفرقاء.

يستفاد من هذه الحلول أن الشفافية مفروضة على جميع المـشاركين فـي التحكـيم خـلال الاجراءات التحكيمية.

ويطرح السؤال ما إذا كانت الشفافية مفروضة في المرحلة اللاحقة للإجراءات.

3. شفافية القرار التحكيمي:

إن مسألة شفافية القرار التحكيمي تطرح على مستويين: مستوى **إعداد** القـرار التحكيمـي ومستوى **تعليل** القرار التحكيمي.

- ***الشفافية على مستوى إعداد القرار التحكيمي:***

إن الكلام على شفافية إعداد القرار التحكيمي قد يظهر تناقضاً لأن إعداد القرار التحكيمـي يحكمه **مبدأ سرية المداولات** المكرّس في معظم القوانين الوطنية وأنظمة مراكز التحكيم.

35- J-B. Racine, Droit de l'arbitrage, PUF, 2016, p. 396.
36- Civ. 1ère, 28 mai 2008, Rev. arb. 2014, P. 691, note D. Bureau.
37- CA Paris, 18 janvier 1983, Rev. Arb. 1984, p. 87 note de P. Mayer.
38- CA Paris, 19 juin 2008, Rev. Arb. 2010, p. 105.

على الرغم من هذه السرية، نلاحظ أن عدداً متزايداً من المحكمين يلجـأ إلـى نـشر "آراء مخالفة" – Opinions dissidentes[39]. في الحالة التي يصدر فيها القرار التحكيمي بالأكثريـة، يمكن للمحكّم المخالف أن يعبّر عن عدم موافقته على قرار الأكثرية برأيٍ مخالف وذلـك لعـدة أسباب:

15- الإقتناع بأن قرار الأكثرية لم يحترم المبادئ الإجرائية الأساسية.

16- الدفاع عن رأيٍ قانوني تم نشره في مجلاتٍ علمية.

17- تبرير موقفه للفريق الذي عيّنه.

18- مساعدة الفريق الذي عيّنه على إبطال القرار التحكيمي.

إن اللجوء إلى الرأي المخالف هو أمر مألوف في النظام القضائي الأنكلوساكـسوني. لكنـه على العكس، نادر الحدوث في النظام الرومانو جرماني.

أما في التحكيم الدولي، فهو يختلف مع اختلاف المحكمين.

إن النصوص التي عالجت هذه المسألة قليلة ولا يمكن القول بأن المحكّم له الحق في نـشر الرأي المخالف في جميع الحالات.

لذلك يقتضي التفريق بين الحالات الآتية:

الحالة الأولى: هي الحالة التي يجب على الحكم التحكيمي أن يصدر بالإجماع. فـي هـذه الحالة لا مجال لنشر رأيٍ مخالف.

الحالة الثانية: هي الحالة التي يكون فيها مبدأ سرّية المداولة متعلقاً بالنظام العام. في هـذه الحالة، يكون نشر "الرأي المخالف" متعارضاً مع النظام العام.

الحالة الثالثة: هي الحالة التي يوجد فيها نص أجاز نشر الرأي المخالف **صراحةً** كالمادة 47 من نظام الأكسيد التي تنص على انه يجوز لأي عضو من أعضاء المحكمة أن ينسب إلى القرار إما رأيه الخاص – سواء كان متوافقاً مع رأي الأغلبية أم لا – أو إشارة إلى انه يخالفهم الرأي، أو المادة 3/37 من قانون التحكيم الإسباني المؤرخ في 23 كـانون الأول 2003 التـي تـنص صراحة على إمكانية قيام المحكّم بإبداء رأي مخالف ونشره، أو المادة 39 من القانون البلغـاري

39- F. Knoepfler, L'opinion dissidente: une hypocrisie, in Mélanges P. Mayer, 2015, p. 415 et s. ; R. Volterra, Dissenting and Separate Opinions in Investment Treaty Arbitration - Revisiting the Debate, CAPJA 2014, p.59.

