شرح قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي
بين المستثمرين والدول لعام ٢٠١٤م
في إطار قواعد القانون الدولي العام

(مع الإشارة إلى أحكام اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية لعام ٢٠١٤م)

مقدم من

د.عمرو زكريا صاوي عبد الرحمن

دكتوراه في القانون الدولي العام

المقدمة

إن التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول تمس نتائجه وآثاره المصلحة العامة لشعوب تلك الدول وخاصة الدول النامية منها فما قد يحكم به للمستثمر –الذي دائماً ما يفضل السرية في التحكيم– من تعويضات يكون من الخزانة العامة للدولة ولقد شاهدنا على الساحة الدولية ما تكبدته الدول النامية من خسائر فادحة في هذا الشأن.

لذلك كان من حق هذه الشعوب أن تطالب دولهم بعلانية إجراءات التحكيم وهو ما سوف يؤدي إلى اجتهاد حكومات تلك الدول في دفاعها وتجنب أي سلوك محرج أمام شعوبها.

وبعد أن تعالت الأصوات التي تنادي بالشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول قررت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورتها الحادية والأربعون بأن تعالج مسألة الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول واعتمدت اللجنة في دورتها السادسة والأربعون قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول وأقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٣.

ونظـراً لأن قواعـد الشـفافية فـي التحكـيم التعاهـدي بـين المستثمرين والدول وعلى ما سوف نقوم بدراسته تسري في جانب من نطـاق انطباقهـا علـى التحكـيم بـين المسـتثمرين والـدول الـذي يسـتهل بمقتضـى قواعد الاونسيترال للتحكيم عملاً بمعاهدة تنص على حماية الاستثمار أو المستثمرين مبرمـة فـي ١ نيسـان/أبريـل ٢٠١٤ أو بعد ذلك ورغبة من لجنة القانون التجاري الدولي في توسيع نطاق انطباق قواعـد الشـفافية بحيـث تشـمل المعاهـدات الاسـتثمارية القائمـة قبـل ١ نيسان/أبريل٢٠١٤ أعدت اللجنـة اتفاقيـة الأمم المتحدة بشأن الشفافية فـي التحكـيم التعاهـدي بـين المسـتثمرين والـدول (اتفاقيـة موريشـيوس بشـأن الشـفافية) واعتمـدت الاتفاقيـة بموجـب قـرار اتخذتـه الجمعيـة العامة للأمم المتحدة في ١٠ ديسمبر ٢٠١٤ وبدأت النفاذ بتاريخ ١٨ أكتوبر ٢٠١٧.

وسنتناول بالشرح والتحليل فـي بحثنـا هذا قواعد الشفافية فـي التحكـيم التعاهـدي بـين المسـتثمرين والـدول، ولمـا كانـت هـذه القواعـد مرتبطة بمعاهدة استثمارية بين الدول سواء ثنائية أو متعددة الأطراف كمـا أنـه يحكـم العديـد مـن مـن المسـائل المتعلقـة بنطـاق تطبيقهـا ومحتواهـا أحكـام قـانون المعاهـدات (اتفاقيـة فينـا للمعاهـدات لعـام ١٩٦٩) لذلك فإن شرحنا لتلك القواعد سيكون في إطار قواعد القانون الدولي العام.

وكذلك سنتناول بالدراسة أهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول(اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية) لعام ٢٠١٤.

إن الباعث الحقيقي لدينا لاختيار هذا الموضوع يدور حول محورين أساسيين:

أولا: شعورنا بأهمية الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول وخاصة حينما تكون أحد أطراف التسوية دولة نامية بما يمكن شعوب تلك الدول من الإطلاع على إجراءات عملية التحكيم ومراقبتها مما يجعل حكومات تلك الدول أكثر يقظة وحذر لكي لا يصدر منها سلوك محرج أمام شعوبها فلقد شاهدنا في الواقع اخفاقات حكومات الدول النامية في عمليات التحكيم التعاهدي بما كلف دولهم خسائر فادحة تدفع من أموال الخزانة العامة.

ثانيا: شعورنا بمسوليتنا نحو نشر الوعي بأهمية الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول والترويج لها والمساهمة في شرح وفهم هذه القواعد وأن يكون بحثنا هذا مرجعا سواء لحكومات الدول أو للشعوب في هذا الشأن.

مشكلة البحث:

ولقد واجهت في بحثي هذا مشكلة إذ يبدو أن معظم الدول وخاصة النامية مازالت غير مؤمنة الايمان الكافي بأهمية الشفافية في

التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول والتي تجسدها قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول ويدلل على ذلك على سبيل المثال الإقبال الضعيف من قبل الدول على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام ٢٠١٤ (اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية) فمازال عدد الدول الأطراف في الاتفاقية سبع دول، فما زالت قواعد الشفافية لم تلق النشر والتوعية بها على القدر المناسب لأهميتها وقد مثل ذلك عدم وجود مصادر بالقدر الملائم تناولت شرح وتحليل ونشر الوعي بقواعد الشفافية وبأحكام اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية لعام ٢٠١٤ وهذا أيضا كان له أثره في عدم وجود سوابق قضائية تناولت نزاعات حول قواعد الشفافية وشرحها وكيفية تطبيقها ونحن لا ننكر أن الكثير من اتفاقيات الاستثمار الدولية سواء الثنائية أو متعددة الأطراف وعلى ما سوف نرى في بحثنا تضمنت أحكام بشأن الشفافية ولكن حديثنا هنا عن قواعد الشفافية كنظام قانوني أعد من قبل لجنة الأمم المتحدة وأقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٣ وبدأت النفاذ في ١ نيسان/أبريل ٢٠١٤.

منهج البحث:

يعتمد البحث على الأسلوب التحليلي لقواعد الشفافية وأهم نصوص اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام ٢٠١٤ (اتفاقية موريشيوس للشفافية)

وذلك كله في إطار قواعد القانون الدولي العام، كما قمت بإجراء مقارنة بين بعض أحكام الشفافية في اتفاقيات الاستثمار الدولية وبعض قواعد الشفافية لإبراز أهم أوجه القوة والضعف في قواعد الشفافية ومحاولة تدارك ذلك في أقرب تنقيح لها.

وستنقسم الدراسة في بحثنا هذا الى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: حول قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول ونطاق تطبيقها.

الفصل الثاني: شرح محتوى قواعد الشفافية.

الفصل الأول
حول قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي
بين المستثمرين والدول ونطاق تطبيقها

من الأهمية بمكان القاء الضوء على بعض المفاهيم ذات الصلة بموضوع بحثنا وبيان أهمية الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول ونشأة قواعد الشفافية كمدخل يساعد على فهم شرح مضمون ومحتوى تلكالقواعد وهو ما سنتناوله بالدراسة في المبحث الأول،ثم نتناول في المبحث الثاني نطاق انطباق قواعد الشفافية، ولما كانت قواعد الشفافية تسري في الأساس على التحكيم بين المستثمرين والدول الذي يستهل بمقتضى قواعد الاونسيترال للتحكيم عملا بمعاهدة تنص على حماية الاستثمار أو المستثمرين مبرمة في ١ نيسان/أبريل ٢٠١٤ أو بعد ذلك التاريخ ولا تنطبق على المعاهدات المبرمة قبل ١ نيسان/أبريل ٢٠١٤ إلا في حالتين على النحو الذي سيرد بالشرح ورغبة من لجنة القانون التجاري الدولي في توسيع نطاق انطباق قواعد الشفافية بحيث يمكن أن تنطبق على المعاهدات الاستثمارية القائمة قبل ا نيسان/إبريل ٢٠١٤ أعدت

اتفاقيـة الأمـم المتحـدة بشـأن الشـفافية فـي التحكـيم التعاهـدي بـين المستثمرين والدول (اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية) والتي نتناول أهم أحكامها وقد خصصنا لها المبحث الثالث وعلى ذلك

تنقسم الدراسة في هذا الفصل الى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: حول قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول.

المبحث الثاني:نطاق تطبيق قواعد الشفافية.

المبحث الثالث:اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول(إتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية).

المبحث الأول

حول قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول

نتناول في هذا المبحث القاء الضوء على بعض المفاهيم ذات الصلة بموضوع البحث، وأهمية الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول ثم نتناول نشأة قواعد الاونسيترال للشفافية وذلك على النحو التالي:

أولاً: القاء الضوء على بعض المفاهيم ذات الصلة بموضوع البحث وأهمية الشفافية:

إن الإتفاق الاستثماري الدولي هو معاهدة بين الدول لتشجيع الاستثمارات وترويجها على نحو متبادل وتشمل على سبيل المثال المعاهدات الثنائية لتشجيع الاستثمار وحمايته والإتفاقات متعددة الأطراف التي تحتوي على التزام بتحرير الاستثمار و/أو حمايته و/أو ترويجه(١).

وتهدف أحكام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول الواردة في اتفاقات الاستثمار الدولية على إنشاء آلية لتسوية المنازعات تسمح للمستثمر المنتمي إلىدولة طرف في المعاهدة بأن يقدم إلى التحكيم الدولي مطالبة ضد دولة طرف أخرى بسبب خرق التزام بموجب المعاهدة(٢).

ويشكل القلق ازاء عدم الشفافية أحد الانتقادات المهمة التي توجه إلى النظام الحالي لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول(٣).

وتفهم الشفافية في التسوية التعاهدية للمنازعات بين المستثمرين والدول على أنها مبدأ عام يمكن أن يتعلق بجوانب شتى

---

(١)انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/WG.II/WP.160,5 August 2010, Page 4.

(٢)انظر وثيقة الأمم المتحدة، المرجع السابق.

(٣) انظر الوثيقة:A/CN.9/WG.III/WP.142, 18 September 2017, Page 10

من إجراءات التحكيم[٤] مثل إمكانية إطلاع الجمهور على الوثائق الإجرائية وقرارات التحكيم وجلسات الاستماع العلانية.

وبمعنى آخر فإن الشفافية في مجال التحكيم الاستثماري هى الإدلاء بالمعلومات عن كافة إجراءات التحكيم وإتاحتها لكل ذي شأن[٥].

وإذا كانت القاعدة العامة في التحكيم التجاري الدولي هى السرية إلا أن ذلك لا ينطبق على التحكيم الاستثماري الدولي حيث تسود قاعدة الشفافية والإفصاح عن المعلومات المرتبطة بالتحكيم.

إن ضمان الشفافية وإتاحة فرصة حقيقة للمشاركة العمومية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول إضافة إلى الهدف الأعم المتمثل في تعزيز التنمية المستدامة من خلال قانون الاستثمار الدولي يشكل وسيلة لتعزيز سيادة القانون والحوكمة الرشيدة ومراعاة الأصول الإجرائية والإنصاف والمساواة والحق في الحصول على

(٤)انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/WG.II/WP.160, Page 5.

(٥) لمزيد من التفاصيل انظر: محمود محمد المغربي ، نحو الشفافية في التحكيم التعاهدي الاستثماري : تمايز مشروع أم مغامرة مصيرية في ظل سرية تقليدية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ،العدد ٥٩ أبريل لسنة ٢٠١٦، ص٢٠٥ وما بعدها.

* See: Balcerzak F, Hepburn J (2015) Publication of investment treaty awards: the qualified potential of domestic access to information laws. Groningen J Int Law 3:1 147, 153

المعلومات كما رئى أنه خطوة مهمة صوب مواجهة التحديات المتزايدة فيما يتعلق بمشروعية قانون الاستثمار والتحكيم ذاته[٦].

وفي كلمة ألقيت نيابة عن الممثل الخاص للأمين العام للأمم المتحدة المعني بمسألة حقوق الإنسان والشركات عبر الوطنية وغيرها من مؤسسات الأعمال ذكر فيها أن ممارسة الشفافية بصورة مناسبة في أعمال التحكيم مع المستثمرين في الحالات التي تمس حقوق الإنسان مقوم جوهري إذا ما أريد للمجتمع أن يعى بالاجراءات التي قد تؤثر على المصلحة العامة ومن ثم تؤثر على رفاهه الخاصوأعرب في تلك الكلمة عن الأمل في ألا تقتصر القواعد المناسبة لممارسة الشفافية على المنازعات التي تنشأ في إطار معاهدات الاستثمار المقبلة بل أن تطبق أيضاً على معاهدات الاستثمار القائمة التي تشير الى قواعد الأونسيترال للتحكيم[٧].

ووفقاً لمبادئ الإدارة الرشيدة ينبغي إخضاع الأنشطة الحكومية لحد أدنى من شروط الشفافية والمشاركة العمومية وأعرب عن راي

---

(٦)انظر وثيقة الأمم المتحدة، الجمعية العامة، تقرير الفريق العامل الثاني (المعني بالتحكيم والتوفيق) عن أعمال دورته الثالثة والخمسين (فيينا ٤-٨ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٠) وثيقة رقم:

A/CN.9/712, 20 October 2010, Page 8.

- أنظر أيضا: بشرى خالد تركي المولى، مبدأ الشفافية في التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق،العدد ع٦٤ ، جامعة الموصل كلية الحقوق،٢٠١٨، ص١٢٤،١٢٣

(٧) أنظر وثيقة الأمم المتحدة رقم .N/CN.9/717, 25 February 2011, Page 8

مؤداه ان يرجح أن ينطوي التحكيم بين المستثمرين والدول على مراعاة السياسة العامة ويمكن أن تترتب عليه تداعيات مالية ضخمة في الخزينة العمومية ومن شأن ادراج أحكام بشأن زيادة الشفافية أن يعزز فهم الناس لعملية التحكيم ومصداقيتها إجمالاً[٨].

ثانيا: نشأة قواعد الشفافية:

قررت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورتها الحادية والأربعون بأن تعالج مسألة الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول كموضوع ذي أولوية.

وعهدت اللجنة إلى فريقها العامل الثاني (المعني بالتحكيم والتوفيق بمهمة إعداد معيار قانوني في هذا الشأن)[٩].

أجرى الفريق العامل نقاشا حول طابع المعيار القانوني بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول وما يمكن أن يتخذه من أشكال مختلفة وقد كان من بين الاشكال المختلفة للمعيار

---

(٨) انظر تقرير الفريق العامل المعني بالتحكيم والتوفيق عن أعمال دورته الثامنة والأربعين، وثيقة رقم:

A/CN.9/646, 29 February, 2008, Page 16.

* See also Flavia Marisi :The Importance of Transparency for Legitimizing Investor–State Dispute Settlement, Faculty of Law and Criminology, Ghent University, Ghent, Belgium, 2019,Page 11.

(٩)انظر تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة الحادية والأربعون والدورة الثالثة والاربعون، وثيقتي رقمي ,Page42A/65/17، ,Pagg 79A/63/17

القانوني بشأن الشفافية بنود نموذجية تدرج فيما تضمنته المعاهدات الاستثمارية من أحكام تتعلق بتسوية المنازعات.

وباعتماد بنود من هذا القبيل في المعاهدات الاستثمارية تظهر الدول رغبتها في تعزيز الشفافية في التحكيم ويمكن صوغ البنود النموذجية على نحو يجعلها تمثل إلزاماً للمستثمر بالتحكيم بمقتضى أحكام الشفافية أو عرضاً بهذا المعنى(١٠).

وكان هناك خيار محتمل آخر لمعالجة الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول هو صوغ مبادئ توجيهية تأخذها الدول في اعتبارها عند التفاوض على معاهدات استثمارية وإلى هيئات التحكيم عند البت في مسائل من هذا القبيل وإلى الأطراف في عملية التحكيم وإلى جهات أخرى لها مصلحة مشروعة في نتائج التحكيم ويمكن لهذه المبادئ التوجيهية أن تنطبق في حالات التحكيم بمقتضى معاهدات قائمة ومقبلة طالما اتفق الأطراف في عملية التحكيم على إنطباقها(١١).

وقد أيدت العديد من الوفود هذا الخيار المقترح وعلى سبيل المثال رأي الوفد الألماني أنه ينبغي صوغ القواعد في شكل مبادئ توجيهية غير ملزمة إذ رأى أنها الوسيلة الفضلى لتحقيق الهدف الذي ينشده جميع الوفود ألا وهو إرساء أوسع قبول ممكن لقواعد الشفافية

---

(١٠)انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/WG.11/WP.162, 9 December 2010, Page 6.

(١١)انظر المرجع السابق، ص ٦.

وترى ألمانيا أن المبادئ التوجيهية غير الملزمة خلافاً لقواعد الشفافية الإلزامية تتيح ما يكفي من المرونة لكي تلقى موافقة واسعة النطاق وتحقق من ثم قدراً كبيراً من الجدوى العملية(١٢).

وأعرب عن رأي مفاده ضرورة وضع معيار رفيع للشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لأن الشفافية تساهم في تعزيز سيادة القانون والحوكمة الرشيدة ومراعاة الأصول القانونية والحق في الوصول إلى المعلومات كما رئى أن وضع المعيار سيمثل خطوة هامة صوب مواجهة التحديات المتزايدة فيما يتعلق بمشروعية قانون الاستثمار الدولي والتحكيم ذاته وقيل إن المعيار القانوني الخاص بالشفافية ينبغي أن يأخذ شكل قواعد إجرائية مفصلة لا شكل مبادئ توجيهية استطرادية.

ووافقت الوفود التي كانت قد أعربت عن تفضيلها الشديد لوضع مبادئ توجيهية على تناول عملية الصياغة على أساس أن المعيار القانوني الخاص بالشفافية سيصاغ في شكل قواعد واضحة لا في شكل مبادئ توجيهية فضفاضة أكثر استطراداً(١٣).

قواعد الشفافية تذيل أم قواعد قائمة بذاتها ودمجها مع قواعد الأونسيترال للتحكيم:

---

(١٢)انظر وثيقة رقم: A/CN/WG.11/WP.164, 20 December, 2010, Page 2.

(١٣)انظر وثيقة رقم: A/CN.9/717, 25 February, 2011, Page 10 , 11.

نظرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في مسألة الشكل الذي ستتاح به قواعد الشفافية أي إذا ما كانت القواعد ستقدم كنص قائم بذاته أم ستكون تذييلاً يلحق بصيغة معدلة لقواعد الأونسيترال للتحكيم وقدم اقتراح وافقت عليه اللجنة بأن تنشر قواعد الشفافية جنباً إلى جنب مع الصيغة المعدلة لقواعد الأونسيترال للتحكيم(١٤).

و تطبيقا لذلك الاقتراح ونظراً للصلة بين قواعد الأونسيترال للتحكيم وتطبيق قواعد الشفافية فقد تم اعتماد صيغة جديدة من قواعد الأونسيترال للتحكيم بإدراج فقرة جديدة هي الفقرة [٤] في المادة [١] تكفل إدماج قواعد الشفافية بوضوح في أحدث صيغة من قواعد الأونسيترال للتحكيموتم اعتمادها في عام ٢٠١٣ وأصبحت هذه الصيغة الجديدة من قواعد الاونسيترال للتحكيم نافذة في ١نيسان/أبريل ٢٠١٤ وهذا التنقيح لقواعد الأونسيترال للتحكيم على هذا النحو من أجل توفير أقصى قدر من الوضوح فيما يتعلق بتطبيق قواعد الشفافية في المنازعات التي تنشأ في إطار المعاهدات اللاحقة وتستهل بمقتضى قواعد الأونسيترال للتحكيم(١٥).

---

(١٤)انظر تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة السادسة والأربعون، (٨-٢٦ تموز/يوليه ٢٠١٣)، وثيقة رقم: A/68/17, Page 23

(١٥)انظر موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) على الرابط التالي: www.uncitral.org

قواعد الشفافية:

وافقت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على اقتراح بأن عنونة قواعد الشفافية باسم " قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول " من شأنها أن تضفي مزيداً من الوضوح الظاهر فيما يتعلق بانطباقها في سياق التحكيم الاستثماري في مقابل التحكيم التجاري الصرف(١٦).

واعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورتها السادسة والأربعين قواعد الشفافية واعتمدت أيضاً تعديل قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠ لإدراج إشارة إلى القواعد المتعلقة بالشفافية في الفقرة (٤) الجديدة بما يسمح بدمج قواعد الشفافية بها(١٧).

وأقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٣ قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين

---

* انظر أيضاً وثيقة الأمم المتحدة رقم :A/68/17, Page 24 =

=- عدلت لجنة الامم المتجدة للقانون التجاري الدولي قواعد الاونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة عام ٢٠١٠ لادراج اشارة الى قواعد الشفافية في الفقرة ٤ الجديدة من المادة ١وتم اعتماد الصياغة الجديدة في عام ٢٠١٣، وتنص الفقرة ٤ الجديدة على(في التحكيم بين المستثمرين والدول الذي يستهل بمقتضى معاهدة تنص على حماية الاستثمارات أو المستثمرين ، تشمل هذه القواعد قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول("قواعد الشفافية")، رهنا بالمادة ١من قواعد الشفافية).

(١٦)انظر وثيقة رقم: A/68/17 Page 22.

(١٧) المرجع السابق.

المستثمرين والدول وقواعد التحكيم (بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠ المتضمنة للفقرة (٤) الجديدة في المادة (١) بصيغتها المعتمدة في عام ٢٠١٣) وطلبت الجمعية العامة إلى الأمين العام أن ينشر بوسائل منها الوسائل الإلكترونية وأن يعمم على نطاق واسع نص القواعد المتعلقة بالشفافية مرفقاً بنص قواعد التحكيم (بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠ المتضمنة للفقرة [٤] الجديدة في المادة [١] بصيغتها المعتمدة في عام ٢٠١٣) ومستقلاً في شكل نص منفصل وأن يوزعهما على الحكومات والمنظمات المهتمة بميدان تسوية المنازعات(١٨).

(١٨)انظر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة وثيقة رقم: A/RES/68/109, 18 =December, 2013.

=* 210 IIAs have been concluded after 1 April 2014, according to the UNCTAD International Investment Agreements Navigator. Forty-six of them afforded investors the option to commence arbitration based on the UNCITRAL Arbitration Rules, which includes Article 1(4) as adopted in 2013, providing for the application of the UNCITRAL Transparency Rules.

* See: Flavia Marisi,Op,cit, page 16

المبحث الثاني
نطاق تطبيق قواعد الشفافية

ونتناول في هذا المبحث نطاق تطبيق قواعد الشفافية وما يثيره نطاق التطبيق من موضوعات ذات صلة مثل الصلاحية التقديرية لهيئة التحكيم وسلطتها، والصك المنطبق في حال التضارب بين قواعد الشفافية وقواعد التحكيم المعمول بها في عملية التسوية وكذلك التضارب بينها وبين أحكام المعاهدةأو أي حكم من أحكام القانون المعمول به في التحكيم، ونتناول أخيرا موضوع تطبيق القواعدفي عمليات التحكيم غير المجراه بمقتضى قواعد الأونسيترال للتحكيم وذلك على النحو التالي:

أولا:نطاق تطبيق قواعد الشفافية:

تناولت المادة الأولى من قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول نطاق تطبيق القواعد وقد فرقت المادة في أحكامها ما بين التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول الذي يستهل بمقتضى قواعد الأونسيترال للتحكيم عملاً بمعاهدة نصت على حماية الاستثمارات أو المستثمرين مبرمة في ١نيسان/ أبريل٢٠١٤ أو بعد ذلك التاريخ وبين ما إذا كانت هذه المعاهدة مبرمة قبل ١نيسان/ أبريل ٢٠١٤.

فنصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القواعد على إنطباق قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين

المستثمر والدول (قواعد الشفافية) على التحكيم بين المستثمرين والدول الذي يستهل بمقتضى قواعد الأونسيترال للتحكيم عملاً بمعاهدة تنص على حماية الاستثمار أو المستثمرين (المعاهدة) مبرمة في ١نيسان/ إبريل ٢٠١٤ أو بعد ذلك التاريخ ما لم تتفق الأطراف في المعاهدة على خلاف ذلك[١٩].

وكان مشروع الفقرة الأولى محل الشرح يتأرجح في المناقشات بين خيارين لتحديد نطاق تطبيق قواعد الشفافية على النحو التالي:

- **الخيار الأول:**

([١٩]) الفقرة الأولى من المادة الأولى من قواعد الشفافية.

* وللمزيد من التفاصيل حول بيان المعاهدات المبرمة بعد ٢٠١٤/٤/١ وتنطبق عليها قواعد الاونسيترال للشفافية أنظر: The UNCITRAL ISDS Transparency Standards: available at:

https://artnet.unescap.org/sites/default/files/fdi/meeting-documents/2018-12/PPT%20EN_%20Transparency%20Short_ESCAP.pdf=

* وتفهم كلمة معاهدة الواردة بالفقرة محل الشرح بمدلولها الواسع بحيث تشتمل أي معاهدة ثنائية أو متعددة الأطراف تتضمن احكاما بشأن حماية الاستثمارات أو المستثمرين وتعطي المستثمرين حق اللجوء إلى التحكيم ضد الأطراف في المعاهدة بما في ذلك أي معاهدة يشار إليها عادة باتفاق تجارة حرة أو اتفاق تكامل اقتصادي أو اتفاق اطاري أو تعاوني في مجال التجارة والاستثمار أو معاهدة استثمارية ثنائية وتشمل اي اشارة الى"طرف في المعاهدة"أو"دولة" مثلا منظمة تكامل اقتصادي اقليمية حيثما كانت طرفا في المعاهدة.

* يراجع في ذلك حاشية المادة الأولى من قواعد الشفافية.

وهو حل اختيار عدم التطبيق بمعنى تطبيق قواعد الشفافية ما لم تنص المعاهدة صراحة على عدم تطبيقها.

ووضع الفريق العامل لهذا الخيار بديلين لمشروع الفقرة محل الشرح **فالبديل الأول:** هو تطبيق قواعد الشفافية بشرط أن تكون المعاهدة نصت على أنه يسري على التحكيم قواعد الأونسيترال للتحكيم. والشرط الثاني: أن تكون المعاهدة مبرمة بعد تاريخ اعتماد أو نفاذ قواعد الشفافية أي تطبيق قواعد الشفافية على المعاهدات المقبلة وليست الحالية التي أبرمت قبل نفاذ قواعد الشفافية.

أما البديل الثاني: اشترط لتطبيق قواعد الشفافية أن تكون قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المعمول بها هى المنطبقة على التحكيم وأن المعاهدة مبرمة بعد تاريخ نفاذ قواعد الشفافية ما لم تنص المعاهدة على عدم التطبيق لقواعد الشفافية وأضاف هذا البديل عن سابقة حكم أخر وهو أن قواعد الشفافية تنطبق على التحكيم الذي يسري عليه قواعد الأونسيترال للتحكيم حتى وإن كانت المعاهدة مبرمة قبل تاريخ نفاذ القواعد بشرط أن تنص المعاهدة على تطبيق قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها النافذة في تاريخ بدء التحكيم فإذا بدء التحكيم بعد نفاذ قواعد الشفافية فإن هذه القواعد تسري عليه وإن كانت المعاهدة قبل النفاذ بشرط وجود مثل هذا النص[٢٠].

---

(٢٠) يراجع في ذلك الوثيقة رقم: A/CN.9/WG.II/WP.169, 13 December, 2011, Page 4,5.

- **الخيار الثاني (حل اختيار الإنطباق):**

بمعنى تطبيق قواعد الشفافية في حال أن نصت المعاهدة صراحة على تطبيق القواعد.ووضع الفريق العامل لهذا الخيار بديلين أيضاً:

فالبديل الأول: أن تصاغ الفقرة محل الشرح بأن تطبق قواعد الشفافية بصرف النظر عن قواعد الأونسيترال المختارة وتسري على المعاهدات المقبلة وربما المعاهدات الحالية أيضاً فهذا البديل لم يضع قيود على تطبيق قواعد الشفافية طالما أن المعاهدة تنص صراحة على تطبيقها.

أما البديل الثاني لهذا الخيار: فهو يشترط لتطبيق قواعد الشفافية شرط وحيد وهو أن التحكيم بين المستثمرين والدول في المعاهدة يستهل بمقتضى الصيغة المعمول بها من قواعد الأونسيترال للتحكيم(٢١).

وناقش الفريق العامل حلاً ذا صلة بتاريخ إبرام المعاهدة قد لقى تأييداً واسعاً كحل توفيقي ومفاده أن المعاهدات التي تبرم بعد بدء نفاذ قواعد الشفافية تتطلب من الأطراف المتعاقدة أن تبدي صراحة ما إذا كانت تختار عدم تطبيق القواعد أما بشأن المعاهدات الموجودة

– انظر أيضاً وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/WG.II/WP.166, 29 July, 2011, Page7.

(٢١) المرجع السابق، ص ٥.

حالياً تتطلب من الأطراف المتعاقدة أن تبدي موافقتها على تطبيق القواعد[٢٢].

وأسس هذا الحل التوفيقي لصياغة مشروع الفقرة الأولى من المادة الأولى محل الشرح على أن تصاغ المادة الأولى المتعلقة بنظام إنطباق قواعد الشفافية بحيث لا تنطبق تلك القواعد على المعاهدات الموجودة وبحيث يقتصر إنطباق قواعد الشفافية على المعاهدات التي تبرم في المستقبل إذا ما اختار الأطراف في تلك المعاهدة تطبيق تلك القواعد[٢٣].

