

Distr.: Limited

22 September 2000

Arabic

Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الفريق العامل المعني بالتحكيم

الدورة الثالثة والثلاثون

فيينا، ٢٠ تشرين الثاني/نوفمبر ١ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٠

تسوية النزاعات التجارية

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

تقرير الأمين العام

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٣	٩-١	مقدمة
٥	٥١-١٠	أولاً- اشتراط الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم
٥	١٤-١٠	ألف- ملاحظات تمهيدية
٦	٢٦-١٥	باء- حكم تشريعي نموذجي بشأن الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم
٦	٢٦-١٦	المادة ٧- تعريف اتفاق التحكيم وشكله
١٢	٥١-٢٧	جيم- صك تفسيري بشأن المادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك
١٢	٢٧	(أ) مقدمة
١٢	٣٤-٢٨	(ب) اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات
١٤	٤١-٣٥	(ج) مثال لاستخدام صك تفسيري

الصفحة	الفقرات	
١٦	٤٨-٤٢	(د) الهيئة التي ستصدر الصك التفسيري.....
١٧	— —	(هـ) مشروع أولي لإعلان وتوصية ممكنين.....
١٩	٥١-٤٩	(و) مسائل ذات صلة.....
٢٠	٨٠-٥٢	ثانياً- إنفاذ تدابير الحماية المؤقتة.....
٢٠	٥٥-٥٢	ألف- ملاحظات تمهيدية.....
٢٠	٦٢-٥٦	باء- حكم تشريعي نموذجي بشأن انفاذ تدابير الحماية المؤقتة.....
٢٣	٨٠-٦٣	جيم- الأحكام الإضافية الممكنة.....
٢٧	١١٢-٨١	ثالثاً- التوفيق.....
٢٧	٨٦-٨١	ألف- ملاحظات تمهيدية.....
٢٨	١١٢-٨٧	باء- أحكام تشريعية نموذجية بشأن التوفيق.....
٢٨	٩٠-٨٧	المادة ١- نطاق التطبيق.....
٢٩	٩٢-٩١	المادة ٢- [أحكام عامة] [تسيير عملية التوفيق].....
٣١	٩٣	المادة ٣- الاتصالات بين الموفق والطرفين.....
٣١	٩٤	المادة ٤- افشاء المعلومات.....
٣١	٩٦-٩٥	المادة ٥- بدء التوفيق.....
٣٢	— —	المادة ٦- انتهاء التوفيق.....
٣٢	٩٧	المادة ٧- فترة التقادم.....
٣٣	١٠٠-٩٨	المادة ٨- إمكانية قبول أدلة في إجراءات الدعوى.....
٣٤	١٠١	المادة ٩- دور الموفق في الإجراءات الأخرى.....
٣٤	١٠٢	المادة ١٠- اللجوء الى الإجراءات التحكيمية أو القضائية.....
٣٥	١٠٤-١٠٣	المادة ١١- قيام المحكم بدور الموفق.....
٣٦	١١٢-١٠٥	المادة ١٢- قابلية انفاذ التسوية.....

مقدمة

١- عقدت اللجنة في ١٠ حزيران/يونيه ١٩٩٨، خلال دورتها الحادية والثلاثين، يوما خاصا للاحتفال باتفاقية نيويورك، احياء للذكرى السنوية الأربعين لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها (نيويورك، ١٠ حزيران/يونيه ١٩٥٨). وقد شارك في ذلك الحدث زهاء ٣٠٠ من المدعويين، اضافة الى ممثلي الدول وأعضاء اللجنة والمراقبين. وألقى الكلمة الافتتاحية الأمين العام. واطافة الى الكلمات التي ألقاها مشاركون في المؤتمر الدبلوماسي الذي اعتمد الاتفاقية، قدم خبراء بارزون في التحكيم تقارير عن مسائل مثل الترويج للاتفاقية واشترعها وتطبيقها. كما قدمت تقارير أخرى أيضا عن مسائل تقع خارج نطاق الاتفاقية نفسها، مثل التفاعل بين الاتفاقية وغيرها من النصوص القانونية الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، والصعوبات 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، قدمت اقتراحات مختلفة بشأن عرض بعض المشاكل المستبانة في الممارسة العملية على اللجنة لكي يتسنى لها أن تنظر فيما اذا كان من المستصوب والمجدي أن تقوم بأي عمل في هذا الخصوص. وبالإشارة الى 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. وطلبت الى الأمانة أن تعد مذكرة تتخذ كأساس لنظر اللجنة في هذا الموضوع.^(٢)

٣- وكان معروضا على اللجنة، في دورتها الثانية والثلاثين، المعقودة في عام ١٩٩٩، المذكرة التي طلبت اعدادها، وعنوانها "الأعمال التي يمكن القيام بها مستقبلا في مجال التحكيم التجاري الدولي" (A/CN.9/460).^(٣) ورحبت اللجنة بالفرصة المتاحة لمناقشة مدى استحسان وجدوى زيادة تطوير قانون التحكيم التجاري الدولي، ورأت بوجه عام أن الوقت قد حان لتقييم التجربة الواسعة والايجابية 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 مقبولة الأفكار والاقتراحات الرامية الى تحسين القوانين والقواعد والممارسات الخاصة بالتحكيم.^(٤)

(١) *إنفاذ 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) استند في اعداد المذكرة الى الأفكار والاقتراحات والاعتبارات التي أبديت في سياقات مختلفة، مثل يوم اتفاقية نيويورك *(إنفاذ قرارات التحكيم بمقتضى اتفاقية نيويورك: التجربة والآفاق)*، منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع E.99.V.2؛ ومؤتمر المجلس الدولي للتحكيم التجاري، باريس ٣-٦ أيار/مايو ١٩٩٨ *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؛ وغير ذلك من المؤتمرات والملتقيات الدولية، كمحاضرة "فرشيلدز" لعام ١٩٩٨: Gerold Herrmann *Arbitration International*, vol. 15 (1999), No. 3, p. 211.

(٤) *المصدر نفسه، الدورة الرابعة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/54/17)، الفقرة ٣٣٧.*

٤- وعندما ناقشت اللجنة الموضوع، لم تبت في مسألة الشكل الذي يمكن أن تتخذه أعمالها المقبلة. واتفق على أن تتخذ القرارات بشأن هذه المسألة لاحقاً عندما يزداد وضوح مضمون الحلول المقترحة. فالأحكام الموحدة يمكن أن تتخذ، مثلاً، شكل نص تشريعي (مثل أحكام تشريعية نموذجية أو معاهدة) أو شكل نص غير تشريعي (مثل قاعدة تعاقدية نموذجية أو دليل للممارسة العملية). وشدد على أنه، حتى إذا تقرر النظر في أن تتخذ الأحكام شكل معاهدة دولية، فليس المقصود أن تكون تعديلاً لاتفاقية نيويورك.^(٥)

٥- وعهدت اللجنة بالعمل إلى أحد أفرقتها العاملة الثلاثة، أسمته الفريق العامل المعني بالتحكيم، وقررت أن تكون المواضيع ذات الأولوية للفريق العامل هي التوفيق،^(٦) واشتراط شكل مكتوب لاتفاق التحكيم،^(٧) وإمكانية انفاذ تدابير الحماية المؤقتة،^(٨) وإمكانية انفاذ قرار تحكيم كان قد نقض في دولة المنشأ.^(٩) وبدأ الفريق العامل المعني بالتحكيم (والذي كان يسمى سابقاً الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية) أعماله في دورته الثانية والثلاثين المعقودة في فيينا من ٢٠ إلى ٣١ آذار/مارس ٢٠٠٠ (يرد تقرير تلك الدورة في الوثيقة A/CN.9/468).

٦- ونظر الفريق العامل في إمكانية اعداد نصوص موحدة بشأن التوفيق، وتدابير الحماية المؤقتة، والشكل الكتابي لاتفاق التحكيم. واتخذ الفريق العامل قرارات بشأن هذه المواضيع الثلاثة، وطلب إلى الأمانة أن تستخدمها في اعداد مشاريع نصوص للدورة الراهنة للفريق العامل. وعلاوة على ذلك، تبادل الفريق العامل الآراء الأولية بشأن المواضيع الأخرى التي يمكن تناولها مستقبلاً (الوثيقة A/CN.9/468، الفقرات ١٠٧-١١٤).

٧- وأثنت اللجنة، في دورتها الثالثة والثلاثين (نيويورك، ١٢ حزيران/يونيه ٧ تموز/يوليه ٢٠٠٠)، على الأعمال التي أنجزها الفريق العامل حتى ذلك الحين. واستمعت إلى عدة ملاحظات مؤداها أن العمل المتعلق بالبنود المدرجة في جدول أعمال الفريق العامل يجري في حينه وأنه ضروري لتعزيز اليقين القانوني وإمكانية التنبؤ في مجال اللجوء إلى التحكيم والتوفيق في مضمار التجارة الدولية. ولاحظت أن الفريق العامل حدد عدداً من المواضيع الأخرى، على مستويات متباينة من الأولوية، كانت قد اقترحت بوصفها أعمالاً يمكن الاضطلاع بها في المستقبل (الوثيقة A/CN.9/468، الفقرات ١٠٧-١١٤). وأكدت اللجنة مجدداً ولاية الفريق العامل فيما يتعلق بتحديد موعد وطريقة تناول تلك المواضيع (A/55/17، الفقرة ٣٩٥).

٨- وأدلى بعدة بيانات مؤداها أنه ينبغي عموماً، للفريق العامل أن يقوم، لدى تقرير أولويات البنود التي تدرج مستقبلاً في جدول أعماله، بإيلاء اهتمام خاص لما هو مجد وعلمي وللمسائل التي تترك فيها قرارات المحاكم الوضع القانوني غير محدد أو غير مرض والمواضيع التي ذُكرت في اللجنة باعتبار أنها يمكن أن تكون جديرة بالنظر فيها، علاوة على المواضيع التي قد يحددها الفريق العامل، هي معنى ومفعول الحكم الخاص بالحق في المعاملة الأكثر رعاية الوارد في المادة السابعة من اتفاقية نيويورك؛ وإشارة دعاوى مطالبة في

(٥) المصدر نفسه، الفقرات ٣٣٧-٣٧٦ و٣٨٠.

(٦) المصدر نفسه، الفقرات ٣٤٠-٣٤٣.

(٧) المصدر نفسه، الفقرات ٢٤٤-٣٤٥.

(٨) المصدر نفسه، الفقرات ٣٧١-٣٧٣.

(٩) المصدر نفسه، الفقرتان ٣٧٤-٣٧٥.

إجراءات التحكيم لغرض المقاصة، واختصاص هيئة التحكيم فيما يتعلق بهذه المطالبات؛ وحرية الطرفين في أن يمثلهما في إجراءات التحكيم أشخاص من اختيارهما؛ والسلطة التقديرية لمنح الموافقة على انفاذ قرار على الرغم من وجود سبب من أسباب الرفض المذكورة في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك؛ وصلاحيّة هيئة التحكيم في إصدار حكم بدفع فوائد. ولوحظ بعين الموافقة أنه فيما يتعلق بأداء إجراءات التحكيم "على خط الحاسوب" (أي إجراءات التحكيم التي تجري أجزاء كبيرة منها أو حتى كلها باستخدام وسائل الاتصالات الالكترونية)، سيتعاون الفريق العامل المعني بالتحكيم مع الفريق العامل المعني بالتجارة الالكترونية. وفيما يتعلق بإمكانية انفاذ قرارات التحكيم التي نقضت في دولة المنشأ، أعرب عن رأي مؤداه أنه لا يُنتظر أن تثير هذه المسألة مشاكل كثيرة، وأن قانون السوابق القضائية الذي تنشأ فيه هذه المسألة ينبغي ألا يُعتبر اتجاهًا سائدًا (A/55/17، الفقرة 396).

٩- وقد أعدت هذه الوثيقة وفقا للمناقشة التي دارت في الفريق العامل حول هذه المواضيع الثلاثة، وهي تحتوي على مشاريع أحكام أعدت استنادا الى القرارات التي اتخذها الفريق العامل.

أولا- اشتراط الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم

ألف- ملاحظات تمهيدية

١٠- عندما نظر الفريق العامل، في دورته الثانية والثلاثين، في مسألة اشتراط الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم، لوحظ عموما أنه ثمة حاجة الى وضع أحكام تتوافق مع الممارسة المتبعة حاليا في التجارة الدولية فيما يتعلق باشتراط الشكل الكتابي. وذكر أن الممارسة المتبعة لم يعد يجسدها، من بعض الجوانب، الموقف المبين في المادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك (وسائر النصوص التشريعية الدولية المصوغة على نموذج تلك المادة)، اذا ما فسرت تفسيراً ضيقاً. وذكر أيضاً أن المحاكم الوطنية أخذت تلجأ أكثر فأكثر الى اعتماد تفسير موسع لتلك الأحكام وفقاً للممارسة الدولية ولتوقعات الأطراف في التجارة الدولية؛ ومع ذلك لوحظ أنه ما زالت هناك بعض الشكوك بشأن تفسير تلك الأحكام على نحو سليم أو أن الآراء تختلف في هذا الصدد. ومن ثم فإن وجود تلك الشكوك وانعدام التوحيد في التفسير أصبحا مشكلة في التجارة الدولية، من حيث انهما يؤديان الى التقليل من امكانية التنبؤ ومن اليقين في الالتزامات التعاقدية الدولية. وذكر كذلك أن الممارسة المتبعة حالياً في التحكيم تختلف عما كانت عليه في الوقت الذي اعتمدت فيه اتفاقية نيويورك، من حيث ان التحكيم أصبح مقبولا على نطاق واسع لأجل تسوية المنازعات التجارية الدولية، ويمكن النظر اليه على أنه ممارسة معتادة، لا على أنه استثناء يقتضي من الأطراف توخي العناية في النظر في امكانية اللجوء اليه قبل اختيار اللجوء الى أسلوب غير التقاضي أمام المحاكم. (الوثيقة A/CN.9/468، الفقرة ٨٨؛ ويرد بيان للمزيد من المناقشة في الفقرات ٨٩ الى ٩٩ من تلك الوثيقة).

١١- وبعد المناقشة، اعتمد الفريق العامل الرأي الذي مفاده أن الغرض المتمثل في ضمان تفسير موحد لاشتراط الشكل، يلبي احتياجات التجارة الدولية، يمكن تحقيقه بواسطة ما يلي: اعداد حكم تشريعي نموذجي يوضح، تفادياً للشك، نطاق المادة ٧ (٢) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي؛ واعداد دليل يوضح خلفية الحكم التشريعي النموذجي والغرض منه؛ واعتماد اعلان أو قرار أو بيان يتناول تفسير اتفاقية نيويورك ويجسد فهما واسعا لاشتراط الشكل. وفيما يتعلق بمضمون الحكم التشريعي النموذجي والصك التفسيري اللذين يراد اعدادهما، تبني الفريق العامل الرأي الذي مفاده أنه، لغرض ابرام اتفاق تحكيم

صحيح، يجب اثبات أنه تم التوصل الى اتفاق على التحكيم وأن هنالك دليلا مكتوبا على ذلك الاتفاق (A/CN.9/468، الفقرة ٩٩).

