

The Role of Arbitral Tribunals in Investigating Corruption Allegations in International Commercial Contracts: An Analytical and Comparative Study

Mosleh Ahmad AL-Tarawneh, Khalid Abdulrahman Alhrerat

Department of Public Law, Faculty of Law, Al-Ahliyya Amman University, Jordan.

Received: 19/10/2020

Revised: 23/2/2021

Accepted: 15/4/2021

Published: 1/9/2021

Citation: AL-Tarawneh, M. A., & Alhrerat, K. A. (2021). The Role of Arbitral Tribunals in Investigating Corruption Allegations in International Commercial Contracts: An Analytical and Comparative Study. *Dirasat: Shari'a and Law Sciences*, 48(3), 161–178. Retrieved from <https://dsr.ju.edu.jo/djournals/index.php/Law/article/view/2576>

Abstract

This research examines the powers of arbitral Tribunals in investigating the allegations of corruption in international commercial contracts which are the subject matter of international commercial arbitration proceedings, whether corruption is at the heart of contracts themselves or in the manner of obtaining them. The research discusses also the role of arbitral tribunals in addressing corruption issues and the controversy concerning that power and the standards of burden of corruption proof, including the conflict between the duty to report suspicions of corruption and the duty to adhere to confidentiality and the impermissibility of arbitrators addressing a matter not raised by the litigants. Despite international and national legislation consensus on condemnation and fighting of corruption, there are still legal differences regarding some practices that are criminalized by some legislation and permitted by others, such as facilitation payments and trading in influence. The research has followed up these legal differences and their impact on various trends of international arbitration. This research has also included presentation of standards adopted by arbitration tribunals to prove corruption, as well as the rules that are used to resolve the conflict between the applicable laws, and then examine the effects of corruption on arbitral awards. At the end, the researchers have concluded a set of findings and suggestions related to the research problems, including the inclusion of private sector into the concept of corruption, lifting the veil of arbitration confidentiality in corruption suspicious transactions and encouraging the use of adverse inference standard of proof in corruption cases.

Keywords: Corruption, international commercial arbitration, corruption burden of proof, applicable law, trading in influence, facilitation payments, impact of corruption on arbitration.

دور هيئات التحكيم في التصدي للفساد في عقود التجارة الدولية: دراسة تحليلية ومقارنة

مصالح أحمد الطراونة، خالد عبدالرحمن الحريرات

قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عمان الأهلية، الأردن.

ملخص

يتناول هذا البحث شبهات الفساد في العقود التجارية الدولية، ودور هيئات التحكيم في التحكيم التجاري الدولي في التصدي لها؛ سواء كان الفساد في صميم العقود أم في طريقة الحصول عليها، ويناقش البحث دور هيئات التحكيم في التصدي لشبهات الفساد والجدل القائم بهذا الخصوص ومنها التعارض بين واجب الإبلاغ عن شبهات الفساد وواجب الالتزام بالسرية وعدم جواز تصدي المحكمين لأمر لم يثيره الخصوم، فعلى الرغم من اتفاق التشريعات الدولية والوطنية على إدانة الفساد ومحاربتها، إلا أن هناك خلافات بخصوص بعض الممارسات التي تجرمها بعض التشريعات في حين تبيحها تشريعات أخرى مثل دفعات التسهيل واستخدام بالنفوذ، وقد رصد هذا البحث تلك التباينات التشريعية وأثرها في اتجاهات التحكيم الدولي، وتضمن هذا البحث أيضاً عرض الاتجاهات التي تتبناها هيئات التحكيم في إثبات الفساد، والقواعد المتبعة في حل التنازع بين القوانين واجبة التطبيق، ثم بحث الآثار المترتبة على وجود الفساد على قرارات التحكيم، وفي نهاية البحث توصل الباحثان إلى جملة من النتائج والتوصيات المتصلة بمشاكل البحث من بينها عدم اقتصار الاهتمام بظاهرة الفساد في القطاع العام فقط وإنما ضرورة أن يشمل الفساد في القطاع الخاص وممارسات الفساد من الأشخاص ذوي النفوذ وإن لم يكونوا من موظفي القطاع العام أو الخاص أيضاً، وضرورة تجريم تلك الممارسات، بالإضافة إلى النص على إعفاء المحكم من الالتزام بالسرية في حال الاشتباه بفساد في العقود التجارية المعروضة على التحكيم واعتماد نهج الاستنتاج المعاكس لتفسير إثبات الفساد في التحكيم.

الكلمات الدالة: الفساد، التحكيم التجاري الدولي، عبء إثبات الفساد في التحكيم، القانون واجب التطبيق، الاتجار بالنفوذ، دفعات التسهيل، أثر الفساد في التحكيم.



© 2021 DSR Publishers/ The University of Jordan.

This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY-NC) license <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

موضوع البحث وأهميته:

مع تنامي ظاهرة الفساد في العقود التجارية الدولية التي يختص بنظر المنازعات المتعلقة بها غالباً التحكيم التجاري الدولي، تبرز أهمية دور التحكيم في التصدي للفساد سواء كان في جوهر العقود أم في آلية التعاقد، ويكتسب هذا الموضوع أهمية إضافية مع التوجهات الدولية والوطنية التي تمضي بتصميم راسخ وعزيمة لا تلين في ادانة الفساد ومحاربتة، على نحو لم يعد بمقدور المحكم أن يقف على الحياد من شبهات الفساد في العقود التجارية التي ينظر المنازعات التي تثيرها بحجة تجاوزها لسلطاته أو عدم اثارها من قبل الاطراف المتنازعة، وينتظر من التحكيم – والحالة هذه- ان يكون جزء من الجهود الدولية والوطنية في لجم الفساد على مستوى الاعمال والتجارة الدولية، لا أن يكون وسيلة يلوذ بها اطراف العقود للنجاة بفسادهم وإضفاء ثوب المشروعية عليه.

غير ان تصدي التحكيم التجاري الدولي للفساد طريق شائك تحيط به مجموعة من الصعوبات، ومن هنا تنبغ أهمية هذا البحث في محاولة تجاوز تلك الصعوبات بحذر شديد بإطلاق يد التحكيم في التصدي لشبهات الفساد دون ان يفقد خصائصه وملائمته للفصل في منازعات عقود التجارة الدولية، ومن اهم تلك الصعوبات رفع التعارض بين التزام المحكمين في المحافظة على السرية والالتزام بالإبلاغ عن الفساد، و التغلب على عسر إثبات الفساد بالوسائل التقليدية، ورصد أثر وجود فساد في قرارات التحكيم، كما تخلق مواجهة الفساد عبء خاص على هيئات التحكيم لوجود ممارسات دارجة في التعاقد التجاري الدولي تجيزها بعض التشريعات في حين تجرمها تشريعات أخرى.

مشكلة البحث:

يمكن طرح مشكلة البحث من خلال الاشكاليات التي تثيرها الاسئلة التالية:

1. هل يتعارض التزام المحكم بالسرية مع الالتزام العام بالإبلاغ عن الفساد بوصفه جريمة تناهت الى علم المحكم، ولصالح ايهما يحسم التعارض؟
2. هل مبادئ التحكيم التي تحظر على المحكم البت فيما لم يثيره الخصوم تغل يد المحكم عن التصدي للفساد؟
3. هل الالتزام الصارم بقاعدة تحميل المدعي عبء اثبات الفساد يقدم مكافئة للطرف الفاسد الذي يلوذ بوقائع تتم عادة في الخفاء وتحاط بالسرية والكتمان يصعب اثباتها وفق هذه القاعدة التي تكون – والحالة هذه -بمثابة طوق نجاة لفساده؟
4. هل صعوبة اثبات الفساد تجعل من التحكيم التجاري الدولي ملاذاً آمناً لصفقات فاسدة ومقصداً يتخذ واجهة لاضفاء المشروعية على نشاطات ملوثة بالفساد؟

منهج البحث:

اتبع الباحثان منهج الدراسة التحليلية للتشريعات الدولية والقواعد القانونية للتحكيم سواء في مجال مبادئ التحكيم أو في تجريم الفساد، وقد رصد الباحثان تباين وتنوع الآراء في عدد من الممارسات والاحكام الصادرة عن هيئات التحكيم في محاولة لتأصيل هذه الآراء وتحديد دورها في خلق نواة لقواعد في التحكيم التجاري الدولي، كما لجأ الباحثان إلى المنهج المقارن بين عدد من التشريعات الوطنية في مجال التحكيم وتجريم الفساد من ناحية واتجاهات وممارسات مراكز التحكيم التجاري الدولي من ناحية ثانية، بخصوص دور هيئة التحكيم في التصدي للفساد، واتجاه الإثبات والقانون واجب التطبيق، وما هي القواعد التي تأخذ بها هيئات التحكيم لمواجهة مسائل الفساد في المنازعات المعروضة عليها.

خطة البحث:

قسّم الباحثان محتويات البحث إلى خمسة مباحث وخاتمة:

- المبحث الأول: وتناول تحديد مفهوم الفساد في التحكيم بتعريف الفساد ثم تحديد خصوصية مفهوم الفساد في التحكيم.
- المبحث الثاني: وتضمن مناقشة سلطة هيئة التحكيم في التحقيق في الفساد واتجاهات التحكيم التجاري الدولي في ذلك.
- المبحث الثالث: وخصص لموضوع إثبات الفساد في التحكيم من حيث اتجاهات الإثبات وسلطة هيئة التحكيم في تقدير ووزن الأدلة.
- المبحث الرابع: ويتعرض لتحديد القانون واجب التطبيق في استظهار عناصر الفساد وحلول تنازع القوانين ودور النظام العام الدولي في حسم التنازع.

المبحث الخامس: ويبحث في آثار وجود الفساد في النزاع المعروض على التحكيم وارتباط استقلال شرط التحكيم بالفساد وأثر الفساد في صحة العقد المعروض على التحكيم.

خاتمة البحث وقد أودعها الباحثان النتائج التي توصلوا إليها والتوصيات إلى اقتراحها.

المبحث الأول: مفهوم الفساد في التحكيم

يتزايد انتشار الفساد في مجال الأعمال على المستوى الدولي، وقد كشف مؤشر مدركات الفساد العام لعام (2019) لمنظمة الشفافية الدولية أن

أكثر من ثلثي دول العالم الذي شمل (180) دولة حصلت على درجات أقل من (50) على مقياس من (1-100) على اعتبار (100 نظيف جدًا وصفر فاسد للغاية) (منظمة الشفافية الدولية، 2019)، ويوصف حجم الرشوة في الأعمال على مستوى العالم الآن بأنه فظيع وعواقبه متفاقمة (2003, pp. 77, 78, Bernardo and Cairns)، وبلغت الأرقام قدرت الأموال المتحصل عليها بطرق غير مشروعة لغاية عام 2017 في مختلف دول العالم حوالي 1500 مليار دولار، ويقدر صندوق النقد الدولي قيمة الرشوة في العالم بنسبة 2% من الناتج الإجمالي العالمي (مغربي، 2018، ص 92).

وتتمثل أكثر صور الفساد شيوعاً في رشوة مسؤولين في مناصب دنيا للحصول على خدمات غير مشروعة أو مشروعة كاستئصال استصدار التراخيص، أو في تقديم الرشوة إلى مسؤولين في مناصب رفيعة للتأثير على السياسات والقرارات التنظيمية والتشريعية، أو من خلال دفع الرشاوي أو تلقيها من شركات القطاع الخاص، ولكن أكثرها انتشاراً هو رشوة المسؤولين رفيعي المستوى خصوصاً في القطاع المصرفي والمالي وقطاع الغابات والنفط والغاز والتعدين والمقاولات (منظمة الشفافية الدولية، 2011).

ويتجاوز أثر الفساد في النواحي المالية والاقتصادية إلى قطاعات حيوية تلحق الضرر أو تهدد بالخطر نواحي حيوية في الدول التي ينخر فيها الفساد قطاع الأعمال كتنقص المياه في إسبانيا وظروف العمل الاستغلالية في الصين أو قطع الأشجار الجائر في اندونيسيا وطرح الأدوية غير الآمنة في نيجيريا وإشادة مباني مهددة بالانهيار في تركيا (Global Corruption Report, 2009, P, XXV)، ولذلك يلقي الفساد في مجال الأعمال إدانة واسعة يجري التعبير عنها بتجريم تلك الممارسات على المستوى الوطني (قانون النزاهة ومكافحة الفساد الأردني، 2016) والإقليمي (الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد، 2012) والدولي. ولعل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2004 أبرز الأمثلة على هذا التوجه.