وتأييداً لذلك اقترح الفريق العامل صيغة منقحة للفقرة الأولى وبناء على الحل التوفيقي النص التالي:

(١) تنطبق قواعد الشفافية على عمليات التحكيم بين المستثمرين والدول التي تستهل بمقتضى قواعد الاونسيترال للتحكيم عملاً بمعاهدة تنص على حماية الاستثمارات أو المستثمرين (المعاهدة) مبرمة بعد (تاريخ بدء نفاذ قواعد الشفافية) ما لم يتفق طرفا المعاهدة على خلاف ذلك[٢٤].

وعلى ذلك فإن هذه الصيغة قد أخذت بحل اختيار عدم التطبيق بمعنى تطبيق قواعد الشفافية ما لم تنص المعاهدة صراحة

---

(٢٢)انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/765, 13 February, 2013, Page 7.

(٢٣) المرجع السابق، ص ١٨، ١٩.

(٢٤) المرجع السابق، ص ١٩

على عدم تطبيقها كما أنها أخذت بالبديل الأول من الخيار الأول الذي ناقشه الفريق العامل في دورته السادسة والخمسون[٢٥].

وتعد هذه الصياغة قريبة للغاية من الصياغة النهائية للفقرة إلا أن وجه الإختلاف بينهما هو تاريخ إبرام المعاهدة فوفقاً لمشروع الفقرة يلزم أن تكون المعاهدة مبرمة بعد تاريخ بدء نفاذ قواعد الشفافية أي بعد تاريخ ١ نيسان/أبريل ٢٠١٤ لكي تنطبق عليها قواعد الشفافية اما الصياغة النهائية للفقرة فقد اشترطت أن تكون المعاهدة مبرمة في ذات توقيت بدء نفاذ قواعد الشفافية أي في ١نيسان/أبريل٢٠١٤ أو بعد ذلك التاريخ ومما لا شك فيه أن الصياغة النهائية أفضل نظراً لأنها توسع من نطاق تطبيق قواعد الشفافية قدر الإمكان.

وفي المناقشات أثيرت مسألة ما إذا كان ينبغي استخدام عبارة " دخلت حيز النفاذ " عوضاً عن كلمة " المبرمة " فيما يتعلق بالتوقيت الزمني للمعاهدات الواردة في الفقرة الأولى من المادة محل الشرح وقد أكد الفريق العامل في هذا الصدد الاستعاضة عن عبارة " دخلت حيز النفاذ " المستخدمة في المشاريع الأولية لقواعد الشافية بكلمة " المبرمة " لأن الأطراف تعرب عن موافقتها على تطبيق قواعد الشفافية في وقت إبرام المعاهدة وليس في وقت دخول المعاهدة حيز التنفيذ وذكر أنه لا يمكن بأي حالة من الأحوال أن تطبق قواعد

---

(٢٥) انظر ص١٣من البحث.

– وأنظر أيضاً الوثيقة رقم: A/CN.9/WG.11/WP.166,29 July, 2011, Page 6.

الشفافية على معاهدات الاستثمار التي أبرمت ولم تدخل حيز النفاذ وبعد المناقشة أبقى على كلمة " مبرمة " في الصياغة النهائية[٢٦].

وفي الواقع فإننا نؤيد عبارة "مبرمة " لأن المعاهدة تمر من الناحية الشكلية بأطوار متعاقبة حتى يتم إبرامها فلا بد من مفاوضات بين الأطراف لكي يتم التوصل الى اتفاق على مضمون المعاهدة ثم يأتي بعد ذلك طور تحرير المعاهدة والتوقيع عليها قبل الوصول الى مرحلة التصديق على المعاهدة وقد يعقب ذلك تسجيل المعاهدة فإبرام المعاهدة يبدأ بالمفاوضات وينتهي بالتصديق عليها أما نفاذ المعاهدة فيكون في توقيت لاحق لإبرام المعاهدة فقد يكون من خلال تبادل وثائق التصديق في المعاهدات الثنائية أو بايداع العدد اللازم من وثائق التصديق فيما يتعلق بالمعاهدات المتعددة الأطراف لكي تدخل المعاهدة دائرة النفاذ[٢٧].

وفي أحيان كثيرة يكون الفارق الزمني بين ابرام المعاهدة ودخولها حيز النفاذ سنوات فليس من المتصور أن يفرض على الدول

([٢٦]) أنظر: وثيقة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي رقم:
A/CN.9/794, 26 September, 2013, Page 15
– أنظر أيضاً: الوثيقة رقم: A/CN.9/WG.11/WP.169,13 December, 2011, Page 7

([٢٧])للمزيد من التفاصيل أنظر د/صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، الطبعة الحادية عشر ٢٠٢٠،دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ص٢٤٧ وما بعدها.

بعد أن أبرمت المعاهدة أحكام وقواعد جديدة لم تكن في حسبانها أثناء ارتضائها بأحكام المعاهدة وهو ما يمثل تعديل للمعاهدة.

واتفق الفريق العامل على ضرورة توضيح عبارة " معاهدة تنص على حماية الاستثمارات " بغية تحديد نطاق تطبيقها وأن هذه العبارة هى المدخل إلى تطبيق تلك القواعد وأتفق على ضرورة فهم تلك العبارة بمعناها العريض وذكر أيضاً أن العديد من المعاهدات الاستثمارية يتضمن أحكاماً بشأن تسوية المنازعات فيما بين الدول الأطراف المتعاقدين وبين المستثمر ودولة ما وبناء على ذلك اشير إلى ضرورة التوضيح بأن قواعد الشفافية لا تنطبق إلا على تسوية المنازعات لغرض حماية الاستثمار والمستثمرين لا على منازعات بين الدول في إطار المعاهدة وطلب الفريق العامل أن تدرج في الصيغة المنقحة للقواعد عبارة توضح ذلك التعبير[٢٨].

([٢٨])انظر: وثيقة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، وثقة رقم A/CN.9/736

* See: Iberdrola, S.A. and Iberdrola Energia. S.A.U. v. Bolivia *(PCA Case No. 2015*-05) is the first case to apply the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration ("Rules on Transparency"). On 7 August 2015, the arbitral tribunal issued the first procedural order (available in Spanish only) disclosing the fact that the parties to the arbitration had agreed to the application of the Rules on Transparency to their proceeding. About a month later, a second procedural order in the caseBSG Resources Limited v. Republic of Guinea (ICSID Case No. ARB/14/22) was published on ICSID's website revealing that the parties had also agreed on the application of the Rules on Transparency.The application of the Rules on Transparency in these cases represents not only a significant change in the way investor-state disputes are resolved, but the agreement of the parties to their application also suggests a change in the way states and investors view the public interest in the process.

وقد كان مشروع حاشية المادة الأولى محل الشرح يتضمن فقرتينالفقرة الأولى منها تحدد المقصود بعبارة " التحكيم بين المستثمرين والدول " على أنه أي تحكيم يجري بين مستثمر واحد أو أكثر وطرف واحد أو أكثر في معاهدة تنص على حماية الاستثمارات أو المستثمرين عملاً بتلك المعاهدة, وحذفت هذه الفقرة في الصيغة النهائية وهو ما نتفق معه لأن معناها واضح وتضمنته الفقرة الثانية من مشروع الحاشية.

ويفهم من الصياغة النهائية من خلال عبارة " بين المستثمرين والدول " أن القواعد لا تنطبق على منازعات استثمارية طرفيها مستثمرين بين أشخاص طبيعين أو اشخاص اعتبارية خاصة وإن كانت دولهم أطراف في المعاهدات الاستثمارية فلابد أن يكون أحد أطراف المنازعة الاستثمارية دولة أو أحد هيئاتها العامة طرف في المعاهدة مع مستثمر ينتمي لدولة طرف في المعاهدة ويجوز أن يكون طرفي المنازعة دولتين فقد تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة مستثمر في دولة أخرى بشرط أن تكون كلا الدولتين طرفاً في المعاهدة الاستثمارية وأن يكون موضوع المنازعة يتعلق بالاستثمار لا بين دولتين طرف موضوع نزاعهما أحكام المعاهدة على سبيل المثال تفسيرها وطريقة تطبيقها واجراءات تعديلها.

وبعد أن انتهينا من شرح الفقرة الأولى جاء حكم الفقرة الثانية من المادة الأولى لتعالج مسألة مدى انطباق قواعد الشفافية على

المعاهدات القائمة قبل تاريخ نفاذ القواعد فوضحت أحكام الفقرة الثانية أنه في عمليات التحكيم بين المستثمرين والدول التي تستهل بمقتضى قواعد الاونسيترال للتحكم عملاً بمعاهدة مبرمة قبل ١نيسان/ إبريل/٢٠١٤ لا تنطبق هذه القواعد إلا في حالتين:

(أ) إذا اتفقا طرفا التحكيم (الطرفان المتنازعان) على تطبيقها على ذلك التحكيم.

(ب) إذا أتفق طرفا المعاهدة أو في حالة المعاهدة المتعددة الأطراف دولة المدعي والدولة المدعي عليها بعد ١نيسان/ أبريل/ ٢٠١٤ على تطبيقها[٢٩].

وفي مناقشات تلك الفقرة أبديت آراء حول ما إذا كان من الممكن جعل قواعد الشفافية تنطبق انطباقا تلقائيا على التحكيم الناشئ في إطار معاهدات الاستثمار القائمة قبل تاريخ ١ أبريل ٢٠١٤ تاريخ نفاذ القواعد وأعرب عن رأي مفادهإنه يمكن تحقيق انطباق المعيار القانوني المتعلق بالشفافية تلقائيا على المعاهدات الموجودة بالفعل بتفسير ما أبدي في المعاهدة الاستثمارية من موافقة على إجراء التحكيم بين المستثمر والدولة بمقتضى قواعد الاونسيترال للتحكيم بأنها تنطوي على ارتقاب تطور نظام قواعد الاونسيترال للتحكيم مع مرور الزمن تلك القواعد والتي أصبحت فيما بعد وكما سبق الاشارة بعد تعديلها تتضمن قواعد الشفافية وأصبحت نافذة منذ

(٢٩) انظر الفقرة (٢) من المادة الأولى من قواعد الشفافية.

١ ابريل ٢٠١٤ وعليه فان المعيار القانوني المتعلق بالشفافية سوف يطبق تلقائيا لأنه سيكون جزء من ذلك النظام المتطور وهو ما يسمى بالتفسير الدينامي لمعاهدة الاستثمار(٣٠).

وأعرب عن خشية من أن أي انطباق تلقائي للمعيار القانوني الخاص بالشفافية (قواعد الشفافية) على المعاهدات القائمة سيكون بأثر رجعي وهو مالايجيزه قانون المعاهدات(٣١).

وتعد الصياغة النهائية للفقرة تأييداً للرأي الرافض للانطباق التلقائي لقواعد الشفافية واشترطت الاتفاق الصريح لانطباق قواعد الشفافية.

واثناء مناقشة مشروع الفقرة محل الشرح قدمت عدة وفود مقترحا يفيد بضرورة عدم ادراج اي قاعدة أو افتراض في قواعد الشفافية بشأن تطبيق هذه القواعد على المعاهدات القائمة وترك

---

(٣٠)انظر وثيقة لامم المتحدة رقم A/CN.9/WG.II/WP.162,9 December 2010, page 10

* وللمزيد من التفاصيل حول التفسير الدينامي لمعاهدة الاستثمار والنص المقترح للفقرة محل الشرح تطبيقا له انظر الوثيقة رقم:

A/CN.9/WG.II/WP.174,2August 2012, page 2

(٣١)انظر الوثيقة رقم: A/CN.9/717,25February 2011, page 14

مسألة التطبيق ليبت فيها وفقا للقواعد المقبولة دوليا في مجال تفسير المعاهدات(٣٢).

وفي الحقيقة أن العادة قد جرت فيما يتعلق بالمعاهدات على طرح المسألة العامة المتعلقة بما يعرف بـ" القانون بين الزمني بصيغة تنطوي على تحديد ما إذا كان ينبغي تفسير معاهدة ما في ضوء الظروف القائمة والقانون الساري وقت إبرامها (التفسير الظرفي أو الثابت)أم في ضوء الظروف القائمة والقانون الساري وقت تطبيقها (التفسير التطوري أو الدينامي)(٣٣).

ومن الصعب صياغة قاعدة عامة والاتفاق عليها تعطي الأفضلية أما لمبدأ التفسير الظرفي أو لمبدأ يعترف عموما بضرورة مراعاة " المعنى المتطور للمعاهدات"(٣٤).

---

(٣٢)انظر الوثيقتين رقمي: A/68/17, page7 &
A/CN.9/760,12October2012,page31,32

(٣٣)انظر تقرير لجنة القانون الدولي الدورة الخامسة والستون (٦ أيار/مايو ٧ حزيران/يونيه و٨ تموز/يوليه ٩ آب/ أغسطس ٣٠١٣)، الجمعية العامة الوثائق الرسمية الدورة الثامنة والستون الملحق ١٠ وثيقة رقم:

A/68/10, Page30

* See also:M. Fitzmaurice, “Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties, Part I”, Hague Yearbook of International Law, vol. 21 (2008), pp. 101

(٣٤) لمزيد من التفاصيل انظر: تقرير الفريق الدراسي عن تجزئة القانون الدولي ،٢٠٠٦، وثيقة رقم:

A/CN.4/L.682,13 April 2006, Page 187.188

ولم تعترف معظم المحاكم والهيئات القضائية الدولية بالتفسير التطوري (الدينامي)كشكل منفصل من أشكال تفسير المعاهدات بل خلصت الى أن ذلك التفسير التطوري لابد أن يكون تطبيقا لمختلف وسائل التفسير المذكورة في المادتين ٣١،٣٢ من اتفاقية فيينا بمعنى أن اي تفسير تطوري يجب أن ينشأ عن العملية الاعتيادية لتفسير المعاهدات[٣٥].

وقد ذهب الأستاذ الدكتور محمد حافظ غانم الى أن المحاكم الدولية تتبع عدة مبادئ في تفسير المعاهدات منها وجوب التزام التفسير الضيق وذلك خلاف تفسير مواثيق المنظمات الدولية فقد ذهب سيادته الى أن عقب سنة ١٩٤٥ أصبح الفقهاء أكثر ميلا إلى تفسير مواثيق المنظمات الدولية تفسيرا واسعا ومن قبيل التفسير الواسع الاعتراف للمنظمات الدولية باختصاصات ضمنية[٣٦].

ومما لاشك فيه أن وجوب التزام التفسير الضيق للمعاهدات الذي أشار اليه سيادته لا يتفق مع التفسير التطوري أو الدينامي.

أما الفقرة الثالثة من المادة الأولى محل الشرح من قواعد الشفافية تجسد مبدأ عدم جواز حيد الأطراف المتنازعة عن قواعد الشفافية ما لم تجيز المعاهدة الحيد عنها وذلك لسبب يتعلق بالنظام

([٣٥])انظر الوثيقة رقم: A/68/10, Page 33,34

([٣٦])انظر د/محمد حافظ غانم ، المعاهدات دراسة لأحكام القانون الدولي ولتطبيقاتها في العالم العربي، سنة ١٩٦١، معهد الدراسات العربية، جامعة الدول العربية ،مطبعة نهضة مصر الفجالة، ص١٤٤

العام وهو أنه لا يحسن بالطرفين المتنازعين أن ينقضا قراراً صادر عن الأطراف في معاهدة الاستثمار فيما يتعلق بتطبيق القواعد خاصة وأن الغرض من قواعد الشفافية هو ألا تعود بالنفع على المستثمر والدولة المضيفة فقط بل على عموم الناس أيضاً(٣٧).

وقد استهلت الفقرة الثالثة بعبارة يراعى ما يلى فى أى تحكيم تطبق فيه قواعد الشفافية بمقتضى معاهدة أو اتفاق بين الأطراف فى تلك المعاهدات.

وقيل إن الإشارة إلى تطبيق قواعد الشفافية بموجب " إتفاق بين الأطراف فى المعاهدة " الواردة فى العبارة المشار إليها زائدة وينبغى حذفها ورداً على ذلك أوضح أن تلك الإشارة قد أدرجت لإستيعاب الإتفاقات اللاحقة التى تبرمها الأطراف فى معاهدة استثمار (يقصد بالمعاهدة هنا التي تكون سابقة على تاريخ نفاذ قواعد الشفافية) من أجل تطبيق قواعد الشفافية على المنازعات الناشئة فى إطار المعاهدة(٣٨).

ونرى أن ما ورد فى الفقرة ٢ (ب) السابقة على الفقرة الثالثة تؤكد صحة هذا الرد إذ وضحت هذه الفقرة أنه بالنسبة للمعاهدات المبرمة قبل ١نيسان/أبريل ٢٠١٤ لا تنطبق قواعد الشفافية

---

(٣٧) انظر الوثيقة رقم: A/CN.9 / WGII/WP 176, 30 November 2012 Page 9

(٣٨) انظر الوثيقة رقم: A/CN.9 / 714, 16, Febuary 2012 Page 20

إلا فى حالتين منهما إذا اتفق طرفا المعاهدة أو فى حالة المعاهدة المتعددة الأطراف دولة المدعى والدولة المدعى عليها بعد ١نيسان/أبريل ٢٠١٤ على تطبيقها.

وقيل أن مشروع الفقرة الثالثة تنطوى على شئ من الجمود الذى لا يكون محبذا ولتجنب هذا الجمود أقترح إدراج قاعدة لمشروع الفقرة يكون نصها كما يلى (ويجوز لهيئة التحكيم بناء على طلب يقدمه " الطرفان المتنازعان" "طرف متنازع" ممارسة صلاحيتها التقديرية لتقرير عدم تطبيق أحكام معينة من قواعد الشفافية أو تطبيقها مع بعض التعديلات، عندما ترى أن تطبيقها بصرامة سيستتبع تكاليف باهظة مقارنة بالمبلغ المتنازع عليه أو سيفضى إلى تعطيل إجراءات التحكيم أو تحميلها أعباء لا لزوم لها أو سيجحف بغير وجه حق بأي من الأطراف المتنازعة)[٣٩].

وأعرب عن آراء مفادها أنه قد يلزم توضيح ما يمنح لهيئة التحكيم من صلاحية لتكييف القواعد تحقيقاً لأهداف الشفافية بغية الحيلولة دون بلوغ تلك الصلاحية مصاف استثناء من القواعد مثل الإستثناءات الواردة فى المادة المخصصة للإستثناءات حيث أن هذا ليس هو المقصود من هذا الحكم إذ أنه لا يقصد من هذا الحكم إلا

(٣٩) انظر الوثيقة رقم:A/CN.9 / WGII ./ WP . 172 , page 9

منح هيئة التحكيم بعض المرونة لتكييف القواعد إذا ما استدعت ظروف الإجراءات ذلك(٤٠).

ولذلك أقترح أن يضاف إلى مشروع الفقرة ٣ (ب) عبارة دون المساس بهدف القواعد المتمثل فى الشفافية إلا أنه أثناء اعتماد الصياغة النهائية من قبل لجنة القانون الدولى فى دورتها السادسة والأربعين إتفق على إعادة صياغة هذه الفقرة على نحو أكثر إيجابية وحياداً وقدم اقتراح بأن يستعاض عن عبارة " دون المساس بهدف القواعد المتمثل فى الشفافية " بعبارة " متوافقاً مع هدف ... " وهو ما أخذ به فى الصياغة النهائية(٤١).

وأتفق كذلك على جعل الفقرة ٣ (ب) متفقة مع سائر أحكام القواعد التى تخول هيئة التحكيم سلطة أو تعطيها صلاحية تقديرية بأن يكون ذلك بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين وقيل إنه ينبغى للقواعد إذا كانت تبغى أن تقوم هيئة التحكيم بذلك التشاور أن تنص على ذلك صراحة وأتفق على أن تضاف عبارة " بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين " فى الفقرة ٣(ب) وهو ما تم اعتماده فى الصياغة النهائية(٤٢).

ثانيا: الصلاحية التقديرية لهيئة التحكيم وسلطتها:

(٤٠) انظر الوثيقة رقم A/C N.9/ 765 , page 11:12

(٤١) انظر الوثيقة رقم A/68/17, page 9

(٤٢) انظر الوثيقة رقم A/C N.9/ 765 , Page 11:12

وتأتى الفقرة الرابعة من المادة بحكم شبيه بالفقرة السابقة إلا أنه أعم وربما تندرج تحته أحكام الفقرة السابقة وكل حكم تنص عليه قواعد الشفافية يمنح هيئة التحكيم صلاحية تقديرية فألزم هيئة التحكيم حينما تستخدم هذه الصلاحية التقديرية التى منحتها إياها قواعد الشفافية فى أحكامها أن تراعى أولاً المصلحة العامة فى ممارسة الشفافية فى التحكيم التعاهدى بين المستثمرين والدول وفى إجراءات التحكيم الخاصة وثانياً مصلحة الطرفين المتنازعين فى تسوية منازعاتهما تسوية منصفة [٤٣] ومن الأمثلة التى لوحظت لنا والتى تجسد هذه الصلاحية التقديرية بعض الأحكام التى منحت هيئة التحكيم سلطة جوازية فى قبول إجراء معين أو رفضه مثل حكم الفقرة الثالثة من المادة الثالثة والتى منحت هيئة التحكيم رهنا بأحكام المادة السابعة صلاحية تقديرية أن تبت بمبادرة منها أو بناء على طلب يقدمه أى شخص فى مدى جواز الإطلاع على الأحراز أو أى وثائق أخرى مقدمة إلى هيئة التحكيم أو صادرة عنها وأيضاً الصلاحية التقديرية الممنوحة لهيئة التحكيم فى الفقرة الأولى من المادة الرابعة والتى منحتها سلطة جوازية فى أن تسمح لشخص ليس طرفاً متنازعاً ولا طرفاً في المعاهدة غير متنازع " طرف ثالث (أطراف ثالثة) بأن يقدم إليها مذكرة كتابية بخصوص مسألة تندرج ضمن نطاق المنازعة.

([٤٣]) انظر الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القواعد

ويبدو أن الفارق الجوهرى بين هذه الفقرة والفقرة السابقة لها أن هذه الفقرة تمنح هيئة التحكيم صلاحية تقديرية بشأن تطبيق أو عدم تطبيق حكم أو إجراء معين فى القواعد بناءاً على نص صريح منح هيئة التحكيم هذه الصلاحية التقديرية ورد في هذا الحكم أو هذا الإجراء أما الفقرة السابقة وهى تتعلق بسلطة هيئة التحكيم فى تكييفالحكم وفهمه ومتطلبات وكيفية تطبيقه مع الظروف الخاصة بالقضية وهى سلطة تختلف عن الصلاحية التقديرية بشأن تطبيق الحكم من عدمه من الأساس كما فى الفقرة الحالية [٤٤].

ثم جاءت الفقرة الخامسة من المادة الأولى لتوضح العلاقة بين قواعد الشفافية وقواعد الأونسيترال للتحكيم لعام ١٩٧٦ وصيغتها المنقحة لعام ٢٠١٠ويشار إلى الصيغتين معاً باسم قواعد الأونسيترال للتحكيم.

ولعل الفريق العامل يود فى هذه الفقرة إدراج حكم لتوضيح العلاقة بين مجموعتى القواعد (قواعد الشفافية، قواعد الأونيسترال للتحكيم) ويدرج قاعدة تقضى بأرجحية قواعد التحكيم التى تنص على توخي مزيد من الشفافية[٤٥].

([٤٤])انظر الفقرة الخامسة من المادة الأولى .

([٤٥]) انظر الوثيقة رقم: A/CN.9 WG II / WP 169 , 13 December 2011 , page 9

* لمزيد من التفاصيل حول الترابط بين قواعد الشفافية وقواعد الأونسيترال للتحكيم عند تطبيق هاتين المجموعتين من القواعد فى سياق التحكيم التعاهدى بين المستثمرين والدول

وتحقيقاً لذلك الغرض نصت الفقرة الخامسة على أن قواعد الشفافية لن تؤثر على أية سلطة قد تكون لهيئة التحكيم بموجب قواعد الأونسيترال للتحكيم من أجل تسيير التحكيم على نحو يعزز الشفافية وذلك مثلاً من خلال قبول المذكرات المقدمة من أطراف ثالثة[٤٦].

وعلى سبيل المثال لاتذكر قواعد الأونسيترال للتحكيم شيئا عن المذكرات المقدمة من الغير وقد قبلت هيئة التحكيم المذكرات المقدمة من الغير فى قضايا تخضع لقواعد الأونسيترال للتحكيم ويتم ذلك عموماً استناداً إلى السلطة التقديرية التى تخولها قواعد الأونسيترال لهيئة التحكيم " تيسير عملية التحكيم على النحو الذى تراه مناسباً " واعتبرت هيئات التحكيم أيضاً أن الفقرة ٤ من المادة ٢٥ من قواعد الاونسيترال التحكيم لعام ١٩٧٦ (المقابلة للفقرة ٣ من المادة ٢٨ من قواعد الأونسيترال للتحكيم لعام ٢٠١٠) لم تمنع هيئة التحكيم من تلقى المذكرات الخطية ويمكن أن تكمل المادة الخامسة من قواعد الشفافية المتعلقة بالمذكرات المقدمة من أطراف فى المعاهدة غير متنازعة بناء على ذلك الباب الثالث من قواعد الأونسيترال للتحكيم من خلال تدوين الطريقة التى ينبغى أن تتبعها هيئة التحكيم فى

---

* أنظر الوثيقة رقم:

A.CN.9 / WG II / WP 169/ ADD . 1 , 13 December 2011 , page 5 وما بعدها

(٤٦) انظر الوثيقة رقم : A/CN.9 WG II / WP. 169/Add.1 , page 8

تناول المذكرات المقدمة من الغير ومن أطراف فى المعاهدة غير متنازعة فى سياق التحكيم بين المستثمرين والدول.

ونرى أنهإذا كان هذا المثال وضح علاقة التكامل بين قواعد الشفافية وقواعد الأونسيترال للتحكيم وهو أحد الأهداف التى تنشدها الفقرة محل الشرح وكذلك من خلال هذا المثال يمكن أن يتضح لنا هدف آخر للفقرة إذ أن المادة الخامسة من قواعد الشفافية منحت هيئة التحكيم صلاحية تقديرية بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين أن تسمح بتقديم طرف في المعاهدة غير متنازع مذكرات وهذه الصلاحية التقديرية مشروطة بالتشاور مع الطرفين وإذا كانت هيئات التحكيم فى القضايا التى تخضع لقواعد الأونسيترال للتحكيم قبلت المذكرات المقدمة من الغير استناداً إلى السلطة التقديرية التى تخولها قواعد الأونسيترال للتحكيم وكانت هذه السلطة غير مشروطة بالتشاور مع الطرفين المتنازعين فإن الصلاحية التقديرية الممنوحة لهيئة التحكيم بموجب قواعد الشفافية على النحو المشار إليه عاليه المشروطة بالتشاور مع الطرفين المتنازعين لن تؤثر على السلطة التقديرية غير المشروطة لهيئة التحكيم فى قضايا تخضع لقواعد الأونسيترال للتحكيم وقواعد الشفافية معا طالما أن هذه السلطة تعزز الشفافية.

وجاءت الفقرة السادسة من المادة محل الشرح لتضع مبدأ علو قواعد الشفافية على أى سلوك أو تدبير أو إجراء من شأنه تقويض

أهداف قواعد الشفافية تقويضاً تاماً وقد أعطت الفقرة هيئة التحكيم سلطة أن تكفل أولوية قواعد الشفافية[٤٧].

ويجب أن تفهم ألفاظ هذه الفقرة فهماً دقيقاً ومن خلال ربطها بالفقرات التى تليها لكى لا يتبادر إلى الذهن وجود عارض بينها وبين الفقرة السابعة والثامنة من المادة محل الشرح فالفقرة السادسة تتحدث عن تقديم هيئة التحكيم لقواعد الشفافية على أي سلوك أو تدبير أو إجراء من شأنها أن تقوض قواعد الشفافية وهى أمور لا ترقى إلى درجة أحكام المعاهدة أو القانون المعمول به فى التحكيم بينما الفقرة السابعة والثامنة منحت الأولوية لأحكام المعاهدة والقانون المعمول به فى التحكيم فى حال التضارب مع قواعد الشفافية.

ونرى أن هذه الفقرة مع أهميتها إلا أنه جانبها التوفيق فى صياغة جملة "تقويضاً تاماً" فنتيجة لذلك قد يتبادر للأذهان جواز التقويض إن لم يكن تاماً بمفهوم المخالفة ومن المؤكد أن هذا ليس هو المقصود فأى تقويض لقواعد الشفافية من خلال سلوك أو تدبير أو إجراء مرفوض بالقطع.

ثالثا: الصك المنطبق فى حالة التضارب:

وأما الفقرة السابعة من المادة الأولى فإنها تعالج حالات التضارب بين قواعد الشفافية وغيرها من الصكوك الأخرى مثل قواعد

([٤٧]) أنظر الفقرة السادسة من المادة الأولى من القواعد.