التي تنص على أن: "على المحكّـــم الذي لا يوافق على قرار التحكيم أن يعلن رأيـــه المخـــالف كتابة".

الحالة الرابعة: هي الحالة التي لا يوجد فيها أي نص أجاز الرأي المخـــالف ولا أي نـــص يمنعه. بالمبدأ، يكون نشر الرأي المخالف مسموحاً. تم اعتماد هذا الموقف في تقرير اليونـــسترال حول القانون النموذجي للتحكيم حيث جاء في هذا التقرير "أن القانون لم يفرض ولم يمنـــع الآراء المخالفة". وهذا هو الموقف الذي اعتمدته المحاكم الفرنسية التي أجازت نشر الـــرأي المخـــالف معتبرةً أن مبدأ سرّية المداولة ليس من النظام العام[40].

أما الفقه فهو منقسم.

من جهة، انتقد البعض نشر الرأي المخالف لأنه يؤدي إلى إضعاف قوة القـــرار التحكيمـــي ويعطي الفريق الخاسر حجة لطلب بطلان القرار التحكيمي. إضافة إلى ذلك، إن نـــشر الـــرأي المخالف يشكل مخالفة مبدأ استقلال وحياد المحكّم في الحالة التي يصار فيها إلى نـــشر الـــرأي المخالف لحماية مصالح الفريق الذي عيّن المحكّم المخالف.

من جهة أخرى، أشاد البعض بنشر الرأي المخالف لأنه يؤدي إلى تعزيـــز الـــشفافية فـــي التحكيم عبر تسليط الأضواء على المخالفات التي يكون قد ارتكبها أعضاء الهيئة التحكيمية ولأنه يؤكد للفريق الخاسر أنه تم أخذ حججه بعين الاعتبار. وأضاف البعض أن نشر الرأي المخـــالف يشكل دليلاً على استقلالية المحكّم المخالف ويعزز شرعية التحكيم.

الحالة الثانية: الشفافية على مستوى تعليل القرار التحكيمي:

إن تعليل القرار التحكيمي يساهم في تعزيز شفافية التحكيم.

ونلاحظ أن المجتمع التحكيمي فرض التعليل الملائم بهدف تعزيز الشفافية.

وهذا ثابت من خلال الحلول الآتية:

أولاً، إن القوانين الوطنية وأنظمة مراكز التحكيم الدولي باتت تفرض على المحكّم موجـــب تعليل لا يمكن الخروج عنه إلا بموافقة الفرقاء. من أبرز الأمثلة على هذه النـــصوص، المـــادة 56.4 من القانون الانكليزي للتحكيم لعام 1996 التي تنص على انه يجـــب أن يكـــون القـــرار

40- CA Paris, 11 avril 2002, Rev. arb. 2002, p. 778 ; CA Paris 9 octobre 2008, Rev. Arb. 2009, p. 352.

التحكيمي معللاً ما لم يقم الأطراف بإعفاء المحكم صراحةً من هكذا تعليل، المادتان 31.2 و32.3 من قانون اليونسترال النموذجي اللتان فرضتا على المحكم تعليل القرار التحكيمي، والمادة 31 من القانون القطري للتحكيم[41] والمادة 41 من القانون الاماراتي الجديد والمادة 32 من نظام الغرفة التجارية الدولية التي تنص على أن القرار التحكيمي يذكر الأسباب التي استند عليها المحكم. وتجدر الاشارة إلى أن محكمة استئناف باريس قضت بأن موجب التعليل مفروض بموجب قرينة في حال انتفاء نص صريح[42].

ثانياً، إن المحاكم لم تعد تكتفي بوجود تعليل في القرار التحكيمي، بل باتت تفرض أن يتضمن القرار التحكيمي تعليلاً ملائماً وخالياً من التناقضات[43]. عملياً، يجب أن يكون التعليل واضحاً ومفهوماً وأن يكون قد ارتكز على النقاط المثارة من قبل الفرقاء[44].