ومن أجل تحديد مفهوم الفساد في التحكيم التجاري بالمعنى المقصود من هذا البحث سنوضح المقصود بالفساد في المطلب الأول، ثم نبين خصوصية مفهوم الفساد في التحكيم المقصود في هذه الدراسة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف الفساد

الفساد (corruption) مفهوم واسع الانتشار وبلغ درجة من الاتساع بحيث يدخل في كافة مجالات العلوم الاجتماعية، فهناك فساد بمعنى ديني وآخر أخلاقي وغيره اجتماعي وأيضاً اقتصادي وسياسي، ولكن المفهوم الذي يتعلق بمضمون هذا البحث يقتضي حصراً في الجانب القانوني دون غيره. وقد حاول الفقه رسم حدود المفهوم القانوني للفساد، فعرفه جانب من الفقه بأنه سلوك وظيفي منحرف يستهدف تحقيق منافع شخصية بطريقة غير مشروعة، أو استغلال موظفي الدولة لمواقعهم وصلاحياتهم للحصول على كسب غير مشروع أو منافع يتعدى تحقيقها بطرق مشروعة (الكبيسي، 2009، ص 15)، في حين اختصر اتجاه آخر تعريفه في أنه استخدام المنصب العام لتحقيق مكاسب خاصة (Cheryl & Kaufman, 1998, P. 7).

وبالرجوع إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003 نجد أن الاتفاقية عكست اختلاف الدول التي شاركت في الإعداد في الوصول إلى تعريف محدد للفساد، وفي سبيل الخروج من هذا المأزق تم الاتفاق على تجنب تعريف الفساد مُقابل تحديد مجموعة من المظاهر الدالة عليه وتجريم ما يمكن تجريمه منها ومنه المواد 15-27، بالإضافة إلى إدراج تعريف شامل للموظف العام الذي يرتكب الفساد في المادة 2/أ بحيث يتسع لكافة من يشغلون مناصب تشريعية أو تنفيذية أو قضائية، سواء كانوا معينين أو منتخبين، دائمين أم مؤقتين، بأجر أو بدون (توق، 2014، ص 98)، وقد درجت معظم التشريعات الوطنية التي صادقت دولها على هذه الاتفاقية ذات النهج بتجنب تعريف الفساد والاكتفاء بتجريم عدد من الصور التي يظهر بها، ومنها التشريع الأردني في قانون النزاهة ومكافحة الفساد (13) لعام (2016) الذي نص على تجريم عدد من النماذج التي تنطوي على فساد في المادة (16) دون التقيد بتعريف محدد وسارت الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام (2010) التي دخلت حيز التنفيذ عام (2013) في ذات الاتجاه الذي اختطته اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام (2003).

غير أن منظمات دولية أخرى تحررت من القيود التي رافقت صياغة اتفاقية الأمم المتحدة المذكورة، واختارت تحديد مفهوم الفساد بصياغة أكثر دقة، ومنها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي الذي عرف الفساد بأنه: "استخدام القوة الرسمية أو المنصب أو السلطة للمنفعة الخاصة، سواء عن طريق الرشوة أو الابتزاز أو استغلال النفوذ أو المحسوبية أو الغش أو تقديم إكراهيات لتفعيل الخدمات أو عن طريق الاختلاس (UNDP، تقرير الفساد والتنمية، 2008، ص 7).

ويرى الباحثان أن مسابقة المشرع الأردني للاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام 2010 واتفاقية الأمم المتحدة لعام 2003 بتجنب تعريف الفساد وترك هذه المهمة للفقه خطة موفقة، كما يجد الباحثان أن الاكتفاء بتجريم طائفة من الصور التي تتسع لعدد كبير من الحالات التي يمكن أن تعرض في الواقع كما فعل المشرع الأردني يحقق دور التشريع في مكافحة الفساد دون أن يتقيد بتعريف محدد قد يقصر عن تجريم حالات مستجدة يتفتق عنها التطور المضطرب في مجال الأعمال والتجارة الدولية وما ينمو على هامشها من فساد في القطاعين العام والخاص لم يكن معروفاً وقت إعداد التشريع.

المطلب الثاني: الاتجاهات المتضادة في تحديد مفهوم الفساد في التحكيم

من أجل تحقيق مفاعيل أثر الفساد في التحكيم بالمعنى المقصود في هذا البحث، فإن الفساد يتجاوز المعنى العام الذي درج عليه الفقه، والمفهوم الذي استقرت عليه معظم التشريعات الوطنية التي تجرم الفساد فقط عندما يكون متلقي المال موظفًا عامًا أو من في حكمه أو أن المال المهودر من الأموال العامة، فجوهر جرائم الفساد العام وفقا للتشريع الأردني على سبيل المثال يتعلق بالمساس بقيم النزاهة والعدالة والمساواة والشفافية في أثناء ممارسة الإدارة العامة لأعمالها (المادة 4 من قانون النزاهة ومكافحة الفساد الأردني)، ويجمع صور التجريم للأفعال المشكلة للفساد إما حظر التعدي على المصلحة في صيانة المال العام من الاختلاس والهدر أو تحصين السلطة من الاستغلال أو وقاية واجبات الوظيفة العامة من الاختلال (المادة 16 من قانون النزاهة ومكافحة الفساد الأردني)، كما لا يستبعد القانون تجريم الفساد في القطاع الخاص وفق المادة 9/16 التي تجرم صور الفساد التي تنص عليها الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي صادق عليها الأردن، ويقترح الباحثان التوسع في تجريم الفساد في القطاع الخاص على هدى ما ورد في المادة 12 من هذه الاتفاقية، وهنا تدق التفرقة بين مفهوم الفساد بمعناه العام ومفهوم الفساد في التحكيم التجاري الدولي ضمن اتجاهين:

الاتجاه الأول: يوسع من مفهوم الفساد لغايات التوسع في الدفع في العقود المعروضة على التحكيم للأطراف وتوسيع السلطة التقديرية لهيئة التحكيم، وينصرف مفهوم الفساد في هذه الحالة إلى كل كسب غير مشروع للمال سواء كان المتلقي من القطاع العام أو القطاع الخاص أو حتى أي شخص آخر ليس من القطاع العام أو الخاص ولكن له نفوذ وتأثير على الهيئات العامة والمسؤولين، وهذا ما عالجته اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في المادة (21) بدعوة الدول الأطراف إلى اعتماد ما يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى بتجريم نشاطات الفساد في القطاع الخاص، وايضا اتفاقية مجلس أوروبا للقانون الجنائي بشأن الفساد في المادتين 7 و 8 منها، وكذلك حث الدول على تجريم نشاط أي شخص يعطي أو يعد بمنفعة غير مستحقة لموظف أجنبي للتأثير غير المشروع في مجال الأعمال الدولية في المادة (1) من اتفاقية منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية لمكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية (1997)، وقد اكدت توصيات مجلس الاتفاقية بخصوص الرشوة والاعتمادات الرسمية لدعم التصدير لعام 2019 أهمية تجريم الرشوة في القطاع العام والخاص في تشريعات الدول الاعضاء للحد من الرشوة، ويعكس هذا التوجه رأي جانب من الفقه يرى ان يشمل تعريف الفساد القطاع الخاص اذ ان هناك عدة حالات يبدأ فيها الفساد من القطاع الخاص ويمتد ليتورط بها القطاع العام (مغربي، 2018، ص 91).

وقد لقي هذا التوجه على المستوى الدولي صدى لدى بعض التشريعات الوطنية لمعالجة الفساد في القطاع الخاص خصوصاً مع التوسع في تحرير الأسواق وخصخصة عدد من الوظائف الحكومية في تلك الدول، وتأثير الفساد في القطاع الخاص على المنافسة الحرة والعدالة بين الشركات في الأسواق الوطنية والدولية، ومخالفته الصريحة لالتزام العاملين تجاه أرباب العمل على نحو لا يبرر الاستمرار في التمييز بين رشوة الموظفين في القطاع العام وبين رشوة العاملين في القطاع الخاص (Chaikin, 2008, pp. 271-273).

الاتجاه الثاني: يضيق من مفهوم الفساد لينحصر عن سلوكات تجرمها التشريعات الوطنية باعتبارها فساداً، ولكن تجيزها اتفاقيات دولية وتشريعات وطنية أخرى مثل مدفوعات التسهيل (facilitation payments) والمعروفة باسم مدفوعات السرعة وتعني دفع مدفوعات لموظفين عموميين أجنبى بغرض الإسراع في تقديم الخدمات أو تسهيل إجراء حكومي روتيني ضمن اختصاصات أولئك الموظفين، فمثل هذه المدفوعات تُعدّ رشوة في معظم التشريعات وتشكل فساداً وفق اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام (2003)، ولكنها غير محظورة بموجب اتفاقية منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية الخاصة بمكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية (اتفاقية OECD، 1997)، مما يترك سلطة تقديرية للدول الأطراف أن تقرر ما إذا كان وجود مثل هذه المدفوعات قانونياً أم غير قانوني، ومن التشريعات التي تستثنى هذه النشاطات من الممارسات الفاسدة قانون الممارسات الفاسدة الخارجية (الأجنبية) (FCPA) لعام (1977) في الولايات المتحدة الأمريكية (باب 15 فصل 2 ب قسم 78 د-1/ب).

المبحث الثاني: سلطة هيئة التحكيم بالتحقيق في الفساد

ينقسم الرأي بخصوص سلطة هيئة التحكيم بالتحقيق في الفساد إلى اتجاهين: أحدهما لا يجيز لهيئة التحكيم التصدي لمسائل الفساد من تلقاء نفسها (*Sua Sponte*) ويحصر سلطة الهيئة في حالة إثارتها من قبل أحد الأطراف، والآخر يرى أن من حق الهيئة وواجبها التصدي لنظر مسائل الفساد ولو لم يثرها الخصوم وستفرد مطلباً لكل من الاتجاهين السابقين.

المطلب الأول: الاتجاه المنكر على هيئة التحكيم التصدي لمسائل الفساد من تلقاء نفسها

يمثل هذا الاتجاه امتداد لما سار عليه المحكمون منذ عدة عقود بالنأي بأنفسهم عن قضايا الفساد التي تُعدّ دخيلة على القطاع الخاص واداته القضائية وهي التحكيم (مغربي، 2018، ص 94)، ويرى هذا الاتجاه أنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتصدى لشبهة الفساد في العقود موضوع التحكيم

طلما أن أطراف التحكيم لم تثر ذلك أو لم تدفع به، ويستند هذا الرأي إلى أنه لا يجوز لهيئة التحكيم الحكم بأكثر مما يطلبه الأطراف (*Ultra Petita*) (Hwang & Lim, 2011, p10). كما أن إلى أن المادتين 24 (2) - ثالثاً و 36 (1) / أ - ثالثاً من قانون الأونيسترال النموذجي، وكذلك المادة 5 (1) ج من اتفاقية نيويورك تجيز الطعن في قرار هيئة التحكيم إذا تصدى لمسائل لم تثار أو لا تندرج ضمن اتفاق التحكيم، وعلى الرغم من أن المحاكم لا يروق لها تجاوز هيئات التحكيم لصلاحياتها، إلا أنها تميل إلى تفسير هذه النصوص على نحو مضيق (Hwang & Lim, 2011, p10)، وقد أظهرت محكمة مقاطعة جنوب نيويورك ميلها إلى هذا التفسير في قضية *Elite Inc. v. Texaco Panama Inc.* (1991) بالفصل في نزاع بين شركة *Elite Inc.* وشركة *Texaco* (<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/777/289/2259627/>) ثبت فيه تلوث شحنة نفط باختلاط وقود الديزل مع زيت الوقود على الناقل التي استأجرتها *Texaco* لصالح *Texaco Antilles*؛ حيث حكمت هيئة التحكيم بالزام شركة *Elite Inc.* بتعويض شركة *Texaco* وأيدت المحكمة قرار التحكيم، وقد اعتبرت المحكمة أن تصدي هيئة التحكيم التابعة لمؤسسة التحكيم الأمريكية (AAA) في هذه القضية لبحت تصاميم تمديدات انابيب النفط للتحقق من شبهة شروع في سرقة شحنة الوقود عبر انابيب مخفية، لا يُعدّ خروجاً على سلطة هيئة التحكيم التي ارتضاها الأطراف ومنها النظر في الأدلة المتعلقة بالنزاع (*Elite Inc. v. Texaco Panama Inc.*, 1991).

المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لحق هيئة التحكيم في التصدي لمسائل الفساد من تلقاء نفسها

يرى هذا الاتجاه أنّ من واجب هيئة التحكيم التصدي للمسائل التي تثير الشبهة بخصوص موضوع التحكيم من تلقاء نفسها (*sua sponte*) ولو لم يثرها أو يدفع بها أحد الأطراف، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن مكافحة الفساد من مسائل النظام العام التي يجب أن تتصدى لها هيئة التحكيم من تلقاء نفسها ولو لم يثرها أو يدفع بها أحد الخصوم (Born, 2009, p.2183).

ويعزز هذا الرأي أن من حق هيئة التحكيم أن تبحث في المسائل التي تثير شبهة الفساد لأنها تتعلق بحل النزاع المعروض أمامها ويقع في صلب واجباتها، ومن أهمها إصدار قرار تحكيمي ملزم وقابل للنفاذ، الأمر الذي يقتضي أن يبذل المحكم جهده في تحصين قراره من الطعن لمخالفته النظام العام (Public Order) (مغربي، 2018، ص 106)، وطالما أنه وثيق الصلة بالفصل في النزاع فلا يُعدّ خروجاً على طلبات ودفع الأطراف، وهذا ما ذهبت إليه هيئة التحكيم في قضية (*Hwang & Lim, Min metals Germany Gmb H v. Ferco Steel Ltd*) (2011, p10)، وقد أيدت محكمة الاستئناف في سنغافورة هذا الاتجاه في قضية (*CRW Joint Operation v PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK*) (2011).

