

الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين الدول

Transparency in treaty-based investor-State arbitration

مرابط حبيبة

جامعة عبد الحميد بن باديس (الجزائر)، merabethabiba@hotmail.com

تاريخ الاستلام: 2022/05/26 تاريخ القبول: 2022/06/04 تاريخ النشر: 2022/06/16

ملخص:

تشكل السرية القاعدة العامة واحد أهم مقومات التحكيم التجاري وبرز عوامل استقطاب الاستثمار الأجنبي نحو الدول لما تحققه من عدم إفصاح للمعلومات وعدم اطلاع الغير على مجريات التحكيم. إلا أن ذلك لا ينطبق على التحكيم الاستثماري الدولي أو ما يعرف بالتحكيم التعاهدي، حيث تسود قاعدة الشفافية والإفصاح عن المعلومات المرتبطة بالتحكيم على وفق ما أقرته الاتفاقيات والقواعد التحكيمية الدولية خاصة اتفاقية الاونسترال للشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول، فتكون بذلك الشفافية فرصة حقيقية للمشاركة العمومية في التحكيم، فتشكل إضافة للهدف الأعم المتمثل في تقرير التنمية المستدامة من خلال الاستثمار المالي

كلمات مفتاحية: الشفافية، التحكيم، المستثمرين، المنازعات.

Abstract:

Confidentiality is one of the most important elements of commercial arbitration and highlights the factors of attracting foreign investment to States because of the fact that they do not disclose information and do not inform others about the course of arbitration. However, DLC does not apply to international investment arbitration or what is known as treaty arbitration "Where the rule of transparency and disclosure of information relating to arbitration prevails in accordance with international conventions and arbitration rules, in particular the UNCITRAL Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, Your transparency allowance is a real opportunity for public participation in arbitration, an addition to the broader goal of the SDR through financial investment.

Keywords: transparency; arbitration; investors; dispute.

1. مقدمة:

يعتبر التحكيم التجاري الدولي من أفضل الوسائل البديلة لتسوية منازعات التجارة الدولية وهو ما سجل له انتشارا في إطار حسم المنازعات بفضل المقومات التي دعمت هذا الانتشار من حيث انه يضمن السرعة والائتمان وسيادة مبدأ سلطان الإرادة في حسم المنازعات ويتولى الفصل فيه أشخاص ذوي كفاءة، وأفضل ميزة جذبت المستثمرين والدول المضيفة للاستثمار ألا وهي السرية التي تقوم على عدم تسريب كل ما يجري في الخصومة التحكيمية منذ المرحلة الإجرائية إلى غاية صدور القرار التحكيمي وتنفيذه، بل انه يجب التكتف حتى على وجود النزاع لأنه قد يؤثر على سمعة ونشاط المستثمر الطرف في الخصومة، فتشكل الخصومة بذلك إحدى الخصائص التقليدية للتحكيم التجاري التي تجلب الاستثمار الأجنبي نحو الدول التي تبحث تدفق الأموال الأجنبية لتدعيم تنميتها.

لكن شهدت هذه السرية تغييرات وتطورات انتهت باتخاذ إطارا جديدا في منازعات الاستثمار خاصة بعد أن ظهرت دعوات بضرورة تبني الشفافية في التحكيم.

فأمام الانتقادات والمطالبات بتعزيز الشفافية والعلنية والسماح لمختلف الأطراف كالمجتمع المدني والمنظمات غير الحكومية بالمشاركة في إجراءات التحكيم خاصة عندما يتعلق الأمر بمنازعات تكون الدولة ومؤسساتها العمومية طرفا فيها، وباتت الديمقراطية تقتضي إعلام الشعوب بمضمونها والسماح لممثليه بالمشاركة في إجراءاتها، بحيث تصبح مبررات الشفافية أقوى من حجج السرية المعروفة في الفقه التقليدي كالطابع الخصوصي والتعاقدي للنزاع التحكيمي.

على ضوء هذا ما هو نطاق تطبيق الشفافية في إطار التحكيم التعاهدي؟ وهل تحقق الشفافية في إطار سرية التحكيم النتائج المرغوب فيها، ولماذا تم اعتماد الشفافية في إطار التحكيم التعاهدي الاستثماري فقط دون سواه؟ وما مدى التزام الدول بتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم بين المستثمرين والدول.

ولمعالجة الإشكالية سنعمد المنهج التحليلي والاستقرائي لفهم ودراسة قواعد الشفافية واهم نصوص اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية بين التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول.

2. قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي

تسعى أحكام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول الواردة في اتفاقات الاستثمار الدولية إلى إنشاء آلية لتسوية المنازعات تسمح للمستثمر المنتمي للدولة طرق في المعاهدة بان يقدم إلى التحكيم الدولي مطالبة ضد الدولة طرف أخرى سبب خرق التزام بموجب المعاهدة.