١٢- ونظر الفريق العامل أيضا في مسألة ما ان كان ينبغي تفسير المادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك تفسيراً واسعاً بحيث يشمل الاتصالات بوسائل الكترونية، بحسب تعريفها في المادة ٢ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجار الالكترونية. واستذكر أن دليل تشريع القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، وهو صك اعتمدته اللجنة، أعدت صيغته بغية توضيح العلاقة بين القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية وغيره من الصكوك الدولية ذات الصلة مثل اتفاقية نيويورك وسائر صكوك القانون التجاري. ويقترح الدليل في الفقرة ٦ أن القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية "قد يكون مفيداً في حالات معينة كأداة لتفسير اتفاقيات دولية قائمة وغيرها من الصكوك الدولية التي تسبب عقبات قانونية تعرقل استعمال أسلوب التجارة الالكترونية، وذلك على سبيل المثال بما تنص عليه من وجوب كون مستندات معينة أو بنود تعاقدية معينة في شكل مكتوب" (الوثيقة A/CN.9/468، الفقرة ١٠٠؛ ويرد المزيد من المناقشة في الفقرات ١٠١ الى ١٠٦ من تلك الوثيقة).

١٣- وبعد المناقشة طلب الفريق العامل الى الأمانة اعداد مشروع صك يؤكد أن المادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك ينبغي تفسيرها بحيث تشمل الاتصالات الالكترونية، بحسب تعريفها الوارد في المادة ٢ من القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية (A/CN.9/468؛ الفقرة ١٠٦).

١٤- وقد أعدت مشاريع النصوص الواردة أدناه في القسمين باء وجيم عملاً بتلك الاعتبارات التي أبداهما الفريق العامل.

باء- حكم تشريعي نموذجي بشأن الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم

١٥- وفقاً لقرار الفريق العامل، أعدت الأمانة نصاً تشريعياً نموذجياً ينقح المادة ٧ (٢) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.^(١٠)

المادة ٧- تعريف اتفاق التحكيم وشكله

[الفقرة (١) في القانون النموذجي، دون تغيير:]

(١) "اتفاق التحكيم" هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا الى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل.

(١٠) ترد في الفقرات من ٢٤ الى ٣٢ من الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1، المعنونة "قواعد موحدة ممكنة بشأن مسائل معينة تتعلق بتسوية النزاعات التجارية: التوفيق، تدابير الحماية المؤقتة، الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم"، بعض النصوص التشريعية الوطنية التي استخدمت في اعداد مشاريع النصوص.

مشروع الفقرة (٢) من المادة ٧:

(٢) يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً. ولأغراض هذا القانون، تشمل "الكتابة" أي شكل [البديل ١: شريطة أن يكون الاطلاع على [نص] [محتوى] اتفاق التحكيم متيسراً لكي يتسنى استخدامه للرجوع إليه لاحقاً، سواء أكان موقعاً عليه من الطرفين أم غير موقع عليه منهما] [البديل ٢: [يوفر] [يحفظ] سجلاً للاتفاق،^(١١) سواء أكان موقعاً عليه من الطرفين أم غير موقع عليه منهما.

(٣) يفي اتفاق التحكيم بالشرط الوارد في الفقرة (٢) اذا:

(أ) ورد في وثيقة أنشأها الطرفان بالاشتراك بينهما؛

(ب) تم بتبادل رسائل مكتوبة؛

(ج) ورد في عرض مكتوب من أحد الطرفين أو عرض مقابل مكتوب منه، شريطة أن يكون العقد قد أبرم [بطريقة صحيحة] بالقبول، أو بفعل يشكل قبولاً مثل الأداء أو عدم الاعتراض، من جانب الطرف الآخر؛

(د) ورد في تأكيد عقد، شريطة أن يكون الطرف الآخر قد قبل شروط تأكيد العقد [قبولاً صحيحاً]، أما [صراحة] [بإشارة صريحة إلى التأكيد أو إلى شروطها] أو، إلى المدى الذي يقضي به القانون أو العرف، بعدم الاعتراض؛

(هـ) ورد في رسالة مكتوبة موجهة من طرف ثالث إلى الطرفين كليهما وكانت فحوى الرسالة معتبرة جزءاً من العقد؛

(و) ورد في تبادل بيانات [ادعاء ودفاع] [بشأن مضمون النزاع] يزعم فيه أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينفي ذلك الطرف الآخر؛

(ز) [ورد في نص مشار إليه في عقد مبرم شفاهة، شريطة أن يكون مثل ذلك الإبرام للعقد موافقاً للعرف، [وأن تكون اتفاقات التحكيم الواردة في مثل تلك العقود موافقة للعرف]، وأن تكون الإشارة بحيث تجعل ذلك النص جزءاً من العقد.]

(٤) الإشارة الواردة في عقد إلى نص يحتوي على شرط تحكيم تشكل اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد.

(١١) يستند البديل ١ إلى المادة ٦ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، في حين صيغ البديل ٢ على غرار المادة ٧ (٢) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

ملحوظات

١٦- مشروع الفقرة (٣) يوضح تفصيليا الأحوال التي يفي فيها اتفاق التحكيم بالشرط الوارد في الفقرة (٢). وقد يرغب الفريق العامل في النظر فيما ان كان بالوسع تحقيق الغرض العام للفقرة (٣) بواسطة صيغة أقصر وأعم، على غرار ما يلي:

(٣) يفي اتفاق التحكيم بالشرط الوارد في الفقرة (٢) اذا كان واردا في مستند مرسل من أحد الطرفين الى الطرف الآخر أو من طرف ثالث الى الطرفين كليهما، شريطة أن تكون فحوى المستند معتبرة جزءا من العقد وفقا للقانون أو العرف.

١٧- ونظر الفريق العامل، في دورته الثانية والثلاثين، في عدة أمثلة نمطية للحالات التي يكون فيها الطرفان قد اتفقا على مضمون عقد يحتوي على اتفاق تحكيم ويوجد فيها دليل كتابي على العقد ولكن يمكن فيها، مع ذلك، تفسير القانون الراهن تفسيرا ضيقا بأنه يبطل صحة اتفاق التحكيم أو يشكك في صحته. وهذا قد يحدث عندما (أ) لا يكون الطرفان قد وقعا على وثيقة تتضمن اتفاق التحكيم (وهذا يحدث دائما عندما لا يكون الطرفان موجدين في المكان ذاته عند ابرام العقد) و(ب) عندما لا يستوفي الاجراء المتبع من الطرفين لابرام العقد الاشتراط المتعلق بوجود "رسائل أو برقيات متبادلة" (المادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك)، اذا فسّر ذلك الاشتراط حرفيا. وتشمل هذه الحالات الوقائعية ما يلي:

(أ) تكوين عقد - يتضمن شرط تحكيم - بارسال أحد الطرفين شروطا كتابية الى الطرف الآخر، الذي يؤدي معاملته بموجب العقد دون الرد أو القيام بأي "تبادل" كتابي آخر فيما يتعلق بشروط العقد؛

(ب) تكوين عقد يتضمن شرط تحكيم استنادا الى نص العقد الذي اقترحه أحد الطرفين، ولا يوافق عليه الطرف الآخر بشكل كتابي وصريح، لكن الطرف الآخر يشير كتابيا الى ذلك العقد في مراسلة لاحقة أو في فاتورة أو خطاب ائتمان لاحقين، وذلك مثلا بذكر تاريخه أو رقمه التعاقدي؛

(ج) ابرام عقد عن طريق وسيط يصدر النص الذي يثبت ما اتفق عليه الطرفان، بما في ذلك شرط التحكيم، دون أن تكون هنالك أية اتصالات كتابية مباشرة بين الطرفين؛

(د) الإشارة في اتفاق شفهي الى مجموعة شروط مكتوبة، يمكن أن تكون في شكل نموذجي وتحتوي على اتفاق تحكيم؛

(هـ) سندات الشحن التي تدرج بالاشارة أحكام المشاركة الأصلية لاستئجار سفينة؛

(و) سلسلة من العقود المبرمة بين الطرفين ذاتهما في مجرى معاملة، تكون فيها العقود السابقة قد تضمنت اتفاقات تحكيم صحيحة لكن العقد المعني لم يثبت بواسطة وثيقة كتابية موقعة أو لم يحدث تبادل لرسائل كتابية بشأنه؛

(ز) احتواء العقد الأصلي على شرط تحكيم مبرم ابراما صحيحا دون أن يوجد شرط تحكيم في اضافة الى العقد، أو تمديد للعقد، أو تجديد للعقد، أو في اتفاق تسوية ذي صلة بالعقد (يمكن أن يكون أي عقد "آخر" من هذا القبيل قد أبرم شفهيًا أو كتابيًا)؛

(ح) احتواء سند شحن على شرط بشأن التحكيم دون أن يكون ذلك الشرط موقعًا عليه من الشاحن أو من الحائز اللاحق؛

(ط) حقوق الأطراف الثالثة والتزاماتها بمقتضى اتفاقات التحكيم في العقود التي تمنح الأطراف الثالثة المستفيدة مزايا أو تنص على شرط لصالح طرف ثالث (stipulation pour autrui)؛

(ي) حقوق الأطراف الثالثة والتزاماتها بمقتضى اتفاقات التحكيم عقب احالة العقد الأساسي أو تجديده لصالح الطرف الثالث؛

(ك) حقوق الأطراف الثالثة والتزاماتها بمقتضى اتفاقات التحكيم عندما يمارس الطرف الثالث حقوقًا متنازلاً له عنها؛

(ل) الحقوق والالتزامات بمقتضى اتفاقات التحكيم التي يؤكد فيها خلفاء الطرفين مصالحهم في العقود، عقب اندماج الشركات أو تفكيكها بحيث لا تصبح الهيئة الاعتبارية كما كانت من قبل.^(١٢)

١٨- وقد يرغب الفريق العامل في مناقشة مشروع الحكم النموذجي على ضوء هذه الأحوال الوقائية بهدف البت فيما ان كان مشروع الحكم يتناولها، بالقدر الذي يقصده الفريق العامل.

١٩- والمقصود من الحالة (أ) (إبرام العقد بغير ارسال رسالة) هو أن يتناولها مشروع الفقرة ٣ (ج) و(د) من مشروع الحكم. ويمكن اعتبار الحالة (ب) (الإشارة الى شروط العقد في رسالة لاحقة) مسواة، من حيث أن مشروع الفقرة (٣) لا يشترط قبولا خطيا بشروط العقد المحتوية على شرط التحكيم (وفضلا عن ذلك فان محاكم عديدة فسرت النص الحالي للمادة ٢ من اتفاقية نيويورك بحيث أن الإشارة في رسالة لاحقة الى نص العقد المقترح من الطرف الآخر تشكل قبولا لتلك الشروط بما فيها شرط التحكيم). أما الحالة (ج) (الوسيط) فيتناولها مشروع الفقرة (٣) (هـ)، والحالة (د) (الإشارة الشفوية الى شروط مكتوبة) فيتناولها مشروع الفقرة (٣) (ز).

٢٠- أما الحالتان (و) و(ز) (عقد يحتوي على اتفاق تحكيم ويليه عقد آخر أو اضافة أو تمديد أو تجديد أو تسوية)، فيبدو أن الاستنتاجات التي توصلت اليها المحاكم اعتمدت الى حد كبير على وقائع القضية. وعلى وجه الخصوص، سعت المحاكم الى التوصل الى حلول من خلال تفسير العقد الأصلي واتفاق التحكيم وتقدير ما ان كانت نية الطرفين هي نقل بعض الشروط الواردة في العقد الأصلي، بما في ذلك اتفاق التحكيم، تنقل الى

(١٢) هذه الأحوال الوقائية مبينة في الفقرة ١٢ من الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1. وكانت من بينها أيضا الحالة التي يسعى فيها مطالب الى بدء اجراء تحكيم ضد كيان ليس في الأصل طرفا في اتفاق التحكيم، أو عندما يسعى كيان ليس في الأصل طرفا في اتفاق التحكيم الى الاعتماد على ذلك الاتفاق لبدء اجراء تحكيم، وذلك، مثلا، بالاستناد الى نظرية "مجموعة الشركات" (المصدر نفسه، الفقرة ١٢ م). غير أن الفريق العامل قرر أن ذلك الوضع يثير مسائل صعبة، ولم تنل فكرة ايجاد قاعدة موحدة بشأنه قبولا واسع النطاق (A/CN.9/468، الفقرة ٩٥).

الاتفاق اللاحق. ومع ذلك فيبدو أن المحاكم استرشدت، الى جانب وقائع القضية، بنظرتها الى التحكيم وما ان كان شرط الكتابة ينبغي أن يفسر تفسيراً واسعاً أم ضيقاً. فمثلاً لدى النظر في ما ان كان الاتفاق الشفوي اللاحق يدخل في نطاق شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي، قالت إحدى المحاكم انه، بالنظر الى السياسة التي تستصوب التحكيم بشدة، سيحال النزاع الى التحكيم ما عدا في الحالات التي يمكن فيها أن يقال ببقين مطلق ان نية الطرفين لم تكن تقديم النزاع الى التحكيم. وفي قضية مماثلة وجد فيها بعد العقد الأصلي المكتوب عقد آخر ذو صلة، رأت محكمة أخرى أنها حتى اذا فسرت الاتفاق تفسيراً ضيقاً فالأدلة غير كافية للاثبات القاطع بأن نية الطرفين لم تكن احالة النزاع الى التحكيم، ولذلك رأت المحكمة أن عليها أن تحيل النزاع الى التحكيم. ومن الناحية الأخرى رأت المحكمة، لدى النظر فيما ان كان البروتوكول الملحق بالعقد مشمولاً بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي، أن الشرط لا يمتد الى البروتوكول، لأنه يتعين لكي يكون الشرط ملزماً أن يبين الطرفان تلك النية بأقصى قدر من الدقة كما ان المحاكم لم تثبت بطريقة واحدة في المسألة الإضافية المتعلقة بما ان كان شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي يشمل النزاع اللاحق اذا سوى نزاع بشأن العقد ثم نشأ نزاع آخر بشأن التسوية.

٢١- ويمكن اعتبار ما أشير اليه من عدم التوحيد في النهج ازاء الحالتين (و) و(ز) مشكلة في التجارة الدولية. غير أنه، بالنظر الى أنه يبدو أن نتيجة هاتين الحالتين تتوقف كثيراً على وقائع كل حالة على حدة وعلى تفسير ارادة الطرفين، فقد يكون من الصعب وضع حل تشريعي يكون ذي معنى وينال قبولاً عاماً. وعلى الرغم من ذلك فان مشروع النص النموذجي قد يساعد على تسوية بعض تلك المسائل، وخصوصاً حيث تكون نية الطرفين هي اخضاع العقد اللاحق للعقد السابق المحتوي على شرط تحكيم ولكن يكون الطرفان لم يوقعا عليه كلاهما أو يكون غير وارد في رسائل متبادلة.