ثالثاً، إن المحاكم تتشدد بمعاقبة مخالفة موجب التعليل. من جهة، إن عدم التعليل يؤدي إلى بطلان القرار التحكيمي لعدم تقيّد المحكّم بالاجراءات التي اتفق الفرقاء عليها في العقد التحكيمي[45] أو المنصوص عليها في القانون المطبّق على اجراءات التحكيم[46] أو المنصوص عليها في نظام مركز التحكيم الدولي.[47] من جهة أخرى، أبطلت المحاكم الفرنسية القرار التحكيمي لعلة عدم التعليل لأنه أدى إلى مخالفة مبدأ الوجاهية وحق الدفاع[48].

يستفاد مما تم عرضه أن الشفافية تشكل التزاماً على المحكّمين تجاه الأطراف. ويبقى معرفة ما إذا كانت الشفافية مفروضة على المشاركين في التحكيم تجاه الغير.

ب. تجاه الغير:

تجاه الغير، إن الشفافية في التحكيم الدولي تعني الحق في الإطلاع على الأعمال التحكيمية وتفترض الإدلاء بالمعلومات عن كافة إجراءات التحكيم وإتاحتها لكل ذي شأن.

41- يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، أو كانت القواعد القانونية الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم لا تشترط ذكر الأسباب، أو إذا كان حكم التحكيم اتفاقياً وفقاً للمادة السابقة من هذا القانون.

42- CA Paris, 20 juin 1996, Rev. arb. 1996, p. 656.

43- C. Seraglini & J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, 2013, n°449.

44- Civ. 2ème, 31 janvier 2002, Bull. Civ. II n°9.

45- CA Paris, 14 janvier 1997, Rev. arb. 1997, p. 395.

46- CA Paris, 1988, Rev. Arb 1989, p. 328.

47- Civ. 1ère, 18 mars 1980, Rev. Arb. 1980, p. 496.

48- Civ. 1ère, 18 mars 1980, Rev. arb. 1980, p. 496.

إن مسألة شفافية الأعمال التحكيمية تجاه الغير تدعو للتفريق بين التحكيم الإســتثماري (1) والتحكيم الدولي (2).

2- التحكيم الاستثماري:

إن التحكيم الاستثماري هو إجراء لتسوية النزاعات بــين المــستثمرين الأجانــب والــدول المضيفة.

في ما يتعلق بالتحكيم الاستثماري، إن الشفافية هي الأصل أي **المبدأ.**

إن مبدأ شفافية التحكيم الاستثماري يستوجب إعطاء ايضاحات حول النقاط الآتية:

النقطة الأولى: تكريس هذا المبدأ.

النقطة الثانية: تبريرات هذا المبدأ.

النقطة الثالثة: عناصر هذا المبدأ.

النقطة الرابعة: الاستثناءات لهذا المبدأ.

النقطة الأولى: تكريس مبدأ الشفافية:

إن مبدأ شفافية التحكيم الإستثماري مكرّس في عدة نصوص ولا سيما في النصوص الآتية:

أولاً، إن هذا المبدأ مكرّس في قواعد اليونسترال بشأن الشفافية في التحكيــــم التعاهــدي بــين المســتثمرين والدول لعام 2013. تجدر الإشارة إلى أن هذه القواعــد تطبّــق علــى التحكــيم بــين المستثمرين والدول الذي يُستهل بمقتضى قواعد اليونسترال للتحكيم عملاً بمعاهدة حماية الاستثمارات أو المستثمرين مبرمة بعد 1 نيسان 2014 أو في الحالة التي يتفق فيها الفرقاء على تطبيقها.

ثانياً، إن هذا المبدأ مكرّس في أكثر من خمسين معاهدة مبرمة بعد 1 نيسان 2014 تــنص على تطبيق قواعد اليونسترال بشأن الشفافية أو أحكام مصاغة على غرار قواعد اليونسترال بشأن الشفافية[49].

ثالثاً، إن هذا المبدأ مكرّس في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكــيم التعاهــدي بــين المستثمرين والدول المعتمدة بتاريخ 10 كانون الأول 2014 والنافذة ابتداءً من 18 أكتــوبر 2017. إن

49- http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Rules_status.html.

