

## دور المحكم في التصدي لمعضلة الفساد في المجتمع التجاري الدولي

د. محمود محمود مغربي\*

### الملخص:

إن من أبرز السمات السلبية في العصر الحاضر، عصر العولمة بمعناها الشمولي الواسع، تنامي ظاهرة الفساد إلى حدٍّ أمست، بحق، كارثة مؤسسية وبنوية وليست مجرد معضلة تتصل بالعاملات في حياة المجتمعات تعيق تنميتها. وفي سبيل التصدي لها، تضافرت، كما هو معلوم، جهود المجتمع القانوني الوطني والدولي بغية تكريس نهج استراتيجي لتوحيد الرؤى حول مجموعة من المبادئ والمعايير بهدف الحد من احتمالات الانخراط فيها، إن عَسَرَ - بطبيعة الحال - القضاء عليها. وفي سياق «ترشيق» وترشيد بيئة التجارة والأعمال - المتلازمة حكماً مع التحكيم باعتباره قضاءها الطبيعي - برز تحدٍّ قاس على قدر كبير من الدقة والحساسية يتصل بالنقص الحاد في الحلول التي يقتضي اعتمادها لناحية تصدي المحكم لظاهرة الفساد في عالم التحكيم عامة وفي المجتمع التجاري الدولي بخاصة. لذلك، سعينا من خلال هذا البحث إلى إبراز فداحة نأي المحكم بنفسه عن التعامل مع المعطيات النزاعية الدالة على شبهة الفساد. فضلاً عن التشخيص الدقيق لصعوبة دوره من جهة أولى في التحري عن الفساد أو التثبت منه، أو التعاون مع الجهات الرسمية المعنية أو فرض التدابير العقابية الملائمة، أو نفاذ القرارات التحكيمية ذات الصلة ومدى توافقها مع النظام العام العابر للدول، وذلك ضمن ثلاثة مطالب بحيث تناولنا في (المطلب الأول) التحول التدريجي في منحى تعامل القضاء التحكيمي مع منازعات الفساد، ثم أشرنا في (المطلب الثاني) لملامح مشروعية ولاية نظرها من قبل القضاء التحكيمي وتناولنا في (المطلب الثالث) التلقائية في التحري عن الفساد.

وتحقيقاً للغاية المنشودة، اعتمدنا منهجية شاملة تحليلية مقارنة إنتقادية في آن معا. ثم خلصنا في (الخاتمة) لجملة اقتراحات نرى من المفيد الأخذ بها بغية تجاوز الاشكاليات والمعضلات التي تعترض مكافحة الفساد في عالم التحكيم، يتقدمها الاعتراف المباشر بدور المحكم الفعال والمحوري من ناحية أولى وضرورة تشريع الأبواب أمام تقنين ما استقر عليه القضاء التحكيمي في هذا الصدد من ناحية ثانية، فضلاً عن اعتماد منظومة إثبات خاصة تنسجم بذاتيتها مع خصوصية المنازعات الملوثة بالفساد في عالم التحكيم.

### كلمات دالة:

مبدأ الإختصاص، الاختصاص، مبدأ الاستقلالية، المهمة التحكيمية، التحري التلقائي، إثبات الفساد.

\* أستاذ مساعد، القانون الخاص، كلية القانون الكويتية العالمية.

## المقدمة:

إن من أشق الأمور على الباحث القانوني الخروج اللاإرادي عن المؤلف عند مقارنة إشكاليات قانونية «ملتبهة» تثقل كاهل المجتمعات البشرية قاطبة، محاولا المساجلة فيها مساجلة الراغب في بلوغ الحق، القاصد وجه الحقيقة. فكيف إذا اتصلت الإشكاليات باستثنائية علمية ضاغطة، تستنفر الحواس والقلم، فرضتها جدلية صارخة «مستغربة» في كل جزئية من جزئيات نمطية مستجدة في التصدي لظاهرة قديمة متجددة عابرة للدول والثقافات والقيم الأخلاقية السامية، أجمعت الرسائل السماوية<sup>(1)</sup> والصكوك الوطنية والدولية على إدانتها وبذل الجهود اللازمة لمكافحتها ووضع الصيغ الملائمة لذلك.

فلا خلاف على أن الفساد، بالإجمال، يرتقي إلى أن يكون ظاهرة واسعة الانتشار معقدة تهدد أمن المجتمعات وكياناتها ومقدراتها الطبيعية والحقوقية والمعرفية. فأينما ولينا وجوهنا في مشرق الأرض ومغربها لن نجد شعباً ولا نظاماً إلا وهو في موضع الشكوى من انقلاب الوضع واستشراء الفساد فيه. إلا أن ما يثير الدهشة والاستغراب أن نظم العالم قاطبة عنيت بتحفيز بيئة التجارة والأعمال بشتى الطرق وعلى كافة المستويات تحقيقاً لنمو مجتمعاتها، إلا أنها نسيت أو تناست - على أغلب الظن - إعداد العدة اللازمة لآفة كارثية - غالباً ما تكون خفية - لها تاريخ متصل بالعادات والعقائد وأطوار المجتمعات<sup>(2)</sup>، ونعني آفة الفساد التي بدأت تتآكل العدالة الكونية المنشودة من المنظومة التحكيمية خاصة باعتبارها القضاء الطبيعي لأسرة الأعمال المحلية والدولية على حد سواء.

(1) لقد عرف الفساد في الأرض منذ أقدم العصور، وتعمقت جذوره وتفاقت آثاره حتى غدا تطهير الأرض منه غاية الرسائل السماوية كافة. وفي الكتاب الكريم، وردت عشرات الآيات الكريمة التي تنهى عن الفساد في الأرض وتذم المفسدين وذلك بعدة معانٍ، منها الطغيان والتجبر كما في قوله تعالى: ﴿ تِلْكَ الدَّارُ الْأَخْرَىٰ جَعَلَهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِي الْأَرْضِ وَلَا فَسَادًا وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ ﴾ (سورة القصص، الآية 83) أو بمعنى أنه جريمة تصل إلى حد الحرب على الله ورسوله كما في قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْأَخْرَىٰ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ (سورة المائدة، الآية 33)، أو بمعنى تدخل بشري مذموم ﴿ سَعَىٰ فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفَاسِدَ ﴾ (سورة البقرة، الآية 205)، أو عدم معصية الله كما في قوله: ﴿ وَيَقْتُولُونَ أَكْفَرُوا أَلَمْ يَكُنْ أَلَمِينَ وَالْمِيزَاتِ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْتُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ ﴾ (سورة هود، الآية 85).

(2) سامي الطوخي، الإدارة بالشفافية الطريق للتنمية والإصلاح الإداري: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 60 وما يليها. محمود شريف بسيوني، الجريمة المنظمة وغسل الأموال في القانون الجنائي الدولي، دراسة غير منشورة، 2003، ص 23 وما يليها.

فواقع الحال، والشواهد على ازدياد، يندر بخطر داهم إن على صعيد نمو التجارة والأعمال، أو على صعيد مآل ملاذة الأمن. فكما أن لا استقرار للمعاملات ولا تعزيز للتبادلات ولا حركية لتوظيف سليم لرؤوس الأموال بمعزل عن ثقة وطمأنينة وأمن قانوني واللاتي لن تتأتى - كما قيل دوماً - إلا من خلال قضاء خاص محايد مستقل نزيه<sup>(3)</sup>، كذلك لا تعايش بين عدالة كونية حقيقية وفعالة ووباء الفساد الذي طفا بشكل مريب خلال العقدين الماضيين.

ولامبالغة بالقول، أن التحدي الأساس الذي باتت تواجهه الضمانة المثلى لعالم التجارة والأعمال بلغ مستوى غير مألوف وصل إلى حد بدء المناداة بإعادة النظر بالإجراء التحكيمي برمته كمنهاج معتمد لحسم المنازعات؛ وعلّة ذلك عدم ترجمة «العدائية المعلنة» تجاه الفساد على أرض الواقع بصدور قرارات تحكيمية فعالة، بل على النقيض تماماً تنامت نسبة قضايا الفساد بصورة ملحوظة لدرجة ساد معها الاعتقاد - الخاطيء طبعاً - أن التحكيم هو المر الأنسب لإضفاء غطاء المشروعية على العقود الملوثة بالفساد<sup>(4)</sup>.

لذلك، واستشعاراً منها بالخطر المحدق، انتفضت عواصم القرار التحكيمي بغية تحديد معالم الخروج من أزمة وجودية منشؤها الأساس الغربية عن القيم والأخلاقيات في منظومة التعاملات. وفي سياق البحث عن المخارج المناسبة وتدارس الأسباب والمسببات، أثرت عدة تساؤلات هي بحق إشكاليات ومعضلات على قدر كبير من الدقة والأهمية بالنظر لارتداداتها الحتمية، إن على قدر الثقة بالمسار التحكيمي من ناحية أولى، أو المسؤوليات الجمة الملقاة على عاتق المحكمين بمعرض تأديتهم لمهامهم بنزاهة وحيدة واستقلالية<sup>(5)</sup>.

(3) Gary Born, International arbitration: cases and materials, Wolters Kluwer, USA 2011, p. 9. P. Fouchard: Relations between the arbitration and the parties and the arbitral institutions, ICC, the status of the arbitrators, 12.13.ICC (International Chamber of Commerce), Bulletin Special Supplement, Paris, 1995, p. 23 et s.

فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية علماً وعملاً، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية 2014، ص 14.

(4) Bernardo Cremades, David Cairms: Transnational public policy in international arbitration decision making, the cases of bribery, money laundering and fraud mentioned in dossiers ICC (International Chamber of Commerce), Institute of World Business Law, September 2003, p. 69.

(5) Inan Uluc, Corruption in international arbitration, a thesis submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of the Science of Law (SJD), Pennsylvania state University, school of law, USA, 2016.

- \* **أولى هذه التساؤلات هي،** ألا يزال الدرب الذي يعدو إليه فيه التحكيم موصولاً بالطريق الذي سلكه منذ عقود، أم أصبح مساره منقطع الصلة بماضيه القريب والبعيد، وحين اتخذ أسلوباً جديداً هل تعرض لمنحدر خطير؟
- \* **ثانيها،** كيف أضحى الفساد مصدر قلق دائم في عالم التحكيم، وهل من خصوصية ذاتية لمفهومه وتطبيقاته في هذا المضمار؟
- \* **ثالثها،** في سياق نظره بمنازعة تحكيمية، يجب على المحكم إثارة الدفع بالفساد من تلقاء نفسه أم لا يجوز له ذلك؟، يجب عليه أم يجوز له التحري عن الفساد من تلقاء نفسه وهو المقيد سلفاً بمهمة واضحة المعالم تشاركت الأطراف المحكّمة برسم حدودها؟ إذا كان الجواب بالإيجاب، فكيف ووفق أية ضوابط وأصول ومعايير؟ وإذا كان الجواب بالسلب، أيصح إلزامه بموجب إعلام السلطات الرسمية بفساد مزعوم أو مشتبه به؟ أيقق له متابعة النظر في منازعة تتصل بفساد ما زالت السلطات الرسمية تتحرى عنه أو فشلت في تثبيته؟
- \* **رابعها،** في سياق إثبات الفساد، أصحح ما قيل أن ضوابط الإثبات التقليدية غير ملائمة وغير فعالة للفصل في مزاعم الفساد التحكيمي؟ أحقاً يقتضي أن تتمايز نظراً لخصوصية الادعاءات ذات الصلة إن لناحية عبء الإثبات أو أدواته أو إجراءاته؟
- \* **خامسها،** ما هو الإطار التشريعي الواجب التقيد به تحكيمياً للفصل في ادعاءات الفساد؟ وهل حقاً يوفر ما يسمى بالنظام العام العابر للدول أداة فعالة في هذا الصدد؟ أصحح أن الحاجة باتت ماسة لآليات استثنائية تتجانس ودقة أوجه الفساد وأساليبه المتنوعة؟
- تساؤلات بلا شك شائكة، سنسعى بما يسمح به المقام للوقوف على أدقها دلالة وأخطرها أهمية.

### منهجية البحث:

أوجبت الغاية المنشودة من هذا البحث اعتماد منهجية عامة شاملة، تحليلية من جهة أولى نتعرف من خلالها على ذاتية مفهوم ظاهرة الفساد وصوره بخاصة في بيئة التجارة والأعمال، ومقارنة من جهة ثانية نبين من خلالها بعض ملامح تمايز تعامل القضاء التحكيمي مع المعطيات النزاعية الفاسدة في عالمي التجارة والاستثمار الدوليين، وانتقادية من جهة ثالثة نشير من خلالها لبعض الثغرات والنواقص التي تحول دون تأدية القضاء التحكيمي لمهمته على الوجه المنشود من الأطراف المحكّمة.

### خطة البحث:

سنسعى من خلال هذا البحث إلى الإجابة على أبرز التساؤلات المشار إليها آنفاً مع ما ينجم عنها أو يدور في فلكها في ثلاثة مطالب مستقلة، بحيث نتناول في (المطلب الأول) التحول التدريجي في منحى تعامل القضاء التحكيمي مع منازعات الفساد، على أن نبيّن في (المطلب الثاني) ملامح مشروعية ولاية نظر القضاء التحكيمي في منازعات الفساد، ثم نتطرق في (المطلب الثالث) لجدلية تلقائية تحري القضاء التحكيمي عن الفساد ومعضلة إثباته، ثم نخلص لـ (خاتمة) نضمّنها بعض المقترحات علّها تساعد في تحديد معالم طريق الخروج من إشكاليات ضاغطة باتت تهدد - برأينا - هيبة التحكيم وتشوّه مصداقيته وتحول دون توفير الثقة والطمأنينة والأمن القانوني المنشودين في عالم التجارة والأعمال.