يقوم التحكيم التجاري الدولي على قاعدة هامة ألا وهي السرية بوصفها من أهم عوامل استقطاب الاستثمار الأجنبي نحو الدول التي تريد دعم اقتصادها وتنميتها، إلا أن ذلك لا ينطبق على التحكيم الاستثماري الدولي حيث تسود قاعدة الشفافية والإفصاح عن المعلومات المرتبطة بالتحكيم، فضمان الشفافية و منح فرصة للمشاركة العمومية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول يشكل إضافة للهدف الأعم المتمثل في تعزيز التنمية المستدامة من خلال الاستثمار الدولي أو مبادرة مثلى لتعزيز سيادة لقانون وخطوة مهمة صوب مواجهة التحديات المتزايدة فيما يتعلق بمشروعية قانون الاستثمار والتحكيم ذاته.

2.1 نشأة قواعد الشفافية ومفهومها

تعتبر الشفافية القاعدة العامة في التحكيم الاستثماري الدولي أو ما يطلق عليه بالتحكيم التعاهدي وهذا لما تمثله من مزايا إيجابية خاصة بالنسبة للدول المضيفة للاستثمار و هذا بعد الانتقادات التي وجهت لمبدأ السرية مع انتشار مبادئ الديمقراطية.

2.1.1 نشأة قواعد الشفافية

يرجع إطلاق معالجة الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول كموضوع ذي أولوية إلى قرار لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في دورتها الحادية والأربعون وعهدت اللجنة إلى فريقها العامل¹ المكلف بالتحكيم والتوقيف بمهمة إعداد معيار قانوني في هذا الشأن² وفعلا بحث فريق العمل المعيار القانوني وما يمكن أن تتخذه الشفافية من أشكال مختلفة في التحكيم التعاهدي، ومن بين هذه الأشكال تم إدراج بنود في المعاهدات الاستثمارية تتعلق بتسوية المنازعات.

¹ تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي: الدورة الحادية والأربعون والدورة الثالثة والأربعون، وثيقتي رقمي 79a/63/17 ، 42a/65/17

² تضطلع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بعملها في دورات سنوية تعقد بالتناوب بين نيويورك وفيينا وعادة ما يشمل العمل خلال هذه الدورات وضع الصيغة النهائية لمشاريع النصوص المحالة من الأفرقة العاملة إلى اللجنة واعتمادها. والنظر في تقارير هذه الأفرقة فضلا على عديد المهام الإدارية الأخرى.

وباعتماد هذه البنود تظهر رغبة الدول في تعزيز الشفافية، ولكن صياغة هذه البنود على نحو إلزامي للمستثمر، كما تم اقتراح صياغتها على شكل مبادئ توجيهية تأخذها الدول في اعتباره عند التفاوض في المعاهدات الاستثمارية وتراعيها هيئات التحكيم عند الفصل في هذه المسائل، وقد لاقت فكرة المبادئ التوجيهية غير الملزمة على عكس القواعد الشفافية الإلزامية قبولا من الوفود المشاركة لأنها تتيح ما يكفي من المرونة لكي تلقى موافقة واسعة النطاق وتحقق من ثم قدرا كبيرا من الجدوى العملية.³

فنظرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في الشكل الذي ستطرح به قواعد الشفافية، هل ستقدم كنص قائم بذاته أم ستكون تذييلا يلحق بصيغة معدلة لقواعد الأونسترال للتحكيم، فوافقت اللجنة بأن تنشر قواعد الشفافية مع الصيغة المعدلة لقواعد الأونسترال⁴ ومن ثم اعتمدت صيغة جديدة للتحكيم بإدراج فقرة أخرى وهي الفقرة الرابعة من المادة الأولى التي تكفل إدماج قواعد الشفافية بوضوح في أحدث صيغة من قواعد الأونسترال للتحكيم نافذ بتاريخ 2014/04/1.

وعليه وافقت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على الاقتراح بأن أطلقت على قواعد الشفافية عنوان "الأونسترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول"، واعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورتها السادسة والأربعون قواعد الشفافية واعتمدت أيضا تعديل قواعد الأونسترال للتحكيم بصيغتها المنقحة سنة 2010.

2.1.2. تعريف الشفافية وأهميتها

2.1.2.1 تعريفها

لم تحضى الشفافية في التحكيم التجاري خاصة فيما يتعلق بالمنازعات الاستثمارية بين الدول والمستثمرين بتعريف قانوني وإنما اكتفت اغلب القوانين الخاصة بالتحكيم بالإشارة إلى السرية دون الشفافية، ولهذا الغرض قام الفقه بالاجتهاد في ذلك فكانت مجموعة من التعريفات، فعرفت على أنها "التزام بنقل المعلومات للآخرين وهذا التزام جبري بقوة القانون" لكن هذا التعريف يقوم على فكرة الإلزامية وهو

³ عمرو زكريا صاوي عبد الرحمان، شرح قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، ص300

⁴ مصطلح أونيسيرال UNICTRAL اختصار مصطلح الإنجليزية UNITED Nations Commission International Trade law أي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

عكس ما أقرته المادة الثانية من القواعد المتعلقة بالشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول والتي تقوم على تطبيقها إذا اتفق طرفا التحكيم (الطرفان المتنازعان) على تطبيقها على ذلك التحكيم. فيما عرفها جانب آخر من الفقه بأنها توفر المعرفة والمعلومات عن المعايير والقواعد والإجراءات التي وضعتها معاهدة وممارسة النظام والسياسات وأنشطة الأطراف في المعاهدة وأية أجهزة مركزية للنظام فيما يتعلق بالمسائل ذات الصلة بالامتثال وفعالية النظام⁵، فيما يرى البعض أن الشفافية في مجال التحكيم الاستثماري هي الإدلاء بالمعلومات في كافة إجراءات التحكيم وإتاحتها لكل ذي مصلحة.⁶

وتفهم الشفافية في التسوية التعاهدية للمنازعات بين المستثمرين والدول على أنها مبدأ عام يمكن أن يتعلق بجوانب شتى من إجراءات التحكيم⁷ مثل إمكانية إطلاع الجمهور على الوثائق الإجرائية وقرارات التحكيم وجلسات الاستماع العلانية.