(*Joint Operation v PT Perusahaan Gas Negara*, 2011)، ويؤيد تصدي هيئة التحكيم للفساد حقها في تحصين حكمها من الإبطال عند الطعن عليه أمام القضاء الوطني (Hwang & Lim, 2011, p.9) ذلك أنه من حق هيئة التحكيم أن تعصم حكمها من أن ينعى عليه أنه تجاوز شبهة فساد تخالف النظام العام الداخلي والدولي ولم تتصدى له، ومما تجدر الإشارة إليه أن دور هيئة التحكيم في التصدي للفساد بوصفه جريمة يثير العديد من الإشكاليات منها، قابلية هذه الجريمة بصورها المختلفة، كالرشوة واستغلال النفوذ، للتحكيم، وبالتالي مدى سلطة هيئة التحكيم في حالة عدم إثارتها من أي من الطرفين، في النظر فيها من تلقاء نفسها.

لقد أثّرت هذه المسألة لأول مرة في قضية التحكيم (1110) لغرفة التجارة الدولية عام 1963 (ICC Case 1110.10 (3)) (1994) (*Arbitration International 277*) التي تلخص وقائعها أن عقد وساطة أبرم بين مهندس أرجنتيني وشركة بريطانية بغية حصول الشركة البريطانية على عقد من الحكومة الأرجنتينية لبيع معدات كهربائية لإحدى محطات الطاقة هناك مقابل 10% من قيمة العقد، وقد كان للشركة ذلك من خلال بيع ما قيمته 28 مليون دولار للحكومة الأرجنتينية، ولكن بعد اتمام الصفقة اضطر المهندس الأرجنتيني للسفر إلى ألمانيا للعلاج، وبعد عودته اكتشف أن الشركة استعانت بمهندس آخر لمتابعة تنفيذ الصفقة التي كان سبباً في إبرامها مقابل مليون دولار، لذلك طالب بمبلغ 2.8 مليون دولار نسبته من الصفقة بناءً على اتفاقية الوساطة مع الشركة، ونظراً إلى منازعة الشركة في ذلك تم الاتفاق على إحالة النزاع إلى محكم فرد وفقاً لقواعد ICC.

وخلال إجراءات التحكيم إدعت الشركة البريطانية أن المدعي (المهندس الأرجنتيني) تم التعاقد معه بحكم نفوذه وعلاقاته مع المسؤولين الحكوميين في النظام الأرجنتيني دون الدفع بعدم مشروعية ذلك التعاقد أو الإشارة إلى وجود رشاش أو ما شابه. ولكن وعلى الرغم من ذلك فإن المحكم الفرد القاضي Lagergen وفي أثناء تدقيقه ملف الدعوى التحكيمية وجد إتفاقاً في مراسلات المدعي مع المدعى عليه على أن يقوم المدعي برشوة المسؤولين الأرجنتين لغايات الحصول على الصفقة؛ لذلك قرر عدم اختصاصه في الفصل في النزاع لمخالفة العقد لقواعد النظام العام والأخلاق في كل من فرنسا، دولة مقر التحكيم، والأرجنتين، الدولة المتوقعة تنفيذ الحكم فيها. وأضاف إن تورط المتعاقدين بسلوك غير مشروع في تعاقدتهم يحرمهم الحق من الإفادة من مرفق العدالة، سواء كان قضاءً أو تحكيمياً؛ فمن يسعى إلى العدالة عليه أن يأتي إليها بأيدي نظيفة.

ولكن وفي قضايا تحكيم لاحقة قبلت العديد من هيئات التحكيم إختصاصها في التعاطي مع الإدعاءات أو الشبهات الناتجة عن الفساد والتحقق من وجودها وأثرها في النزاع المعروض عليها. وقد اعتمدت هيئات التحكيم على العديد من المبادئ منها: استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، واختصاص الاختصاص، وضرورة محافظة المحكم على مقتضيات النظام العام الدولي الذي يدور في فلكه ويلتزم بمراعاته وذلك على النحو الذي بيناه في المبحث السادس من هذه الرسالة.

ويرد أصحاب هذا الرأي على حجة خصومهم بأن هيئة التحكيم تحكم لطرف بأكثر مما طلب، بأن بحث مسائل الفساد يتم بعلم الأطراف وبعد إبلاغهم بشكوك المحكمين حول وجود فساد وان هيئة التحكيم تمنحهم الفرصة لتقديم طلباتهم ودفعهم بشأن هذه المسألة (Hwang & Lim, 2011, p12).

ويسوق أنصار هذا الرأي حجة أخرى فحواها أن هيئة التحكيم لا ينبغي أن تكون واجهة لإصدار حكم تحكيمي يضيف الشرعية على عقود ملوثة بالفساد، فيغري هذا الوضع محترفي النشاطات الفاسدة لاستغلال حيادها لجني ثمار فسادهم (Hwang & Lim, 2011, p13).
ويجد جانب من أنصار هذا الرأي أنّ حق هيئة التحكيم في التصدي لمسائل الفساد يرجع إلى أنه جزء ضمني من اتفاق التحكيم باعتباره يتعلق بالنظام العام الذي لا يجوز للأنظار الاتفاق على خلافه، ويثيره المحكم من تلقاء نفسه ولو لم يثره الخصوم، (pp.252, Kreindler, 2002253) ويتفق الباحثان مع هذا الرأي بشرط أن لا يتم اللجوء إليه بإفراط، بحيث يقتصر تحقيق هيئة التحكيم على شبهات الفساد الظاهرة التي لا يمكن تجاهلها، وذلك للحفاظ على التوازن بين محاربة الفساد واستقلالية التحكيم وجاذبيته كبديل عن اللجوء الى القضاء التقليدي.

ولا شك في أن الرقابة القضائية التي تمارسها المحاكم الوطنية على أحكام التحكيم سواء في مرحلة البطلان أو التنفيذ لمخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي يقتضي من هيئات التحكيم بالضرورة أن تتحقق من سلامة العقد محل النزاع من الفساد (Gary Born, 2009, p 805). وهذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في حكمين حديثين أصدرتهما المحكمة بتاريخ 2020/11/17 في قضيتين تتعلقان بإبطال حكمين تحكيمين صادرين لمصلحة شركة Sorelec الفرنسية ضد الدولة الليبية، الأول هو حكم تحكيم جزئي صادر في 2017/12/20 قضت بموجبه هيئة التحكيم بمصادقة على اتفاق التسوية المبرم بين الحكومة الليبية، ممثلة بوزير العدل في حكومة طبرق، وشركة Sorelec يتضمن إقرار الحكومة الليبية بإختصاص هيئة التحكيم بالنظر في النزاع في ظل اتفاقية حماية الاستثمار بين الحكومة الفرنسية والحكومة الليبية في عام 2004، وتعهدت أيضًا بموجبه الحكومة الليبية بأن تدفع لشركة Sorelec تعويضًا مقداره 230 مليون يورو خلال مدة 45 يومًا وإلا ستقوم بدفع تعويض مقداره 452 مليون يورو في حال عدم الدفع خلال مدة الـ 45 يوم. أما الحكم الثاني فهو حكم التحكيم النهائي الصادر في نفس النزاع في 2018/4/10 الذي رتب على عدم دفع الحكومة الليبية لمبلغ التعويض المتفق عليه في اتفاقية التسوية مبلغ 452 مليون يورو بالإضافة إلى كامل المصاريف وأتعاب التحكيم والمحاماة.

وتعود وقائع النزاع إلى عقد أبرم سنة 1979 بين الحكومة الليبية وشركة Sorelec لغايات بناء 70 مدرسة مع مباني ملحقة لها ومسكن، غير أن نزاعًا نشأ حول تنفيذ العقد في أواسط الثمانينيات أرغمت بسببه الشركة الفرنسية على مغادرة ليبيا، وفي سنة 1993 اتفق الطرفان على أن تقوم الحكومة الليبية بدفع تعويض مقداره 37 مليون يورو للشركة الفرنسية كتعويض على أقساط دون أن يتم دفع هذه الأقساط وزعمت الشركة الفرنسية أن أحد أبناء العقيد معمر القذافي كان يسعى إلى إرغام الشركة على الدخول معها كشريك في رأس مالها لتنفيذ ذلك الاتفاق.

وفي سنة 2013، أي بعد قيام الثورة الليبية، قامت شركة Sorrelec برفع دعوى تحكيمية في ظل قواعد الـ ICC تطالب بموجبه الحكومة الليبية بمبلغ 109 مليون يورو بالإضافة إلى فائدة مركبة اعتبارًا من سنة 1999 وحتى السداد التام. وفي أثناء سير الإجراءات التحكيمية وتحديداً في أوائل عام 2016، تم إبرام اتفاق تسوية بين الشركة الفرنسية ووزير العدل الليبي وتم المصادقة عليه من قبل هيئة التحكيم في حكمها الجزئي في 2017/12/20. وقد تقدمت الحكومة الليبية بإبطال هذا الحكم في 2018/1/26 إلى محكمة استئناف باريس، ثم وعقب صدور الحكم النهائي المشار إليه سابقاً تقدمت الحكومة الليبية ولذات محكمة استئناف باريس بطلب بإبطال حكم التحكيم النهائي.

وبعد اكتمال تبادل المذكرات والجلسات قررت محكمة استئناف باريس اصدار حكم في القضيتين في تاريخ واحد وهو 2020/12/17. (Numero d'inscription au repertoire general: N. RG 18/02568- N. Portalis 35L7-V-B7C-B46QF).
قضت بموجبهما بإبطال الحكمين لوجود مؤشرات خطيرة Serious ومحددة Specific ومتناسقة Consistent على وجود الفساد مؤكدة على مواقفها السابقة القاضية بأن من حق المحكمة أن تحقق وتتثبت من جميع العناصر الواقعية والقانونية للبت في إدعاءات عدم مشروعية الاتفاق محل النزاع وذلك لتقرير الإقرار بالحكم التحكيمي أو إبطاله إذا ما كان موافقاً أو مخالفاً للمفهوم الفرنسي في النظام العام الدولي حتى وإن لم يتم إثارة ذلك أمام هيئات التحكيم. هذا مع العلم أن الحكومة الليبية قد قدمت لمحكمة الاستئناف أدلة على أن الحكمين واجبي الإبطال لمخالفتهم للنظام العام الدولي على اعتبار أن اتفاقية التسوية محل الحكمين قد تم الحصول عليها نتيجة للغش والنواطات والفساد. وقد أشارت

المحكمة إلى العديد من المؤشرات القوية التي دعها إلى ابطال هذين الحكمين، ومن هذه المؤشرات أن اتفاق التسوية قد تم توقيعه من قبل وزير العدل منفرداً دون إشراك هيئة قضايا الدولة في ذلك رغم نص القوانين الليبية على ذلك، وإن ذلك الاتفاق لم يسبقه أي مفاوضات جدية بين الطرفين، وأن ثمت علاقة خفية بين الشركة والوزير لا يمكن إنكارها وبخاصة في ضوء التغيرات الواضحة في مواقف الوزير الذي سبق له أن رفض هذه التسوية ثم عاد وقبلها، كما أن منظمة الشفافية العالمية قد أشارت إلى وجود تلاعب في الإجراءات القضائية في ليبيا بقصد نهب المال العام، وخاصة في ضوء الإختلاف بين حكومي الشرق والغرب في ليبيا إضافة إلى مؤشرات أخرى.

وإن المتتبع لموقف محكمة استئناف باريس يمكنه أن يستنتج بصراحة أن من واجب هيئات التحكيم التصدي لشبهات الفساد في أحكامها حماية للنظام العام الدولي ولضمان تنفيذ أحكامها في النتيجة.