## المطلب الأول

### التحول التدريجي في منحى تعامل القضاء التحكيمي مع منازعات الفساد من النأي بالنفس إلى الالتزام الصريح بمكافحته

من العسير القول، إن تحول مسار تعامل القضاء التحكيمي مع منازعات الفساد كان مجرد نتاج صدفة بريئة أو مجرد استجابة يتيمة لمعطيات ضاغطة.. ففي ذلك مجافاة تامة للواقع وقراءة سطحية للمتغيرات المتسارعة في المجتمع القانوني الدولي بخاصة، بل يقتضي الأمر الاعتراف بتضافر جملة عوامل وظروف فكرية وقانونية واقتصادية واجتماعية وحتى سياسية ساهمت بقوة في حثه على الخروج من «سلبية معلنة» كان أسيرها نحو «إيجابية صريحة» مَرَحَّبٍ بها، حرصاً على استقرار التعاملات وصون النظام العام من أية ظواهر شاذة.

## الفرع الأول

### الفساد في عالم التجارة والأعمال: خصوصية في المفهوم وحادثة نسبية في الاعتراف وطرق التصدي

لما كانت المصطلحات تمثل مفاتيح العلوم والمعارف التي ترتبط وتتعلق بها، ووسيلة من وسائل الفكر الإنساني، فإن تحديد المصطلحات وتوضيح معناها والمراد منها يعتبر مقدمة من مقدمات العلم الأساسية ووسيلة من وسائل فهمه. وبناء على هذه الحقيقة الثابتة، تصبح الإطلالة السريعة على خصوصية المفهوم واجبة حتماً لتيسر فهم وتفهم الجدلية المحيطة في كل جزئية من جزئيات البحث فيه في البعدين النظري والعملي على السواء. لغوياً، فساد فساد فسوداً ضد صلح فهو فاسد وفسد، والفساد أخذ المال ظلماً والتلف والعطب والاضطراب والخلل. والمفسدة ضد المصلحة، ويعني أيضاً الكسر أي شيء ما تم كسره سواء أكان سلوكاً أخلاقياً أم اجتماعياً أم قاعدة إدارية. ويقال فسدته تفسيداً أي أفسده واستفسد الشيء أي عمل على أن يكون فاسداً<sup>(6)</sup>.

أما فقهاً، فلم تبرز بين التعريفات الفقهية التي تناولت الفساد اختلافات جوهرية، غير أنه من الملاحظ أن أكثرها جاء مطلقاً لبيان مفهوم الفساد، بينما جاء بعضها الآخر أكثر تحديداً فركز على وجه من أوجه الفساد في قطاع محدد دون سواه. وتفصيل ذلك أن البعض وجد في الفساد «ظاهرة عدم المساواة في السلطة بالمفهوم الاجتماعي-

(6) ابن منظور، لسان العرب، الجزء الحادي عشر، مطبعة صادر، بيروت 2004، ص 180. المعجم الوسيط، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مطابع دار المعارف، القاهرة، 1973، ص 688. المنجد في اللغة، الطبعة الثالثة والعشرون، دار المشرق، بيروت، 1973، ص 583.

السياسي»<sup>(7)</sup>، في حين عرّفه البعض الآخر بأنه: «استخدام السلطة العامة من أجل كسب أو ربح شخصي، أو من أجل تحقيق منفعة لجماعة أو طبقة بالطريقة التي يترتب عليها خرق القانون أو مخالفة التشريع ومعايير السلوك الأخلاقي»<sup>(8)</sup>، ويرى فريق ثالث في الفساد أنه: «سلوك بيروقراطي منحرف يستهدف تحقيق منافع شخصية بطريقة غير شرعية»<sup>(9)</sup>، في حين يُعرّفه فريق رابع بأنه: «قصور قيمي عند الأفراد يجعلهم غير قادرين على تقديم الالتزامات الذاتية المجردة التي تخدم المصلحة العامة»<sup>(10)</sup>.

وإلى جانب ذلك، يؤيد فريق خامس وجوب تعريفه بمنحى شمولي يغطي القطاع الخاص، إذ إن هناك حالات عدة يبدأ فيها الفساد من القطاع الخاص ليتورط به القطاع العام<sup>(11)</sup>. في الواقع، انسحب المنحى الفقهي أعلاه على صياغة الصكوك والمواثيق الدولية بخاصة التي خلت بمعظمها - على نحو ما سنرى لاحقاً وخلافاً لما أتى به كتابنا الكريم كما سبق بيانه - من تحديد منضبط مانع جامع لدلول الفساد مكتفية بتجريمه وتعداد صورته، إلا أن ما يسترعي الانتباه في هذا السياق، تعريف المنظمة الدولية للشفافية Transparency International Organization الفساد الذي اعتبر من أكثر التعريفات دقة وأهمية، إذ نص على أنه: «إساءة استعمال السلطة لمن أوّتمن عليها لتحقيق مكاسب شخصية»<sup>(12)</sup>. ويستفاد من ذلك أن المنظمة الدولية للشفافية تفرّق بين نوعين من الفساد هما: الفساد بالقانون وهو ما يعرف بمدفوعات التسهيلات التي تدفع فيها رشاوى للحصول على الأفضلية في خدمة يقدمها مستلم الرشوة وفقاً للقانون، والفساد ضد القانون ويقصد به دفع رشوة للحصول من مستلم الرشوة على خدمة ممنوع تقديمها.

وضمن ذات السياق، نجد أن تعريف منظمة الأمم المتحدة للفساد بيّن بصورة واضحة مدلوله، حيث عرّفته بأنه إساءة استعمال السلطة للحصول على مكاسب شخصية<sup>(13)</sup>.

(7) علي شتا، الفساد الإداري ومجتمع المستقبل، مكتبة الإشعاع، الإسكندرية، 1999، ص 43.

(8) إنعام الشهابي وداغر منقذ، العوامل المؤثرة في الفساد الإداري، المجلة العربية للإدارة، العدد الثاني، سنة 2000، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ص 110.

(9) عامر الكيسي، الفساد الإداري رؤية منهجية للتشخيص والتذليل، المجلة العربية للإدارة، العدد الثاني، سنة 2000، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ص 8.

(10) عاصم الأعرجي، دراسات معاصرة في التطوير الإداري، دار الفكر، عمان-الأردن، 1995، ص 299.

(11) عبد الله بلوناس، رؤية اقتصادية للفساد: أسبابه ونتائجه وطرق معالجته، المؤتمر العربي الثالث للإدارة، بيروت 2002، ص 13 وما يليها.

(12) What is corruption? <https://www.transparency.org/what-is-corruption>.

(13) عبد المجيد محمود عبد المجيد، الأحكام الموضوعية لمكافحة جرائم الفساد في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة والتشريع الجنائي المصري، الجزء الثاني، دار النهضة، القاهرة، 2014، ص 8 وما يليها.

لم تحل سلبية هذه المشهدية التعريفية دون تنامي الاعتراف الأممي بالفساد كأفة مدمرة واسعة الانتشار في بيئة الأعمال بخاصة. فها هو إيمانوال جيارد Emmanuel Gaillard أبرز الورثة الشرعيين لرائد التحكيم فوشارد Fouchard يصف الفساد في دراسة حديثة له صدرت عام 2017 بأنه: «كارثة التجارة الدولية .. ظاهرة مثيرة للقلق»<sup>(14)</sup>، كما وصفه الأمين العام للأمم المتحدة الأسبق كوفي عنان في مقدمة اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بـ «الوباء الغادر... والشر المنتشر على الصعيد العالمي»<sup>(15)</sup>. أما بلغة الارقام، فقد كشفت الدراسات والإحصائيات الدولية ذات الصلة عن معطيات صادمة، فلقد نبّه تقرير حديث صادر عن البنك الدولي أن الفساد أصبح صناعة كبرى على المستوى الدولي مقدراً أن عمليات الرشوة في جميع أنحاء العالم تدّر حوالي 1500 مليار دولار من الأموال المتحصل عليها بشكل غير قانوني<sup>(16)</sup>. ووفق تقديرات صندوق النقد الدولي تبلغ الكلفة السنوية للرشوة حوالي 2 % من الناتج الإجمالي العالمي، ومن المرجح أن تكون التكاليف الاقتصادية والاجتماعية للفساد أكثر من ذلك لكون الرشاوى تشكل جانباً من أوجه الفساد المتعددة<sup>(17)</sup>. وبحسب منظمة الشفافية العالمية يتقل الفساد كاهل أكثر من ثلثي دول العالم، حيث حصلت على معدل 50 % في مؤشر مدركات الفساد لعام 2017<sup>(18)</sup>.

(14) Emmanuel Gaillard: La corruption saisie par les arbitres du commerce international, revue de l'arbitrage, comité français de l'arbitrage, Paris, 2017, n.3, p. 805: «... corruption is a scourge of international trade ... phenomena which remains a prominent and pressing concern .. ».

(15) United Nations Convention Against Corruption, 2003, Foreword: « .... Corruption is an insidious plague that has a wide range of corrosive effects on societies... This evil phenomenon is found in all countries—big and small, rich and poor ... ».

(16) The World Bank Group, combating corruption, 26 September 2016: «... The World Bank Group considers corruption a major challenge . Business and individuals pay an estimated 1.5 trillion in Bribes each yeah ...».

(17) Corruption, Costs and Mitigating Strategies, International Monetary Fund (IMF) Staff discussion note, Washington, 2016: « ... The costs of corruption are substantial. Although these costs are hard to measure properly, a sense of the size of this phenomenon can be gauged from bribes paid every year in both developing countries and advanced economies. A recent estimate put the annual cost of bribery alone at about \$1.5 to \$2 trillion (roughly 2 percent of global GDP). The overall economic and social costs of corruption are likely to be even larger, since bribes constitute only one aspect of the possible forms of corruption.».

(18) Transparency International, Corruption Perceptions Index 2017.

حيث سجل أعلى معدل لمكافحة الفساد في كل من نيوزيلاند (89 %) والدانمارك (88 %) في حين سجل أعلى معدل لانتشار الفساد في كل من جنوب السودان (12 %) والصومال (9 %).

لقد ترافق الاعتراف الأممي بوفرة غير مسبوقه - حديثة نسبياً - في موارد مكافحة الفساد على كافة المستويات وبخاصة فيما يتصل ببيئة التجارة والأعمال، إذ تم خلال العقدين الماضيين تبني عدة مقاييس ومعايير وطنية وإقليمية ودولية بنيت عليها جهود مكافحة الفساد أو الحد منه. وبالفعل كان لها بالغ الأثر في ضبط «نظافة» أعمال الشركات لاسيما تلك العابرة للقارات، كما في استعادة البيئة التحكيمية لوجهها خاصة في ضوء إدراك من يعينهم الأمر الآثار المدمرة للممارسات الفاسدة على سمعتهم الشخصية أولاً وعلى سمعة المؤسسة التي ينتمون إليها خاصة، وعلى النظام العام الدولي عامة<sup>(19)</sup>.

(19) نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر: اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003 التي دخلت حيز النفاذ عام 2005 وتعد أول اتفاقية دولية ملزمة قانوناً لمكافحة الفساد، وتتميز بدرجة كبيرة من الوضوح استناداً إلى آليات التنفيذ والمثلة في مؤتمر الدول الأعضاء الذي يعد جهازاً متكاملًا له مكاتب متخصصة وقوانين ولوائح ملزمة. إضافة إلى اتفاقية منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية لمكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية لعام 1997 وتوصياتها لعام 2009، والتي دخلت حيز النفاذ عام 1999 وتعد الأولى من نوعها على المستوى الدولي، إذ جرّمت الفساد الدولي بإدراج أحكام قانونية ملزمة للدول الأعضاء. وبمناسبة مرور عشر سنوات على بدء تنفيذ بنودها، صدرت عام 2009 توصيات بهدف تعزيز مكافحة الفساد وحثّ الدول الأطراف على اتخاذ ما يلزم من تدابير لمنع. وتأكيداً على مساهمة القانونين المدني والجنائي في مكافحة الفساد أقر المجلس الأوروبي عام 1999 اتفاقية القانون الجنائي بشأن الفساد Criminal Europe of Council Convention Law (1999) واتفاقية القانون المدني لمكافحة الفساد Criminal Europe of Council Convention Law (1999). أما على صعيد الصكوك العربية، فنذكر الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام 2010، التي دخلت حيز النفاذ عام 2013 ووضعت مجموعة متباينة من الالتزامات على الدول الأطراف لصياغة أنظمة تجرم الرشوة واستغلال النفوذ والإثراء غير المشروع والاختلاس فضلاً عن تجريم مختلف أوجه الفساد وتعزيز المسؤولية الإدارية والجنائية والمدنية للشخص الاعتباري وتمكين التجميد والمصادرة والحجز والتعويض عن الأضرار إلى سواها من تدابير وآليات تساعد على مكافحة الفساد في إطار من التعاون الكامل بين الدول الأطراف من جهة والمجتمع المدني من جهة أخرى، والقانون العربي الاسترشادي لمكافحة الفساد لعام 2011 كنموذج يحتذى به لاستصدار قوانين وطنية تعنى على الوجه الأمثل بمكافحة الفساد وتعزيز النزاهة والمساءلة وإعمال مبدأ الشفافية في القطاعين العام والخاص. أما على صعيد المؤسسات الدولية، فقد كان لغرفة التجارة الدولية بخاصة دور بارز في إدانة الفساد وتطوير إجراءات وتقنيات محاربه منذ عام 1980 إلا أن منحها في مكافحته تطور بشكل ملحوظ بين عامي 2011 و2014 من ذلك:

International Chamber of Commerce (ICC) Rules on Combating Corruption Rules & codes – Corporate Responsibility & Anti-corruption (Paris, 2011)

الذي يشكل حيز الزاوية لدى الغرفة في مكافحة الفساد إذ تستخدم هذه القواعد كأداة تنظيمية لدى الشركات وكخارطة طريق لدى الحكومات في جهودها لمكافحة الابتزاز والرشوة.