فيما يرى جانب آخر من الفقه إلى أن ضبط تعريف واحد للشفافية في القانون الدولي أمر صعب لأنه مفهوم واسع ومرن يتميز بثلاثة أبعاد متميزة⁸ وهي الشفافية المؤسسية وهو مستوى الشفافية الدولية، الشفافية التشريعية التي تقوم على تقييم مستوى الشفافية في عمليات صنع القانون الدولي والشفافية الإجرائية التي ترتبط بالطريقة التي تنتهجها المحاكم والهيئات الدولية.

وانطلاقاً من التعريفات السابقة يمكن صياغة تعريف للشفافية بجمع أهم مميزات الشفافية التي

تتمثل في:

1. لا يعتبر الإطلاع على المعلومات التزاماً، إنما حق شخصي لغير أطراف التحكيم.
2. ترتبط الشفافية بالمعلومات التي يمكن للشخص الإطلاع عليها ذات العلاقة بالإجراءات التحكيمية على أن لا يؤدي الكشف عنها إلى الإخلال بمبدأ السرية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي.
3. أن يرتبط حق التصريح بالمعلومات والإطلاع عليها بأجل.

⁵ Fola Adelek, the role of law in assessing the value of transparency and the disconnect with the lived realities under investor-state dispute settlement, working paper, 2015, p.18.

⁶ محمود محمد المغربي، نحو الشفافية في التحكيم التعاهدي الاستثماري، تميز مشروع أممغارة مصيرية في ظل سرية تقليدية، مجلة البحوث القانونية، العدد 59، أبريل 2016، ص6.

⁷ وثيقة الأمم المتحدة A/CN.9/WG.11/W.P.160, P56

⁸ بشرى خالد تركي، مصطفى ناطق صالح، مبدأ الشفافية في التحكيم التجاري، مجلة الرافيدين للحقوق، المجلد 18، العدد 64، السنة 20، ص119.

فبناءً على هذا تعرف على أنها "حق الغير بالإطلاع في وقت مناسب على المعلومات الخاصة بالتحكيم والإحاطة بإجراءاته" وبما لا يؤدي ذلك إلى تفويض السرية الذي يقوم عليه التحكيم التجاري.⁹

2.1.2.2 أهمية الشفافية في التحكيم التجاري

تبرز أهمية الشفافية في إطار تحكيم الاتفاق الاستثماري الدولي إلى ما يطلق عليه بتحكيم المعاهدات التجارية أو التحكيم التعاهدي وهي معاهدة بين الدول لتشجيع الاستثمارات وترويجها على نحو متبادل وتشتمل على سبيل المثال المعاهدات الثنائية لتشجيع الاستثمار وحمايته والاتفاقات متعددة الأطراف التي تحتوي على التزام بتحرير الاستثمار و/أو حمايته و/أو ترويجه.¹⁰

وقد شهد هذا المبدأ توسعاً بالرغم من إعراض عدد من الدول ووجود مخاوف لديها في الأجزاء بقواعد الشفافية و الدليل على ذلك الإقبال الضعيف من قبل الدول على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014 (اتفاقية (موريثيوس بشأن الشفافية) فضلاً على أنه يتناقض مع الأسس العامة والتقليدية للتحكيم التجاري كالسرية¹¹ التي يتميز بها عند فض المنازعة.

والسبب في ذلك أن أصل وجود مبدأ الشفافية في التحكيم الاستثماري هو المصلحة العامة خاصة أن الدول والنامية منها على وجه الخصوص تكبدت خسائر فادحة في قضايا التحكيم التجاري الدولي لاسيما تحكيم الاستثمار دفعته من أموال شعوبها.

فتكون الشفافية بذلك قد سمحت لمختلف الأطراف كالمنظمات غير الحكومية والمجتمع المدني بالمشاركة في إجراءات التحكيم خاصة عندما تكون الدولة أو إحدى المؤسسات العامة طرف في النزاع أو كان النزاع يتعلق بالمال العام.¹²

فبهذا يكون مبدأ الشفافية اكتسب أهمية خاصة في المجتمع الدولي والداخلي وهذا ما أكدته قواعد الشفافية في المادة 7/1 بالنص على أنه "أي تضارب بين قواعد الشفافية وقواعد التحكيم تكون الغلبة لقواعد الشفافية"

2.2 نطاق تطبيق قواعد الشفافية

⁹ نفس المرجع، ص 120.

¹⁰ وثيقة الأمم المتحدة رقم A/C N.9/WG.II/WP.160,5 Agust 2010, p4

¹¹ Dimitrios Katranstions, transparency in international investment arbitration from the curent towards the future normative from work, international hellenic university, 2013-2014, p15-16.

