

Distr.:
LIMITED

A/CN.9/WG.II/WP.108
14 January 2000
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل المعني بالتحكيم
الدورة الثانية والثلاثون
فيينا، ٢٠-٣١ آذار/مارس ٢٠٠٠

تسوية النزاعات التجارية

قواعد موحدة ممكنة بشأن مسائل معينة تتعلق بتسوية النزاعات التجارية:
التوفيق، تدابير الحماية المؤقتة، الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم

تقرير الأمين العام

المحتويات

الصفحة	الفقرات
٣	١٠-١ مقدمة
٦	٦٢-١١ أولا - التوفيق
٦	١٥-١١ ألف - ملاحظات عامة
٧	١٧-١٦ باء - مناقشة الموضوع في اللجنة
٨	٦٢-١٨ جيم - المسائل التي يمكن اعداد أحكام موحدة بشأنها
٨	٢٨-١٨ ١ - امكانية قبول أدلة معينة في الاجراءات القضائية أو التحكيمية اللاحقة
١٠	٣٣-٢٩ ٢ - دور الموفق في الاجراءات التحكيمية أو القضائية

الفقرات الصفحة

١١	٤٢-٣٤	٣ - قابلية انفاذ اتفاقات التسوية
١٤	٦٢-٤٣	٤ - مسائل أخرى يمكن النظر في تحقيق الاتساق بينها
١٩	١٠٨-٦٣	ثانيا - قابلية انفاذ تدابير الحماية المؤقتة
١٩	٦٨-٦٣	ألف - ملاحظات عامة
٢١	٧٢-٦٩	باء - صلاحية الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة
٢٢	٨٠-٧٣	جيم - الحجج الداعمة لوجوب انفاذ التدابير المؤقتة التي تأمر بها هيئة التحكيم
٢٤	٨٢-٨١	دال - مناقشة الموضوع في اللجنة
٢٥	٩١-٨٣	هاء - الحلول التشريعية الراهنة
٢٧	١٠١-٩٢	واو - حلول متسقة ممكنة
٣٠	١٠٨-١٠٢	زاي - نطاق التدابير المؤقتة التي يجوز لهيئة التحكيم اصدارها واجراءات الاصدار

[سوف ينشر الفصل الثالث، المعنون "اشتراط شكل مكتوب لاتفاق التحكيم"، في الوثيقة

[A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1

مقدمة

١ - عقدت اللجنة في ١٠ حزيران/يونيه ١٩٩٨، خلال دورتها الحادية والثلاثين، مؤتمرا خاصا مدته يوم واحد، أسمته يوم اتفاقية نيويورك، احتفالاً بالذكرى السنوية الأربعين لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها (نيويورك، ١٠ حزيران/يونيه ١٩٥٨). وقد شارك في ذلك الحدث زهاء ٣٠٠ شخص من المدعويين، إضافة إلى ممثلي الدول الأعضاء في اللجنة والمراقبين. وألقى الكلمة الافتتاحية الأمين العام للأمم المتحدة. وإضافة إلى الكلمات التي ألقاها مشاركون سابقون في المؤتمر الدبلوماسي الذي اعتمدت فيه الاتفاقية، قدم خبراء بارزون في التحكيم تقارير عن مسائل عدة، مثل الترويج للاتفاقية وتشريعها وتطبيقها. كما قُدمت تقارير أخرى أيضا عن مسائل تقع خارج نطاق الاتفاقية نفسها، مثل التفاعل بين الاتفاقية وغيرها من النصوص القانونية الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، والصعوبات العملية التي صودفت في الممارسة ولكنها لم تعالج فيما هو موجود من نصوص تشريعية أو غير تشريعية بشأن التحكيم.^(١)

٢ - وفي التقارير التي عرضت في ذلك المؤتمر الاحتفالي، قُدمت اقتراحات مختلفة بشأن عرض بعض المشاكل المستبانة في الممارسة العملية على اللجنة لكي يتسنى لها أن تنظر فيما إذا كان من المستصوب والمجدي عمليا أن تقوم بأي عمل في هذا الخصوص.

٣ - وبالإشارة إلى المناقشات التي جرت في اليوم الاحتفالي باتفاقية نيويورك، ارتأت اللجنة في دورتها الحادية والثلاثين التي عقدت عام ١٩٩٨ أن من المفيد أن تباشر النظر فيما يمكن القيام به مستقبلا من أعمال في مجال التحكيم خلال دورتها الثانية والثلاثين في عام ١٩٩٩. وطلبت إلى الأمانة أن تعد مذكرة تصلح كأساس لنظر اللجنة في هذا الموضوع.^(٢)

٤- وكان معروضا على اللجنة، في دورتها الثانية والثلاثين، المذكرة التي طلبت إعدادها وعنوانها "الأعمال التي يمكن القيام بها مستقبلا في مجال التحكيم التجاري الدولي" (الوثيقة A/CN.9/460). واستند في إعداد المذكرة إلى الأفكار والاقتراحات والاعتبارات التي أبدت في سياقات مختلفة مثل يوم اتفاقية نيويورك ومؤتمر المجلس الدولي للتحكيم التجاري (باريس، ٣-٦ أيار/مايو ١٩٩٨)^(٣) وغير ذلك من

(١) انفاذ قرارات التحكيم بمقتضى اتفاقية نيويورك: التجربة والآفاق (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع (E.99.V.2).

(٢) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/53/17)، الفقرة ٢٣٥.

(٣) Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No.9, Kluwer Law International, 1999.

المؤتمرات والملتقيات الدولية، كمحاضرة "فرشفيلدن" لعام ١٩٩٨.^(٤) وتضمنت المذكرة مناقشة لبعض القضايا والمشاكل المستبانة في ممارسة التحكيم لكي تيسر على اللجنة مناقشة ما اذا كانت ترغب في ادراج أي من تلك القضايا في برنامج عملها.

٥- ورحبت اللجنة بمذكرة الأمانة العامة وبالفُرصة المتاحة لمناقشة مدى استحسان وجدوى زيادة تطوير قانون التحكيم التجاري الدولي. ورئي بوجه عام أن الوقت قد حان لتقييم التجربة الواسعة والمؤاتية فيما يتعلق بالاشتراكات الوطنية لقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي (١٩٨٥) وكذلك استخدام قواعد الأونسيترال للتحكيم وقواعد الأونسيترال للتوفيق، وللقيام في المحفل العالمي الذي تمثله اللجنة بتقييم مدى تقبل الأفكار والاقتراحات ذات الصلة بتحسين القوانين والقواعد والممارسات الخاصة بالتحكيم.

٦- وكانت مواضيع العمل الممكنة التي نظرت فيها اللجنة كالتالي:

(أ) التوفيق (A/CN.9/460، الفقرات ٨-١٩؛ A/54/17، الفقرات ٣٤٠-٣٤٣)؛

(ب) اشتراط الشكل الكتابي (A/CN.9/460، الفقرات ٢٠-٣١؛ A/54/17، الفقرات ٣٤٤-٣٥٠)؛

(ج) قابلية التحكيم (A/CN.9/460، الفقرات ٣٢-٣٤؛ A/54/17، الفقرات ٣٥١-٣٥٣)؛

(د) الحصانة السيادية (A/CN.9/460، الفقرات ٣٥-٥٠؛ A/54/17، الفقرتان ٣٥٤-٣٥٥)؛

(هـ) دمج قضايا معروضة على هيئات التحكيم (A/CN.9/460، الفقرات ٥١-٦٠؛ A/54/17، الفقرتان ٣٥٦-٣٥٧)؛

(و) سرية المعلومات في اجراءات التحكيم (A/CN.9/460، الفقرات ٦٢-٧١؛ A/54/17، الفقرتان ٣٥٨-٣٥٩)؛

(ز) اثاره دعاوى مطالبه لغرض المقاصة (A/CN.9/460، الفقرات ٧٢-٧٩؛ A/54/17، الفقرتان ٣٦٠-٣٦١)؛

(٤) Gerold Herrmann, "Does the world need additional uniform legislation on arbitration?" Arbitration International, vol. 15 (1999), 3, page 211.

(ح) القرارات التي تصدر عن هيئات تحكيم "مبتورة" (A/CN.9/460، الفقرات ٨٠-٩١؛ A/54/17، الفقرتان ٣٦٢-٣٦٣)؛

(ط) مسؤولية المحكمين (A/CN.9/460، الفقرات ٩٢-١٠٠؛ A/54/17، الفقرتان ٣٦٤-٣٦٦)؛

(ي) صلاحية هيئة التحكيم لإصدار حكم بدفع فوائد (A/CN.9/460، الفقرات ١٠١-١٠٦؛ A/54/17، الفقرات ٣٦٧-٣٦٩)؛

(ك) تكاليف إجراءات التحكيم (A/CN.9/460، الفقرات ١٠٧-١١٤؛ A/54/17، الفقرة ٣٧٠)؛

(ل) قابلية انفاذ تدابير الحماية المؤقتة (A/CN.9/460، الفقرات ١١٥-١٢٧؛ A/54/17، الفقرات ٣٧١-٣٧٣)؛

(م) قابلية انفاذ قرار تحكيم كان قد نقض في دولة المنشأ (A/CN.9/460، الفقرات ١٢٨-١٤٤؛ A/54/17، الفقرات ٣٧٤-٣٧٦)؛

٧- وذكرت، في مراحل مختلفة من المناقشة، عدة مواضيع أخرى، إضافة إلى المواضيع التي ورد ذكرها في الوثيقة A/AC.9/460، باعتبارها مواضيع يحتمل أن تكون جديدة بأن تتناولها اللجنة بالبحث في وقت مناسب في المستقبل (A/54/17، الفقرة ٣٣٩).

٨- وظلت اللجنة خلال مداولاتها مفتحة الذهن لمسألة الشكل النهائي الذي يمكن أن يتخذه عمل اللجنة في المستقبل. واتفق على أن تتخذ القرارات بشأن الشكل لاحقاً عندما يزداد مضمون الحلول المقترحة وضوحاً. فالأحكام الموحدة يمكن أن تتخذ مثلاً شكل نص تشريعي (كأن تكون أحكاماً تشريعية نموذجية أو معاهدة) أو شكل نص غير تشريعي (كأن تكون قاعدة تعاقدية نموذجية أو دليلاً بشأن الممارسة). وجرى التشديد على أنه، حتى إذا تقرر النظر في أن تكون هذه الأحكام على شكل معاهدة دولية، فليس المقصود أن تكون تعديلاً لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها (نيويورك، ١٩٥٨). وارتئي أنه، حتى إذا لم يجر في النهاية اعداد نص موحد جديد، فإن قيام وفود من كل النظم القانونية والاجتماعية والاقتصادية الرئيسية الممثلة في اللجنة بمناقشة متعمقة، مع احتمال تقديم اقتراحات من أجل ايجاد تفسير موحد، سيكون مساهمة مفيدة في الممارسة المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي. وترد مداولات اللجنة بشأن تلك المسائل مجسدة في الوثيقة A/54/17 (الفقرات ٣٣٧-٣٧٦ والفقرة ٣٨٠).

٩- وبعد اختتام المناقشات بشأن أعمال اللجنة مستقبلاً في مجال التحكيم التجاري الدولي، اتفق على أن تكون البنود ذات الأولوية بالنسبة للفريق العامل كلا من التوفيق (A/54/17، الفقرات ٣٤٠-٣٤٣)

واشترط الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم (A/54/17، الفقرات ٣٤٤-٣٥٠) وإنفاذ مفعول تدابير الحماية المؤقتة (A/54/17، الفقرات ٣٧١-٣٧٣) وقابلية انفاذ قرار تحكيم كان قد نُقِض في دولة المنشأ (A/54/17، الفقرتان ٣٧٤-٣٧٥). وأفيد بأنه ينتظر من الأمانة العامة أن تعد الوثائق اللازمة لدورة الفريق العامل الأولى بشأن موضوعين أو ربما ثلاثة مواضيع على الأقل من تلك المواضيع الأربعة. أما فيما يتعلق بالمواضيع الأخرى التي نوقشت في الوثيقة A/CN.9/460 وكذلك المواضيع ذات الصلة بالعمل الممكن في المستقبل، التي اقترحت في الدورة الثانية والثلاثين للجنة (A/54/17، الفقرة ٣٣٩)، والتي أوليت أولوية دنيا، فقد أفيد بأن على الفريق العامل أن يقرر بشأن وقت وطريقة تناولها.

١٠- وأنطت اللجنة العمل بفريق عامل اسمته "الفريق العامل المعني بالتحكيم"، وأذنت له بالاجتماع من ٢٠ الى ٣١ آذار/مارس ٢٠٠٠، وطلبت الى الأمانة العامة أن تعد الوثائق اللازمة للاجتماع. وقد أعدت هذه الوثيقة استجابة لذلك الطلب.

أولا - التوفيق

ألف - ملاحظات عامة

١١- يستعمل تعبير "التوفيق" هنا كمفهوم عام يشير الى الاجراءات التي يساعد فيها شخص أو فريق من الأشخاص الطرفين بشكل مستقل ونزيه في محاولتهما التوصل الى تسوية ودية لنزاعهما. ويختلف التوفيق عن المفاوضات بين الطرفين في نزاع (التي يباشرها الطرفان عادة بعد نشوء النزاع) من حيث أن التوفيق ينطوي على مساعدة مستقلة ونزيهة لتسوية النزاع، في حين لا تكون هنالك مساعدة من طرف ثالث في المفاوضات بين الطرفين بشأن تسوية النزاع. والفرق بين التوفيق والتحكيم هو أن التوفيق إما أنه ينتهي بتسوية للنزاع يتفق عليها الطرفان واما انه لا يكلل بالنجاح؛ أما في التحكيم، فان هيئة التحكيم تفرض قرارا ملزما للطرفين ما لم يسو الطرفان النزاع قبل صدور قرار التحكيم.