٢٢- ولدى النظر في الحالات (ط) الى (ل)، يفترض أن اتفاق التحكيم أبرم ابراماً صحيحاً من جانب طرفين (أو مجموعة من الأطراف) وأن المسألة هي ما ان كان الشخص الثالث الذي يصبح طرفاً في العقد لاحقاً، أو يصبح من حقه أن يستند الى الشرط الوارد في العقد، يصبح أيضاً طرفاً في اتفاق التحكيم. ويمكن أن يصبح شخص ثالث طرفاً في العقد، أو أن يتولى حقوقاً والتزامات ناشئة من العقد، باتفاق بين طرفي العقد الأصليين (مثلاً عندما يمنح العقد منفعة لطرف ثالث، أو حيثما يحال العقد أو تحال حقوق تعاقدية معينة الى طرف ثالث، أو حيثما يصبح شخص جديد طرفاً في العقد نتيجة لتجديد العقد، أو حيثما يترتب على اندماج هيئات اعتبارية أو تفككها أن يكون بوسع شخصية اعتبارية جديدة أن تمارس حقوقاً والتزامات). كذلك يمكن أن يصبح شخص ثالث طرفاً في العقد بمقتضى القانون، وذلك مثلاً حيثما يصبح من حق مؤمن، عن طريق الحلول محل الطرف المستأمن، أن يمارس حقوق الطرف المستأمن. وقد تناولت المحاكم مثل هذه الحالات، وتوصلت الى حلول بتفسير القانون الذي ينظم نقل الحقوق والالتزامات التعاقدية.

٢٣- وعندما ناقش الفريق العامل الحالات (ط) الى (ل)، قيل ان تلك الحالات لا ينبغي تناولها بواسطة حكم تشريعي نموذجي (A/CN.9/468، الفقرة ٩٥). وقد يرغب الفريق العامل في الموافقة على ذلك الرأي. وبدلاً من ذلك، قد يرغب في دراسة المسألة بقدر أكبر بهدف البت فيما ان كان من المفيد التعبير عن مبدأ مفاده أنه حيثما يصبح الشخص غير الطرف في العقد طرفاً فيه (باتفاق بين طرفي العقد أو بمقتضى القانون) أو حيثما يجوز لذلك الشخص، بحكم حقه هو، أن يستظهر بشرط من شروط العقد أو أن ينفذ ذلك الشرط، فان أي اتفاق تحكيم وارد في العقد يكون ملزماً لذلك الشخص.

سند الشحن (الحالتان (هـ) و(ح))

٢٤- يثير استخدام سندات الشحن مسائل شتى تتعلق بصحة اتفاق التحكيم. وتتوقف إحدى المسائل على ما إن كان سند الشحن نفسه يحتوي على شرط تحكيم أو ما إن كان سند الشحن صادراً في إطار مشاركة استئجار سفينة، الأمر الذي يعني عادة أن السند لا يحتوي على شرط تحكيم بل يشير، بعبارة متنوعة، إلى الشروط الواردة في المشاركة، ومن بينها شرط التحكيم. والقانون (بما فيه قانون السوابق القضائية) ليس مستقراً تماماً بشأن ماهية نوع الإشارة الضروري لكي يكون شرط التحكيم مدرجاً إدراجاً صحيحاً في سند الشحن. فمثلاً تعتبر أحياناً إشارة عامة مثل "جميع الشروط والأحكام حسب المشاركة" كافية لإدراج شرط التحكيم، ولكن ليس دائماً. فقد اعتبرت، مثلاً، إشارة غير كافية إذا كان شرط التحكيم الوارد في المشاركة مصاغاً بعبارة تدل على أنه يشمل "النزاعات التي تنشأ في إطار المشاركة" دون إشارة صريحة إلى النزاعات التي تنشأ في إطار سند الشحن؛ وفي مثل هذه الحالة، اشتترطت إشارة أكثر تحديداً من أجل "معالجة" صيغة شرط التحكيم بحيث تشمل أيضاً النزاعات التي تنشأ في إطار سند الشحن. ومن الناحية الأخرى، اعتبرت الإشارة العامة كافية إذا كان شرط التحكيم الوارد في المشاركة مصاغاً بحيث يشمل النزاعات الناشئة في إطار المشاركة والنزاعات الناشئة في إطار الشحن الصادر في إطار المشاركة. وقد اعتمد بعض القوانين الوطنية حكماً يعنى بهذه المسألة على وجه التحديد. وقد يرغب الفريق العامل أن يعتبر أن هذه المسألة يتناولها على النحو الملائم مشروع الفقرة (٤)، الذي يترك مسألة ما يشكل إشارة صحيحة للقانون الذي ينظم الإدراج بالإشارة عموماً، أو لأي أحكام خاصة تتعلق بإدراج شروط التحكيم الواردة في المشاركات في سندات الشحن.

٢٥- ويمكن أن تنشأ مسألة أخرى من الممارسة التي فيها يوقع على سندات الشحن الناقل وحده ولا يوقع عليها الطرف المتعاقد الآخر (الراسل/الشاحن). وفي إطار القوانين الراهنة، حلت هذه المسألة بطرائق متباينة، مثل أن تكون شروط التحكيم الواردة في سندات الشحن ملزمة للشاحن، لأنها تعتبر حالات من النوع ذاته ولا تتطلب رسالة مكتوبة أو توقيعاً من الشاحن؛ أو لأن اشتراط الكتابة يفسر تفسيراً واسعاً بحيث يشمل ممارسات إصدار سندات الشحن؛ أو لأن الشاحن يعتبر (بإعاده معلومات مكتوبة معينة ينبغي أن تدرج في سند الشحن، وخصوصاً بشأن وصف البضائع، وإعطائه تلك المعلومات للناقل، أو بملئه الاستمارة الشاغرة لسند الشحن) على شرط تحكيم قد وجه رسالة مكتوبة إلى الناقل، الذي يوقع بدوره على السند ويعطيه للشاحن. وعلى أية حال، قد يعتبر الفريق العامل أن هذه المسألة يتناولها تناولاً كافياً مشروع الفقرة (٣) (ج).

٢٦- وثمة مسألة أخرى تتعلق بسندات الشحن، وهي ما إن كان المرسل إليه (الذي ليس هو الطرف المتعاقد في وقت إصدار سند الشحن) يصبح ملزماً بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن لدى نقل السند أو تظهيره الصحيحين.^(١٣) وعلى الرغم من أن محاكم عديدة توصلت إلى استنتاج (بعضها مدعوماً بتشريع يتناول هذه المسألة على وجه التحديد والبعض الآخر غير مدعوم بمثل ذلك التشريع) مفاده أن المرسل إليه ملزم باتفاق التحكيم الوارد في سند الشحن، فإن هناك بعض المحاكم التي لا يتوقع أن تتوصل إلى ذلك الاستنتاج. وحتى إذا أصبح المرسل إليه ملزماً باتفاق التحكيم الوارد في سند الشحن فيمكن أن توجد أوجه عدم يقين بشأن اللحظة الدقيقة التي يصبح فيها المرسل إليه ملزماً على هذا النحو (مثلاً ابتداءً من الوقت الذي يكون قد تسلم فيه البضائع من الناقل أو طلب تسلمها منه). وقد يرغب الفريق العامل في أن يعتبر هذه المسألة مسألة

(١٣) هذه المسألة يمكن أن تضاف إليها مسألة الإدراج بالإشارة عندما يشير سند الشحن إلى الشروط والأحكام الواردة في المشاركة، بما فيها شرط التحكيم، وتكون المسألة هي ما إن كان المحال إليه (الذي قد لا يكون على علم بشرط التحكيم) يصبح ملزماً بذلك الشرط لدى تظهير سند الشحن؛ وهذه المسألة تتناولها، مثلاً المادة ٢٢ (٢) من قواعد هامبورغ.

محددة مثل المسائل التي نوقشت أعلاه في الفقرتين ٢٢ و ٢٣، وأن جذورها ناشئة في قانون النقل، وأنه إذا اعتمد أي حل لها فينبغي ألا يخل بالقانون الذي ينظم احالة الحقوق والالتزامات التعاقدية الى الأطراف الثالثة.

جيم- صك تفسيري بشأن المادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك

(أ) مقدمة

٢٧- كما هو مشار اليه أعلاه في الفقرة ١١، رأي الفريق العامل أن الوسائل الممكنة لتحقيق هدف كفالة تفسير موحد لاشتراط الشكل، يلبي احتياجات التجارة الدولية، يمكن أيضا أن تشمل خيار اصدار اعلان أو قرار أو بيان يتناول تفسير اتفاقية نيويورك ويتجلى فيه فهم واسع لاشتراط الشكل. ولوحظ أن مسألة أفضل طريقة لتحقيق تفسير موحد لاتفاقية نيويورك عن طريق اعلان أو قرار أو بيان ينبغي تناولها بالمزيد من الدراسة، بما في ذلك دراسة ما لها من آثار في القانون الدولي العام، بغية تحديد النهج الأمثل (A/CN.9/468، الفقرة ٩٣). وقد أعد النص الوارد أدناه لتيسير النظر في أفضل نهج يمكن اتخاذه.

(ب) اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات

٢٨- تضع اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (١٩٦٩) ("اتفاقية فيينا") عدة طرائق لتحديد معنى الحكم التعاهدي. وتنص المادة ٣١، المعنونة "القاعدة العامة للتفسير"، على ما يلي:

"١- تفسر المعاهدات بنية حسنة وفقا للمعاني العادية التي ينبغي اعطاؤها لتعابير المعاهدة حسب السياق الواردة فيه وفي ضوء موضوع المعاهدة وغرضها.

"٢- لأغراض تفسير المعاهدة، يشمل السياق، بالإضافة الى النص مع ديباجته ومرفقاته، ما يلي:

(أ) أي اتفاق يتعلق بالمعاهدة أبرم بين جميع الأطراف بمناسبة عقد المعاهدة؛

(ب) أي صك وضعه طرف واحد أو أكثر بمناسبة عقد المعاهدة وقبلته الأطراف الأخرى بوصفه صكا ذا صلة بالمعاهدة.

"٣- يراعى ما يلي بالإضافة الى السياق:

(أ) أي اتفاق لاحق بين الأطراف بشأن تفسير المعاهدة أو تطبيق أحكامها؛

(ب) أي ممارسات لاحقة في تطبيق المعاهدة تثبت اتفاق الأطراف بشأن تفسير المعاهدة؛

(ج) أية قواعد ذات صلة من قواعد القانون الدولي تنطبق في العلاقات فيما بين الأطراف (الخط المائل مضاف)

٤- "يعطى معنى خاص لأي تعبير اذا ثبت أن الأطراف أرادت ذلك."

٢٩- وتنص المادة ٣٢، المعنونة "الوسائل التكميلية للتفسير"، على ما يلي:

"يمكن الاستعانة بالوسائل التكميلية للتفسير، بما فيها الأعمال التحضيرية للمعاهدة وظروف عقدها، بغية تأكيد المعنى الناجم عن تطبيق المادة ٣١، أو تحديد المعنى حين يؤدي التفسير وفق المادة ٣١:

(أ) الى جعل المعنى مبهما أو غامضا؛ أو

(ب) الى الخلو الى نتيجة واضحة السخف أو اللامعقولية."

٣٠- ويبدو أن الصك التفسيري الذي سينظر فيه الفريق العامل يمكن أن يستند الى المادة ٣١ (٣) (ب) من اتفاقية فيينا، بالنظر الى أن الحاجة الى الوضوح في تفسير المادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك ناشئة عن التغيرات التي حدثت في تكنولوجيات الاتصال وفي ممارسات الأعمال، وكذلك عن ازدياد اللجوء الى التحكيم التجاري وقبوله في التجارة الدولية.

٣١- وثمة امكانية أخرى هي استناد الصك الى موافقة لاحقة من الدول الأطراف في اتفاقية فيينا (حسب ما هو متوخى في المادة ٣١ (٣) (أ) من اتفاقية فيينا). غير أنه يبدو أن هذه الامكانية تتطلب أن تعرب كل دولة طرف عن موافقتها على حدة، وهذه عملية قد تستغرق وقتا يمكن، أثناء الفترة التي تجرى فيها موافقة الدول الأطراف، أن يشكل في الطريقة السليمة لتفسير الاتفاقية.

٣٢- وكما هو مبين في المادة ٣١ (١) و(٢) من اتفاقية فيينا فإن كلا من سياق المعاهدة وموضوعها وغرضها مهم أيضا للتفسير. ويمكن الاطلاع على اشارة الى ذلك السياق والموضوع والغرض في القرار الوارد في الوثيقة الختامية لمؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي، الذي أبرم اتفاقية نيويورك. وينص ذلك القرار على أن الاتفاقية تهدف الى "المساهمة في زيادة ما للتحكيم من فعالية في تسوية منازعات القانون الخاص".

٣٣- وينص قرار المؤتمر أيضا على ما يلي:

"يرى أن من شأن زيادة توحيد القوانين الوطنية بشأن التحكيم أن تزيد مما للتحكيم من فعالية في تسوية منازعات القانون الخاص، ويلاحظ الأعمال التي أنجزتها بالفعل في هذا الميدان المنظمات المختلفة القائمة،^(١) ويقترح إيلاء العناية الواجبة، على سبيل تكميل جهود هذه الهيئات، لتحديد موضوع مناسب لقوانين تحكيم نموذجية وتدابير ملائمة أخرى لتشجيع صوغ تلك التشريعات؛"

[حاشية] ٢

مثلا المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص ومجلس البلدان الأمريكية للقانونيين."

(قرار المؤتمر، الوارد في الوثيقة الختامية لمؤتمر الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي ١٠ حزيران/يونيه ١٩٥٨)

٣٤- وقد تزامن القرار مع فتح باب التوقيع على الاتفاقية. ويعرب القرار عن غرض المؤتمر المتمثل في "إبرام اتفاقية بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، والنظر في تدابير ممكنة أخرى لزيادة ما للتحكم من فعالية في تسوية منازعات القانون الخاص".

(ج) مثال لاستخدام صك تفسيري

٣٥- ثمة مثال وسابقة لاستخدام صك يفسر اتفاقية، وهو الاعلان والتوصية الصادران عن الدورة الرابعة عشرة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص حول اتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٥٥.

٣٦- وينص التقرير التفسيري الذي نشره مؤتمر لاهاي على ما يلي:

"في أوائل الخمسينات، كانت البيوع للمستهلكين لا تنال عادة معاملة خاصة في القانون الداخلي، بل كانت تخضع للقواعد المنطبقة على العقود عامة. ووفقا لذلك، لم تكن ترى في ذلك الوقت حاجة الى صوغ قواعد خاصة من قواعد اختيار القانون لعقود البيع للمستهلكين. ولذلك فإن اتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٥٥ تنظم اختيار القانون لـ *البيوع ذات الطابع الدولي للمنتجات المادية*، *(ventes a caractere international mobiliers corporels)* دون تمييز بين البيوع للمستهلكين وسائر البيوع.