المبحث الثالث: عبء إثبات الفساد

يتناول هذا المبحث صعوبة إثبات الفساد المؤثر في قرار هيئة التحكيم وطبيعة الاتجاه الذي تلجأ له هيئة التحكيم لتحديد الطرف المكلف بإثبات الفساد أو نفيه وسنعرض للاتجاهات المتبعة في تحديد عبء الإثبات في المطلب الأول، ثم نناقش سلطة هيئة التحكيم في قبول وتقدير ووزن الأدلة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: اتجاهات عبء الإثبات

لا يخرج تحديد عبء الإثبات (Burden of Proof) في التحكيم التجاري الدولي عن ثلاثة اتجاهات (Standards) نعرض لها فيما يلي:

أولاً: اتجاه تحميل المدعي عبء الإثبات (Each Party bears Burden of Proof):

في التحكيم الدولي، كما في القضاء، عادة يتحمل كل طرف عبء إثبات الوقائع التي يستند إليها لدعم مطالباته أو دفاعه، وفي حالة التعارض بين ما يقدمه المدعي وما يقدمه المدعى عليه لدحضه تطبق هيئات التحكيم اتجاه توازن الاحتمالات (Balance of Probabilities) ويعني ترجيح الدليل الأكثر احتمالاً على الدليل الأقل احتمالاً (Born, 2009, pp. 1857-1858)، بمعنى أنه ليس من الضروري أن يكون الدليل المعتمد لإثبات الواقعة قاطع الدلالة على وجودها، وإنما يكفي إثباته لاحتمال وقوعها، ويعتمد هذا الاتجاه في الإثبات في القضايا المدنية على عكس الإثبات في القضايا الجزائية الذي يشترط في دليلها أن يكون جازماً وقاطع الدلالة على حدوث الواقعة أي لا يطرقة الاحتمال وإلا فسد به الاستدلال، ويُعدّ هذا الاتجاه الأكثر انتشاراً وقبولاً في قرارات التحكيم ويمكن الإشارة في اتباع هذا الاتجاه إلى قضية (Frederica Lincoln Riahi v. Islamic Republic of Iran, 2003)؛ حيث ورد في الحكم: "إن من البديهي أن يقع عبء إثبات المطالبة على الطرف الذي يقدمها" (18)، (Award No. 600-485-1, 2003, 37 Iran-US C.T.R. 158)، وفي حكم هيئة التحكيم الدولية في القضية 286AA بين (شركة GRANUCO S.A.L لبنان) وبين منظمة الأغذية والزراعة للأمم المتحدة لعام 2009؛ حيث رأت هيئة التحكيم أن الشركة لم تقدم دليلاً على أي ممارسة من ممارسات الفساد من قبل أي من مسؤولي المنظمة (منظمة الأغذية والزراعة للأمم المتحدة، وثيقة القرار، ص18).

وقد تعرض مبدا رجحان الأدلة للنقد في حالة الادعاء بوجود فساد، وضرورة التمسك بالإثبات من خلال أدلة واضحة ومقنعة تتجاوز مجرد الرجحان، وقد ظهر هذا الرأي لدى هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية في قضية 5622 لعام 1988 (Hilmarton v. Omnium)، حيث تطلبت أن يرقى الإثبات إلى درجة "لا شك فيها" (Scherer, 2002, p.30).

ولكن التشدد في الاعتماد على هذا الاتجاه في إثبات وقوع الفساد في العطاءات والعقود قد يقدم مكافأة للفساديين ليلوذوا بصرامة هذا الاتجاه والافلات من تبعات الفساد، لأن النشاطات الفاسدة تحاط بالسرية ويتوخى مرتكبوها أقصى درجات الحيلة والحذر على نحو يجعل من استظهارها وفق إبقاء عبء الإثبات على المدعي غير ممكن في معظم الحالات، ويزيد من صعوبة إثباتها وخاصة وأن المتورطين في قضايا الفساد من رجال السلطة لديهم من النفوذ ما يكفي لطمس الأدلة والتأثير على الشهود وعرقلة التحقيق (Jamnejad, 2007, p.15)، وهو ما دفع المحكمين إلى التفكير بالتخفيف من شدة هذا الاتجاه أو اللجوء إلى اتجاهات أخرى.

ثانياً: اتجاه قلب عبء الإثبات (Reversing the Burden of Proof):

لتلافي صرامة الاتجاه السابق اقترح جانب من الفقه في حال توافر شبهات فساد في صفقة معروضة على التحكيم وتقديم المدعي أدلة ظاهرة على وجود الفساد، أن يتم قلب عبء الإثبات على الطرف المدعى عليه بممارسة الفساد لنفي هذا الادعاء (مغربي، 2018، ص110)، وهذا ما سارت عليه هيئة التحكيم في القضية 6497 لعام 1994 (تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC)، وحجة هذا الرأي أن السمسار المدعى عليه بالفساد إذا كان بريئاً منه لن يعدم الأدلة دحض ذلك الادعاء كإثبات أنه أنفق رسوماً استشارية كبيرة على نحو غير عادي على سلع أو خدمات شرعية في حالة أن

شبهات الفساد تتعلق بارتفاع نسبة عمولته عن النسبة المألوفة أو أن غياب الشفافية في الانفاق لا يهدف إلى إخفاء نشاطات غير مشروعة. وفي حالة نكول المدعى عليه عن دحض مزاعم الادعاء بالفساد المشتبه فيها ضده، وعجزه عن تقديم أدلة تؤيد شرعية نشاطه قد يصلح ذلك أساساً لتطبيق الاتجاه الثالث في إثبات الفساد كما سنوضح في المطلب التالي، ولكن هذا الاتجاه تعرض للنقد باعتباره مخالفة صارخة للقاعدة الأساسية والمقبولة في تحميل عبء الإثبات للمدعي التي تحول دون تليفيق مزاعم الفساد وتضمن سلامة عملية تقصي الحقائق (Hwang & Lim, 2011, pp. 18-19)، ويشكل انتهاك لمبادئ المحاكمة العادلة والمساواة بين الاطراف (مغربي، 2018، ص 110).

ثالثاً: اتجاه الاستنتاج المعاكس (Adverse Inference)

عندما يقدم المدعي أدلة ظاهرة (*prima facie evidence*) على وجود فساد ولكنها غير كافية لتطبيق اتجاه توازن الاحتمالات يجوز للمحكمة أن تستنتج من فشل المدعى عليه أو عجزه عن تقديم أدلة مضادة وتفسيرها على نحو معقول على أنها محاولة إخفاء نشاطات فاسدة (Hwang & Lim, 2011, p. 24)، وتبدو أهمية هذا الاتجاه في أنه يتجنب الشطط الذي يقع فيه قلب عبء الإثبات المخالف لقواعد الإثبات المستقرة، ويختلف عنه في أن عبء الإثبات يبقى على من يدعي الفساد ومجرد تقديم أدلة ظاهرة على وجود الفساد لا يقلب العبء على الطرف المدعى عليه، وإنما يحق لهذا الطرف دحض مزاعم الفساد، ويجيز هذا الاتجاه لهيئة التحكيم الاستنتاج المعاكس في حال عجزه عن دحضها، وقد أخذت هيئة التحكيم الدولية بهذا الاتجاه في قرارها (3916) لعام (1982) (تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC)؛ حيث قضت بأن الرفض المتكرر من السمسار المطالب بالإفصاح عن الأفعال الشخصية المتخذة للحصول على عقد إيراني عام لصالح وكيله أدى إلى افتراض أن ذلك يخفي نشاطات فاسدة (Hwang & Lim, 2011, p. 24).

كما تضمنت المادة 9 (5) من قواعد النقابة الدولية للمحاميين (ABA) بخصوص أدلة التحكيم لعام (2010) النص على اعتبار فشل أحد أطراف التحكيم في إبراز مستند مطلوب دون سبب معقول يجيز للمحكم أن يستنتج أن هذا المستند يتعارض مع مصالحه.

ويشترط لصحة اعتماد هيئة التحكيم على الاستنتاج العكسي ما يلي:

1. أن يقدم الطرف الذي يطلب الاستنتاج العكسي جميع الأدلة ذات الصلة التي بحوزته وتدلل على عدم المشروعية.
2. أن يرفض الطرف المدعى عليه تقديم الأدلة المطلوب منه مع توافر إمكانية الوصول إليها.
3. أن يتماشى الاستنتاج العكسي مع الحقائق الواردة في ملف القضية ويتعلق منطقياً بالأدلة المحجوبة (Lamm, Pham & Moloo, 2010, p. 706).

وتطبيق اتجاه الاستنتاج المعاكس يقتضي الاعلان للأطراف عن اللجوء اليه، وقد عبرت عن هذا القيد المحكمة الاتحادية السويسرية في قضية (Nederlandse Aardolie Maatschappij BV (NAM) v. BEB Erdgas und Erdöl GmbH, Deutsche Shell Aktiengesellschaft, ESSO Deutschland GmbH) (2000)

من خلال تأكيدها على انه إذا كانت هيئة التحكيم تعترم استبعاد بعض الحقائق التي تعدّها غير ذات صلة، يجب أن تبلغ الأطراف بذلك، وعلى الطرف الذي يعترض على هذا التقييد أن يفعل ذلك في الحال (Scherer, 2002, p. 31).

ويجد الباحثان أن تطبيق هذا الاتجاه يقدم مقاربة معقولة للتخفيف من صرامة اتجاه وضع عبء الإثبات على المدعي بالفساد ولكن يجب الاعتماد عليه بحذر وفق ظروف كل قضية، لأن عدم تقديم دليل من قبل المدعى عليه بالفساد ليس بالضرورة دليلاً على تورطه بالفساد؛ فقد يعجز عن دحض الادعاء لأسباب متعددة قد لا تخفى على فطنة هيئة التحكيم التي يمكنها استنتاجها من ملابسات القضية.

المطلب الثاني: سلطة هيئة التحكيم في تقدير الأدلة

في معظم قوانين التحكيم الوطنية وقواعد التحكيم المؤسسية تتمتع هيئة التحكيم بسلطة تقديرية واسعة في قبول الأدلة ووزنها، ولكن هذه السلطة التقديرية مقيدة بواجب معاملة الأطراف على قدم المساواة ومنحهم الحق الكامل في الاستماع إليهم (Scherer, 2002, p. 30)، ومن هذه السلطة قبول الأدلة غير المباشرة أو الأدلة الظرفية (*circumstantial evidence*) واعتبارها دليل كافٍ على الفساد، (Hwang & Lim, 2011, p. 21)، وهذا ما سارت عليه هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية في قرارها (8891) لعام (1998)؛ حيث لوحظ وجود فساد من أدلة غير مباشرة تتمثل في عجز السمسار عن تقديم دليل على تنفيذه للخدمات المنصوص عليها تعاقدياً، بالإضافة إلى ارتفاع مفرط للأجور بالنسبة للخدمات المتعين تقديمها، وتقدير مكافأة المدير بناءً على قيمة العقد وليس على كمية أو جودة الخدمات (Scherer, 2002, pp. 31-36).

وقد أوجبت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في المادة 3/12: واتفاقية منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في المادة 1/8، مجموعة من المؤشرات التي يمكن لهيئة التحكيم اعتمادها للاستدلال على وجود فساد وهي:

1. إنشاء حسابات خارج الدفاتر التجارية المعتمدة.

2. إجراء معاملات خارج الدفاتر أو معاملات غير محددة بدقة.

3. تسجيل نفقات وهمية.

4. قيد التزامات مالية دون بيان غرضها على الوجه غير الصحيح.

5. استخدام مستندات مزيفة.

6. إتلاف متعمد لوثائق مسك الدفاتر في وقت أبكر مما هو محدد في القانون.

وفي سبيل تكوين قناعتها تستطيع هيئة التحكيم الاستعانة بخبير أو أكثر لتقييم وزن مثل هذه المؤشرات من أجل ترجيح احتمال وجود فساد أو استبعاده وفق اتجاه توازن الاحتمالات (Lamm, Pham & Moloo, 2010, p.704).

المبحث الرابع: تحديد القانون واجب التطبيق

لاستظهار عناصر الفساد

يعرض هذا المبحث بإيجاز لمسألة تنازع القوانين (Conflict of Laws) في التحكيم لغايات مشكلة البحث فقط وكذلك سنعرض لها من خلال إبراز التعارض في تحديد مدلول الفساد في المطلب الأول ثم نبين القواعد المتبعة في حل التنازع في حالة وجود تعارض في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعارض القوانين في تحديد مدلول الفساد

يطبق المحكمون على النزاع إما القانون الذي يختاره الأطراف، أو قانون مقر التحكيم أو قواعد القانون التي ترى الهيئة أنها أكثر اتصالاً أو ملائمة للنزاع المعروف عليها، وقد تلجأ هيئة التحكيم إلى هذه القواعد غير المختارة لاستكمال النقص في القواعد التي اختارها الأطراف للفصل في النزاع أو في حال عدم الاتفاق على اختيار قانون معين من قبلهم (كريم وسايح، 2016، ص 39)، وقد حدد المشرع الأردني القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم على موضوع النزاع بالقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان. وفي حال اتفاقهما على تطبيق قانون دولة معينة تتبع القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، أما إذا لم يتفق الطرفان فتطبق هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع، وفي جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الاعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين، ويجوز لهيئة التحكيم في حال اتفاق الأطراف صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والانصاف دون التقيد بأحكام القانون (المادة 36 قانون التحكيم الأردني، 2001).