¹² Hakeem Seriki, confidentiality in arbitration proceedings « recent trends and developments. I bus, 2006, p295.

نميز في التحكيم التجاري نوعين، التحكيم التجاري الدولي الذي تعتبر السرية القاعدة الأساسية فيه وجواز العلانية أو الإفصاح في بعض الأمور أما النوع الثاني فهو التحكيم الاستثماري الدولي الذي تمثل فيه الشفافية المبدأ الأساسي أما السرية فهي الاستثناء وهذا ما نصت عليه قواعد الأونسترال بالنسبة للشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 109/68 الصادر بتاريخ 2013/12/16، بناء على تقرير اللجنة السادسة المؤكد على تطبيق قواعد الأونسترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول للعام 2016.¹³

وقد فرضت المادة الأولى من قواعد الأونسترال في أحكامها على تطبيق مضمونها على المعاهدات المبرمة في 1 أبريل 2014 أو بعد ذلك التاريخ ما لم تتفق الأطراف في المعاهدة على خلاف ذلك، أما بالنسبة للمعاهدات المبرمة قبل تاريخ 1 أبريل 2014 فقد اشترطت قواعد الأونسترال لانطباقها وجوب أن يكون هناك اتفاق بين طرفي التحكيم على تطبيقها وهذا ما جاء في نص المادة 01/1 من القواعد المذكورة أعلاه: "تنطبق قواعد الأونسترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول (قواعد الشفافية)" على التحكيم بين المستثمرين والدول الذي يستعمل بمقتضى قواعد الأونسترال عملاً بمعاهدة تنص على حماية الاستثمارات والمستثمرين.

وتجدر الملاحظة إلى أنه أطلق على هذا النوع من التحكيم بالتعاهدي ويقصد به الاتفاق الذي يقوم بين أطراف النزاع لإحالة أي نزاع حال أو مستقبلي استناداً لاتفاقيات الاستثمار لتسويته من محكم أو أكثر في مراكز التحكيم الدولية، فيقوم التحكيم التعاهدي على أساس معاهدات الاستثمار الثنائية أو الجماعية الدولية وما يترتب عليها من منازعات ترتبط بتفسير أو تطبيق هذه الاتفاقيات ومن ثم تعرض على التحكيم للفصل فيها.¹⁴

فقدم مر مبدأ الشفافية في إطار الاستثمارات بمراحل عديدة منذ إقراره لأول مرة إلى غاية ما وصل إليه في الوقت الحالي، إذ أصبحت الاتفاقيات الاستثمارية تضع نصوصاً تشير إلى الشفافية في تحكيم الاستثمار وأصبح نظام التحكيم الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر ذو شفافية معتبرة وأصبحت معظم قرارات التحكيم بين المستثمرين والدولة المتاحة للجمهور¹⁵، هذا وقد ألزمت الأطراف

¹³ بشرى خالد تركي، مصطفى ناطق صالح، مرجع سابق، ص122.

¹⁴ محمد عيسوي، حدود صمود مبدأ السرية في تحكيم الاستثمار أمام مطالب الشفافية، مجلة معارف، قسم العلوم القانونية، السنة التاسعة، العدد الثامن عشر، ص105.

¹⁵ Julie A. Maupin, transparency in international westrent law : the good, bad and the Murky Cambridge university ; presse 2013, p21.

المتنازعة بعدم التنصل منها بناء على اتفاق بينهما أو خلاف ذلك ما لم تجز لهما ذلك وهذا ما جاءت به المادة 3/1 أ من قواعد الأونسترال بشأن الشفافية.

ومن تم سعت قواعد الأونسترال بشأن الشفافية إلى الانفتاح والكشف الإلزامي ومشاركة الأطراف غير المتنازعة لمجريات التحكيم إلا أنه في الوقت نفسه قد وجدنا فيها استثناءات نصت عليها الاتفاقية الخاصة بالشفافية إذ استبعدت الشفافية من المعلومات السرية أو المحمية لمصلحة عامة الناس وكذا المعلومات التي تتعلق بالمصالح الأمنية الأساسية واستثنت المعلومات التي تمس سلامة عملية التحكيم وهذا ما أكدت عليه المادة 07 من اتفاقية الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول السالف الذكر.

ورغبة في توسيع نطاق تطبيق قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين الدول، بحيث يمكن أن تنطبق على المعاهدات الاستثمارية القائمة قبل أبريل 2010 تاريخ بداية نفاذ قواعد الشفافية قامت لجنة القانون التجاري الدولي باعتماد اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية بموجب قرار اتخذته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 2014 وبدأت في النفاذ في 18 أكتوبر 2017.

3. مضمون قواعد الشفافية

نظمت المواد من اثنان إلى ثمانية أحكام وإجراءات قواعد الشفافية التي يتم الالتزام بها في عمليات التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول، فتطرق لأحكام نشر المعلومات في بداية إجراءات التحكيم ونشر الوثائق ثم الأحكام المتعلقة بتقديم المذكرات من طرف ثالث والمقدمة من أطراف في المعاهدة غير متنازعة والأحكام المرتبطة بجلسات النزاع.