هذه الاتفاقية وسّعت نطاق تطبيق قواعد اليونسترال بشأن الشفافية بحيث يـصار إلـى تطبيـق هـذه القواعد على أي تحكيم استثماري بين دولة وقّعت على هذه الاتفاقية ومستثمر من دولة أخرى وقّعـت عليها أو بين دولة وقّعت على هذه الاتفاقية وبين أي مستثمر أجنبي وافق على تطبيق هذه القواعد.

النقطة الثانية: تبريرات مبدأ الشفافية:

ثلاثة أسباب تبرر هذا المبدأ في التحكيم الإستثماري:

السبب الأول: هو انطواء التحكيم الاستثماري على مواضيع تهم الرأي العام: مثل المواضيع المتعلقة بالطاقة والبيئة والصحة العامة. فغالباً ما يكون الاستثمار موضوع النزاع يهـدف إلـى إحقاق المصلحة العامة في الدولة المضيفة. إضافة إلى ذلك، إن هذا النزاع يهم رعايـا الدولـة المضيفة لأنها ملزمة بتنفيذ القرار التحكيمي على المال العام.

السبب الثاني: هو حماية المستثمر الأجنبي من الضغوطات السياسية في حال نشوب النزاع. إن الشفافية تؤدي إلى تشجيع المستثمرين على استثمار أموالهم مع اليقين أنهم لن يظلموا في ظل قضاء التحكيم الاستثماري العادل والشفاف[50].

السبب الثالـث: هو تعزيز التحكيم كأداة لحل النزاعات بين المستثمرين الأجانـب والـدول المضيفة.

النقطة الثالثة: عناصر مبدأ الشفافية

إن مبدأ الشفافية يتكون من عنصرين:

العنصر الأول: هو العلنية. إن التحكيم الاستثماري هو تحكيم علني.

إن هذه العلنية تستتبع:

- نشر إجراءات التحكيم:

وفقاً للمادة الثانية من قواعد اليونسترال يلتزم أطراف النزاع فور تسلم المدعى عليه إشعار التحكيم بإرساله إلى جهة إيداع المعلومات التي تتيح لعامة الناس الإطلاع على المعلومات المتعلقة

50- Sondés Ben Jemaa, op. cit & Anna Echterhoff, la protection des investisseurs étrangers: un souci légitime?, sur le site, www.comece.eu/europienfos/fr.

بأسماء الطرفين المتنازعين والقطاع الذي يرتبط به النزاع والمعاهدة التي ينظر بموجبهـا فـي الدعوى.

- **نشر الوثائق:**

وفقاً للمادة الثالثة من قواعد الشفافية تتم إتاحة الاطلاع على الوثائق الآتية لعامـة النـاس: إشعار التحكيم والرد على الإشعار وبيان الدعوى وبيان الدفاع وأيّة بيانات كتابيـة أو مـذكرات مقدمة من أي طرف، وجدول بجميع الأحراز وتقارير الخبراء وبيانات الشهود ومحاضر جلسات الاستماع، والأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من هيئة التحكيم، كمـا يتـاح لعامـة النـاس الإطلاع على تلك الوثائق على أن يتحمل كل شخص التكاليف الإدارية للإطلاع أو الحصول على نسخ من الوثائق.

- **علنية جلسات الاستماع:**

وفقاً للمادة السادسة من قواعد الشفافية تكون جلسات الاستماع الخاصـة بتقـديم الأدلـة أو المرافعات الشفوية علنية. ويعود لهيئة التحكيم، في سبيل تيسير علنية الجلسات، أن تبثها لعامـة الناس عبر وصلات فيديو.

- **نشر الأحكام:**

إن الأحكام الصادرة في التحكيم الاستثماري منشورة إلا في حالة رفض أحـد الأطـراف. وأكدت المادة الثالثة من قواعد الشفافية على إتاحة الاطلاع على الأوامر والأحكـام والقـرارات الصادرة عن هيئة التحكيم للناس سواء بالإطلاع عليها مباشرةً أو بالحصول على نسخ منها مقابل مصاريف إدارية.