ويكمن موطن الصعوبة في أن بعض القوانين تحظر بعض الممارسات وتعدّها نشاطات فاسدة كالقانون الجنائي الفرنسي في المادة 1-433 يجرم الاتجار بالنفوذ إذا أسيء استخدامه، بينما تجيزها قوانين أخرى وتعدّها نشاطات مشروع، كقانون الممارسات الفاسدة الخارجية (الأجنبية) (FCPA) لعام (1977) في الولايات المتحدة الأمريكية الباب 15، فصل 2 ب، قسم 78 د-1/ (ب)؛ حيث يستثنى الدفعات المالية التسهيلية أو التعجيلية التي تقدم إلى مسؤول أو جهة أجنبية بهدف ضمان أو تسريع تادية عمل حكومي روتيني يقع في اختصاصه من أحكام حظر الممارسات الفاسدة التي ينص عليها هذا القانون، ومن أبرز هذه النشاطات ممارسة نفوذ السمسار الذي يعمل لصالح أحد الأطراف على موظف رسمي يعمل لدى الطرف الآخر من أجل إرساء عطاء لتوريد سلع أو إنشاء بناء أو تأسيس مصنع في عقد بين الطرفين قد يُعدّ من قبيل المتاجرة بالنفوذ المتسامح فيها في بعض التشريعات أو من قبل ممارسة الضغوط المشروعة المعترف بها في مجال التجارة والتسويق، بينما تحظر بعض التشريعات هذا النوع من التأثير على الموظف العام وتعدّه صورة من صور الفساد ويمكن أن تطعن به كصورة لفساد العقد لدى هيئة التحكيم، وفي هذه الحالة يحرص كل طرف على أن يعتصم بقواعد القانون الذي يحقق مصالحه، ففي قضية *Omnium de Traitement et de Valorisation S.A. v. Hilmarton Ltd* كان من المقرر تنفيذ عقد سمسرة بين شركة فرنسية وسمسار انجليزي في الجزائر (وكانت مهمة السمسار التفاوض مع المسؤولين الحكوميين الجزائريين لحصول الطرف الفرنسي على عقد بناء في الجزائر، وقد تضمن العقد شرط تحكيم على أن يجري التحكيم في سويسرا وفقاً للقانون السويسري، وكانت التشريعات الجزائرية تحظر السمسرة في المشتريات الحكومية، في حين أنّ القانون السويسري يبيع هذا النوع من الاتفاقات ابتداءً، ولإثبات عدم شرعيتها ينبغي أن يثبت الطرف الطاعن أن السمسار قام برشوة أو ممارسة تأثير غير لائق على الموظف العام (Hwang & Lim, 2011, p.26).

وهناك عدد من النظم القانونية التي لا تمنع ممارسة تأثير على الموظف العام من قبل السمسار إلا إذا تم إساءة استخدام هذا التأثير على نحو غير لائق (Hwang & Lim, 2011, p.27)، في حين أن نظم قانونية أخرى لا تحظر الاتجار بالنفوذ ((trading in influence ولا تُعدّ أن ممارسة تأثيره على الموظف العام من قبل السمسار فساداً إلا إذا أسيء استخدامه وجرت ممارسته بنية سيئة، وتستثنى الضغوط المعترف بها من هذه الفئة، وهذا ما ورد عليه النص في المادة (18) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد UNCAC حيث اشترطت حظر المتاجرة بالنفوذ في

حالة ممارسته عمداً، وسارت اتفاقية الاتحاد الإفريقي بمنع ومكافحة الفساد في المادة (4) أولاً فقرة (9) في ذات الاتجاه، وأكدت اتفاقية المجلس الأوروبي للقانون الجنائي بخصوص الفساد COE في المادة (12) على تجريم المناجرة بالنفوذ فقط إذا ارتكب على نحو متعمد، ويقصد بالتمتع في هذه الحالة كما ورد في التقرير الإيضاحي لممارسته بنية فاسدة (Explanatory Report, COE, 1999, p.14).

إن استخدام النفوذ الشخصي للسمسار واعتباره نوعاً من الضغوط المباحة لإقناع طرف آخر بالتعاقد مع الطرف الذي كلف السمسار بذلك معترف به في نظام القانون العام في إنجلترا، ففي قضية

Lemenda Trading Co. Ltd v African Middle East Petroleum Co. Ltd (1988) كان على المدعي أن يحصل للمدعى عليه على تجديد عقد إمداد بالنفط، من خلال استخدام نفوذه الشخصي للتأثير على مسؤولين في دولة قطر، وقد أقرت المحكمة التجارية تعقيباً على حكم التحكيم أنه "في ظروف معينة، يعدّ توظيف الوسطاء للضغط من أجل العقد أو غيرها من منافع ممارسة معترف بها ومقبولة، وقد استشهد بحكم هذه القضية لدى القضاء الانجليزي التجاري في قضية (Tekron Resources Ltd v. Guinea Investment Co. Ltd (2004)) التي جاء فيها أن اتفاقية التمثيل بين المدعي والمدعى عليه التي تتطلب من المدعي إجراء مفاوضات مع حكومة غينيا في مقابل عمولة، لا يمكن اعتباره (كما هو مزعوم) غير قانوني و/أو مخالف للنظام العام في إنجلترا أو غينيا، لمجرد أنه جرى التفكير في أن المدعي سيستخدم نفوذه الشخصي في تنفيذ التزاماته (Explanatory Report, COE, 1999, p.27).

وقد عبرت هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بوضوح في قرارها (7047) لعام (1994) وتطبيقها للقانون السويسري عن أن الضغوط التي يمارسها السمسار لإرساء تعاقد لصالح الطرف الذي تعاقد معه على ذلك ليس نشاطاً غير مشروع في قضية (Westacre Investment Vs. Jugoinport- SDPR Holdings Co. Ltd (Explanatory Report, COE, 1999, p.28))، وجاء في الحكم: "إن ممارسة الضغط على هذا النحو ليس نشاطاً غير قانوني، وكثيراً ما تتم ممارسة الضغط من قبل الشركات الخاصة للحصول على عقود عامة في بلدان العالم الثالث بدعم نشط من الدولة، كما تشهد بذلك زيارات عديدة لرؤساء الحكومات أو رؤساء الدول، يرافقهم عادة ممثلون عن مؤسسات تجارية من البلد المضيف على أمل أن يحصلوا على عقود عامة لشركاتهم من الدولة التي يزورونها" (Explanatory Report, COE, 1999, p.28,29).

ويرى بعض الشراح أن الاعتراف بممارسة الضغوط من أجل الحصول على تعاقد نوع من الإقناع والتأثير الرمزي (symbolic influence) الذي يقوم على السمعة والاحترام والتقدير للسمسار في دوائر رسمية ولا يخالف القانون طالما أنه لا يستخدم وسائل فاسدة من أجل الحصول على قرارات عامة مواتية (Sayed, 2004, p.200)، ولعل هذا السبب هو الذي دفع عدد من الدول الأطراف في اتفاقية المجلس الأوروبي للقانون الجنائي بخصوص الفساد أن تسجل تحفظ على المادة (12) التي تحظر الاتجار بالنفوذ (Hwang & Lim, 2011, p.29).

المطلب الثاني: قواعد تنازع القوانين في قضايا الفساد

نتناول في هذا المطلب حكم قواعد تنازع القوانين في حالات الفساد بالنسبة للقانون الذي يختاره الأطراف وقانون مقر التحكيم ودور النظام العام الدولي في هذه الحالة.

أولاً: اختيار الأطراف للقانون ((Parties' Chosen Law.

اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لحل النزاع يعد جزءاً من مبادئ التحكيم المتعارف عليها دولياً ويتفق مع استقلالية الأطراف والرغبة في تجنب تنازع القوانين الوطنية لكل طرف (والي، 2014، ص122)، لكن تبين موقف التشريعات من مشروعية الاتجار بالنفوذ وممارسة الضغوط من قبل السمسار كما أوضحنا في المطلب السابق يخلق تناقضاً ويفرض تحدياً على هيئات التحكيم عند اختيار الأطراف لقانون يبيع الاتجار بالنفوذ أو يعترف بممارسة ضغوط من قبل السمسار على مسؤولين حكوميين لتحصيل تعاقد، بينما لا يبيحه أو لا يعترف به قانون مقر التحكيم أو قانون مكان التنفيذ ويُعدّه نشاطاً فاسداً، ويمكن إجمال توجه التحكيم الدولي بخصوص حسم هذا التناقض في اتجاهين رئيسيين:

الاتجاه الأول: يُعد أن القانون المختار من قبل الأطراف واجب التطبيق ولو تعارض مع قانون مكان التنفيذ أو القانون الذي يرتبط به الإجراء على نحو وثيق (قانون التحكيم الأردني، 2001، المادة 36/ب)، وقد ظهر هذا الاتجاه في قرار المحكمة الفدرالية السويسرية؛ حيث وصفت حظر التشريع الجزائري للسمسرة في المشتريات الحكومية بأنه حماية مفرطة في قضية (Omnium de Traitment et de Valorisation SA Vs. Hilmarion Ltd (1990)) وبررت هذا التوجه بقولها أن الحكم الجزائري محل النقاش يحظر التدخل البديل للوسطاء في إبرام عقد، حتى في حالة عدم وجود رشاي أو تجارة في النفوذ أو نشاطات مشكوك فيها، واعتبرت الحظر في هذه الحالة واسعاً للغاية ويهدف إلى ضمان احتكار الدولة للتجارة الخارجية (All ER (Comm), 1999, pp.146-149)، ويؤيد هذا التوجه لائحة روما الأولى التي تُعد أن الدوافع الذاتية للأطراف في حال أنها مجرد الرغبة في ضمان عدم الهرب من القوانين الإلزامية لمكان التنفيذ أمر غير جوهري (Fawcett & Carruthers, 2008, p.696).

وبالرغم من أن هذا التوجه يتعارض مع مبدأ ضرورة أن يكون حكم التحكيم قابلاً للتنفيذ في بلد التنفيذ، وأن يتحصن من إمكانية النعي عليه بالبطالان (سعيد، 2015، ص 343) لمخالفته للنظام العام في مكان التنفيذ، إلا أن مؤيدي هذا الاتجاه يرون أن هيئة التحكيم ملزمة بالفصل بالتزاع وفقاً للمبادئ القانونية الصحيحة على نحو يضمن تنفيذ الحكم (Hwang & Lim, 2011, p.38).

الاتجاه الثاني: الذي يسود في دول القانون العام Common Law وخصوصاً إنجلترا وفحواه عدم تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف إذا كانت النية المشتركة للأطراف في إبرام العقد هي القيام بعمل غير قانوني بموجب قانون مكان التنفيذ، وقد اعتمد هذا الاتجاه على سابقة قضية ((Foster Vs. Driscoll (1929)) ومضمونها أن عقد الأطراف لتوريد الويسكي إلى الولايات المتحدة الذي يحكمه القانون الانجليزي غير قابل للتنفيذ لأن قوانين الولايات المتحدة الأمريكية السارية في ذلك الوقت كانت تحظر استيراد الكحول (Hwang & Lim, 2011, p.35). ومن القواعد الدولية التي تنص على تطبيق القواعد الإلزامية لمكان التنفيذ المادة 9(3) من قانون لائحة روما الأولى (Regulation (EC) No. 593/2008) التي تتيح للمحكمة سلطة تقديرية بتطبيق القواعد الإلزامية الأمرة ((mandatory provisions) في مكان التنفيذ مع مراعاة طبيعتها والغرض منها وتبعات تطبيقها، ويقصد بهذه القواعد مجموعة الأحكام التي ينبغي احترامها لحماية المصلحة العامة المتعلقة بالتنظيم السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي وتتقدم هذه الأحكام على أي اتفاق مخالف بموجب أي قانون آخر أي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها (Sayed, 2004, pp.263,264).

وبالتدقيق في المادة 36 من قانون التحكيم الاردني لعام 2001 يجد الباحثان ان موقف المشرع الاردني يندرج ضمن الاتجاه الاول؛ حيث ورد النص على تطبيق القواعد القانونية التي يختارها الطرفان على النزاع في الفقرة الاولى، ولا يطبق القانون الاكثر اتصالاً بالنزاع الا في حالة عدم اتفاق الاطراف، ولم يورد المشرع سوى ضابطين لتنظيم هذا التوجه هما:

1. تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار من قبل الاطراف دون القواعد الخاصة بتنزاع القوانين التي تركها المشرع للقواعد العامة.
2. عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام في الاردن.

وبذلك تبقى مسألة التعارض بين النظام العام الدولي والداخلي قائمة فيما يتعلق بمدفوعات التسهيل والاتجار بالنفوذ، وكذلك يبقى حكم التحكيم الذي يصدر وفقاً لقانون التحكيم الاردني مهدداً بعدم القابلية للتنفيذ في مقر التنفيذ في غير الاردن اذا كان يتعارض مع النظام العام الدولي او الداخلي وفقاً لقانون مقر التنفيذ، ويقترح الباحثان الحلول التي يعرضانها عند تناول كل من هذه المسائل في موضعها لاحقاً في البحث.

ثانياً- أثر النظام العام الدولي عند تنازع القوانين.