International Chamber of Commerce (ICC) Anti-corruption Clause, Clauses for contracts – Corporate Responsibility & Anti-corruption (Paris, 2012).

وهو بند نموذجي تدرجه الشركات في تعاملاتها بحيث تمثل لقواعد الغرفة في مكافحة الفساد و/أو يلزمها بوضع برنامج للامتثال لمكافحة الفساد.

=International Chamber of Commerce (ICC) Guidelines on Gifts and Hospitality,

## الفرع الثاني

### التطور المنطقي في مقارنة القضاء التحكيمي للفساد والتصدي له

لطالما اعتبر الفساد - وهو ملازم تقليدياً للقطاع العام بالدخيل الغريب على القطاع الخاص وأداته القضائية ونعني التحكيم. ولعل أبرز شواهد ذلك، ندرة القرارات التحكيمية التي فصلت فعلاً بادعاءات فساد رغم كثرتها، لا بل كانت أكثرها تحمل في ثناياها مقاربات متناقضة ملتبسة. وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على «انسحاب» المحكم من معركة التصدي للفساد<sup>(20)</sup>. ويكفي دلالة على ذلك، العودة إلى القرار التحكيمي الصادر عام 1963 عن غرفة التجارة الدولية الذي يعد من أوائل القرارات التحكيمية التي تصدت لمعضلة الفساد، والذي رغم مرور أكثر من نصف قرن على صدوره يعاب عليه دوماً لخطورة ما تضمنه من مقاربات لا تستقيم مع أدبيات وأسس التحكيم المعاصرة<sup>(21)</sup>.

Rules & codes – Corporate Responsibility & Anti-corruption, Paris, 2014. =

وتساعد هذه المبادئ التوجيهية كدليل إرشادي للشركات في تنظيم كيفية المحافظة على سياسة واضحة المعالم بشأن تلقي الهدايا والضيافة مستندة إلى أحدث القواعد الدولية والإقليمية والوطنية فضلاً عن أفضل الممارسات التجارية في هذا المضمار. ولا يستقيم مشهد مكافحة الفساد بطبيعة الحال بمعزل عن حراك تشريعي وطني - خجول بعض الشيء - من جهة أولى، ومشاركة وازنة للمجتمع المدني بمختلف أطرافه من ناحية أخرى، والشواهد على ذلك عديدة مما لا يتسع معها المقام لعرضها.

(20) نشير في هذا الصدد، إلى أن الفساد - لاسيما العابر للدول - لم يكن موضع إدانة أو محل تجريم في أغلب الأحيان، بل على النقيض من ذلك، كان يعد حتى مرحلة زمنية متقدمة لدى بعض الدول جزءاً لا يتجزأ من الدورة الاقتصادية للبلاد، من ذلك لجوء الشركات الفرنسية والألمانية إلى تقديم رشوى مجزية للمسؤولين الحكوميين الأجانب كنوع من المحاباة لأغراض ضريبية.

European commission report from the Commission to the Council and the European Parliament, EU anti-corruption Report 2014.

(21) ICC Case n. 1110 (1963) (10) (3) International Arbitration 282.

وتتلخص وقائع القضية بالآتي: بموجب اتفاق مبرم عام 1950، عمل المدعي (مهندس أرجنتيني) كوكيل للمدعى عليه (شركة بريطانية) في الأرجنتين لبيع معدات كهربائية إلى الحكومة الأرجنتينية لمحطات الطاقة في العاصمة بوينس آيرس لقاء عمولة مقدرها 10%. وتمت إعادة تأكيد الاتفاق عام 1953، وتصرف المدعى بهذه الصفة حتى يونيو 1955 عندما أُجبر على الذهاب إلى ألمانيا لأسباب طبية، حتى تلك الفترة لم يبع المدعى عليه أية مبيعات للحكومة الأرجنتينية، ثم في عام 1958 باع المدعى عليه من خلال عقد شراكة مستقل الملايين من المعدات الكهربائية إلى الحكومة الأرجنتينية، وحصل الوكيل الجديد على عمولة ضخمة لقاء الجهود التي بذلها. فور علمه بذلك، طالب المدعي بنسبة 10% من إجمالي قيمة المبيعات التي تمت سندا للاتفاق المبرم عام 1958 أو الحصول على قيمة مالية ضخمة استناداً إلى العمولة المنصوص عليها في اتفاق عام 1950. ونظراً لقصور الترتيبات التعاقدية أبرم الطرفان اتفاق تحكيم منفصلاً ومستقلاً كلياً عن الاتفاق الأساسي تمهيداً للشروع في عملية التحكيم. خلال المسار التحكيمي، أشار المدعى عليه أن السبب الوحيد وراء الإبقاء على التعاون مع المدعى يعود إلى درجة النفوذ اللافتة للغاية التي كان يتمتع بها مع المعنيين في الحكومة الأرجنتينية. قرر المحكم الوحيد أن الأدلة «أثبتت بوضوح.. أن الاتفاق بين الأطراف يرمي إلى محاباة مسؤولين أرجنتينيين لغرض الحصول على الصفقات المنشودة. وأن المبالغ المرصودة لذلك ضخمة للغاية»، =

لم يدم هذا المشهد السلبي طويلاً، فتحت ضغط الواقع وتماشياً مع الاتجاه العالمي في مكافحة الفساد، انتقل المحكم من موقع «المتفرج المهمل» negligent bystander إلى موقع «المبادر» و«المتصدي» لانتهيار المنظومة التجارية الدولية بفعل الفساد وصوره المتنوعة<sup>(22)</sup>.

= وخلص إلى «... عدم قابلية المسألة النزاعية للتحكيم وفقاً للقانونين الفرنسي والأرجنتيني. ومما ورد في حيثيات القرار التحكيمي:

«whether one is tacking the point of view of good governance or that of commercial ethics it is impossible to close one eye to the probable destination of amounts of this magnitude ,and to the destructive effect thereof on the business pattern with consequent impairment of industrial progress ... there exist a general principle of law recognized by civilized nations that contracts which seriously violate bonus mores or international public policy are invalid or at least unenforceable and they cannot be sanctioned by courts or arbitrators... a case such as this ,involving such gross violations of good mo – als and international public policy ,can have no countenance in any court either in the Argentine or in France ,or ,for that matter ,in any other civilized country ,nor in any a – bitral tribunal . ... Thus ,jurisdiction must be declined in this case.«.

لمزيد من التفصيل راجع:

J. Gillis Wetter, Issues of corruption before International Arbitral Tribunal: the A – thentic text and True meaning of judge G. Lagergren's 1963 award ICC, Arbitration International, Oxford University Press, Vol. 10, Issue 3, September 1994, p. 227.

(22) ومن الشواهد الدالة على الالتزام الواضح والصريح والمباشر بمكافحة الفساد، نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

Himpurna California Energy Ltd .v. Perusahaan Listruik Negara (Award) (4 may,1999 Yearbook Commercial Arbitration XXV 13.

ومما ورد في حيثيات القرار التحكيمي:

«...»The member of the arbitral tribunal do not live in an ivory tower ...no do they view the arbitral process as one which operates in a vacuum divorced from reality ... the arbitrators believe that cronyism and others forms of abuse of public trust do indeed exist in many countries , causing great harm to untold millions of ordinary people in myriad od insidious way .The arbitrators would rigorously oppose any attempt to use the arbitral process to give effect to contracts contaminated by corruption.«.

## المطلب الثاني

### ملامح مشروعية ولاية نظر القضاء التحكيمي في منازعات الفساد

لا خلاف على أن المهمة التحكيمية تعد العنصر الأكثر أهمية في فكرة التحكيم الاتفاقي، مستمدة جزءاً كبيراً من طبائعها من طبائع فكرة التحكيم بذاتها باعتبارها فكرة قانونية نسبة إلى الحقائق القانونية الكلية أي نسبة إلى القانون عامة والقانون الإجرائي خاصة بمعزل عن تباين مدارس الفقه المقارن في هذا الصدد<sup>(23)</sup>. وفي الواقع، تجدد الجدل حول خاصية المهمة التحكيمية وحدودها بمعرض تصدي القضاء التحكيمي لمنازعات الفساد، إذ طوال العقود الماضية لم يكن من الواضح تماماً ما إذا كان للقضاء التحكيمي مشروعية ثابتة للفصل بها، ولأجل ذلك انقسمت الآراء وتباعدت المواقف إلى حد عميق متخذة أسانيد مختلفة بحسب منطلقات مقاربتها المعرفية والعملية.

### الفرع الأول

#### إشكالية المواءمة مع المبادئ القانونية المستقرة في علم التحكيم

بالإجمال، يزخر علم التحكيم بالعديد من المبادئ القانونية المميزة والتي أثبتت نجاعتها في الفصل في المنازعات بمنحى يتفق والغائية المنشودة من المسار التحكيمي، لا بل إن القضاء التحكيمي يستند إلى كثير منها وفي مرات عدة بمعرض تعامله مع بعض قضايا الفساد، إلا أنه يقتضي الاعتراف بوجود العديد منها ما زالت حتى اللحظة تثير "إرباكه". فرغم جنوح البعض نحو الاعتراف للأطراف المحتكمة وبصورة استثنائية بحق إنهاء الاتفاق التحكيمي حال توافر شبهة فساد، نتلمس قبولاً مبدئياً بأحقية القضاء التحكيمي للتعامل مع منازعات الفساد لاسيما إذا استند أحد الأطراف المحتكمة على شبهة الفساد إن في مطالبه أو في دفاعه، وتبرير ذلك يكمن في أن الواجب الأساسي الملقى على عاتق القضاء التحكيمي يقضي بالتعامل بجدية وشمولية مع جميع المطالب المثارة من قبل المحتكمين<sup>(24)</sup>.

(23) سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص 70. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 60. فتحي والي، مرجع سابق، ص 34 وما يليها.

(24) Michael Nueher, Corruption in International Commercial Arbitration, selected issues, Austrian Yearbook on International Arbitration, Vienna, 2015, p.4.; ICC case n. 13384 (2013), 24 International Court of Arbitration Bulletin 62.

وتتلخص وقائع القضية بأن وسيطاً طالب بمستحقاته المالية وفقاً للاتفاقية المبرمة معه، بالمقابل اعترض المسؤول الرئيسي بحجة أن العقد يتناول أعمالاً غير قانونية (الرشوة)، وخلصت هيئة التحكيم إلى أن الخلاف مشمول باتفاق التحكيم حيث إن أحد الطرفين قد اسند دفاعه صراحة على ادعاء بالفساد.

بل ذهب البعض بعيداً في توكيد حق القضاء التحكيمي في الفصل بأية ادعاءات فساد، مستندا في تبرير وجهة نظره إلى عدد من المبادئ الثابتة في علم التحكيم يتقدمها مبدأ "الاختصاص - الاختصاص" competence-competence الذي يرتدي أهمية بالغة في توسيع سلطات المحكمين من خلال مختلف القرارات التحكيمية التي اعتبرته أساساً للاعتراف من خلال مختلف القرارات التحكيمية التي اعتبرته أساساً للاعتراف بهذه السلطات. ومفاده أن القضاء التحكيمي هو المرجع للنظر فيما إذا كان مختصاً بالنزاع المعروض عليه أم لا. وهو يشمل ليس فقط ما يتعلق ببطلان اتفاق التحكيم، وإنما أيضاً ما يتعلق بوجوده، كما يشمل ما يتعلق بتحديد ولاية القضاء التحكيمي، أو بعبارة أخرى شمول اتفاق التحكيم المسائل المطروحة أمام القضاء التحكيمي.

وقد أقرت غالبية الصكوك الوطنية والدولية<sup>(25)</sup> هذا المبدأ انطلاقاً من المهمة القضائية للمحكم، وتعزيزاً للثقة بفعاليتها، تفادياً لعرقلة مسيرة التحكيم لدى الأشخاص الراغبين في اعتماده كوسيلة لحل منازعاتهم وتلافي شل آثار التحكيم بإعادة الاختصاص إلى القضاء.

ومن الشواهد الدالة الركون لهذا المبدأ في قضايا الفساد، نذكر بداية القضية ICC case 1110/n. 1963 المشار إليها آنفاً حيث قضى من خلاله المحكم الفرد G. Lagergren بعدم اختصاصه لنظر النزاع<sup>(26)</sup>.

(25) UNCITRAL Arbitration Rule (as revised in 2010), Article 23: «1. The arbitral tribunal shall have the power to rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. ...'. ICC Arbitrations Rules (in force as from 1 March 2017) . Article 6 : '(5) In all matters decided by the Court under Article 6(4), any decision as to the jurisdiction of the arbitral tribunal, except as to parties or claims with respect to which the Court decides that the arbitration cannot proceed, shall then be taken by the arbitral tribunal itself...».

قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، المادة 23: «1 - تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه...»، القانون الاتحادي رقم (6) لعام 2018 بشأن التحكيم، المادة 19: «1 - تفصل هيئة التحكيم في أي دفع يتعلق بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفع المبني على عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، ولهيئة التحكيم أن تفصل في ذلك، إما في قرار تمهيدي أو في حكم التحكيم النهائي الصادر حول موضوع النزاع...»، قانون رقم (2) لعام 2017 بشأن إصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المادة 16: «1 - تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو عدم صحته أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع...».

(26) وضمن ذات السياق، نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

= ICC case n. 6401. Westinghouse International Projects Company. v. National Power

كذلك، بنيت المشروعية على مبدأ "الاستقلالية" separability باعتبار البند التحكيمي تصرفاً قانونياً مستقلاً بذاته وإن تضمنه العقد الأساسي. وبعبارة أخرى، هو عقد داخل عقد يبرمه نفس أطرافه. ومبرر هذا الاستقلال، الذي شهد في مساره التاريخي انفكاً متدرجاً من الناحية القانونية، اختلاف المحلين من ناحية أولى، فمحل البند التحكيمي هو الفصل في منازعات يمكن أن تنشأ بشأن العقد، أما محل العقد فهو أمر مختلف حسب نوع العقد، واختلاف السبب من ناحية ثانية، فالسبب في البند التحكيمي هو تعهد كل طرف بعدم اللجوء للقضاء، في حين أن السبب في العقد الأصلي مختلف تماماً بالنسبة لكل عقد من العقود. وبدورها أقرت غالبية الصكوك الوطنية والدولية هذا المبدأ<sup>(27)</sup> بالنظر

= Corporation, (1991) Mealey International Report (1) (7) 1992 section B.  
«it is well established that the tribunal has jurisdiction to determine its own jurisdiction, a proposition that is not dispute by the parties .. this basic principle is reflected in both ICC Rules and Swiss Law ..Furthermore, the doctrine kompetenz-kompetenz has been consistently confirmed by various decisions and commentators, which similarly recognize their own competency is an inherent attribute of international tribunals ...».

(27) UNCITRAL Arbitration Rule (as revised in 2010), Article 23: "1. ... A decision by the arbitral tribunal that the contract is null shall not entail automatically the invalidity of the arbitration clause..."; ICC Arbitrations Rules (in force as from 1 March 2017), Article 6: '9- Unless otherwise agreed, the arbitral tribunal shall not cease to have jurisdiction by reason of any allegation that the contract is non-existent or null and void, provided that the arbitral tribunal upholds the validity of the arbitration agreement. The arbitral tribunal shall continue to have jurisdiction to determine the parties' respective rights and to decide their claims and pleas even though the contract itself may be non-existent or null and void. ..."

قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، المادة 23: «1 - و أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطالان العقد لا يترتب عليه تلقائياً بطلان شرط التحكيم»، القانون الاتحادي رقم (6) لعام 2018 بشأن التحكيم، المادة 6: «1 - يكون اتفاق التحكيم مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على اتفاق التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الاتفاق صحيحاً في ذاته إلا إذا تعلق الأمر بنقصان أهلية أحد من المتعاقدين...»، قانون رقم (2) لعام 2017 بشأن إصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المادة 16: «1 - ... ويعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي تضمنه طالما كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته». راجع كذلك، لمزيد من التفصيل في هذا الشأن: تزارى تاني مصطفى، استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر، مجلة الدارسات القانونية، العدد التاسع، السنة 2003، دار القصب لل نشر والتوزيع، الجزائر، ص 10. فتحي والي، مرجع سابق، ص 106. عمر محمود السيد التحوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 63.

W.L.Craig , William W.Park , J.Paulsson : International Chamber of Commerce Arbitration , Oceana Publications) New York & (International Chamber of Commerce (ICC) Publishing , 2ème edition , Paris , 1990 , at. 65 : ... acceptance of

لأثره الكبير في تثبيت خصوصية الإجراء التحكيمي وتحسين اتفاقية التحكيم في مقابل مصير العقد الأصلي. بالتالي، ليس بمستغرب تبني القضاء التحكيمي، بصورة ثابتة وحاسمة هذا المبدأ في قضايا الفساد، إذ لولاه لكانت قوّضت «القدرة» التحكيمية على التحري عن مزاعم الفساد من ناحية، فضلاً عن تقرير مدى صحة العقد المحاصر بشبهات الفساد من ناحية أخرى<sup>(28)</sup>.

فضلاً عما سبق، كان لمفهوم «السياسة العامة» public policy دور محوري في تعزيز مشروعية تعامل القضاء التحكيمي مع قضايا الفساد بالرغم من الجدلية المحيطة به حتى اللحظة، والتي من أبرز مسبباتها تداخل مفهومه مع مفهومي النظام العام والآداب العامة إن من حيث الإطار المعرفي أو واقع الأعمال على الصعيدين المحلي والدولي على السواء<sup>(29)</sup>.

إن «النظام العام» Public Order، كما هو معروف، مظاهر عدة تختلف باختلاف تدخل الدولة في شتى ميادين الحياة، من ذلك «النظام العام التوجيهي» Oriented Public Order الذي يعزز ويحمي المصلحة العامة من خلال قواعد أمرّة كما يفسرها توجه المشرع للحفاظ على كيان الدولة في كل المجالات، وهناك أيضاً «النظام العام الحمائي» Protectionist Public Order الذي يهدف إلى حفظ التوازن بين عناصر المجتمع من خلال توفير حد معين من الحماية لفئات دنيا أمام قوة واستغلال من هو أقوى منها. وهناك «النظام العام الاستبعادي» Exclusionary Public Order في مواجهة القانون الأجنبي الذي يربط فرض تطبيقه على المسألة أو الحكم الأجنبي، حيث يرغب أصحابه في تنفيذه بإقليم القاضي، وقد يلاقي الحكم أو القانون الأجنبي رفضاً قوياً دون أن يتم النظر في تلازمه مع النظام العام القانوني لقانون دولة القاضي عندما تعلن قواعد البوليس Police Rules (أو القواعد ذات التطبيق الفوري)، بصورة سيادية منفردة أحقيتها

= this autonomy of the arbitration clause is conceptual cornerstone of international arbitration ... .

(28) Fiona Trust & Holding Corporation v. Privalov (2007) UKHL(40):

“...in the present case, it is alleged that the main agreement was in uncommercial terms which, together with other surrounding circumstances, give rise to the inference that an agent acting for the owners was bribed to consent it, but that does not show that he was bribed to enter the arbitration agreement. It would have been remarkable for him to enter into any charter without an arbitration agreement, whatever its other terms had been... the arbitration agreement can be invalidated only on ground which relates to the arbitration agreement and is not merely a consequence of the invalidity of the main agreement ...”.

(29) M .Hunter , G.Silver, Transnational Public Policy and its application in Investment Arbitration, The Journal of World Investment & Trade vol.4 , N.3, Geneva 2003, at.367.

بالأولوية في التطبيق دون منافسة أو تنازع. وهناك «النظام العام الدولي الحقيقي» The Real International Public Order الذي يستهدف توسيع نطاق التحكيم إلى أبعد حدود، رعاية لمصالح التجارة الدولية بالدرجة الأولى. ولا نعتقد بوجود خلاف في أن مصدر إشكاليته يكمن في صعوبة ضبط مفهومه في تعريف شامل ومحدد انطلاقاً من خواصه التي تتقاطع مع التحكيم بذاته باعتباره عملية مركبة، والتي (أي الخواص) تتمثل في المعيارية (أي المصلحة العامة) والمرونة والتبدل والنسبية، مما يؤثر أحياناً سلباً وطوراً إيجاباً على نطاق التحكيم وحدوده التي يرسمها النظام العام، فهو لا يعدو عن كونه مجرد «اتجاه» تتخذه الجماعة أسلوباً لها يتأسس على قواعد ومبادئ سلوكية في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وتأخذ ترتيبها حسب أهمية المجال من نظر الجماعة، ولضمان تواجدتها واستقرارها في إطار ما تتبناه من إيديولوجيات لتصير قانوناً يتعين على المنضوين في كنفه احترامه وتحمل الجزاء حال مخالفته<sup>(30)</sup>.

أما فكرة «الأداب العامة» Public Morals – الأكثر التصاقاً بمصطلح النظام العام – فتجسد بذاتية طبيعة المصطلح وحرفيته، ناموساً أدبياً من معتقدات موروثه وعادات متأصلة وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها في علاقاتهم الاجتماعية. وفي الواقع، رغم نأي المشرع الوضعي بنفسه عن مهمة تعريف الآداب العامة أسوة بمنحاه مع مصطلح النظام العام، وعلى الرغم من تمايز مفهوميهما لاسيما من حيث النطاق من جهة أولى، حيث يرمي النظام العام إلى إقامة النظام في المجتمع والمحافظة على قيمه وكفالة تطوره وتقدمه، في حين أن غاية الآداب العامة مثالية أخلاقية ترمي إلى الارتقاء بالإنسان إلى الكمال، أو من حيث درجة الإلزام من جهة ثانية، إذ إن قواعد الآداب العامة أكثر إلزامية نظراً لأنها من معتقدات المجتمع في حين أن النظام العام أقل درجة في الإلزام بحسب متقضيات المصلحة، إلا أنهما يتحدان في تحقيق الغائية ذاتها والتي تتمثل في حماية المجتمع وضمان تماسكه وتجنبيه للاستقرار والفوضى<sup>(31)</sup>.

(30) حامد ماهر محمد، أثر النظام العام في الحد من اللجوء إلى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 13. محمود مصطفى يونس، نحو نظرية علمية لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 11، حيث أشار إلى أن البعض ذهب إلى حد اعتبار أن الغموض الذي يحيط بالنظام العام هو سرّ عظمته، وعليه فأية محاولة لتعريفه تعد إجهاداً ذهنياً كبيراً، كما أشار إلى صوابية تجريبه من سمة «مبدأ قانوني» لكون القانون يتطلب الدقة والتحديد بينما النظام العام مجرد رأي وإحساس أنه مسلمة علمية. راجع كذلك في ذات السياق: هيام محمد محمود، المدخل إلى القانون، الجزء الأول، دار المعارف الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 79. فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القاهرة، 1992، ص 136، حيث اعتبر أن النظام العام مجرد فكرة ترمي إلى حماية المجتمع الوطني والأسس الجوهرية التي يقوم عليها أياً كان الفرع القانوني الذي تستخدم فيه ومهما كانت طبيعة العلاقة القانونية المثارة. عماد طارق البشري، النظام العام في النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 109.

أما مفهوم «السياسة العامة» Public Policy فيتمايز عما سبق إن من حيث المفهوم أو من حيث الهدف أو من حيث النطاقات الزماني والمكاني. فمن حيث المفهوم، يقصد بالسياسة العامة ما تقوم به الحكومة أو تقترح القيام به لحل مشكلة عامة تواجه المجتمع بغية توفير حاجات يتطلبها أو لتحقيق أهداف يطمح لتحقيقها. بينما يقصد بالنظام العام مجموعة أسس ذات محتوى سياسي واقتصادي واجتماعي. أما من حيث الهدف، فترمي السياسات العامة إلى تطوير أسلوب العمل الحكومي بأحسن الأساليب التنفيذية التي تكفل تحقيق الأهداف بدرجة أكبر من الكفاءة والفعالية من خلال التعريف بالمشكلة وجمع الحقائق حولها وتقديم الحلول الممكنة واختيار أنجعها وأنسبها، فيما يهدف النظام العام إلى استقرار المجتمع ورسم المنهج الصحيح. أما من حيث النطاقات الزماني والمكاني، فكلتا الفكرتين محدودتا المساحة في الزمان والمكان كونهما نتاج تفاعل ديناميكي معقد في إطار فكري وبيئي وسياسي محدد تشترك فيه عناصر عدة يحددها النظام السياسي في الدولة<sup>(32)</sup>.

في الواقع، من الإجحاف ترقيب إدانة دولية لظاهرة الفساد أكثر وضوحاً وصراحة مما هي عليه في العصر الحاضر، وما يعزز هذا المنحى، «صرامة» الإطار القانوني العام المعتمد من قواعد وضوابط ومعايير لدرجة بات يصعب معها على أية محكمة أن تنكر أن الفساد يتناقض مع السياسة العامة الدولية وربما حتى مع النظام العام العابر للدول<sup>(33)</sup>.

(31) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 400. جاك غستان، المطول في القانون المدني، ترجمة وتحقيق: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، الطبعة الثالثة، بيروت، 2008، ص 128.

(32) Hunter & G.Silva, op.cit. at. 367. Tory L.Harris, The Public Policy exception to enforcement of International Arbitration Awards under the New York convention, Journal of International Arbitration, Vol 24, Issue1, Wolters Kluwers, Kluwer Law International, The Netherlands 2007, at. 11.

(33) وشواهد ذلك عديدة، منها على سبيل المثال لا الحصر:

European Gas Turbines S.A .v. Westman International Ltd , Paris Court of Appeal, Judgment of 30 september 1993, Comm. Arb. 198 (1995). James Barrat, HavellyIchilcik: Bribery and International Arbitration, the European & Middle Eastern Arbitration Review, 2011, (9), p.10.