١٢- واجراءات التوفيق بالمعنى الأنف الذكر متوخاة ومتناولة في عدد من قواعد مؤسسات التحكيم والمؤسسات المتخصصة في ادارة أشكال مختلفة من الطرائق البديلة لحل النزاعات، وكذلك في قواعد الأونسيترال بشأن التوفيق، التي اعتمدتها اللجنة عام ١٩٨٠. وهذه القواعد مستعملة على نطاق واسع وصلحت كنموذج لقواعد مؤسسات كثيرة.

١٣- ويمكن أن تختلف من حيث التفاصيل الاجرائية اجراءات التوفيق التي يتفق فيها طرفا النزاع على الحصول على مساعدة في محاولتهما للتوصل الى تسوية، وهذا يتوقف على ما يعتبر الطريقة المثلى لتعزيز تسوية بين الطرفين. ومع ذلك، فان هذه الاجراءات حسبما هي مناقشة في هذه الورقة تتميز بالمساعدة المستقلة والنزيهة في التوصل الى تسوية ودية للنزاع وبعدهم صدور أي قرار ملزم في حال عدم تمكن الطرفين من تسوية النزاع.

١٤- وفي الممارسة، قد يشار الى هذا التوفيق بتعابير أخرى منها "الوساطة" أو غيرها من المصطلحات التي تفيد المعنى ذاته. كما يستعمل مفهوم "الحل البديل للنزاع" للإشارة اجمالاً الى أساليب واجراءات مختلفة ومكيفة لحل النزاعات بطرائق توفيقية بدلاً من اللجوء الى طريقة ملزمة كالتحكيم. ويستعمل في هذه الورقة تعبير "التوفيق" كمرادف لكل تلك الاجراءات. وتشمل هذه الورقة تلك الاجراءات المتمثلة في "الحل البديل للنزاع" بقدر توفر هذه الخصائص فيها.

١٥- والتوفيق مستعمل بشكل متزايد في أنحاء مختلفة من العالم، بما فيها المناطق التي لم يكن استعمالها فيها شائعاً الى غاية العقد الماضي أو العقدين الماضيين. وهذا الاتجاه مجسد مثلاً في انشاء عدد من هيئات القطاع العام أو الخاص التي تعرض خدمات على الطرفين المهتمين بغية تعزيز التسوية الودية للنزاعات. وهذا الاتجاه، فضلاً عن كونه أولد رغبة متزايدة في مناطق مختلفة من العالم في ترويج التوفيق كطريقة لتسوية النزاعات، أثار أيضاً مناقشات تستدعي ايجاد حلول قانونية متسقة دولياً بغية تيسير التوفيق.

باء - مناقشة الموضوع في اللجنة

١٦- عندما تناقشت اللجنة بشأن الأعمال التي يمكن أن تقوم بها في المستقبل في مجال التحكيم التجاري (A/54/17، الفقرة ٣٤٠)، كان هنالك اتفاق عام على أن المسائل الثلاث التالية تكتسي أهمية خاصة: جواز قبول أدلة معينة في الاجراءات القضائية أو التحكيمية اللاحقة؛ ودور الموفق في الاجراءات القضائية أو التحكيمية اللاحقة؛ واجراءات انفاذ اتفاقات التسوية. وارتئي على نطاق واسع أنه، بالإضافة الى تلك المسائل الثلاث، يجدر النظر أيضاً في موضوع احتمال انقطاع فترات التقادم نتيجة لبدء اجراءات التوفيق.

١٧- وذهب الرأي السائد في اللجنة الى أنه سيكون من المجدي استكشاف امكانية اعداد قواعد تشريعية موحدة لدعم زيادة اللجوء الى التوفيق (A/54/17، الفقرة ٣٤٢). ولوحظ أنه، بينما توجد مسائل معينة (مثل جواز قبول أدلة معينة في الاجراءات القضائية أو التحكيمية اللاحقة، أو دور الموفق في الاجراءات اللاحقة) يمكن حلها عادة بالرجوع الى مجموعات من القواعد من بينها قواعد الأونسيترال للتوفيق، فإن هنالك حالات كثيرة لم يتفق بشأنها على قواعد من هذا القبيل. ومن ثم، فإن عملية التوفيق يمكن أن تستفيد من اقرار قواعد تشريعية غير ملزمة تطبق في حال وجود رغبة متبادلة بين الطرفين في استعمال اجراءات التوفيق ولكن دون أن يتفقا على مجموعة معينة من قواعد التوفيق. وعلاوة على ذلك، فإن وجود تشريعات موحدة قد يقدم توضيحاً مفيداً في البلدان التي لا تكون فيها الاتفاقات بشأن امكانية قبول أنواع معينة من الأدلة يقينية المفعول. وإضافة الى ذلك، استرعي النظر، فيما يتعلق بمسائل مثل تيسير انفاذ اتفاقات التسوية الناجمة عن التوفيق وأثر التوفيق فيما يتعلق بانقطاع فترة التقادم، الى أنه لا يمكن بلوغ المستوى اللازم من قابلية التنبؤ واليقين لتشجيع اللجوء الى التوفيق الا من خلال وضع تشريع في هذا الصدد.

جيم - المسائل التي يمكن اعداد أحكام موحدة بشأنها

١ - امكانية قبول أدلة معينة في الاجراءات القضائية
أو التحكيمية اللاحقة

١٨- في اجراءات التوفيق، يبدي الطرفان عادة اقتراحات وآراء بشأن عروض امكانية التسوية أو يقدمان اقرارات أو يعربان عن رغبتهما في التسوية. وإذا لم يفض التوفيق، بالرغم من هذه الجهود، الى تسوية واستهل أحد الطرفين اجراءات قضائية أو تحكيمية، أمكن استعمال تلك الآراء أو الاقتراحات أو الاقرارات أو بواذر الرغبة في التسوية لغير صالح الطرف الذي صدرت عنه. واحتمال "الطفح" هذا لبعض الوقائع التي حدثت أثناء التوفيق يمكن أن يثني الطرفين عن القيام بمحاولات نشيطة للتوصل الى تسوية خلال اجراءات التوفيق، وهذا يمكن أن يقلل من فائدة التوفيق.

١٩- ومن أجل معالجة المشكلة الأنفة الذكر، تنص المادة ٢٠ من قواعد الأونسيترال للتوفيق على ما يلي:

"يتعهد الطرفان بعدم الاعتماد على ما يلي أو استخدامه في أي اجراءات تحكيمية أو قضائية، سواء أكانت هذه الاجراءات متصلة بالنزاع الذي هو موضوع اجراءات التوفيق أم لم تكن:

"(أ) الآراء التي أعلن عنها الطرف الآخر أو المقترحات التي قدمها بشأن تسوية ممكنة للنزاع؛

"(ب) اقرارات الطرف الآخر أثناء اجراءات التوفيق؛

"(ج) الاقتراحات التي قدمها الموفق؛

"(د) كون الطرف الآخر قد أبدى استعداد له لقبول اقتراح للتسوية قدمه الموفق."

٢٠- وقد يلاقي الطرفان المشكلة الأنفة الذكر في نظم قانونية كثيرة، اذا لم يستعمل الطرفان قواعد التوفيق أو اذا استعملوا قواعد لا تتضمن حكما كالمادة ٢٠ من قواعد الأونسيترال بشأن التوفيق. وحتى اذا اتفق الطرفان على قاعدة كالقاعدة الواردة في المادة ٢٠، فقد لا يكون مؤكدا أن المحكمة ستقضي بالنفاد الكامل للاتفاق المتعلق بالأدلة. ومن أجل مساعدة الطرفين في هذه الحالات، اعتمدت بعض الولايات القضائية قوانين ترمي الى منع تقديم بعض الأدلة التي هي ذات صلة باجراءات توفيق سابقة في الاجراءات القضائية أو التحكيمية اللاحقة. وبعض هذه القوانين مصوغ على غرار المادة ٢٠ من قواعد الأونسيترال للتوفيق.

٢١- وربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما إذا كان من المفيد اعداد حكم موحد بشأن هذه المسألة، وفي النهج الذي ينبغي اتباعه في صوغ هذا الحكم.

٢٢- ويمكن أن يتمثل أحد النهوج الممكنة في أن يتضمن القانون اعترافا صريحا باتفاق الطرفين، كالذي هو وارد في المادة ٢٠ الأنفة الذكر من قواعد الأونسيترال للتوفيق. فالغرض من هذا الحل سيتمثل في تبديد أي شك فيما إذا كان الطرفان يمكن أن يتفقا على عدم استعمال بعض الوقائع التي حصلت أثناء اجراءات التوفيق كدليل في الاجراءات التحكيمية أو القضائية. كما أن هذا الحل سترك للطرفين مسألة تحديد مدى جواز استعمال تلك الوقائع كأدلة خارج التوفيق. غير أن من النتائج التي يمكن أن تترتب على هذا النهج هو أنه، إذا شارك الطرفان في اجراءات توفيق دون الاتفاق مسبقا على قاعدة بشأن الأدلة كالقاعدة الواردة في المادة ٢٠ من قواعد الأونسيترال، فقد لا يكون ممكنا الحيلولة دون النظر في الآراء والاقتراحات والاقراءات التي أبدت أثناء اجراءات التوفيق في الاجراءات التخاصمية اللاحقة.

٢٣- ويمكن اتباع نهج آخر إذا رئي أن بعض الظروف في اجراءات التوفيق لا ينبغي الاعتماد عليها كدليل في الاجراءات القضائية أو التحكيمية حتى إذا كان الطرفان قد اتفقا على قاعدة كالمادة ٢٠ من قواعد الأونسيترال. ويمكن التفكير في حلين ممكنين: (أ) ففي اطار أحد هذين الحلين، يمكن أن ينص القانون على أن أدلة وقائعية كالتي ذكرت في المادة ٢٠ من قواعد الأونسيترال لا يجوز قبول تقديمها كأدلة، وأنه لا يجوز لهيئة التحكيم أو المحكمة أن تأمر بإفشاء تلك الوقائع؛ (ب) وفي اطار الحل الآخر، يمكن النص على أن هنالك شرطا ضمنيا من شروط الاتفاق على التوفيق، وهو أن يتعهد الطرفان بعدم الاعتماد على وقائع كالتي هي مذكورة في المادة ٢٠ من قواعد الأونسيترال كدليل في أي اجراءات تحكيمية أو قضائية.

٢٤- ويمكن أن يكون هنالك فرق عملي طفيف في الدولة المشترعة بين القاعدة الصريحة بشأن الأدلة في اطار الحل (أ) والقاعدة المتمثلة في "الاتفاق الضمني" في اطار الحل (ب). ولكن، يمكن أن يكون هنالك فرق بينهما في الدولة الأجنبية التي تجري فيها الاجراءات القضائية أو التحكيمية اللاحقة. فحكم كالحكم المذكور في اطار الحل (أ) الذي تكون قد اشترعته الدولة ألف قد لا يبالي به في الدولة باء، في حين أنه إذا كان الاتفاق على استعمال اجراءات التوفيق سيفيد ضمنا تعهدا من الطرفين بشأن الأدلة، فهذا التعهد يمكن أن يعترف به في الدولة باء.

٢٥- وأيا كان النهج الذي يقع عليه الاختيار، ربما يود الفريق العامل أن ينظر أيضا فيما إذا كان مفيدا توضيح أنه لا ينبغي أن يكون هنالك أي تقييد لامكانية قبول الأدلة إذا وافق كلا الطرفين المشاركين في التوفيق بعد ذلك على افشاء تلك الأدلة.

٢٦- ويمكن النظر أيضا فيما اذا كان ينبغي النص على أنه، في حال عرض أي أدلة اخلايا بالحكم القانوني، فعلى هيئة التحكيم أو المحكمة أن تصدر أي أمر تعتبره ملائما لمعالجة المسألة. ويمكن أن يكون هذا الأمر، مثلا، أمرا يقيد تقديم الأدلة، أو أمرا يرد الدعوى لأسباب اجرائية دون المساس بمضمون الدعوى.

٢٧- واطافة الى الحكم المصوغ على غرار المادة ٢٠ من قواعد الأونسيترال، تتضمن بعض القوانين حكما يتناول الوثائق التي أعدت لغرض التوفيق أو أثناءه أو وفقا له. وهي تنص على عدم جواز قبول أي من هذه الوثائق كأدلة وأنه لا ينبغي الالتزام بافشاء هذه الوثائق في أي دعوى تحكيمية أو مدنية. وربما يود الفريق العامل أن يدرس ما يمكن أن يمثل نتائج عملية لهذا الحكم بالنظر الى كون أي حكم يمنع اثاره الوقائع المذكورة في المادة ٢٠ من قواعد الأونسيترال سيكون له الأثر ذاته الذي يترتب على حكم يمنع أن تستعمل كأدلة الوثائق التي أعدت لغرض التوفيق أو أثناءه أو وفقا له.

٢٨- وفي بعض النظم القانونية، لا يجوز الزام أحد الطرفين بأن يقدم في الاجراءات القضائية وثيقة ذات "امتياز"، كالرسالة المكتوبة بين موكل ومحاميه مثلا. ولكن، يمكن اعتبار هذا الامتياز ساقطا اذا اعتمد أحد الطرفين على الوثيقة التي تحظى بالامتياز في أحد الاجراءات، وبما أن الوثائق التي تحظى بالامتياز يمكن تقديمها في اجراءات التوفيق بهدف تيسير التسوية، وبغية عدم الثني عن استعمال الوثائق التي تحظى بالامتياز في اجراءات التوفيق، ربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما اذا كان من المفيد اعداد حكم موحد ينص على أن استعمال وثيقة تحظى بالامتياز في اجراءات التوفيق لا يشكل تنازلا عن الامتياز.