التحكيم المعمول بها في التحكيم وأحكام المعاهدة التى تشمل عملية التحكيم.

فبدأت الفقرة السابعة بوضع مبدأ التكامل بين قواعد الشفافية عند تطبيقها مع أى قواعد تحكيم معمول بها فالذى يعزز الشفافية فى أى من الصكين هو الأولى بالتطبيق ثم وضحت أنه فى حال التضارب بين قواعد الشفافية وقواعد التحكيم المعمول بها تكون الأولوية لقواعد الشفافية أما التضارب بين قواعد الشفافية وأحاكم المعاهدة تكون الغلبة لأحكام المعاهدة(٤٨).

ومثال للفقرة السابعة تنص المادة الثالثة من قواعد الشفافية على نشر جميع قرارات التحكيم رهناً بالاستثناءات المنصوص عليها فى هذه القواعد(٤٩) ويمكن أن تكون هذه المادة معاكسة للمبدأ القائل بجواز نشر قرارات التحكيم علناً بموافقة الأطراف وهو المبدأ الوارد فى الفقرة الخامسة من المادة ٣٢ من قواعد الاونسيترال للتحكيم لعام ١٩٧٦ والفقرة الخامسة من المادة ٣٤ من قواعد الأونسيترال للتحكيم لعام ٢٠١٠(٥٠).

ويعد أيضاً مبدأ علنية جلسات الإستماع الوارد بالمادة السادسة من قواعد الشفافية مثال للفقرة السابعة إذ أنه يعد معاكساً لأحكام

(٤٨) انظر الفقرة السابعة من المادة الأولى من قواعد الشفافية.

(٤٩) انظر المادة الثالثة من قواعد الشفافية.

(٥٠) انظر الوثيقة رقم:A/CN.9/ WG II / WP . 169 / Add 1 ,page 6

الفقرة الرابعة من المادة ٢٥ من قواعد التحكيم لعام ١٩٧٦ والفقرة ٣ من المادة ٢٨ من قواعد التحكيم لعام ٢٠١٠ التى تنص على أن تكون جلسات الإستماع مغلقة ما لم تتفق الأطراف على خلاف ذلك.

أما فى حالة التضارب بين قواعد الشفافية وأحكام المعاهدة فالأخيرة لها الغلبة فى كل الأحوال سواء كان هذا الحكم المتعارض مع قواعد الشفافية يقيدها أو يعززها(٥١).

وأقترح أن يدرج فى القواعد حكم مشابه للمادة ١ فقرة ٣ من قواعد الأونسيترال للتحكيم لعام ٢٠١٠ لتوضيح أنه فى حال وجود تعارض بين أى من قواعد الشفافية وأحد أحكام القانون المطبق على التحكيم والذى لا يمكن للأطراف الخروج عنه تكون الغلبة لذلك الحكم القانونى وحظى هذا الإقتراح بالتأييد(٥٢).

وتأييداً لهذا الإقتراح جاءت الفقرة الثامنة لتؤكد على أنه فى حال وجود تضارب بين أى من قواعد الشفافية وأى حكم من أحاكم القانون المعمول به فى التحكيم التى لا يجوز للأطراف المتنازعة الحيد عنها تكون الغلبة لذلك الحكم(٥٣).

رابعا: تطبيق قواعد الشفافية فى عمليات التحكيم غير المجراة بمقتضى قواعد الأونسيترال للتحكيم:

(٥١) انظر الوثيقة رقم: A/CN.9/ 741 , page 22, 23

(٥٢) انظر الوثيقة رقم: A/CN.9/ 741 , page 23

– انظر أيضاً الوثيقة رقم: A/CN.9/WG II / WP . 172 , page 9

(٥٣) انظر الفقرة الثامنة من المادة الأولى من قواعد الشفافية

أعـرب عـن رأى مفـاده أن تكـون قواعـد الشـفافية متاحـة للإستخدام فى جميع أشكال التحكيم سواء بمقتضى قواعد الأونسيترال للتحكـيم الصـادرة عـن مؤسسـات التحكـيم أو فـى سـياق تحكـيم ظرفى،واتفقت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى على أنه يجدر أن تنص قواعد الشفافية صراحة على إمكانية تطبيقها مقترنة بقواعد تحكيم أخرى أو فى سياق إجراءات تحكيم مخصصة وأوضح أن انطباق هذا الحكم الذى أعد من أجل تبيين إمكانية استخدام قواعد الشفافية بمقتضى مجموعات أخرى من قواعد التحكيم أو فى سياق إجراءات مخصصة مرهون بحرية الطرفين أى عندما يتفق طرفا المعاهدة أو طرفا النزاع على ذلك(٥٤).

وقد جاءت الفقرة التاسعة لتؤكد على هذا الرأي المشار اليه عاليه فنصت على امكانية استخدام قواعد الشفافية في عمليات التحكيم بين المستثمرين والدول التي تستهل بمقتضى قواعد أخرى غير قواعد الأونسيترال للتحكيم أو في اجراءات مخصصة(٥٥).

وفي هذا الاطار وقبل صياغة ذلك الحكم المشار إليه بالفقرة التاسعة للتأكيد على إمكانية استخدام قواعد الشفافية أياً كانت قواعد التحكيم المنطبقة على النزاع قدمت مؤسسات التحكيم تعليقات على ما قد ينشأ من مسائل فى سياق تطبيق قواعد الأونسيترال بشأن

(٥٤) انظر الوثيقة رقم A/68/17, page 8

(٥٥) انظر الفقرة التاسعة من المادة الأولى محل الشرح.

الشفافية على قضايا التحكيم التى تدار بموجب قواعدها التحكيمية فعلى سبيل المثال أفاد معهد التحكيم التابع لغرفة ستوكهولم التجارية أنه لا يتوقع أن يثير مشروع قواعد الشفافية أى مشاكل فيما يتعلق بإجراءات التحكيم التعاهدى بين المستثمرين والدول بموجب قواعد المعهد فى الحالات التى يطبق فيها مشروع قواعد الشفافية[٥٦].

(٥٦) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/WG II / WP . 173 , 19 JULY 2012 , page 2, 11

المبحث الثالث
اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية
في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول
(إتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية)

رغبة من لجنة القانون التجاري الدولي في توسيع نطاق انطباق قواعد الشفافية بحيث يمكن أن تنطبق على المعاهدات الاستثمارية القائمة قبل تاريخ ١نيسان/إبريل٢٠١٤ (وهو تاريخ بدء نفاذ قواعد الشفافية) بوسائل أخرى خلافا للتي سبق النص عليها بالمادة الأولى من قواعد الشفافية [٥٧]. أوصت اللجنة في دورتها السادسة والأربعين المعقودة عام ٢٠١٣ بأن تطبق قواعد الشفافية من خلال آليات مناسبة على التحكيم بين المستثمرين والدول الذي يستهل عملاً بمعاهدات استثمارية أبرمت قبل تاريخ بدء نفاذ قواعد الشفافية طالما كان ذلك التطبيق متسقاً مع المعاهدات الاستثمارية تلك وقررت اللجنة إعداد إتفاقية تهدف إلى تزويد الدول الراغبة في جعل قواعد

([٥٧]) انظر الفقرة الثانية من المادة الأولى من قواعد الشفافية.

* See: Kaufmann-Kohler G, Potestà M (2016) Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap, Geneva Center for International Dispute Settlement, 3 June 2016

الشفافية منطبقة على معاهدات الاستثمار القائمة المبرمة قبل ١ نسيان/إبريل ٢٠١٤ بآلية ناجعة للقيام بذلك(٥٨).

اعتمدت الاتفاقية بموجب قرار اتخذته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ديسمبر ٢٠١٤ وبدأت في النفاذ بتاريخ ١٨ أكتوبر ٢٠١٧(٥٩).

ونتناول في هذا المبحث بالشرح والدراسة نطاق انطباق الاتفاقية في المادة الاولى، وانطباق قواعد الاونسيترال بشأن الشفافية في المادة الثانية، والتحفظات في المادة الثالثة، وصوغ التحفظات في المادة الرابعة، وأخيرا نتناول بالشرح المادة الخامسة المتعلقة

(٥٨) انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم : A/69/496, 7 November, 2014, Page 10

* See also: Flavia Marisi,Op,Cit,page 16,17

* للمزيد من التفاصيل حول أهمية اتفاقية موريشيوس للشفافية أنظر:

The Mauritius Convention Boosting transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, Both ENDS discussion paper April 2019, page4,5 .See olso: CIEL and IISD, 2017. Toward Widespread Ratification of the Mauritius Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. [pdf] Available at: http://www.ciel.org/wp-content/uploads/2017/02/ Mauritius-Briefing-Paper-Final-7FEB17.pdf [Accessed 21 March 2019].

(٥٩) انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم : A/RES/69/116, December, 2014, Page

* وانظر أيضاً صفحة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نصوص الأونسيترال وحالتها على الرابط

www.uncitral.un.org

بالانطباق على دعاوى التحكيم بين المستثمرين والدول على النحو التالي:

أولا:نطاق انطباق الاتفاقية:

وضحت الفقرة الأولى من المادة الأولى من الإتفاقية " نطاق الإنطباق " أنها تنطبق على التحكيم بين المستثمرين والدول أو منظمات التكامل الإقتصادي الإقليمية الذي يجري استناداً إلى معاهدة استثمارية مبرمة قبل ١نيسان/أبريل٢٠١٤ " التحكيم بين المستثمرين والدول ".

أما الفقرة الثانية فقد وضحت المقصود بتعبير " معاهدة استثمارية " أي معاهدة ثنائية أو متعددة الأطراف بما في ذلك أي معاهدة تشار إلهيا عموماً بإتفاق تجارة حرة أو اتفاق تكامل اقتصادي أو اتفاق إطاري أو تعاون في مجال التجارة والاستثمار أو معاهدة استثمارية ثنائية تتضمن أحكام بشأن حماية استثمارات أو مستثمرين وتعطي المستثمرين حق اللجوء إلى التحكيم ضد الأطراف المتعاقدة في تلك المعاهدة الاستثمارية.

وقد أتفق الفريق العامل في دورته الستين على أن يستخدم عبارة " معاهدة استثمارية " فيما يخص المعاهدات الاستثمارية الأصلية التي تنطبق عليها الاتفاقية، وتأييداً لاستخدام عبارة معاهدة استثمارية قيل أنه يفضل في سياق أي إتفاقية استخدام تعبير محدد لا كلمة " معاهدة " الأكثر عمومية وقيل على وجه الخصوص إن

تعبير " معاهدة " سبق أن عرف في إطار إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (لعام ١٩٦٩) وإن من شأن تعريف هذا التعبير على نحو مغاير في إتفاقية الشفافية أن يقضى إلى تشويش وقيل كذلك إن تعبير " معاهدة استثمارية " يبين بوضوح نوع المعاهدة الذي تتناوله الاتفاقية(٦٠). و اكد الفريق العامل أن تعبير " معاهدة " المعرف في قواعد الشفافية وتعبير " معاهدة استثمارية " المعرف في اتفاقية الشفافية يحملان المعنى ذاته وأن التباين الطفيف في تعريفهما ناشئ عن الحاجة إلى توفير إرشادات لمستعملي القواعد على أن يدرج تعريف دقيق في الإتفاقية(٦١).

وأدرجت عبارة " مبرمة " قبل ١ نيسان/إبريل ٢٠١٤ بالفقرة الأولى من المادة محل الشرح عملاً بما قرره الفريق العامل في دورته الستين بألا تتناول الإتفاقية إلا انطباق قواعد الشفافية على المعاهدات الاستثمارية الموجودة(٦٢).

ثانيا: انطباق قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية:

جاءت المادة الثانية من الإتفاقية لتتبادل الالتزامات الموضوعية للأطراف بمقتضى اتفاقية الشفافية.

---

(٦٠) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/799, 13 February, 2014, Page 8.

(٦١) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/812, 4 March 2014,Page12.

(٦٢) انظر المرجع السابق، ص 12.

وقد كانت مناقشات الفريق العامل حول هذه المادة قبل صياغتها تدور حول مسألتين عامتين هما أنه بموجب المادة الأولى تنطبق إتفاقية الشفافية عندما يكون أطراف في معاهدة استثمارية ذات صلة أطراف متعاهدة أيضاً في إتفاقية الشفافية وكمسألة عامة ثانية نظر الفريق العامل فيما إذا كانت موافقة طرف متعاقد على الإلتزام باتفاقية الشفافية (سواء عن طريق التصديق أو الإنضمام أو القول أو الموافقة) تعتبر عرضاً أحادي الجانب موجهاً إلى مستثمر يستهل مطالبه بموجب معاهدة استثمارية ذات صلة عندما لا تكون الدولة موطن هذا المستثمر طرفاً في اتفاقية الشفافية بأن يقبل هذا المستثمر تطبيق قواعد الشفافية وقيل تأييداً لوجهة النظر التي مفادها أنه ينبغي اعتبار اتفاقية الشفافية عرضاً أحادي الجانب من طرف متعاقد إن هذه الأحادية هي أساس أغلب عروض استهلال المطالبات بين المستثمرين والدول وإن من شأنها أن توسع من نطاق تطبيق قواعد الشفافية(٦٣).

وعلى ذلك قدم اقتراح بإدراج حكمين منفصلين في إتفاقية الشفافية بشأن تطبيق قواعد الشفافية ويقضى الحكم الأول بتطبيق قواعد الشفافية عندما يكون كل من الدولة موطن المستثمر والدولة المدعي عليها طرفاً متعاقداً في إتفاقية الشفافية ويقضي الحكم الثاني

(٦٣) انظر الوثيقتين رقمي: A/CN.9/794, Page 7, 8. ،A/CN.9/ 784, Page10

بأن اتفاقية الشفافية تعتبر عرضاً أحادي الجانب من طرف متعاقد على النحو الموضح عاليه[٦٤].

فبينت الفقرة الأولى من المادة الثانية الإنطباق الثنائي أو متعدد الأطراف فجاء حكمها بأن تنطبق قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية على أي تحكيم بين المستثمر والدولة يكون فيه المدعي عليه طرفاً لم يبد تحفظاً بهذا الشأن بمقتضى الفقرة الفرعية (١)(أ) أو الفقرة الفرعية (١)(ب) من المادة الثالثة ويكون فيه المدعي من دولة طرف لم تبد تحفظاً بهذا الشأن بمقتضى الفقرة ١(أ) من المادة الثالثة سواء أقيمت دعوى التحكيم بمقتضى قواعد الأونسيترال للتحكيم أم لا.

ومن ثم وبمقتضى الفقرة (١) محل الشرح لا تنطبق قواعد الشفافية في إطار الإتفاقية إلا إذا كان طرفا النزاع ينتميان إلى طرفين في الإتفاقية ولم يكن أي من هذين الطرفين أبدى تحفظاً سارياً على ذلك النزاع بمقتضى المادة (٣)(أ) ولم يكن المدعي عليه قد أبدى تحفظا ساريا على ذلك النزاع بمقتضى المادة٣(١)(ب)[٦٥].

([٦٤]) انظر الوثيقة رقم: A/CN.9/794, Page 8.

([٦٥]) انظر المرجع السابق، ص 14.

* ومن الجدير بالذكر أن الفقرة محل الشرح استخدمت مصطلح "طرفا" ومصطلح" دولة طرف"ووفقا للمادة الثانية فقرة (١)(ز) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ يعرف الطرف على أنه الدولة التي رضيت الالتزام بالمعاهدة وكانت المعاهدة نافذة بالنسبة اليها وكان يفضل استخدام مصطلح "الدولة المتعاقدة"الذي عرفته المادة الثانية فقرة ١(و) بأنها الدولة التي رضيت الالتزام بالمعاهدة سواء دخلت حيز التنفيذ أم لم تدخل وهو ما كان سوف يؤدي الى التوسع في انطباق قواعد الشفافية.

ثم جاءت الفقرة الثانية بحكم يتعلق بعرض التطبيق المقدم من جانب واحد فبينت أنه في حالة عدم انطباق قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية على التحكيم بين المستثمر والدولة بمقتضى الفقرة ١ من المادة الأولى سالفة الذكر ويوافق فيه المدعي على تطبيق قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية سواء أقيمت دعوى التحكيم بمقتضى قواعد الأونستيرال للتحكيم أم لا.

ومما لا شك فيه أن هذه الفقرة توسع من نطاق انطباق قواعد الشفافية، فالفرض هنا أن المدعي عليه طرفاً في الإتفاقية (اتفاقية الشفافية) ولم يبد تحفظاً بشأن انطباق قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية والمدعي ليس طرفاً في الاتفاقية إلا إنه يوافق على تطبيق قواعد الأونسيترال للشفافية ففي هذه الحالة تسري قواعد الشفافية بناء على عرض التطبيق المقدم من جانب المدعي عليه وموافقة المدعي. ثم جاءت الفقرة الثالثة لتوضح ما هي الصيغة المنطبقة من قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية فنصت على أنه: " في حالة انطباق قواعد الانسيترال بشأن الشفافية بمقتضى الفقرة ١،٢ تنطبق أحدث صيغة من تلك القواعد لا يكون المدعي عليه قد أبدى تحفظا عليها بمقتضى الفقرة (٢) من المادة (٣) ". وقد نصت هذه الفقرة على " في حالة تنقيح قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية يجوز للطرف أن يعلن في غضون سته أشهر من تاريخ اعتماد ذلك التنقيح أنه لن يطبق تلك الصيغة المنقحة من القواعد" .

وأعرب بعض الوفود عن شاغل بشأن الصيغة التي تجسد قواعد الشفافية حيث ذكرت أنه يمكن تنقيحها من وقت إلى آخر مما قد لا يوفر اليقين الكافي بشأن نطاق تطبيق اتفاقية الشفافية في حالة تنقيح القواعد ورداً على ذلك قيل أن قواعد الشفافية هي معيار جديد لا ينبغي لاتفاقية الشفافية أن تنفي إمكانية تحديثها و من أجل التصدي للشواغل التي أعرب أقترح أن تتيح اتفاقية الشفافية للطرف المتعاقد حق صوغ تحفظ يحول دون تطبيق القواعد المعدلة إذا رغب في ذلك(٦٦).

وتنص الفقرة الرابعة من المادة محل الشرح إلى أنه لا تنطبق الجملة الأخيرة من الفقرة (٧) من المادة (١) من قواعد الأونستيرال بشأن الشفافية على دعاوى التحكيم بين المستثمرين والدول التي تقام بمقتضى الفقرة (١) من الاتفاقية.

وتهدف هذه الفقرة إلى ضمان ألا تقضي الجملة الأخيرة من الفقرة (٧) من المادة (١) من قواعد الشفافية التي تنص على أنه: " بصرف النظر عن أي حكم في هذه القواعد وحيثما يكون هناك تضارب بين قواعد الشفافية والمعاهدة تكون الغلبة لأحكام المعاهدة " إلى إبطال مفعول اتفاقية الشفافية وتقويض غرضها ولا تنطبق الفقرة الرابعة محل الشرح على العروض الأحادية الجانب بمقتضى المادة

(٦٦) انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/794, Page 20.
وأنظر أيضاً الوثيقة رقم A/CN.9/WG.II/WP.179, Page 5.

(٢) فقرة (٢) من الإتفاقية وسبب عدم سريان هذه الفقرة محل الشرح على الفقرة ٢ من المادة ٢ من الاتفاقية لأن الفقرة ٢ نصت على عرض أحادي الجانب يقدمه الطرف المتعاقد المدعي عليه بان يجري التحكيم بصورة شفافة ومن ثم فان قواعد الشفافية ستنطبق باتفاق الطرفين المتنازعين ومن ثم فان المادة ١ فقرة ٧ من قواعد الشفافية لن تقف حائلا أمام تطبيقها[٦٧].

فعلى سبيل المثال تلزم إتفاقية الشفافية كل طرف متعاقد بتطبيق قواعد الشفافية ولكن المادة (٧) من قواعد الشفافية تنص على أنه إذا تعارضت قواعد الشفافية مع معاهدة الاستثمار ذات الصلة فإن الغلبة تكون لأحكام معاهدة الاستثمار ومن ثم إذا حددت معاهدة استثمار ما معيار شفافية أدنى من المعيار المنصوص عليه في قواعد الشفافية فإن المعيار الأدنى هو الذي تكون له الغلبة[٦٨]، وهو ما يبطل بالفعل الهدف الأساسي الذي تم من أجله إبرام إتفاقية الشفافية وهو سريان وإنطباق قواعد الأونسيترال للشفافية على المعاهدات الاستثمارية المبرمة قبل ١نيسان/ أبريل٢٠١٤.

وعلى ذلك فإن اتفاقية الشفافية بوصفها معاهدة تالية وفقاً للمادة (٣٠) من اتفاقية فيينا ستكون لها الغلبة في حدود أي تعارض

---

(٦٧) انظر الوثيقتين رقمي: A/CN.9/812, Page 15. و A/CN.9/799, Page

(٦٨) انظر الوثيقة رقم: A/CN.9/794, Page 17.

ينشأ على أي نظم شفافية سابقة منصوص عليها في معاهدات استثمار تنطبق عليها اتفاقية الشفافية وسوف يتعين على الأطراف المتعاقدة التي ترغب في تطبيق معيار شفافية أعلى أو مختلف منصوص عليه في معاهدات استثمار قائمة أن تستبعد معاهدات الاستثمار هذه من تطبيق اتفاقية الشفافية[٦٩].

فطبقا للفقرة الثالثة من المادة (٣٠) من اتفاقية فيينا أنه إذا كان كل الأطراف في المعاهدة السابقة أطرافاً كذلك في المعاهدة اللاحقة دون أن تكون المعاهدة السابقة ملغاة أو معلقة طبقاً للمادة (٥٩) فإن المعاهدة السابقة تنطبق فقط على الحد الذي لا تتعارض فيه نصوصها مع نصوص المعاهدة اللاحقة.

وتنص الفقرة الخامسة على أن تتفق الأطراف في هذه الإتفاقية على أنه لا يجوز للمدعي أن يستظهر بحكم الدولة الأولى بالرعاية التماسا لتطبيق قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية أو تجنباً لتطبيقها بمقتضى هذه الإتفاقية.

وكان اقتراح نص الفقرة محل الشرح كالتالي: " لا يجوز للمدعي أن يبطل تطبيق قواعد الشفافية عن طريق الاستظهار بأحكام معاهدة أخرى على أساس بند الدولة الأولى بالرعاية ". واقترح أيضاً

([٦٩]) انظر المرجع السابق، ص١٨.

– انظر المادة ٣٠ من اتفاقية فيينا للمعاهدات لعام ١٩٦٩

إدراج نص للتعبير عن الاحتمال المضاد أي عندما يحاول مدعي أقام دعواه بموجب معاهدة استثمار مستثناة من تطبيق إتفاقية الشفافية أن يستخدم بند الدولة الأولى بالرعاية لإجازة تطبيق قواعد الشفافية على عملية التحكيم الخاصة به رغم ذلك التحفظ. (٧٠).

وأشير إلى أن ممارسات التحكيم ليست متماثلة فيما يتعلق بإمكانية تطبيق البنود الخاصة بالدولة الاولى بالرعاية على الامور الاجرائية والى أنه لا يمكن ولا ينبغي بأي حال من الأحوال تفسير مداولات الفريق العامل بشأن هذه المسألة على أنها اتخاذ لموقف بشأن ما إذا كانت البنود الخاصة بالدولة الأولى بالرعاية تنطبق على إجراءات تسوية المنازعات بموجب المعاهدات الاستثمارية(٧١).

إن تقرير ما إذا كان حكم الدولة الأولى بالرعاية قابلاً للتطبيق على أحكام تسوية المنازعات أم لا هي مسألة تفسير للمعاهدات يتوقف جوابها على كل معاهدة بعينها لها خصوصيتها التي ينبغي أن

*شرط الدولة الاولى بالرعاية هو حكم يرد في معاهدة توافق دولة ما بموجبه على أن تمنح الشريك المتعاقد الاخر معاملة لا تكون أقل مؤاتاة من تلك التي تمنحها لدولة أخرى أو دول ثالثة وقد كان هذا الحكم بمثابة شكل مبكر وخاص لشرط عدم التمييز ويرجع منشؤه الى بواكير معاهدات الصداقة والتجارة والملاحة. لمزيد من التفصيل بشأن شرط الدولة الاولى بالرعاية أنظر تقرير لجنة القانون الدولي الجمعية العامة للامم المتحدة عن أعمال دورتها الستين، ص٢٠٥

(٧٠)انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/794, Page 26.

(٧١)انظر الوثيقة رقم: A/CN.9/WG.II/WP.181, Page 15.

توضع في الاعتبار وتثور مسألة التفسيرهذه كما هو الحال في غالبية القضايا عندما لا تكون أحكام الدولة الأولى بالرعاية في معاهدات الاستثمار القائمة صريحة فيما يتعلق بإدراج شروط تسوية المنازعات أو استبعادها(٧٢).

لذا فإن إتفاقية الشفافية قد أحسنت صنعاً حينما نصت في فقرتها الخامسة محل الشرح على أنه لا يجوز للمدعي أن يستظهر بحكم الدولة الأولى للرعاية التماساً لتطبيق قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية أو تجنيباً لتطبيقها بمقتضى اتفاقية الشفافية وبذلك لم تترك المسألة إلى تفسير المعاهدة الاستثمارية.

ثالثا: التحفظات:

(٧٢)انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/67/10, Page 164.

* في بعض الحالات تدلي الدول ببيانات عند توقيع معاهدة أو التصديق عليها أو قبولها أو إقرارها أو الإنضمام إليها بكلمة ستحكم تلك البيانات " تحفظات " أو " إعلانات " أو " تفاهمات " أو " إعلانات تفسيرية " أو " بينات تفسيرية " وأي بيان من تلك البيانات يرمي إلى استبعاد أو تعديل الآثار القانونية لحكم معين من أحكام المعاهدة على الطرف المتعلق هو في الواقع تحفظ بغض النظر عن طبعته أو تسميته وفقاً للمادة (١/٢/و) من إتافية فيينا. انظر الوثيقة رقم: A/CN.9/WG.II/WP.179, 1 August, 2013, Page 5.

* تنص المادة (١/٢/د) من إتفاقية فيينا على: " أن لأغراض هذه الإتفاقية (أ)..... (ب)..... (ج)..... (د) يقصد بتحفظ إعلان من جانب واحد أياً كانت صيغته أو تسميته تصدره دولة ما عند توقيعها أو تصديقها أو قبولها أو إقرارها أو إنضمامها إلى معاهدة مستهدفة به استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة من حيث سريانها على تلك الدولة ".

ثم جاءت المادة الثالثة من الاتفاقية بعنوان التحفظات فنصت فقرة (١/أ) على أنه يجوز لطرف أن يعلن أنه لن يطبق هذه الإتفاقية على التحكيم بين المستثمر والدولة بمقتضى معاهدة استثمارية معينة تحدد بعنوانها بأسماء الأطراف المتعاقدة فيها[٧٣].

وفيما يتعلق بهذه الفقرة اتفق الفريق العامل على أنه سيكون مخالفاً للولاية التي أسندتها اللجنة إلى الفريق العامل أن ينص على أن اتفاقية الشفافية لا تنطبق إلا على المعاهدات الاستثمارية التي تحددها الدول أو منظمات التكامل الاقتصادي الإقليمية تحديداً صريحا وقت اعتماد الإتفاقية فالأصح هو أن يترك للدول الراغبة في استبعاد بعض المعاهدات الاستثمارية من نطاق انطباق اتفاقية الشفافية أن تدرج في تحفظاتها قائمة بالمعاهدات المستبعدة[٧٤].

ونصت الفقرة الفرعية (ب) على أن يجوز لطرف أن يعلن الفقرتين (١، ٢) من المادة (٢) لا تنطبقان على التحكيم بين المستثمر والدولة الذي تستخدم فيه مجموعة معينة من قواعد أو إجراءات التحكيم غير قواعد الأونسيترال للتحكيم ويكون فيه هو المدعي عليه كما نصت الفقرة الفرعية (ج) من الفقرة (١) من المادة (٣) محل الشرح على أنه يجوز لطرف أن يعلن أن الفقرة (٢) من

---

(٧٣) وفقاً للمادة (٢/١/و) من إتفاقية فيينا للمعاهدات يقصد " بالطرف " الدولة التي رضيت الإلتزام بالمعاهدة وكانت المعاهدة نافذة بالنسبة إليها.

(٧٤)انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/812, Page 16.

المادة (٢) لا تنطبق في التحكيم بين المستثمر والدولة الذي يكون فيه هو المدعي عليه[٧٥].

وفيما يتعلق بمسألة التحفظات 'طرح اقتراحان بأن يكون انطباق اتفاقية الشفافية على أساس تبادلي بين الأطراف المتعاقدة في الإتفاقية وتحديداً أن يشترط لإنطباق قواعد الشفافية أن يكون المدعي عليه والمدعي طرفين في الإتفاقية وألا يكون أياً منهما قد أبدى تحفظاً بشأنها ويقضي الإقتراح الآخر بألا يمنع التحفظ من جانب المدعي تطبيق قواعد الشفافية من جانب المدعي عليه الذي لم يبد تحفظاً بشأنها[٧٦].