“... a contract having as its aim and object a traffic in influence through the payment of bribes is contrary to French international public policy as well as to the ethics of international commerce as understood by the large majority of States in the international community .. “.

•World Duty Free Company Ltd .v. the Republic of Kenya, ICSID case n. ARB/00/7 (2006).

وتتلخص وقائع القضية بالآتي: في عام 1989 أبرمت شركة World Duty Free Company Ltd عقدا مع حكومة كينيا لبناء وصيانة وتشغيل المنطقة الحرة في مطاري نيروبي ومومباسا الدوليين وذلك لمدة عشرة سنوات قابلة للتجديد لمدة مماثلة بذات الشروط التعاقدية. في الواقع، =

= إستحصلت الشركة على هذه الصفقة بعد رشوة الرئيس الكيني السابق بمبلغ 2 مليون دولار كما قدمت الشركة العديد من الهدايا للمسؤولين الحكوميين الكينيين. رغم ذلك، لم تحترم الحكومة الكينية الاتفاق وصادرت ممتلكات الشركة مما ألحق بمالكها خسائر فادحة. بمعرض المطالبة بالتعويضات المناسبة، رفضت الحكومة الكينية ذرائع الجهة المدعية متمسكة ببطلان الاتفاقية لعللة الرشوة. ومما ورد في حيثيات القرار التحكيمي:

‘ .. in light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in the light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States’.

راجع كذلك ضمن نفس السياق:

Inceysa Vallisoleta S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID case n. ARB/03/21 (2006):  
' ... it is uncontroversial that respect for the law is a matter of public policy not only in El Salvador, but in any civilized country. If this tribunal declares itself competent to hear the disputes between the parties, it would completely ignore the fact that, above any claim of an investor, there is a meta-positive provision that prohibits attributing effects to an act done illegally ..'

\*Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID case No. ARB/10/3 (2013).  
وتتلخص وقائع القضية بالآتي: وقعت شركة Metal Tech اتفاقية شراكة مع شركة Uzmetal Technology وشركتين أخريين في أوزبكستان لإنتاج وتصدير منتجات الموليبيديوم. وبموجب، تساهم شركة Metal Tech بنسبة 50% من رأسمال شركة Uzmetal مستثمرة علاوة عن ذلك بمعرفتها التقنية والمهنية Know-how بالمنتج موضوع التعاقد. من ناحية أخرى، تتحمل الشركتان في أوزبكستان نسبة 50% المتبقية من رأس المال على أن تباع، علاوة على ذلك، مادة الموليبيديوم الخام حصراً لشركة Uzmetal. ووفقاً للاتفاقية، تتمتع شركة Uzmetal بالحق الحصري لبيع المنتجات في السوق الدولية. في عام 2006، اتخذ مكتب العام المدعي الأوزبكي سلسلة إجراءات جنائية ضد موظفي شركة Uzmetal بسبب إساءتهم استخدام السلطة والضرر الذي ألحقوه بدولة أوزبكستان. وبعد مرور شهر، صدر قرار عن مجلس الوزراء الأوزبكي بإلغاء حصري بيع الشركات الأوزبكية مادة الموليبيديوم الخام لشركة Uzmetal. وتقيداً بالقرار الحكومي، أوقفت الشركات الأوزبكية تنفيذ عقودها مع شركة Uzmetal مما أدى إلى إنهاء اتفاقية الشراكة وتصفية شركة Uzmetal. إثر خسارة الدعوى أمام المحكمة الاقتصادية الأوزبكية، لجأت شركة Uzmetal عام 2010 إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية. تمسك الطرف المدعي عليه بعدم اختصاص المحكمة للنظر في المنازعة التحكيمية مستنداً إلى اتفاقية الاستثمار الثنائية والقانون الأوزبكي سيما أن الفساد يشوب الصفقة الاستثمارية. وبالفعل، تفيد الوقائع بتسديد شركة Metal Tech أربعة ملايين دولار أميركي مقابل خدمات استشارية وهمية (أحد المستشارين هو السيد سلطانوف شقيق رئيس الوزراء الأوزبستاني). ومما ورد في حيثيات القرار التحكيمي:

‘ ...corruption is established to an extent sufficient to violate Uzbekistan law in connection with the establishment of the claimant’s investment in Uzbekistan. As a consequence, the investment has not been implemented in accordance with the laws and regulations of the contracting party in whose territory the investment is made as required by the BIT. .... This tribunal lacks jurisdiction over this dispute... The idea ... is not to punish One party at the cost of the other but rather to ensure the promotion of the rule of Law....

راجع لمزيد من التفصيل:

## الفرع الثاني

### المصادقية في تكييف المهمة التحكيمية كضمانة ثابتة للحقيقة

بالإجمال، ترتبط جدلية مشروعية ولاية القضاء التحكيمي للنظر في قضايا الفساد، بمقاربة العلاقة الدقيقة بين المحكم والأطراف المحتكمة وفي اعتباره ضامناً للحقيقة أم مجرد «خادم» للأطراف المتنازعة. فعندما يتصرف المحكم كضامن للحقيقة، سيستمع حتماً للأطراف المحتكمة ويفصل بكل ما يثيرونه من ادعاءات ومعطيات وطلبات، منها ضمناً مزاعم الفساد. وبذلك سيتمسك بالقيم الأخلاقية التي تعد بحق حجر الزاوية في مطلق قرار أو سلوك إنساني. من هذا المنظور، يكون المحكم مسؤولاً عن ضمان أن تكون العقود المبرمة بين الأطراف المتنازعة متسقة تماماً مع القيم والقوانين المرعية. كما سيحافظ على النظام العام الدولي ويحميه، مبادراً في التصدي للفساد المزعوم طوال الإجراءات التحكيمية<sup>(34)</sup>.

أما عندما يتصرف المحكم كخادم للأطراف المحتكمة، يدين بولائه لهم، فإنه حتماً سيجنح في دوره بحيث سيسعى أثناء الإجراءات التحكيمية إلى تجنب النظر في مزاعم وادعاءات الفساد لأطول فترة ممكنة. لذلك، من هذا المنظور، سيعتبر المحكم - ومن خلاله منظومة التحكيم الدولية - مجرد أداة مسهلة للعلاقات العابرة للدول ولحماية مصالح الأطراف المتحكمة بمعزل عن أية عدالة كونية منشودة. بمعنى آخر، سيقصر دور المحكم على تسوية النزاع المثار أمامه غاضاً الطرف تماماً عن أي بعد أخلاقي أو اجتماعي للمهمة التي اختير من أجلها. فالأولوية لديه ستنصب على معالجة «قلق» الأطراف المحتكمة، فضلاً عن تحديد مدى صحة العقد الأساسي وضمان قابلية تنفيذ القرارات التحكيمية التي سيصدرها.

في الواقع، إن في المحاولات المتكررة الرامية لتبرير انسحاب المحكم من مهمة التصدي للفساد من ناحية أولى، فضلاً عن الجهود المبذولة باستمرار في البحث عن «مخارج» - غير منطقية هي حتماً - تجيز له غض الطرف عن مهمة مكافحته من ناحية ثانية،

= Michael A. Losco, Charting a New Course: Metal-Tech .v. Uzbekistan and the treatment of corruption in Investment Defense Trade, Duke Law Journal, Duke University, School of Law, Durham, UK, 2014, p37.

(34) Mohamad Naquib Ishan Jan and AbdurashidLawanHaruna, The role of the Arbitration in the resolution of international commercial disputes, International Islamic University Malaysia, (IIUM) Law Journal 2014, 22(2), p 265. Cecily rose: questioning the role of international arbitration in the fight against corruption, Journal of International Arbitration, Vol 24, Issue2, Wolters Kluwers, Kluwer Law International, The Netherlands, 2007, at 183.

الكثير من المجافاة للعدالة والانصاف، فالمحكم بنهاية المطاف يعتبر بمركزية الشخصي والقانوني، جزء لا يتجزأ من المجتمع، ومن الإطار القانوني الذي يدور في فلكه. وبالتالي من غير المتصور تقبل مخالفته للتوجهات الثابتة لمطلق سياسة عامة، محلية كانت أم دولية<sup>(35)</sup>. وما القول بوجوب تقييد سلوك المحكم إزاء مزاعم الفساد باعتباره خادماً للأطراف سوى «مسعى غير منطقي» لإظهار حماية النظام العام الدولي بمظهر «العبء الثقيل» الملقى على عاتق القضاء التحكيمي. لهذا السبب، من الأهمية بمكان إعادة التفكير جدياً بالأسباب الدافعة نحو اعتماد وتحييد الخيار التحكيمي لتسوية منازعات المجتمع التجاري الدولي والوطني على السواء، وبخاصة ما يتصل بالحيدة والاستقلالية وتجنب مختلف أشكال المحاباة وصور المحسوبية المتوقعة حكماً.

(35) Mohamad Abdel Raouf, How should international arbitrators tackle corruption issues, International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID Review, Oxford University Press, 2009, 24(1), p116; Tran Bao Cao, Proving corruption allegations in International Arbitration, LLM Research Paper, Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand 2017, p 41 et s.

## المطلب الثالث

### التلقائية في التحري عن الفساد ومعضلة إثباته

لا شك أنّ لمكافحة الفساد أهمية محورية في توفير الطمأنينة والثقة ببيئة تجارية واستثمارية آمنة. كما لا خلاف على أنه إذا أصبح التحكيم مكاناً آمناً للفساد، فلن يكون آنذاك مفيداً لمجتمع الأعمال. لذلك، لا مبالغة إن اعتبرت - وبحق - مبادئ الحوكمة الرشيدة والشفافية والنزاهة متطلبات رئيسية لحسن حماية وضمان جودة المنظومة الاستثمارية والتجارية الدولية والوطنية على السواء. وفي ذات السياق، لم يكن من المتصور - بأي شكل من الأشكال - قبول فكرة «نأي» المحكم بنفسه عن المشاركة الوازنة في معركة مكافحة الفساد، على اعتبار أن تحقيق العدالة الكونية المنشودة يستتبع حكماً أن يتخذ المحكم موقفاً متقدماً في تلك المعركة. إلا أن ما يسترعي الانتباه في هذا المجال، أن «تدخله» لم يكن بالأمر اليسير، بل ازداد موقعه فيها دقة وتعقيداً بفعل الغموض الذي اكتنف مناحي تحريه عن الفساد من ناحية أولى، وتثبته منه من ناحية ثانية.

## الفرع الأول

### القضاء التحكيمي والتحري عن الفساد

#### بين الوجوبية والجوازية

من الصعوبة بمكان، حسم «الجدلية - المعضلة» بترجيح إحدى كفتي «الوجوبية» و«الجوازية» بمعرض تحري المحكم عن الفساد. فالهوة سحيقة جدا بين الإجابة المبنية على البعد النظري المستمدة من القوانين والقواعد المرعية الإجراء والإجابة المبنية على الممارسة العلمية. فلا بد بكثير من الحنكة والروية التمييز بين ما باستطاعة المحكم فعله وما يجب عليه عمله. فالقول إن باستطاعة المحكم التحري عن الفساد لا يعني بالضرورة أن عليه فعل ذلك.

في هذا الصدد، ذهب البعض إلى حجب هذا الدور عن المحكم من باب احترام إطار المهمة الموكلة إليه لا سيما بالأحكام بأكثر مما هو مطلوب منه *ultra petita*<sup>(36)</sup>. بالمقابل، رحب فريق آخر بصوابية منح المحكم حق التحري عن الفساد نظراً لتأثيرات ذلك القوية على مسار ومصير المطالبات النزاعية المقدمة من الأطراف المحتكمة ومحبذاً إدراج هذه الإجازة وبوضوح في البند التحكيمي باعتباره الملاذ الآمن الذي يأوي إليه الأطراف

(36) Nigel Blackaby and Constantine Partasides with Alan Redfern and Martin Hunter, International Arbitration, Oxford University Press, UK, 2015, P140 .

لإطلاق الإجراء التحكيمي<sup>(37)</sup> بينما يرى فريق ثالث وجوب انسحاب المحكم من هذه المهمة وعدم الانخراط بأية أفعال ذات بعد اجتماعي لاسيما عندما تتصل المسألة النزاعية بفساد مزعوم، إلا أنه بذات الوقت يؤكد على أن حساسية وخصوصية دوره يرفده دوماً بالأدوات المشروعة إن لناحية التحري عن الفساد أو مكافحته له<sup>(38)</sup>.

في الواقع، وانطلاقاً من المفهوم الضيق لفلسفة التحكيم الدولي بخاصة، لا يصح اعتبار المحكم، بأية صورة من الصور، مفوضاً بالتحري عن الفساد من تلقاء نفسه، فتلك المهمة للسلطات الرسمية في الدولة، إلا أن الإشكالية الأساسية المثارة في هذا الصدد، تكمن في معرفة تبعات هذا المنحى السلبي لاسيما لناحية انكشاف حقيقة المركز القانوني للأطراف المحتكمة، فضلاً عن انهيار السرية المحيطة بكثير من المعطيات؟ الواقعية والقانونية. فضلاً عن ذلك، على المحكم باعتباره «قاضي خاص» جملة من الالتزامات والواجبات التي ينبغي عليه مراعاتها في سياق تأديته لمهمته، يتقدمها إصدار قرار تحكيمي ملزم قابل للتنفيذ. فإذا تغاضى عن الأخذ بالاعتبار بمؤشرات الفساد القوية، فإنه بمنحاه هذا يعرض قراره للطعن أو عدم النفاذ لعلة مخالفة مفهوم ومنطلقات السياسة العامة العابرة للدول.