٢ - دور الموفق في الاجراءات التحكيمية أو القضائية

٢٩- قد يكون أحد الطرفين راغبا عن السعي بنشاط الى التوصل الى تسوية في اجراءات التوفيق اذا كان عليه أن يأخذ في اعتباره احتمال تعيين الموفق، اذا لم يكلل التوفيق بالنجاح، ممثلا (أو محاميا) للطرف الآخر أو محكما في اجراءات تحكيمية أو قضائية لاحقة. كما يمكن أن يبدي الطرف النفور ذاته اذا كان محتملا أن يدعى الموفق كشاهد في هذه الاجراءات اللاحقة. فمعرفة الموفق ببعض الوقائع التي حدثت أثناء التوفيق (كعروض التسوية والافقرارات) يمكن أن يتبين أنها مسيئة لأحد الطرفين اذا كان الموفق سيستعمل تلك المعرفة في الاجراءات اللاحقة أو سيعبر عنها. وهذا هو السبب الذي يكمن وراء الحكم الوارد في المادة ١٩ من قواعد الأونسيترال للتوفيق التي تنص على ما يلي:

"يتعهد الطرفان والموفق بالألا يعمل هذا الأخير كمحكم أو ممثل أو محام لأحد الطرفين في أية اجراءات تحكيمية أو قضائية بشأن نزاع هو موضوع اجراءات التحقيق. ويتعهد الطرفان بعدم تقديم الموفق كشاهد في أي من هذه الاجراءات."

٣٠- ولكن، يمكن أن يعتبر الطرفان معرفة المحكم السابقة مفيدة في بعض الحالات، خصوصا اذا كان هنالك اعتقاد بأن تلك المعرفة ستمكن المحكم من تسيير أمور القضية بقدر أكبر من الفعالية. وفي تلك الحالات، قد يفضل الطرفان فعلا تعيين الموفق لا غيره محكما في اجراءات التحكيم اللاحقة. ولا تضع القاعدة الواردة في المادة ١٩ من قواعد التوفيق أي عائق أمام تعيين الموفق السابق شريطة أن يبتعد الطرفان عن القاعدة بالاتفاق. ومن شأن التعيين المشترك للموفق لكي يكون محكما أن يشكل هذا الاتفاق.

٣١- وقد دفعت اعتبارات كالتالي لخصت في الفقرة السابقة ببعض الولايات القضائية الى اعتماد أحكام تشريعية مصوغة على غرار المادة ١٩ مع النص على أن الحكم غير الزامي.

٣٢- وربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما اذا كان من المفيد اعداد حكم تشريعي موحد بشأن هذه المسألة. واذا كان ذلك، فالمسألة التي ينبغي النظر فيها هي ما اذا كان ينبغي النص في هذا الحكم على أن الطرفين والموفق يعتبرون قد تعهدوا بعدم اشراك الموفق في أي اجراءات تحكيمية أو قضائية لاحقة (كأن يكون محكما أو محاميا أو شاهدا)، أو ما اذا كان ينبغي النص في الحكم على منع الموفق منعا باتا وصريحا من المشاركة في تلك الاجراءات اللاحقة. وفي كلتا الحالتين، ربما يود الفريق العامل اتاحة امكانية أن يعلو اتفاق الطرفين على ما يعتبر تعهدا أو على المنع. وفيما يتعلق بالتقييد الذي يخص جواز قبول شهادة الموفق في الاجراءات القضائية أو التحكيمية، ربما يود الفريق العامل أن يناقش مسألة ما اذا كان ينبغي توضيح هذا التقييد. فمثلا يمكن اعتبار أن الموفق قد يدعى الى الادلاء بالشهادة بشأن الوقائع المذكورة في المادة ٢٠ من قواعد الأونسيترال للتوفيق من أجل اثبات ظروف أخرى (كالاختيال).

٣٣- وثمة مسألة أخرى يمكن مناقشتها وهي ما اذا كان ينبغي حصر الحكم في مشاركة المحكم "بشأن نزاع هو موضوع اجراءات التحقيق". أي أنه، في حالة العقود المستقلة عن بعضها البعض لكنها وثيقة الصلة ببعضها البعض تجاريا ووقائعا، يمكن منع الموفق من المشاركة في الاجراءات التحكيمية أو القضائية فيما يخص أحد العقود لكنه لن يمنع من ذلك فيما يخص عقودا أخرى ذات صلة يمكن أن تنطبق عليها التحفظات ذاتها أو تحفظات شبيهة بها فيما يتعلق بمشاركة الموفق. وتوسيع هذا التقييد ليشمل مجموعة من العقود يثير أسئلة منها كيف تحدد الصلة بين العقود وهل إن الفوائد التي ينطوي عليها هذا الحكم ستسوغ القيود الناجمة عنه التي يمكن أن تكون بعيدة المدى؟

٣ - قابلية انفاذ اتفاقات التسوية

٣٤- أعرب عديد من الممارسين عن رأي مفاده أن جاذبية التوفيق ستزداد بقدر كبير اذا عوملت التسوية التي يتم التوصل اليها خلال التوفيق، لأغراض الانفاذ، كما لو كانت قرار تحكيم أو شبيهة به. فباخضاع تسويات التوفيق لقواعد الانفاذ التي تسري على قرارات التحكيم، يتسنى تبسيط وتعجيل انفاذ

هذه التسويات. وهذا سيعني في العادة أن المحكمة ستنفذ تسويات التوفيق دون إعادة إثارة مسائل قانونية وقائية أو موضوعية (باستثناء المسألة المحتملة المتعلقة بالسياسة العامة).

٣٥- ولدى تقييم الفوائد الناجمة عن اسناد صفة الصك الواجب الانفاذ الى التسوية التي يتم التوصل اليها في اجراءات التوفيق، يمكن أن يطرح السؤال بشأن ما اذا كان من المجدي اسناد تلك الصفة الى التسويات التوفيقية نظرا لأن أي تسوية، سواء أكانت أم لم تكن قد أبرمت خلال اجراءات التوفيق، ملزمة وواجبة النفاذ كعقد. ومن المسلم به أن من اليسير نسبيا في العادة الحصول على قرار قضائي أو قرار تحكيمي على أساس تسوية متفق عليها (وهذا على كل حال أيسر مقارنة بالحالة التي لا يكون فيها الطرفان قد توصلا الى تسوية). ومع ذلك، فإن تصور وجوب انفاق قدر من الوقت والمال في الاجراءات القضائية أو في التحكيم من أجل انفاذ تسوية يقلل من جاذبية اجراءات التوفيق. ووفقا لهذا التعليل، قدمت اقتراحات واعتمدت تشريعات في بعض الدول، سعيًا الى تيسير انفاذ التسويات التي يتم التوصل اليها في اجراءات التوفيق.

٣٦- وقد يتمثل أحد السبل الممكنة للحصول على صفة الصك الواجب الانفاذ وتجنب استهلال اجراءات تخاصمية في أن يقوم الطرفان اللذان توصلا الى تسوية بتعيين الموفق محكما وأن تقتصر اجراءات التحكيم على تدوين التسوية في شكل قرار تحكيم وفقا لشروط متفق عليها (مثلا هو منصوص عليه مثلا في المادة ٢٤ (١) من قواعد الأونسيترال للتحكيم). غير أن هذا النهج يمكن أن يضع عقبة محتملة في عدد من النظم القانونية التي يتعذر فيها استهلال اجراءات التحكيم حالما يتم التوصل الى تسوية تنهي النزاع. وتجنبنا لهذه العقبة، يمكن أن تأذن التشريعات صراحة لطرفي النزاع، بالرغم من اختفاء النزاع، أن يستهلا التحكيم لكي يطلبوا من المحكم (الذي قد يكون هو الموفق السابق) تدوين التسوية في شكل قرار تحكيم بموجب شروط متفق عليها.

٣٧- ومن أجل توفير حل دقيق، بحيث يتم تجنب الحاجة الى سن اجراءات تحكيم تحول التسوية الى قرار بموجب شروط متفق عليها، نصت بعض القوانين على أن اتفاق التسوية الذي يتم التوصل اليه في اجراءات التوفيق واجب الانفاذ بصفته قرار تحكيم. فوفقا لأحد القوانين، ينبغي أن يعامل اتفاق التسوية، لأغراض انفاذه في تلك الدولة، بصفته قرار تحكيم عملا باتفاق التحكيم ويجوز انفاذه بصفته تلك؛ وينص قانون آخر على أن اتفاق التسوية الكتابي ينبغي أن يمنح الصفة القانونية ذاتها والمفعول ذاته كما لو كان قرار تحكيم صادرا عن هيئة تحكيم بموجب شروط متفق عليها بشأن مضمون النزاع.

٣٨- والسؤال الذي يطرح بشأن الحكم التشريعي الذي يخضع التسويات التوفيقية لقواعد الانفاذ المنطبقة على قرارات التحكيم هو كيف يمكن التمييز بين التسويات التي ينبغي أن تكتسب هذه الصفة القانونية الخاصة والتسويات (التي قد يكون تم أو لم يتم التوصل اليها بمساعدة شخص ثالث) التي لا ينبغي أن تحظى بهذه الصفة القانونية الخاصة.

٣٩- والقوانين التي تتضمن حكما تشريعيا يخضع التسويات التوفيقية لأحكام الانفاذ التي تسري على قرارات التحكيم لا توفر تحديدا أو تمييزا متفردا ودقيقا بشأن التسويات التوفيقية هذه. ولكن يمكن أن تستشف الإجابة مما يلي: يتضمن القانون اجراءات بشأن التوفيق ويقضي بأن يكون الموفق شخصا مستقلا ونزيها، مع ما ينتج عن ذلك من أن التسويات التي تتم وفقا للاجراءات المبينة في القانون هي وحدها الواجبة الانفاذ بصفتها قرارا. ويضيف أحد القوانين اشتراطا يقضي بأن يقوم الموفق "بتصديق اتفاق التسوية وتزويد كل طرف في الاتفاق بنسخة منه". وتنص قوانين أخرى على أنه اذا "كانت نتيجة التوفيق مكتوبة وموقعا عليها من الموفق أو الموفقين والطرفين أو ممثليها، وجب أن يعامل الاتفاق الكتابي معاملة قرار التحكيم". وينص قانون آخر على أنه "اذا توصل الطرفان في اتفاق تحكيم" الى اتفاق بواسطة التوفيق أو غير ذلك في تسوية نزاعهما وأبرما اتفاقا كتابيا يتضمن أحكام التسوية، وجبت معاملة اتفاق التسوية معاملة القرار. ويمكن أن يستخلص من هذا الحكم أن اتفاقات التسوية التي يتوصل اليها الطرفان اللذان يبرمان اتفاق تحكيم هي وحدها التي تتمتع بالصفة القانونية الخاصة التي هي وجوب النفاذ طالما كان اتفاق التحكيم يشمل النزاع. أخيرا، توجد أحكام بشأن قابلية انفاذ التسويات التي يتم التوصل اليها في اجراءات التوفيق في القوانين المتعلقة بالتحكيم التجاري، مع ما يترتب على ذلك من أن التسويات التوفيقية في المسائل التجارية هي وحدها الواجبة الانفاذ بصفتها قرارات تحكيم.

٤٠- وقد تكون هنالك سمات اضافية يمكن النظر فيها بصفتها عناصر مميزة ممكنة للتسويات التي ينبغي انفاذها مثل قرارات التحكيم. واحدى هذه السمات قد تكون أن اتفاق التسوية الموقع عليه من الطرفين والموفق ينبغي أن يتضمن "شرطا بشأن وجوب الانفاذ"؛ وستكون ميزة هذا الاشتراط اخطار الطرفين بأنهما، بتوقيعهما على التسوية، يختاران اجراء انفاذا مختلفا عن الاجراءات المنطبقة عموما على انفاذ العقود.

٤١- وكما لوحظ أعلاه، تشمل "اجراءات التوفيق" أنواعا مختلفة من الاجراءات، منها تلك المشار اليها بتعبير "الوساطة". لذلك، يبدو أنه، أيا كان تعريف التسويات القابلة للانفاذ، من المستحسن التأكد من أن التعريف واسع بما فيه الكفاية لكي يشمل أي اجراءات، سواء أكانت أم لم تكن تسمى "توفيقا" طالما كانت هذه الاجراءات تتميز بتلك السمات المطلوبة. وعند النظر في وضع هذا التعريف، يمكن الاستيحاء من المادة ٧ من قواعد الأونسيترال للتوفيق (وهي مستنسخة في الفقرة ٦١ أدناه). وعلاوة على ذلك، ربما يود الفريق العامل أن يضع في اعتباره أنه، حسبما يتخذ من قرارات بشأن المسائل الأخرى المتعلقة بالتوفيق والمبينة أدناه، يمكن أن تكون الطريقة التي يعرف بها التوفيق هامة لمسائل الانطباق.

٤٢- والمسألة الاضافية والهامة عمليا التي ربما يود الفريق العامل مناقشتها هي ما اذا كان ينبغي أن تتمتع اتفاقات التسوية التي يعلن القانون عن قابلية انفاذها في أحد البلدان بالصفة القانونية ذاتها أو بصفة قانونية مماثلة لها في بلدان أخرى. فاذا كانت هذه الآثار الدولية للانفاذ متوخاة، فقد تبدو المعاهدة أداة تقليدية لتحقيق هذا الهدف. ومع أن اليقين الذي تتسم به المعاهدة يمكن أن يبدو ميزة،

فان عيب المعاهدة يكمن مثلاً في صعوبة اعتمادها من قبل عدد كاف من البلدان في فترة زمنية منظورة. لذلك ربما يود الفريق العامل أن يعتبر الأحكام التشريعية النموذجية أداة ملائمة لتحقيق الاتساق، بالشكل ذاته الذي استعملت به المادتان ٣٥ و ٣٦ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي لتنظيم انفاذ قرارات التحكيم الداخلية والأجنبية.

٤ - مسائل أخرى يمكن النظر في تحقيق الاتساق بينها

٤٣- إضافة الى مناقشة امكانية وضع أحكام موحدة بشأن المواضيع الآتية الذكر، ربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما اذا كان من المفيد، بغية تشجيع وتيسير تسوية النزاعات بواسطة اجراءات التوفيق، اعداد أحكام نموذجية متناسقة بشأن المسائل الأخرى ذات الصلة، المبينة أدناه.