"وابتداء من الستينات، تغيرت معاملة القانون الداخلي لبيوع المستهلكين تغيرات جذرية في العديد من البلدان؛ وعلى وجه الخصوص، أعطيت، لأول مرة، حماية كبيرة للمشتري من العديد من الممارسات غير العادلة أو المخاطر الخاصة."^(١٤)

٣٧- وعلى وجه الخصوص، رثي أن قواعد اختيار القانون الواردة في الاتفاقية لا تتيح مجالا كافيا للسياسات الحمائية التي قد يقضي بها، مثلا، القانون الداخلي لبلد الإقامة المعتادة للمستهلك. وانطلاقا من هذه الخلفية، اقترح في البداية اعداد بروتوكول لاتفاقية عام ١٩٥٥ يتيح للدول الأطراف في الاتفاقية ابداء تحفظ يقضي بعدم تطبيقها على البيوع للمستهلكين، أو استبعاد تلك البيوع من نطاق الاتفاقية.^(١٥) غير أنه، كما هو منصوص عليه في التقرير التفسيري:

"رثي ان اقتراح اعداد البروتوكول لا يثير مسائل معقدة بشأن القانون الدولي العام فحسب بل يثير أيضا مسألة سياسة عامة للمؤتمر، وهي ماهية الطريقة، ان وجدت، التي يمكن بها تكييف اتفاقيات لاهاي مراعاة لظهور مشاكل جديدة أو حدوث تغيرات جذرية في النهج ازاء أحد مجالات القانون."^(١٦)

(١٤) تقرير تفسيري أعده آرثر تيلور فون ميهرين، مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، *Actes et documents de la Quatorzième session 6 au 25 octobre 1980, Tome II, Ventes aux consommateurs, Consumer sales, Edité par le Bureau Permanent de la Conférence*, 1982, p. 182

(١٥) المصدر نفسه، الصفحة ١٨٣.

(١٦) المصدر نفسه، الصفحة ١٨٤.

٣٨- وبعد مناقشات مستفيضة، لم يعتمد بروتوكول لاتفاقية عام ١٩٥٥. وبدلاً من ذلك، اعتمدت الدورة قراراً بشأن البيوع للمستهلكين، في شكل اعلان وتوصية مستنسخين أدناه في الفقرة ٤١.

٣٩- وكما يلاحظ التقرير التفسيري:

”هناك آراء كثيرة ممكنة فيما يتعلق بطابع الاعلان وأثره الدقيقين، من الناحية القانونية. ومع ذلك فقد خلصت الدورة الرابعة عشرة الى استنتاج مفاده أن الاعلان يمثل الحل الأكثر فعالية والأكثر عملية لمشكلة تكييف الاتفاقية بما يناسب التغيرات التي حدثت أثناء ربع القرن الأخير في تنظيم عقود البيوع للمستهلكين بواسطة القانون الموضوعي.“^(١٧)

٤٠- ويهدف جمع وتعميم المعلومات عن التدابير التي تتخذ بموجب الاعلان، تشجع التوصية الابلاغ عن تلك التدابير الى المجلس الدائم لمؤتمر لاهاي.^(١٨)

٤١- وفيما يلي نص الاعلان والتوصية:

”اعلان وتوصية متعلقان بنطاق اتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع، المبرمة في ١٥ حزيران/يونيه ١٩٥٥.

أولاً - الاعلان

”ان الدول الحاضرة في الدورة الرابعة عشرة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص،

”اذ تدرك وجود تدابير في العديد من البلدان اليوم تحمي المستهلكين،

”واذ ترى أن مصالح المستهلكين لم توضع في الاعتبار لدى التفاوض على اتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع، المؤرخة ١٥ حزيران/يونيه ١٩٥٥،

”واذ تدرك رغبة دول معينة صادقت على الاتفاقية في أن تكون لديها قواعد خاصة بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلكين،

”تعلن بهذا أن اتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقود البيع للبضائع، المؤرخة ١٥ حزيران/يونيه ١٩٥٥، لا تمنع الدول الأطراف من تطبيق قواعد خاصة بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع للمستهلكين.

(١٧) المصدر نفسه، الصفحة ١٨٦.

(١٨) المصدر نفسه، الصفحة ١٨٧.

ثانياً - التوصية

"إن هذا المؤتمر يوصي بأن تعتمد الدول الأطراف في اتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع، المؤرخة ١٥ حزيران/يونيه ١٩٥٥، والتي تطبق قواعد خاصة بشأن القانون المنطبق على البيوع للمستهلكين، الى ابلاغ المكتب الدائم بذلك."^(١٩)

(د) الهيئة التي ستصدر الصك التفسيري

٤٢- عندما نظر الفريق العامل في امكانية اصدار صك تفسيري بشأن المادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك، لم ينظر بصورة كاملة في مسألة الهيئات التي يمكن أن تكون ملائمة لاصدار ذلك الصك.

٤٣- وتتمثل احدى الامكانيات في أن تصدر الصك التفسيري الدول الأطراف في اتفاقية نيويورك. وسيكون ذلك الصك التفسيري الذي تتفق عليه الدول الأطراف داخلاً في نطاق المادة ٣١ (٣) من اتفاقية فيينا.

٤٤- وثمة امكانية ثانية هي أن تصدر اللجنة الصك التفسيري. ويمكن أن يشار الى ذلك الصك لاحقاً في قرار من الجمعية العامة.

٤٥- وفيما يتعلق بما للجنة من صلاحية لتفسير اتفاقية نيويورك، يمكن أن يستمد الأساس لتلك الصلاحية من نص قرار الجمعية العامة ٢٢٠٥ (د-٢١) الذي أنشأ الأونسيترال.^(٢٠) فبذلك القرار أنشأت الجمعية العامة اللجنة التي: "يكون هدفها تشجيع التنسيق والتوحيد التدريجين للقانون التجاري الدولي" (القرار ٢٢٠٥ (د-٢١)، الباب الأول).

٤٦- وتنص الفقرة ٨ من الباب الثاني من القرار ٢٢٠٥ (د-٢١) على ما يلي:

"تتولى اللجنة تشجيع التنسيق والتوحيد التدريجين للقانون التجاري الدولي بالقيام بما يلي:

(أ) تنسيق أعمال المنظمات الناشطة في هذا الميدان وتشجيع التعاون بينها؛

(ب) تشجيع زيادة الاشتراك في الاتفاقيات الدولية القائمة، وزيادة قبول القوانين النموذجية والموحدة الحالية؛

(١٩) مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، session 6 au 25, Actes et documents de la diverses, Miscellane aus matters, p.62, Octobre 1980, Tome I.

(٢٠) /نظر انشاء لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، قرار الجمعية العامة ٢٢٠٥ (د-٢١) (١٧) كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٦، المستنسخ في الأونسيترال: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الأمم المتحدة، رقم المبيع (1986) E.86.V.8، المرفق الأول.

(ج) اعداد الجديد من الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية والقوانين الموحدة أو تشجيع اقرارها، وتشجيع تدوين الشروط والقواعد والعادات والممارسات المتعلقة بالتجارة الدولية وزيادة قبولها، وذلك بالتعاون، عند الاقتضاء، مع المنظمات العاملة في هذا الميدان؛

(د) التماس الطرق والوسائل الكفيلة بتأمين التفسير والتطبيق الموحد للاتفاقيات الدولية والقوانين الموحدة في ميدان القانون التجاري الدولي؛

(هـ) جمع ونشر المعلومات اللازمة عن التشريعات القومية والتطورات القانونية الحديثة، بما في ذلك أحكام القضاء، في ميدان القانون التجاري الدولي؛

(و) اقامة التعاون الوثيق مع مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، والحفاظ على هذا التعاون؛

(ز) اقامة الصلات اللازمة مع الهيئات الأخرى التابعة للأمم المتحدة ومع الوكالات المتخصصة المعنية بالتجارة الدولية؛

(ح) اتخاذ جميع التدابير الأخرى التي قد تراها مفيدة لأداء وظائفها.

(الخط المائل مضاف).

٤٧- وقد سلمت الجمعية العامة تكرارا في قراراتها بدور اللجنة كهيئة تنسيقية في ميدان القانون التجاري الدولي. وينص أحدث قرار للجمعية العامة بشأن أعمال اللجنة (القرار ١٠٣/٥٤ المؤرخ ١٧ كانون الثاني/يناير ٢٠٠٠) على أن الجمعية العامة "تؤكد من جديد أن من ولاية اللجنة، باعتبارها الهيئة القانونية الرئيسية داخل منظومة الأمم المتحدة في ميدان القانون التجاري الدولي، تنسيق الأنشطة القانونية في هذا الميدان."

٤٨- والمشروع الأولي المرفق مقدم لحفز المناقشة حول أنسب شكل ومحتوى للصك التفسيري، اذا رئي أن الأونسيترا هي الهيئة الملائمة لاصداره.

(هـ) مشروع أولي لاعلان وتوصية ممكنين

[توصية] بشأن تفسير المادة الثانية (٢) من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، الصادرة في نيويورك في ١٠ حزيران/يونيه ١٩٥٨،

ان لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،

/ن تستذكر قرار الجمعية العامة ٢٢٠٥ (د-٢١) المؤرخ ١٧ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٦، الذي أنشأ لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بهدف تشجيع التنسيق والتوحيد التدريجي للقانون التجاري الدولي،

وان تدرك أن اللجنة مؤلفة مع ايلاء الاعتبار الواجب للتمثيل الكافي للنظم الاقتصادية والقانونية الرئيسية في العالم وللبلدان المتقدمة النمو والبلدان النامية،

وان تدرك أيضاً ولايتها المتمثلة في تعزيز التنسيق والتوحيد التدريجيين للقانون التجاري الدولي وذلك، في جملة أمور، بترويج سبل ووسائل كفالة تفسير وتطبيق موحدين للاتفاقيات الدولية والقوانين الموحدة في ميدان القانون التجاري الدولي،

واقتراناً منها بأن الاعتماد الواسع النطاق لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وانفاذها كان انجازاً جوهرياً في تعزيز حكم القانون، ولا سيما في ميدان التجارة الدولية،

وان تلاحظ أنه وفقاً للمادة الثانية (١) من الاتفاقية "تعترف كل دولة متعاقدة بأي اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلاً الى التحكيم جميع الخلافات أو أية خلافات نشأت أو قد تنشأ بينهما بالنسبة لعلاقة قانونية محددة، تعاقدية أو غير تعاقدية، تتصل بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم"؛ واذ تلاحظ كذلك أنه عملاً بالمادة الثانية (٢) من الاتفاقية "يشمل مصطلح "اتفاق مكتوب" أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة"،

وان تلاحظ أيضاً أن الاتفاقية صيغت على ضوء ممارسات الأعمال في التجارة الدولية وتكنولوجيات الاتصال المستخدمة في ذلك الحين، وأن تلك التكنولوجيات المستخدمة في التجارة الدولية قد تطورت الى جانب تطور التجارة الالكترونية،

وان تلاحظ كذلك أن استخدام التحكيم التجاري الدولي وقبوله في التجارة الدولية يتزايد،

وان تستذكر أن مؤتمر المفوضين الذي أعد الاتفاقية وفتح باب التوقيع عليها اعتمد قراراً ينص، في جملة أمور، على أن المؤتمر "يرى أن من شأن زيادة توحيد القوانين الوطنية بشأن التحكيم أن تعزز ما للتحكيم من فعالية في تسوية منازعات القانون الخاص".

وان تضع في اعتبارها أن الغرض من الاتفاقية، كما أعرب عنه في الوثيقة الختامية لمؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي، والمتمثل في زيادة ما للتحكيم من فعالية في تسوية منازعات القانون الخاص، يقتضي أن تتجلى في تفسير الاتفاقية التغيرات في تكنولوجيات الاتصال وممارسات الأعمال،

وان تأخذ في حسابها أن صكوكاً قانونية دولية لاحقة مثل قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية يتجلى فيها ما تراه اللجنة والمجتمع الدولي من أن التشريع الذي ينظم التجارة والتحكيم ينبغي أن يراعي طرائق الاتصال وممارسات الأعمال الجديدة،

واقتراناً منها بأن التوحيد في تفسير مصطلح "اتفاق مكتوب" ضروري لتعزيز إمكانية التنبؤ في المعاملات التجارية الدولية،

توصي الحكومات بأن يفسر تعريف عبارة "اتفاق مكتوب" الوارد في المادة الثانية (٢) من الاتفاقية بحيث يشمل [] [يقتراح أن يكون منطوق النص، والذي يدرج هنا، مصاغاً إلى حد كبير على غرار النص المنقح للمادة ٧ (٢) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، بصيغته المناقشة أعلاه في الفقرات ١٥-٢٦].

(و) مسائل ذات صلة

٤٩- لا يغيب عن البال أن أحكاماً أخرى في اتفاقية نيويورك، وكذلك اتفاقيات أخرى بشأن التحكيم التجاري الدولي، تحتوي على شروط إضافية بشأن الكتابة يمكن، إذا لم تفسر بما يتماشى مع قرارات الفريق العامل حول تنقيح الأحكام المتعلقة باشتراط الكتابة، أن تشكل عوائق لاستخدام وسائل الاتصال العصرية في التحكيم التجاري الدولي.

٥٠- ومن بين شروط الشكل هذه، مثلاً، الشرط الوارد في المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك، بتقديم أصول اتفاق التحكيم وقرار التحكيم، والحكم الوارد في المادة ٤ من اتفاقية البلدان الأمريكية للتحكيم التجاري الدولي (بنما، ١٩٧٥)، الذي مفاده أن انفاذ قرار التحكيم يجب أن يصدر به أمر بنفس الطريقة التي يصدر بها أمر بالقرارات التي تصدرها المحاكم العادية الوطنية أو الأجنبية، وفقاً للقوانين الإجرائية للبلد الذي سينفذ فيه القرار ولأحكام المعاهدات الدولية. كذلك تنص المادة ٣٥ من قانون الأونسيتال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، المصاغة على غرار المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك، على أن الطرف الذي يستند إلى قرار التحكيم أو يطلب انفاذه يجب أن يقدم القرار الأصلي الموثق على النحو الواجب أو نسخة منه موثقة على النحو الواجب، واتفاق التحكيم الأصلي أو نسخة منه موثقة على النحو الواجب. ولدى النظر في مشاريع النصوص المتعلقة باشتراط الكتابة الخاص باتفاق التحكيم، قد يرغب الفريق العامل في النظر في سبل لضمان أن يتجلى فهم معدل لاشتراط الكتابة (المادة ٧ (٢) من القانون النموذجي والمادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك) في تفسير الشروط التي توجب على الطرف الذي يطلب انفاذ قرار التحكيم أن يقدم اتفاق التحكيم الأصلي أو نسخة منه موثقة على النحو الواجب.