3.1 نشر المعلومات في بداية إجراءات التحكيم ونشر الوثائق

تطرق المادتين 2 و 3 لأحكام الشفافية ذات الصلة بنشر المعلومات في بداية إجراءات التحكيم ونشر الوثائق على الترتيب.

3.1.1 نشر المعلومات

تناولت المادة الثانية إجراء نشر المعلومات الواردة في إشعار التحكيم في مرحلة مبكرة من إجراءات التحكيم حتى قبل تشكيل هيئة التحكيم¹⁶، فنصت المادة على التالي: "يسارع كل طرف من الطرفين المتنازعين فور تسلم المدعى عليه للإشعار بالتحكيم إلى إرسال نسخة من الإشعار بالتحكيم إلى جهة إيداع المعلومات المشار إليها في المادة الثانية، وعلى جهة الإيداع حال تسلم الإشعار بالتحكيم من المدعى عليه، أو حال استلام إشعار التحكيم ومحضر إرساله إلى المدعى عليه أن تسارع إلى اطلاع عامة الناس على المعلومات المتعلقة بأسماء الطرفين المتنازعين والقطاع الاقتصادي المعني والمعاهدة التي ينظر بموجبها في الدعوى"

3.1.2 نشر الوثائق

ثار جدل بشأن الوثائق التي يمكن نشرها وما هي الوثائق الواجبة النشر، فقليل أن جميع الوثائق التي تقدم لهيئة التحكيم وتصدر من الأخيرة يجب أن تكون متاحة للناس مع إمكانية وضع آليات لحماية المعلومات السرية، فيما رأى جانب آخر من ترك السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في أن تحدد الوثائق التي لا تنشر.

إلى أن تناولت المادة الثالثة في فقرتها الأولى أحكام نشر الوثائق فتم تحديد فئتين من الوثائق التي تنشر تلقائياً وليس لهيئة التحكيم أن تمارس أي صلاحية تقديرية بشأنها ويتعلق الأمر بـ أ. جدول بجميع الأحرار المتعلقة بالوثائق المطلوب إفشاؤها وتقارير الخبراء وأقوال الشهود إذ أعد جدول من هذا القبيل من أجل الإجراءات.

وتجدر الإشارة إلى أن تقارير الخبراء وأقوال الشهود أقرح استبعادها وعدم إخضاعها للإفشاء التلقائي وأقرح وجوب أن تتاح تلقائياً ولكن بناء على طلب أي شخص ورهنا بالاستثناءات الواردة في المادة السابعة وتم حذفها من صياغة الفقرة الأولى¹⁷.

ب. مجموعة الوثائق كالإشعار بالتحكيم والرد على الإشعار بالتحكيم وبيان الدعوى وبيان الدفاع واي بيانات كتابية أو مذكرات كتابية أخرى مقدمة من أي طرف فمتنازع وأي مذكرات كتابية

¹⁶ عمرو عبد الرحمان و زكريا طوي، المرجع السابق، ص356.

¹⁷ وثيقة رقم 6 A/CN.9/760

مقدمة من الطرف الثالث ومحاضر جلسات الاستماع إن وجدت والأوامر والأحكام والقرارات الصادرة عن هيئة التحكيم.

3.2 المذكرات المقدمة لهيئة التحكيم وجلسات الاستماع

بالرجوع لقواعد الشفافية نميز بين المذكرات المقدمة من طرف الثالث نصت عليها المادة 04 والمذكرات المقدمة من أطراف في المعاهدة غير متنازعة نصت عليها أحكام المادة 05 بالإضافة لأحكام جلسات الاستماع وفقا لما نصت عليه المادة السادسة.

3.2.1 المذكرات المقدمة من طرف ثالث وأطراف في المعاهدة غير متنازعة

3.2.1.1 المذكرات المقدمة من طرف ثالث

طبقا للفقرة الأولى من المادة الرابعة فالطرف الثالث هو الشخص الذي ليس طرفا متنازعا ولا طرف في المعاهدة غير متنازع، وتجزئ لهيئة التحكيم بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين أن تسمح بقبول المذكرات الطرف الثالث¹⁸. وفي المقابل تنص الفقرة الثانية على كل طرف ثالث يرغب في تقديم مذكرة أن يوجه طلباته إلى هيئة التحكيم و أن يشتمل الطلب على مجموعة من المعلومات.

3.2.1.2 المذكرات المقدمة من أطراف في المعاهدة

تناولت المادة الخامسة حكم المذكرات المقدمة من أطراف في المعاهدة غير متنازعة فألزمت الفقرة الأولى من هذه المادة هيئة التحكيم بأن تسمح لطرف في المعاهدة أن يتقدم بمذكرات بشأن المسائل المتعلقة بتفسير المعاهدة كتقديمها لمعلومات عن الأعمال التحضيرية للمعاهدة المعنية فتبقى في هذه الحالة هيئة التحكيم مسؤولة على مهمة البث في القضايا وتفسير وتطبيق معاهدات الاستثمار فيها تحتفظ الأطراف المتعاهدة بصلاحيه توضيح معنى المعاهدات من خلال تفسير ذي حجية بمقتضى الأحكام العامة للقانون الدولي العام.¹⁹

¹⁸ كمثال عن لمذكرة الطرف الثالث، في سنة 2006 اعتمد المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية حكما جديدا في قاعدة التحكيم التي تنص على أنه يجوز لهيئة التحكيم بعد استشارة الطرفين أن تسمع لأي شخص أو كيان ليس طرفا في المنازعة يسمى في هذه القاعدة الطرف غير المشارك في المنازعة بأن يقدم إليها مذكرة خطية بخصوص مسألة تدرج في نطاق المنازعة.