(أ) جواز قبول التوفيق بواسطة المحكمين أو مدى استحسانه

٤٤- لا تتناول قواعد الأونسيترال للتحكيم مسألة ما اذا كان يجوز للمحكم أن يثير امكانية التسوية أثناء اجراءات التحكيم، والى أي مدى يجوز له ذلك.

٤٥- وقد أشير في ملحوظات الأونسيترال عن تنظيم اجراءات التحكيم الى ما يلي:

"تختلف المواقف بشأن ما اذا كان من الملائم أن تذكر هيئة التحكيم امكانية التسوية. وبالنظر الى تباين الممارسات في هذا الصدد، ينبغي لهيئة التحكيم أن لا تقترح عقد مفاوضات للتسوية الا بحذر. غير أنه قد يكون من الملائم أن تضع هيئة التحكيم الجدول الزمني للاجراءات بطريقة قد تيسر مواصلة مفاوضات التسوية أو بدءها" (الفقرة ٤٧)

٤٦- وقد اعتمدت بعض الدول التي ترغب في توضيح أنه، رهنا باتفاق الطرفين، اذا يسر المحكمون التسوية لم يكن ذلك انتهاكا لاجراءات التحكيم، أحكاما منها أن قيام هيئة التحكيم بالتشجيع على تسوية النزاع لا يتنافى مع اتفاق التحكيم، وأنه يجوز لهيئة التحكيم، بموافقة الطرفين، أن تلجأ الى الوساطة أو التوفيق أو غير ذلك من الاجراءات للتشجيع على التسوية.

٤٧- وذهبت ولايات قضائية أخرى الى أبعد من ذلك فأدرجت في قوانينها أحكاما تشجع هيئة التحكيم على التوفيق بين الأطراف دون أن تربط بشكل صريح ذلك التشجيع بموافقة الطرفين.

٤٨- ونظرا لاختلاف الممارسات والمواقف بشأن هذه المسألة، قد يكون من الصعب صوغ قاعدة موحدة وواحدة تجتنب القدر ذاته من التأييد في مختلف الولايات القضائية. ولكن، اذا رأى الفريق العامل ضرورة اعداد حكم أو أحكام تشريعية نموذجية، فقد يكون من المفيد التمييز بين ثلاثة مفاهيم ممكنة للحكم.

فوفقاً لأحد المفاهيم، يكون الحكم مقصوراً على الاعتراف بأنه يجوز لهيئة التحكيم أن تدير الإجراءات وتنظم جدولها الزمني بشكل ييسر مفاوضات التسوية، دون أن تقترحها أو تشارك فيها. ويمكن أن يتمثل أحد المفاهيم الأخرى في الاعتراف بالصلاحيات التقديرية للمحكمة في إيصال الطرفين بمحاولة تسوية النزاع، ولكن لا ينبغي لهيئة التحكيم أن تشارك في المفاوضات. أما المفهوم الثالث فيمكن أن يتمثل في النص على أن توجيه اقتراح إلى الطرفين بتسوية النزاع، والقيام، في حدود موافقة الطرفين على ذلك، بالمشاركة في الجهود الرامية إلى التوصل إلى تسوية متفق عليها، لا يتنافيان مع دور هيئة التحكيم.

(ب) أثر الاتفاق على التوفيق في الإجراءات القضائية أو التحكيمية

٤٩- تنص المادة ١٦ من قواعد الأونسيترال للتوفيق على ما يلي:

"يتعهد الطرفان بعدم الشروع، في أثناء إجراءات التوفيق، بأي إجراءات تحكيمية أو قضائية فيما يتعلق بنزاع يكون موضوعاً لإجراءات التوفيق؛ إلا أنه يجوز لأي من الطرفين أن يشرع في إجراءات تحكيمية أو قضائية حيثما كانت هذه الإجراءات، في رأيه، ضرورية للمحافظة على حقوقه."

٥٠- وقد اعتمدت بعض الولايات القضائية أحكاماً تشريعية مصوغة على غرار هذه القاعدة؛ ولكن، بدلاً من النص على تعهد الطرفين مثلما هو وارد في المادة ١٦ الآنفة الذكر، نصت على أنه لا يجوز للطرفين، خلال إجراءات التوفيق، أن تستهل أي إجراءات تحكيمية أو قضائية فيما يتعلق بنزاع خاضع لإجراءات التوفيق، باستثناء الحالة التي يجوز فيها لأحد الطرفين استهلال إجراءات قضائية أو تحكيمية عندما يعتقد أن هذه الإجراءات ضرورية لصون حقوقه. غير أن هنالك قوانين أخرى نصت على أن اتفاق التوفيق يعتبر اتفاقاً على وقف كل الإجراءات القضائية أو التحكيمية منذ بدء التوفيق إلى حين إنهائه. ويبدو أن تعبير "الوقف" ينبغي أن يفهم في تلك القوانين بأنه وقف لأي إجراءات قضائية أو تحكيمية موجودة وكذلك بأنه منع من استهلال إجراء جديد. وإذا رأى الفريق العامل أن من المستحسن إعداد حكم موحد يقيد حرية الطرفين في استهلال إجراءات قضائية أو تحكيمية، فقد يكون من الضروري تحديد اللحظة التي تعتبر فيها إجراءات التوفيق قد بدأت (يمكن استichاء هذا التحديد من المادة ٢ من قواعد الأونسيترال بشأن التوفيق).

٥١- وبالقدر الذي تجيز به قواعد التوفيق التي يتفق عليها الطرفان بشكل صريح لأحد الطرفين إنهاء التوفيق في أي وقت (أما بشكل غير رسمي أو بإعلان مكتوب) أو تفترض فيه أنه يجوز له ذلك، سيكون للحكم التشريعي الذي يمنع من بدء إجراءات قضائية أو تحكيمية أثر قليل من حيث أنه سيكون بإمكان الطرف المعني تجاوز العقبة بإنهاء إجراءات التوفيق. ولكن، إذا اعتبرت المشاركة في إجراءات التوفيق الزامية (وهذا ما ينص عليه القانون ويفرض بشأنه فترات الزامية في بعض الدول) أو كانت هنالك قيود

على الحق في إنهاء إجراءات التوفيق (مثلاً، قبل صدور اقتراح التسوية الأول)، فإن وضع حكم تشريعي مصوغ على غرار المادة ١٦ من قواعد الأونسيترال للتوفيق يمكن أن يشكل عقبة حقيقية أمام بدء إجراءات قضائية أو تحكيمية.

٥٢- وتتباين المواقف في القوانين الوطنية بشأن الطبيعة الإلزامية للاتفاق على استعمال إجراءات التوفيق أو بشأن الواجب القانوني للاتفاق على استعمال إجراءات التوفيق قبل اللجوء إلى الإجراءات التخاصمية. وقد اعتمدت بعض البلدان المفهوم الذي مفاده أن طرفي النزاع ملزمان بالمشاركة في إجراءات التوفيق من أجل تعزيز التوفيق والتقليل من الإجراءات التخاصمية القضائية أو التحكيمية. وفي هذا الضوء، ربما يود الفريق العامل أن يجمع بين مداولاته بشأن إمكانية وضع حكم تشريعي نموذجي يقيد بدء الإجراءات القضائية أو التحكيمية ومناقشة ما إذا كان مستصوباً (والى أي مدى) اعتبار اتفاق الطرفين على استعمال إجراءات التوفيق إلزامياً (من حيث أن حق أحد الطرفين في رفض التوفيق أو إنهاء التوفيق سيكون خاضعاً لفترات زمنية أو لشروط)، وما إذا كان من المستحب أن تقدم اللجنة إلى المشترعين إرشادات متساوقة في هذا الشأن. أما الموقف المتخذ في قواعد الأونسيترال للتوفيق فيما يتعلق بهذه المسألة الأخيرة فهو أنه يجوز لأحد الطرفين في أي وقت إنهاء إجراءات التوفيق بإعلان كتابي يوجهه إلى الطرف الآخر وإلى الموفق. والسبب الرئيسي لهذا النهج هو أنه، بالرغم من السياسة العامة التي مفادها أنه ينبغي حفز التوفيق، فليس من المرجح أن تكلل بالنجاح إجراءات التوفيق في النزاع الذي لا يبدي فيه أحد الطرفين رغبة في التوصل إلى تسوية وأن الوقت والمال المنفقين في هذه الحالات يكونان على الأرجح قد أهدرا سدى.

(ج) أثر التوفيق في سريان فترة التقادم

٥٣- تقوم المادة ١٦ من قواعد الأونسيترال للتوفيق، التي ذكرت في الفقرة ٤٩ أعلاه، على الافتراض الذي مفاده أن إجراءات التوفيق لا تعطل سريان فترة التقادم. والهدف من المادة ١٦ هو التمكين من مواصلة إجراءات التوفيق وتمكين الدائن في الوقت ذاته من صون حقوقه ببدء إجراءات قضائية أو تحكيمية. فلولا المادة ١٦ لكانت هنالك احتمالات أن يجد الدائن نفسه في وضع مكروه يرى فيه أن من الأفضل له أن ينهي إجراءات التوفيق ويبدأ إجراءات قضائية أو تحكيمية، وذلك ليس لأن التوفيق لا يتيح أملاً في النجاح، بل لأن الدائن لا يود أن يجازف في حال اخفاق التوفيق وتصبح حقوقه غير قابلة للإنفاذ نتيجة لانقضاء فترة التقادم. وفي بعض النظم القانونية، يجوز للدائن والمدين معالجة هذه المعضلة بالاتفاق على تمديد سريان فترة التقادم؛ فمن شأن هذا الاتفاق أن يمكن الدائن من مواصلة المشاركة في إجراءات التوفيق دون المجازفة بفقدان حقه نتيجة لانقضاء فترة زمنية. غير أن هذه الترتيبات بين الدائن والمدين ليست جائزة في كل النظم القانونية.

٥٤- وقيل إن السماح ببدء إجراءات تحكيمية أو قضائية، ولو كان ذلك لغرض صون الحقوق لا غير، ستترتب عليه تكاليف ويمكن أن يبطل الروح التوفيقية بين الطرفين. لذلك ارتئي من الأفضل أن يفضي

بدء اجراءات التوفيق ذاتها، باعمال القانون، الى تعطيل سريان فترة التقادم. وقد اعتمدت بعض الولايات القضائية تشريعات في هذا الاتجاه.

٥٥- وربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما اذا كان من المفيد اعداد حكم موحد بشأن أثر التوفيق في سريان فترة التقادم. فاذا خلص الى أن هذا الحكم مستحسن، وجب أن يؤخذ في الاعتبار أنه ينبغي لهذا الحكم أن يشمل كل الفترات الزمنية التي يمكن أن يؤثر انقضاؤها في الحقوق، كفترات التقادم.

(د) اتصال الموفق بالطرفين؛ افشاء المعلومات

٥٦- في اجراءات التحكيم، يجب على المحكم أن يعامل الطرفين على قدم المساواة ويجب أن تتاح لكل واحد من الطرفين الفرصة الكاملة لعرض قضيته. وهذا المبدأ (المجسد في المادة ١٨ من قانون الأونسيترال النموذجي) يمنع المحكم من الاتصال بأحد الطرفين أو الاجتماع به دون الطرف الآخر. لكن هذه القاعدة الصارمة لا تعتبر ضرورية في اجراءات التوفيق (التي لا يمكن فيها حل النزاع الا باتفاق الطرفين خلافا للقرار الذي يكون ملزما)، بل وثمة رأي واسع النطاق بأن من الجائز للموفق أن يجتمع أو يتصل بالطرفين معا أو بكل واحد على حدة. وامكانية هذا الاتصال بين الموفق وكل طرف على حدة منصوص عليها في المادة ٩ (١) من قواعد الأونسيترال للتوفيق، حيث انها تنص على ما يلي:

"للموفق أن يدعو الطرفين الى الاجتماع به، كما له أن يتصل بهما شفاها أو كتابة. وله أن يجتمع بالطرفين أو يتصل بهما مجتمعين أو على انفراد."

٥٧- وقد أدرجت بعض الدول هذا المبدأ في قوانينها الوطنية المتعلقة بالتوفيق، وذلك بالنص على جواز اتصال الموفق بالطرفين معا أو بكل منهما على حدة.

٥٨- وثمة انعكاس آخر لمبدأ المساواة بين الطرفين وهو المبدأ المقبول عموما بأنه جزء أساسي من اجراءات التحكيم (وهو وارد في المادة ٢٤ من قانون الأونسيترال النموذجي)، ومفاده أن أي معلومات وقائية عن النزاع تتلقاها هيئة التحكيم من أحد الطرفين يجب أن يبلغ الطرف الآخر بها بحيث تتاح لكل من الطرفين فرصة كاملة لعرض قضيته. وهنا أيضا، يعتبر جائزا، في اجراءات التوفيق مراعاة قدر من المرونة في هذا المبدأ. فالمادة ١٠ من قواعد الأونسيترال للتوفيق تنص على ما يلي:

"عندما يتسلم الموفق من أحد الطرفين معلومات وقائية بشأن النزاع، يبلغ فحوى تلك المعلومات الى الطرف الآخر حتى تتاح لكل طرف فرصة تقديم ما يراه مناسبا من ايضاح. بيد أنه عندما يعطي أحد الطرفين معلومات الى الموفق بشرط بقائها سرية، لا يبلغ الموفق تلك المعلومات الى الطرف الآخر."

٥٩- وقد أدرجت بعض الدول المبدأ الوارد في المادة ١٠ من قواعد الأونسيترال للتوفيق في قانونها المتعلق بالتوفيق. والمسألة التي تبرز فيما يتصل بهذا الحكم تتعلق بالحالة التي يصبح فيها الموفق الذي حصل على معلومات رهنا بشرط محدد بالحفاظ على سرية تلك المعلومات، محكما بعد ذلك في النزاع ذاته (لأن التوفيق لم يكلل بالنجاح ولأن الموفق عين حسب الأصول محكما). ففي هذه الحالة، قد يعتبر ملائما أو لزاما أن تتاح المعلومات لكل الأطراف وفقا للمبادئ العامة المنطبقة على إجراءات التحكيم. وتنص بعض القوانين التي تجيز للموفق أن يتلقى معلومات رهنا بشرط محدد بالحفاظ على سريتها، على أنه عندما تنتهي إجراءات التوفيق دون تسوية يجب على المحكم الذي تلقى هذه المعلومات أن يفشي منها القدر الذي يعتبره أساسيا لإجراءات التحكيم.