٥١- وفي الدورة الثانية والثلاثين للفريق العامل، أعرب عن رأي مفاده أن مسألة التجارة الإلكترونية ينبغي تناولها من منظور أوسع من منظور اشتراط الكتابة الخاص باتفاق التحكيم، وأنه ينبغي أن تدرس أيضاً، لدى النظر في الخطوات التي ستتخذ فيما يتعلق باشتراط الكتابة الخاص باتفاقات التحكيم، اشتراطات الشكل الأخرى الواردة في الصكوك التي تنظم التحكيم التجاري الدولي. وقيل إن معاملة هذه المسائل باعتبارها مسائل منفصلة يمكن أن تشجع تعدد الاعلانات التفسيرية بشأن نقاط يمكن أن تعتبر في المستقبل بحاجة إلى توضيح (A/CN.9/468، الفقرة ١٠٥). وفي ذلك الصدد، يمكن أن يلاحظ أنه يتوقع أن ينظر الفريق العامل المعني بالتجارة الإلكترونية في مسألة كيفية ضمان أن المعاهدات التي تنظم التجارة الدولية تفسر على ضوء قانون الأونسيتال النموذجي للتجارة الإلكترونية. وستبلغ الأمانة الفريق العامل المعني بالتحكيم بنتائج ذلك النظر.

ثانياً- إنفاذ تدابير الحماية المؤقتة

ألف- ملاحظات تمهيدية

٥٢- أبادي تأييد عام في الفريق العامل لاقتراح يدعو الى اعداد نظام تشريعي ينظم انفاذ تدابير الحماية المؤقتة التي تأمر بها هيئات التحكيم (الفقرة ٦٧ من الوثيقة A/CN.9/468). ورئي بوجه عام أن النظام التشريعي ينبغي أن ينطبق على انفاذ التدابير المؤقتة الصادرة في اجراءات التحكيم التي تحدث في الدولة التي يسعى فيها الى الانفاذ وكذلك خارج تلك الدولة. ولوحظ أن عددا من الدول اعتمد أحكاما تشريعية تتناول الانفاذ القضائي للتدابير المؤقتة، واعتبر أن من المرغوب فيه أن تعد اللجنة نظاما متسقا ومقبولا على نطاق واسع (الفقرة ٦٨ من المصدر السابق نفسه).

٥٣- وفيما يخص خلفية المناقشات بشأن تدابير الحماية المؤقتة الصادرة عن هيئة تحكيم، والاعتبارات المتعلقة باستصواب اعداد أحكام تشريعية بصدد قابلية انفاذها، تجدر الإشارة الى الفقرات من ٦٣ الى ١٠١ في ورقة العمل A/CN.9/WG.II/WP.108 التي أعدت لدورة الفريق العامل الثانية والثلاثين.

٥٤- وترد في الفقرات من ٦٠ الى ٧٩ من الوثيقة A/CN.9/468 الآراء التي أبديت في دورة الفريق العامل الثانية والثلاثين بشأن هذا الموضوع. وقد خلص الفريق الى أنه ينبغي أن يطلب من الأمانة إعداد مشروع أحكام بديلة استنادا الى الآراء التي أعرب عنها في الفريق حتى يتسنى له أن ينظر فيه في دورة لاحقة.

٥٥- وجدير بالذكر أن الفريق العامل نظرا لطبيعة المناقشة التمهيدية لم يقرر ما اذا كان النظام المتسق لانفاذ التدابير المؤقتة ينبغي أن يأخذ شكل اتفاقية دولية أم شكل قانون نموذجي. وفيما أحاط الفريق علما بالرأي الذي يحبذ أن يكون النظام على شكل اتفاقية، رأى ارجاء البت في شكل النظام الى مرحلة لاحقة. ورغم ذلك الموقف، ظل الكثير من المناقشات في الفريق العامل يستند الى افتراض أن الحلول ستقدم على شكل قانون نموذجي (الفقرة ٧٨ من الوثيقة A/CN.9/468). وفي ضوء تلك المناقشة، تعرض المشاريع الواردة أدناه كعناصر لحكم تشريعي نموذجي يضاف الى قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

باء- حكم تشريعي نموذجي بشأن انفاذ تدابير الحماية المؤقتة

البديل ١

يتعين، بناء على طلب مقدم من الطرف المعني الى المحكمة المختصة لهذه الدولة، انفاذ تدبير الحماية المؤقت المشار اليه في المادة ١٧، بغض النظر عن البلد الذي صدر فيه، الا:

١ اذا كان قد قدم بالفعل طلب الى محكمة بشأن تدبير مؤقت مماثل؛ أو

٢ اذا كان اتفاق التحكيم المشار اليه في المادة ٧ ليس صحيحا؛ أو

٣ إذا لم يوجه الى الطرف المستهدف بالتدبير المؤقت اشعار سليم بتعيين محكم أو باجراءات التحكيم، أو اذا كان غير قادر، خلاف ذلك، على عرض قضيته [فيما يتعلق بالتدبير المؤقت]؛^(٢١) أو

٤ إذا كانت هيئة التحكيم قد ألغت التدبير المؤقت أو عدلته؛ أو

٥ في حال أنه لم يكن بوسع المحكمة أو هيئة التحكيم في هذه الدولة أن تأمر بانفاذ نوع التدبير المؤقت المقدم للانفاذ^(٢٢) [أو كان من الواضح أن التدبير المؤقت غير مناسب]؛ أو

٦ إذا كان من شأن الاعتراف بالتدبير المؤقت أو انفاذه أن يتعارض مع السياسة العامة لهذه الدولة.

ملاحظات

٥٦- يستند الحكم التشريعي النموذجي المذكور أعلاه الى الفصل الثامن من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (انظر المادتين ٣٥ و ٣٦)، الذي يتناول انفاذ قرارات التحكيم (انظر على وجه الخصوص الفقرات ٧٠-٧٣ من الوثيقة A/CN.9/468).

٥٧- وقد أضافت عدة ولايات قضائية من بين التي سنت القانون النموذجي أحكاما مفادها أن الفصل الثامن من القانون النموذجي ينطبق على انفاذ التدابير المؤقتة التي تأمر بها هيئة التحكيم بموجب المادة ١٧ من القانون النموذجي (أو مفادها أن التدبير المؤقت يعامل، لأغراض الانفاذ، كما لو كان قرارا تحكيميا). وتعتبر الفقرة ٧٠ من الوثيقة A/CN.9/468 عن الآراء التي أبديت بشأن ذلك النهج. وقد أبدي تأييد واسع للرأي القائل بأن ذلك النهج يتسم بجمود مفرط ولا يأخذ في الاعتبار السمات الخاصة التي تميز تدابير الحماية المؤقتة عن قرارات التحكيم. وفي ضوء ذلك الرأي، يستند الحكم النموذجي المقدم أعلاه الى المادة ٣٦، وهو مكيف ليناسب تدابير الحماية المؤقتة.

(٢١) نظرا لأن تدابير الحماية المؤقتة يؤمر بها عادة قبل عرض الطرفين المعنيين قضيتيهما فيما يتعلق بمضمون النزاع، يقترح أن يفهم أن عبارة "غير قادر على عرض قضيته" تتعلق بضرورة التدبير المؤقت المعني ومضمونه. وقد يود الفريق العامل أن ينظر في ما اذا كان ينبغي توضيح ذلك بصيغة مثل "غير قادر على عرض قضيته فيما يتعلق بالتدبير المؤقت".

(٢٢) قد يود الفريق العامل أن ينظر في ما اذا كانت اعتبارات السياسات، المتعلقة بأنواع التدابير المؤقتة التي يجوز أن تأمر بها هيئة تحكيم أو محكمة، هي بالضرورة اعتبارات السياسات نفسها التي يستند اليها الحكم المتعلق بانفاذ التدبير المؤقت، وخاصة اذا كان الأمر بانفاذ التدبير صادرا في الخارج. فمثلا، قد يكون أحد أسباب تضييق نطاق التدابير المؤقتة أن الحاجة الى أنواع معينة من التدابير المؤقتة أقل (مثلا، لأن الطرفين المعنيين قد يحققان الغرض المنشود من تدبير معين بطرق أخرى، منها طريق النظام القضائي). واذا كانت اعتبارات السياسات ليست هي نفسها، قد يستلزم الوضع إعادة صياغة الفقرة الفرعية ٥ حتى يتسنى انفاذ نطاق تدابير يمكن أن يكون أوسع مما يمكن أن تأمر به محكمة تابعة للدولة المشرعة تأييدا للتحكيم، أو أن تأمر به هيئة تحكيم في تلك الدولة.

البديل ٢

يجوز للمحكمة، بناء على طلب مقدم من الطرف المعني، أن تأمر بانفاذ تدبير الحماية المؤقت المشار إليه في المادة ١٧، بغض النظر عن البلد الذي صدر فيه.

ملاحظات

٥٨- المقصود من البديل ١، القائل بأن المحكمة يتعين أن تنفذ، إلا ، هو انشاء التزام بالانفاذ اذا استوفيت الشروط الموضوعية، في حين أن البديل ٢ القائل بأنه يجوز للمحكمة الانفاذ يعبر عن وجود قدر من السلطة التقديرية. بيد أن البديل ١ نفسه يمكن فهمه على أساس أن فيه مجالات للسلطة تقديرية، مثل العبارة الواردة داخل معقّفين في الفقرة الفرعية ٥ ، القائلة بأن تقدر المحكمة ما اذا كان من الواضح أن التدبير المؤقت غير مناسب، واذا رأت أنه غير مناسب فيتعين أن ترفض الانفاذ.

٥٩- وقد يود الفريق، لدى اتخاذ قرار بصدد النهج الذي سيتبعه، أن يناقش ما ينبغي أن يترتب على السلطة التقديرية المضمنة في البديل ٢. ويقترح أن تقتصر السلطة التقديرية على رفض انفاذ التدبير المؤقت (مثلا اذا اعتبرت المحكمة أنه غير مناسب بصورة جسيمة أو واضحة أو غير ضروري). ويقترح، على وجه التحديد، ألا تشمل السلطة التقديرية حرية اصدار أمر بالانفاذ ينحرف مضمونه عن التدبير المؤقت الذي تأمر به هيئة التحكيم (مثلا، اذا احتوى التدبير المؤقت على أمر موجه الى طرف بأن يوفر للطرف الآخر ضمانا للتكاليف بمبلغ معين، فان المحكمة لا ينبغي أن يكون بوسعها اصدار أمر بانفاذ ضمان تكاليف بمبلغ أدنى).

٦٠- وقد يعتبر أن السماح للمحكمة باصدار أمر انفاذ منحرف عن التدبير المؤقت الذي أمرت به هيئة التحكيم سيدخل المحكمة في تقدير مزايا الأمر وهذا سيعني ضمينا أن المحكمة تستطيع، أو سيتعين عليها، أن تعيد عملية اتخاذ القرار التي جرت في هيئة التحكيم. وسيعني هذا، فعليا، أن المحكمة لن تتولى انفاذ التدبير الذي تأمر به هيئة التحكيم وانما ستصدر تدبيرها الخاص. ولدى النظر في هذه المسألة، يجدر استذكار أنه كان هناك اتفاق واسع في الفريق العامل على أن يستند النظام الموحد الى افتراض أنه ينبغي أن لا تعيد المحكمة عملية اتخاذ القرار التي حصلت في هيئة التحكيم، وينبغي على وجه الخصوص أن لا تعيد النظر في الاستنتاجات الوقائية التي خلصت اليها هيئة التحكيم أو في مضمون التدبير (الفقرة ٧١ من الوثيقة A/CN.9/468). (انظر الفقرتين ٧١ و ٧٢ أدناه بصدد مناقشة اعادة صياغة التدبير من الناحية الاجرائية).

٦١- ووفقا للرأي العام السائد في الفريق العامل، فان البديلين كليهما ينصان على قابلية انفاذ التدابير المؤقتة "بغض النظر عن الدولة التي صدر فيها التدبير" (انظر الفقرة ٦٧ من الوثيقة A/CN.9/468، والفقرة ٩٢ من الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.108).

٦٢- وقد اعتمدت قوانين وطنية كثيرة المبدأ القائل بأن للطرف الخيار بين أن يطلب الى هيئة التحكيم أن تأمر بتدبير حماية مؤقت أو أن يطلب الى محكمة أن تصدر تدبيرا من هذا القبيل. وهذا المبدأ، الذي رثي على نطاق واسع أنه مناسب للتحكيم التجاري الدولي، يمكن أن يقال أيضا أنه يجد تعبيراً عنه في المادتين ٩ و ١٧ من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي. ولكن، في ضوء ذلك المبدأ، يستطيع الطرف، بعد الحصول على تدبير مؤقت من هيئة التحكيم، أن يطلب الى محكمة اصدار تدبير مماثل من حيث الجوهر، وأن يطلب الى محكمة في الوقت نفسه انفاذ التدبير الصادر عن هيئة التحكيم. وقد يؤدي هذا التسلسل

للأحداث الى الوضع غير المرغوب فيه الذي تجد فيه المحكمة نفسها تنظر في تدبيرين مؤقتين، وقد ينتج عن ذلك في نهاية المطاف اصدار قراراتين. وتغاديا لذلك الوضع، ينص أحد القوانين الوطنية على حكم بأنه يجوز للمحكمة أن تسمح بانفاذ التدبير الا اذا كان هناك طلب قدم بالفعل الى محكمة بشأن تدبير مؤقت مناظر. ويمكن النظر في ادراج هذا الحكم (الوارد في الفقرة الفرعية ١ من البديل ١) في نص مستند الى البديل ٢.

جيم- الأحكام الاضافية الممكنة

٦٣- قد يود الفريق العامل أن يناقش ما اذا كانت هناك حاجة لمعالجة أي مسألة من المسائل المذكورة أدناه في حكم تشريعي نموذجي، بغض النظر عن ماهية البديل الذي سيعتمد في نهاية المطاف.

واجب اعلام المحكمة بأي تغييرات متعلقة بالتدبير المؤقت

٦٤- من طبيعة تدبير الحماية المؤقت أنه يجوز لهيئة التحكيم تعديله أو انهاءه قبل اصدار القرار، وعلى أي حال، ينتهي مفعول التدبير بعد اتخاذ القرار مباشرة. وإحدى المسائل التي يمكن بحثها قد تتمثل في ما اذا كان ينبغي أن يقتضي القانون قيام الطرف الذي يطلب الانفاذ باعلام المحكمة بأي تغييرات من هذا القبيل. والغرض من واجب الاعلام هذا (الذي ينبغي أن يكون قائما عند طلب الانفاذ ويستمر بعده) هو تمكين المحكمة من تعديل أمر الانفاذ الصادر عنها أو انهاءه. ومشروع الصيغة التالي، المستلهم من المادتين ١٨ و ٢٢ (٣) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود، مقدم تيسيرا للمناقشة:

يتعين على الطرف، بعد الوقت الذي يطلب فيه انفاذ التدبير المؤقت، أن يبلغ المحكمة فوراً بأي قرار صادر عن هيئة التحكيم يغير التدبير المؤقت أو يلغيه. ويجوز للمحكمة، بناء على طلب الطرف المستهدف بالتدبير، تعديل أو انهاء أمر انفاذ التدبير المؤقت.