ينصرف مدلول النظام العام الدولي (International Public Order) الى مجموعة القواعد الأساسية للقانون الطبيعي، ومبادئ العدالة العالمية، والقواعد الأمرة في القانون الدولي العام والمبادئ الأخلاقية العامة المقبولة في الدول المتحضرة (Hanotiau & Caprasse, 2008, pp.794-796)، وجوهر هذا المفهوم يقوم على اسس ذات محتوى سياسي واقتصادي واجتماعي تهدف الى استقرار المجتمع وحماية مصالحه، لان المحكم في تطبيقه لقواعد العدالة والانصاف انما يضع في اعتباره ان القانون لا يعنى بتحقيق العدل وحده وانما يراعي تحقيق الاستقرار ايضا (الجمال وعبدالعال، 1998، ص 756، 757)، ويتميز هذا المفهوم عن مفهوم السياسة العامة التي يشيع استخدامها لدى الفقه ويقصد بها ما تتبعه الجهة الحاكمة لحل مشكلة عامة تواجه المجتمع او تحقيق غاية ينشدها المجتمع، وينحصر هدفها في حل المشكلة بأنسب السبل واقلها تكلفاً واكثرها فاعلية (مغربي، 2018، ص 101).

ومن الواضح ان الاجماع العالمي على ادانة الفساد وعدم اجازة التوسل به في قطاع الاعمال والتجارة العالمية، والطبيعة الأخلاقية التي يتصف بها -والمتفق عليها- يدرجه في مفهوم النظام العام الدولي، والسياسة الحصرية في اي دولة لا يمكنها التنكر للفساد بهذا المفهوم بحيث تغدو مكافحته هدفاً للسياسة، وكل ما يخالف هذا الهدف لا يجوز ان يكون وسيلة بحجة تشجيع الاستثمار وازدهار قطاع الاعمال والتجارة الدولية، ووفق هذا المفهوم فان رشوة موظف حكومي للتأثير في قراره لإرساء عطاء لصالح أحد الأطراف ضمن ما يسمى بالعمولة أو عقود السمسرة التي تكلف فيه الجهة الراغبة بالتعاقد مع الدولة إلى سمسار للقيام بمهمة التأثير على صاحب القرار في السلطة للظفر بهذا التعاقد يشكل مخالفة صارخة للنظام العام الدولي، وبالتالي يصلح كدفع للطرف المتضرر للامتناع عن تنفيذ الالتزام في العقود الدولية المطروحة على التحكيم الدولي، وهذا ما سارت عليه هيئة التحكيم في قضية ((World Duty Free Co.Ltd V. Kenya (Hwang & Lim, 2011, p.42)) بالرغم من أن المستثمر صاحب المطالبة جادل بأن الرئيس الكيني السابق تلقى مبلغ (2) مليون دولار تم تقديمها بموجب نظام (هارامي) المعمول به داخل كينيا الذي يجيز حشد الموارد من خلال التبرعات الخاصة للأغراض العامة (Hwang & Lim, 2011, p.42).

ويختلف النظام العام الدولي عن النظام العام المحلي الذي يعبر عن ثقافة شعب معين ومبادئ عدالة خاصة بدولة أو اقليم دون باقي دول العالم، فحظر الرشوة يندرج ضمن النظام العام الدولي وتتفق كافة الأنظمة القانونية على ذلك، بينما يُعدّ نظام الميراث في الإسلام الذي يعطي للذكر ضعف حصة الأنثى من النظام العام المحلي الخاص بالدول الإسلامية دون غيرها، وقد اعتبر المشرع الاردني مخالفة النظام العام في المملكة من

اسباب بطلان حكم التحكيم وتقضي به محكمة التمييز من تلقاء نفسها ولو لم يثره الخصوم (قانون التحكيم الاردني، 2011، مادة 49/ب). لكن التباين في موقف التشريعات بخصوص بعض المسائل كإجازة أنواع معينة من الضغط والتأثير الرمزي التي تقوم عليها عقود الوساطة والسمسة يضع تحدياً أمام شمولية فكرة النظام العام الدولي، ففي حين يقدر البعض في مشروعية مثل هذه الاتفاقات باعتبارها نوع من الفساد، يرى جانب من الفقه بأنه لا يمكن للأطراف اتخاذها ذريعة للتهرب من التزاماتها طالما أنها سارية بموجب القانون الذي يختاره الأطراف، أو المبادئ القانونية الآمرة لمكان التنفيذ أو مقر التحكيم (Hwang & Lim, 2011, p.42).

ثالثاً- قانون مقر التحكيم (Law of the Arbitral Seat).

من أجل إبطال اتفاقية سمسة، على هيئة التحكيم أن تقرر ما إذا كان القانون الذي يختاره الأطراف يتعارض مع قانون مقر التحكيم أو النظام العام الدولي في حال إجازة القانون الذي اختاره الأطراف نشاطاً فاسداً وفقاً لقانون مقر التحكيم، لكن لا تبطل هيئة التحكيم القانون الذي اختاره الأطراف لتعارضه مع القواعد العامة عند تنازع القوانين طالما أنه لا يوجد صلة تربط هذه القواعد بالعقد الي يحكمه القانون الأجنبي وسينفذ في اختصاص قانون أجنبي (Hwang & Lim, 2011, p.39)، ولكن يستثنى من ذلك القواعد القانونية المحلية الآمرة وفقاً لقانون مقر التحكيم التي لا يجوز الاتفاق على خلافها وقد كرس هذا الحكم القضاء الانجليزي (مجلس اللوردات) في قضية (Owners of the Cargo on Board the Morviken v. Owners of the Hollandia, 1982)، وفي العادة لا تقدم هيئات التحكيم القواعد العامة على القانون الذي يختاره الأطراف ما لم يكن هناك صلة وثيقة للعقد بما فيه الكفاية بتلك القواعد، أو إذا كانت المخالفة تنطوي على مساس بالطبيعة الأخلاقية التي تتضمنها تلك القواعد (Cheshire & North, 2008, pp.142-146)، وهذا ما ورد عليه النص في المادة 21 من لائحة روما الأولى، وفي حالة عدم تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف من قبل هيئة التحكيم لتعارضه مع قواعد النظام العام الدولي أو القواعد الآمرة في مقر التحكيم تجنباً لإلغاء القرار من قبل محاكم مقر التحكيم التي لن تقبل ان يكون القرار مخالفاً لقانون مقر التحكيم، فإن هذا الخيار يضع حكم التحكيم في مواجهة رفض إنفاذه من قبل المحاكم خارج مقر التحكيم بموجب المادة (5) (1) ج من اتفاقية نيويورك.

وللتخلص من طائلة رفض إنفاذ القرار من قبل المحاكم خارج مقر التحكيم تطبق دول القانون العام (الأنجلوسكسونية) قواعد مماثلة، ولكنها تضيف سبباً إضافياً لتحسين قرار التحكيم من الإبطال في مكان التنفيذ، هو توافق النظام العام في مقر التحكيم وفي مكان التنفيذ، وقد ظهر هذا التوجه في التحكيم في قضية (Lemenda Trading Co. Ltd v African Middle East Petroleum Co. Ltd) (1988)؛ حيث حكمت بأن مطالبة المدعي بمبلغ (30) سنت من الدولار الأمريكي عن تصدير كل برميل نفط مقابل تجديد عقد نفط بين الشركة المدعى عليها وحكومة قطر وذلك كعمولة مقابل استخدام نفوذ المدعي على المسؤولين القطريين لتجديد العقد وفق القانون القطري بينما كان عقد اتفاقية السمسة يخضع للقانون الانجليزي، وقد وجد الحكم أن هذا النوع من الاتفاقية ينطوي على فساد يخالف المبادئ الأخلاقية في النظام العام الانجليزي (مقر التحكيم) والنظام العام القطري (مكان التنفيذ) وحكمت بعدم قابليته للتنفيذ لهذا السبب (Hwang & Lim, 2011, p.41)، ويرى الباحثان ان منهج النظام القانوني الانجلوسكسوني يتفق ومبادئ النظام العام الدولي لان اتفاق التشريعات في دولتين يزيد من احتمال توافقها مع النظام العام الدولي أكثر من احتمال تعارضها مع ذات النظام، وفي ذات الوقت يراعي الاعتبارات العملية في تحسين حكم التحكيم من عدم القابلية للتنفيذ في مكان التنفيذ.

المبحث الخامس: آثار وجود الفساد في النزاع المعروض على التحكيم

في السنوات الأخيرة أصبح موضوع قابلية القضايا التي تثير شهادات فساد للتحكيم أمر مسلّم به على نطاق واسع (Born, 2009, pp.804,805)، ويثبت لهيئة التحكيم السلطة القضائية اللازمة وهي ملزمة بالفصل في نزاعات الأطراف، ويمكنها الحصول على الأدلة من الأطراف أو من التحقيق بالفساد من تلقاء نفسها، أما الاتجاه المخالف الذي ينكر على هيئة التحكيم النظر في قضايا الفساد ابتداءً فيبقى رأي مهجور ونادر الاتباع، ومن ابرز امثله الحكم المخالف الذي توصل إليه القاضي لارجرين في قرار هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية 1110 لعام (1963) (Hwang & Lim, 2011, p.44, Wetter, 1994, p.p.277-294)، وكذلك بعض قرارات هيئات تحكيم خاصة ذهبت في هذا الاتجاه كما في باكستان في قضية (The Hub Power Company (HUBCO) v. Pakistan WAPDA 2000)، (PLC, Vol.16, Issue 4, 2000, p.p. 439-460)، وتتناول في هذا المبحث الفرضيات التي يمكن ان يظهر بها النزاع في المطلب الاول، ونناقش ارتباط استقلال شرط التحكيم بقضايا الفساد في المطلب الثاني، ثم نبين أثر الفساد في صحة العقد المعروض على التحكيم في المطلب الثالث.

المطلب الأول: فرضيات المنازعات

المنازعات الناشئة عن عقود الوساطة والسمسرة في التجارة الدولية التي يكلف فيها أحد الأطراف سمسار لدى الطرف الآخر، وهو حكومة دولة في الغالب للحصول على عقد لا تخرج عن ثلاث فروض (Hwang & Lim, 2011, p.42):

الفرض الأول: حصول السمسار على العقد الحكومي لصالح العميل أو حصوله على الموافقات اللازمة لذلك حسب اتفاقية السمسرة، وامتناع العميل عن دفع عمولته المستحقة حسب الاتفاق، ولجوء السمسار إلى التحكيم للمطالبة بالحصول عليها.

الفرض الثاني: فشل السمسار في المساعدة في الحصول على العقد الحكومي أو الموافقات اللازمة لصالح العميل حسب الاتفاق، ولجوء الطرف العميل إلى التحكيم لاسترداد المدفوعات التي سلمها للسمسار تحت الحساب لعدم تنفيذه الالتزام المتفق عليه.

الفرض الثالث: لجوء الطرف الحكومي الذي منح التعاقد إلى التحكيم للمطالبة بإلغاء العقد أو عدم قابليته للتنفيذ على سند من لجوء الطرف الآخر للحصول على هذا العقد من خلال نشاط فاسد مثل رشوة ممثليه عن طريق السمسار، أو الطعن بأنه غير مسؤول كمدعى عليه عن مطالبة الطرف الآخر بعدم تنفيذه لالتزاماته على افتراض أن العقد يتضمن شرط تحكيم.

المطلب الثاني: استقلال شرط التحكيم وارتباطه بقضايا الفساد

يسود التحكيم التجاري الدولي مبدأ استقلال شرط التحكيم (Separability Doctrine) عن العقد الذي يتضمنه اتفاق التحكيم وبشبهه الفساد، وقد تم التأكيد على هذا المبدأ في قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 في المادة 16 (1) وقواعد غرفة التجارة الدولية في المادة 6 (4) وقواعد الأونستيرال للتحكيم لعام (2010) في المادة 23 (1)، كما تبني المشرع الأردني هذا المبدأ في قانون التحكيم لعام 2001 في المادة (22) منه، وعاد التأكيد عليه في حالة الحكم بعدم قابلية حكم التحكيم للتنفيذ في المادة (54) م ب، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في أكثر من حكم لها (تميز حقوق: 8367/2019، 7514/2019، 6692/2019)، وما يعيننا من استقلال شرط التحكيم هو اثره في توجه هيئات التحكيم، ويمكن ملاحظة هذا المبدأ الذي يفصل بين اتفاق التحكيم والعقد الرئيسي في قضايا الفساد لدى القضاء الانجليزي في قضية (Fiona Trust & Holding Corporation v. Privalov, 2007)؛ حيث أوضح مجلس اللوردات تفعيل مبدأ استقلال شرط التحكيم بالتأكيد على أن: "مبدأ الاستقلالية يعني أن بطلان أو إلغاء العقد الرئيسي لا يستلزم بالضرورة بطلان أو إلغاء اتفاق التحكيم، ويجب التعامل مع اتفاقية التحكيم على أنها اتفاقية مستقلة ولا يمكن إلغاؤها أو إبطالها إلا لأسباب تتعلق مباشرة باتفاق التحكيم"، وبما أن العقد في هذه القضية تم الحصول عليه بالفساد لا يمكن إلا أن يقال أنه يتعلق بالعقد الرئيسي، ولكن ليس باتفاق التحكيم على وجه الخصوص (Fiona Trust & Holding Corporation v. Privalov, 2007)، وقد وجدت المحكمة أن اتفاق التحكيم صالح لإنتاج آثاره، وقضت لصالحه، وكانت قد أكدت هذا المبدأ عدة قرارات في سلطات قضائية مختلفة منها المحكمة الفدرالية السويسرية في قضية ((National Power Corporation (Philippines) v Westinghouse (USA), 1993)، وقضايا قرارات هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية: 3916 (1982) و 4145 (1983) و 5622 (1988) (Scherer, 2002, p.6-8)).