وأعرب عن رأي أخر مؤيد لتبادلية التحفظات مفاده أن انعدام التبادلية من شأنه أن يتعارض مع المادة ٢١ فقرة ١ من اتفاقية فيينا ومن ثم فهو غير مستحسن ورداً على ذلك قيل أن النص على أن التحفظ لا ينطبق إلا على الطرف المتعاقد الذي أبدى ذلك التحفظ لا على الطرف المتعاقد الذي لم يبد نفس التحفظ لا يتعارض مع المادة ٢١ الفقرة ١ من اتفاقية فيينا وقيل أيضاً أن هذا ليس معيارا قانونياً لاتفاقية فيينا يحدد نطاقها لأن التحفظات في اتفاقية فيينا لا يلزم أن تكون تبادلية[٧٧].

([٧٥])انظر الفقرتين (١، ٢) من المادة (٢) من الإتفاقية.

([٧٦])انظر الوثيقة رقم: A/CN.9/799, Page 9.

([٧٧])انظر المرجع السابق، ص١٠.

وبعد المناقشات اتفق الفريق العامل على اعتماد شرط التبادلية فيما يتعلق بالتحفظات المندرجة في إطار المادة (٥/١/أ) وهى المادة الواردة في مشروع الإتفاقية المقابلة للمادة (٣/١/أ) محل الشرح [٧٨] وكانت تنص على: " ١- يجوز للطرف المتعاقد أن يعلن: أ- أن معاهدة (استثمارية) بعينها تحدد هويتها بواسطة عنوانها وأسماء الأطراف في تلك المعاهدة (الاستثمارية) وتاريخ إبرام تلك المعاهدة (الاستثمارية) لا تخضع لهذه الاتفاقية "[٧٩].

ونحن من جانبنا نؤيد ما إنتهى إليه الفريق العامل من اعتماد تبادلية التحفظات أخذاً بالرأي الذي ذهب إلى أن إنعدام التبادلية من شأنه أن يتعارض مع نص المادة (٢١) من اتفاقية فيينا فلا يشترط

- تنص المادة (٢١) من اتفاقية فيينا على أن: " ١- يكون للتحفظ المبدي في مواجهة طرف آخر وفقاً للمواد 19 ، 20 ، 23 الآثار الآتية: (أ) يعدل بالنسبة للدولة المتحفظة في علاقاتها بالطرف الآخر نصوص المعاهدة التي يتعلق بها التحفظ إلى الحد الذي ينص عليه.

(ب) يعدل نفس النصوص بالقدر نفسه بالنسبة لذلك الطرف في علاقاته بالدولة المتحفظة.

٢- لا يعدل التحفظ نصوص المعاهدة بالنسبة للأطراف الأخرى علاقاتها ببعضها البعض.

٣- إذا لم تمانع الدولة المعترضة على التحفظ في دخول المعاهدة حيز النفاذ بينها وبين الدولة المتحفظة فلا تسري بين الدولتين النصوص التي يتعلق بها التحفظ إلى الحد الذي ينص عليه.

٤- إذا لم تمانع الدولة المعترضة على التحفظ في دخول المعاهدة حيز التنفيذ بينها وبين الدولة المتحفظة يكون للتحفظ الآثار المنصوص عليها في الفقرتين (١)، (٢).

([٧٨])انظر المرجع السابق، ص٢٢.

([٧٩])انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/WGII/WP.181, 27 November, 2013 Page 7.

لكي ينتج التحفظ أثره أن يكون كلا الطرفين المتنازعين أبدياه إنما يكفي أن يكون قد أبداه أحدهما فلو أن المدعي عليه علي سبيل المثال استبعد معاهدة استثمارية ما من نطاق تطبيق اتفاقية الشفافية فلا يلزم أن يكون المدعي قد استبعد ذات المعاهدة لكي ينتح هذا التحفظ أثره.

وقد أوضح والدوك في هذا الصدد أن" التحفظات تسري دائما في كلا الاتجاهين"واعتبر Dionisioأن العلاقات بين الدولة المتحفظة والدول الأخرى تعامل الأحكام التي يتعلق بها التحفظ كما لو كانت لا تشكل جزء من المعاهدة(٨٠).

وفي التعليق على مشروع الفقرة (١/٣/ب) محل الشرح ذكر أن مفعول التحفظ المنصوص عليه في المادة (١/٥/ب) من مشروع الفقرة محل الشرح هو قصر تشغيل اتفاقية الشفافية على خيارات التحكيم الذي يجري بموجب مجموعات معينة من قواعد التحكيم الواردة في المعاهدات الاستثمارية الخاصة بالطرف المتعاقد المتحفظ

(80) See:"General Course on Public International Law", Recueil des cours de l'Académie du droit. international de la Haye (RCADI), vol. 106, (1962-II), p. 87.
- See: " (Corso di diritto internazionale, vol. 1 (Introduzione – Teorie generali), Padova: CEDAM, " 1955), p. 335.
– وللمزيد من التفاصيل في هذا الشأن أنظر د/ أحمد أبوالوفا ،الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، ٢٠١٦، ص١٢٣

علماً بأن قواعد التحكيم للاونسيترال مستبعدة من نطاق ذلك التحفظ(٨١).

وفيما يتعلق بالفقرة (٣/ ١ /ج)بشأن إبداء الطرف تحفظاً على أحكام المادة (٢) فقرة (٢) بما يعني ذلك أن الطرف في المعاهدة لا يرغب في تقديم عرض أحادي الجانب في إطار الاتفاقية لتطبيق قواعد الشفافية وقد أكد الفريق العامل أن إبداء تحفظ من هذا القبيل لن يكون متضارباً مع موافقة ذلك الطرف على تطبيق قواعد الشفافية على عملية تحكيم معينة وفقاً لأحكام المادة (١/٢/أ) من تلك القواعد(٨٢).

ثم جاءت الفقرة الثانية من المادة الثالثة بحكم يوضح مدى انطباق قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية بعد تنقيحها وتحديثها من وقت لآخر فنصت على: " في حال تنقيح قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية يجوز للطرف أن يعلن في غضون ستة أشهر من تاريخ اعتماد ذلك التنقيح أنه لن يطبق تلك الصيغة المنقحة من القواعد ".

---

(٨١)انظر الوثيقة A/CN.9/WGII/WP.181 ,Page17.

(٨٢)انظر الوثيقة رقم: A/CN.9/812, Page 17.

* تنص المادة ١ فقرة ٢(أ) من قواعد الشفافية على" في عمليات التحكيم بين المستثمرين والدول التي تستهل بمقتضى قواعد الأونستيرال للتحكيم عملاً بمعاهدة مبرمة قبل إنيسان/أبريل/٢٠١٤ لا تنطبق هذه القواعد إلا في الحالتين التاليتين: (أ) إذا اتفق طرفا التحكيم (الطرفان المتنازعان) على تطبيقها على ذلك التحكيم.

وتوضح هذه الفقرة ما هى صيغة قواعد الشفافية التي تجدر أن تنطبق في حال إجراء تنقيحات متتالية لقواعد الشفافية أي أن هذا الاقتراح يوضح أن الصيغة التي تنطبق هى أحدث صيغة للقواعد لا يكون أي من الطرفين قد أبدى تحفظاً عليها أو في حال وجود عرض أحادي الجانب تنطبق أحدث صيغة للقواعد يوافق عليها المدعي عليه ويكون المدعي قد وافق عليها(٨٣).

أما الفقرة ٣ فقد وضعت إمكانية إبداء تحفظات في صك واحد في إطار التحفظات الواردة في الفقرة (١، ٢) والسابق تناولهما وإذا حدث مثل هذا الأمر بأن أبدى عدة تحفظات في صك واحد فإن كل تحفظ يعد تحفظ مستقل قابل للسحب على نحو مستقل دون أن تتأثر به باقي التحفظات وذلك بمقتضى الفقرة (٦) من المادة الرابعة والتي تنص على: "يجوز لأي طرف يبدي تحفظاً بمقتضى هذه الإتفاقية أن يسحب تحفظه في أي وقت ويودع ذلك السحب لدى الوديع ويبدأ سريانه حال إيداعه "(٨٤).

(٨٣)انظر الوثيقة رقم: .A/CN.9/799, Page 14.

(٨٤)انظر الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من الإتفاقية.

– أنظر ايضا نص المادة ٢٢ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩ بشأن قانون المعاهدات ولمزيد من التفاصيل حول سحب التحفظات أنظر د/ صلاح الدين عامر، المرجع السابق ص٢٨٧

وجاءت الفقرة الرابعة بحصر التحفظات التي يمكن لطرف إبدائها في التحفظات الواردة بالمادة الرابعة المشار اليها حصراً ولا يجوز لأي طرف إبداء تحفظ آخر بخلافها[٨٥].

ولم يحظ بالتأكيد رأي ذهب إلى عدم ضرورة الفقرة (٤) محل الشرح وقيل في ذلك إن هناك إشارة واضحة إلى توافق الآراء على أن التحفظات المدرجة ينبغي أن تكون هى التحفظات الوحيدة[٨٦].

رابعا:صوغ التحفظات:

نظمت المادة الرابعة من الإتفاقية أحكام تتعلق بصياغة التحفظات فأجازت الفقرة الأولى للطرف أن يبدي تحفظات في أي وقت باستثناء التحفظ الذي تنص عليه الفقرة (٢) من المادة (٣) تلك الفقرة التي حددت توقيت للتحفظ لا يجوز إبداءه بعده فقد أجازت للطرف أن يعلن في غضون ستة أشهر من تاريخ اعتماد الصيغة المنقحة أو الحديثة من قواعد الأونسيترال للشفافية أنه لن يطبق تلك الصيغة المنقحة.

وجاءت الفقرة الثانية لتوضيح أن التحفظات التي تبدى وقت التوقيع خاضعة للتأكيد عند التصديق أو القبول أو الإقرار ويبدأ

---

(٨٥)انظر الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من الإتفاقية.

(٨٦)انظر الوثيقة رقم: .A/CN.9/794, Page 31.

سريان تلك التحفظات بالتزامن مع بدء نفاذ هذه الإتفاقية فيما يخص الطرف المعني[٨٧].

إذا كانت الفقرة السابقة تتعلق بالتحفظات التي تبدي وقت التوقيع على الاتفاقية فإن الفقرة الثالثة تتعلق بالتحفظات التي تبدى وقت التصديق على الإتفاقية أو قبولها أو إقرارها أو الإنضمام إليها فقد تكون هناك فترة زمنية بين التوقيع وبين التصديق أو القبول أو الإقرار فقد وضحت الفقرة الثالثة أن مثل هذه التحفظات التي تبدى وقت التصديق أو القبول أو الإقرار يبدأ سريانها بالتزامن مع بدء نفاذ الإتفاقية فيما يخص الطرف المعني أي بدء نفاذ الإتفاقية في حق ذلك الطرف الذي أبدى التحفظ.

([٨٧])انظر الفقرة الثانية من المادة الرابعة من الإتفاقية.

– ووفقاً للمادة الثانية (١/ب) من اتفاقية فيينا للمعاهدات يقصد بـ" التصديق " و "القبول " و " الموافقة " و " الإنضمام " الإجراء الدولي المسمى كذلك والذي تقر الدولة بمقتضاه على المستوى الدولي رضاها الإلتزام بالمعاهدة.

* وتعتبر الفقرة محل الشرح تطبيقاً لحكم الفقرة (٢) من المادة (٢٣) من إتفاقية فيينا والتي تنص على: " ١-..... ٢- إذا ابدى التحفظ وقت التوقيع على المعاهدة الخاضعة للتصديق أو القبول أو الموافقة فيجب أن تثبته الدولة المتحفظة رسمياً لدى التعبير عن رضاها الإلتزام بالمعاهدة وفي مثل هذا الحال يعتبر التحفظ قد تم من تاريخ تثبيته ". لمزيد من التفاصيل انظر تقرير لجنة القانون الدولي الدورة الثالثة والستون، الجمعيةالعامة الوثائق الرسمية الدورة السادسة والستون الملحق رقم ١٠ ، وثيقة رقم A/66/10/Add.1, Page 225=.

=– أنظر أيضا: سمير محمد سالم الطروانة، التحفظ على المعاهدات الدولية في ضوء قواعد القانون الدولي العام،رسالة ماجستير ،جامعة مؤته كلية الحقوق الأردن،٢٠١٣.

وهذه الفقرة تم إدراجها أثناء النظر في وضع الصيغة النهائية لمشروع الإتفاقية من خلال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وقيل أن هذا الحكم سيكون أكثر اتساقاً مع سائر الأطر الزمنية المنصوص عليها في المادة الرابعة(٨٨).

ثم جاءت الفقرة الرابعة لتضع أحكام بشأن التحفظ الذي يبدى بعد بدء نفاذ الاتفاقية، وبينت أن التحفظ الذي يودع بعد بدء نفاذ الاتفاقية فيما يخص الطرف الذي أبدى ذلك التحفظ يبدأ سريانه بعد اثنى عشر شهراً من تاريخ إيداعه واستثنت الفقرة التحفظ الذي يبديه طرف بمقتضى الفقرة (٢) من المادة (٣) الذي يبدأ سريانه حال إيداعه والذي يتعلق بعدم تطبيق الصيغة المنقحة أو الحديثة من قواعد الأونسيترال للشفافية.

وقد اتفق الفرق العامل أثناء مناقشة صياغة الفقرة الرابعة على أنه إذا سمح بتقديم تحفظات بعد الانضمام وهو أمر لا يزال يحتاج إلى مزيد من المداولات ينبغي اشتراط انقضاء فترة سنة واحدة من تاريخ تلقي الوديع الإشعار لكي يدخل التحفظ حيز النفاذ وقد ارتئى أن تلك الفقرة طويلة بما يكفي لمنع إساءة الاستعمال(٨٩).

---

(٨٨)انظر الوثيقة رقم: A/69/17, Page 13.

(٨٩)انظر الوثيقة رقم: A/CN.9/WG.11/WP.181, Page 18.=

=وقد ذهب الأستاذ الدكتور/ أحمد أبوالوفا في هذا الشأن الى أنه يجب إبداء التحفظ وقت التوقيع او التصديق على المعاهدة أو الانضمام اليها كما أن التحفظ الذي تم إبداءه وقت التوقيع يجب تاكيده وإلا اعتبر كأن لم يكن وعلى ذلك لا يجوز ابداء تحفظ بعد ارتباط الدولة

وأعرب عن شاغل أثناء مناقشة صياغة تلك الفقرةمفاده أنه يمكن لطرف متعاقد بموجب ذلك الحكم أن يبدي تحفظاً على معاهدة معينة إذا صار من المتوقع نشوء منازعة استثمارية في إطارها ولمعالجة هذا الشاغل قدم خيار بشأن توقيت التحفظات يتمثل في ترك مسألة التوقيت مفتوحة كلياً بحيث يمكن إبداء التحفظات أو إصدار الإعلانات في أي وقت ولكن سيلزم حينئذ إنشاء آلية زمنية على الأقل لمنع إساءة الاستخدام (كأن تدخل الإعلانات أو التحفظات حيز النفاذ بعد فترة زمنية محددة بعد اشعار الوديع بها)[٩٠].

وهو ما تم الأخذ به بالفعل وفقاً للفقرة الرابعة من المادة محل الشرح[٩١].

نهائيا بالمعاهدة لان ذلك يرقى الى تعديل المعاهدة وهو ما لايجوز الا باتباع الاجراءات المنصوص عليها في المعاهدة بشأن تعديلها ولا شك أن بعد ايداع الدولة لوثيقة تصديقها على المعاهدة أو انضمامها اليها فانها لا تستطيع أن تبدي بعد ذلك تحفظات عليها ولا يستثنى من اذلك سوى أمرين:١_ أن تنص المعاهدة على امكانية ذلك ٢-أن توافق جميع أطراف المعاهدة على قبول وضع التحفظ عند عدم وجود نص أو بالمخالفة لنص صريح يمنعه.

أنظر في ذلك د/ أحمد أبو الوفا، ،المرجع السابق، ص١٢٥

(٩٠)انظر الوثيقة رقم: .A/CN.9/794, Page 26.

(٩١)انظر الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من الاتفاقية.

وتنص الفقرة السادسة على أنه يجوز لأي طرف يبدي تحفظاً بمقتضى هذه الإتفاقية أن يسحب تحفظه في أي وقت ويودع ذلك السحب لدى الوديع ويبدأ سريانه حال إيداعه.

وقد سبق وأن اقترح ضرورة تقصير الفترة الزمنية اللازمة ليبدأ نفاذ السحب الذي يوفر مزيداً من الشفافية والنص في الوقت نفسه على فترة قدرها اثنى عشر شهراً لكي يبدأ نفاذ التعديل أو السحب الذي يقلل من الشفافية ورداً على ذلك قيل أن هذا الإقتراح يثير شواغل عملية بشأن ما إذا كان بمقدور وظيفة الوديع أن تتعامل مع حكم من هذا القبيل وأن هذا الإقتراح يثير مصاعب عملية وما يحتمل أن يلقيه من عبء على الوديع وأنه قد يكون هناك خيار أبسط بكثير ويمكن أن يلقى استحساناً أكبر هو النص على مدة زمنية واحدة تطبق على كلا نوعي التعديلات والسحوب وتأييداً لهذا الرأي قيل إن البساطة وسهولة التطبيق العملي هما مزيتان مفيدتان وخصوصاً بالنظر إلى ما للاتفاقية من آثار مباشرة في عمليات التحكيم ذات الصلحة[٩٢].

واتفق الفرق العامل على أن السحب الذي يوفر مزيداً من الشفافية يجدر أن يبدأ سريانه فوراً أما جميع التعديلات الأخرى

([٩٢])انظر الوثيقة رقم: .N/CN.9/799, Page 16 , 17.

ليجدر أن يبدأ سريانها بعد أثنى عشر شهراً من تلقي الوديع تبليغاً بها للحيلولة دون إساءة الاستعمال(٩٣).

وعلى أنه حال فإن سحب التحفظ يبدأ سريانه حال إيداعه سواء كان السحب يزيد من الشفافية أو يقلل منها؛ فالفقرة السادسة محل الشرح جاءت مطلقة فلم تفرق بين سحب يؤديالى مزيد من الشفافية وسحب يقلل الشفافية كما أن سريان السحب حال إيداعه يجد أصله وسنده فيما نصت عليه الفقرة الثالثة (أ) من المادة (٢٢) من إتفاقية فيينا للمعاهدات على أنه: " ١- ..... ٢- ..... ٣- ما لم تنص المعاهدة أو يتفق على خلاف ذلك: (أ) لا يصبح سحب التحفظ سارياً بالنسبة لدولة متعاقدة أخرى ما لم تتعلق الدولة إشعاراً بذلك.

ولم تنص إتفاقية الشفافية على مدة لبدء سريان التحفظ بل أتفقت على سريانه حال إيداعه لدى الوديع .

ومن الجدير بالذكر أن هذه الفقرة قد خلت من الإشارة إلى السحب الجزئي للتحفظ إذ أن حكم من هذا القبيل قد يوقر مزيد من الشفافية إلا أن عدم النص على حكم السحب الجزئي للتحفظ لا يمنع من تطبيقه.

(٩٣)انظر الوثيقة رقم: .N/CN.9/812, Page 18.

فعند صياغة لجنة القانون الدولي لمشروع المواد المتعلقة بقانون المعاهدات أقترح السير همفري والدوك اعتماد مشروع مادة تضع السحب الكامل والسحب الجزئي للتحفظات على قدم المساواة وبعد أن نظرت لجنة الصياغة في مشروع النص عرض من جديد على الجلسة العامة وهو خال من أي إشارة لإمكانية السحب الجزئي للتحفظ ولا تسمح محاضر الجلسات استنتاج هذا التعديل والأرجح أن السحب الجزئي بدا لها من الأمور البديهية لأن من يقدر على الكثير يقدر على القليل وكلمة سحب يجب أن تفسر على الأرجح في ظل الصمت المميز في التعليق على أنها تعني " السحب الكامل أو الجزئي "[٩٤].

خامسا: الانطباق على دعاوى التحكيم بين المستثمرين والدول:

حددت المادة الخامسة من الإتفاقية نطاق إنطباق الإتفاقية بالتالي نطاق إنطباق قواعد الشفافية ونصت على أنه لا تنطبق الإتفاقية ولا أي تحفظ عليها أو أي سحب لذلك التحفظ إلا على دعاوى التحكيم بين المستثمرين والدول التي تقام بعد تاريخ بدء النفاذ أو سريان المفعول فيما يتعلق بالاتفاقية أو بالتحفظ أو بسحب ذلك التحفظ بخصوص كل طرف معني.

([٩٤])انظر الوثيقة رقم: A/66/10/Add.1,Page 307

– للمزيد من التفاصيل حول السحب الجزئي للتحفظ أنظر فاطمة مجذوب العطا، التحفظ على المعاهدات الدولية،رسالة ماجستير، ٢٠١٨، جامعة النيلين، السودان، ص٧٤

وتحدد هذه المادة النقطة الزمنية التي يبدأ عندها إنطباق إتفاقية الشفافية على إجراءات التحكيم ولا تنطبق اتفاقية الشفافية إلا على ما يقع مستقبلاً أي إجراءات التحكيم التي تستهل بعد التاريخ الذي يبدا فيه نفاذ الإتفاقية والمقصود بعبارة "بخصوص كل طرف معني " هو توضيح أن المادة تشير الى أن الوقت الذي يبدأ فيه نفاذ إتفاقية الشفافية فيما يخص الطرف المتعاقد المعني لا إلى الوقت الذي يبدأ فيه نفاذ الاتفاقية عموما، وقد كان مشروع المادة يخلو من الإشارة الى التحفظ أو السحب واقترح أن تدرج في بالصياغة إشارة الى سحب أو تعديل التحفظ على أساس أن السحب أو التعديل لا ينبغي أن يمس بعمليات التحكيم التي استهلت قبل ذلك السحب أو التعديل ولقي هذا الاقتراح تأييدا وأشارت إليه الصياغة النهائية[٩٥].

الفصل الثاني

(٩٥)انظر الوثائق أرقام : A/CN.9/WG. II/WP.181, Page 19 ,20-
-A/CN.9/799,Page 18.
- A/CCN.9/812, Page 18.
- A/69/17,Page 16,17.

شرح محتوى قواعد الشفافية

بعد أن تناولنا بالدراسة والشرح نطاق تطبيق قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول في الفصل الأول،

نتناول في هذا الفصل مضمون ومحتوى هذه القواعد حيث تتضمن المواد من الثانية إلى الثامنة أحكام واجراءات قواعد الشفافية التي تتبع في عمليات التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول فنتناول أحكام نشر المعلومات في بداية إجراءات التحكيم ونشر الوثائق، ثم الأحكام المتعلقة بتقديم المذكرات من طرف ثالث والمذكرات المقدمة من أطرف في المعاهدة غير متنازعة والأحكام المتعلقة بجلسات الاستماع، وأخيراً نتناول بالشرح الاستثناءات من الشفافية والأحكام المتعلقة بجهة إيداع المعلومات المنشورة (السجل)وذلك في ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: نشر المعلومات في بداية إجراءات التحكيم ونشر الوثائق

المبحث الثاني: المذكرات المقدمة لهيئة التحكيم وجلسات الاستماع

المبحث الثالث: الإستثناءات من الشفافية وجهة إيداع المعلومات المنشورة

المبحث الأول

نشر المعلومات في بداية إجراءات التحكيم ونشر الوثائق

نتناول في هذا المبحث بالدراسة أحكام المادة الثانية من قواعد الشفافية المتعلقة بنشر المعلومات في بداية إجراءات التحكيم، ثم المادة الثالثة بشأن نشر الوثائق.

أولا: نشر المعلومات في بداية اجراءات التحكيم:

تتناول المادة الثانية مسألة نشر المعلومات الواردة فى إشعار التحكيم فى مرحلة مبكرة من إجراءات التحكيم قبل تشكيل هيئة التحكيم،وقد تضمن مشروع المادة محل الشرح خيارين فوفقاً للخيار الأول يطلع الجمهور على المعلومات العامة فقط بالإشعار مثل المعلومات المتعلقة بأسماء الطرفين المتنازعين والقطاع الاقتصادى المعنى والمعاهدة التى ينظر بموجبها فى الدعوى أما مسألة نشر الإشعار والرد عليه كرغبة أحد الأطراف المتنازعة فى حذف المعلومات السرية أو المحمية قبل النشر فمثل هذه المسائل يتم تناولها فى المادة الثالثة بعد تشكيل هيئة التحكيم أما الخيار الثانى يتضمن إجراء يتعلق بنشر الإشعار بالتحكيم والرد عليه من الأطراف المتنازعة وما تثيره هذه الأمور من مسائل وإجراءات أخرى وذلك قبل تشكيل هيئة التحكيم[٩٦].

(٩٦) انظر الوثيقة رقم: A/CN.9/ 741 , Page 25

وأيدت أغلبية الآراء أثناء مناقشة مشروع المادة محل الشرح الخيار الأول الذى يترك مسألة نشر الإشعار والرد عليه لما بعد تشكيل هيئة التحكيم.

وأعتمد الفريق العامل مشروع المادة الثانية بصيغتها التى تترك للمادة الثالثة تناول مسألة نشر الإشعار بالتحكيم (والرد عليه) بعد تشكيل هيئة التحكيم[٩٧].

وقد جاء نص المادة الثانية على النحو التالى "يسارع كل طرف من الطرفين المتنازعين فور تسلم المدعى عليه للإشعار بالتحكيم إلى إرسال نسخة من الإشعار بالتحكيم إلى جهة إيداع المعلومات المشار إليها فى المادة الثامنة، وعلى جهة الايداع ، حال تسلم الاشعار بالتحكيم من المدعي عليه ، أو حال تسلم اشعار التحكيم ومحضر إرساله الى المدعي عليه أن تسارع الى إتاحة اطلاع عامة الناس على المعلومات المتعلقة بأسماء الطرفين المتنازعين والقطاع الإقتصادى المعنى والمعاهدة التى ينظر بموجبها فى الدعوى".

وقد ورد فى تعليق حكومة (كندا) بشأن الشفافية فى التحكيم التعاهدى بين المستثمرين والدول ضمن سياق الفصل الحادى عشر

([٩٧]) انظر مشروع المادة الثانية محل الشرح من القواعد ٠

– انظر ايضا: محمود محمد المغربي، المرجع السابق، ص٢٢١

من اتفاق أمريكا الشمالية للتجارة الحرة (نافتا) أن حكومة (كندا) تقوم أولاً بنشر إشعارات عمليات التحكيم المحتملة حتى قبل تقديم الدعوى رسمياً وعلى وجه الخصوص درجت حكومة كندا على أن تسارع إلى نشر إشعار النيةالمتعلق بإحالة الدعوى إلى التحكيم عند تلقيه من المستثمر، وقبل نشر إشعار النية ثم الإشعار بالتحكيم لاحقاً توجه حكومة كندا إلى المستثمر رسالة تبين فيها التزامات كندا بمقتضى قانونها المتعلق بالإطلاع على المعلومات وكذلك موقف كندا بمقتضى الملحوظات التفسيرية الصادرة عن لجنة التجارة الحرة التابعة لنافتا بشأن الإطلاع على الوثائق ويذكر فى الرسالة اعتزام كندا نشر إشعار النية أو الإشعار بالتحكيم ومن ثم تطلب من المستثمر تزويد حكومة كندا بصيغة للوثيقة المعنية ينقح فيها ما قد تحتوى عليه من معلومات سرية[٩٨].

وتجدر الإشارة إلى أن الممارسة العملية لحكومة كندا فى هذا الشأن أكثر شفافية مما ورد بقواعد الشفافية وكان يمكن للمادة محل الشرح أن تتبع ذات النهج.

ثانيا:نشر الوثائق:

(٩٨) انظر الوثيقة رقم: A/CN.9/WG II/WP. 163, 7 December 2010, Page 2

تداول الفريق العامل في شأن الوثائق الاجرائية التي يمكن نشرها وتباينت الآراء حول مدى إمكانية وما هية الوثائق الإجرائية الواجبة النشر وقيل أن جميع الوثائق التي تقدم الى هيئة التحكيم والتي تصدرها هيئة التحكيم يجب أن تكون متاحة للناس ويمكن وضع أليات لحماية المعلومات السرية والحساسة ولقد فضلت بعض الآراء الامتناع عن وضع قائمة بالوثائق الخاضعة للنشر وأن ينص على النشر التام للوثائق مع إعطاء هيئة التحكيم سلطة تقديرية في أن تحدد الوثائق التي لا تنشرفي ضوء مراجعة الأطراف لهذه الوثائق لتحديد المعلومات التي لا ينبغي نشرها[٩٩].