تقديم طلب الانفاذ بإذن من هيئة التحكيم

٦٥- قد يود الفريق العامل أن ينظر في ما اذا كان ينبغي أن ينص مشروع الحكم على أنه يجوز للطرف المعني أن يطلب الانفاذ "بموافقة هيئة التحكيم". وأحد الأغراض من هذا الحكم هو أن المحكمة الصادر عنها أمر الانفاذ سيكون لديها تأكيد اضافي بأن الظروف لم تتغير، وأن هيئة التحكيم ترى أن التدبير لا يزال ضرورياً، مع تجنب وضع هيئة التحكيم في موقف تضطر فيه الى اللجوء الى محكمة وطنية بغية التماس الانفاذ (الفقرة ٧٥ من الوثيقة A/CN.9/486).

شروط اضافية ملحقه بأمر الانفاذ

٦٦- يمكن أن ينظر الفريق العامل في ما اذا كان ينبغي أن تحتوي الأحكام التشريعية النموذجية على قاعدة تنص على أنه يجوز للمحكمة اخضاع أمر إنفاذ تدبير مؤقت لشروط تراها مناسبة (مثلا فيما يتعلق بالضمان الذي سيوفره الطرف المتقدم بطلب الانفاذ).

٦٧- فكثيرا ما تحتوي تدابير الحماية المؤقتة على أوامر أو شروط (سواء أمرت بها هيئة تحكيم أو محكمة). وتتعلق المسألة هنا بما اذا كان ينبغي للمحكمة، بعد اصدار هيئة التحكيم أمر التدبير (واخضاعه لأي أوامر أو شروط تراها مناسبة)، أن تدخل نفسها في عملية اتخاذ القرار للتأكد من ما اذا كان ينبغي الحاق

أمر أو شرط بأمر الانفاذ. وقد يرى أن ادراج قاعدة تمنح المحكمة السلطة للاحاق شروط بأوامر الانفاذ سيتعارض مع سياسة الفريق العامل (المشار اليها آنفا في الفقرة ٦٠) القائلة بأنه ينبغي للنظام الموحد ألا يتيح للمحكمة امكانية تكرار عملية اتخاذ القرار التي حصلت في هيئة التحكيم.

تقديم طلب الانفاذ أثناء الطعن في الولاية القضائية لهيئة التحكيم

٦٨- قد يحدث قبل أن يتقدم طرف بطلب انفاذ تدبير حماية مؤقت أن يكون الطرف الآخر قد دفع بأن هيئة التحكيم لا تتمتع بولاية قضائية، أو قد يحدث بعد أن تكون هيئة التحكيم قد قررت أنها تتمتع بولاية قضائية أن يرفع النزاع بشأن الولاية القضائية الى محكمة. وهذه الحالة تتصدى لها المادة ١٦ من القانون النموذجي. وفي مثل هذه الحالة، فان المحكمة التي تبت في انفاذ التدبير المؤقت ستقدم على اتخاذ قرار بشأن موضوع قد يتضح لاحقا أن هيئة التحكيم لا تتمتع بولاية قضائية فيه. ويمكن أن يحفز هذا الوضع المحكمة على الامتناع عن البت في انفاذ التدبير المؤقت الى أن تتضح مسألة الولاية القضائية. بيد أن تأجيل القرار يمكن، في الواقع، أن يشجع الطرف الآخر على الدفع بأن هيئة التحكيم لا تتمتع بولاية قضائية، وذلك لمجرد تأخير انفاذ التدبير المؤقت حتى إن لم يكن من المحتمل أن يكتب للدفع النجاح. وبالنظر الى ذلك، قد يود الفريق العامل أن ينظر في حكم، مستلهم من المادة ٣٦ (٢) من قانون الأونسيترال النموذجي، على الأسس التالية:

إذا قدم طلب لمحكمة للبت في قرار هيئة التحكيم بأنها تتمتع بولاية قضائية، يجوز للمحكمة التي يلتمس فيها انفاذ تدبير مؤقت أن تؤجل قرارها، اذا رأت ذلك مناسبا، ويجوز لها أيضا، بناء على طلب الطرف المطالب بانفاذ التدبير المؤقت، أن تأمر الطرف الآخر بتقديم ضمان مناسب.

التدابير المتخذة بعد سماع طرف واحد

٦٩- قد يود الفريق العامل أن ينظر في كيفية معاملة التدابير المؤقتة المتخذة بعد سماع طرف واحد فقط (أي التدابير التي تصدرها هيئة التحكيم دون سماع الطرف الآخر). وقد قيل إن اتخاذ هذه التدابير قد يكون مناسبا حيث يكون عنصر المفاجأة ضروريا أي في الحالات التي يحتمل فيها أن يحاول الطرف المستهدف أن يستبق التدبير باتخاذ اجراء لجعل التدبير غير مجد عمليا أو غير قابل للانفاذ. وعلى سبيل المثال، عندما يطلب اصدار أمر مؤقت لمنع طرف من إبعاد أصول من الولاية القضائية فان الطرف قد يبعد الأصول من الولاية القضائية خلال الفترة بين الوقت الذي يصل فيه الطلب الى علمه والوقت الذي يصدر فيه التدبير، وبالتالي قد يعوق الأمر فعليا دون أن يخالفه تقنيا.

٧٠- وقد يود الفريق العامل أن يعتبر أن الأحكام التشريعية النموذجية لا ينبغي أن تتدخل في الشروط التي تستطيع هيئة تحكيم بموجبها اصدار تدابير مؤقتة بعد سماع طرف واحد فقط. بيد أنه ينشأ سؤال عما اذا كان ينبغي اعطاء الطرف الآخر اشعارا بالتدبير، قبل تقديمه الى المحكمة لانفاذه، واطاحة الفرصة له للامتناع له طوعيا (أو لطلب انهاءه أو تعديله). ويجوز اعتبار أن عنصر المفاجئة الذي ينطوي عليه التدبير يحافظ عليه بقدر كاف اذا كان يتعين على هيئة التحكيم أن تشعر الطرف المستهدف بالتدبير عند اصداره (يجوز لهيئة التحكيم في هذا الاشعار، مثلا، أن تطلب من الطرف الامتناع له أو الطعن فيه في غضون عدد الأيام الذي تحدده لذلك). واذا كان الأمر كذلك، فان السؤال يكون ماذا ينبغي للمحكمة أن تفعل اذا لم يكن الطرف المستهدف قد حصل على اشعار بالتدبير قبل الوقت الذي كان فيه التدبير قد قدم الى المحكمة لانفاذه. وقد تكون إحدى الامكانيات المتاحة للمحكمة أن ترفض الانفاذ، وقد تكون الامكانية الثانية أن تؤخر

إصدار أمر بالإنفاذ إلى أن تكون قد أتيحت للطرف المستهدف الفرصة للامتثال للتدبير طوعيا أو عرض حججه.

إمكانية إعادة صياغة التدبير المؤقت الذي تأمر به هيئة التحكيم

٧١- ثمة قانون وطني ينص على أنه يجوز للمحكمة لغرض إنفاذ تدبير مؤقت أن تعيد تشكيل أو صياغة التدبير إذا اقتضت الضرورة ذلك. وإذا رأى الفريق العامل أن اعتماد مفهوم على هذه الأسس أمر مقبول، فقد يرى أن من الضروري تحديد نطاق إعادة الصياغة أو إعادة التشكيل الممكنة. ويقترح أن تقتصر إمكانية إعادة تشكيل أو إعادة صياغة التدبير على جعله قابلا للإنفاذ وفقا لقانون المحكمة الاجرائي، وأن لا تشمل حرية التصرف لتغيير مضمون التدبير. وإذا رأت المحكمة أن التدبير غير قابل للإنفاذ بسبب مضمونه، فينبغي أن ترفض إنفاذه، لا أن تعدله.

٧٢- والظروف التي قد يستصوب فيها السماح بإعادة صيغة التدبير يمكن أن تكون، مثلا، الحالات التي لا يتسق فيها التدبير، بالصيغة التي وضعتها هيئة التحكيم، مع قواعد الإنفاذ التي تتبعها المحكمة. فقد تكون المحكمة الآمرة بالإنفاذ، مثلا، ملزمة بقواعد أو ممارسات اجرائية فيما يتعلق بالتفاصيل المحددة التي ستقدم في أمر الإنفاذ، أو فيما يتعلق بالطريقة التي سيتم بها الإنفاذ مما قد يتطلب إعادة تشكيل التدبير بحيث يفي بتلك القواعد والممارسات الاجرائية. وقد يكون من الأمثلة الأخرى على ذلك أمر بتدبير مؤقت يوجه طرفا ما لتسليم وثائق معينة للطرف الآخر. وقد ينطوي القانون في بلد الإنفاذ على قواعد لحماية الخصوصيات وقواعد امتيازات من شأنها أن تقتضي من المحكمة إنفاذ الأمر باستثناء الوثائق التي تشملها تلك القواعد.

اشتراط معاملة المحكمة لقرارات هيئة التحكيم باعتبارها قرارات نهائية

٧٣- اعتمدت بعض النظم القانونية التي تمنح الطرف خيار أن يطلب تدبيرا مؤقتا إما من هيئة تحكيم أو من محكمة وطنية (انظر الفقرة ٦٢ أعلاه) حكما مفاده أنه في الحالة التي يتقدم فيها طرف بطلب إلى محكمة لإصدار أمر زجري مؤقت أو أمر مؤقت آخر وتكون هيئة التحكيم قد أصدرت قبل ذلك قرارها بشأن أي مسألة متصلة بالطلب المقدم، تعامل المحكمة القرار، أو أي نتائج وقائية مستخلصة في مجرى القرار، باعتبار ذلك القرار نهائيا أو تلك النتائج نهائية لأغراض الطلب المقدم. وثمة حكم مماثل مفاده أن المحكمة عند النظر في طلب انصاف مؤقت يتعين عليها اضاء أثر مانع على أي قرار وقائي وعلى جميع القرارات الوقائية لهيئة التحكيم، بما في ذلك الشرعية المحتملة للطلب الذي هو موضوع قرار الانصاف المؤقت، والذي سبق أن وافقت عليه هيئة التحكيم في الاجراءات المعنية، شريطة أن يكون ذلك القرار المؤقت متسقا مع السياسة العامة.

٧٤- وهذه الأحكام في القوانين الوطنية لا تتناول، بالمعنى الدقيق، إنفاذ التدابير المؤقتة التي تأمر بها هيئة تحكيم، بل تنص على أن المحكمة تصدر تدبيرها المؤقت الخاص ولكنها، عندما تفعل ذلك، تسلم بقرارات معينة لهيئة التحكيم. ويمكن النظر في ما إذا كانت هذه الفكرة الأساسية يمكن تكييفها لتناسب حكم الإنفاذ الجارية مناقشته في الفريق العامل. وعلى سبيل المثال، إذا اعطيت المحكمة قدرا معينا من السلطة التقديرية لتحديد ما إذا كان يتعين إنفاذ تدابير مؤقتة أمرت بها هيئة تحكيم، يمكن النص أيضا على أن قرارات معينة لهيئة التحكيم (مثلا فيما يتعلق بمدى استعجال التدبير وضرورته، بما في ذلك أن مقدم الطلب سيتكبد خسارة فادحة يتعذر التعويض عنها إذا لم يصدر التدبير) لا يجوز للمحكمة أن تعيد تقييمها.

امكانية رفض انفاذ تدبير لأن هيئة التحكيم ليست لديها السلطة لتأمر به

٧٥- ثمة مسألة أخرى قد يود الفريق العامل أن ينظر فيها، وهي ما اذا كان ينبغي أن ترفض المحكمة انفاذ تدبير مؤقت اذا كانت هيئة التحكيم طبقا لاتفاق الطرفين أو طبقا للقانون الذي ينظم اجراء التحكيم لا تتمتع بالسلطة لاصدار التدبير. وعلى سبيل المثال، فان هيئة التحكيم وفقا لبعض القوانين الوطنية ليست مخولة لاصدار تدابير حماية مؤقتة، أو ليست مخولة لتأمر بأنواع معينة من التدابير (مثلا الحجز على الممتلكات) أو ليست مخولة لتأمر بتدابير ما لم يكن هذا التخويل قائما على أساس موافقة الطرفين.

٧٦- واذا كانت سلطة هيئة التحكيم في أن تأمر بالتدبير شرطا للانفاذ منصوص عليه صراحة، فيتعين النظر في ما اذا كان ينبغي افتراض أن هيئة التحكيم تتمتع بالسلطة لتأمر بالتدبير المؤقت ما لم يثبت خلاف ذلك. وثمة مسألة أخرى يمكن النظر فيها، وهي ما اذا كان ينبغي في حالة الانفاذ عبر الحدود (أي، حيث يطلب الى المحكمة انفاذ تدبير صدر في تحكيم جرى في بلد أجنبي) البت في سلطة هيئة التحكيم بموجب القانون الساري في مكان التحكيم، أم بموجب القانون الساري في دولة الانفاذ، أم بموجب القانونين معا.

الاستئناف ضد قرار محكمة آمر بالانفاذ

٧٧- يمثل الاستعجال في كثير من الأحيان عنصرا من عناصر تدابير الحماية المؤقتة. وبناء على ذلك، يمكن النظر في ما اذا كان ينبغي للحكم التشريعي النموذجي (أو دليل الاشتراع) أن يوصي بحدود لحق الاستئناف ضد قرار صادر عن المحكمة يسمح بانفاذ التدبير (مثلا، أن لا يكون هناك استئناف، أو أن يشترط أن يكون هناك إذن بالاستئناف).