المطلب الثالث: أثر الفساد في صحة العقد المعروض على التحكيم

في حالة ثبوت وجود فساد سواء كان القانون الواجب التطبيق هو من اختيار الأطراف أو قانون مقر التحكيم أو مكان التنفيذ كما تتوصل إليه هيئة التحكيم وفق قواعد التنزع بين القوانين كما أوضحنا سابقاً، فإن الممارسة العملية أبرزت نوعين من العقود هما: العقود التي يتم الحصول عليها عن طريق الفساد (contracts that are procured by corruption) بأن يكون العقد مشروع في أساسه كتعهد انشاء مصفاة نفط في مكان مناسب بيئياً، ولكن تم الحصول على العطاء بعقد سمسرة تضمن رشوة قدمت الى صاحب السلطة في ارساء العطاء، وتلك التي تنطوي على فساد (contracts that provide for corruption) سواء كان منصوب عليه كتابةً أو مشاؤ إليها ضمناً كتعهد انشاء مصفاة نفط في مكان مخالف للشروط البيئية لانه ملاصق للملكية خاصة لمسؤول حكومي يؤدي المشروع الى رفع قيمتها في السوق، والعقود التي يتم الحصول عليها عن طريق الفساد تكون قابلة للإبطال لمصلحة الطرف حسب النية (Hwang & Lim, 2011, p.44 (voidable contract))، بينما في حالة العقود التي تتضمن فساداً فإنها تُعدّ لاغيةً وباطلةً مثال ذلك مضمون: المادة (1)8 من اتفاقية المجلس الأوروبي للقانون الجنائي، المادة 20 من قانون الالتزامات الفيدرالي السويسري، المادة 136 من القانون المدني الألماني (null and void contract) مثال ذلك مضمون: المادة (1)8 من اتفاقية المجلس الأوروبي للقانون الجنائي والمادة 20 من قانون الالتزامات الفيدرالي السويسري والمادة 136 من القانون المدني الألماني، وقد ميز المشرع الأردني بين البطلان والفساد في العقود في القانون المدني باعتبار العقد الباطل ما ليس مشروعاً باصـله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي تطلبه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه اي اثر ولا ترد عليه الاجازة، ولكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها، أما العقد الفاسد فهو ما كان مشروعاً باصـله وليس بوصفه فاذا زال سبب فساد صـح، ولا يترتب عليه اثر الا في نطاق ما تقرره الاحكام القانونية، ولكل

من عقديته أو ورثته حق فسخه بعد اعدار الطرف الآخر (القانون المدني الاردني لعام 1976، المادتان 1706، 168)، كما بين قانون النزاهة ومكافحة الفساد الاردني حكم العقود أو الاتفاقات أو المنافع التي يتم الحصول عليه نتيجة فعل يشكل فساداً بأنها قابلة للإبطال أو الفسخ بقرار من المحكمة المختصة، وأن كل امتياز يتم الحصول عليه نتيجة فعل يشكل فساداً يكون غير نافذ بقرار من المحكمة المختصة أيضاً وعلى الجهات المختصة إلغاء قانون التصديق على الامتياز وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الدستور، ولهيئة النزاهة ومكافحة الفساد في اثناء اجراء تحقيقاتها ان تطلب على وجه الاستعجال من المحكمة المختصة وقف العمل بأي عقد أو اتفاق أو منفعة أو امتياز اذا تبين لها من ظاهر البيئة انه تم الحصول عليه نتيجة فعل فساد وذلك الى حين البت في الدعوى (قانون النزاهة ومكافحة الفساد، 2016 المادة 23/ج)، والفرق بين الحالتين أن العقد القابل للإبطال (voidable contract) في الحالة الأولى، صالح في جوهره حتى يتخذ الطرف البريء (innocent party) خطوات إيجابية للحكم بإلغائه، في حين أن العقد الذي يتضمن فساداً يُعدّ باطلاً (null and void contract) ولا يترتب أثراً دون الحاجة لاتخاذ إجراءات واتضح هذا الرأي في قضية (World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya) (ICSID, ARB/00/7, Award 4 [164], 2006, p.p.38,39).

وبموجب القانون العام (Common Law) في إنجلترا لا يجبر الطرف البريء على إلغاء العقد القابل للإبطال، وقد يختار سريانه ونفاذه وفقاً لبنوده، ولكن إذا كان على علم بقابليته للإبطال واختار الاستمرار بالتنفيذ فإنه يفقد حقه في طلب الإبطال (ICSID, ARB/00/7, Award 4 [164], 2006, p.p.38,39). وفي حالة فسخ العقد المتحصل عليه بالفساد قد تتم المطالبة بإعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد، ولكن في هذه الحالة وبالرغم من ذلك لا يشترط أن يعيد الطرف الذي يكون ضحية للفساد الرشوة التي دفعها الطرف الآخر إلى السمسار وكيل الضحية، ولكن يحق للطرف الضحية استرداد الرشوة من وكيله السمسار والاحتفاظ بها (ICSID, ARB/00/7, Award 4 [164], 2006, p.46)، ومن أمثلة هذا الخيار ما أقدمت عليه حكومة كينيا بطلب إبطال العقد لإدارة الأسواق الحرة في المطارات الكينية مع شركة الإدارة لأنه تم الحصول عليه برشوة رئيس الجمهورية آنذاك، وقد تم الحكم بطلبها بعدم تنفيذ العقد في قضية (World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya) (ICSID, ARB/00/7, Award 4 [164], 2006, p. 38, [164]p.45).

أما بالنسبة للعقود التي تتضمن فساد وتنص عليه فتُعدّ باطلة دون حاجة لاتخاذ إجراءات من أجل الإلغاء، ولا يجوز للأطراف المطالبة بتنفيذ الالتزامات الناشئة على العقد، ويكون الطرفان في هذه الحالة محل لوم، وهذا الحكم يعبر عن مبدأ الأيدي النظيفة (Clean Hands)، (Lamm, 723-726 Pham & Moloo, 2010, p.p. 723-726) الذي يحظر مطالبات المدعي بسبب عدم التزامه بالقانون، ويرجع هذا المبدأ إلى القانون الروماني، ولذلك تسري أحكامه في جميع الأنظمة القانونية التي تدور في فلك القانون المدني، ويُعدّ الاتفاق بين الموكل والسمسار الخاص به للحصول على منفعة من طرف ثالث على نحو فاسد غير قابلاً للتنفيذ، ولا يجوز أن تكون الأموال أو الممتلكات بموجب هذا الاتفاق محلاً للمطالبة (Hwang & Lim, 2011, p.46).

ووفقاً لهذه الأحكام لا يمكن للسمسار الفاسد مطالبة الطرف الذي قام بتوكيله بالعمولة حسب الفرض الأول: وهو حصول السمسار على العقد الحكومي لصالح العميل أو حصوله على الموافقات اللازمة لذلك حسب اتفاقية السمسرة، وامتناع العميل عن دفع عمولته المستحقة حسب الاتفاق، ولجوء السمسار إلى التحكيم للمطالبة بالحصول عليها، ويمكن العثور على هذا الحكم في قرار هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية 6248 لعام 1990 (YCA XIX, 124 et seq. 1994).

وقد بين المشرع الأردني في المادة (23) ب من قانون النزاهة ومكافحة الفساد (13) لسنة (2016) حكم العقود والاتفاقات والمنافع التي يتم الحصول عليها من خلال الفساد في الفقرة (1)، بأنها قابلة للإبطال أو الفسخ بقرار من المحكمة المختصة، وفي الفقرة (2) بين عدم نفاذ اتفاقيات الامتياز بقرار من المحكمة المختصة، وألزم الجهات المختصة اتخاذ الإجراءات اللازمة لإلغاء قانون التصديق على الامتياز، وفي الفقرة (3) أجاز لهيئة النزاهة ومكافحة الفساد في أثناء التحقيق أن تطلب من المحكمة المختصة لإجراء مستعجل وقف العمل بأي عقد أو اتفاق أو نفقة أو امتياز إذا تبين لها من ظاهر البيئة أنه تم الحصول عليه نتيجة فعل فساد وذلك إلى حين البت في الدعوى، وفي المادة (54) أ-1 من قانون التحكيم الاردني 31 لعام 2001 بين المشرع عدم قابلية حكم التحكيم للتنفيذ اذا كان يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة، وقد سار قضاء محكمة التمييز في هذا الاتجاه (تمييز حقوق، 2019/1749)، ولكن ينبغي صدور حكم يقرر هذا المركز القانوني لحكم التحكيم، ويجوز تجزئة الحكم في ما يتضمنه من مخالفة للنظام وتنفيذ الجزء الذي لا يتضمن هذه المخالفة اذا كانت طبيعة القرار تسمح بتجزئته، وفي هذه الحالات يتقيد القضاء الوطني بالقواعد المستقرة في القانون المدني، وبالأحكام الخاصة في قانون النزاهة ومكافحة الفساد وما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز.

المبحث السادس: دور هيئة التحكيم في الإبلاغ

عن الفساد في العقود موضوع التحكيم

يثور التساؤل حول مدى التزام المحكمين بإبلاغ السلطات المختصة عن الفساد سواء كان ذلك في صلب العقد أم في طريقة الحصول

عليه (AbdelRaouf, 2009, pp.119,120)، وهل يتعارض الإبلاغ في هذه الحالة مع التزام المحكمين بالمحافظة على سرية إجراءات التحكيم وهو التزام ضمني يسري على المحكمين كما يسري على أطراف التحكيم (Hwang & Chung, Protecting Confidentiality and its Exceptions, 2009, p.40)، وفي التشريع الأردني يفهم التزام المحكم بالسرية ضمناً من المادة (3) ب/ من قانون التحكيم الأردني لعام 2001 التي توجب مراعاة جميع القواعد والمبادئ القانونية المطبقة في التحكيم الدولي والسير على هدى الأعراف التجارية الدولية المتبعة عند تفسير أحكام هذا القانون.

من المستقر عليه في التحكيم التجاري الدولي أن واجب المحكم في الإبلاغ عن النشاطات الفاسدة في القضايا المعروضة على التحكيم يتقدم على الالتزام الصريح أو الضمني بالسرية (Hwang & Chung, Defining the Indefinable, 2009, p.622)، وينبع هذا الواجب من التشريعات الوطنية التي يخضع لها المحكمون (Cremades & Cairns, 2003, p.85)، ويمكن الإشارة إلى أن القواعد القانونية في بعض التشريعات الوطنية (المادة 39 من قانون الفساد والاتجار بالمخدرات والجرائم الخطيرة في سنغافورة) والاتفاقيات الدولية (المادة 13 اتفاقية القانون الجنائي الخاصة بالفساد للمجلس الأوروبي) التي تنظم أحكام غسيل الأموال بالتوازي مع مكافحة الفساد تفرض على المحكمين التزاماً بالإبلاغ عن النشاطات التي تنطوي على فساد من قبل أطراف التحكيم.

وتنص على هذا التوجه أيضاً قواعد التحكيم لدى المنظمة الدولية للملكية الفكرية (WIPO) لعام (2020) التي تفرض على أطراف التحكيم والمحكمين التزاماً بالمحافظة على السرية ما لم يتطلب القانون غير ذلك (المادتان 75 و76)، وقد قضت المحكمة العليا في سنغافورة في قضية (AAY V. AAZ) 2012 بأن إفشاء أحد أطراف التحكيم وثائق متعلقة بالتحكيم لتقديم دليل على ارتكاب أفعال احتيالية لا يشكل انتهاكاً لالتزام الطرف الضمني بالسرية في التحكيم، ويجب أن يسري هذا الاستثناء أيضاً على المحكمين (Hwang & Lim, 2011, p.50).

وفي قانون التحكيم الأردني نجد أن المادة (3) ب/ تنص على مراعاة أحكام القواعد والمبادئ المطبقة في التحكيم الدولية والأعراف السائدة في التجارة الدولية عند تفسير أحكام القانون، ويرى الباحثان أن هذا النص كاف بذاته للسير وفق ما استقرت عليه أحكام هيئات التحكيم والأعراف التجارية في إعفاء المحكم من التزام بالسرية في حالة الإبلاغ عن الفساد.

وفي التشريع الأردني ينبغي أن نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا طلبت هيئة النزاهة ومكافحة الفساد من هيئة التحكيم أي بيانات أو معلومات أو وثائق تتعلق بالفساد فالمحكم ملزم بتزويدها بها عملاً بأحكام المادة (20) الفقرتين (أ) و(ب).