العنصر الثاني: هو السماح للغير المشاركة بالإجراءات:

وفقاً للمادة الرابعة من قواعد الشفافية يجوز لهيئة التحكيم، بعد أخذ رأي الطرفين، أن تسمح لشخص ثالث ليس طرفاً في النزاع وليس طرفاً في المعاهدة بأن يقدّم مذكرة كتابيـة بخـصوص مسألة تندرج ضمن المنازعة[51].

51- بعد أن يقدّم طلباً بذلك يتضمن موجزاً بلغة التحكيم ومقيداً بعدد صفحات تحدده الهيئة يشمل وضعه القانوني "شركة – منظمة

وتجدر الاشارة إلى أن مداخلة الشخص الثالث في هذه الحالة تتم بناءً على طلب هذا الأخير ويحق له تقديم مذكرة من تلقاء نفسه.

نلاحظ أن الشفافية أضعفت خصوصية التحكيم الذي لم يعد يقتصر على الأطراف.

النقطة الرابعة: الاستثناءات لمبدأ الشفافية:

إذا كانت القاعدة العامة في التحكيم الاستثماري هو الشفافية إلا أنها ليست قاعدة مطلقة.

وهذا ما أقرته قواعد الشفافية حيث أوردت الاستثناءات الآتية:

أولاً، لا يجوز إتاحة الاطلاع على المعلومات السرّية أو المحميّة لعامة الناس:

ويقصد بالمعلومات السرّية أو المحميّة ما يأتي:

1- المعلومات التجارية السرّية.

2- المعلومات المحميّة من إطـــلاع عامـــة النـــاس عليهـــا بموجـــب معاهـــدة ثنائيـــة أو متعددة.

3- المعلومات المحميّة من إطلاع عامة الناس عليها بموجب قانون الدولة المدعى عليهـــا فيما يخص معلومات تلك الدولة وبمقتضى أية قوانين أو قواعد ترى هيئة التحكيم أنهـــا تنطبق على كشف المعلومات.

4- المعلومات التي من شأن الكشف عنها عرقلة إنفاذ القوانين.

– مؤسسة – هيئة حكومية"، وأهدافه العامة وطبيعة نشاطه وما إذا كان خاضعاً لأية مؤسسة أخرى لها سيطرة مباشـــرة أو غير مباشرة، وأن يفصح عما إذا كان له ارتباط مباشر أو غير مباشر بأطراف النزاع، وكذلك الإفصاح عن أية مـــساعدات مالية أو غير مالية قدّمت له خلال السنتين السابقتين لطلبه مثل تمويل نحو 20% من إجمالي عملياته السنوية، كما عليه أن يصف طبيعة مصلحته في التحكيم، وبيان ما ينطوي عليه التحكيم من مسائل واقعية أو قانونية يرغب في التطرق إليها فـــي مذكرته الكتابية.

وللهيئة سلطة تقديرية في السماح بتقديم مثل هذه المذكرات على أن تراعي مدى وجود مصلحة جوهريـــة فـــي إجـــراءات التحكيم ومدى إسهام المذكرة في مساعدتها على البت في مسألة واقعية أو قانونية ذات صلة بالنزاع، ومدى توافر الشروط الشكلية في المذكرة بأن تكون مؤرخة وموقعة من الشخص المقدم للمذكرة وموجزة وتحديد دقيق للمسائل المطروحة.

وتكفل الهيئة ألا تتسبب أية مذكرة مقدمة من الغير في تعطيل إجراءات التحكيم أو الإضرار على نحو جائر بأي طرف، كما تسمح لأطراف النزاع إبداء الرأي والرد على المذكرات المقدمة.