نطاق التدابير القابلة للانفاذ

٧٨- يمكن أن يستذكر أنه كثيرا ما أشير في الفريق العامل الى ثلاث فئات من تدابير الحماية المؤقتة: (أ) تدابير لتيسير تنفيذ اجراءات التحكيم، (ب) وتدابير لتفادي الخسائر أو الأضرار، وتدابير للمحافظة على وضع معين الى حين حسم النزاع، (ج) وتدابير لتيسير انفاذ قرار التحكيم لاحقا (يرد وصفها بمزيد من التفاصيل في الفقرة ٦٣ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.108). وفي حين لوحظ أن ذلك التصنيف واحد من عدة بدائل ممكنة، وأن أمثلة التدابير المذكورة ضمن كل فئة ليست حصرية، فانه أشير الى أن الحاجة الى آلية انفاذ هي أشد ما تكون بالنسبة للتدابير المذكورة في الفئة (ج) (مثلا الحجز على الأصول، أو الأوامر بعدم ابعاد موضوع النزاع من الولاية القضائية، أو الأوامر المتعلقة بتوفير ضمان)، وبالنسبة لبعض التدابير المذكورة في الفئة (ب) (مثلا، الأوامر بمواصلة أداء عقد خلال اجراءات التحكيم، أو الأوامر بالامتناع عن اتخاذ اجراء الى حين صدور قرار التحكيم). أما بالنسبة لتدابير الفئة (أ)، فقد لوحظ أن الحاجة أقل لالتماس تدخل المحكمة في انفاذ التدبير، لأن هيئة التحكيم قد تخلص الى استنتاجات ضد الطرف في حالة عدم امتثاله للتدبير، أو قد تأخذ عدم امتثاله في الاعتبار في القرار النهائي بشأن تكاليف اجراءات التحكيم. ولكن، لم يتم التوصل الى رأي جازم في تلك المرحلة من المناقشة فيما اذا كان ينبغي لتلك الفروق بين التدابير المؤقتة أن تؤثر على صوغ نظام الانفاذ المرتقب (الفقرة ٦٩ في الوثيقة A/CN.9/468).

٧٩- وقد يود الفريق العامل أن يناقش ما اذا كان من المرغوب فيه وصف أو تعريف نطاق التدابير الذي ينبغي أن ينطبق عليه الحكم التشريعي النموذجي. وقد يتضح خلال تلك المناقشة أن المادة ١٧ من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي تحتوي بالفعل على اشارة عامة الى التدابير المؤقتة التي يجوز

لهيئة تحكيم أن تصدرها، وأنه ليست هناك حاجة الى وصف اضافي لها في الأحكام المتعلقة بانفاذ تلك التدابير.

٨٠- وقد يود الفريق العامل أن ينظر في العلاقة بين تدابير مؤقتة معينة واردة في مشروع الأحكام النموذجية الجاري اعداده (خاصة تدابير الحفاظ على الأدلة وحفظها) والمادة ٢٧ من قانون الأونسيترال النموذجي، التي تتناول المساعدة المقدمة من المحاكم للحصول على أدلة.

ثالثا - التوفيق

ألف ملاحظات تمهيدية

٨١- قرر الفريق العامل في دورته الثانية والثلاثين اعداد قواعد موحدة بشأن الاجراءات التي يوجه فيها طرفا النزاع دعوة الى شخص أو فريق من الأشخاص لتقديم مساعدة مستقلة ونزيهة الى الطرفين للتوصل الى تسوية ودية للنزاع (اجراءات التوفيق). وترد مداولات الفريق العامل بصدد هذا الموضوع في الفقرات ١٨-٥٩ من الوثيقة A/CN.9/468.

٨٢- ولم يتخذ الفريق أي قرار جازم فيما يخص شكل القواعد الموحدة النهائي. ولكن المشاريع التي أعدتها الأمانة هي في شكل أحكام تشريعية نموذجية تمشيا مع الآراء الأولية التي أبديت في الفريق العامل (الفقرة ٢٠ من الوثيقة A/CN.9/468). وكان هناك اتفاق عام في الفريق على أن قابلية انطباق أي قواعد موحدة يراد اعدادها ينبغي أن تقتصر على المسائل التجارية (الفقرة ٢١ من المصدر السابق نفسه).

٨٣- وتجدر الإشارة الى أنه بالإضافة الى تعبير "التوفيق" تستخدم تعابير أخرى في الممارسة، منها "الوساطة" و "التقييم المحايد". وكثيرا ما تستخدم هذه التعابير كمترادفات دون أي اختلاف واضح في المعنى. وفي حالات أخرى يحدث تمييز بينها حسب الأساليب أو التقنيات الاجرائية المستخدمة. ولكن، حتى اذا نسب معنى معين لتعبير ما، فان الاستعمال يكون غير متسق. فمثلا، وفقا لتمييز معين، تعني الوساطة ضمنا مشاركة الشخص الثالث بنشاط في عملية توصيل الطرفين الى تسوية متفق عليها، في حين أن التوفيق يعتبر عملية يقتصر فيها دور الموفق على دور رئيس الجلسة في الحوار بين طرفي النزاع. وثمة تمييز آخر هو أن الموفق يؤدي دورا فعلا يشمل التعبير عن الآراء حول مواطن القوة أو الضعف، النسبية للحجج المقدمة من الطرفين، وتقديم مقترحات أو توصيات فيما يخص مضمون التسوية الممكنة، بينما يتوقع من الوسيط أن يمتنع عن استعمال طرق تقييمية وأن يعمل بالأحرى على تيسير الحوار بين الطرفين بطريقة من شأنها أن تساعد على أن يتوصلا بنفسيهما الى صيغة تسوية. وهذه التقنيات أو النهج الاجرائية المختلفة حتى وان كان من الممكن تمييزها من حيث المفهوم تبدو في الممارسة كمجموعة من تقنيات كثيرة يمكن اختيارها ودمجها وتكييفها وفقا لتوقعات الطرفين. وقد يتعين على الوسيط أو الموفق تبعا لماهية الطرفين استعمال عدد من التقنيات المختلفة بغية التوصل الى تسوية.

٨٤- وبالنظر الى أن الرأي لم يستقر على استعمال لغوي معين، فان تعبير "التوفيق" استخدم في المشروع ليدل على مفهوم واسع يشمل شتى أنواع الاجراءات التي يقوم فيها شخص مستقل ونزيه بتقديم المساعدة للطرفين المتنازعين للتوصل الى تسوية للنزاع.

٨٥- والمقصود من مشروع المادة ٢ (١) من الأحكام التشريعية النموذجية هو التعبير عن هذا المفهوم الواسع للتوفيق. ويجوز ادراج توضيح بهذا المعنى في نص تفسيري مرافق للقواعد الموحدة (يسمى "دليل الاشتراع" في

الممارسة المتبعة في اللجنة في الصياغة التشريعية)، قد يقرر الفريق صوغه للاحقه بالأحكام التشريعية النموذجية.

٨٦- ومشروع الأحكام التشريعية النموذجية المقدم أدناه قد أعد وفقا لآراء الفريق العامل ومقرراته. وقد يود الفريق بعد مناقشة الأحكام أن يطلب من الأمانة اعداد مشروع منقح لدورته الرابعة والثلاثين (نيويورك، ٢١ أيار/مايو ١ حزيران/يونيه ٢٠٠١).

باء- أحكام تشريعية نموذجية بشأن التوفيق

المادة ١- نطاق التطبيق

[ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك] تنطبق هذه الأحكام التشريعية على التوفيق في المعاملات التجارية^(*)

* ينبغي تفسير مصطلح "التجارية" تفسيراً واسعاً على أنه يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية. وتشمل العلاقات ذات الطابع التجاري المعاملات التالية، على سبيل المثال لا الحصر: أية معاملة تجارية لتوريد أو تبادل السلع أو الخدمات؛ اتفاق التوزيع؛ التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية؛ العوملة (factoring)؛ البيع الإيجاري؛ تشييد المنشآت؛ الخدمات الاستشارية؛ الأعمال الهندسية؛ منح الرخص؛ الاستثمار؛ التمويل؛ الأعمال المصرفية؛ التأمين؛ اتفاق أو امتياز الاستغلال؛ المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو الأعمال؛ نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية.

ملاحظات

٨٧- الطبيعة غير الإلزامية للأحكام التشريعية النموذجية. لم يتخذ الفريق العامل موقفاً عاماً فيما إذا كان يتعين أن تكون جميع الأحكام التشريعية النموذجية بشأن التوفيق غير الزامية أو ما إذا كان أي منها سينطبق بغض النظر عن اتفاق الطرفين على العكس. وقد يود الفريق أن ينظر في هذا الأمر خلال مناقشته لمشروع الأحكام. فإذا كانت جميع الأحكام النموذجية ستعتبر غير الزامية، فإن هذه الحقيقة يمكن التعبير عنها بصورة عامة، مثلاً باضافة عبارة "ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك" في مشروع المادة ١ على النحو المقدم أعلاه.

٨٨- الحاشية بشأن كلمة "التجارية". كان هناك اتفاق عام في الفريق العامل على أن قابلية انطباق أي قواعد موحدة يراد اعدادها ينبغي أن تكون مقصورة على المسائل التجارية. وقيل إن وضع حكم مرن كما ورد في الحاشية التفسيرية للمادة ١ من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي هو طريقة ملائمة لتعريف المسائل التي ستعتبر تجارية (الفقرة ٢١ من الوثيقة A/CN.9/468). وكبديل لذلك، يمكن أن يدرج في دليل اشتراع للأحكام التشريعية النموذجية تفسير للمعنى الواسع لكلمة "التجارية".

٨٩- دولي أم دولي وداخلي. قد يود الفريق العامل أن يناقش ما إذا كان ينبغي أن تنطبق الأحكام التشريعية النموذجية على التوفيق عموماً، بغض النظر عما إذا كان يعتبر دولياً أم لا، أو أن تنطبق على التوفيق الدولي فقط. فإذا تقرر أن تنطبق الأحكام على التوفيق الدولي فقط، يمكن وضع حكم لتعريف معنى كلمة "دولي" (على نمط المادة ١ (٣) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم) على النحو التالي:

(٢) يكون أي توفيق دوليا :

(أ) اذا كان مقرا عمل طرفي اتفاق التوفيق، في وقت ابرام ذلك الاتفاق، واقعين في دولتين مختلفتين؛ أو

(ب) اذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

١ المكان الذي يتوخى أن فيه الاجتماعات مع الموفق^(٢٣) [اذا كان محددًا في اتفاق التوفيق أو طبقا له]؛

٢ أي مكان يتوخى أن ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به؛ أو

(ج) اذا كان الطرفان قد اتفقا [صراحة] على أن موضوع اتفاق التوفيق متعلق بأكثر من بلد واحد.

(٣) لأغراض هذه المادة:

(أ) اذا كان لطرف أكثر من مقر عمل، تكون العبرة بمقر العمل الأوثق صلة باتفاق التوفيق؛

(ب) اذا لم يكن لطرف مقر عمل، تكون العبرة بمحل اقامته المعتاد.

٩٠- قابلية انطباق الأحكام التشريعية النموذجية. قد يود الفريق العامل أن ينظر في ما اذا كان ينبغي أن يحتوي مشروع المادة على أحكام اضافية لتحديد متى تنطبق الأحكام التشريعية النموذجية. وقد يكون من بين المعايير الممكنة، مثلا، أن تتم اجراءات التوفيق في الدولة التي اشترعت الأحكام التشريعية النموذجية (أو اذا كانت الاجتماعات مع الموفق ستعقد في الدولة المشترعة)، أو أن يكون لأحد الطرفين مقر عمل في تلك الدولة، أو أن يكون الطرفان قد اتفقا على أن ينطبق قانون الدولة المشترعة. وتجدر الإشارة الى أنه قد يكون من المستصوب، نظرا لتزايد استخدام الاتصالات الالكترونية والمؤتمرات الهاتفية لتسوية النزاعات التجارية، أن تدرج معايير اضافية مثل اتفاق الطرفين على تحديد المكان الذي يعتبر مكان التوفيق، ومكان المنظمة التي تيسر العملية وتديرها (مثلا، مركز وساطة أو توفيق) ومقر عمل الموفق أو الشخص الذي يرأس هيئة التوفيق أو مكان اقامته المعتاد.

المادة ٢- [أحكام عامة] [تسيير عملية التوفيق]

(١) يساعد الموفق، أو هيئة الموفقين، الطرفين بطريقة مستقلة ونزيهة في سعيهما الى الاتفاق على تسوية لنزاعهما.

(٢) يحدد الطرفان [بالرجوع الى قواعد التوفيق أو بطريقة أخرى] اختيار الموفق أو هيئة الموفقين والطريقة التي ستنتهج في تسيير عملية التوفيق وغيرها من جوانب اجراءات التوفيق^(٢٤)

(٢٣) ترد صيغة "المكان الذي يتوخى أن تعقد فيه الاجتماعات مع الموفق" على نمط المادة ٩ (٢) من قواعد الأونسيترال للتوفيق. ومراعاة لحالات اتصال الأطراف المعنية مع الموفق بالوسائل الالكترونية دون عقد اجتماع، يمكن أن يضاف مقر عمله أو محل اقامته المعتاد كمعيار اضافي ضمن الفقرة الفرعية (ب).

(٣) [رهنا باتفاق الطرفين] [في حالة عدم اتفاق الطرفين] يجوز للموفق أو هيئة الموفقين تسيير إجراءات التوفيق بالطريقة التي يري أنها مناسبة، مع مراعاة ملائمة القضية، وما قد يبديه الطرفان من رغبات، [بما في ذلك أي طلب لأحد الطرفين بأن يستمع الموفق إلى بيانات شفوية] والحاجة إلى تسوية عاجلة للنزاع.

(٤) يسترشد الموفق بمبادئ الموضوعية والانصاف والعدل. [رهنا باتفاق الطرفين، يجوز للموفق أن ينظر، في جملة أمور، في حقوق الطرفين وواجباتهما، وأعراف التجارة المعنية والظروف المحيطة بالنزاع، بما في ذلك أي ممارسات أعمالية سابقة بين الطرفين].

(٥) يجوز للموفق، في أي مرحلة من مراحل إجراءات التوفيق، أن يقدم اقتراحات لتسوية النزاع.]

ملاحظات

٩١- أعد مشروع المادة ٢ استجابة لرأي الفريق العامل القائل بأنه سيكون من المفيد اعداد حكم موحد يحدد المبادئ التوجيهية لإجراءات التوفيق. فمن شأن حكم عام كهذا أن يساهم في مواءمة معايير التوفيق، وأن يساعد أيضا على تحديد إجراءات التوفيق التي ستطبق عليها الأحكام التشريعية النموذجية للتوفيق. وقد اتفق على أن المادة ٧ من قواعد الأونسيترال للتوفيق توفر أساسا صالحا لصوغ حكم موحد (الفقرات ٥٦-٥٩ في الوثيقة A/CN.9/468؛ وانظر خصوصا الفقرتين ٥٧ و٥٨ للاطلاع على تعديلات يمكن ادخالها على مشروع المادة).

٩٢- الفقرتان (٤) و (٥). قد يود الفريق العامل أن ينظر في ما إذا كانت هناك حاجة إلى الكلمات الواردة ضمن معقفيين في الفقرة (٤). ونظرا للنهج المختلفة إزاء التوفيق، فإن مصب تركيز العملية لن يكون هو نفسه دائما: فمثلا، تؤدي حقوق الطرفين وواجباتهما أو ممارساتهما الأعمالية السابقة، دورا مهما، حقا، في توفيقات كثيرة، ولكن هناك أيضا حالات كثيرة يمتنع فيها الموفق عن تقييم الحقوق والواجبات التعاقدية، أو حالات يلتزم فيها الحل في تعديل في الحقوق والواجبات التعاقدية أو في الممارسات الأعمالية المقبلة. ويستخدم النص صيغة "يجوز للموفق أن ينظر" بغية وصف ذلك التنوع. ولكن، نتيجة لاستعمال كلمة "يجوز" التي تجعل الحكم غير دقيق، يمكن النظر في إدراج وصف مضمون عملية اتخاذ القرار في دليل اشتراع. وقد يود الفريق، لأسباب مماثلة، أن ينظر في ما إذا كانت هناك حاجة إلى الفقرة (٥). فإذا رُئي أن امكانية تقديم اقتراحات من أجل التسوية لن تكون موضع شك بدون الحكم، يمكن حذف الحكم، خاصة وأنه كثيرا ما يعتبر أن أفضل الممارسات هو تفادي تقديم اقتراحات، بقدر الامكان، بشأن كيفية تسوية النزاع.