الا أنه وفقا للفقرة الأولى من المادة الثالثة والتى تناولت أحكام نشر الوثائق فإنه تم تحديد فئتين من الوثائق التى يلزم نشرها تلقائياً فلا تمارس هيئة التحكيم أي صلاحية تقديرية بشأنها أى لا تخضع إلا للإستثناءات المنصوص عليها بالمادة السابعة من القواعد المتعلقة بالإستثناءات من الشفافية وهما:

أ- جدولابجميع الأحراز المتعلقة بالوثائق المطلوب إفشاؤها وتقارير الخبراء وأقوال الشهود إن أعد جدول من هذا القبيل من أجل الإجراءات ولا يقصد هنا أن يتضمن الجدول المستندات ذاتها ولكن بيان بها.

([٩٩]) انظر: محمود محمد المغربي، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

ب- مجموعة الوثائق التالية: الإشعار بالتحكيم والرد على الإشعار بالتحكيم وبيان الدعوى، وبيان الدفاع، وأى بيانات كتابية أو مذكرات كتابية أخرى مقدمة من أى طرف متنازع وأى مذكرات كتابية مقدمة من الطرف (الأطراف) فى المعاهدة غير المتنازع (غير المتنازعة) ومن أطراف ثالثة ومحاضر جلسات الإستماع إن وجدت، والأوامر والأحكام والقرارات الصادرة عن هيئة التحكيم(١٠٠).

وعن نشر وإفشاء جدول بالمستندات المتعلقة بالوثائق المذكورة بالمادة فكان مشروع المادة يجعله من الوثائق التى يلزم وجودها ونشرها بمعنى إذا وجدت مجموعة الوثائق المشار إليها على النحو الوارد بالفقرة محل الشرح أو جزء منها وكانت لها مستندات وأحراز متعلقة بها فكان يلزم إعداد جدول بهذه الوثائق وجميع المستندات المتعلقة بها ونشر هذا الجدول وما تضمنه من مستندات متعلقة بالوثائق(١٠١).

وأجرى نقاش اتفق بعده الفريق العامل على وجوب نشر وإبراز جدول المستندات الوارد بالفقرة الأولى إذا كان هذا الجدول موجود

---

(١٠٠) انظر الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قواعد الشفافية.=

=- See olso: New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps, August 2013, Prepared by Lise Johnson(principalauthor) and Nathalie Bernasconi-Osterwalder with input and comments from Marcos Orellana, Lisa Sachs, Daniel Magraw and Howard Mann, page 15 – 16:
http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/UNCITRAL_Rules_on_Transparency_commentary_FINAL.pdf

(١٠١) انظر مشروع المادة الثالثة محل الشرح بالوثيقة رقم A/CN.9/WG II/WP.169 , page 12

أصلاً أما إذا لم يكن قد أعد جدول بالمستندات أثناء سير الإجراءات انتفى وجوب إفشاء مثل هذا الجدول لأغراض الإفشاء بموجب المادة الثالثة[١٠٢]. وتم بلورة هذا الإقتراح وتضمينه الصياغة النهائية للفقرة على النحو المذكور أعلاه.

وقد كانت تقارير الخبراء وأقوال الشهود ضمن نطاق الوثائق الواردة بالفقرة الأولى وأقترح استبعادها وعدم اخضاعها للإفشاء التلقائى بموجب الفقرة الأولى وأقترح وجوب أن تتاح تقارير الخبراء وأقوال الشهود " تلقائياً " ولكن بناء على طلب أى شخص ورهناً بالإستثناءات الواردة بالمادة السابعة وبالفعل تم حذفها من الصياغة النهائية للفقرة الأولى [١٠٣].

وقرر الفريق العامل إدراج محاضر الجلسات فى الفقرة الأولى استناداً إلى عدة أمور منها إمكانية حجب المعلومات السرية الواردة فى المحاضر وترمى عبارة " إن وجدت " لتوضيح عدم اشتراط المادة الثالثة تقديم المحاضر فى حالة عدم إعداد أى محاضر أثناء سير الجلسات[١٠٤].

وأدرجت قرارات التحكيم ضمن قائمة الوثائق التى يتعين أن تتاح للجمهور بمقتضى المادة ٣ فقرة أولى مما أدى إلى حذف المادة

([١٠٢]) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/ 760 . page 6

([١٠٣]) انظر المرجع السابق ص ٧

([١٠٤]) انظر بالوثيقة رقم A/CN.9/WG II / WP . 176 , page 13

– انظر ايضاً الوثيقة رقم A/CN.9/ 736, 17 October 2011 , page 29

الرابعة من مشروع القواعد والتى كانت تنص على إتاحة جميع قرارات التحكيم للجمهور وأعيد ترقيم القواعد وفقاً لذلك[١٠٥].

وجاءت الفقرة الثانية من المادة الثالثة لتجسد الإقتراح الذى إنتهى إلى أن تكون تقارير الخبراء وأقوال الشهود لا تخضع للإفشاء التلقائى الوارد بالفقرة الأولى ولا أيضاً لقرار تصدره هيئة التحكيم بموجب أحكام الفقرة الثالثة وإنما أقترح وجوب أن تتاح تقارير الخبراء وأقوال الشهود تلقائياً أى فى غياب أى صلاحية تقديرية لهيئة التحكيم أو أى قرار يصدر عنها بناء على طلب أى شخص وذلك رهناً بالإستثناءات الواردة بالمادة السابعة من القواعد[١٠٦].

وتم صياغة الفقرة محل الشرح طبقا لهذا الاقتراح ولكن باستبدال بيانات الشهود بأقوال الشهود وورد أيضا في الصياغة النهائية استثناء أحراز تقارير الخبراء وبيانات الشهود من حكم الفقرة محل الشرح والاحراز هي المستندات والاوراق المتعلقة بتقارير الخبراء وبيانات الشهود وتخضع الاحراز في مدى اتاحتها للاطلاع لأحكام الفقرة الثالثة من المادة محل الشرح.

---

(١٠٥) انظر بالوثيقة رقم A/CN.9/WG II / WP . 169 , page 14

– أنظر أيضاً الوثيقة رقم A/CN.9/WG II / WP . 176 , page 13,14

(١٠٦) انظر الفقرة الثانية من المادة محل الشرح

– أنظر الوثيقة رقم A/CN.9/ 760 , page 7

ويجب ملاحظة أن الفقرة محل الشرح تتحدث عن الاطلاع وليس النشركما أنها أتاحت لأي شخص تقديم طلب الاطلاع الى هيئة التحكيم ولم يقتصر هذا الحق على الطرف المتنازع فقط.

وقد جاءت الفقرة الثالثة لتجسد قرار الفريق العامل في دورته السابعة والخمسين بأن تكون لهيئة التحكيم بناء على مبادرة منها أو بناء على طلب يقدمه طرف متنازع أو شخص ليس طرفاً متنازعاً الصلاحية التقديرية وبعد التشاور مع الطرفين المتنازعين فى تقرير مدى جواز إتاحة الإطلاع على الأحراز أو أى وثائق أخرى مقدمة إلى هيئة التحكيم أو صادرة عنها لا تندرج ضمن الفقرة الأولى أو الفقرة الثانية سالفتى الشرح وكيفية إتاحتها له كل ذلك بمراعاة الإستثناءات المنصوص عليها بالمادة السابعة من القواعد المتعلقة بالإستثناءات من الشفافية.(١٠٧).

وكنا نود لو كان من بين المعلومات والوثائق المتاحة لعامة الناس المعايير والأسس التي اتبعتها الأطراف المتنازعة أو المؤسسة المعنية المتعلقة باختيار هيئة التحكيم وكذلك معلومات عن المحكمين الذين تم تعينهم نظرا لأن كفالة الشفافية في عملية التعين تدعم مصداقية نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول(١٠٨).

(١٠٧) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/WG II / WP . 176 , page 19

(١٠٨) أنظر الوثيقة:A/CN.9/935,14 May 2018, Page 14:15

وجاءت أحكام الفقرة الرابعة لتلزم هيئة التحكيم بأن ترسل الوثائق المقرر إتاحتها لعامة الناس عملاً بالفقرتين ١،٢ إلى جهة إيداع المعلومات فى أقرب وقت ممكن بمراعاة الترتيبات والحدود الزمنية المتعلقة بحماية المعلومات السرية أو المحمية المنصوص عليها بمقتضى المادة السابعة.

ويلاحظ أن هذا النوع من الوثائق لا يخضع للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم فى نشرها لذلك ذكرت الفقرة عبارة " فى أقرب وقت ممكن " أما الوثائق المقرر إتاحتها للإطلاع عليها عملاً بالفقرة الثالثة وهى الوثائق التى تخضع للصلاحية التقديرية لهيئة التحكيم وبعد التشاور مع الطرفين المتنازعين فعلى هيئة التحكيم إرسالها إلى جهة الإيداع المشار إليها بالمادة الثامنة متى أصبحت متاحة أى بعد أن تمارس هيئة التحكيم صلاحيتها التقديرية والتشاور مع الطرفين المتنازعين وتقرر إتاحتها مع مراعاة حجب ما يلزم من أجزائها عند الإقتضاء عملاً بالمادة السابعة وعلى جهة الإيداع اتاحة الإطلاع على جميع الوثائق فى الوقت المناسب بالشكل الذى تلقتها به وباللغة التى وردت بها[١٠٩].

ومن الجدير بالتنويه فى هذا المقامأن أحكام تسوية المنازعات الدائرة فى إتفاقات الاستثمار الدولية تعد أحد مصادر إلتزامات

([١٠٩]) أنظر الفقرة الرابعة من المادة محل الشرح

الشفافية فى التحكيم التعاهدى بين المستثمرين والدول، فعادة ما تنص بنود تسوية المنازعات الواردة فى إتفاقات الإستثمار الدولية التى تتناول إمكانية إطلاع الجمهور على الوثائق الإجرائية وقرارات التحكيم على أن تكون الوثائق المقدمة إلى هيئة التحكيم أو التى تصدرها تلك الهيئة متاحة للجمهور ما لم يتفق الطرفان المتنازعان على غير ذلك رهنا بحذف المعلومات السرية وغالباً ما تتضمن الأحكام الخاصة بإمكانية إطلاع الجمهور على الوثائق الإجرائية إما بياناً عاماً بشأن علانية جميع الوثائق الإجرائية أو قائمة بالوثائق الإجرائية التى ينبغى أن تتاح للجمهور. وتترك بعض اتفاقات الإستثمار الدولية لطرفى النزاع البت فى نشر الوثائق على سبيل المثال الإتفاق بين الولايات المكسيكية المتحدة وحكومة جمهورية آيسلندا بشأن تشجيع الإستثمارات وحمايتها المتبادلة الموقع عليه فى ٢٤ حيزران/ يونيه ٢٠٠٥ والذى ينص على ما يأتى ((المادة ١٧ – قرارات التحكيم وإنفاذها (.....) (٤) لا ينشر قرار التحكيم النهائى إلا بموافقة خطية من طرفى النزاع كليهما.

كما أنه من الجدير بالتنويه فى هذا المقام أنه في أوائل إجراءات التحكيم التي أقيمت ضد كندا كان الاطلاع على الوثائق ينحو إلى أن يكون قاصراً على المرافعات الأولية (إشعار النية والإشعار بالتحكيم وبيان الدعوى وبيان الدفاع)وعلى قرارات هيئة التحكيم غير أنه ضمانا لعمل هيئات التحكيم بأقصى درجات الشفافية

أصدرت لجنة التجارة الحرة التابعة لنافتا في عام ٢٠٠١ ملحوظات تفسيرية ملزمة بمقتضى إتفاق نافتا تقضي بإتفاق أطراف نافتا على أن " تتاح لعامة الناس وفي الوقت المناسب جميع الوثائق المقدمة الى هيئة التحكيم التي تشكل بمقتضى الفصل الحادي عشر أو الصادرة عنها وفي التجربة الكندية تنشئ عبارة "جميع الوثائق المقدمة إلى هيئة التحكيم أو الصادرة عنها" قاعدة يسهل إتباعها فإذا كانت الوثائق موجهة إلى الهيئة أو واردة منها فهي علنية أما إذا كانت محصورة بين الطرفين فهي ليست علنية.

ومما لا شك فيه أن هذا الحكم يتمتع بدرجة أعلى من الشفافية عن تلك الواردة بقواعد الاونسترال للشفافية.

ويلاحظ من أمثلة أحكام تسوية المنازعات الواردة فى إتفاقيات الاستثمار الدولية التى تتناول إمكانية إطلاع الجمهور على الوثائق الإجرائية وقرارات التحكيم ومن قواعد الشفافية ما يلى:-

١- أتاحت إتفاقات الاستثمار الدولية مستوى متقارب من الشفافية مع قواعد الاونسيترال للشفافية بل إن هناك بعض الاتفاقات التي أتاحت قدرا أعلى من الشفافية.

٢- تتسم أحكام قواعد الشفافية فى هذا الشأن فى حال تطبيقها على عملية التحكيم أنها ملزمة لأطراف النزاع فلم تمنح القواعد الأطراف سلطة جوازية بشأن نشر الوثائق بينما نجد الأحكام الواردة

في اتفاقات الاستثمار متباينة في هذا الشأن منها من يجعل الإلتزام بالنشر واجب على الطرفين ومنها من يجعله جوازياً.

ويؤكد صحة هذا الاستنتاج أنه رغم زيادة شفافية نظام تسوية منازعات الاستثمار منذ مطلع العقد الأول من الألفية مازال من الممكن إبقاء إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمر والدولة سرية تماما إذا ما رغب الطرفان المتنازعان في ذلك حتى في القضايا التي يكون موضوع النزاع فيها متصلا بالمصلحة العامة ومما يدل على ذلك أن ١٨ قضية فقط من أصل ٨٥ قضية عرضت في إطار قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي تديرها محكمة التحكيم الدائمة هي التي كانت علنية حتى نهاية عام ٢٠١٢[١١٠].

وعن توجه الأكسيد بخصوص نشر أحكام التحكيم تحظر المادة ٤٨(٥)من اتفاقية تأسيس الأكسيد نشر أحكام التحكيم دون موافقة كافة أطراف دعوى التحكيم وتجدر الإشارة هنا إلى أن المادة ٤٨(٥) تنطبق على المركز فقط بمعنى أنها لا تلزم أطراف الدعوى بالحفاظ على سرية أحكام التحكيم وغالبا ما يقوم أحد الأطراف منفرداً بالإعلان عن حكم التحكيم وكذلك عن كافة المستندات الأخرى حال غياب أي أمر قضائي أو اتفاق يتعلق بالحفاظ على السرية وبالمثل

---

(١١٠)انظر مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية وثيقة رقم:
TD/B/C.II/EM.4/2,17 December,2014,Page 6.

يمكن العثور على حكم مشابه في المادة ٥٣(٣) من قواعد تحكيم الأكسيد(الألية الإضافية)[١١١].

وفي ١٠ أبريلمن عام ٢٠٠٦ تم تعديل المادة ٤٨(٤) من القواعد الاجرائية لعمليات التحكيم الخاضغة للأكسيد لضمان حق المركز في نشر مقتطفات من القواعد والحيثيات القانونية المطبقة في أحكام التحكيم ولقد نصت المادة سالفة الذكر بصيغتها المعدلة على أن"يلتزم المركز بعدم نشر حكم التحكيم دون موافقة الأطراف ومع ذلك يمكن للمركز أن يتضمن في نشراته مقتطفات من القواعد القانونية المطبقة من قبل هيئة التحكيم[١١٢].

وبالعودة للمادة محل الشرح فقد جسدت الفقرة الخامسة مسألة التكاليف المرتبطة بتمكين الغير من الإطلاع على المستندات لأنه رئيأن من الإنصاف أن يتحمل الطرف الطالب لا الأطراف

([١١١])انظر: ياسين محمد ثروت الشاذلي، دور مؤسات التحكيم في نشر أحكام التحكيم كأحد متطلبات الشفافية في منازعات الاستثمار الدولي ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة كلية الحقوق،العدد٥٨،أكتوبر ٢٠١٥، ص٨٦٦.

([112]) See Marisi F. (2019) The Importance of Transparency for Legitimizing Investor-State Dispute Settlement. In: Chaisse J., Choukroune L., Jusoh S. (eds) Handbook of International Investment Law and Policy. Springer, Singapore. https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2_20-1.

* See ICSID, Proposals for Amendment of the ICSID Rules – Working Paper, Vol. 3, August 2, 2018; ICSID, Working Paper #2, Vol. 1, March 2019.

– انظر ايضا: ياسين محمد ثروت الشاذلي، المرجع السابق، ص ٨٦٧

المتنازعون تلك التكاليف وقيل أنه لا ينبغى لهذه التكاليف أن يشكل رادعاًيحول دون مشاركة الناس فى الإجراءات وأجرى نقاش أتفق بعده على ألا يفرض على الشخص من الغير الذى يطلب الإطلاع على الوثائق إلا تسديد التكاليف الإدارية المرتبطة بعملية الإطلاع (مثل تكاليف النسخ والشحن وما إلى ذلك)[١١٣].

وقد كان مشروع الفقرة ينص على:(على كل شخص من غير الأطراف المتنازعة يتاح له الإطلاع على الوثائق بموجب الفقرة ٢ أو الفقرة ٣ أن يتحمل أى تكاليف إدارية تبعية لتكاليف إتاحة تلك الوثائق للإطلاع العام (كتكاليف نسخ الوثائق أو إرسالها إليه).

ورؤى النظر فيما إذا كانت عبارة " تبعية لتكاليف إتاحة تلك الوثائق للإطلاع العام" فى مشروع الفقرة المشار إليه توضح بما فيه الكفاية أن أى شخص من الغير لن يضطر إلى دفع التكاليف الإدارية المتعلقة بالنشر مثل تحميل الوثائق على موقع السجل على الإنترنت[١١٤].

ولذلك قيل أن هذا المشروع ليس واضحاً بما فيه الكفاية وقيل كذلك أن الفقرة الخامسة محل الشرح ينبغى أن تشمل الطلبات المقدمة بمقتضى الفقرة الثالثة فحسب وألا تشمل الطلبات المقدمة بمقتضى

---

(١١٣) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/760 , page 30

(١١٤) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/783,28 February 2013 , page , 8

الفقرة الثانية لأن الوثائق المندرجة فى إطار الفقرة الثانية سوف تنشر تلقائياً على أية حال[١١٥].

لذلك جاءت صياغة الفقرة الأخيرة معالجة لهذه الشواغل وكانت الصياغة على النحو التالى: " يتحمل كل شخص يتاح له الإطلاع على الوثائق بمقتضى الفقرة الثالثة التكاليف الإدارية المترتبة على إتاحة تلك الوثائق لذلك الشخص مثل تكاليف نسخ الوثائق وإرسالها إليه لا التكاليف المترتبة على إتاحة تلك الوثائق لعامة الناس من خلال جهة الإيداع ".

(١١٥) انظر الوثيقة رقم A/68/17 , page 12

المبحث الثاني

المذكرات المقدمة لهيئة التحكيم وجلسات الاستماع

نتناول في هذا المبحث بالشرح أولا المادة الرابعة من قواعد الشفافية المتعلقة بالمذكرات المقدمة من طرف ثالث ، ثم المادة الخامسة بشأن المذكرات المقدمة من أطراف في المعاهدة غير متنازعة، وأخيرا تناولنا بالشرح المادة السادسة التي وضعت احكام حول جلسات الاستماع.

أولا: المذكرات المقدمة من طرف ثالث:

جاءت المادة الرابعة من القواعد بعنوان المذكرات المقدمة من طرف ثالث وقد انتهج الفريق العامل أثناء مناقشته لصياغة هذه المادة المنهج المتمثل فى ضرورة توفير إرشادات بخصوص مذكرات الأطراف الثالثة وعدم ترك جوازية تقديم هذه المذكرات دون بيان كيفية تنفيذه إذ كان هناك رأى يعبر عن الأخذ بالمبدأ القائل بالسماح بالمذكرات التى تقدم من الأطراف الثالثة من دون أن يبين بالتفصيل كيفية تنفيذه لأن هيئات التحكيم تعرف عادة كيف تتعامل مع المذكرات المقدمة من أطراف ثالثة دونما حاجة إلى إرشادات معينة إلا أنه رداً على هذا الرأى أبدى شاغل أن دولاً كثيرة قد لا يكون لها سابق تجربة بشأن مذكرات مقدمة من أطراف ثالثة فى سياق

إجراءات التحكيم ورأى كثيرون أنه ينبغى للقواعد أن توفر مزيداً من ارشادات بشأن هذه المسألة(١١٦).

والطرف الثالث طبقاً للفقرة الأولى من المادة محل الشرح هو الشخص الذى ليس طرفاً متنازعاً ولا طرفاً فى المعاهدة غير متنازع(١١٧). وأقترح أن يترك للطرفين المتنازعين أمر البت فيما إذا كان ينبغى السماح للطرف الثالث بتقديم تلك المذكرات إذ يمكن أن تفضى إلى تكاليف إضافية وإلى إبطاء الإجراءات وقيل رداً على ذلك إنه ليس من المستصوب أن يترك للطرفين أمر البت فى ذلك لأن هذه المذكرات كثيراً ما تكون لصالح أحد الطرفين بل قد لا تكون لصالح أى منهما وأبدى تأييداً للرأى الذى مفاده أنه ينبغى لهيئة التحكيم نفسها أن تبت فى أمر السماح بتلك المذكرات(١١٨).

وقد اتخذت الفقرة الأولى من المادة الرابعة اتجاه أقرب للرأى الثانى السابق ذكره إذ أجازت لهيئة التحكيم بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين أن تسمح بقبول هذه المذكرات.

ونرى أنه لئن كان تشاور هيئة التحكيم مع الطرفين المتنازعين واجباً عليها إلا أنها غير ملزمة برأى أى من الطرفين المتنازعين ولها

---

(١١٦) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/763 , 17 October 2011 , page , 19

(١١٧) انظر الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قواعد الشفافية.

(١١٨) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/712 , page , 16

أن تسمح بقبول هذه المذكرات وإن رفض الطرفين المتنازعين أو أى منهما والعكس صحيح.

والجدير بالذكر أن المادة ١٠– ٢٠– ٣ من اتفاق التجارة الحرة بين الولايات المتحدة وبلدان أمريكى الوسطى والجمهورية الدومينيكية (٢٠٠٤) تنص على إمكانية تقديم مذكرات من الأطراف غير المتنازعة.

وفى عام ٢٠٠٦ اعتمد المركز الدولى لتسوية المنازعات الاستثمارية حكماً جديدا فى قاعدة التحكيم ٣٧ (٢) التي تنص على ما يلى: " يجوز لهيئة التحكيم بعد استشارة الطرفين أن تسمح لأى شخص أو كيان ليس طرفاً فى المنازعة "يسمى فى هذه القاعدة (الطرف غير المشارك فى المنازعة) بأن يقدم اليها مذكرة خطية بخصوص مسألة تندرج فى نطاق المنازعة.

ومما نود التأكيد عليه فى هذا الشأن أن الصلاحية التقديرية الممنوحة لهيئة التحكيم بشأن السماح بقبول مذكرات الطرف الثالث من عدمه ليس مطلقة وإنما هى مقيدة بتوجيهات محددة بشأن الطريقة التى ينبغى لهيئة التحكيم إتباعها فى ممارسة هذه الصلاحية على النحو الذى سيرد إيضاحه أثناء شرح الفقرة الثالثة من المادة الرابعة وتوضح الفقرة الثانية من المادة محل الشرح ما يتعين توفيره من معلومات عن الشخص من الغير الذى يرغب فى تقديم مذكرة.

وألزمت الفقرة الثانية على كل طرف ثالث يرغب فى تقديم مذكرة أن يوجه طلباته بذلك إلى هيئة التحكيم ويتقيد بعدد أقصى من الصفحات تحدده هيئة التحكيم ويشتمل الطلب على مجموعة من المعلومات منها وصف ماهية هذا الطرف إذا كان فرداً أو منظمة وأعضاؤه ووضعه القانونى وأهدافه العامة وطبيعة أنشطته وأى مؤسسة أم يتبع لها بما فى ذلك أى مؤسسة لها سيطرة مباشرة أو غير مباشرة عليه والإفصاح بما إذا كان له أي ارتباط مباشر أو غير مباشر بأي طرف متنازع وتقديم معلومات عن أى حكومة أو شخص أو مؤسسة قدمت له مساعدة مالية أو غير مالية لإعداد المذكرة المقدمة أو أى مساعدة جوهرية بوجه عام قدمت له خلال أى من السنتين السابقتين لطلبه بموجب هذه المادة مثل تمويل نحو ٢٠% من إجمالى عملياته سنوياً ووصف وطبيعة مصلحته فى التحكيم وبيان ما ينطوى عليه التحكيم من مسائل واقعية أو قانونية محددة يرغب فى التطرق إليها فى مذكرته الكتابية[١١٩].

وقد كان مشروع الفقرة محل الشرح تفرض حداً أقصى على عدد صفحات الطلب المقدم من أى طرف ثالث إلى هيئة التحكيم بخمسة صفحات وكانت تفرض أيضاً حداً أقصى على عدد صفحات

([١١٩]) انظر أ، ب، ج، د، هـ من الفقرة ٢ من المادة الرابعة من قواعد الشفافية ٠
-See: New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps,Op.cit, page18

المذكرة المقدمة ذاتها بعشرين صفحة بما فى ذلك أى ملحقات بها وقيل أن الأفضل هو أن يترك هذا الأمر لتقدير هيئة التحكيم وهو ما أخذت به الصياغة النهائية للفقرة(١٢٠).

وفى مناقشات مشروع الفقرة محل الشرح أبدت بعض الوفود مخاوفها بشأن استخدام نسبة مئوية على النحو الوارد بالفقرة حتى وإن عبر عنها بصفتها مجرد نسبة إرشادية وذلك على أساس أنه قد ينظر إليها على أنها مقدار أقصى لا يشترط دونه الإفصاح عن المساعدة وقيل رداً على ذلك أن ذكر نسبة الـ٢٠ فى المائة لا يعدو كونه سوقا لمثال إيضاحى وإن تحديدا ما إذا كانت المساعدة جوهرية سيظل يتوقف دائماً على الوقائع المحددة ولذلك أبدى مقترح ينادى بأن يسبق هذه النسبة كلمة تقريباً " أو " نحو " من أجل توضيح أن تلك النسبة لا تمثل حدا نهائياً أقصى وهو ما تم الأخذ به فى الصياغة النهائية(١٢١).

ونرى أنه رغم أهمية الفقرة محل الشرح إلا أنها لم توضح كيفية التحقق من صحة المعلومات المقدمة من الطرف الثالث فى طلبه ومن وجهة نظرنا أن أفضل وسيلة للتحقق من صحة المعلومات المقدمة من الطرف الثالث فى طلبه هو أن يدرج ذلك الطلب ضمن الوثائق التى تتاح لعامة الناس وتنشر تلقائياً الواردة على سبيل

(١٢٠) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/760 , page21

(١٢١) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/760 , page , 14

الحصر فى الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القواعد إذ أن هذه الإتاحة والنشر للطلب يعدا رقيبا على صحة ما ورد به ويخشى الطرف الثالث من تقديم أى معلومات غير صحيحة ولكن للأسف لم يدرج الطلب ضمن الوثائق المنصوص عليها حصرياً بالفقرة الأولى من المادة الثالثة ولا ضمن الوثائق الواردة بالفقرة الثانية من ذات المادة وهذا بالطبع لا يوفر العلانية والشفافية للطلب وننصح فى هذا الشأن هيئة التحكيم أن تبادر من تلقاء نفسها بإتاحة الطلب للإطلاع عليه.

ثم جاءت الفقرة الثالثة لتجسد أنه ولئن كانت هيئة التحكيم تتمتع بصلاحية تقديرية بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين فى السماح للطرف الثالث بتقديم مذكرة كتابية إلا أن هذه الصلاحية محددة بأن تراعى هيئة التحكيم عوامل ورد النص عليها فى الفقرة الثالثة وهى ما إذا كان للطرف الثالث مصلحة جوهرية فى إجراءات التحكيم ومدى إسهام المذكرة المقدمة فى مساعدة هيئة التحكيم على البت فى مسائل وقائعية أو قانونية ذات صلة بإجراءات التحكيم عن طريق تقديم منظور ما أو معارف معينة أو رؤية متبصرة تختلف عما قدمه الطرفان المتنازعان[١٢٢].

وأقترح حذف كلمة " وقائعية " المذكورة بالفقرة ٣ (ب) المشار إليها سابقاً على اعتبار أن المذكرات التى يقدمها الغير ينبغى ألا

([١٢٢]) انظر الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من قواعد الشفافية

تتعلق سوى بالمسائل القانونية التى تخص الإجراءات لا بالمسائل الوقائعية وقيل تعقيباً على هذا الاقتراح إن كثيراً ما يقدم الغير معلومات وقائعية هامة تستوفى الشرط المذكور فى الفقرة الثالثة من حيث تقديم منظر ما أو معارف معينة أو رؤية متبصرة تختلف عما قدمه الطرفان المتنازعان (١٢٣).

وقد جاءت افتتاحية الفقرة الثالثة كالآتى " تراعى هيئة التحكيم لدى البت فى مسألة السماح بتقديم مذكرة من هذا القبيل إضافة إلى العوامل التى تراها ذات صلة العوامل التالية ..... ".