وتتمتع هيئة التحكيم بسلطة تقديرية بعد التشاور مع أطراف النزاع فيما يعدّ معلومات سرية أو محميّة، فإذا أقرّت ذلك اتخذت ترتيبات لمنع إطّلاع عامة الناس عليها ولها تحديد جلسات استماع مغلقة، وإذا رأت الهيئة عدم ضرورة حجب معلومات واردة في وثيقة قدّمها أي طرف طواعية في سجل إجراءات التحكيم، تسمح القواعد لهذا الطرف بسحب الوثيقة برمتها أو جزء منها.

ثانياً، يجوز للدولة الطرف في التحكيم أن تطلب عدم إتاحة الاطلاع على معلومات لعامة الناس إذا رأت في ذلك ضرراً بمصالحها الأمنية والسياسية، كأن تتعلق المعلومات بالأمن الاجتماعي والقومي. وتتمتع هيئة التحكيم بسلطة تقديرية في المعلومات التي يُعدّ كشفها ضاراً بالمصالح الأمنية للدولة.

ثالثاً، لا يجوز إتاحة الاطلاع على معلومات لعامة الناس متى كان من شأنها المساس بسلامة التحكيم. وتتمتع هيئة التحكيم بسلطة تقديرية فيما يُعدّ ماساً بسلامة التحكيم من عدمه، كما يجوز للهيئة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد أطراف النزاع وبعد التشاور مع طرفي النزاع اتخاذ التدابير الملائمة من أجل تقييد أو تأخير نشر المعلومات متى كان من شأن النشر المساس بسلامة التحكيم، إما لأنه يعيق جمع الأدلة أو تقديمها أو ترهيب الشهود أو المحامين الذين يمثّلون أطراف النزاع أو هيئة التحكيم أو في ظروف استثنائية مماثلة.

2. التحكيم التجاري:

في ما يتعلق بالتحكيم التجاري، إن الشفافية هي **الاستثناء.**

إذا كانت العلنية ومشاركة الغير في الاجراءات تشكلان ركيزتي التحكيم الاستثماري، فالسرّية والخصوصية تشكّلان ركيزتي التحكيم التجاري.

ولكن، نلاحظ أن الشفافية ليست غائبة عن التحكيم التجاري.

أولاً، نلاحظ تراجع السرّية كمبدأ عام في التحكيم التجاري: من جهة، إن النصوص الجديدة المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي لم تعد تشير صراحة إلى موجب الالتزام بالسرّية. من أبرز

الأمثلة على هذه النصوص: قانون التحكيم الاماراتي الجديد، قانون التحكيم القطري الجديد، قانون التحكيم البحريني الجديد، والقانون النموذجي لليونسيترال وقواعد غرفة التجارة الدولية.

من جهة أخرى، اعتبر الاجتهاد الأميركي[52] والأسترالي[53] والسويدي[54] أن السرّية لا تشكل شرطاً ضمنياً في الاتفاق التحكيمي بل يجب أن يكون متفقاً عليها صراحةً من قِبل الفرقاء.

ثانياً، إن حماية المصلحة العامة تبرر الخروج على مبدأ سرّية الشفافية. وهذا ما قـضته المحكمة العليا الاسترالية في قضية Esso Australia[55]. في هذه القضية، نشأت الاجراءات عن تحكيمين متوازيين في استراليا بين شركة Esso ومرفقين عامين بشأن تنفيذ عقدي توريد غـاز طبيعي من حقل نفط في مضيق باس. خلال السير في الاجراءات، أعرب وزير الطاقة والمعادن عن نيته الكشف عن كل المعلومات التي أفصحت عنها شركة Esso. اعتبرت المحكمـة العليـا الأسترالية ***"أن السرّية ليست جزءاً من الطبيعة الملازمة لعقد التحكـيم وللعلاقـة التـي تنـشأ بموجبه"***. *وأضافت أنه* حتى لو كان يوجد التزام بموجب العقد بين الأطراف، فهذا الموجب ليس مطلقاً وإن ***"أي التزام بالسرّية هو عرضة لإستثناء واضح يصبّ في المصلحة العامة"***.