إن هذه المشهدية على دقتها وتعقيدها، لم تنف بأي حال الأحوال «أريحية» موقع المحكم في تحليل ملاسبات القضية النزاعية بشكل صحيح لاسيما في ظل أدوات عدة مشروعة تسانده في تحريه تلقائياً عن الفساد، منها مبدأ الاختصاص - الاختصاص والاستقلالية، التي سبقت الإشارة إليهما من ناحية أولى، والمناخ العام المتنامي باطراد في إدانة الفساد بقوة والذي يعد بذاته حافزاً هاماً لحراك المحكم الإيجابي للتصدي للفساد ومكافحته<sup>(39)</sup>. وما يسترعي الانتباه في هذا السياق، الجهود المبذولة لتعزيز التكامل بين القضاء النظامي والتحكيمي في مهمة مكافحة الفساد، وذلك من خلال مدّ نطاق التعاون بينهما وصولاً إلى حد فرض «واجب الإبلاغ» duty to report على عاتق المحكم بالرغم من ندرة السوابق التحكيمية في هذا المضمار، الأمر الذي دفع إلى إحداث جدلية جديدة ما زالت حتى اللحظة تؤرق الأوساط التحكيمية المعنية. فجانب من الفقه، يعتقد أن: «... واجب المحكم الإبلاغ عن الجرائم واجب أخلاقي...»<sup>(40)</sup>، في حين ذهب البعض الآخر بعيداً عن منح حرية الحركة للمحكم، معتبراً أنه: «... من الواجب بذل الجهد الكافي لإلغاء الفكرة القائلة أن التحكيم أداة حامية ضد الفساد.. فالمحكم هو القاضي الطبيعي

(37) Michael Hwang and Kevin Lim, Corruption in arbitration: Law and Reality, Asian International Arbitration Journal, Wolters Kluwers & Singapore International Arbitration Center, The Netherlands, Vol.8., Issue 1, 2012, p.4 et s.

(38) Michael Hwang, Kevin Lim: supra at 17.

(39) Michael Hwang, Kevin Lim: supra at 18.

(40) Nigel Blackaby and Constantine Partasides with Alan Redfern and Martin Hunter, supra note 5 at 538.

لكفاحه الجرائم المتصلة بالتجارة الدولية.. ومن الواجب منحه السلطة الكافية لذلك... فهو أكثر دراية وخبرة من القاضي الوطني في استكشاف الفساد و التصدي له...»<sup>(41)</sup>. وفي ذات السياق، رفض جانب آخر الحديث عن «إلزامية ثابتة» على عاتق المحكم بمعزل عن عبارات واضحة بهذا المعنى، داعياً إلى ضرورة الأخذ بالحسبان جملة عوامل مؤثرة في منحى تعامل المحكم مع الفساد من ذلك جنسية المحكمين والأطراف المحتكمة ومقرّ التحكيم ومكان نفاذ الحكم التحكيمي<sup>(42)</sup>.

في الواقع، لا تتصل الجدلية أعلاه بصوابية تشريع الأبواب أمام التزام جديد على عاتق المحكم أو بالتفسير الضيق للمخاطب بالقواعد الجزائية ذات الصلة بقدر ما تتصل عضواً بحماية مصالح الدولة العليا والجدية المنشودة في التعامل مع قضايا الفساد. وشاهد ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، قضية westcare حيث خلصت المحكمة البريطانية في قرارها الصادر عام 2000 إلى اعتبار العقد محل النزاع غير مشروع لعلّة رشوة الموظفين الحكوميين الكويتيين<sup>(43)</sup>. وفي سياق متصل، تجدر الإشارة إلى إعادة التذكير بقضية Himpurra California حيث منعت الحكومة الأندونيسية - بالقوة - المحكم السيد بريتاننا عبدالرشيد Mr. Priyatana Abdurraysid من حضور الجلسات التحكيمية لأنه: «كان ينوي إبلاغ النيابة العامة الأندونيسية عن فساد مزعوم في العلاقة التعاقدية محل النزاع التحكيمي»<sup>(44)</sup>.

(41) Alexis Mourre, Arbitration and Criminal Law: reflexions on the duties of the arbitrator, Journal of international arbitration, Wolters Kluwers, Kluwer Law International, The Netherlands, vol 22. n. 1. 2006 at 95.

(42) Bernardo Cremades and David J. and A. Carins, op.cit. at 84.

(43) English court, Westcare case, 2000, Q.B. 288, mentioned in Abdulhay Sayed: Corruption in International and Commercial Arbitration, The Hague, Kluwer Law Arbitration 2004, at. 281.

'... Ministers and government officials are in certain parts of the world customarily bribed to procure lucrative contracts for the suppliers of arms and the providers of building and construction projects .. against these consideration it is necessary to take into account the importance of sustaining the finality of international arbitration awards in the jurisdiction which is the venue of more international arbitrations than anywhere else in the world .. '.

(44) Himpurna California Energy Ltd .v. Perusahaan Listrik Negara (Award) (4 may1999) Yearbook Commercial Arbitration XXV, The Netherlands, Kluwer Law International, 2000, p 13. Priyatana Abdurraysid, They said I was going to be Kidnapped, Mealey's International Arbitration Report, Lexisnexis, USA, vol.18 , n.6 , June 2003 , at 30.

« ... I tried to argue that the condition of PLN then actually resulted from a contract drawn up through KNN (corruption, collusion, nepotism), where the foreign was required to hand over a portion of its shares to certain party in Indonesia without

## الفرع الثاني

### معضلة معايير وضوابط إثبات الفساد في التحكيم:

#### بين متطلبات الدقة ومقتضيات المرونة

لا خلاف على أن معظم المنازعات المتصلة بالفساد بذاتها شديدة التعقيد وغامضة تتضمن مطالبات متشابكة غير حاسمة بل متناقضة في أغلب الأحيان. وبالتالي فإنه من الصعوبة بمكان الجزم باستطاعة أي من الأطراف المحكّمة حسم النزاع لصالحه من خلال أدلة قاطعة يدّعي امتلاكها. لقد ترتب على هذه الحقيقة «اليقينية»، إرباك ملحوظ لدى الأوساط التحكيمية المعنية في التثبت من المعطيات الفاسدة إن على صعيد عبء الإثبات أو معاييرها، بالرغم من الاعتراف الواقعي والقانوني للمحكم بحرية مطلقة وسلطة تقديرية واسعة في انتهاج المسار التقييمي الذي يرتئيه مناسباً حال انعدام توافق الأطراف على مرجعية تشريعية محددة في تأديته مهمته في الشكل والمضمون<sup>(45)</sup>.

يقتضي الاعتراف، بادئ ذي بدء، الإشارة إلى أن صعوبة الإثبات تعود في الجوهر إلى فرادة حالات الفساد، من ذلك على سبيل المثال لا الحصر، إبرام عقود مشروعة ظاهرياً إنما في الحقيقة تخفي انتهاكات جسيمة للقوانين والقواعد المرعية الإجراء. وفي الواقع العملي، وباستثناء حالة المحكم «المتسلح» بأدوات العمل اللازمة بفعل توافق الأطراف المحكّمة، يتغلغل الفساد في عالم التحكيم بطريقتين لا ثالث لهما: إما نتيجة إخفاء عقد الوساطة intermediary contract السداد الفعلي للرشاوى، أو بفعل السداد المباشر لمبلغ من المال إلى أحد الأشخاص بغية حثّه على منح صفقة ما لمؤسسة معينة. في الحالة الأولى، وبموجب عقد الوساطة (غالباً ما يتخذ صورة عقد استشاري) تقتصر مهمة الوسيط على مساعدة طالب الوساطة، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، في الحصول على صفقة تجارية معينة مقابل تعويض نقدي يكون في الأغلب، على نحو ما جرت عليه العادة، نسبة مئوية من قيمة العقد محل الصفقة المنشودة<sup>(46)</sup>. وفي حال امتناع طالب الوساطة عن سداد

= any payment of even one cent. Thus, in my opinion, this case out to be handed over to the office of Attorney General for investigation. It was found out to later on, however, that the Indonesian party disagreed because the KNN issue involved various officials of the Republic of Indonesia and would be revealed in the open, ... the president at that time was Habibie».

(45) Daniel Goldenbaum, L'arbitre international face à la corruption, McGill Law Journal, Montreal, Vol.82, Issue 2, 20152016,- p 85 et s; Christian Albanesi and Emmanuel Jolivet, Dealing with corruption in arbitration: a review of ICC experience, 2013, Vol. 24, Bull ICC, suppl. P 27.

= (46) علي البارودي، القانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 94. عبد القادر حسين

النسبة المتفق عليها رغم حصوله على الصفقة، يلجأ عادة الوسيط إلى التحكيم لتحصيلها. عندها، لا سبيل للمحتكم ضده (طالب الوساطة) لتبرير عدم سداده النسبة المتفق عليها، سوى إثارة واقعة دفعه رشاً أو مقابل الحصول على الصفقة. وفي ذات السياق، قد يلجأ طالب الوساطة إلى القضاء للمطالبة باستعادة المبالغ المدفوعة للوسيط حال عدم حصوله على الصفقة المنشودة. أما في الحالة الثانية، فالفساد يبدو أكثر وضوحاً وعلانية نتيجة السداد الفوري والمباشر لقيمة نقدية معينة أو ما يوازئها عينياً من قبل أحد الأطراف بغية الاستحصال على توقيع الجهة التي قبضت المال والتي غالباً ما تكون الدولة. وفي حال انهيار العلاقة التعاقدية ونشوب النزاع، ستستخدم عندها بدهاء الأطراف المتنازعة ما تيسر لها من حجج واقعية وأدلة قانونية لتبرير مطالبها ومنها حتماً ذريعة عدم صحة العلاقة التعاقدية بذاتها لعل الفساد الملازم لها<sup>(47)</sup>.

رغم وضوح المعطيات الواقعية لحالتي الفساد أعلاه، إلا أن العبرة الأساس تبقى في الدلالات القانونية والآليات التقنية الواجبة الاعتماد في الإثبات لناحيته عيب الدليل وحجية البرهان ليأتي الحكم النهائي - في بنيانه القانوني - حاسماً قاطعاً متمسكاً فيما سيقضي به. وبالإجمال، لا تختلف أسس منظومة الإثبات التحكيمية عن المحاكم النظامية. ومن شواهد ذلك، ثبات القاعدة الجوهرية القائلة بأن: «على من يدعي واقعة عيب إثباتها» والتي تعد مبدأ عاماً عابراً للدول إن صح التعبير بالنظر لأهميتها من الناحية العملية في تحديد مصير الدعوى بالنسبة للأطراف المحتكمة<sup>(48)</sup>.

= العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مكتبة دار للثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 1999، ص 388.

(47) Francois Vincke, Recent anti-corruption initiatives and their impact on arbitration, Bull. CCI, suppl. vol. 24, 2013, p5. Pierre Mayer, Loi applicable et respect des lois de police, mentioned in Pierre Billet: Les commissions illicites: definition, traitement juridique et fiscal, Paris, Publication ICC, 1992, 49.

(48) UNCITRAL Arbitration Rule (as revised in 2010), Article 27: - 1. Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support its claim or defence. 2. Witnesses, including expert witnesses, who are presented by the parties to testify to the arbitral tribunal on any issue of fact or expertise may be any individual, notwithstanding that the individual is a party to the arbitration or in any way related to a party. Unless otherwise directed by the arbitral tribunal, statements by witnesses, including expert witnesses, may be presented in writing and signed by them. 3. At any time during the arbitral proceedings the arbitral tribunal may require the parties to produce documents, exhibits or other evidence within such a period of time as the arbitral tribunal shall determine. 4. The arbitral tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered. ICC Arbitrations Rules (in force as from 1 March 2017), Article 25: - 1. The arbitral tribunal shall proceed within as short a time as possible to establish the facts

تقتضي الإشارة في هذا السياق، إلى بروز اتجاه يناهز بضرورة نقل عبء الإثبات، وسنده في ذلك حرية القضاء التحكيمي وسلطته التقديرية في تحليل المعطيات النزاعية وتقييم أدلتها، فضلاً عن احترام التناسق في الإجراءات التحكيمية وتعزيز فرص اكتشاف الفساد<sup>(49)</sup>. ورغم رجاحة هذا المنحى وواقعيته، إلا أنه لم يلق التأييد الكافي من قبل أغلبية الفقه التحكيمي؛ إذ وجد فيه انتهاكاً لمبدأي المحاكمة العادلة والمساواة بين الأطراف المحتكمة<sup>(50)</sup>.

= of the case by all appropriate means. 2. After studying the written submissions of the parties and all documents relied upon, the arbitral tribunal shall hear the parties together in person if any of them so requests or, failing such a request, it may of its own motion decide to hear them. 3. The arbitral tribunal may decide to hear witnesses, experts appointed by the parties or any other person, in the presence of the parties, or in their absence provided they have been duly summoned. 4. The arbitral tribunal, after having consulted the parties, may appoint one or more experts, define their terms of reference and receive their reports. At the request of a party, the parties shall be given the opportunity to question at a hearing any such expert. 5. At any time during the proceedings, the arbitral tribunal may summon any party to provide additional evidence. 6. The arbitral tribunal may decide the case solely on the documents submitted by the parties unless any of the parties requests a hearing.'.

قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، المادة 27: «1. - يقع على عاتق كل طرف عبء إثبات الوقائع التي يستند إليها في تأييد دعواه أو دفاعه». القانون الاتحادي رقم (6) لعام 2018 بشأن التحكيم، المادة 23: «لكل من الأطراف أن يرفق ببيان الدعوى أو بمذكرة الدفاع حسب الأحوال صوراً من الوثائق التي يستند إليها أو أن يشير إلى كل أو بعض الوثائق وأدلة الإثبات التي يعتزم تقديمها مع احترام حق الطرف الآخر في الاطلاع عليها....». فتحي والي، مرجع سابق، ص 463.

IBA Rules on the taking evidence in international arbitration (2010).  
(49) ومن الشواهد المؤيدة لهذا المنحى، نشير إلى القرار التحكيمي الصادر عام 1999 في قضية n. (6497) ICC  
ICC case n. (1999)6497. yearbook Commercial Arbitration, XXIV.71

ومما ورد في حيثيات القرار التحكيمي:

'.. the alleging party may bring some relevant evidence for its allegation, without these element being really conclusive.. In such case, the arbitral tribunal may exceptionally request the other party to bring some counterevidence if such task is possible and not too burdensome. If the other party does not bring such counter evidence, the arbitral tribunal may conclude that the facts alleged are proven. However, such change in the burden of proof is only to be made in special circumstances and for very good reasons...'

راجع لمزيد من التفصيل بهذا الشأن:

Karen Mills, Corruption and other illegality in the formation and performance of contracts and in the conduct of arbitration relating thereto, mentioned in Albert Van Den Berg dir. ICCA Congress Series n.11 International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, Kluwer Law International, La Haye, 2003, p 288.

(50) Mojtaba Kazazi, Burden of proof and related issues: a study an evidence before international tribunals, Kluwer Law International, Boston, 1996, p22.

من ناحية أخرى، وبالنظر لحساسية ودقة منازعات الفساد وخطورة ارتداداتها على المستويين المادي والمعنوي، انسحبت الجدلية الملازمة لعبء الإثبات على توصيف معايير وأدواته. ولعل في انتماء المحكمين لثقافات قانونية مختلفة الدور الأبرز في تباين مقارباتهم وآرائهم في هذا الميدان. وفي الواقع فإن معايير الإثبات في دول القانون المدني تستند إلى القناعة الداخلية المتولدة لدى القاضي الناظر في النزاع، فله السلطة التامة في بحث الأدلة والمستندات المقدمة له تقييماً صحيحاً وتقدير قيمتها والأخذ بما يكون قد اقتنع به من أدلة وقرائن واستخلاص ما يراه متفقاً مع وقائع الدعوى المرفوعة أمامه<sup>(51)</sup>. بالمقابل، تنطلق معايير الإثبات في القضايا المدنية في دول القانون العام من أسس مختلفة من ذلك تقييم الاحتمالات أو ترجيح الأدلة. أما في سياق مكافحة الفساد، فبميل القضاء التحكيمي بالإجمال لاسيما الدولي إلى اللجوء لمعايير إثبات عالية الدقة. وشواهد ذلك عديدة، منها على سبيل المثال لا الحصر، أن «تكون الأدلة واضحة ومقنعة»<sup>(52)</sup>، أو بأن: «لا تدع الأدلة مجالاً للشك»<sup>(53)</sup>، أو بأن: «تكون الأدلة دامغة»<sup>(54)</sup>.

= ICC case n. 7047 (1994) Yearbook Commercial Arbitration XXI, 1996, 79: □ ... if a claimant asserts claims arising from a contract, and the defendant objects that the claimant's rights arising from the contract are null due to bribery, it is up to the defendant to present the fact of bribery and the pertaining evidence with the time allowed to him for presenting facts. The statement of facts and the burden of proof are therefore upon the defendant ... '.

(51) Michael J. Bond, The standard of proof in International Commercial Arbitration, Arbitration, Chartered Institute of Arbitrator, Vol. 77, Issue 3, 2011, p45. Stephan Wilske and Tood J.Fox, Corruption in International Arbitration and problems with standard of proof: baseless allegation or prima facie evidence; in Stefan Michael Kroll dir., International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, convergence and evolution, Kluwer Law International, La Haye 2011, P489.

راجع كذلك في سياق تحري القضاء التحكيمي عن الفساد و تقييمه للمعطيات النزاعية ذات الصلة: Vladislav Kim & others .v. Republic of Uzbekistan ICSID Case n. ARB/132017)6/).

“ ... Respondents objection is that Claimants procured their investment through corruption and that the claim arising from an investment so procured is not as a consequence admissible ... The tribunal concludes that it is difficult to assess whether or not any overpayment was made because there is uncertainty in valuing the shares themselves. Moreover, even if there were some overpayment, the mere fact of such overpayment would not in and of itself establish that the overpayment should be regarded as a bribe..”

(52) Westinghouse Interno projects Co, Westinghouse Elec S.A and Barns & Roe Enterprises, Inc c. Natol Power Corp. and the Republic of Philippine, ICC n. 6401 (1991). Mealey's International Arbitration, 31.1992, Report 1992, 7(1).

(53) ICC case n. 5622 (1988), Yearbook Commercial Arbitration, 19.105.

= (54) African Holding Company of America Inc & Société Africaine de construction au Congo

في الواقع، لم تحل كثافة اللجوء إلى معايير إثبات عالية الدقة على النحو المشار إليه أعلاه، دون استمرار النقاش حول التوصيف الأنسب لأدلة الإثبات ومعاييره. وفي هذا السياق، برزت المناقشة باعتماد تقنية منطقية سميت «تقنية المؤشرات» أو «الرايات الحمراء» وقد بدأت تلقى قبولاً متنامياً في الأوساط التحكيمية، قوامها شبكة عنكبوتية من مؤشرات ودلائل تأخذ بالاعتبار صعوبة وعوائق الإثبات في قضايا الفساد بما يتيح مكافحته بفعالية أكثر<sup>(55)</sup>.

SARL .v. Democratic Republic of the Congo, ICSID case n. ARB/052008) 21 /). =  
وفي ذات السياق، راجع:

Edf) Services (Ltd. v. Romania, ICSID case. .n. ARB:(2009) ,13/05 /

... OIn any case ,however ,corruption must be proven and its notoriously difficult to prove since ,typically ,there is little or no physical evidence ,The seriousness of the accusation of corruption in the present case ,considering that it involves officials at the highest level of the Romanian Government at the time ,demands clear and convincing evidence . There is a general consensus among international tribunals and commentators regarding the need for a high standard of proof of corruption.'..

(55) ومن الشواهد الدالة على اعتماد هذه التقنية وجدواها، نذكر على سبيل المثال لا الحصر: \*ICC case n. 6497(1999) , Yearbook Commercial of Arbitration m XXIV 71.

و تتلخص وقائع القضية بالآتي: بموجب العقد الاستشاري المبرم بين الاستشاري (المدعي) والمقاول الألماني (المدعى عليه)، وافق الاستشاري على مساعدة المقاول في الحصول على عقود بناء في عدة دول ضمن دول الشرق الأوسط. إثر ذلك، أبرم الأطراف عقوداً خاصة أخرى مقابل عمولة إضافية تصل إلى 5% . لاحقاً أخل المقاول بتنفيذ التزاماته التعاقدية رافضاً دفع أية مبالغ نقدية للاستشاري، متذرعاً أن الهدف الأساسي لتلك العقود محل النزاع كان رشوة الموظفين العموميين في دول الشرق الأوسط. ومما ورد في حيثيات القرار التحكيمي:

' ... the importance of the commission paid to claimant in this case is indeed extraordinary. Even if claimant alleges that, without their assistance, respondent would have recorded nothing on those amounts, a commission of 33,33% is extremely unusual. Claimant notes that the global amount of such compensation was only representing a very small percent of the total contract value however, the services rendered here were not concerning the total value of the contract but only the payment by the clients of two pieces amounts and it is only logical that the compensation should be calculated on those amounts, as indeed is stipulated in Product Agreement Q.. '.

راجع ضمن ذات السياق:

ICC case n. 9333 ( 1999), Yearbook Commercial Arbitration XXV 13.

×ICC case n. 8891 (2000), Journal of International Law, 4.1076 .

وتتلخص وقائع القضية بالآتي: بسبب مشاكل تقنية عدة، ارتفعت كلفة تنفيذ عقد المقاول المبرم بين المقاول ووزارة الإعلام في إحدى دول الشرق الأوسط. وإزاء رفض الوزارة زيادة أتعاب المقاول، لجأ إلى استشاري متعهداً بأن يسدد له عمولة تصل إلى 18.5% من قيمة العقد محل النزاع في حال نجاح في مساعدته بالحصول على الزيادة المنشودة. ما يسترعي الانتباه في هذا الصدد: (1) أن المدة الأصلية للعقد الاستشاري كانت شهرين ونصف فقط ثم تم تمديدها لتصبح ثلاثة أشهر، (2) تم إلغاء العقد الاستشاري قبل إنهاء المقاول تنفيذ عقده الجديد (وقد لحظت فيه الزيادة) مع وزارة الإعلام. ومما ورد =

= في حيثيات القرار التحكيمي:

' ... it is rare that an agent receives a commission of more than 1% or 2 % .. the commission received is excessively high and necessary indicated that the consultants were expected to make payments to third parties ..as the tribunal explained, it is expected that a consultant activities are documented by means of written memoranda and reports. consequently, an agent's refusal to provide evidence of his activity constitutes a fortiori an indication of illicitness ...'.

وفي ذات السياق، راجع: ICC .n case 3916 (1984) ,Law International of Journal ,930.

لمزيد من التفصيل بهذا الشأن، راجع:

Mathias Scherrer : Circumstantial Evidence in corruption cases before international arbitral tribunal , International Arbitration Law Review , Sweet & Maxwell , London 2002 , 29(5)(2) at.14. Daniel Glodenbaum : op.cit p. 82. Vladimir Khvalei : Using Red Flags to prevent arbitration from becoming a safe harbor for contracts that disguise corruption , ICC Bull spec. Paris , vol.24 . 2013 .p. 15 et s.

## الخاتمة:

من الحقائق الوضعية الثابتة أن النظم القانونية شهدت تطوراً هائلاً نقلها إلى مستويات رفيعة من الرقي، وأكسبها قدراً عالياً من الرعاية والاهتمام، منبعه الأساس التمسك بمبدأي الأمن القانوني والقضائي من ناحية، والعمل بهدي ما أفرزته معادلة «التأثير والتأثر» بين القانون والمجتمع من ناحية أخرى، إلا أن المؤشرات الإيجابية لتلك المسلمة لا تلغ بأية حالة من الأحوال دقة وأهمية التحديات التي فرضتها باستمرار المتغيرات المتسارعة في شتى مناحي الحياة. ولعل من أقساها خطورة وأعظمها شأنًا وأبرزها دلالة تحدي صون الثقة بالمنظومتين القانونية والقضائية في مكافحة قوة هدامة تضعف - بذاتها - القدرة على تحقيق النمو والرخاء، ونعني بها الفساد المتنامي بشكل مريب خلال العقود القليلة الماضية على كافة الصعد والمستويات.

وفيما يتصل ببيئة التجارة والأعمال، لم يكن من المتصور - بأي شكل من الأشكال - أن يبقى المعني الأول بحمايتها - ونعني «التحكيم» - باعتباره ملاذها الآمن - مكتوف الأيدي إزاء تآكل صرح العدالة الكونية بفعل الفساد بل الواقعية توجب عليه حتماً الحراك في هذا الاتجاه في إطار قانوني علمي ممنهج في البعدين الموضوعي والإجرائي، بما يكفل تحقيق الغاية المنشودة.

لقد بيّنا في سياق البحث سلسلة من العقبات والمعضلات والإشكاليات المتنوعة الأهواء والغايات والتي حالت - ومازالت - دون تأدية القضاء التحكيمي لمهمته على الوجه الأمثل. ومن باب المساهمة الفعالة في تجاوزها - أو أقله - تحديد معالم طريق الخروج منها، نقترح الآتي:

أولاً، تعزيز ثبات الرؤية التكاملية في أدوار قطبين مؤثرين في معركة التصدي للفساد، ونعني بهما الأطراف المحتكمة من ناحية، لاسيما في إطلاعهم المحكمة التحكيمية على كافة المعطيات المتصلة بالقضية النزاعية بعيداً عن أي إخفاء أو تستر منعاً لإهدار هبة التحكيم ومصدقائه، والمحكم من ناحية أخرى، لاسيما في إيلائه المهمة التحكيمية - عصب المسار التحكيمي - العناية اللازمة مُصدراً أحكاماً قاطعة حاسمة ومُتجنباً قدر الامكان التأثير - بوعي أو بغير وعي - بالإشاعات المحيطة بالقضية النزاعية.

ثانياً، تشريع الأبواب أمام تقنين ما استقر عليه الاجتهاد التحكيمي من ضوابط ومعايير ومفاهيم بعيداً عن أي تأثير بتنافسية - غير متكافئة بذاتها - كثر الحديث عنها بين القضاة النظامي والتحكيمي.

ثالثاً: الاعتراف الواضح والمباشر بدور محوري وفعال للمحكم في التحري التلقائي عن

الفساد وترجمة ذلك صراحة في الصكوك الدولية والإقليمية والوطنية ولوائح المراكز التحكيمية والقواعد الإرشادية.