ونرى أن عبارة " إضافة إلى العوامل التى تراها ذات صلة " السابق ذكرها عبارة فضفاضة ولا تتناسب مع السعى نحو تحقيق الغاية والهدف من قواعد الشفافية وتعطى هيئة التحكيم صلاحية تقديرية تتجاوز الحد المقرر من أجله فكان يكفى أن تكون الصلاحية التقديرية لهيئة التحكيم فى هذا الشأن فى إطار العاملين المذكورين أ، ب بالفقرة وهما أعتقد يتسما بالتحديد والشمول.

وهذا الرأى هو ما كان معمول به فى مشروع الفقرة حيث جاء نص افتتاحية مشروع الفقرة الثالثة على النحو التالى " على هيئة التحكيم لدى البت فى مسألة السماح بتقديم مذكرة من هذا النحو أن تأخذ فى الإعتبار....."(١٢٤).

---

(١٢٣) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/760 , page 14

(١٢٤) انظر الوثيقة رقمA/CN.9/WGII / WP . 166 , page 16

وكنا نؤيد بقاء هذه الصياغة إلا أنه أثناء إعداد الصياغة النهائية للفقرة لوحظ أنها لا تتضمن عبارة " ضمن جملة أمور أخرى " قبل سرد المعايير الخاصة بقبول المذكرة المقدمة مثلما على غرار ماوردبالمادة ٣٧ فقرة ٢ من قواعد تحكيم المركز الدولى لتسوية المنازعات الدولية واتفق الفريق العامل على إدراج تلك العبارة فى صيغة منقحة للفقرة الثالثة لأنها تتيح لهيئة التحكيم أن تمارس صلاحيتها التقديرية بشأن المعايير التى تراها مناسبة(١٢٥).

ثم جاءت الفقرة الرابعة لتضع بعض المواصفات للمذكرة المقدمة من الطرف الثالث بحيث تكون مؤرخة وموقعة من الشخص المقدم للمذكرة نيابة عنه وموجزه ولا يزيد طولها فى أى حال من الأحوال عما أذنت به هيئة التحكيم وتبين بياناً دقيقاً موقفه من المسائل المطروحة وتقتصر على تناول الأمور المندرجة ضمن نطاق المنازعة(١٢٦).

وقد كان مشروع الفقرة الفرعية (ب) من الفقرة المذكورة يضع خيارين لطول المذكرة أولهما يترك فيه تحديد طول المذكرة وعدد صفحاتها لهيئة التحكيم ثانيهما يضع حد أقصى لطول المذكرة بحيث

(١٢٥) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/736 , page , 21

(١٢٦) انظر أ، ب، ج، د من الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من القواعد.

لا تزيد بأى حال من الأحوال عن ٢٠ صفحة مطبوعة بما فى ذلك أى ملحقات بها[١٢٧]. وأخذت الصياغة النهائية بالخيار الأول.

ثم وضعت الفقرة الخامسة التزاما على هيئة التحكيم فى ألا تتسبب أى مذكرة مقدمة فى تعطيل إجراءات التحكيم أو فى اثقالها بعبء لا داعى له أو فى الإضرار بأى طرف متنازع على نحو جائر[١٢٨].

وألزمت الفقرة السادسة هيئة التحكيم بأن تكفل إتاحة فرصة معقولة للطرفين المتنازعين لإبداء ملاحظاتهما على أى مذكرة مقدمة من الطرف الثالث[١٢٩].

و كان مشروع الفقرة السادسة يخلو من كلمة " معقولة " الواردة بعد عبارة " إتاحة فرصة "[١٣٠].

واقترح إدراج الصفة " معقولة " بعد كلمة " فرصة " وهو ما أخذت به الصياغة النهائية.

ونرى أنه كان يلزم تحديد ميعاد محدد لإتاحة الفرصة للطرفين المتنازعين لإبداء ملاحظتهما على أى مذكرة بدلا من كلمة"

---

(١٢٧) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/WG II / WP . 166 , Page 16

(١٢٨) انظر الفقرة الخامسة من المادة الرابعة من القواعد.

(١٢٩) انظر الفقرة السادسة من المادة الرابعة من القواعد.

(١٣٠) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/WG II / WP . 169 , Page 16

معقولة " التي لا تضع توقيت محدد مما قد يساهم في عدم الوضوح وإطالة إجراءات التحكيم.

ثانيا: المذكرات المقدمة من أطراف في المعاهدة غيرمتنازعة:

ونظراً لأن هناك عدة معاهدات استثمارية تسمح بمشاركة الدولة غير المتنازعة التى هى طرف فى المعاهدة من خلال تقديم مذكرات مثل اتفاق أمريكا الشمالية للتجارة الحرة (نافتا) الذى يتضمن مادة رقمها ١١٢٨ وعنوانها " Participation by a party " وثمة أمثلة على أحكام مشابهه فى معاهدات أخرى منها إتفاق التجارة الحرة لأمريكا الوسطى (كافتا) ومعاهدة BITالنموذجية الكندية لعام ٢٠٠٤م[١٣١].

وبعد خلاف أبدى تأييد واسع لإدراج حكم منفصل يخصص لمسألة المذكرات المقدمة من دولة غير متنازعة طرف فى المعاهدة وذكر أن تلك الدولة كثيراً ما تكون لديها معلومات هامة تقدمها إلى هيئة التحكيم كالمعلومات عن الأعمال التحضيرية للمعاهدة المعنية مما يحول دون تفسير أحادى الجانب لتلك المعاهدة[١٣٢].

([١٣١]) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/736 , page , 23

([١٣٢]) انظر المرجع السابق، ص ٢٢

– انظر ايضاً A/CN.9/712 , 20 October , page , 30

وقد تناولت المادة الخامسة حكم المذكرات المقدمة من أطراف فى المعاهدة غير متنازعة.

فألزمت الفقرة الأولى من المادة الخامسة هيئة التحكيم بأن تسمح لطرف فى المعاهدة غير متنازع أن يتقدم بمذكرات بشأن المسائل المتعلقة بتفسير المعاهدة أو يجوز لهيئة التحكيم بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين أن تدعو ذلك الطرف فى المعاهدة غير المتنازع إلى تقديم هذه المذكرات(١٣٣).

وتتميز هذه الفقرة أنها ألزمت هيئة التحكيم بالسماح للأطراف فى المعاهدة غير المتنازعة بتقديم المذكرات وذلك بالمغايرة للفقرة الأولى من المادة الرابعة من القواعد بشأن المذكرات المقدمة من طرف ثالث والتى أعطت هيئة التحكيم بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين سلطة جوازية فى أن تسمح لشخص ليس طرفاً متنازعاً ولا طرفاً فى المعاهدة غير متنازع بأن يقدم إليها مذكرة كتابية .(١٣٤).

وقد بدأت الفقرة الأولى من المادة الخامسة بكلمة " تسمح " وهو أمر وجوبى على هيئة التحكيم فى أن تسمح لطرف في المعاهدة بتقديم مذكرات بشأن المسائل المتعلقة بتفسير المعاهدة ويفهم من ذلك أن هذه الفقرة أيضاً حددت هدف هذه المذكرات حصراً التى تلتزم بقبولها هيئة التحكيم وهى المذكرات المتعلقة بتفسير المعاهدة.

---

(١٣٣) انظر الفقرة الأولى من المادة الخامسة من القواعد ٠

(١٣٤) انظر: ص (٣١) من البحث.

وقد جرت مناقشات أثناء صياغة المادة فيما إذا كان ينبغى لهيئة التحكيم أن تقبل المذكرات المقدمة من طرف فى المعاهدة غير متنازع أم ينبغى أن تتمتع بصلاحية تقديرية لقبول تلك المذكرات ومن ثم ما إذا كان ينبغى استخدام كلمة " تقبل " أم عبارة " يجوز أن تقبل " وأبدى تأييد لعبارة " يجوز أن تقبل " لأنها تتبع نهج أكثر مرونة وأعرب عن تأييد لاستخدام كلمة " تقبل " لأن من شأنه قبول تلك المذكرات أن يكفل تزويد هيئة التحكيم بمعلومات متوازنة وشاملة وتسجيل جميع وجهات النظر(١٣٥).

وقيل أن الواقع العملى يشهد أن المعاهدات إما لا تتطرق إلى هذه المسألة أو تستعمل كلمة الإلزام" Shall "ويستشهد فى هذا الصدد بمثالين هما إتفاق أمريكا الشمالية للتجارة الحرة واتفاق التجارة الحرة بين الولايات المتحدة وبلدان أمريكا الوسطى والجمهورية الدومنيكية وقيل إن إضافة نص بشأن الصلاحية التقديرية قد يمثل خروجا عن الممارسة الحالية ويميع المعايير التى توضع مستقبلاً فى هذا الشأن(١٣٦).

وذكر أن المادة ٣٧ (٢) من قواعد المركز الدولى لتسوية المنازعات الاستثمارية التى تنص على أنه " يجوز لهيئة التحكيم أن تسمح لشخص أو كيان ما ب .... " تبين أن هيئة التحكيم تتمتع

---

(١٣٥) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/765 , page 13,

- انظر ايضاً الوثيقة رقم A/CN.9/760 , page 16

(١٣٦) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/765 , page 13

بصلاحية تقديرية فى رفض المذكرة المقدمة من الدولة الطرف غير المتنازعة.

ومن جانبنا فإننا نؤيد صياغة الفقرة الاولى من المادة الخامسة ففى حين تظل مهمة البت فى القضايا وتفسير وتطبيق معاهدات الاستثمار متروكة لهيئة التحكيم فإن الأطراف المتعاهدة تحتفظ بصلاحية توضيح معنى المعاهدات من خلال تفسير ذى حجية بمقتضى الأحكام العامة للقانون الدولى العام يمكن للأطراف المتعاهدة أن توضح نواياها الحقيقية وأن تصدر بيانات ذى حجية بشأن تفسير معاهداتها وترد القواعد التفسيرية الأوسع استخداماً فى المادتين ٣١،٣٢ من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات(١٣٧).

بل والأكثر من ذلك أن تفسير الدول الأطراف فى المعاهدة ليس مجرد مذكرة يلزم على هيئة التحكيم أن تقبلها فحسب وإنما عليها أن تمحص وتناقش ما ورد بها من تفسير وأحياناً يصل الأمر إلى التزام هيئة التحكيم بهذا التفسير(١٣٨).

(١٣٧) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/736 , page 24

(١٣٨) انظر الوثيقة: تقرير الفريق العامل الثالث المعني بإصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، الدورة التاسعة والثلاثون، وثيقة رقم:
A/CN.9/WG III / WP . 191 , 17 January , 2020 page 5

فقد سبق وأن نوهت محكمة العدل الدولية الدائمة إلى أن الحق فى إعطاء تفسير ذى حجية لقاعدة قانونية يعود فقط إلى الشخص أو الهيئة التى تتمتع بصلاحية تعديلها أو الغائها(١٣٩).

وعلى سبيل المثال تنص المادة العاشرة من معاهدة الاستثمار الثنائية بين كندا والجمهورية التشيكية (٢٠٠٩) على أن " يكون أى تفسير لهذا الإتفاق يتفق عليه الطرفين المتعاقد ملزماً لهيئة التحكيم المنشأة بموجب هذه المادة.

وقد أكدت بعض هيئات التحكيم الدور الذي يمكن أن تؤديه هذه المذكرات في تشكيل ممارسة لاحقة واعتمدت هيئات تحكيم أخرى صراحة على مذكرات من أطراف غير متنازعة في تفسير اتفاقات استثمار دولية .

فعلى سبيل المثال قضية Bilcon of Delaware et alضد حكومة كندا ، قضية محكمة التحكيم الدائمة رقم ٢٠٠٩-٤ قرار التحكيم بشأن التعويض عن الأضرار ١٠ كانون الثاني/يناير ٢٠١٩ الفقرة ٣٧٩ " يمكن أخذ الممارسة المطردة للأطراف في إتفاق نافتا

See also :Roberts A., Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of StatesAmerican Journal of International Law, Vol. 104, No. 1, 2010, p. 217

- انظر الوثائق أرقام: - A/CN.g/964 ,page 9,6 November 2018
- A/CN.g/WG.III/WP.159/Add1,24January 2019
- A/CN.g/WG.III/WP.182,2October 2019

(١٣٩) انظر:

- Permanent Court of International Justice , Jawarzina Advisroy , Opnion , 1923 , P.C.I.J, Senies B , No. 8.P.37

الواردة في مذكراتها المعروضة على هيئات التحكيم بموجب الفصل الحادي عشر والممثلة في التمييز الواضح بين تطبيق المادة ١١١٦ والمادة ١١١٧في الحسبان عند تفسير أحكام إتفاق نافتا ومن ثم فان الممارسة اللاحقة لأطراف إتفاق نافتا تؤيد إعتماد موقف المدعي عليه بشأن هذه المسألة"(١٤٠).

والممارسة اللاحقة باعتبارها وسيلة تفسير ذات حجية بمقتضى الفقرة (٣)(ب) من المادة ٣١ من اتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات هي سلوك في تطبيق المعاهدة بعد إبرامها يثبت إتفاق الأطراف حول تفسير المعاهدة(١٤١).

وبشأن السلوك اللاحق أو الممارسة اللاحقة ذهب الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا الى أن السلوك اللاحق لأطراف المعاهدة يعتبر بالنسبة لتطبيقها خير دليل على المعنى الذي كانوا يقصدونه وقت إبرامها لذلك يعد السلوك اللاحق وسيلة من الوسائل الخارجية التي يمكن اللجوء إليها لتفسير المعاهدات الدولية باعتباره أداة لتفسير النية المشتركة لأطرافها ولا يشترط في السلوك اللاحق أن يتم من قبل جميع أطراف المعاهدة و انما يكفي فقط قبولهم له حتى ولو لم يمارسه سوى بعضهم فقط(١٤٢).

ثم جاء الجزء الثانى من الفقرة الأولى من المادة الخامسة محل الشرح بإعطاء هيئة التحكيم سلطة تقديرية جوازية بعد التشاور

---

(١٤٠) انظر الوثيقةرقم : A/CN.9/WG.III/WP.182,Page 3,4

(١٤١) انظر الوثيقة رقم A/68/10, Page 15

(١٤٢) انظر د/ أحمد أبوالوفا، المرجع السابق، ص١٣٢

مع الطرفين المتنازعين أن تدعو طرف فى المعاهدة غير متنازع إلى تقديم هذه المذكرات.

ونرى أنه ولئن كان تشاور هيئة التحكيم مع الطرفين المتنازعين لازماً إلا أنه يمكن لهيئة التحكيم الأخذ بما انتهى إليه هذا التشاور أو عدم الأخذ به.

وفى حال قبول هيئة التحكيم لمذكرات من أطراف فى المعاهدة غير متنازعة فإن هيئة التحكيم تلتزم بأحكام الفقرة الرابعة من المادة محل الشرح بألا تتسبب أى مذكرة مقدمة فى تعطيل إجراءات التحكيم أو فى اثقالها بعبء لا داعى له أو فى الإضرار بأى طرف متنازع على نحو جائر.

ثم جاءت الفقرة الثانية لتأكد على أنه ولئن كان قبول هيئة التحكيم لمذكرات متعلقة بتفسير المعاهدات ملزم على النحو السابق شرحه فى الفقرة السابقة إلا أنه بشأن المذكرات التى تتعلق بمسائل أخرى خلاف تفسير المعاهدة تندرج ضمن نطاق المنازعة فلهيئة التحكيم سلطة جوازية تقديرية بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين فى قبول هذه المذكرات.

وألزمت الفقرة الثانية محل الشرح هيئة التحكيم لدى البت فى السماح بتقديم هذه المذكرات والحكم هنا متعلق بالمذكرات التى تتعلق بمسائل أخرى خلاف تفسير المعاهدة تندرج ضمن نطاق المنازعة بأن تراعى ضمن العوامل الأخرى التى تراها ذات صلة العوامل

المشار إليها فى الفقرة الثالثة من المادة الرابعة والتى تم تناولها بالشرح والتعليق(١٤٣).

وفى مناقشة مشروع الفقرة أبديت شواغل مثارها أن الفقرة الثانية تنطوي على احتمال أن تصبح المذكرة المقدمة من طرف فى المعاهدة غير متنازع قريبة جداً من الحماية الدبلوماسية وأبدت وفود تضمين الفقرة عبارة صريحة توضح أن هذا الحكم لا يفترض أن يسمح للدولة بأن تقدم فى عملية التحكيم حججاً داعمة للمستثمر الذى هو من مواطنيها مما يتجاوز النطاق المقصود من هذا الحكم واتفقت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى أثناء وضع الصيغة النهائية للقواعد أن تدرج فى نهاية الفقرة عبارة " وتوخيا لمزيد من التيقن ضرورة الحيلولة دون تقديم مذكرات تدعم دعوى المستثمر على نحو يرقى إلى مرتبة الحماية الدبلوماسية(١٤٤).

ويجب أن يفهم هنا أن ما أثارته الفقرة الثانية بشأن الحماية الدبلوماسية لم تثيره الفقرة الأولى نظراً لأن المذكرات الواردة فى حكم الفقرة الأولى محددة النطاق بمسألة تفسير المعاهدة ، بينما الفقرة الثانية تنظم تقديم المذكرات بشأن مسائل أخرى غير محددة وإن

(١٤٣) انظر ص ٦٠ من البحث

(١٤٤) انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم A/68/17 , page 15

كانت مقيدة بأن تندرج ضمن نطاق المنازعة بالعوامل المشار إليها بالفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القواعد.

ويجب على هيئة التحكيم ألا تستخلص أى استنتاج من عدم تقديم أى مذكرة أو عدم الرد على أى دعوة توجه عملاً بالفقرة ١ أو الفقرة ٢ من المادة محل الشرح(١٤٥).

وعلى غرار الفقرتين الخامسة والسادسة من المادة الرابعة من القواعد جاءت الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة الخامسة بأحكام تتعلق بأن تكفل هيئة التحكيم ألا تتسبب أى مذكرة مقدمة فى تعطيل إجراءات التحكيم أو فى أثقالها عبء لا داعى له أو فى الإضرار بأى طرف متنازع على نحو جائر كما تكفل هيئة التحكيم أن تتاح للأطراف المتنازعة فرصة معقولة لإبداء ملاحظتها على أى مذكرة مقدمة من طرف فى المعاهدة غير متنازع(١٤٦).

ثالثا: جلسات الاستماع:جاءت المادة السادسة من القواعد لتنظيم أحكام حول جلسات الإستماع فوضعت المبدأ الأساسى بأن جلسات الإستماع الخاصة بتقديم الأدلة أو المرافعات الشفوية "

(١٤٥) انظر الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من القواعد.

(١٤٦) انظر الفقرتين الرابعة والخامسة من القواعد.

- انظر أيضاً ص٦٢من البحث

جلسات الاستماع " تكون علنية ولكن ذلك رهناً بأحكام الفقرتين ٣/٢ من المادة محل الشرح(١٤٧).

وتعد هذه الصياغة أفضل من صياغة مشروع الفقرة ذاتها والتى كانت تنص على " رهنا بأحكام الفقرتين ٢،٣ من المادة السادسة تكون جلسات الاستماع الخاصة بتقديم الأدلة أو المرافعات الشفوية " جلسات الاستماع " علنية مالم تقرر هيئة التحكيم خلاف ذلك بعد التشاور مع الأطراف المتنازعة(١٤٨).

وعلى ذلك فإن مشروع الفقرة أعطى هيئة التحكيم سلطة مطلقة غير مقيدة لكى تقرر عدم علانية جلسات الاستماع وعليها فقط التشاور مع الأطراف المتنازعة قبل أن تقرر ذلك وهى غير ملزمة بنتيجة هذا التشاور وهى بالقطع صياغة تفرغ هذه الفقرة من مضمونها وهدفها فى تحقيق الشفافية فى التحكيم التعاهدى بين المستثمرين والدول.

وبناء على الصياغة النهائية للفقرة فلا يوجد استثناء على مبدأ علانية جلسات الاستماع إلا ما ورد بالفقرتين ٢،٣ من ذات المادة

---

(١٤٧) انظر الفقرة الأولى من المادة السادسة من القواعد.

– تنص أحكام تسوية المنازعات الواردة فى اتفاقات الاستثمار الدولية التى تدعم الشفافية على أن تكون جلسات الاستماع مفتوحة أمام الجمهور رهنا بحماية المعلومات السرية وعادة ما تترك الترتيبات اللوجستية لتبت فيها هيئة التحكيم بالتشاور مع الطرفين المتنازعين.

(١٤٨) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/WG II / WP . 176 , page 18

* لمزيد من التفاصيل انظر الوثيقة رقم A/CN.g/765, page 15

فلا تستطيع الأطراف الإتفاق على جعل جلسات الاستماع مغلقة ولا تستطيع هيئة التحكيم بسلطة مطلقة وجوازية أن تقرر ذلك.

وأضيفت العبارة " لتقديم الأدلة أو المرافعات الشفهية " فى الفقرة ١ من أجل توضيح أن الجلسات ينبغى أن تكون مفتوحة إذا تعلقت بمسائل جوهرية بما فيها جلسات الاستماع القضائية، وجلسات الاستماع التى تعرض فيها أدلة يقدمها الشهود أو الخبراء أو تقدم فيها مرافعات شفوية لا بأمور إجرائية بحتة وتعكس تلك العبارة الصيغة المستخدمة فى الفقرة ١ من المادة ٢٤ من قانون الأونسترال النموذجى للتحكيم التجارى الدولى(١٤٩).

ومن الجدير بالذكر أنه بالنسبة لمشاركة أصدقاء هيئة التحكيم _ وهم الطرف الثالث_ في جلسات الاستماع فقد ذكر أنه جرى العرف على أن يسمح لهم بتقديم مذكرات ولكن دون أن يؤذن لهم بحضور جلسات الاستماعأو المشاركة الفاعلة فيها وقد ابدي في هذا الشأن رأي قال بأن مشاركة أصدقاء هيئة التحكيم في جلسات الاستماع لا ينبغي أن تستبعد لأن محاكم التحكيم قد ترغب في استجوابهم خلال هذه الجلسة وبالتالي فان أي حكم في المعايير القانونية بشأن هذه المسألة يجب أن ينص على قدر معين من الصلاحية التقديرية ولم يرد في القواعد أي حكم يحظر حضور أو

(١٤٩) انظر الوثيقة A/CN.9/WG. II / WP . 176 , page 19

مشاركة أصدقاء هيئة التحكيم في جلسات الاستماع وبالتالي فهي صلاحية تقديرية لهيئة التحكيم[١٥٠].

ووضحت الفقرتان ٢،٣ الإستثناءات على مبدأ علنية جلسات الإستماع فذكرت الفقرة الثانية أنه إذا اقتضت الضرورة حماية معلومات سرية أو سلامة عملية التحكيم بمقتضى المادة السابعة تتخذ هيئة التحكيم الترتيبات اللازمة لعقد جزء جلسة الإستماع الذى يتطلب هذه الحماية فى جلسة مغلقة أما الفقرة الثالثة فذكرت أن تتخذ هيئة التحكيم ترتيبات لوجستية لتيسير علانية جلسات الإستماع (تشمل عند الإقتضاء، تنظيم بثها لعامة الناس بواسطة وصلات فيديوية أو أى وسائل أخرى من هذا القبيل تراها مناسبة ومع ذلك يجوز لهيئة التحكيم بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين أن تقرر عقد جميع جلسات الإستماع أو بعضها فى شكل جلسات مغلقة حيثما يصبح ذلك ضرورياً لأسباب لوجستية وذلك مثلاً عندما تجعل الظروف من المتعذر تطبيق أى ترتيب من الترتيبات المتخذة أصلاً لكفالة علانية جلسات الإستماع.

وذكر أن الفقرة ٣ المشار إليها تتضمن عنصرين هما سلطة هيئة التحكيم فى اتخاذ ترتيبات لوجستية لتمكين الجمهور من حضور جلسات الإستماع وصلاحيتها التقديرية فى عقد جلسات استماع مغلقة لأسباب لوجستية وأبديت أراء مفادها أن الفقرة الثالثة قد تكون

(١٥٠) انظر محمود محمد المغربي ، المرجع السابق، ص٢٢٣

مفرطة العمومية إذ تجيز إغلاق جميع جلسات الإستماع لأسباب لوجستية مما قد يفضى إلى تجاوزات فى بعض الأحيان [١٥١]ورداً على ذلك قيل أن من شأن عبارة "حيثما يصبح ذلك ضرورياً لأسباب لوجستية أن تعالج هذا الشاغل معالجة كافية[١٥٢].

وفي الحقيقة أن السلطة الممنوحة لهيئة التحكيم قد تضر بالشفافية ولا تتيح اطلاع العامة على الجلسات بشكل علني لعدم إمكانية جعلها علنية أو بثها لاسباب غير معقولة يبديها المحكم أو الأطراف[١٥٣].

ومن الجدير بالذكر فى عام ٢٠١١، قدم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إلى الفريق العامل الثاني التابع للأونسيترال (التحكيم والتوفيق) تقديرًا للتكاليف المتعلقة بعقد جلسة استماع مفتوحة في مقر البنك الدوليتم حساب تقدير البث عبر الإنترنت لجلسة استماع مدتها ٨ ساعات بمبلغ ٤,٧٥٠ دولارًا أمريكيًا لليوم الواحد و١٥،٧٥٠ دولارًا أمريكيًا لمدة خمسة أيام من الأسبوع. وبالتالي، فإن التكلفة الكبيرة للبث المباشر هي بالتأكيد مسألة يجب

([١٥١]) انظر محمود محمد المغربي ، المرجع السابق، ص٢٢٣

([١٥٢]) انظر الوثيقة رقم A/CN9/736, Page 28

([١٥٣]) انظر: بشري خالد تركي المولى ،مبدأ الشفافية في التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق، العدد ع٦٤، جامعة الموصل كلية الحقوق، ص١٣٧،١٣٦

على الأطراف التفكير فيها عند اختيار وصول الجمهور إلى جلسات الاستماع[١٥٤].

ومن رأينا أن العائق الحقيقي أمام تطبيق حق جلسات الاستماع العلنية وهي تعد من أهم قواعد الشفافية ارتفاع التكلفة عندما تكون إحدى طرفي التحكيم التعاهدي دولة نامية أو أقل نمواً، وفي مثل هذه النوعية من التحكيم التعاهدي تكون شعوب هذه الدول بحاجة أكثر لعلانية جلسات الاستماع وبثها لمراقبة ومتابعة عملية التحكيم، فمن حيث المبدأ يتحمل الطرف الخاسر تكاليف التحكيم فوفقا للمادة ٤٢ من قواعد الأونسيترال للتحكيم (المتضمنة للفقرة ٤ الجديدة في المادة ١بصيغتها المعتمدة في عام ٢٠١٣) يتحمل تكاليف التحكيم من حيث المبدأ الطرف الخاسر أو الأطراف الخاسرون ولكن يجوز لهيئة التحكيم أن تقسم كلا من تلك التكاليف بين الاطراف اذا رأت ذلك التفسيم معقولا أخذة ظروف القضية في الاعتبار.

ولذا نهيب بهيئات التحكيم في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول وخاصة حينما تكون الدولة نامية وخاسرة لدعواها وكثيرا ذلك أن تقسم تلك التكاليف على الأقل، بل انه لا مانع بناء على اتفاق أن يتحمل المستثمر في مثل هذه النوعية من التحكيم وغالبا ما يكون ذلك المستثمر شركات عملاقة متعددة الجنسيات

(154) See: UNCITRAL Transparency Rules applied for the first time in investor-State arbitration,op,cit.

المسئولية المجتمعية تجاه شعوب هذه الدول بأن يتحمل الجزء الأكبر من هذه التكاليف.

ومن الأمثلة لاحكام تسويةالمنازعات الواردة فى اتفاقات الإستثمارالدولية التى تتناول جلسات الإستماع العلنية: تنص المادة ٣٨ (١) من اتفاق كندا النموذجى لتشجيع الإستثمار الأجنبى وحمايته التى استخدمت أيضاً فى معاهدات استثمار ثنائية مبرمة على ما يلى:

" ١- أن تكون جلسات الإستماع التى تعقد بموجب هذا الباب مفتوحة أمام الجمهور ويجوز لهيئة التحكيم بالقدر اللازم لضمان حماية المعلومات السرية بما يشمل المعلومات التجارية السرية أن تعقد أجزاء من جلسات الاستماع بصورة سرية.

٢- تضع الهيئة إجراءات لحماية المعلومات السرية وترتيبات لوجستية مناسبة لجلسات الاستماع العلنية بالتشاور مع الطرفين المتنازعين".

وينص اتفاق التجارة الحرة بين الولايات المتحدة وبلدان أمريكا الوسطى والجمهورية الدومينيكة فى المادة ١٠-٢١-٢ منه على عقد جلسات استماع "مفتوحة أمام الجمهور " وعلى أن تحدد هيئة التحكيم بالتشاور مع الطرفين المتنازعين الترتيبات اللوجستية المناسبة.

وذات المعنى تضمنته المادة ١٠- ٢٢- ٢ الواردة فى الفصل العاشر من اتفاق التجارة الحرة بين استراليا وشيلى الموقع عليه فى ٣٠ تموز/يوليه٢٠٠٨.