ثالثاً، نلاحظ تعدد النصوص الخاصة التي تفرض الشفافية. ومن أبرز الأمثلة علـى هـذه النصوص الخاصة، المادة 5-251 من نظام هيئة الأسواق المالية الفرنسية التي تلزم الـشركات المقيّد لها أوراق مالية في البورصة الافصاح عن وجود اجراءات التحكيمية. إن هـذا الموجـب يهدف إلى حماية المستثمرين والأسواق المالية.

رابعاً، نلاحظ أن مراكز التحكيم الدولي بدأت تأخذ مبادرات من أجل تعزيز شفافية الأعمال التحكيمية. وفي هذا الإطار، لا بد من ذكر المجهود الذي تقوم به التجارة الدولية التي بدأت تنشر أسماء المحكّمين وأرقام وتواريخ القضايا التي تم تعيينهم فيها منـذ العـام 2016 وذلـك تفاديـاً لتضارب المصالح.

إن مظاهر الشفافية في التحكيم التجاري ومبدأ الشفافية في التحكيم الاستثماري قادا الـبعض إلى الدعوة إلى تعزيز الشفافية في كل مجالات التحكيم الدولي[56] وذلك لعدة أسباب أهمها:

52- United States V. Panhandle Eastern, 118, FRD 346 (D Del 1988).
53- Esso Autralia Resources LTD and others V. Plowman, Arb. Intl. vol. 11-1995, p. 235.
54- Trade Finance inc. V. Bulgarian Foreign Trade Bank LTD, on March 30th 1999, Intl. Arb. Rep. at A-1 (1999).
55- Esso Autralia Resources LTD and others V. Plowman, Arb. Intl. vol. 11-1995, p. 235.
56- J. Fernández-Armesto, La transparence, CAPJA 2012, p. 583.

- تعزيز شرعية التحكيم كأداة لحل النزاعات الدولية.
- تعزيز نوعية التحكيم من خلال نشر الاجراءات والقرارات التحكيمية التي تعزز الرقابة على أعمال التحكيم.
- تعزيز تناسق الحلول التحكيمية بعضها مع بعض من خلال الاستناد إلى القرارت التحكيمية السابقة.
- عدم تعارض الشفافية مع طبيعة التحكيم التجاري.

إنما هذا الرأي لم يلقَ الترحيب الواسع لدى خبراء التحكيم التجاري[57].

وتمت الإشارة إلى[58]:

- ضرورة التفريق بين التحكيم الاستثماري الذي يتعلق بمصالح عامة والتحكيم التجاري الذي يتعلق بمصالح خاصة
- حاجة الأطراف إلى السرّية في التحكيم التجاري.
- عدم المنفعة من النشر التلقائي للقرارات التحكيمية إذ أنه لا يمكن مقارنة القرارات التحكيمية باجتهادات المحاكم الوطنية الخاضعة لمبدأ تسلسل المحاكم ولرقابة محاكم التمييز.

الخاتمة:

في الختام، يمكن ابداء ثلاث ملاحظات:

الملاحظة الأولى: إن التحكيم الدولي يتجه نحو تعزيز شفافية الأشخاص من خلال إلزام المحكّم والمحتكمين الإفصاح عن ظروف من شأنها أن تؤثّر على الاجراءات التحكيمية وإلى تعزيز شفافية الأعمال التحكيمية من خلال إتاحة الاطّلاع على هذه الأعمال.

الملاحظة الثانية: إن شفافية الأعمال التحكيمية تشكّل الأصل في التحكيم الاستثماري والاستثناء في التحكيم التجاري.

الملاحظة الثالثة: إن تعزيز الشفافية يؤدي إلى إضعاف خصوصية وسرّية التحكيم.

57- P. Hodges, La transparence, CAPJA 2012, p. 589.
58- Ibid.

إن تعزيز الشفافية انما هو تعزيز لدور القاعدة الأخلاقية في مادة التحكيم.

لا يمكن فصل الأخلاق عن العدالة التحكيمية والقول بعكس ذلك يجعل مـــن هـــذه العدالـــة مجموعة من التقنيات والآليات التي تفتقر إلى الروح!