٦٠- وربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما إذا كان من المفيد صوغ ما يلي: (أ) حكم نمونجي يسمح للموفق بالاجتماع أو الاتصال بالطرفين معا أو بكل منهما على حدة و (ب) حكم نمونجي ينص على ألا يفشي الموفق على كل الأطراف المعلومات التي يتلقاها من أحد الأطراف، رهنا بشرط محدد بالحفاظ على السرية. وتتمثل الفائدة المحتملة لأحكام من هذا القبيل في أنها ستبديد الشك حول ملائمة إجراءات كالتى هي واردة في المادتين ٩ و ١٠ من قواعد الأونسيترال للتوفيق وفي أنه، بقدر ما تكون هنالك آثار للتوفيق (كقابلية انفاذ اتفاق تسوية أو وقف فترة التقادم)، لن يقع التشكيك في تلك الآثار إذا استعملت تلك الاجراءات.

(هـ) دور الموفق

٦١- كثيرا ما تتضمن قواعد التوفيق مبادئ ينبغي أن ترشد الموفق في تسيير الاجراءات. فالمادة ٧ مثلا من قواعد الأونسيترال للتوفيق تنص على ما يلي:

"(١) يساعد الموفق الطرفين في محاولتهما للوصول الى تسوية للنزاع بأسلوب يتسم بالاستقلال والحياد.

"(٢) يسترشد الموفق بمبادئ الموضوعية والنزاهة والعدالة، أخذا بعين الاعتبار، في جملة أمور، حقوق والتزامات الطرفين والعادات المتبعة في العمل التجاري المماثل والظروف المحيطة بالنزاع، بما في ذلك العادات التجارية السابقة بين الطرفين.

"(٣) للموفق أن ينفذ اجراءات التوفيق وفق الطريقة التي يراها مناسبة، أخذا في الحسبان الظروف المحيطة بالقضية، والرغبات التي يعبر عنها الطرفان بما في ذلك أي طلب من طرف بأن يستمع الموفق الى بيانات شفوية، والحاجة الى السرعة في تسوية النزاع.

"(٤) للموفق، في أي من مر احل اجراءات التوفيق، أن يتقدم بمقترحات لتسوية النزاع، ولا حاجة لأن تكون هذه المقترحات مكتوبة أو مشفوعة ببيان أسبابها."

٦٢- وقد أدرجت بعض القوانين الوطنية بعض هذه المبادئ التوجيهية في قوانينها بشأن التوفيق. وربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما اذا كان من المفيد صوغ حكم نموذجي يبين هذه المبادئ. ويمكن أن يكون حكم من هذا القبيل مفيدا من حيث أنه سيساهم في تحقيق الاتساق بين معايير التوفيق وبالتالي سيسر ويروج استعماله في التجارة الدولية.

ثانيا- قابلية انفاذ تدابير الحماية المؤقتة

ألف- ملاحظات عامة

٦٣- كثيرا ما تأمر هيئات التحكيم، بتدابير حمائية مؤقتة، استجابة لطلب أحد الطرفين قبل اصدار قرار في النزاع. وهذه التدابير التي تستهدف أحد الطرفين أو كليهما، يشار اليها بعبارات مثل "تدابير الحماية المؤقتة" أو "الأوامر المؤقتة" أو "القرارات المؤقتة" أو "التدابير الوقائية" أو "التدابير الزجرية المؤقتة". ولهذه التدابير أهداف مختلفة يمكن أن تشمل ما يلي:

(أ) التدابير الرامية الى تيسير تسيير اجراءات التحكيم، ومنها الأوامر التي تقتضي من أحد الطرفين أن يتيح أخذ بعض الأدلة (كأن يسمح بالوصول الى المقر لتفتيش سلع أو ممتلكات أو وثائق معينة)؛ والأوامر الموجهة الى أحد الطرفين لكي يحافظ على الأدلة (مثلا ألا يدخل تغييرات على الموقع)؛ والأوامر الموجهة الى الطرفين وسائر المشاركين في اجراءات التحكيم لحماية خصوصية الاجراءات (مثل حفظ الملفات في مكان معين، سواء أكان مقفلا أم لا، أو عدم البوح بموعد ومكان جلسات الاستماع)؛

(ب) التدابير الرامية الى تجنب الخسارة أو الضرر والتدابير الرامية الى الحفاظ على حالة معينة للأمور الى أن يتم حل النزاع، ومن ذلك الأوامر القاضية بمواصلة أداء عقد خلال اجراءات التحكيم (كأن يوجه أمر الى أحد المتعاقدين بمواصلة أشغال التشييد بالرغم من مطالبته بأنه يحق له وقف الأشغال)؛ والأوامر القاضية بالامتناع عن اتخاذ اجراء الى حين صدور قرار التحكيم؛ والأوامر القاضية بحماية السلع (مثلا باتخاذ تدابير محددة بشأن السلامة، أو بيع السلع القابلة للتلف، أو تعيين مدير للأصول)؛ والأوامر القاضية باتخاذ اجراءات ملائمة لتجنب فقدان حق (مثلا دفع الرسوم اللازمة لتمديد صلاحية حق في الملكية الفكرية)؛ والأوامر المتعلقة بتطهير موقع ملوث؛

(ج) التدابير الرامية الى تيسير الانفاذ اللاحق لقرار تحكيم، ومن ذلك الحجز على الأصول وغير ذلك من الأفعال التي يسعى من خلالها الى صون الأصول في الولاية القضائية التي سيسعى فيها الى انفاذ قرار التحكيم (ويمكن أن يتعلق هذا الحجز بالملكيات المادية أو الحسابات المصرفية أو المطالبات بالدفع)؛ والأوامر القضائية بعدم نقل الأصول أو الأشياء التي هي موضوع النزاع الى خارج ولاية قضائية ما؛ والأوامر القضائية بأن يودع المبلغ المتنازع عليه في حساب مشترك أو بأن تودع الملكيات المتنقلة التي هي موضوع النزاع لدى شخص ثالث؛ والأوامر الموجهة الى أحد الطرفين أو كليهما بتوفير ضمان (كفالة مثلا) بشأن تكاليف التحكيم أو الأوامر القضائية بتوفير ضمان بشأن المبلغ الكامل أو جزء من المبلغ الذي يكون الطرف مطالبا به.

٦٤- ويمكن أن تخص تدابير الحماية المؤقتة الأصول أو الملكيات الواقعة في الولاية القضائية التي يحصل فيها التحكيم أو خارج تلك الولاية القضائية.

٦٥- ومجموعة تدابير الحماية المؤقتة الممكنة، التي ذكرت آنفا، ليست حصرية. فقواعد التحكيم التي تنص على اتخاذها لا توفر في العادة تحديدا دقيقا وسريعا لنطاق التدابير التي يمكن أن تتخذها هيئة التحكيم. فالصيغ الواردة في قواعد التحكيم عامة في كثير من الأحيان؛ فهي تنص مثلا على أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تنفذ التدابير المؤقتة التي تعتبرها ضرورية بشأن المسألة التي هي موضوع النزاع؛ وفي بعض الحالات، تدرج أمثلة عن التدابير التي يمكن الأمر بها (مثلا المادة ٢٦ (١) من قواعد الأونسيترال للتحكيم. وبعض القواعد تمنح هيئة التحكيم صلاحية عامة أن تأمر على أساس مؤقت، ورهنا بالتحديد النهائي في قرار التحكيم، بأي انتصاف تكون لهيئة التحكيم صلاحية منحه في قرار التحكيم.

٦٦- والطبيعة المؤقتة لتدابير الحماية مجسدة في التوقع (الذي هو مبين أيضا في بعض قوانين التحكيم) بأن أي تدبير مؤقت تأمر به هيئة التحكيم يمكن لها اعادة النظر فيه وتعديله وبأنه ينبغي أن يخضع، في كل الأحوال، لقرارها النهائي، على أن يراعى في قرار التحكيم أي تدبير حمائي مؤقت كان قد أمر به سابقا. غير أن التدبير المؤقت، في حد ذاته، يمكن أن تكون له نتائج نهائية وهامة لا يمكن عكسها حتى اذا عدل التدبير لاحقا أو تبين أنه غير ضروري في ضوء القرار النهائي.

٦٧- وتتخذ بعض تدابير الحماية المؤقتة بناء على طلب طرف واحد، أي لدى تقديم أحد الطرفين طلبا في هذا الخصوص ودون الاستماع الى الطرف المعني الآخر قبل الأمر باتخاذ التدبير. ولا تتضمن نظم التحكيم في العادة أحكاما بشأن امكانية الأمر باتخاذ تدابير بناء على طلب طرف واحد ما يلي: اظهار أن تلفا أو ضررا لا يمكن اصلاحه سيحصل اذا لم يتخذ التدبير، والاستعجال الخاص الذي لا يتيح فرصة الاستماع الى الطرف الآخر (مثلا التدابير المتعلقة بالسلع القابلة للتلف) أو الرغبة في عدم تقديم اشعار مسبق بالتدبير الى الطرف الذي يستهدفه التدبير (مثلا من شأن عقد جلسة استماع بشأن التدبير الملمس بعدم نقل الأصول من الولاية القضائية أن يمكن الطرف من نقل الأصول قبل صدور الأمر بشأن هذا التدبير).

٦٨- وفي العادة، لا تتضمن الأحكام القانونية التي تسري على إجراءات التحكيم ولا قواعد التحكيم أحكاماً صريحة بشأن ما إذا كان ينبغي أن يبين القرار المتعلق بتدبير الحماية المؤقت الأسباب التي يستند إليها. وتصدر هيئات التحكيم بوجه عام فيما يبدو قرارات منطقية.

باء- صلاحية الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة

٦٩- لا توجد حلول تشريعية موحدة بشأن الصلاحية التي تملكها هيئة التحكيم لإصدار أمر باتخاذ تدابير حماية مؤقتة. وهذه الصلاحية ضمنية في بعض الولايات القضائية. وتوجد في ولايات قضائية أخرى أحكام صريحة تخول هيئة التحكيم صلاحية الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة. وهذا هو الحال مثلاً في الولايات القضائية التي اعتمدت تشريعات تستند إلى قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي. فالمادة ١٧ من القانون النموذجي تنص على ما يلي:

"يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أيًا من الطرفين، بناءً على طلب أحدهما، باتخاذ أي تدبير وقائي مؤقت تراه ضرورياً بالنسبة إلى موضوع النزاع، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، ولهيئة التحكيم أن تطلب من أي من الطرفين تقديم ضمان مناسب فيما يتصل بهذا التدبير."

٧٠- ووفقاً لبعض قوانين التحكيم، تتوقف صلاحية هيئة التحكيم لإصدار أمر باتخاذ تدابير حماية مؤقتة على اتفاق الطرفين، ويقتصر القانون على الاعتراف بنفاذ مفعول اتفاق الطرفين على منح هيئة التحكيم هذه الصلاحية. وثمة أيضاً ولايات قضائية يعتبر فيها أن هيئة التحكيم لا تملك صلاحية الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة وأنه لا يجوز للطرفين منح هيئة التحكيم هذه الصلاحية.

٧١- ووفقاً لمجموعات عديدة من قواعد التحكيم، تُسند إلى هيئة التحكيم صلاحية الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة. فمثلاً، تنص المادة ٢٦ (١) من قواعد الأونسيترال بشأن التحكيم على ما يلي:

"لهيئة التحكيم أن تتخذ، بناءً على طلب أحد الطرفين، ما تراه ضرورياً من تدابير مؤقتة بشأن الموضوع محل النزاع، بما في ذلك إجراءات المحافظة على البضائع المتنازع عليها، كالأمر بإيداعها لدى الغير أو بيع السلع القابلة للتلف."

٧٢- وفي ولايات قضائية عديدة، يستطيع الطرفان الاختيار بين التماس تدبير حمائي مؤقت من هيئة التحكيم والتماسه من محكمة. وعندما لا تكون هيئة التحكيم قد أنشئت بعد، ويؤدي أحد الطرفين رغبته في صدور تدبير حمائي مؤقت، فإن التماس ذلك من المحكمة هو الامكانية الوحيدة. وهذه الامكانية بشأن التماس تدبير مؤقت من هيئة التحكيم أو من المحكمة متوخاة أيضاً في قانون الأونسيترال النموذجي الذي، فضلاً عن كونه يخول هيئة التحكيم أن تصدر تدابير مؤقتة (أنظر المادة ١٧ المستنسخة أعلاه)، ينص في المادة ٩ على ما يلي:

"لا يعتبر مناقضا لاتفاق التحكيم أن يطلب أحد الطرفين، قبل بدء اجراءات التحكيم أو في أثنائها، من احدى المحاكم أن تتخذ اجراء وقائيا مؤقتا، وأن تتخذ المحكمة اجراء بناء على هذا الطلب."

فالمادة ٩ من القانون النموذجي تقتصر على اعلان أن اصدار المحكمة تدبيرا مؤقتا لا يتناقض مع اتفاق التحكيم. ويترك للأحكام التشريعية خارج نطاق القانون النموذجي البت في مسألة ما اذا كانت المحكمة مخولة فعلا أن تصدر هذا التدبير لصالح تحكيم جار والى أي مدى لها صلاحية ذلك.