ويلاحظ على الأمثلة السابقة أنها تضمنت أحكام بشأن علانية الجلسات بدرجة أعلى فى الشفافية مما ورد بقواعد الشفافية فى هذا الشأن فلم يتضمن أى منها حكم على غرار الحكم الوارد بالفقرة الثالثة من المادة السادسة والذى منح هيئة التحكيم سلطة بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين أن تقرر عقد جلسات الإستماع أو بعضها فى شكل جلسات مغلقة حيثما يصبح ذلك ضرورياً لأسباب لوجستية وهى كما سبق أن ذكرنا فقرة مفرطة العمومية بما قد يقضى إلى تجاوزات فى بعض الأحيان.

بينما تعد قواعد الشفافية فى هذا الشأن أفضل من قواعد المركز الدولى لتسوية المنازعات الاستثمارية إذ لم تجعل قواعد المركز مبدأ علانية جلسات الإستماع هو الأصل وإنما جعلته سلطة جوازية لهيئة التحكيم وقيدت هذه السلطة الجوازية بشرط عدم اعتراض أحد الطرفين المتنازعين فوفقاً للقاعدة رقم ٣٢ (٢) من قواعد تحكيم المركز الدولى أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تأذن لأشخاص آخرين بحضور جلسات الإستماع أو مراقبتها مالم يعترض على ذلك أحد الطرفين المتنازعين فإذا اعترض أحد الطرفين على ذلك لا يجوز لهيئة التحكيم أن تأذن بحضور هؤلاء الأشخاص وقد

قدم المركز مقترحاً أولياً يرمى إلى إسناد بعض السلطات التقديرية إلى هيئة التحكيم لكن ذلك المقترح قوبل باعتراض شديد.

كما أن الفقرة ٤ من المادة ٢ من صيغة عام ١٩٧٦ لقواعد الأونسيترال للتحكيم تنص على: ((تكون جلسات المرافعات الشفوية وسماع الشهود مغلقة،مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك " وتنص الفقرة ٣ من المادة ٣٨ من قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة عام ٢٠١٠ على أنه " تكون جلسات الإستماع مغلقة مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ".

المبحث الثالث

الإستثناءات من الشفافية وجهة إيداع المعلومات المنشورة

نتناول بالدراسة والشرح في هذا المبحث المادة السابعة التي تحدد الاستثناءات من الشفافية وذلك أولا، ثم نتناول بالشرح أحكام المادة الثامنة من قواعد الشفافية بشأن جهة إيداع المعلومات المنشورة وذلك ثانيا.

أولا:الاستثناءات من الشفافية:

جاءت المادة السابعة من القواعد والتى تهدف إلى تحديد الإستثناءات من الشفافية التى تقتصر على حماية المعلومات السرية

أو المحمية الفقرات من (١: ٤) وحماية سلامة عمليةالتحكيم (الفقرتان ٥، ٦) لتضع أحكام تتعلق بالإستثناءات من الشفافية.

وذكرت الفقرة الأولى أنه لا يجوز إتاحة المعلومات السرية أو المحمية وفقاً للتعريف الوارد فى الفقرة ٢ وعلى النحو المبين فى الترتيبات المشار إليها فى الفقرتين ٣،٤ لعامة الناس عملاً بالمواد من ٢ إلى ٦ من القواعد(١٥٥).

وقد جرى التسليم عموماً أنه من المهم حماية المعلومات السرية والحساسة باعتبارها جزء من المناقشة المتعلقة بالشفافية واقترح إعداد مشروع مادة يأخذ فى الاعتبار مسألتى الشفافية والسرية معاً باعتبارهما مصلحتين مشروعيتين وقيل كذلك أنه كثيراً ما توجد لدى الدول تشريعات وطنية لحماية بعض المعلومات وأنه يجب مراعاة القانون الواجب التطبيق عند صوغ إقتراحات بشأن حماية المعلومات السرية والحساسة لكى تطرح في مداولات الفريق العامل المقبلة.(١٥٦).

وقد كان صياغة مشروع المادة محل الشرح تقضى فى فقرتها الأولى بأن تخضع القواعد المنصوص عليها فى المواد من ٢ إلى ٦ للإستثناءات الصريحة التالية (أ) لا يلزم طرف ما بنشر أى معلومات

(١٥٥) انظر الفقرة الأولى من المادة السابعة من القواعد.

(١٥٦) انظر الوثيقة رقم A/CN9/717, Page 35

سرية أو حساسة بحسب التعريف الوارد فى الفقرة ٢ من المادة ٧ وتتخذ هيئة التحكيم ترتيبات لحماية تلك المعلومات من النشر(١٥٧).

وتعليقاً على مشروع الفقرة المشار إليها ذكر أن العبارة الإفتتاحية لها والتى نصها " لا يلزم طرف ما بنشر أى معلومات سرية أو حساسة " ليست واضحة لأنها تتعلق بفكرة إلزام طرف فى حين أن القواعد تقضى بأن ترسل المعلومات فى المقام الأول من خلال هيئة التحكيم ورئ أيضاً أنه بما أن إجراءات تحديد المعلومات السرية والحساسة فى إطار الفقرة الرابعة هى من شأن هيئة التحكيم فينبغى أن تتضمن الفقرة الفرعية اشارة الى الفقرة ٤ لكي يتضح أنه لا يكون من شأن الطرفين فقط أن يقررا ما الذي يعتبر معلومات محمية(١٥٨).

---

(١٥٧) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/WG II / WP 166 / Add.1,page 2

(١٥٨) تنص الفقرة الرابعة من مشروع المادة محل الشرح على (عندما يشكك الطرف المعارض في سرية وحساسية أي من تلك المعلومات أو جميعها يجب عليه أن يبين ذلك في غضون ثلاثين يوما من تاريخ تلقيه من الطرف الاخر الوثيقة المنقحة التي ازيلت منها المعلومات التي أعتبرت سرية وحساسة ، محددا بدقة أجزاء الوثيقة التي يدعي بأنه يجب ألا تزال منها تلك المعلومات ويكون على هيئة التحكيم أن تبت بعد ذلك في أي اعتراض من هذا القبيل على تحديد المعلومات السرية والحساسة أو ارسالها.

* انظر الوثيقة رقم: A/CN.9/WG II / WP.166 / Add. 1 , page 3

* انظر ايضا الوثيقة رقم A/CN.9/736,Page 30

وعلى ذلك جاءت صياغة الفقرة الأولى النهائية لتتلافى النقد الموجه إلى مشروع الفقرة على النحو المشار إليه.

وجاءت الفقرة الثانية لتوضح نطاق المعلومات السرية أو المحمية.

فوفقاً للفقرة الفرعية (أ) ٢ أولى هذه المعلومات السرية المحمية هى المعلومات التجارية السرية.

وأثير تساؤل بشأن معنى مصطلح المعلومات التجارية (السرية) الواردة فى الفقرة ٢ (أ) وسيق اقتراح يدعو إلى إدراج تعريف لهذا المصطلح فى قواعد الشفافية أو قائمة توضيحية تتضمن أمثلة على تلك المعلومات وأقترح أيضاً إضافة الصفة " الحساسة " فى نهاية هذه العبارة[١٥٩]ولم يأخذ بهذه المقترحات فى الصياغة النهائية للفقرة.

فقد كان الفريق العامل يود أن ينظر فى تعريف " المعلومات السرية والحساسة " الوارد فى الفقرة ٢ فذلك الإقتراح يستند إلى أحكام مماثلة توجد عادة فى المعاهدات الإستثمارية وكذلك إلى تعريف المعلومات السرية والحساسة الذى تقدمه هيئات التحكيم فى الأوامر المتعلقة بالسرية فى القضايا التى تطرح فى إطار اتفاق (النافتا)

([١٥٩]) انظر الوثيقة رقم: A/CN9/760 , Page 23

بموجب قواعد الأونسيترال للتحكيم وكثيراً ما تذكر العبارة " "المعلومات التى تقدمها أطراف ثالثة والتى يحق لتلك الأطراف الثالثة أن تعتبرها معلومات سرية " ضمن تعريف المعلومات السرية والحساسة الذى يرد فى تلك الأحكام(١٦٠). وبعض المعاهدات تقضى بتعريف المعلومات السرية والحساسة بعبارات عامة من قبيل " أى معلومات وثائقية حساسة غير متاحة للملأ "(١٦١).

وحددت الفقرة الفرعية (ب)٢ثان هذه المعلومات السرية أو المحمية وهي المعلومات المحمية من إطلاع عامة الناس عليها بمقتضى المعاهدة.

وقد كانت صياغة مشروع الفقرة الفرعية محل الشرح على النحو التالى " المعلومات المتمتعة بالحماية من الإفشاء بموجب معاهدة أو.....(١٦٢).

ومما لا شك فيه أن كلمة " معاهدة " الواردة فى مشروع الفقرة أعم وأشملمن كلمة المعاهدة الواردة فى الصياغة النهائية فهي تشمل أية معاهدة الدولة المتنازعة طرف بها والتزمت خلالها بسرية وحماية

---

(١٦٠) انظر الوثيقة رقم:A/CN.9/WG II / WP.166 / Add.1,Page3,4

(١٦١) انظر الوثيقة رقم: A/CN9/712 , Page 21

– انظر أيضاً الوثيقة رقم: A/CN.9/WG II / WP . 166 / Add. 1 , Page 2

(١٦٢) انظر الوثيقة رقم: A/CN9/736 , Page 33

مجموعة من المعلومات بما فيها المعاهدة التى نشأت بمناسبتها المنازعة محل عملية التحكيم المتضمن قواعد الشفافية وإن كانت صياغة مشروع الفقرة محل الشرح توسع من احتمالية المعلومات السرية والمحمية إلا أنه لها فائدة إذ تجعل الدول أكثر رغبة فى تضمين عملية التحكيم بمعاهداتها قواعد الشفافية مما يمثل رواجاً وإنتشاراً لهذه القواعد إذ لا تجد الدول ما يصطدم ويخل بالتزاماتها فى معاهدات أخرى نتيجة استخدام قواعد الشفافية.

ثم كانت الفقرة (ج) ٢ والتى حددت الفئة الثالثة من المعلومات المحمية وهى المعلومات المحمية من إطلاع عامة الناس عليها بمقتضى قانون الدولة المدعى عليها فيما يخص معلومات تلك الدولة وبمقتضى أى قوانين أو قواعد ترى هيئة التحكيم أنها تنطبق على كشف المعلومات فيما يخص المعلومات الأخرى.

وفى مناقشات الفريق العامل اقترح حذف أى إشارة إلى قانون الطرف المتنازع حيث قيل إن الإشارة إليه تمس بما لهيئة التحكيم من صلاحية تقديرية فى البت فى القانون المنطبق ورداً على ذلك أعرب عن شواغل لأن ذلك الإقتراح لا يوفر ما يكفى من الإرشادات ولا سيما للطرف المدعى عليه بشأن ما إذا كان من شأن قرارات هيئة التحكيم أن تضعه فى موقف يفضى إلى انتهاك القوانين الخاصة به وأجرى نقاش أقترح بعده حل توفيقى يجعل تطبيق قانون الطرف المدعى عليه إلزاميا فيما يخص إفصاح ذلك الطرف عن المعلومات

وجعل جميع المعلومات الأخرى خاضعة لقرار تتخذه هيئة التحكيم بشأن تنازع القوانين[١٦٣] وهو ما أخذت به الصياغة النهائية.

أما الفئة الرابعة من المعلومات المحمية فهى وفقاً للفقرة الفرعية (د) ٢ المعلومات التى يكون من شأن الكشف عنها عرقلة إنفاذ القوانين.

وقد أبدت عدة وفود إعتراضها لأنها رأت أن الفقرة تهمل الغاية الجوهرية للشفافية التى تقوم عليها القواعد وقيل أن تعابير من قبيل " سيعيق إنفاذ القانون " فضفاضة للغاية بحيث تفسح المجال عملياً لإسناد أى معنى لها بغية تبرير حجب المعلومات واعترضت عدة وفود على مبدأ تمكين الدولة من البت فى المعلومات التى تحجبها وهو ما نؤيده حقاً[١٦٤].

وتجسد الفقرات الثالثة والرابعة إجراءات تحديد المعلومات السرية والحساسة وحمايتها.

فألزمت الفقرة الإفتتاحية من الفقرة الثالثة من المادة محل الشرح هيئة التحكيم بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين ترتيبات من أجل منع إطلاع عامة الناس على أى معلومات سرية أو محمية.

---

(١٦٣) انظر الوثيقة رقم A/CN9/760 , Page 23, 24

(١٦٤) انظر المرجع السابق،ص٢٥

وكـان مشـروع الفقـرة الإفتتاحيـة يـنص علـى: " تتخـذ هيئـة التحكيم بالتشاور مع الطرفين المتنازعين ترتيبات لمنع اطلاع الناس أو أطـراف المعاهـدة غيـر المتنـازعين علـى أى معلومـات سـرية أو محمية.... "[١٦٥].

وأقترح حذف عبارة " الأطراف فى المعاهدة غير المتنازعة " من الفقرة على أساس أن عبارة عامة الناس واسعة بما فيه الكفاية وقالت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى فى دورتها السادسة والأربعين إنها تفهم أن تعبير" عامة الناس " حسبما هو مستخدم فى القواعد هو تعبير عام يقصد منه أن يشمل " الأطراف الثالثة " المشار إليها فى المادة الرابعة والأطراف غير المتنازعة المشار إليها فى المادة الخامسة وأخذ بهذا الإقتراح فى الصياغة النهائية للفقرة محل الشرح[١٦٦]. وتوخياً للإتساق الصياغى إتفقت اللجنة على الإستعاضة عن عبارة " بالتشاور " الواردة فى فاتحة الفقرة على النحو الموضح سابقاً بعبارة " بعد التشاور " [١٦٧].

([١٦٥]) انظر الوثيقة A/CN9/765 , Page 23

([١٦٦]) انظر الوثيقة رقم A/68/17, Page 16

([١٦٧]) انظر المرجع السابق، ص ١٧

ثم حددت الفقرة الثالثة تلك الترتيبات التى تتخذها هيئة التحكيم من أجل منع إطلاع عامة الناس على أى معلومات سرية أو محمية وتشمل عند الإقتضاء :-

(أ) تحديد مهل زمنية يتعين فى غضونها على الطرف المتنازع أو الطرف فى المعاهدة غير المتنازع أو الطرف الثالث أن يقدم إشعارات بأنه يطلب حماية معلومات من هذا القبيل فى الوثائق[١٦٨].

(ب) اتخاذ إجراءات لتحديد وحجب المعلومات السرية أو المحمية المعنية فى هذه الوثائق على وجه السرعة.

(ج) إتخاذ إجراءات لعقد جلسات استماع مغلقة بالقدر الذى تقتضيه الفقرة ٢ من المادة ٦.

---

(١٦٨) فعلى سبيل المثال نشأ نزاع بين حكومة غينيا وشركة BSG Resources Limitedوهي شركة تعدين وتقدمت الشركة بطلبها للتحكيم في سبتمبر ٢٠١٤ وتناولت المحكمة في أمرها الإجرائي رقم ٢ نظام الشفافية الذي أتفق عليه الأطراف وتضمن أنه يجب على كل طرف تقديم إشعار في غضون ٢١ يوم من تقديم أي مستند يرغب في أن تظل تلك الوثيقة سرية ومحمية.

- **See:**Herbert Smith Freehills:Public international law notes:UNCITRAL Transparency Rules applied for the first time in investor-State arbitration,26October,2015,availableat:https://hsfnotes.com/publicinternationallaw/2015/10/26/uncitral-transparency-rules-applied-for-the-first-time-in-investor-state-arbitration/

وقد كان مشروع الفقرة فيما يتعلق بإجراءات تحديد المعلومات السرية والحساسة وحمايتها تنص على: " ٣- يجب على الطرف المتنازع الذى يقدم معلومات أن يحدد بوضوح ما إذا كان يرى أن المعلومات ذات طابع سرى وحساس عند تقديم المعلومات إلى هيئة التحكيم وأن يقدم عند تسليم وثيقة تتضمن تلك المعلومات صيغة منقحه من تلك الوثيقة لا تتضمن تلك المعلومات "[١٦٩].

وتعليقاً على هذا المشروع إتفق الفريق العامل على أنه ينبغى تنقيح الفقرة لكى تنص على أنها تنطبق على جميع الوثائق بما فيها تقارير الخبراء الذين تعينهم هيئة التحكيم والمذكرات المقدمة من الأطراف الثالثة ولا يقتصر تطبيقها على الوثائق التى تقدمها الأطراف المتنازعة وأن تتناول سرية المذكرات المقدمة من أطراف ثالثة وأن يكون هناك بعض المرونة من حيث التوقيت لأنه لا يمكن عملياً الطلب من طرف أن يقدم أيضاً صيغة مجتزأة فى الوقت الذى يقدم فيه معلومات إلى هيئة التحكيم وينبغى أن يكون لهيئة التحكيم حق فى الإشراف على عملية الصياغة المجتزأة للمعلومات السرية[١٧٠].

وجاءت الصياغة النهائية للفقرة (أ) من الفقرة الثالثة لتتضمن بالإضافة إلى حق الطرف المتنازع فى حماية المعلومات السرية المقدمة منه أيضاً حق الطرف فى المعاهدة غير المتنازع أو الطرف

---

(١٦٩) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/WG II / WP . 166 / Add. Page 1 , 2

(١٧٠) انظر الوثيقة رقم A/CN9/736 , Page 34

الثالث فى أن يقدم إشعار بأنه يطلب حماية معلومات من هذا القبيل فى الوثائق حيث لم يتضمن مشروع الفقرة سوى الإشارة إلى الطرف المتنازع.

ولم تتضمن الفقرة محل الشرح أنها تنطبق على جميع الوثائق بما فيها تقارير الخبراء الذين تعينهم هيئة التحكيم مثلما ورد بتعليقات الفريق العامل على مشروع الفقرة ولا ضرر من عدم ذكرها ذلك لأن المادة السابعة المتعلقة بالإستثناءات من الشفافية بما فيها الفقرة الثالثة محل الشرح تنطبق أينما وجدت المعلومات السرية أو المحمية بغض النظر عن نوع الوثيقة أو مصدرها.

وعلى الرغم من أن الفقرة (ب) من الفقرة ٣ ألزمت هيئة التحكيم إتخاذ إجراءات لتحديد وحجب المعلومات السرية أو المحمية المعنية فى هذه الوثائق على وجه السرعة إلا أنها لم تحدد ماهى هذه الإجراءات أو تذكر أمثلة عليها كما أن عبارة " على وجه السرعة " فضفاضة لا تلزم هيئة التحكيم بتوقيتات محددة وكان من الأفضل تحديد مهلة زمنية لهذه الإجراءات للمزيد من الشفافية.

وجاءت الفقرة الأخيرة من الفقرة الثالثة محل الشرح لتبين أن لهيئة التحكيم بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين أمر تحديد ما إذا كانت المعلومات سرية أو محمية فنصت على " ويعود لهيئة التحكيم ، بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين، أمر تحديد ما إذا كانت المعلومات سرية أو محمية"

وفى مناقشات الفريق العامل أستنكر أن من يتولى تحديد المعلومات السرية والحساسة يمكن أن يكون هيئة التحكيم أو الأطراف المعنية وقدم مقترحا بأن يتفق الأطراف على تحديد المعلومات السرية والحساسة وألا تتولى هيئة التحكيم تحديدها إلا فى حال عدم توصل الأطراف إلى إتفاق بشأنها وقدم اقتراح آخر بأن يمنح الأطراف هامشاً من الصلاحية التقديرية لتحديد الطابع السرى والحساس للمعلومات ويقتصر دور هيئة التحكيم بعد ذلك على التأكد من تنفيذ الأطراف لإلتزاماتهم بحسن نية(١٧١).

ويجب أن يفهم أن المقصود من الفقرة الأخيرة محل الشرح هو تناول الحالة الخاصة المتمثلة فى عدم إتفاق الطرفين على حجب المعلومات السرية أو المحمية(١٧٢).

ونرى أنه كان من الأفضل استخدام عبارة " بعد التشاور مع الأطراف المعنية " بدلاً من " بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين " الواردة فى الصياغة النهائية للفقرة الاخيرة المشار إليها تأييداً لما ذكره الفريق العامل فى مناقشاته من أن " من يتولى تحديد المعلومات السرية والحساسة يمكن أن يكون هيئة التحكيم أو الأطراف المعنية" فقد تكون الوثيقة مقدمة من طرف فى المعاهدة غير متنازع أو

(١٧١) انظر الوثيقتين رقمي:A/CN.9/712 , Page 69 &A/CN.9/717 , Page 36

انظر أيضا:A/CN.9/WG II / WP . 162 / Add. Page 1 , 2

(١٧٢) انظر الوثيقة رقم A/68/17, Page 17

الطرف الثالث وهو الذى يطلب حجب بعض المعلومات السرية أو المحمية منها فمن المفترض حقهما فى مشاورتهما قبل تحديد هيئة التحكيم ما إذا كانت المعلومات سرية أو محمية.

ثم جاءت الفقرة الرابعة لتقرر أنه حينما ترى هيئة التحكيم عدم ضرورة حجب معلومات واردة فى وثيقة ما أو عدم ضرورة تمنع اطلاع عامة الناس على وثيقة يسمح لأى طرف متنازع أو طرف ثالث يكون قد قدم الوثيقة طوعاً لادراجها فى سجل إجراءات التحكيم بأن يسحب الوثيقة برمتها أو جزء منها من السجل(١٧٣).

وجاءت الفقرة الخامسة بحكم أنه ليس فى هذه القواعد ما يقتضى من الدولة المدعى عليها أن تتيح لعامة الناس معلومات ترى أن كشفها مناف لمصالحها الأمنية الأساسية.

وقد كان مشروع الفقرة ينص على " ليس فى هذه القواعد مايقتضى من طرف أن يتيح (للجمهور) معلومات يرى أن الإفصاح عنها سيعيق إنفاذ القانون أو سيكون مخالفاً للمصلحة العامة لمصالحه الأمنية الأساسية.

وقد أبدت عدة وفود اعتراضها على هذا الحكم وهو ما نؤيده لأنها رأت أنه يهمل الغاية الجوهرية للشفافية التى تقوم عليها القواعد وإن تعابير من قبيل " سيعيق إنفاذ القانون " و " سيكون

(١٧٣) انظر الفقرة الرابعة من المادة السابعة من القواعد.

مخالفاً للمصلحة العامة" فضفاضة للغاية – حيث تفسح المجال عملياً لإسناد أى معنى لها بغية تبرير حجب المعلومات وهو ما ينطبق أيضاً على تعبير " مناف لمصالحها الأمنية الأساسية " الوارد بالصياغة النهائية للفقرة وقيل أيضاً أن القوانين الوطنية والمعاهدات التى تبرمها الدولة تنص عادة على حماية تلك المعلومات وكثيراً ما تتضمن أحكاماً لحمايتها فلا يوجد ما يبرر أن تتيح القواعد مستوى إضافياً من الحماية واعترضت عدة وفود أيضاً على مبدأ تمكين الدولة من البت فى المعلومات التى تحجبها إذ رأت أن ذلك يندرج ضمن صلاحيات هيئة التحكيم(١٧٤).

ووضعت الفقرتين السادسة والسابعة أحكاماً بشأن سلامة عملية التحكيم وسبق للفريق العامل أثناء الإعداد والتحضير لصياغة القواعد أن اتفقعلى أن تشمل المسائل التى ينبغى مواصلة دراستها ما يلى:

١–ما إذا كان ينبغى وضع الحكم الخاص بحماية سلامة عملية التحكيم فى صيغة عامة أم تضمنيه حالات محددة لتناولها على نحو معين.

٢– التداخل بين الحكم الخاص بحماية نزاهة عملية التحكيم والأحكام الواردة فى قواعد الأونستيرال للتحكيم التي تتناول بالفعل هذه المسألة.

(١٧٤) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/760 , Page 25

٣-كيفية وضع حد للقيود على الشفافية استناداً إلى ضرورة حماية سلامة عملية التحكيم[١٧٥].

وجاءت الفقرة السادسة لتقرر أنه لايجوز إتاحة إطلاع عامة الناس على المعلومات بمقتضى المواد ٢ إلى ٦ متى كان من شأن اتاحتها للعموم أن يمس بسلامة عملية التحكيم حسبما هو محدد فى الفقرة السابعة.

ثم جاءت الفقرة السابعة لتجيز لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من طرف متنازع بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين متى كان ذلك ممكناً من الناحية العملية أن تتخذ التدابير الملائمة من أجل تقييد أو تأخير نشر المعلومات متى كان من شأن هذا النشر المساس بسلامة عملية التحكيم إما لأنه يمكن أن يعيق

([١٧٥]) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/717 , Page 38

- انظر ايضاً الوثيقة رقم A/CN.9/712 , Page 22, 23

- ويعبر عن سلطة هيئة التحكيم فى حماية نزاهة عملية التحكيم بتعابير عامة فى قواعد التحكيم على سبيل المثال المادة ١٥ (١) من قواعد الأونسيترال للتحكيم لسنة ١٩٧٦ والمادة ١٧(١) من قواعد الأونسيترال للتحكيم لسنة ٢٠١٠ والمادة ١٥ من قواعد غرفة التجارة الدولية والمادة ١٩ من قواعد استوكهولم للتحكيم (معهد التحكيم التابع لغرفة التجارة فى استوكهولم) وهذه السلطة استخدمتها هيئة التحكيم لكى تعالج مسائل محددة ويوضح عدد من الحالات الكيفية التى استخدمت بها هيئات التحكيم تلك السلطة المخولة لها وقد أصدرت فى حالات معينة تدابير مؤقتة من أجل حماية سلامة إجراءات التحكيم وخصوصاً الإطلاع على الأدلة وسلامتها.

- انظر الوثيقة A/CN.9/WG II / WP.166 / Add.1,Page 5

جمع الأدلة أو تقديمها أو يؤدى إلى ترهيب الشهود والمحامين الذين يمثلون الطرفين المتنازعين أو أعضاء هيئة التحكيم أو فى ظروف استثنائية مماثلة(١٧٦).

وقد كان مشروع الفقرة السابعة على النحو التالى " يحق لهيئة التحكيم أن تمنع نشر معلومات حينما يكون من شأن هذا النشر أن ينال من سلامة عملية التحكيم بما يشمل الحالات التى يمكن أن يعيق فيها هذا النشر جمع الأدلة أو تقديمها أو أن يؤدى إلى تخويف الشهود أو المحامين الذين يمثلون الأطراف أو أعضاء هيئة التحكيم(١٧٧).

وتعليقاً على مشروع الفقرة المذكورة اقترح الاستعاضة عن كلمة " يحق " بكلمة " يجوز " واتساقاً مع النهج المتبع فى القواعد اقترح أيضاً أن ينص على أنه ينبغى لهيئة التحكيم أن تتشاور مع الطرفين عندما تقرر من تلقاء نفسها أن تقيد نشر المعلومات بيد أنه اقترح مراعاة للحالات الإستثنائية التى قد تضطر فيها هيئة التحكيم إلى تقييد النشر أن تجرى ذلك التشاور " إن كان ممكناً من الناحية

([176])See: New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps,Op.cit, page23

(١٧٧) انظر الوثيقة A/CN.9/WG II / WP . 166 / Add. 1 , Page 2

العملية " وتأييداً لهذا الإقتراح أوضح أنه فى الحالات العاجلة لا تكون هيئة التحكيم بالضرورة قادرة على التشاور مع الطرفين[١٧٨].

وقد روعيت هذه التعليقات فى الصياغة النهائية للفقرة ومما تجدر الإشارة إليه أن التشاور مع الطرفين المتنازعين متى كان ذلك ممكناً من الناحية العملية يكون فى الحالتين سواء قررت هيئة التحكيم تقييد أو تأخير نشر المعلومات من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أحد الطرفين المتنازعين كما أن كلمة " منع " الواردة فى مشروع الفقرة تم الإستعاضة عنها بعبارة " تقييد أو تأخير".

واقترح كذلك تعين قائمة محدودة بالحالات التى يمكن أن يمس فيها النشر بسلامة عملية التحكيم ولهذه الغاية اقترح حذف عبارة " بما يشمل " الواردة فى مشروع الفقرة وينبغى على ذلك صوغ جملة منفصلة تنص على أن النشر يعتبر ماساً بسلامة عملية التحكيم فى الحالات المذكورة فى مشروع الفقرة وإضافة عبارة " أو فى الحالات الإستثنائية المشابهة" وقد حظى هذا الاقتراح بالتأييد وأخذت به الصياغة النهائية.

ثانيا:وعن جهة إيداع المعلومات المنشورة (السجل):ورد حكم المادة الثامنة من القواعد بأن تكون جهة إيداع

([١٧٨]) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/736 , Page 30

– انظر الوثيقة رقم A/CN.9/717 , Page 37

المعلومات المنشورة بمقتضى قواعد الشفافية هى الأمين العام للأمم المتحدة أو أى مؤسسة تسميها الأونسيترال.