¹⁹ عمرو عبد الرحمن وزكريا الطاوي، المرجع السابق، ص 383.

وكمثال على ذلك تنص المادة العاشرة من معاهدة الاستثمار الثنائية بين كندا والجمهورية التشيكية لسنة 2009 على أن: " يكون أي تفسير لهذا الاتفاق يتفق عليه الطرفين المتعاقد ملزما لهيئة التحكيم المنشأة بموجب هذه المادة"²⁰

هذا وقد اعتمدت هيئات تحكيم على مذكرات من أطراف غير متنازعة في تفسير اتفاقات استثمار دولية.

3.2.2 جلسات الاستماع

نظمت المادة السادسة من القواعد أحكام جلسات الاستماع فوضعت المبدأ الأساسي الذي يقض بأن جلسات الاستماع الخاصة بتقديم الأدلة أو المرافعات الشفوية تكون علنية ولكن ذلك رهنا بأحكام الفقرتين 2 و 3 من ذات المادة وعليه لا يستطيع الأطراف الاتفاق على جعل جلسات الاستماع مغلقة ولا حتى هيئة التحكيم تستطيع ذلك، لكن مع مراعاة الفقرتين 2 و 3 اللتان تشكلان استثناء على مبدأ علنية الجلسات، فأشارت الفقرة الثانية من المادة السادسة على أنه إذا اقتضت الضرورة حماية معلومات سرية أو سلامة عملية التحكيم بمقتضى المادة السابعة تتخذ هيئة التحكيم ترتيبات اللازمة لتسيير علنية جلسات الاستماع.

أما الفقرة الثالثة من المادة السادسة فقد رتبت عنصرين يتمثلان في سلطة هيئة التحكيم في اتخاذ ترتيبات لوجستية لتمكين الجمهور من حضور جلسات الاستماع وصلاحياتها التقديرية في عقد جلسات استماع مغلقة. لكن تبقى السلطة الممنوحة لهيئة التحكيم قد لا تحقق الشفافية ولا تسمح باطلاع العامة على الجلسات بشكل علني فتقضي إلى تجاوزات في بعض الأحيان.

ومن بين الأمثلة التي تدل على اللجوء إلى جلسات الاستماع العلنية في أحكام تسوية المنازعات الواردة في اتفاقات الاستثمار الدولية، تنص المادة 1/38 من اتفاق كندا النموذجي لتشجيع الاستثمار الأجنبي وحمايته، تنص على أن تضع الهيئة إجراءات لحماية المعلومات السرية وترتيباً مناسبة لجلسات الاستماع العلنية بالتشاور مع الطرفين المتنازعين.

²⁰ محمود محمد المغربي، نحو الشفافية في التحكيم التعاهدي الاستثماري: تمايز مشروع أم مغامرة مصيرية في ظل سرية تقليدية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، العدد 58، أكتوبر 2015، ص

كما ينص اتفاق التجارة الحرة من الولايات المتحدة وبلدان أمريكا الوسطى والجمهورية الدومينيكية على عقد جلسات استماع مفتوحة أمام الجمهور على أن تحدد هيئة التحكيم بالتشاور مع الطرفين المتنازعين الترتيبات المناسبة لذلك.

أما استثناءات الشفافية فقد حددتها المادة السابعة واقتصرت على حماية المعلومات السرية أو المحمية، وحماية سلامة عملية التحكيم، لكن صياغة هذه الاستثناءات تضمنت عبارات فضفاضة لا تتفق مع الهدف من قواعد الشفافية.

3.2.3 موقف قواعد التحكيم التجاري من الشفافية

تمثل السرية الأصل العام في التحكيم التجاري والخروج عن هذا الأصل يجب أن يتقرر بموجب نصوص قانونية تلاءم هذا الاستثناء ومن ثم يجب الوقوف على موقف قواعد التحكيم التجاري والتي اعتمدت حصراً هذا التوجه.

3.2.3.1 قواعد الأونسترال للتحكيم التجاري²¹:

تعتبر هذه القواعد من أهم قواعد التحكيم التجاري الدولي صدرت سنة 1976 وعدلت سنة 2010، بإضافة الفقرة الرابعة إلى المادة الأولى منها المتعلقة بنطاق تطبيق قواعد الأونسترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول.

وسبب إدراج هذا النص ضمن هذه القواعد هو أن قواعد الأونسترال معتمدة دولياً من عديد الدول التي أصدرت تشريعات مستقلة وخاصة بالتحكيم التجاري، فوضع هذا التعديل لكفالة الشفافية بتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول والمستثمرين مراعاة للمصلحة العامة وسيحقق مساهمة معتبرة في تأسيس إطار قانوني متميز في تسوية مؤثرة وجدية لفض المنازعات الاستثمارية في إطار المعاهدات الثنائية أو الجماعية.²²

ولا يقتصر تطبيق مبادئ الشفافية في التحكيم التجاري التعاهدي بين المستثمرين والدول فقد أشارت المادة الأولى الفقرة الثانية من قواعد الأونسترال إلى جواز تطبيق هذه القواعد على أي تحكيم تجاري مادام اتفق طرف التحكيم على ذلك أو عند اتفاق طرف معاهدة متعددة الأطراف على تطبيقها.