جيم- الحجج الداعمة لوجوب انفاذ التدابير المؤقتة التي تأمر بها هيئة التحكيم

٧٣- نظرا لأن المحكمين لا يملكون صلاحيات قسرية لانفاذ تدابير الحماية المؤقتة، رأى الممارسون في ولايات قضائية مختلفة في الأعوام الأخيرة أن مسألة انفاذ مفعول تدابير الحماية المؤقتة مسألة تعود بالنظر الى المشرعين. والحاجة الى انفاذ المفعول مدعومة في العادة بحجج منها أن القرار النهائي يمكن أن يكون قليل القيمة للطرف الفائز اذا تصرف الطرف المعاند على نحو يجعل نتائج الاجراءات الى حد كبير غير مجدية (مثلا بتبديد الأصول أو نقلها من الولاية القضائية)؛ أو أن التلف أو الضرر الذي يمكن تفاديه لا ينبغي السماح بحصوله (مثلا اذا رفض أحد الطرفين اتخاذ تدابير احتياطية في موقع التشييد أو انقطع عن مواصلة أشغال التشييد بينما يجري حل النزاع). ورئي بالتالي أن الأمر المؤقت يمكن أن يكون في الممارسة في أهمية قرار التحكيم في بعض الحالات.

٧٤- وفيما يتصل بالحجج المؤيدة لانفاذ مفعول تدابير الحماية المؤقتة، أشير الى أن التحكيمات الدولية كثيرا ما تقع في أماكن لا يكون فيها لأي من الطرفين أصول أو عمليات تجارية (وهي ما يسمى الأماكن "المحايدة"). وهذا يعني في كثير من الأحيان أن الاجراءات التي ستتخذ عملا بتدبير مؤقت تأمر به هيئة التحكيم يجب أن تتخذ خارج الولاية القضائية التي يحصل فيها التحكيم. لذلك، وبقدر ما يمكن انشاء نظام للمساعدة القضائية على انفاذ التدابير المؤقتة، ينبغي أن تكون هنالك امكانية الانفاذ من جانب المحاكم في دولة التحكيم وخارجها أيضا.

٧٥- ولكن، ينبغي الإشارة الى أنه، كمسألة عملية، كثيرا ما تكون التدابير المؤقتة الصادرة عن هيئات التحكيم نافذة بدون أي قسر من المحكمة. ومن الظروف التي تعزز نفاذ التدابير، مثلا، أن الطرف لا يرغب في اثاره استياء هيئة التحكيم، التي يرغب الطرف في اقناعها بأن موقفه مبرر؛ وأن هيئة التحكيم يمكن أن تستنتج استنتاجات سلبية من رفض الامتثال للتدبير (مثلا في حال صدور أمر بالحفاظ على أدلة معينة)؛ وأن هيئة التحكيم قد تعتمد الى اصدار قرار تحكيم استنادا الى الأشياء الملموسة المعروضة أمامها؛ وأن هيئة التحكيم قد تحمّل الطرف المعاند المسؤولية عن التكاليف أو الأضرار الناشئة عن عدم امتثاله للتدبير وتضمن قرار التحكيم تلك المسؤولية. ومع ذلك، أشير الى أن هنالك

حالات كثيرة تظل فيها تدابير الحماية المؤقتة غير مكثرت بها، وأن الحوافز الآنف الذكر قد لا تكون كافية أو فعالة.

٧٦- ويقترح البعض أنه ينبغي لطرفي التحكيم اللذين هما في حاجة الى تدابير مؤقتة واجبة النفاذ أن يلجأ الى القضاء، مثلما هو ممكن بموجب العديد من القوانين الوطنية. ولكن أشير في الرد على ذلك الى أن هذا يمكن أن يثير صعوبات. فمثلا، قد يكون الحصول على تدبير من المحكمة عملية طويلة الأمد بوجه خاص، لأن المحكمة قد تشترط حججا بشأن المسألة أو لأن قرار المحكمة قابل للاستئناف. وعلاوة على ذلك، فإن المحاكم التي توجد في مكان التحكيم قد لا يكون لها اختصاص فعلي يسري على الطرفين أو على الأصول. ونظرا لأن التحكيم كثيرا ما تجرى في دولة لا يعنىها موضوع النزاع الا قليلا أو لا يعنىها البتة، فإن الأمر قد يقتضي التقدم الى محكمة أخرى بطلب للنظر في اصدار تدبير واصله فعلا. وعلاوة على ذلك، فإن القانون في بعض الولايات القضائية قد لا يتيح للطرفين خيار أن يطلبوا من المحكمة اصدار تدابير حمائية مؤقتة، بحجة أن الطرفين، باتفاقهما على التحكيم، يعتبران قد استبعدا المحاكم من التدخل في النزاع؛ وحتى اذا كان للمحاكم الاختصاص الذي يكفل لها صلاحية الأمر بتدبير موقت، فيمكن أن تكون المحكمة راغبة عن اصدار هذا الأمر بحجة أن من الأنسب أن تفعل هيئة التحكيم ذلك.

٧٧- لذلك ارتئي أن الموارد ستستخدم بمزيد من الفعالية اذا استطاع الطرفان تقديم طلباتهما بشأن التدابير المؤقتة الى هيئة التحكيم مباشرة بدلا من تقديمها الى المحكمة، واذا كانت التدابير واجبة النفاذ بتدخل المحكمة على نحو عاجل. وقيل ان هذه الامكانية مرغوبة، خصوصا وأن هيئة التحكيم ملزمة بالقضية وكثيرا ما يجري اطلاعها فنيا بموضوع النزاع وتستطيع أن تتخذ قرارا في وقت أقصر من المحكمة.

٧٨- وعند مناقشة هذه الحجج، ربما يود الفريق العامل أن يضع في اعتباره أن الحاجة الى انفاذ مفعول التدابير المؤقتة انفاذا ناجحا بدعم من المحكمة ليست هي ذاتها فيما يتعلق بجميع التدابير المؤقتة التي قد تصدرها هيئة التحكيم. فمثلا، عندما تأمر هيئات التحكيم بالتدابير المؤقتة المشار اليها في البند (أ) في الفقرة ٦٣ (التدابير الرامية الى تيسير تسيير اجراءات التحكيم)، ولا يمثل أحد الطرفين لأحد هذه التدابير، فيجوز لهيئة التحكيم أن "تستنتج استنتاجات سلبية" من عدم الامتثال هذا وأن تصدر قرار التحكيم استنادا الى المعلومات والأدلة المعروضة عليها. اضافة الى ذلك أو كبديل لذلك، يمكن أن تضع هيئة التحكيم في اعتبارها عدم امتثال الطرف للتدبير في قرارها النهائي بشأن تكاليف الاجراءات. وبالتالي، وفيما يتعلق بهذه الأنواع من التدابير، يمكن أن يكون لهيئة التحكيم نفوذ هام على الطرفين مما يقلل من الحاجة الى تدخل المحكمة.

٧٩- وعندما يكون التدبير من النوع المذكور في البند (ب) في الفقرة ٦٣ (التدبير الرامي الى تجنب تلف أو ضرر لا يمكن اصلاحه أو الحفاظ على حالة معينة للأمور ريثما يتم حل النزاع)، فستكون هيئة

التحكيم في العادة قادرة أيضا على تحميل الطرف المسؤولية عن التكاليف أو الأضرار الناجمة عن عدم الامتثال للأمر. غير أنه، بالرغم من امكانية تحميل المسؤولية عن الخسائر أو الأضرار، يمكن أن يترتب على عدم الامتثال للتدبير نتائج جسيمة لا يمكن اصلاحها، ويمكن أن يعتبر في صالح ادارة شؤون العدالة ادارة سليمة أن تكون هنالك امكانية وجود مساعدة من المحكمة في انفاذ تدبير من هذا القبيل تأمر به هيئة التحكيم.

٨٠- وعندما يكون التدبير واحدا من التدابير المذكورة في البند (ج) في الفقرة ٦٣ (التدبير الرامي الى تيسير انفاذ قرار التحكيم في فترة لاحقة)، ويكون أحد الطرفين عاقدا العزم على محاولة احباط انفاذ قرار التحكيم، فقد لا يكون لهيئة التحكيم أو للطرف المهتم أي سبيل فعلي لتجنب النتائج السلبية المترتبة على عدم امتثال الطرف للتدبير المؤقت. وهذا يمكن أن يعني، في الممارسة، أن قرار التحكيم سيظل الى حد كبير عديم الجدوى للطرف الفائز. وبالتالي، ونظرا لضخامة المشكلة التي يحتمل أن تنجم عن طرف معاند وعدم توفر وسائل فعالة لدى هيئة التحكيم أو الطرف الآخر لتجنب المشكلة، فانه قد تكون الحاجة ماسة جدا الى الحصول على مساعدة من المحكمة في انفاذ التدابير المؤقتة التي هي من هذا النوع.

دال- مناقشة الموضوع في اللجنة

٨١- عندما ناقشت اللجنة مسألة قابلية انفاذ مفعول تدابير الحماية المؤقتة التي تأمر بها هيئات التحكيم (A/54/17، الفقرة ٣٧١)، اتفق بشكل عام على أن هذه المسألة ذات أهمية عملية بالغة ولا تتناولها نظم قانونية كثيرة على نحو مرض. ورئي أن الحلول التي ستصوغها اللجنة بشأن هذا الموضوع ستشكل مساهمة حقيقية في الممارسة المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي. واتفق أيضا على ضرورة تناول هذه المسألة بواسطة التشريع.

٨٢- وفيما يتعلق بمضمون الحلول الممكنة، أبديت عدة ملاحظات واقتراحات في اللجنة (A/54/17، الفقرة ٣٧٢). وتمثل أحدها في ضرورة النظر في انفاذ تدابير الحماية المؤقتة خارج الدولة التي يقع فيها التحكيم، علاوة على انفاذها داخلها. وقيل انه، بينما يتمثل الهدف الممكن للأعمال في المستقبل في وجوب انفاذ التدابير المؤقتة بشأن الحماية بالشكل ذاته الذي تنفذ به قرارات التحكيم، فينبغي أن يظل في الاعتبار أن تدابير الحماية المؤقتة تختلف من بعض النواحي الهامة عن قرارات التحكيم (مثلا يمكن اصدار تدبير مؤقت بناء على طلب طرف واحد، ويمكن لهيئة التحكيم اعادة النظر في ذلك التدبير في ضوء الظروف المستجدة). وفيما يتعلق بالتدابير المتخذة بناء على طلب طرف واحد، لوحظ أنه لا يمكن اصدارها في بعض النظم القانونية الا لفترة زمنية محدودة (١٠ أيام مثلا) وأنه يجب عقد جلسة استماع بعد ذلك لاعادة النظر في ذلك التدبير. واقترح أيضا بحث مسألة مساعدة المحكمة للتحكيم (في شكل تدابير الحماية المؤقتة، الصادرة عن محكمة قبل بدء اجراءات التحكيم أو أثناءها).

هـ - الحلول التشريعية الراهنة

(أ) اتفاقية نيويورك

٨٣- تصدر هيئات التحكيم أحيانا تدابير حمائية مؤقتة في شكل قرارات تحكيم مؤقتة. وهذه الامكانية متوخاة صراحة، مثلا، في المادة ٢٦ (٢) من قواعد الأونسيترال للتحكيم. وهذا يثير السؤال بشأن ما اذا كانت اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وانفاذها تشمل هذه القرارات المؤقتة أيضا. وبما أن الاتفاقية لا تعرف تعبير "قرار التحكيم"، فليس واضحا فورا ما اذا كانت الاتفاقية تنطبق على قرارات التحكيم المؤقتة أيضا. ويتمثل الرأي السائد، الذي يؤكد أيضا قانون السوابق في بعض الدول، في أن الاتفاقية لا تنطبق على قرارات التحكيم المؤقتة.

(ب) قانون الأونسيترال النموذجي

٨٤- يتناول قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي صراحة في المادة ١٧ صلاحية هيئة التحكيم أن تأمر بهذا التدبير الحمائي المؤقت حسبما تراه ضروريا وأن تطلب من أي من الطرفين تقديم ضمان مناسب فيما يتصل بهذا التدبير. غير أن القانون النموذجي يظل صامتا بشأن مسألة الانفاذ.

٨٥- وعندما نظر الفريق العامل في مضمون المادة ١٧، أثناء اعداد القانون النموذجي، كانت هذه المادة تتضمن جملة تنص على أنه "إذا أصبح تنفيذ أي تدبير مؤقت من هذا النوع ضروريا، يجوز لهيئة التحكيم أن تطلب من [محكمة مختصة] [المحكمة المنصوص عليها في المادة الخامسة] تقديم مساعدة تنفيذية."^(٥) وذهب أحد الآراء في الفريق العامل الى أن المساعدة التنفيذية من جانب المحاكم تعتبر مرغوبة وينبغي أن تكون متاحة. وذهب رأي آخر اعتمده الفريق العامل بعد التداول الى أنه ينبغي حذف هذه الجملة لأنها تتناول بشكل غير واف مسألة تتعلق بالقانون الاجرائي الوطني واختصاص المحاكم ومن غير المحتمل أن تقبلها دول كثيرة. غير أنه كان هنالك فهم لدى الفريق العامل بأن حذف هذه الجملة لا ينبغي أن يفسر على أنه عاقبة لهذه المساعدة التنفيذية في الحالات التي لا تكون فيها دولة ما على استعداد لتقديم هذه المساعدة بموجب قانونها الاجرائي.^(٦)

(٥) تقرير الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية عن أعمال دورته السادسة (١٩٨٣)، الوثيقة A/CN.9/245، حولية الأونسيترال، المجلد الخامس عشر: ١٩٨٤، الجزء الثاني، ثانيا، ألف، ١، الفقرة ٧٠.

(٦) المرجع نفسه، الفقرة ٧٢.

(ج) القوانين الوطنية

٨٦- فيما يتعلق بقابلية انفاذ التدابير المؤقتة الصادرة عن هيئة التحكيم، اتبعت السلطات التشريعية نهوجا مختلفة. ففي دول كثيرة، تظل التشريعات صامته بشأن هذه المسألة. وفي دول أخرى، ثمة أحكام صريحة بشأن انفاذ هذه التدابير المؤقتة.

٨٧- وفي عدة ولايات قضائية، تنص التشريعات على أن أحكام الاعتراف بقرارات التحكيم وانفاذها تنطبق أيضا على الأوامر الصادرة عن هيئة التحكيم.