وقد سبق وأن ناقش الفريق العامل مسألة ما إذا كان ينبغى اعتبار إنشاء سجل محايد خطوة ضرورية لتعزيز الشفافية فى التحكيم التعاهدى بين المستثمرين والدول وكان الرأى السائد هو ضرورة وجود مثل هذا السجل وأعرب عن تأييد عام لفكرة أن تكون الأمانة العامة للأمم المتحدة هى الجهة المثلى لاستضافته واستذكر أنه إذا لم تكن الأمم المتحدة فى وضع يمكنها من قبول تلك الوظيفة فإن المحكمة الدائمة للتحكيم فى لاهاى والمركز الدولى لتسوية المنازعات الإستثمارية قد أبديا استعدادهما لتوفير خدمات السجل(١٧٩).

وقرر الفريق العامل بالإجماع بأن أمانة الأونسيترال هى الخيار المحايد والمفضل للقيام بدور جهة إيداع المعلومات فى إطار القواعد(١٨٠) وأعربت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عن رأيها الجازم الذى خلصت إليه بالإجماع وهو أن تقوم أمانة الأونسيترال بدور جهة الإيداع المعنية بالشفافية وقيل أن من شأن صياغة المادة محل الشرح فى حال عدم تمكن أمانة الأونسيترال من الحصول على التمويل اللازم لأداء مهامها من الجمعية العامة أو

---

(١٧٩) انظر الوثيقة A/CN.9/WG II / WP . 166 / Add. 1 , Page 6

– انظر أيضاً الوثيقة A/CN.9/WG II / WP . 176 / Add. 1 , Page 6

(١٨٠) انظر الوثيقة أنظر الوثيقة رقم A/CN.9/765 , Page 26

– انظر ايضا: بشري خالد تركي المولى ،المرجع السابق، ص١٣٦

علـى تمويـل خـارج الميزانيـة قبـل بـدء نفـاذ قواعـد الشـفافية فـى ١ نيسان/أبريل٢٠١٤ أن تتيح لمؤسسة أخرى تسميها اللجنة فى دورتها الحالية تولى مهام جهة الإيداع إلى حين حصول أمانة الأونسيترال على الموارد اللازمة واتفقت اللجنة بتوافق الآراء على تسمية المحكمة الدائمة للتحكيم عند الاقتضاء بدور جهة الإيداع المعنية بالشفافية بصفة مؤقتة إلى حين حصول أمانة الأونسيترال على الموارد اللازمة للقيام بذلك الدور[١٨١].

وقد اكدت اللجنة مجددا في دورتها الثامنة والأربعين عام ٢٠١٥ رأيها الجازم الذي انتهت إليه بالإجماع بأن على امانتها أن تطلع بجهة الإيداع المعنية بالشفافية وتلقت جهة الإيداع المذكورة التمويل اللازم لها حتى نهاية عام ٢٠٢٠ من المفوضية الأوربية ومن صندوق التنمبة الدولية (أوفيد) التابع لمنظمة البلدان المصدرة للنفط (الأوبك)وفقا للتكليف الصادر من الجمعية العامة في الفقرة ٦ من قرارها ١١٣/٧٢[١٨٢].

([١٨١]) انظر الوثيقة أنظر الوثيقة رقم A/68/17 , Page 22

([١٨٢])انظر تقريري لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي الدورتين التاسعة والأربعون (٢٧ حزيران/يونيه – ١٥ تموز/يوليه٢٠١٦) والحادية والخمسون(٢٥حزيران/ يونيه_١٣تموز/يوليه٢٠١٨)، الجمعية العامة الوثائق الرسمية ، الدورة الحادية والسبعون والثالثة والسبعون الملحق ١٧، وثيقتين رقمي A/71/17, Page 47، A/73/17, Page 47.

– انظر ايضا: الوثيقة رقم: A/CN.9/979,2 May2019, Page 7,8

الخاتمة

إن القواعد المتعلقة بالشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول يمكن أن تساهم مساهمة كبيرة في إنشاء إطار قانوني منسق يتيح التوصل إلى تسوية منصفة وفعالة للمنازعات المتعلقة بالاستثمار الدولي وفي زيادة الشفافية والمساءلة وتعزيز الحوكمة الرشيدة.

ومن خلال دراستنا في الفصل الأول حول نشأة قواعد الشفافية ونطاق تطبيقها رأينا في المبحث الأول أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(الأونسيترال)قررت في دورتها الحادية والأربعون بأن تعالج مسألة الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول وعهدت اللجنة إلى فريقها العامل الثاني المعني بالتحكيم والتوفيق بمهمة إعداد معيار قانوني في هذا الشأن وانتهت الوفود إلى أن المعيار القانوني الخاص بالشفافية يأخذ شكل قواعد واضحة لا شكل مبادئ توجيهية فضفاضة أكثر استطرادا وأدمجت قواعد الشفافية في الصيغة المنقحة من قواعد الاونسيترال للتحكيم بموجب الفقرة ٤ الجديدة المضافة للمادة الأولى المعتمدة في عام ٢٠١٣ ، وأقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦ كانون الأول/ ديسمبر ٢٠١٣ قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول.

وتناولنا بالشرح في المبحث الثاني نطاق تطبيق قواعد الشفافية في اطار قواعد القانون الدولي العامورأينا أنها في جانب من نطاق

انطباقها تسري على التحكيم بين المستثمرين والدول الذي يستهل بمقتضى قواعد الاونسيترال للتحكيم عملاً بمعاهدة تنص على حماية الاستثمارأو المستثمرين مبرمة في ١نيسان/أبريل ٢٠١٤ أو بعد ذلك التاريخ ما لم تتفق الأطراف في المعاهدة على خلاف ذلك.

وفي المبحث الثالث شاهدنا أنه رغبة من لجنة القانون التجاري الدولي في توسيع نطاق إنطباق قواعد الشفافية بحيث يمكن أن تنطبق على المعاهدات الاستثمارية القائمة قبل ١نيسان/ أبريل ٢٠١٤ أعدت اللجنة إتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول (إتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية)واعتمدت الإتفاقية بموجب قرار اتخذته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ديسمبر ٢٠١٤ وبدأت النفاذ بتاريخ ١٨ أكتوبر ٢٠١٧ وتناولنا أهم أحكام تلك الاتفاقية بالشرح والتحليل.

وتناولنا في الفصل الثاني مضمون ومحتوى قواعد الشفافية فرأينا في المبحث الأول بشأن نشر المعلومات الواردة في إشعار التحكيم أنه تم اعتماد الخيار الذي انتهى إلى نشر المعلومات العامة فقط بالإشعار مثل المعلومات المتعلقة بأسماء الطرفين المتنازعين والقطاع الاقتصادي المعني والمعاهدة التي ينظر بموجبها في الدعوى كما تناولنا مسألة نشر الوثائق بالدراسة ورأينا أن هناك مجموعة من الوثائق تنشر تلقائيا فلا تمارس هيئة التحكيم أي صلاحية تقديرية بشأنها أي لا تخضع إلا للاستثناءات على الشفافية الواردة بالمادة

السابعة من القواعد وهناك مجموعة أخرى من الوثائق يخضع الإطلاع عليها للصلاحية التقديرية لهيئة التحكيم بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين وأشرنا إلى ما لوحظ لنا من فرق بين أحكام تسوية المنازعات الواردة في إتفاقيات الاستثمار الدولية التي تتناول إمكانية إطلاع الجمهور على الوثائق الإجرائية وقرارات التحكيم وبين قواعد الشفافية.

وتناولنا في المبحث الثاني موضوع المذكرات المقدمة لهيئة التحكيم سواء المذكرات المقدمة من طرف ثالث أو المذكرات المقدمة من أطراف في المعاهدة غير متنازعة وشاهدنا أن سلطة هيئة التحكيم جوازية تقديرية في أن تسمح لطرف ثالث بتقديم مذكرات وأن كانت هذه السلطة التقديرية مقيدة على النحو السابق إيضاحه بالبحث أما المذكرات المقدمة من أطراف في المعاهدة غير متنازعةفلا تتمتع هيئة التحكيم بهذه السلطة التقديرية بل عليها السماح بتقديم مثل هذه المذكرات وذكرنا السبب في ذلك وما إنتهينا إليه من رأي في تلك المفاضلة وذلك في إطار قواعد القانون الدولى العام.

وتناولنا بالدراسة موضوع جلسات الاستماع فوضعت المادة السادسة من القواعد المبدأ الاساسي بأن جلسات الاستماع الخاصة بتقديم الأدلة أو المرافعات الشفوية تكون علنية ولكن ذلك رهناً بأحكام الفقرتين ٢،٣ من تلك المادة وهما عبارة عن استثناءات على مبدأ علنية جلسات الاستماع وأشرنا إلى العديد من الإنتقادات لهذه

الاستثناءات وما إنتهينا إليه من رأي في هذا الشأن، كما أشرنا إلى أمثلة لأحكام تسوية المنازعات الواردة في اتفاقات الاستثمار وكذلك إلى قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات التي تناولت أحكام جلسات الاستماع وذكرنا ما لوحظ لنا من فارق في هذا الشأن.

وفي المبحث الثالث تناولنا بالدراسة والشرح الاستثناءات من الشفافية التي تقتصر على حماية المعلومات السرية أو المحمية وحماية سلامة عملية التحكيم وأشرنا إلى أن هذه الاستثناءات تضمنت تعابير فضفاضة للغاية بما لا يتفق مع الهدف من قواعد الشفافية، وأخيراً تناولنا بالشرح المادة الثامنة من قواعد الشفافية المتعلقة بجهة إيداع المعلومات المنشورة (السجل).

النتائج

١-إن ما توفره قواعد الشفافية من إعلام مختلف ممثلي الشعب بكل مراحل العملية التحكيمية يضمن تسيير المال العام بكل شفافية وكذا الموارد الطبيعية.

٢-إن الدول بطيئة الخطى نحو استعمال واستخدام قواعد الشفافية في التحكيم فعلى سبيل المثال نجد أن اتفاقية الإمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول (اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية) بدأت النفاذ في سبعة دول على مستوى العالم وهم أستراليا،بوليفيا،الكاميرون،كندا،ناميبيا،موريشيوس،سويسرا ولعل تردد الدول في المشاركة في إتفاقية موريشيوس للشفافية يعزى إلى أن السرية لا تزال أداة مهمة لحل النزاعات الاستثمارية من قبل الدول وربما كانت الدول حذرة من الكشف عن سلوك محرج من جانبها.

٣- لوحظ من بعض أمثلة أحكام تسوية المنازعات في إتفاقات الاستثمار الدولية التي تتناول إمكانية اطلاع الجمهور على الوثائق الإجرائية وقرارات التحكيم أنهاأتاحت قدراً من الشفافية متقارب مع قواعد الاونسيترال للشفافية وأن كان هناك اتفاقات أتاحت قدراًأكبر وانتهجت قاعدة أيسر وأسهل في الإتباع إلا أن قواعد الاونسيترال تتسم في حال تطبيقها على عملية التحكيم بأنها ملزمة لأطراف النزاع فلم تمنح قواعد الشفافية على سبيل المثال سلطة جوازية بشأن نشر

الوثائق بينما نجد الاحكام الواردة في اتفاقات الاستثمار متباينة في هذا الشأن منها من يجعل الالتزام بالنشر واجباً على الطرفين ومنها من يجعله جوازياً.

٤- تبقى بعض الألفاظ والمصطلحات المطاطة مشكلة تكاد لا تخلو اي معاهدة أو صك منها فقد ورد في قواعد الاونسيترال للشفافية ألفاظ مطاطة قد تؤدي إلى إفراغ الحكم من مضمونه وهو ما لا يتفق مع الهدف الذي وضعت من أجله قواعد الشفافية فعلى سبيل المثال ما ورد بالفقرة الثالثة من المادة السادسة ".....ومع ذلك يجوز لهيئة التحكيم بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين أن تقرر عقد جلسات الاستماع أو بعضها في شكل جلسات مغلقة حيثما يصبح ذلك ضرورياً لأسباب لوجستية وذلك مثلا عندما تجعل الظروف من المتعذر تطبيق أي ترتيب من الترتيبات المتخذة أصلا لكفالة علانية جلسات الاستماع" وأيضا مثل ما ورد بالمادة السابعة الفقرة الخامسة "ليس في هذه القواعد ما يقتضي من الدولة المدعي عليها أن تتيح لعامة الناس معلومات ترى أن كشفها مناف لمصالحها الأمنية الأساسية "وكذلك ما ورد بالفقرة ٢(د) من ذات المادة " المعلومات التي يكون من شأن الكشف عنها عرقلة انفاذ القوانين "وكذلك ما ورد بشأن المذكرات المقدمة من طرف ثالث بالمادة الرابعة فقرة ٣"..... إضافة للعوامل التي تراها ذات صلة...".

٥- وفي المقابل نجد العديد من أحكام قواعد الاونسيترال للشفافية أحكمت صياغتها النهائية بوجه يستحق الإشادة به فعلى سبيل المثال ألزمت الفقرة الأولى من المادة الخامسة هيئة التجكيم بأن تسمح لطرف في المعاهدة غير متنازع أن يتقدم بمذكرات بشأن المسائل المتعلقة بتفسير المعاهدة بل يجوز لهيئة التحكيم أن تدعو ذلك الطرف في المعاهدة غير المتنازع إلى تقديم هذه المذكرات.

٦- خلت قواعد الأونسيترال للشفافية من حكم يلزم نشر المعايير والأسس التي أتبعتها الأطراف المتنازعة أو المؤسسة المعنية في اختيار هيئة التحكيم وكذلك معلومات عن المحكمين الذين تعينهم حيث أن كفالة الشفافية في عملية التعين تدعم مصداقية نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

٧-إن من أهم الانتقادات التي وجهت إلى قواعد الاونسيترال للشفافية أنها ستطيل إجراءات التحكيم بسبب ما تتطلبه على سبيل المثال من نشر للمعلومات في بداية إجراءات التحكيم ونشر للوثائق والإجراءات اللازمة لتحديد وحجب المعلومات السرية أو المحمية المعينة في الوثائق، والفرصة التي تكفلها هيئة التحكيم للطرفين المتنازعين لإبداء ملاحظتهما على أي مذكرة مقدمة من الطرف الثالث أو طرف غير متنازع في المعاهدة والحقيقة أن المشكلة ليس في هذه الإجراءات في حد ذاتها وإنما في عدم تحديد توفيتات محددة صريحة لكثير من هذه الإجراءات فنجد ألفاظ مائعة من قبيل " أن

تسارع" الواردة بالمادة الثانية من القواعد، "في أقرب وقت ممكن"،" في الوقت المناسب" الواردتين في الفقرة الرابعة من المادة الثالثة، "فرصة معقولة" الواردة بالفقرة السادسة من المادة الرابعة والفقرة الخامسة من المادة الخامسة.

٨- تتسبب قواعد الشفافية في إرتفاع تكلفة التحكيم وخاصة حينما تكون احدى طرفي التحكيم دولة نامية‌ولعل حق علانية جلسات الاستماع وأهميته القصوى وكيفية بث تلك الجلسات للجمهور خير شاهد على ذلك.

٩-تتمتع اتفاقية موريشيوس للشفافية بقدر عال من المرونة لكي تكون أكثر انتشاراًوتجذب الدول للانضمام إليها ولعل من أهم مظاهر هذه المرونة هو إتساع حق الدولة في إبداء التحفظات وحالاته وعلى الرغم من أن الاتفاقية فتح باب التوقيع عليها في ١٧ آذار/مارس ٢٠١٥ وبدأت النفاذ في ٢٠١٧ إلا أن الدول الأطراف بها سبعة دول فقط حتى تاريخه.

١٠- تضمنت اتفاقات الاستثمار أحكام بشأن علانية الجلسات بدرجة أعلى في الشفافية مما ورد بقواعد الاونسيترال للشفافية فلم يتضمن أي منها حكم على غرار الحكم الوارد بالفقرة الثالثة من المادة السادسة من القواعد الذي منح هيئة التحكيم سلطة بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين أن تقرر عقد جلسات الاستماع أو بعضها في شكل جلسات مغلقة حيثما يصبح ذلك ضروريا

لأسباب لوجستية وهي فقرة مفرطة العمومية بما قد يفضي إلى تجاوزات في بعض الأحيان.

التوصيات

١- نوصي جميع الدول وخاصة الدول النامية والإفريقية بأن تتضمن اتفاقاتها الاستثمارية قواعد الاونسيترال للشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول والقيام بتوعية شعوبهم بهذه القواعد وأهميتها فهي في الأساس مقررة لمصلحة تلك الشعوب ليتمكنوا من مراقبة دولهم وما تقوم به من إجراءات سوف تعود آثارها عليهم بلا شك.

٢- نوصي جميع الدول بالانضمام لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام ٢٠١٤ (اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية) فما زال الإقبال عليها لا يرقى إلى المستوى المنشود وكما سبق وأن ذكرنا أن تردد الدول في المشاركة في الاتفاقية يعزى إلى أن السرية مازالت أداة مهمة لحل

النزاعات الاستثمارية من قبل الدول وربما كانت الدول حذرة من الكشف عن سلوك محرج من جانبها لذا عليها التخلي عن السرية لمصلحة الشفافية ومواجهة وكشف انحرافات سلوكها للتمكن من حلها بدلاً من التستر عليها وبالتالي تفاقمها.

٣- نوصي بأنه أثناء وضع نسخة منقحة لقواعد الشفافية أن تكون أعلى مستوى للشفافية عن معاهدات الاستثمار السابقة لها فقد رأينا بعض معاهدات الاستثمار التي تعد مصدر من مصادر إعداد القواعد تتقارب مع قواعد الاونسيترال للشفافية وأن كانت هناك اتفاقات أتاحت قدراً أكبر وأتبعت قواعد أيسر وأسهل في التطبيق لذا يجب دراسة إجراءات الشفافية الموجودة في المعاهدات الاستثمارية جيدا والاستفادة منها وتضمين قواعد الاونسيترال للشفافية درجة ومستوى أعلى منها.

٤- يجب ألا تتضمن قواعد الاونسيترال للشفافية ألفاظ ومصطلحات مطاطة قد تؤدي إلى افراغ ما تضمنته القواعد من أحكام وشاهدنا عدة أمثلة لذلك فيلزم أثناء إجراء أول تعديل لقواعد الشفافية تدارك مثل هذه الألفاظ فعلى سبيل المثال ما ورد بالفقرة الثالثة من المادة السادسة "....ومع ذلك يجوز لهيئة التحكيم بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين أن تقرر عقد جلسات الاستماع أو بعضها في شكل جلسات مغلقة حيثما يصبح ذلك ضروريا لأسباب لوجستية وذلك مثلا عندما تجعل الظروف من المتعذر تطبيق أي ترتيب من الترتيبات المتخذة أصلا لكفالة علانية جلسات الاستماع" فيجب

حذف مثل هذه الفقرة أو على الأقل تحديد الأسباب اللوجستية والظروف التي تجعل من المتعذر تطبيق أي ترتيب من الترتيبات المتخذة أصلا لكفالة علانية جلسات الاستماع.

٥- ضرورة وضع توقيتات محددة وصريحة لإجراءات الشفافية غير محددة المدة بقواعد الشفافية لتفادي ما وجه لها من انتقادات مهمة من بينها أنها ستطيل إجراءات التحكيم فعلى سبيل المثال عبارات من قبيل ما سبق الإشارة إليه بالنتيجة الرابعة يجب ألا تترك هكذا دون تحديد مواقيت محددة وواضحة.

٦- يجب ان تتضمن قواعد الشفافية حكم بشأن نشر المعايير والأسس التي أتبعتها الأطراف المتنازعة أو المؤسسة المعنية في اختيار هيئة التحكيم وكذلك معلومات عن المحكمين الذين تعينهم حيث أن كفالة الشفافية في عملية التعيين تدعم مصداقية نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

٧- نظرا لما تسببه قواعد الشفافية من إرتفاع في التكلفة وضربنا لذلك مثلا بتكلفة جلسات الاستماع العلنية وبثها للجمهور وخاصة حينما تكون إحدى طرفي التحكيم التعاهدي دولة نامية ، كما ضربنا مثالا بالمادة ٤٢ من قواعد الاونسيترال للتحكيم (المتضمن للفقرة ٤الجديدة في المادة ١بصيغتها المعتمدة في عام ٢٠١٣) بشأن أحكام توزيع تكاليف التحكيم ، ولذا نهيب بهيئات التحكيم في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول وخاصة حينما تكون الدولة نامية وخاسرة لدعواها وكثيرا ذلك أن تقسم تلك التكاليف على الأقل، بل إنه

لا مانع بناء على إتفاق أن يتحمل المستثمر في مثل هذه النوعية من التحكيم وغالبا ما يكون ذلك المستثمر شركات عملاقة متعددة الجنسيات المسئولية المجتمعية تجاه شعوب هذه الدول بأن يتحمل الجزء الأكبر من هذه التكاليف، وكذلك نوصيبإنشاء صندوق يخصص للمساهمة في سد التكلفة الناتجة عن قواد الشفافية تقوم على شئونه اللجنة الدولية للقانون التجاري الدولي(الأونسيترال).

المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية:

وثائق الأمم المتحدة:

١ تقرير الفريق الدراسي عن تجزئة القانون الدولي ،٢٠٠٦،وثيقة رقم: A/CN.4/L.682,13 April 2006,

٢ – تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري– ١٦حزيران/يونيه– ٣تموز /يوليه٢٠٠٧، وثيقة رقم A/63/17.

3- A/CN.9/646, 29 February, 2008.

٤ – تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري ٢١حزيران/يونيه– ٩تموز /يوليه٢٠١٠، وثيقة رقم A/65/17.

5- A/CN.9/WG.11/ WP.162, 9 December 2010
6- A/CN/WG.II/WP.164, 20 December, 2010
7- A/67/10, Page 164,20 December 2010
8- A/CN.9/WG.11/WP.160, 5 August, 2010

9- A/CN.9/712, 20 October 2010.

10- A/CN.9/717, 25 February, 2011

١١ –تقرير لجنة القانون الدولي الدورة الثالثة والستون، الجمعية العامة الوثائق الرسمية الدورة السادسة والستون الملحق رقم ١٠ ،٢٦ نيسان/ أبريل_٣حزيران/ يونيه و٤تموز/يوليه_١٢آب/أغسطس٢٠١١، وثيقة رقم A/66/10/Add.1.

12- A/CN.9/WG.II/WP.166, 29 July, 2011

13- A/CN.9/736, 17 October 2011

14- A/CN.9/WG.II/WP.169, 13 December, 2011

15- A/CN.9/ WG II / WP.169 /Add1,13December 2011

16- A/CN.9/741, 16 February 2012

17- A/CN.9 / 714, 16, February 2012

18- A/CN.9/WG II / WP.173,19 July 2012

19- A/CN.9/WG II / WP.172,2 August 2012

20- A/CN.9/ 760, 12 October 2012

21- A/CN.9 / WGII/WP 176, 30 November 2012

22- A/CN.9/765, 13 February 2013

23- A/CN.9/783,28 February 2013

24- A/CN.9/ 784,6 March2013

٢٥ -تقرير لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة السادسة والاربعون ٨-٢٦ تموز/يوليه ٢٠١٣، وثيقة رقم A/68/17.

٢٦ -تقرير لجنة القانون الدولي الدورة الخامسة والستون (٦أيار/ مايو-٧حزيران /يونيه و٨تموز/ يوليه-٩ آب أغسطس ٣٠١٣-الجمعية العامة الوثائق الرسمية الدورة الثامنة والستون الملحق ١٠، وثيقة رقم A/68/10.

27- A/CN.9/WG.II/WP.179,1August 2013
28- A/CN.9/794,26 September2013
29- A/CN.9/WG.II/WP.181,27 November 2013
30- A/RES/68/109, 18 December, 2013
31- A/CN.9/799, 13 February, 2014
32- A/CN.9/812,4 March 2014
33- A/69/496, 7 November, 2014
34- A/RES/69/116, December, 2014

٣٥ -مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية وثيقة رقم:

TD/B/C.II/EM.4/2,17 December,2014.

٣٦ -تقرير لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي الدورة التاسعة والأربعون (٢٧ حزيران/ يونيه – ١٥تموز/يوليه٢٠١٦) ، الجمعية العامة الوثائق الرسمية ، الدورة الحادية والسبعون الملحق ١٧، وثيقة رقم:A/71/17.

37- A/CN.9/WG.III/WP.142, 18 September 2017

38- A/CN.9/935,14 May 2018

٣٩ -تقرير لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي الدورة الحادية والخمسون (٢٥ حزيران/ يونيه – ١٣تموز/يوليه٢٠١٨) ، الجمعية العامة الوثائق الرسمية ، الدورة الثالثة والسبعون الملحق ١٧، وثيقة رقم A/73/17.

40- A/CN.9/964,6 November 2018
41- A/CN.9/WG.III/WP.159/Add1,24January 2019
42- A/CN.9/979,2 May2019
43- A/CN.9/WG.III/WP.182,2October 2019
44- A/CN.9/WG III / WP.191,17 January, 2020

الكتب:

١ -د/ أحمد أبوالوفا ،الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة السادسة،٢٠١٦،دار النهضة العربية.

٢ -د/صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، الطبعة الحادية عشر ٢٠٢٠،دار النهضة العربية للنشر والتوزيع.

٣ -د/محمد حافظ غانم ، المعاهدات دراسة لاحكام القانون الدولي ولتطبيقاتها في العالم العربي، سنة ١٩٦١، معهد الدراسات العربية، جامعة الدول العربية،مطبعة نهضة مصر الفجالة.

الأبحاث والدوريات والرسائل:

١ -بشري خالد تركي المولى، مبدأ الشفافية في التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق، العدد ع٦٤ ، جامعة الموصل كلية الحقوق، ٢٠١٨.

٢ –سمير محمد سالم الطروانة، التحفظ على المعاهدات الدولية في ضوء قواعد القانون الدولي العام،رسالة ماجستير،جامعة مؤته كلية الحقوق الأردن،٢٠١٣.

٣ –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 ٥٩ أبريل لسنة ٢٠١٦.

٤ –فاطمة مجذوب العطا، التحفظ على المعاهدات الدولية،رسالة ماجستير، ٢٠١٨، جامعة النيلين، السودان.

٥ –ياسين محمد ثروت الشاذلي، دور مؤسات التحكيم في نشر أحكام التحكيم كأحد متطلبات الشفافية في منازعات الاستثمار الدولي ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة كلية الحقوق،العدد٥٨،أكتوبر ٢٠١٥.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية:

1- Balcerzak F, Hepburn J (2015) Publication of investment treaty awards: the qualified potential of domestic access to information laws. Groningen J Int Law 3:1.

2- CIEL and IISD, 2017. Toward Widespread Ratification of the Mauritius Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. [pdf] Available at: http://www. ciel.org/wp-content/uploads/2017/02/

Mauritius-Briefing-Paper-Final-7FEB17.pdf [Accessed 21 March 2019].

3- (Corso di diritto internazionale, vol. 1 (Introduzione – Teorie generali), Padova: CEDAM, " 1955.

4- General Course on Public International Law", Recueil des cours de l'Académie du droit .international de la Haye (RCADI), vol. 106, (1962-II).

5- Herbert Smith Freehills:Public international law notes: UNCITRAL Transparency Rules applied for the first time in investor-State arbitration, 26October, 2015, availableat: https://hsfnotes.com/publicinternationallaw/2015/10/26/uncitral-transparency-rules-applied-for-the-first-time-in-investor-state-arbitration/

6- ICSID, Proposals for Amendment of the ICSID Rules – Working Paper, Vol. 3, August 2, 2018; ICSID, Working Paper #2, Vol. 1, March 2019.

7- Kaufmann-Kohler G, Potestà M (2016) Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap, Geneva Center for International Dispute Settlement, 3 June 2016.

8- New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next

Steps, August 2013, Prepared by Lise Johnson(principalauthor) and Nathalie Bernasconi-Osterwalder with input and comments from Marcos Orellana, Lisa Sachs, Daniel Magraw and Howard Mann. Available at:

9- http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/UNCITRAL_Rules_on_Transparency_commentary_FINAL.pdf.

10- M. Fitzmaurice, "Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties, Part I", Hague Yearbook of International Law, vol. 21 (2008).

11- Marisi F. (2019) The Importance of Transparency for Legitimizing Investor-State Dispute Settlement. In: Chaisse J., Choukroune L., Jusoh S. (eds) Handbook of International Investment Law and Policy. Springer, Singapore. https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2_20-1.

12- Permanent Court of International Justice, Jawarzina Advisroy , Opnion , 1923 , P.C.I.J, Senies B , No. 8.

13- See also :Roberts A., Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of StatesAmerican Journal of International Law, Vol. 104, No. 1, 2010, p. 217.

14- The Mauritius Convention Boosting transparency in Treaty-based Investor-State

Arbitration, Both ENDS discussion paper April 2019.

15- The UNCITRAL ISDS Transparency Standards: available at: https://artnet.unescap.org/sites/default/files/fdi/meeting-documents/2018-12/PPT%20EN_%20Transparency%20Short_ESCAP.pdf