²¹ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 109/68 للدورة 68، البند 79 من جدول الأعمال، 273/12/16 عبر موقع

الأونسترال: WWW.UNCITRAL.ORG

²² تتكون اللجنة من 60 دولة عضو تنتخبها الجمعية العامة ونظمت العضوية بحيث تكون ممثلة للأقاليم الجغرافية المختلفة في العالم ونظمه الاقتصادية والقانونية وينتخب أعضاء اللجنة لفترة ولاية مدتها 6 سنوات. تعتبر الجزائر عضو في اللجنة منذ 2019/07/08 تنتهي عضويتها في 2025.

3.2.3.2 قواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس

تطبق قواعد التحكيم الخاصة بالغرفة على المنازعات التجارية والاستثمارية وتم إصدارها سنة 2012، تلزم الغرفة بالنظام الداخلي للمحكمة الدولية للتحكيم باعتماد السرية لعمل المحكمة الدولية للتحكيم بأن لا يتم تسليم أي وثائق مقدمة للمحكمة أو التي تصدر عنها أو من الأمانة العامة في أثناء سير عمل المحكمة وباعتماد جانب ولو بسيط في الشفافية، فأجازت لرئيس المحكمة أو الأمين العام أن يأذن للباحثين القائمين بأبحاث ذات طابع أكاديمي الاطلاع على أحكام التحكيم وغيرها من الوثائق على شرط أن يلتزم المستفيد من الاطلاع عليها بالسرية والامتناع عن نشر أي منها إلا بعد موافقة المحكمة التحكيمية.²³

ما يؤخذ على هذا النص وبالرغم من ضيق نطاقه إلا انه يتيح للباحثين قدرا من الشفافية في الاطلاع على الوثائق وقرارات هيئة التحكيم في المنازعات التجارية والاستثمارية

3.2.3.3 اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي

صدرت قواعد الاونسترال بشأن الشفافية في التحكيم العاهدي بين المستثمرين والدول في إطار اتفاقية موريشيوس السابق الإشارة لها والتي نفذت في 1-4-2014 وأتاحت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي باب التوقيع عليها ابتداء من 17-مارس-2015 وتضمنت أحكام هذه الاتفاقية، قواعد الشفافية عند تسوية منازعات الاستثمار الذي تقوم على أساس المعاهدات بين المستثمرين والدول ومراعاة المصلحة العامة وهذا ما تطرقنا له سابقا.

لكن مع هذا لم تستجب الدول لاستعمال قواعد الشفافية في التحكيم، فاتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية بدأت النفاذ في سبعة دول على مستوى العالم وهي استراليا، بوليفيا، الكاميرون، كندا، ناميبيا، موريشيوس، سويسرا. والسبب في تخلف الدول عند تنفيذها يرجع إلى أن السرية لا تزال أداة فاعلة ومهمة لفض النزاعات الاستثمارية من طرف الدول.

4. خاتمة:

يمكن إعمال مبدأ الشفافية بمختلف قواعدها على النحو الذي أثرنه سابقا في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول، يساهم بشكل ملموس في إنشاء إطار قانوني منسق يتيح التوصل إلى تسوية فعالة

²³ بشرى خالد تركي، مصطفى ناطق صالح، مرجع سابق، ص132.

ومنصفة للمنازعات ذات الصلة بالاستثمار الدولي وفي زيادة الشفافية والمساءلة وتعزيز الحوكمة الرشيدة خاصة أن مبدأ الشفافية يعتمد على مشاركة الأفراد في صنع القرار أي تقاسم المعلومات بين الجميع، فالشفافية تجمع بين المبدأ والظاهرة والآلية.

ومن خلال دراستنا لمبدأ الشفافية وقواعدها توصلنا للنتائج التالية:

*تضمن قواعد الشفافية تسيير المال العام والموارد الطبيعية بكل ديمقراطية ومصادقية، وهذا بفضل ما توفره من إعلام مختلف ممثلي الشعب بكل مراحل ومجريات العملية التحكيمية.

*لا تزال الدول تماطل في تبني الشفافية وقواعدها وهذا ما يبرره العدد القليل من الدول التي نفذت أحكام اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي.

*الصياغة الغير مضبوطة والمصطلحات المطاطية لقواعد الاونسترال بشأن الشفافية التي تعطي أكثر من تأويل فضلا على أنها تؤدي إلى إفراغ الحكم من مضمونه وهو ما لا يتماشى مع الهدف الذي من اجله استحدثت قواعد الشفافية.

*عدم تطرق قواعد الاونسترال بشأن الشفافية لحكم يلزم نشر معايير التي وفقها قامت الأطراف المتنازعة باختيار هيئة التحكيم ومحكميها، لان كفالة الشفافية في التعيين تدعم مصادقية نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

*انعدام إحكام الاونسترال للشفافية في ضبط آجال صريحة يتعين على هيئة التحكيم الالتزام بها وأطلقت ألفاظ مائعة كقولها "أن تسارع"، "في اقرب وقت ممكن"، "في فرصة معقولة" الأمر الذي سيؤدي إلى اطالت إجراءات التحكيم.