٨٨- وفي بعض الولايات القضائية، ينص القانون على أنه، عندما لا يمثل أحد الطرفين لأمر هيئة التحكيم، يجوز لهذه الأخيرة أن تلتزم المساعدة من المحكمة لانفاذ الأمر؛ وفي ولايات قضائية أخرى، يجوز لأحد الطرفين أن يلتزم هذه المساعدة، بل وفي ولايات قضائية أخرى يجوز ذلك لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين.

٨٩- وينص أحد القوانين على أنه يجوز للمحكمة أن تصدر أمرا يقضي بأن يمثل الطرف لأمر "قطعي" صادر عن هيئة التحكيم. ويمكن أن يصدر هذا الطلب إما عن هيئة التحكيم بعد اشعار الطرفين بذلك وإما عن أحد الطرفين باذن من هيئة التحكيم وبعد اشعار الطرف الآخر. ولا يجوز اتباع هذا الاجراء الا بعد استنفاد أي عملية تحكيم متاحة ومنح الطرف الآخر فترة زمنية معقولة للامتثال للأمر.

٩٠- وينص قانون آخر على أنه يجوز للمحكمة أن تأذن بانفاذ تدبير حمائي مؤقت صادر عن محكم ما لم يكن قد سبق أن وجه الى المحكمة طلب مقابل لاتخاذ تدبير حمائي مؤقت. والمحكمة مخولة أن تعيد اصدار هذا الأمر عند الضرورة لغرض انفاذ التدبير. ويجوز للمحكمة أيضا، عند الطلب، أن تلغي أو تعدل القرار المتعلق بانفاذ الأمر. وعلاوة على ذلك، ينص القانون على أنه اذا ثبت أن التدبير الذي أمرت به هيئة التحكيم غير مبرر من البدء، أصبح الطرف الذي حصل على انفاذه ملزما بتعويض الطرف الآخر على ما لحقه من ضرر.

٩١- وفي عدة ولايات قضائية، ينص القانون على أنه اذا تقدم طرف بطلب الى المحكمة لكي تتخذ تدابير مؤقتة وكانت هيئة التحكيم قد قضت بشأن أي مسألة تتعلق بالطلب، وجب على المحكمة أن تعتبر القرار أو أي تقص للحقائق يتم في مجرى اتخاذ القرار حاسما لأغراض ذلك الطلب.

واو - حلول متسقة ممكنة

(أ) التدابير المؤقتة الداخلية والأجنبية

٩٢- مثلما ذكر في الفقرة ٧٤ أعلاه، كثيرا ما يقع اختيار مكان التحكيم في قضايا التحكيم الدولية لأسباب تتعلق بمدى ملاءمة المكان للطرفين والمحكمين ومدى توفر خدمات معينة، بدلا من أن يكون ذلك بسبب وجود أي صلة بموضوع النزاع. وفي هذه الظروف، قد يتعين تنفيذ العديد من التدابير في هذه التحكيم خارج الدولة التي يجري فيها التحكيم. ولكن، كذلك عندما يحصل التحكيم الدولي في الدولة التي يوجد فيها موضوع النزاع، قد تصدر هيئة التحكيم أيضا تدابير يجب تنفيذها في دول أخرى. وعلى ضوء ذلك، ربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما إذا كان مستحسنا استحداث نظام يجيز للمحكمة انفاذ التدابير الصادرة في عمليات التحكيم التي تحصل إما في الدولة التي توجد فيها المحكمة المعنية بالانفاذ أو خارج تلك الدولة. وعندما يقتضي الأمر المطالبة بأي معاملة مختلفة للتدابير الأجنبية، فيمكن إتاحة ذلك بواسطة استثناءات محددة.

(ب) إخضاع التدابير المؤقتة لأحكام الاعتراف بقرارات التحكيم وانفاذها

٩٣- يمكن أن يتمثل أحد النهج التي يمكن أن ينظر الفريق العامل في اتباعها في إيجاد حل تعامل بموجبه المحكمة المعنية بالانفاذ التدبير المؤقت، لأغراض انفاذها، بصفته قرار تحكيم وتطبق عليه الأحكام التي تسري على الاعتراف بقرارات التحكيم وانفاذها. (في سياق قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، ترد في المادتين ٣٥ و ٣٦ منه الأحكام المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم وانفاذها، سواء أكانت صادرة داخل دولة الانفاذ أم خارجها.) وقد اعتمد هذا النهج في عدة ولايات قضائية. فمثلا، جرى النص على أنه، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، تنطبق الأحكام المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم وانفاذها على الأوامر الصادرة عن هيئة التحكيم فيما يتعلق بتدابير الحماية المؤقتة كما لو كانت الإشارة إلى قرار التحكيم في تلك الأحكام إشارة إلى ذلك الأمر. وفي بعض الولايات القضائية، لا يخضع انفاذ التدابير المؤقتة لنظام انفاذ قرارات التحكيم إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك. ولكن، ينبغي الإشارة إلى أن الحلول الوطنية المشار إليها قبل قليل تنطبق على إجراءات التحكيم التي تجري في تلك الدول. ولا يوجد في تلك القوانين حكم ينص على انفاذ التدابير الصادرة في إجراءات التحكيم التي تحصل في بلد أجنبي.

٩٤- وربما يود الفريق العامل أن يناقش مسألة ما إذا كان ينبغي اتخاذ هذا النهج كأساس لوضع نظام متسق لانفاذ التدابير المؤقتة. ويمكن أن تتمثل ميزة هذا النهج في أنه سيتخذ كأساس له نظاما جرى اختباره في الممارسة.

٩٥- ويمكن مناقشة مسألة أخرى وهي ما اذا كان النظام القائم على هذا النهج قابلا لأن يوسع أيضا ليشمل التدابير المؤقتة الصادرة عن هيئة تحكيم تقع خارج الدولة التي توجد فيها المحكمة التي يطلب منها انفاذ التدبير. ويمكن أن يتمثل أحد الاعتبارات فيما يتعلق بتقرير ما اذا كان ينبغي توسيع هذا النظام ليشمل التدابير الأجنبية في وجود مفاهيم مختلفة للتدابير المؤقتة في النظم القانونية، وبالتالي فان المحكمة يمكن أن تواجه بطلب بشأن تدبير مؤقت غير معروف أو غير معهود في نظامها القانوني. فمثلا، تعترف بعض النظم بقدر أكثر من غيرها بالتدابير المتخذة بناء على طلب من طرف واحد. ويمكن ذكر مثال آخر وهو ممارسة الهيئات القضائية في بعض الدول والمتمثلة في اصدار تدابير مؤقتة "قطعية" تشفعها هيئة التحكيم بجزاءات في حال عدم الامتثال لها. وفي مثال آخر، اذا لم يذكر التدبير الذي تأمر به هيئة التحكيم الأسباب التي يركز اليها أو اذا لم تكن الأسباب كافية، فقد تلاقي المحكمة المعنية بالانفاذ صعوبة في انفاذ التدبير بسبب وجود امكانية محدودة لتقدير الاعتبارات السياسية العامة الضمنية. وعلاوة على ذلك، يمكن أن تستبعد تشريعات التحكيم في الدولة التي توجد فيها المحكمة المعنية بالانفاذ من صلاحيات هيئة التحكيم أنواعا معينة من التدابير المؤقتة (مثلا، حجز ممتلكات أو أنواع معينة من الممتلكات).

٩٦- ويمكن الاشارة من جهة أخرى الى أنه حتى عندما يكون التدبير قد صدر عن هيئة تحكيم في الدولة التي يجب انفاذه فيها فقد تضطر المحكمة الى معالجة تدابير غير معروفة أو غير معهودة في تلك الدولة. وذلك لأن القانون الاجرائي بشأن التحكيم سيتترك بشكل عام مجالا واسعا للطرفين ولهيئة التحكيم لتحديد الاجراء الذي ينبغي اتباعه في تسيير الاجراءات (انظر مثلا المادة ١٩ من قانون الأونسيترال النموذجي) وبالتالي، فان هيئة التحكيم قد تتبع قواعد وممارسات لاصدار تدابير مؤقتة تختلف عن تلك المستعملة بوجه عام في الدولة التي يحصل فيها التحكيم.

٩٧- وفي الحالات التي سبق وصفها، قد تكون المحاكم متحفظة في انفاذ تلك التدابير سواء أكانت صادرة في الدولة التي توجد فيها المحكمة المعنية بالانفاذ أو خارج تلك الدولة. وبقدر ما تكون هنالك صعوبة في انفاذ هذه التدابير، يمكن التغلب على هذه الصعوبة بحل يتمثل في جعل التدابير التي تتوافق مع بعض الشروط الاجرائية للدولة التي توجد فيها المحكمة المعنية بالانفاذ هي وحدها الواجبة الانفاذ. فمثلا، يمكن انفاذ تدبير بناء على طلب طرف واحد بعد أن تقتنع المحكمة بأن كلا الطرفين استطاعا عرض قضيتهم. ولكن ، يمكن أن يعتبر من الصعب جدا صوغ مجموعة متسقة من الشروط لانفاذ أنواع مختلفة من التدابير المؤقتة، بما فيها تلك التي هي ليست معروفة أو ليست معهودة في دولة الانفاذ. ويمكن أن يتمثل أحد النهج الأخرى، الذي هو أكثر مرونة وأكثر مراعاة للاختلافات بين النظم الاجرائية، في أن تترك لتقدير المحكمة طريقة انفاذ التدبير المؤقت.

(ج) منح المحكمة صلاحية تقديرية في انفاذ التدبير

٩٨- ربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما اذا كان ينبغي للنظام المعتمزم اعتماده أن يسمح للمحكمة المعنية بالانفاذ بقدر من الصلاحية التقديرية بشأن طريقة انفاذ التدبير، وربما بشأن ما اذا كان ينبغي انفاذه، بما في ذلك الصلاحية التقديرية بشأن تكييف التدبير المؤقت لكي يتواءم مع النظام الاجرائي والانفاذي للمحكمة. ويمكن أن ينطوي هذا التكييف على تعديل صيغة الأمر أو اعادة صوغها. وستكون ميزة النهج الذي يعتمد بقدر ما على السلطة التقديرية للمحكمة التي تنفذ التدبير أن هذا النهج، بينما هو سيوفر أساسا تشريعيا واضحا لانفاذ التدابير المؤقتة، الداخلية منها والأجنبية، فهو لن يمس النظام الاجرائي والانفاذي للدولة. وهذا سيمكن من استحداث ممارسات قضائية فيما يتعلق بانفاذ هذه التدابير المؤقتة، ويؤمل أن يكون ذلك بشكل يدعم التحكيم.

٩٩- واذا كانت المحكمة ستمنح قدرا من الصلاحية التقديرية في انفاذ التدابير المؤقتة التي تأمر بها هيئات التحكيم، فان المسألة التي قد تحتاج الى مناقشة هي ما اذا كان الطرف الطالب سيحتاج الى تقديم براهين الى المحكمة لاقتناعها بأن التدبير ضروري. فمثلا، هل سيحتاج الطرف الذي يطلب انفاذ التدبير الى أن يثبت في المحكمة الوقائع التي تبرهن على الحاجة الى التدبير وأن يقدم حججا بشأن شكل ومبلغ أي ضمان ينبغي توفيره؟ وعلاوة على ذلك، هل ينبغي الاستماع الى الطرف الآخر بشأن تلك المسائل؟ فاذا كان ينبغي الاستماع الى هذه الحجج في المحكمة أيضا بعد أن كانت هيئة التحكيم ذاتها قد استمعت اليها، ربما أصبحت عملية الانفاذ عملية مطولة. لذلك، ربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما اذا كان ينبغي النص على أنه يجوز للمحكمة، أو يجب عليها، اعتبار الاستنتاجات الوقائية لهيئة التحكيم حاسمة.

(د) أحكام خاصة تجسد الطبيعة المؤقتة لتدابير الحماية

١٠٠- مثلما ذكر في الفقرة ٦٦ أعلاه، فان تدابير الحماية التي تجري مناقشتها هنا مؤقتة مقارنة بقرار التحكيم النهائي. وهي لا تمثل القرار النهائي للنزاع من حيث أنها يمكن أن تعدل من قبل هيئة التحكيم حسب تطور الأمور خلال اجراءات التحكيم وأنها ينبغي أن تؤخذ في الحسبان وتدمج في قرار هيئة التحكيم النهائي بشأن النزاع. وهذه السمة تميز التدابير المؤقتة عن قرارات التحكيم وقد تستوجب وضع أحكام خاصة بشأن انفاذ التدابير المؤقتة.

١٠١- وقد يكون من اللازم وضع حكم خاص من هذا القبيل لأنه، وقت طلب الانفاذ أو في وقت ما بعد ذلك ولكن قبل صدور قرار التحكيم، قد تعدل هيئة التحكيم تدبيرها المؤقت بسبب تغير الظروف (كأن يكون المدعى عليه قادرا على اثبات أن لديه أصولا كافية في الولاية القضائية، الأمر الذي قد يمكن هيئة التحكيم من الغاء أو تعديل الأمر الصادر سابقا الذي حظرت بموجبه نقل أصول معينة من الولاية القضائية؛ أو احتمال تبديد خطر حصول ضرر لا يمكن اصلاحه كسبب لمواصلة أداء عقد تشييد،

الأمر الذي سيمكن من تعديل الأمر المؤقت السابق). ومن أجل معالجة هذا، ربما يود الفريق العامل أن ينظر في الحاجة الى وضع حكم يخول المحكمة أن تعدل أمرها القاضي بانفاذ تدبير مؤقت كانت قد أمرت به هيئة التحكيم. علاوة على ذلك، قد تكون هنالك حاجة الى حكم يجعل أمر المحكمة القاضي بانفاذ التدبير متوقفا على التزام الطرف الطالب باشعار المحكمة فوراً بأي تعديل للتدبير من قبل هيئة التحكيم. اضافة الى ذلك، قد يتعين النص على ضمان ملائم من الطرف الذي يلتزم المساعدة من المحكمة في انفاذ التدبير المؤقت.