الحالة الثانية: عدم وجود طلب من هيئة النزاهة ومكافحة الفساد إلى المحكمين بتزويدها ببيانات أو معلومات أو وثائق، ولكن بوجود فساد في العقد أو في طريقة الحصول عليه على نحو يلفت انتباه المحكمين، في هذه الحالة يرى الباحثان أن مصدر التزام المحكمين بالإبلاغ عن الفساد المشتبه به سواء كان في صلب العقد أو في طريقة الحصول عليه يرجع إلى المادة 3/ب من قانون التحكيم (13) لعام (2001) التي تنص على مراعاة أحكام القواعد والمبادئ المطبقة في التحكيم الدولي والأعراف السائدة التجارية الدولية عند تفسير أحكام القانون التي استقرت على إعفاء المحكم من التزام السرية وأوجبته عليه الإبلاغ عن الفساد.

وإلى جانب ذلك يرى الباحثان أن هناك التزاماً أخلاقياً يلزم المحكمين بالإبلاغ عن الفساد مصدره الصالح العام ومبادئ العدالة التي تأبى أن يلوث الطرف الفاسد بحيادية واستقلال المحكمين والتزامهم بالسرية لإضفاء الشرعية على مكتسبات تحصلت من عقد ينطوي على فساد أو تم الحصول عليه بطريقة غير مشروعة، ولعل الالتزام القانوني على الموظف العام في الإبلاغ عن الفساد الذي عبر عنه التشريع الأردني في المادة (22) د من قانون النزاهة ومكافحة الفساد لعام (2016) يمثل الحد الأدنى لمسؤولية المجتمع في مكافحة الفساد والحد من آثاره الضارة التي تقوض الديمقراطية وسيادة القانون وتضعف الإدارة الرشيدة وتلحق الضرر بالمنافسة الاقتصادية الشريفة في القطاعين العام والخاص، بينما يرتفع سقف هذه المسؤولية في المجتمع إلى التزامات أخلاقية تقع على جميع الأفراد للمشاركة النشطة في منع الفساد ومحاربه، وقد عبرت عن هذا الالتزام المادة (13) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام (2004) بضرورة مشاركة أفراد المجتمع وتشجيعهم للإبلاغ عن الفساد، وقد صادق الأردن على هذه الاتفاقية، ومع ذلك يقترح الباحثان أن يحسم المشرع هذا الالتزام بتعديل قانون التحكيم ليتضمن بصراحة إلزام المحكمين بالكشف عن الاشتباه بوجود نشاطات فاسدة واستثناء ذلك من التزامهم بالمحافظة على السرية، وفق الاتجاهات التشريعية الحديثة في مكافحة الفساد في التحكيم ومن أبرز أمثلتها قوانين التحكيم في أستراليا (المادة 23 G (1) من قانون التحكيم الدولي لعام 1974) ونيوزلندا (المادة 14 E (2) من قانون التحكيم لعام 1996) واسكتلندا (القاعدة 26 (1) من قواعد التحكيم) وسنغافورة (المادة 39 فقرة (1) و(6) من قانون الفساد والاتجار بالمخدرات والجرائم الخطيرة).

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة توصل الباحثان إلى جملة من النتائج والتوصيات ندرجها فيما يلي:

1- النتائج:

- 1- يتسع مفهوم الفساد في التحكيم التجاري الدولي ليشمل ليس فقط تلقي من يشغل الوظيفة العامة لأموال غير مشروعة، وإنما يمتد إلى موظفي القطاع الخاص أو أي شخص له نفوذ وتأثير على رجال السلطة العامة حتى ولو لم يكن يعمل في القطاع العام أو الخاص.
- 2- يوجد تباين واضح بين الاتجاهات التشريعية بخصوص بعض الممارسات المعروفة في عالم الأعمال والتجارة الدولية، مثل دفعات التسهيل والاتجار بالنفوذ، فبعض التشريعات تعدها سلوكاً فاسداً، بينما تستثنىها تشريعات أخرى من مفهوم الفساد بالمعنى المقصود الذي يطاله التجريم.
- 3- لا زال الجدل قائماً حول سلطة هيئة التحكيم بالتصدي لمسائل الفساد إذا لم يثيرها الأطراف، ولكن الرأي الراجح أن لهيئة التحكيم تلك السلطة في التعرض لمسائل الفساد ولو لم يثيرها أطراف النزاع لمسأستها بالنظام العام الدولي الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه، وإيضاً لصلتها الوثيقة بواجب هيئة التحكيم في الفصل في النزاع وضرورة تحصين قرارها من الطعن فيه بمخالفته للنظام العام، فالحصول على قرار تحكيم قابل للتنفيذ أمام القضاء الوطني من أهم واجبات هيئة التحكيم، ولا يسوغ مطالبتها بذلك دون تمكينها من البحث في مسائل الفساد المتصلة بموضوع النزاع، كما يسود التحكيم استقلال اتفاقية التحكيم عن العقد الرئيسي، وإجازة التحكيم ولو كان العقد فاسداً أو تم الحصول عليه بطريق غير مشروع.
- 4- لا يفي الاتجاه التقليدي في تحميل المدعي عبء الإثبات بمقتضيات التوجيهات التشريعية الدولية والوطنية الحديثة في مكافحة الفساد، نظراً إلى صعوبة إثبات النشاطات الفاسدة التي تحاط بالسرية والكتمان، وحتى لا يكافئ الطرف الفاسد ويلوذ بصرامة هذا الاتجاه للإفلات من تبعه الفساد، لجأت هيئات التحكيم إلى اتجاه قلب عبء الإثبات على المدعي عليه واتجاه الاستنتاج المعاكس وهو الأكثر شيوعاً، ولهيئة التحكيم في سبيل الإثبات سلطة واسعة في تقدير ووزن الأدلة حتى لو كانت غير مباشرة.
- 5- يوجد تباين في اتجاهات التحكيم التجاري في حالة وجود فساد بين ترجيح القانون الذي يختاره الأطراف أو قانون مقر التحكيم أو قانون مكان التنفيذ، وتعتمد عدة معايير في سبيل الترجيح فبعضها يستخدم معيار التوافق مع النظام العام الدولي أو المحلي أو صلة العقد بالقانون المختار أو الحرص على اختيار القانون الذي ضمان تنفيذ قرار التحكيم في مكان التنفيذ.
- 6- تفرق هيئات التحكيم في الفساد بين العقود التي تتضمن فساداً والعقود التي يتم الحصول عليها من خلال وسائل فاسدة، وحكم الطائفة الأولى هو البطلان وعدم القابلية للتنفيذ، بينما حكم الطائفة الثانية هو القابلية للإبطال باستثناء الطرف البريء.
- 7- يتجه التحكيم التجاري الدولي إلى وجود واجب على المحكمين بالإبلاغ عن حالات الاشتباه بوجود فساد في العقود والاتفاقيات المعروضة على التحكيم، وعدم تعارض ذلك مع التزامهم بالمحافظة على سرية التحكيم.

2- التوصيات- يوصي الباحثان ما يلي:

- 1- التوسع في تجريم النشاطات الفاسدة في القطاع الخاص عملاً بالمادة 9/16 من قانون النزاهة ومكافحة الفساد الأردني لعام 2016 وعلى هدى ما ورد في المادة 12 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2004.
- 2- ضرورة النص صراحة في قانون التحكيم الأردني على إعفاء المحكم من الالتزام بالسرية في حالة الاشتباه بفساد في موضوع التحكيم المعروض عليه، بالإضافة لفقرة ج الى المادة 23 كما يلي: "لا يُعدّ إبلاغ هيئة التحكيم عن جريمة وصلت الى علمها او اشتهت بوقوعها من خلال اجراءات التحكيم اخلالاً بالالتزامات المفروضة عليها".
- 3- ضرورة تشجيع اعتماد نهج الاستنتاج العكسي في إثبات الفساد في التحكيم، بحيث يتحقق التوازن بين إبقاء عبء الإثبات على المدعي وبذات الوقت مراعاة صعوبة إثبات الفساد، على نحو يسمح لهيئة التحكيم أن تستنتج من امتناع المدعي عليه عن دحض أدلة الفساد الظاهرة بأنها تخفي نشاطات غير مشروعة.
- 4- ضرورة احترام إرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع، مع ضبط هذا الخيار بعدم التعارض مع النظام العام الدولي الذي يدين ويكافح الفساد.
- 5- ضرورة توخي الحذر في إجازة الاتجار بالنفوذ كاستثناء على الفساد بغرض الحصول على العقود في التحكيم التجاري الدولي، واشتراط انتفاء سوء النية وعدم اللجوء إلى وسائل فاسدة من قبل السمسار في اتفاق السمسرة.

المصادر والمراجع

- الجمال، م.، وعبد العال، م.، وعكاشة، م. (1998). *التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلي*. (ط1). الاسكندرية.
- سعيد، ح. (2015). *التحكيم كآداة لفض النزاعات التجارية الدولية*. مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية. 14(4).
- الشرقاوي، م. س. (2011). *التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة*. القاهرة: دار النهضة العربية.

- توق، م. (2014) *الحكومة الرشيدة ومكافحة الفساد*. (ط1). عمان: دار الشروط.
- كريم، ر.، وسايح، ج. (2016). *القانون واجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي*، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة اكلي محند اولحاج، الجزائر.
- الكبيسي، ع. (2009). الفساد العالمي الجديد واستراتيجيات مواجهته. (ط1). الرياض: مؤسسة اليمامة الصحفية.
- مغربي، م. (2018). دور المحكم في التصدي لمعضلة الفساد في المجتمع التجاري الدولي. *مجلة كلية القانون الكويتية*. 2(3).
- والي، ف. (2014). *التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا*. الاسكندرية: منشأة المعارف.

References

- Abdel Raouf, M. (2009). How should international arbitrators tackle corruption issues? *ICSID Rev-FILJ*, 24(1).
- Abdulhay, S. (2004). *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
- Al Kubaisi, A. (2009). *The new global corruption and strategies to confront it*. (1st Ed.). Riyadh: Al Yamamah Press Foundation.
- Al-Jamal, M., Abdel-Aal, M., & Okasha, M. (1998). *Arbitration in international and internal private relations*. (1st Ed.). Alexandria.
- Al-Sharqawi, M. S. (2011). *International commercial arbitration, a comparative legal study*. Cairo: Arab Renaissance House.
- Carolyn B. L., Hansel, T. P., & Rahim M. (2010). Fraud and Corruption in international arbitration. In *Liber amicorum bernardo cremades*. La Ley grupo Wolters Kluwer.
- Chaikin, D. (2008). Commercial Corruption and Money Laundering: a Preliminary Analysis.
- Cheryl W. G., & Kaufman, D. (1988). *Corruption and development*.
- Corruption Perceptions Index 2019. In *Transparency International*. <https://www.transparency.org/ar/news/cpi-2019-global-highlights>.
- Cremades, B., & Cairns, D. (2003). Transnational public policy in international arbitral decision-making: In *Arbitration, money laundering, corruption and fraud*. ICC Institute of World Business Law.
- Fawcett J., & Carruthers J., (2008) *Cheshire, North & Fawcett, Private International Law*. (14th Ed.). Oxford University Press.
- Gary B. B. (2009) *International commercial arbitration*. Wolters Kluwer Law & Business.
- Hanotiau, B., & Caprasse O. (2008). Public Policy in International Commercial Arbitration. In *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards*.
- Hwang M., & Chung K. (2009a). Protecting confidentiality and its exceptions: The way forward? In *Confidentiality in arbitration: commentaries on rules, statutes, case law and practice*.
- Hwang, M., & Chung, K. (2009b). Defining the indefinable: practical problems of confidentiality in arbitration. *Journal of International Arbitration*, 26(5).
- Hwang, M., & Lim, K. (2011). *Corruption in Arbitration law and Reality*.
- Karim, R., & Sayeh, C. (2016). *Law applicable to international commercial arbitration*, unpublished master's thesis, Akli Mohand Olhaj University, Algeria.
- Kreindler, R. (2002). Aspects of illegality in the formation and performance of contracts, *16th ICCA Congress*, London.
- Maghribi, M. (2018). The role of the arbitrator in addressing the dilemma of corruption in the international trading community. *Journal of the Kuwaiti College of Law*. 2(3).
- Martin, A. T. (2002). International arbitration and corruption. *Mineral Law Series*.
- Nudrat, B. M. (2000). Hubco Judgment Transcript: In the Supreme Court of Pakistan (Appellate Jurisdiction), *Arbitration International*, 14(4).
- Provisions related to combating bribery and keeping books and records contained in the Law on Combating Corruption in Foreign Practices. Retrived from <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-arab.pdf>.

- Said, H. (2015). Arbitration as a way for settling international commercial disputes. *Journal of the College of Law for Legal and Political Sciences*. 14(4).
- Scherer, M. (2002). Circumstantial Evidence in Corruption Cases Before International Arbitral Tribunals, 5 Int'l Arb. Law Rev. 29.
- Touq, M. (2014) *Good government and combating corruption*. (1st Ed.). Oman: House of Conditions.
- Wally, F. (2014). *Arbitration in national and international commercial disputes, in theory and in practice*. Alexandria: Knowledge facility.
- Wetter, J. G. (1994). Issues of corruption before international tribunals: the authentic text and true meaning of Judge Gunnar Laregren's 1963 Award in ICC Case No 1110. *Arbitration International*, 10(3).