رابعاً، اعتماد منظومة إثبات خاصة بمكافحة الفساد التحكيمي تتفق - من الناحيتين الفنية والموضوعية - مع خصوصية منازعات بيئة التجارة والأعمال، بحيث تتصف في آن معاً بالقدر الكافي من المرونة - تسهياً لتسوية المنازعات ذات الصلة - والصرامة النسبية ضماناً لنزاهة الإجراء التحكيمي.

في واقع الأمر، لا التحكيم معصوم عن النواقص.. ولا القضاء محروم من المزايا... ولا التحكيم والقضاء فرسا رهان في ميدان واحد.. ولا القضاء بطبيعته عاجز عن ملاحقة فنيات النزاع أياً كانت درجة تصورهما.. ولا التحكيم بطبيعته قادر على ملاحقة المنازعات كلها.. ولا دور القضاء أو التحكيم - بطبيعة الحال - مجرد حسم للمنازعات إنما لهما دور أعظم يتعلق بالقانون بمعناه الواسع باعتباره حضارة قائمة بذاتها.

إن المسألة بحق أخطر من مجرد سياسة عامة تمنع أو مواقف تشجّب.. إن المسألة أصعب من مجرد استحضار أدلة تثبت أو تقديم مذكرات ولوائح تقنع.. إن المسألة أعمق من مجرد كشف وقائع تدين أو الاستناد إلى قواعد ومفاهيم تجرّم.

المسألة في أساسها وجوهرها شئنا أم أبينا الاعتراف تتصل بثقة تهدر وهيبة تُشوّه ومصداقية تُنتهك، لذلك لا بد بشيء من الحنكة والروية والعقلانية والتعامل بالجدية اللازمة مع جوانب ضعفت عدة أشرنا إليها آنفاً في سياق البحث ستودي حتماً حال استمرارها بما تبقى من العدالة الكونية المنشودة من المنظومة التحكيمية.

إن الإيضاح في الآليات والطرق لا في الألفاظ والعبارات والمباني بات فعلاً لا قولاً حاجة وضرورة ملحة.

حقاً.. لقد أبدع جين دنيس بريدين Jean Denis Bredin في وصف مستقبل حياة المحكم «المراهق الجميل» كما سمّاه، حين قال: «أمام المحكم حياة جديدة تنتظره مليئة بالعقبات التي يفترض به تجاوزها والحاجات التي عليه تحقيقها، حياة تملؤها الثقة بدلاً من الشك والريبة، حياة تقدم الأجوبة المباشرة والصريحة عن تساؤلات جوهرية في علم التحكيم».

مستقبل.. وحياء.. نراهما ضرباً من ضروب الوهم والخيال.. إن بقيت الأمور على منوال ما بيننا بعضاً منها في سياق البحث..

نعم في معركة التصدي للفساد ما زال المحكم أسير «منطقة رمادية».. جدير هو بالخروج منها.. فلنعطه حريته.. ولنطلق يداً.. مستحق هو هذه الحرية.. مستحق هو هذه الثقة.. وفي ذلك فليتنافس المتنافسون.

## المراجع:

### أولاً- باللغة العربية:

#### 1. المؤلفات القانونية:

- جاك غستان، المطول في القانون المدني، ترجمة وتحقيق: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، الطبعة الثالثة، بيروت، 2008.
- هيام محمد محمود، المدخل إلى القانون، دار المعارف الجامعية، الجزء الأول، الإسكندرية، 2000.
- حامد ماهر محمد، أثر النظام العام في الحد من اللجوء إلى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- سامي الطوخي، الإدارة بالشفافية، الطريق للتنمية والإصلاح الإداري: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984.
- عاصم الأعرجي، دراسات معاصرة في التطوير الإداري، دار الفكر، عمان-الأردن، 1995.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- عبد المجيد محمود عبد المجيد، الأحكام الموضوعية لمكافحة جرائم الفساد في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة والتشريع الجنائي المصري، الجزء الثاني، دار النهضة، القاهرة، 2014.
- عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مكتبة دار للثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 1999.
- علي البارودي، القانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
- علي شتا، الفساد الإداري ومجتمع المستقبل، مكتبة الإشعاع، الإسكندرية، 1999.
- عماد طارق البشري، النظام العام في النظرية التطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- عمر محمود السيد التحيوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2003.
- فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القاهرة، 1992.

- فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية علماً وعملاً، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014.
- محمود مصطفى يونس، نحو نظرية علمية لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

## 2. الأبحاث والدراسات القانونية:

- إنعام الشهابي وداغر منقذ، العوامل المؤثرة في الفساد الإداري، المجلة العربية للإدارة، العدد الثاني، السنة 2000، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة.
- تراري تاني مصطفى، استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر، مجلة الدراسات القانونية، العدد التاسع، السنة 2003، دار القصة للنشر والتوزيع، الجزائر.
- عبد الله بلوناس، رؤية اقتصادية للفساد: أسبابه ونتائجه وطرق معالجته، المؤتمر العربي الثالث للإدارة، بيروت، 2002.
- عامر الكيسي، الفساد الإداري رؤية منهجية للتشخيص والتذليل، المجلة العربية للإدارة، العدد الثاني، السنة 2000، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة.
- محمود شريف بسيوني، الجريمة المنظمة وغسل الأموال في القانون الجنائي الدولي، دراسة غير منشورة، 2003.

## 3. المعاجم اللغوية:

- ابن منظور، لسان العرب، الجزء الحادي عشر، مطبعة صادر، بيروت، 2004.
- المنجد في اللغة، الطبعة الثالثة والعشرون، دار المشرق، بيروت، 1973.
- المعجم الوسيط، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مطابع دار المعارف بمصر، القاهرة، 1973.

## ثانياً - باللغة الأجنبية:

### 1. Books:

- Abdulhay Sayed, Corruption in International and Commercial Arbitration, Kluwer Law Arbitration, The Hague, 2004.
- Gary Born, International arbitration: cases and materials, Wolters Kluwer, USA, 2011.

- Karen Mills, Corruption and other illegality in the formation and performance of contracts and in the conduct of arbitration relating thereto, in Albert Van Den Berg dir. ICCA Congress Series, n.11 International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, Kluwer Law International, La Haye, 2003.
- Mojtaba Kazazi, Burden of proof and related issues: a study an evidence before international tribunals, Kluwer Law International, Boston 1996.
- Nigel Blackaby and Constantine Partasides with Alan Redfern and Martin Hunter: International Arbitration, Oxford University Press, UK, 2015.
- P. Fouchard, Relations between the arbitration and the parties and the arbitral institutions, ICC, the status of the arbitrators, 12.13. International Chamber of Commerce ICC Paris, Bulletin Spécial Supplément, 1995.
- Stephan Wilske and Tood J. Fox, Corruption in International Arbitration and problems with standard of proof: baseless allegation or prima facie evidence? in Stefan Michael Kroll dirc, International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, convergence and evolution, Kluwer Law International, La Haye, 2011.
- W.L.Craig and William W. Park and J. Paulsson: International Chamber of Commerce Arbitration, Oceana Publications, New York & International Chamber of Commerce (ICC) Publishing, 2ème edition, Paris, 1990.

## 2. Articles & Thesis:

- Alexis Mourre, Arbitration and Criminal Law, reflexions on the duties of the arbitrator, Journal of international arbitration, Wolters Kluwers, Kluwer Law International, The Netherlands, vol 22 .n. 1. 2006.
- Cecily rose, Questioning the role of international arbitration in the fight against corruption, Journal of International Arbitration, Vol. 24, Issue 2, Wolters Kluwers, Kluwer Law International, The Netherlands, 2007.
- Christian Albanesi and Emmanuel Jolivet, Dealing with corruption in arbitration: a review of ICC experience, Bull ICC, suppl. Vol. 24, 2013.
- Daniel Goldenbaum, L'arbitre international face à la corruption, McGill Law Journal, Montreal, Vol.82, Issue 2, 2015-2016.
- Emmanuel Gaillard, La corruption saisie par les arbitres du commerce international, revue de l'arbitrage, comité francais de l'arbitrage, 2017, n.3.
- Francois Vincke, Recent anti-corruption initiatives and their impact on

arbitration, Bull.ICC, suppl. Vol. 24, 2013.

- Inan Uluc, Corruption in international arbitration, a thesis submitted in partial fulfillment of the requirement for the degree of Doctor of the Science of Law (SJD), Pennsylvania state University, school of law, USA, 2016.
- James Barrat and Havelly Ichilcik, Bribery and International Arbitration, the European & Middle Eastern Arbitration Review, vol. 9, 2011.
- J. Gillis Wetter, Issues of corruption before International Arbitral Tribunal: the Authentic text and True meaning of judge G. Lagergren's 1963 award ICC, Arbitration International, Oxford University Press, Vol. 10, Issue 3, September 1994.
- Mathias Scherrer, Circumstantial Evidence in corruption cases before international arbitral tribunal, International Arbitration Law Review, Sweet & Maxwell, London, 2002, 29(5)(2).
- Michael A. Losco, Charting a New Course: Metal-Tech.v. Uzbekistan and the treatment of corruption in Investment Defense Trade, Duke Law Journal, Duke University, School of Law, USA, 2014.
- Michael J. Bond, The standard of proof in International Commercial Arbitration, Chartered Institute of Arbitrator, Vol. 77, Issue 3, 2011.
- Mohamad Abdel Raouf, How should international arbitrators tackle corruption issues?, International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID Review, Oxford University Press, UK, 2009, 24(1).
- M. Hunter and G. Silver, Transnational Public Policy and its application in Investment Arbitration, The Journal of World Investment & Trade, vol.4, no.3, Geneva, 2003.
- Tory L. Harris, The Public Policy exception to enforcement of International Arbitration Awards under the New York convention, Journal of International Arbitration, Vol 24, Issue1, Wolters Kluwers, Kluwer Law International, The Netherlands, 2007.
- Michael Nueher, Corruption in International Commercial Arbitration, selected issues, Austrian Yearbook on International Arbitration, Vienna, 2015.
- Michael Hwang and Kevin Lim, Corruption in arbitration: Law and Reality, Asian International Arbitration Journal, Wolters Kluwers & Singapore International Arbitration Center, The Netherlands, Vol.8., Issue 1, 2012.
- Mohamad Naquib Ishan Jan and Abdulrashid Lawan Haruna, The role

of the Arbitration in the resolution of international commercial disputes, International Islamic University Malaysia, Law Journal 2014, 22(2).

- Pierre Mayer, Loi applicable et respect des lois de police- mentioned in: Pierre Billet, Les commissions illicites- definition – traitement juridique et fiscal, Paris, Publication ICC, 1992.
- Priyatana Abdurraysid, They said I was going to be Kidnapped, Mealey's International Arbitration Report, Lexis Nexis, USA, vol.18 , n.6 , June 2003.
- Tran Bao Cao, Proving corruption allegations in International Arbitration, LLM Research Paper, Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand, 2017.
- Vladimir Khvalei, Using Red Flags to prevent arbitration from becoming a safe harbor for contracts that disguise corruption, Bull ICC spec., vol.24, 2013.

### 3. Reports & Rules:

- Bernardo Cremades, David Cairms, Transnational public policy in international arbitration decision making, the cases of bribery, money laundering and fraud mentioned, in dossiers ICC International Chamber of Commerce, Institute of World Business Law, September 2003.
- Corruption, Costs and Mitigating Strategies: International Monetary Fund (IMF) Staff discussion note, Washington 2016.
- European commission: Report from the Commission to the Council and the European Parliament, EU anti-corruption, 2014, at 3.
- IBA Rules on the taking evidence in international arbitration (2010).
- (ICC) Rules on Combating Corruption Rules & codes - Corporate Responsibility & Anti corruption, Paris , 2011.
- (ICC) Anti-corruption Clause, Clauses for contracts – Corporate Responsibility & Anti corruption, Paris , 2012.
- (ICC) Guidelines on Gifts and Hospitality, Rules & codes - Corporate Responsibility & Anti corruption, Paris, 2014.
- (ICC) Arbitrations Rules (in force as from 1 March 2017).
- The World Bank Group, Combating corruption, 26 Sep. 2016.
- Transparency International, Corruption Perceptions Index 2017.
- Uncitral Arbitration Rule (as revised in 2010).

## المحتوى:

الصفحة	الموضوع
85	الملخص
86	المقدمة
90	المطلب الأول- التحول التدريجي في منحى تعامل القضاء التحكيمي مع منازعات الفساد من النأي بالنفس إلى الالتزام الصريح بمكافحته
90	الفرع الأول- الفساد في عالم التجارة والأعمال: خصوصية في المفهوم وحدائة نسبية في الاعتراف وطرق التصدي
94	الفرع الثاني - التطور المنطقي في مقارنة القضاء التحكيمي للفساد والتصدي له
96	المطلب الثاني- ملامح مشروعية ولاية نظر القضاء التحكيمي في منازعات الفساد
96	الفرع الأول- إشكالية المواءمة مع المبادئ القانونية المستقرة في علم التحكيم
103	الفرع الثاني- المصادقية في تكييف المهمة التحكيمية كضمانة ثابتة للحقيقة
105	المطلب الثالث- التلقائية في التحري عن الفساد و معضلة إثباته
105	الفرع الأول- القضاء التحكيمي والتحري عن الفساد بين الوجوبية والجوازية
108	الفرع الثاني- معضلة معايير وضوابط إثبات الفساد في التحكيم: بين متطلبات الدقة ومقتضيات المرونة
114	الخاتمة
116	المراجع