زاي - نطاق التدابير المؤقتة التي يجوز لهيئة التحكيم اصدارها واجراءات الاصدار

١٠٢- اقترانا بالمناقشة المتعلقة بانفاذ تدابير الحماية المؤقتة، ربما يود الفريق العامل أن ينظر أيضا في مدى استحسان وجدوى اعداد نص متناسق عن نطاق التدابير المؤقتة بشأن الحماية التي يجوز لهيئة التحكيم اصدارها والقواعد الاجرائية لاصدارها.

١٠٣- وتتضمن قوانين كثيرة صيغا عامة تخول هيئة التحكيم أن تأمر بتدابير حماية مؤقتة. وتندرج ضمن هذه الفئة الولايات القضائية التي اعتمدت المادة ١٧ من القانون النموذجي، التي تنص على أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر "باتخاذ أي تدبير وقائي مؤقت تراه ضروريا بالنسبة الى موضوع النزاع". وتوجد في بعض القوانين صيغ أكثر تحديدا؛ فمثلا يخول المحكمون صراحة اصدار أوامر بالحجز أو الأمر بايداع الممتلكات التي هي موضع نزاع لدى طرف ثالث. وتوجد في قوانين أخرى صيغ أكثر تقييدا؛ فهي تنص مثلا على أن المحكمين لا يملكون صلاحية اصدار أوامر بالحجز على الممتلكات.

١٠٤- وتفيد التقارير الواردة من الممارسين ومؤسسات التحكيم بأن الطرفين يسعيان الى اتخاذ تدابير مؤقتة في عدد متزايد من الحالات. وهذا الاتجاه، اضافة الى عدم توفر توجيهات واضحة لدى هيئات التحكيم بشأن نطاق التدابير المؤقتة التي يمكن اصدارها، وشروط اصدارها يمكن أن تعوق فعالية ونجاعة اشتغال التحكيم التجاري الدولي. وفي صورة وجود رغبة لدى هيئات التحكيم بشأن اصدار تدابير حماية مؤقتة وامتناعها نتيجة لذلك عن اصدار التدابير اللازمة، يمكن أن يؤدي ذلك الى نتائج غير مرغوبة كامكانية حصول خسارة أو ضرر لا لزوم له أو امكانية تجنب أحد الطرفين انفاذ قرار التحكيم بتعمد اقضاء الأصول عن متناول المدعي. وهذه الحالة يمكن أن تحفز أيضا الطرفين على التماس تدابير مؤقتة من المحاكم بدلا من هيئات التحكيم في الحالات التي تكون فيها هيئة التحكيم في الموضع المناسب لاصدار تدبير مؤقت؛ وهذا يتسبب في تكلفة وتأخير لا لزوم لهما (مثلا بسبب الحاجة الى ترجمة الوثائق الى لغة المحكمة والحاجة الى تقديم الأدلة والحجج الى القاضي).

١٠٥- وربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما اذا كان مستحسنا اعداد نص متناسق يتناول اصدار تدابير مؤقتة من قبل هيئات التحكيم. ويمكن أن يكون هذا النص على شكل أحكام تشريعية موحدة أو على

شكل نص غير تشريعي كالقواعد التعاقدية النموذجية التي يتفق عليها الطرفان. ويمكن أن تتمثل الامكانية الأخرى في اعداد مبادئ توجيهية أو ملاحظات بشأن الممارسة لمساعدة الطرفين والمحكمين. ويمكن أن تتضمن هذه المبادئ التوجيهية والملاحظات بشأن الممارسة وصفا وتحليلا للاختلافات بين مختلف أنواع التدابير المؤقتة والمعايير التي تطبقها هيئات التحكيم في التقرير بشأن ما اذا كانت ستأمر باتخاذ تدابير مؤقتة معينة، والاجراءات المتعلقة بالتماس تدابير مؤقتة والأمر باتخاذها، والوسائل التي يمكن بها لهيئة التحكيم ذاتها أن تطبق جزاءات لانفاذ تدابير مؤقتة معينة خلافا لأنواع أخرى من التدابير التي يحتاج فيها الى مساعدة من المحكمة.

١٠٦- وإذا رئي أنه ينبغي القيام بعمل في هذا الاتجاه، فيمكن الاستيحاء بقدر ما من المبادئ بشأن التدابير المؤقتة والحماية في التقاضي الدولي، التي اعتمدها سنة ١٩٩٦ اللجنة المعنية بالتقاضي في المنازعات المدنية والتجارية الدولية، التابعة لرابطة القانون الدولي^(٧) والمبادئ المستنسخة في الفقرة ١٠٨ أدناه، مقصورة على التدابير المؤقتة والحماية التي يجوز للمحاكم اصدارها؛ غير أن عددا من الأفكار التي تقوم عليها المبادئ تبدو ذات صلة أيضا، بعد ادخال التغييرات اللازمة عليها، بالتدابير المؤقتة التي تأمر بها هيئات التحكيم.

١٠٧- وإذا كان العمل المتعلق باصدار هيئات التحكيم تدابير مؤقتة يبدو مبشرا بنتائج ايجابية، فربما يود الفريق العامل أن يتبادل الآراء بشأن هذا الموضوع، بما في ذلك بشأن الشكل الممكن للنص المعتمد اعتماده، وأن يطلب الى الأمانة أن تعد دراسة لتيسير زيادة مباحثاته بشأن هذا الموضوع. ويبدو هذا الموضوع مستقلا بما فيه الكفاية عن موضوع انفاذ التدابير المؤقتة (الذي نوقش في الفقرات ٦٣ الى ١٠٢ أعلاه)، بحيث قد يخلص الى أنه ينبغي تناول كل من الموضوعين بشكل مختلف؛ وذلك مثلا بتناول أحدهما في نص غير تشريعي وتناول الآخر في نص تشريعي.

١٠٨- وفيما يلي نص المبادئ بشأن التدابير المؤقتة والحماية في التقاضي الدولي الذي وضعته رابطة القانون الدولي:

نطاق المبادئ

١- تخدم التدابير المؤقتة والحماية هدفين رئيسيين في النزاعات المدنية والتجارية:

(٧) رابطة القانون الدولي، تقرير المؤتمر السابع والستين المعقود في هلسنكي، فنلندا، من ١٢ الى ١٧ آب/أغسطس، نشرته رابطة القانون الدولي، لندن، ١٩٩٦، الصفحات ٢٠٢-٢٠٤ (من النص الانكليزي).

(أ) الحفاظ على الحالة الراهنة ريثما تثبت المحكمة في المسائل التي تشكل موضوع النزاع؛

(ب) توفير الأصول التي يمكن بواسطتها استيفاء القرار النهائي.

٢- يقصد بهذه المبادئ أن تكون عامة التطبيق في أي نزاع دولي، لكنها مصوغة مع مراعاة حالة نموذجية تدرج في الفئة (ب) أعلاه من التدابير بشأن تجميد أصول المدعى عليه التي يُحتفظ بها على شكل مبالغ مودعة في حساب مصرفي لدى مصرف طرف ثالث.

طبيعة الانتصاف

٣- ينبغي للدول أن تتيح دون تمييز تدابير مؤقتة وحمائية بهدف ضمان توفر الأصول التي يمكن بواسطتها استيفاء القرار النهائي.

٤- ينبغي أن يكون منح هذا الانتصاف تقديرية، وينبغي اتاحته:

(أ) لدى اثبات وجاهة أسباب الدعوى استناداً إلى عناصر اثبات أقل صرامة من العناصر اللازمة للدعوى الموضوعية بموجب القانون الواجب التطبيق؛

(ب) لدى اثبات أن الضرر الذي يحتمل أن يلحق بالمدعي يتجاوز الضرر الذي يحتمل أن يلحق بالمدعى عليه.

٥- لا ينبغي للمدعى عليه أن يكون له حق إخفاء أصوله وراء قناع شركة أو غير ذلك من الخدع.

٦- ينبغي للمدعي أن يكفل علم المدعى عليه بالأمر فوراً، بالرغم من أي شروط قانونية شكلية بشأن الإبلاغ والنتائج القانونية التي يمكن أن تترتب على ذلك.

٧- ينبغي أن يكون للمدعى عليه الحق في الإدلاء بأقواله في غضون فترة زمنية معقولة، وفي الاعتراض على التدبير المؤقت والحمائي الذي صدر بشأنه الأمر.

٨- ينبغي إعطاء المحكمة صلاحية أن تشترط على المدعي ضماناً أو أي شروط أخرى بشأن الضرر الذي يمكن أن يلحق بالمدعى عليه أو بأطراف الثالثة من جراء إصدار الأمر. وعند التقرير بشأن ما إذا كان ينبغي الأمر بتوفير هذا الضمان، ينبغي للمحكمة أن تنظر في مدى استعداد المدعي للاستجابة لمطالبة بالتعويض عن تلك الأضرار.

٩- ينبغي إتاحة سبل الوصول الى المعلومات عن أصول المدعى عليه اما باعمال القانون أو بموجب أمر من المحكمة في الحالات الملائمة.

الاجراءات الداعمة

١٠- ينبغي أن تكون الولاية القضائية المختصة بمنح التدابير المؤقتة والحماية مستقلة عن الولاية القضائية المختصة بالنظر في الدعوى الموضوعية.

١١- ينبغي أن يكون مجرد وجود أصول داخل بلد ما أساسا كافيا لكي يكون هنالك اختصاص قضائي لمنح تدابير مؤقتة وحماية بشأن تلك الأصول.

١٢- ثمة شرط ينبغي توفره لكي تمنح المحكمة صاحبة الاختصاص تدابير مؤقتة وحماية وهو أن تكون هنالك دعوى موضوعية قد رفعت في غضون فترة زمنية معقولة اما في البلد الذي يمارس ولاية قضائية على الدعوى (اذا كان الاختصاص القضائي يؤول الى محكمته فيما يتعلق بالدعوى الموضوعية) أو في الخارج (ولكن، يتعين على المحكمة ألا تفعل شيئا للمساعدة في دعوى موضوعية في الخارج اذا لم تكن هنالك امكانية معقولة أن يُنفذ في الولاية القضائية الحكم الصادر بشأن الدعوى الموضوعية في المحكمة الأجنبية).

١٣- ينبغي أن يكون التدبير المؤقت والحماي صالحا لفترة زمنية محدودة ومحددة. وينبغي للمحكمة أن تنظر في تجديد هذه المدة على ضوء التطورات المستجدة في المحكمة التي يجري فيها النظر في الدعوى الموضوعية.

١٤- يمكن أن يكون هنالك مجال لكي تضطلع المحكمة صاحبة الاختصاص في الدعوى الموضوعية بدور اشرافي، بناء على طلب من المدعى عليه، على التدابير المؤقتة والحماية الممنوحة في بلدان أخرى، فيما يتعلق بوجه خاص بما اذا كانت تلك التدابير اجمالا مبررة على ضوء الدعوى ككل وفيما يتعلق بالمبلغ المطالب به فيها.

١٥- يجب على مقدم الطلب بشأن التدابير المؤقتة والحماية أن يبلغ المحكمة متلقيه الطلب بالوضع الحالي للاجراءات المتعلقة بالتدابير المؤقتة والحماية وبالدعوى الموضوعية في البلدان الأخرى. ولا تستبعد فعلا امكانية أن تأذن الدول لمحاكمها، اذا كانت مخولة، بالاتصال مباشرة بالسلطات القضائية المختصة في البلدان الأخرى.

النطاق الاقليمي

١٦- حيثما تمارس المحكمة حسب الأصول اختصاصا قضائيا بشأن مضمون الدعوى ينبغي لها أن تتمتع بصلاحيّة اصدار أوامر مؤقتة وحمائية موجهة الى المدعى عليه شخصيا لكي يجمد أصوله، بصرف النظر عن موقعها.

١٧- وحيثما لا تمارس المحكمة اختصاصا قضائيا بشأن مضمون الدعوى، وتمارس اختصاصا قضائيا فيما يتعلق بمنح تدابير مؤقتة وحمائية فقط، فيجب حصر اختصاصها في الأصول الموجودة داخل الولاية القضائية. ورهنا بالقانون الدولي، ستحدد القواعد الوطنية (بما في ذلك قواعد تنازع القوانين) موقع الأصول.

الاعتراف في الخارج والتعاون القضائي الدولي

١٨- بناء على طلب من أحد الطرفين، يجوز للمحكمة أن تأخذ الأوامر الصادرة في ولايات قضائية أخرى في الاعتبار.

١٩- علاوة على ذلك، ينبغي للمحكمة أن تتعاون عند الضرورة على تحقيق فعالية الأوامر الصادرة عن محاكم أخرى وأن تنظر في اتخاذ تدابير انتصافية محلية ملائمة.

٢٠- يمكن أن يستوجب ذلك اعترافا واسعا بأوامر المحاكم الأجنبية. وكون الأمر مؤقتا في طبيعته، بدلا من كونه نهائيا وحاسما، لا ينبغي أن يشكل في حد ذاته عقبة أمام الاعتراف أو الانفاذ.

الولاية القضائية استنادا الى المكان الذي حجزت فيه الأصول والولاية القضائية استنادا الى المكان الذي توجد فيه الأصول

٢١- ان قيام المحكمة باصدار أمر بشأن تدبير مؤقت وحمائي لا يضع في حد ذاته الأساس للولاية القضائية بشأن الدعوى الموضوعية، سواء أكان ذلك أم لم يكن مقصورا على قيمة الأصول المجمدة.

السداد المؤقت

٢٢- لا يكون الاجراء المتبع في القانون الداخلي، الذي يجوز بموجبه للمحكمة أن تأمر بسداد مؤقت (أي السداد الكامل للمدعي مع امكانية اعادة النظر في ذلك في الحكم النهائي) تدبيرا مؤقتا وحمائيا في سياق مقاضاة دولية.

[سوف ينشر الفصل الثالث، المعنون "اشتراط شكل مكتوب لاتفاق التحكيم"، في الوثيقة
[A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1