*يعيب على قواعد الشفافية ارتفاع تكلفة التحكيم من خلالها، خاصة في حال ما إذا كانت احد أطراف النزاع دولة نامية وهذا السبب تستدعيه الشفافية من نشر للمعلومات والوثائق وعلانية الجلسات وكيفية بث هذه الجلسات للجمهور.

وحتى تستفيد الدول من ايجابيات ومزايا الشفافية خاصة بالنسبة للدول المضيفة للاستثمار والتي تسعى لانفتاحها على المجتمع المدني وتكريس مظاهر ومتطلبات التنمية المستدامة يجب أن تلتزم بـ:

*التخلي على السرية في تسوية نزاعاتها وإعمال الشفافية كآلية في محاربة الفساد وهذا بالإقبال والانضمام في اتفاقية التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لسنة 2014.

*تضمن الدول النامية في اتفاقياتها الاستثمارية قواعد الشفافية وتوعية شعوبها بهذه القواعد لأنها تنصب في مصلحتهم ليتمكنوا من مراقبة دولهم في تسييرها وإدارتها للمال العام.

*إلزامية قيام المؤسسات التحكيمية الدولية وكافة هيئات التحكيم في كل نزاع بالفصل بين ما هو سري وما هو غير ذلك بمساهمة أطراف النزاع في ذلك، اذ يقع عبئ إثبات سرية المعلومات على الطرف الذي يدعي حمايتها، فيمكن بذلك أن تراعى السرية في بعض المراسلات و تقارير الشهود والخبراء والملفات التقنية والتجارية مروراً بقرار التحكيم، فيما عدا هذا ليست هناك أي حماية للسرية إلا إذا كان هناك إقرار خطي من أطراف النزاع .

* ضرورة ضبط قواعد الاونسترال للشفافية الألفاظ والمصطلحات المطاطة التي تضمنتها والتي قد تؤدي أكثر من معنى وتؤدي إلى إفراغ ما تضمنته القواعد من أحكام، مثل ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة السادسة السالفة الذكر والمربطة باتفاق هيئة التحكيم مع الأطراف في عقد جلسات استماع مغلقة حينما يصبح ذلك ضروريا لأسباب لوجيستية، فيجب إعادة النظر في هذه الفقرة بحذفها أو تحديد الأسباب اللوجيستية التي تحول دون كفالة علانية جلسات الاستماع.

* ضرورة تحديد آجال مضبوطة لإجراءات الشفافية لتفادي الانتقادات التي طالت هذه القواعد من حيث أنها تطيل إجراءات التحكيم.

5. قائمة المراجع:

المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1- الاتفاقيات وقرارات الأمم المتحدة

-قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول المنبثقة عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

- اتفاقية الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول ،الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 2014

-قواعد الاونسترال للتحكيم التجاري لسنة 2010 والمعدلة لسنة 2013

- دليل قواعد الا ونسترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول تاريخ النفاذ 2014-04-1

- تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي -6/6- 7/9-2010، وثيقة رقم
A/65/17
-وثيقة الأمم المتحدة رقم A/CN.9/WG.II/WP.160.5
-وثيقة الأمم المتحدة A/CN.9/WG.II/w.p.160
-وثيقتي الأمم المتحدة 42A/63/17, 42A/65/17

2 - المقالات

- بشرى خالد تركي، مصطفى ناطق صالح، مبدأ الشفافية في التحكيم التجاري، مجلة الرافدين
للحقوق، المجلد 18، السنة 20، العدد 64
- عمرو زكريا الصاوي عبد الرحمن شرح قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول
عام 2014، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية
- محمود محمد المغربي، نحو الشفافية في التحكيم التعاهدي الاستثماري: تمايز مشروع ام مغامرة
مصيرية في ظل سرية تقليدية، مجلة البحوث التقليدية والاقتصادية، جامعة المنصورة كلية الحقوق،
العدد 58، 2015
- محمد عيساوي، حدود صمود مبدأ السرية في تحكيم الاستثمار أمام مطالب الشفافية، مجلة معارف
قسم العلوم القانونية، السنة التاسعة، العدد الثامن عشر
-مرتضى عبد الله خيرى، التحكيم التجاري بين السرية والشفافية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12
،العدد 01، مارس 2019
-ياسين محمد ثروت الشاذلي، دور مؤسسات التحكيم في نشر أحكام التحكيم كأحد متطلبات الشفافية
في منازعة الاستثمار الدولي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية
الحقوق، لعدد 58، 2015

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

- Fola Adeleke, the role of law in assessing the value of
transparency and the disconnect with the lived realities under –
State Dispute Shlment working paper ,2015

- Fages Fabrico, la confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière, revue de l'arbitrage ,n°1 du 01/01/2003
- Hakeem Seriki, confidentialit in arbitration proceeding :recent trends and developments, J.Bus.L.2006
- Julie A. Maupin, transparency in international investment law the good and the Murky ,Combridge University, presse 2013