المادة ٣- الاتصالات بين الموفق والطرفين

ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز للموفق أو لهيئة الموفقين الاجتماع أو الاتصال بالطرفين معا، أو بكل منهما على حدة.

(٢٤) يمكن أن تكون هناك صيغة بديلة (أكثر تفصيلا إلى حد ما) على النحو التالي: (٢) يحدد الطرفان [بالرجوع إلى قواعد التوفيق أو بطريقة أخرى] اختيار الموفق أو هيئة الموفقين، وزمان ومكان إجراءات التوفيق، وطرق الاتصالات بين الموفق أو هيئة الموفقين والطرفين، وأي مساعدة إدارية لتيسير تسيير عملية التوفيق، والجوانب الأخرى لإجراءات التوفيق.

ملاحظة

٩٣- المناقشة في الفريق العامل: واردة في الفقرتين ٥٤ و ٥٥ في الوثيقة A/CN.9/468. وقد تكون الاجتماعات المنفصلة بين الموفق والطرفين عادية الى درجة أنه يفترض سلفاً أن تكون للموفق الحرية في أن يستخدم هذا الأسلوب، إلا اذا كان هناك تقييد صريح متفق عليه بين الطرفين. والغرض من هذا الحكم هو قطع الشك فيما يتعلق بهذه المسألة.

المادة ٤- افشاء المعلومات

[لبدیل ١:] يجوز للموفق أو لهيئة الموفقين، عند الحصول على معلومات متعلقة بالنزاع من أحد طرفيه، افشاء مضمون تلك المعلومات للطرف الآخر لاتاحة الفرصة له لتقديم أي تفسير يراه مناسباً. لكن، للطرفين الحرية في أن يتفقا على غير ذلك، بما فيه أن يتعين على الموفق أو هيئة الموفقين عدم افشاء معلومات وردت من طرف عندما يوفر الطرف المعلومات للموفق أو لهيئة الموفقين بشرط محدد هو ابقاؤها سرية.

[لبدیل ٢:] رهنا باتفاق الطرفين، لا يجوز افشاء أي شيء يبلغ بطريقة سرية الى الموفق أو هيئة الموفقين من أحد الطرفين فيما يتعلق بالنزاع للطرف الآخر دون موافقة صريحة من الطرف الذي وفر المعلومات.

ملاحظة

٩٤- المناقشة التي دارت في الفريق العامل واردة في الفقرتين ٥٤ و ٥٥ من الوثيقة A/CN.9/468.

المادة ٥- بدء التوفيق^(٢٥)

تبدأ اجراءات التوفيق فيما يتعلق بنزاع معين، في التاريخ الذي يقبل فيه أحد الطرفين [كتابة] دعوة [مكتوبة] لاحالة ذلك النزاع للتوفيق موجهة من الطرف الآخر.

ملاحظات

٩٥- يمكن أن يناقش الفريق العامل ما اذا كان مقبولا أن تترك مسألة تاريخ بدء (وانتهاء) التوفيق لتقدير من تسند اليه مهمة التقدير (مثلا المحكمة)، استنادا الى حقائق القضية وملابساتها، وأن لا يجري تنظيم هذه المسألة في الأحكام التشريعية النموذجية. بيد أن اليقين فيما يتعلق بتاريخ بدء اجراءات التوفيق قد يكون مستحسنًا اذا كانت اجراءات التوفيق ستؤثر في سريان فترة التقادم المحددة.

٩٦- وقد يود الفريق أيضا أن ينظر في ما اذا كان من المفيد أن يتضمن مشروع المادة حكماً يتناول حالة عدم الرد على الدعوة للتوفيق. وهذا الحكم، المصوغ على نمط المادة ٤ (٢) من قواعد الأونسيترال للتوفيق، يمكن أن ينص على ما يلي: اذا لم يحصل الطرف المبادر الى التوفيق على رد في غضون [ثلاثين] يوما من التاريخ الذي أرسلت فيه الدعوة، أو في غضون فترة أخرى محددة في الدعوة، يجوز للطرف أن يختار أن يعامل هذا باعتباره رفضا للدعوة للتوفيق.

(٢٥) انظر المادة ٢ من نظم الأونسيترال للتوفيق.

المادة ٦- إنهاء التوفيق^(٢٦)

تنهى إجراءات التوفيق:

- (أ) بتوقيع الطرفين على اتفاق التسوية، في تاريخ الاتفاق؛
- (ب) أو باعلان كتابي يصدر عن الموفق، بعد التشاور مع الطرفين، يبين أنه لم يعد هناك ما يسوغ القيام بمزيد من الجهود في سبيل التوفيق، في تاريخ صدور الاعلان؛
- (ج) أو باعلان كتابي يصدر عن الطرفين ويوجه الى الموفق بانتهاء إجراءات التوفيق، في تاريخ صدور الاعلان؛
- (د) أو باعلان كتابي يوجهه أحد الطرفين الى الطرف الآخر الى الموفق، في حالة تعيينه، بانتهاء إجراءات التوفيق، في تاريخ صدور الاعلان.

المادة ٧- فترة التقادم^(٢٧)

(١) [البديل ١:] عندما تبدأ إجراءات التوفيق، يتوقف سريان فترة التقادم فيما يتعلق بالمطلب الذي هو موضوع التوفيق. [البديل ٢:] لأغراض توقف سريان فترة التقادم، يعتبر بدء إجراءات التوفيق إجراء يؤدي الى توقف سريان فترة التقادم.

(٢) في حالة انتهاء إجراءات التوفيق دون تسوية، يعتبر أن فترة التقادم واصلت سريانها. وإذا كانت فترة التقادم، في هذه الحالة، قد انتهت مدتها أو بقي من مدة سريانها أقل من [ستة شهور]، يحق للمطالب تمديد الفترة بفترة [ستة شهور] إضافية من تاريخ انتهاء إجراءات التوفيق.

ملاحظة

٩٧- المناقشة التي دارت في الفريق العامل واردة في الفقرات ٥٠-٥٣ من الوثيقة A/CN.9/468.

المادة ٨- امكانية قبول أدلة في إجراءات أخرى

(١) ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، لا يجوز لطرف اشترك في إجراءات التوفيق [أو طرف ثالث]^(٢٨) أن يستظهر بما يلي أو يقدمه كدليل في إجراءات تحكيمية أو قضائية، سواء أكانت هذه الإجراءات التحكيمية أو القضائية تتعلق، بالنزاع موضوع إجراءات التوفيق أو لا تتعلق به:

(٢٦) انظر المادة ١٥ من نظم الأونسيترال للتوفيق.

(٢٧) انظر المادتين ١٣ و ١٧ من اتفاقية فترة التقادم في البيع الدولي للبضائع بصيغتها المعدلة بالبروتوكول المعدل لاتفاقية فترة التقادم في البيع الدولي للبضائع.

(٢٨) اقترح في الفريق العامل أن يشمل الحكم النموذجي الحالات التي يسعى فيها الى اثاره آراء أو قرارات أو اقتراحات قدمت خلال إجراءات التوفيق في إجراءات لاحقة لمحكمة أو هيئة تحكيم، ليس من جانب طرف اشترك في التوفيق وانما من جانب طرف ثالث، مثلا شخص متعاقد من الباطن مع طرف؛ الفقرة ٢٥ من الوثيقة A/CN.9/468.

(أ) الآراء التي أبداها طرف في النزاع، أو الاقتراحات التي قدمها، فيما يخص [مسائل النزاع أو] تسوية ممكنة للنزاع؛

(ب) إقرارات طرف خلال اجراءات التوفيق؛

(ج) الاقتراحات المقدمة من الموفق؛

(د) كون أحد طرفي التوفيق قد أبدى استعداده لقبول اقتراح تسوية مقدم من الموفق.

(٢) لا تأمر هيئة التحكيم أو المحكمة بإفشاء المعلومات المشار إليها في الفقرة (١) من هذه المادة [سواء أكانت الاجراءات التحكيمية أو القضائية تتعلق، بالنزاع موضوع اجراءات التوفيق أو لا تتعلق به].

(٣) في حالة تقديم أدلة يخالف تقديمها الفقرة (١) من هذه المادة، تعامل هيئة التحكيم أو المحكمة تلك الأدلة باعتبارها غير مقبولة.^(٢٩)

ملاحظات

٩٨- المناقشة التي دارت في الفريق العامل واردة في الفقرات ٢٢-٣٠ من الوثيقة A/CN.9/468.

٩٩- قد يود الفريق أن ينظر في ما اذا من المفيد أن يوضح، في الحكم النموذجي أو بطريقة أخرى، أن جميع المعلومات التي يمكن قبولها في الأدلة لا تصبح غير مقبولة لمجرد أنها تثار في عملية التوفيق. فعدم القبول يقتصر على بيانات معينة تقدم في اجراءات التوفيق (أي الآراء والقرارات والاقتراحات وابداء الاستعداد لقبول التسوية)، وليس أي أدلة نشأت عنها البيانات. وبالتالي فإن الأدلة المستخدمة في التوفيق هي أدلة مقبولة في أي اجراءات لاحقة كما كانت لو كان التوفيق لم يحدث أصلا.

١٠٠- والغرض من ارساء الاستثناء الاستدلالي لأنواع معينة من المعلومات في مشروع المادة ٨ هو تشجيع الطرفين على الصراحة في التوفيق. ولتحقيق ذلك، يجب أن يتمكن الطرفان من الدخول في التوفيق مدركين نطاق القاعدة، وأنها ستطبق. ولكن، كما لوحظ في الفقرة ٣٣ من الوثيقة A/CN.9/468، قد تكون هناك حالات يكون فيها الاستدلال على حقائق معينة غير مقبول وفقا لمشروع المادة ٨، ولكن الحاجة الماسة الى تقبل أسباب قاهرة متعلقة بالسياسة العامة تجعل من الضروري إبطال عدم المقبولية. وقد ينشأ مثل هذا الوضع الاستثنائي، مثلا، عندما تكون هناك حاجة لفصح تهديدات من جانب أحد المشتركين في التوفيق بالحقاق أذى جسدي أو خسائر أو أضرار غير قانونية؛ أو عندما يحاول أحد المشتركين في التوفيق استعمال التوفيق لتخطيط جريمة أو ارتكابها؛ أو عندما تكون هناك حاجة الى أدلة لاثبات أو دحض ادعاء بسوء سلوك مهني على أساس سلوك حدث خلال التوفيق؛ أو عندما تكون هناك حاجة الى أدلة في اجراءات متعلقة بعملية خداع أو اكراه فيما يخص شرعية اتفاق توصل اليه الطرفان أو فيما يخص قابلية انفاذ ذلك الاتفاق؛ أو عندما تمثل البيانات المقدمة خلال أدلة التوفيق تهديدا ملحوظا لصحة الجمهور أو سلامته. وعلى الرغم من أنه يبدو أن القاعدة الاستدلالية الواردة في مشروع المادة ٨ ستبطل في هذه الحالات، بغض النظر عما اذا كان الاستثناء معربا عنه في الحكم التشريعي النموذجي، فإن المسألة هي ما اذا كان ينبغي من أجل الوضوح وتجنب الشك التعبير عن هذه الاستثناءات في الأحكام التشريعية النموذجية، أو ما اذا كان ينبغي أن تترك لقانون الأدلة المنطبق معالجة تلك الاستثناءات عندما تنشأ.

(٢٩) الفقرة ٧٢ من الوثيقة A/CN.9/468.

المادة ٩- دور الموفق في الاجراءات الأخرى

- (أ) ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، لا يتصرف الموفق كمحكم^(٣٠) أو كممثل أو مستشار لطرف في أي اجراءات تحكيمية أو قضائية فيما يتعلق بنزاع هو موضوع اجراءات التوفيق.
- (ب) لا تقبل شهادة الموفق فيما يتعلق بالوقائع المشار إليها في المادة ٧ (١) في أي اجراءات تحكيمية أو قضائية فيما يتعلق بنزاع كان وما زال موضوع اجراءات التوفيق.
- (ج) تنطبق الفقرتان (١) و (٢) أيضا على أي نزاع آخر نشأ عن العقد نفسه أو عن عقد آخر يشكل جزءا من معاملة تجارية واحدة.^(٣١)

ملاحظة

١٠١- المناقشة التي دارت في الفريق العامل واردة في الفقرات ٣١-٣٧ من الوثيقة A/CN.9/468.

المادة ١٠- اللجوء الى الاجراءات التحكيمية أو القضائية

[البديل ١] لا يستهل الطرفان، أثناء اجراءات التوفيق، أي اجراءات تحكيمية أو قضائية فيما يتعلق بنزاع هو موضوع اجراءات التوفيق، باستثناء أنه يجوز للطرف أن يستهل اجراءات تحكيمية أو قضائية في الحالة التي تكون فيها هذه الاجراءات، في رأيه، ضرورية لصون حقوقه.

[البديل ٢] يجوز أن يتفق الطرفان على أن لا تستهل، أثناء اجراءات التوفيق، أي اجراءات تحكيمية أو قضائية فيما يتعلق بنزاع هو موضوع اجراءات التوفيق. ولكن يجوز للطرف أن يستهل اجراءات تحكيمية أو قضائية اذا كانت هذه الاجراءات، في رأيه، ضرورية لصون حقوقه [او اذا أخطر الطرف الطرف الآخر بنيته أن يستهل الاجراءات]. واستهلال هذه الاجراءات من جانب الطرف لا يعتبر بذاته انهاء لاجراءات التوفيق.

[البديل ٣] الى مدى تعهد الطرفين صراحة بأن لا تستهل [أثناء مدة معينة أو حتى تنفيذ اجراءات التوفيق] اجراءات تحكيمية أو قضائية فيما يتعلق بنزاع حالي أو مقبل، يتعين على المحكمة أو هيئة التحكيم انفاذ ذلك التعهد حتى انتهاء المدة المتفق عليها أو بدء اجراءات التوفيق.^(٣٢)

ملاحظة

١٠٢- المناقشة التي دارت في الفريق العامل واردة في: الفقرات ٤٥-٤٩ من الوثيقة A/CN.9/468.

(٣٠) تجدر الإشارة الى أن القواعد القائمة التي تنظم سلوك المحكمين تعالج مسألة ما اذا كان يجوز لشخص اضطلع بدور الموفق أن يقبل تعيينه كمحكم، ومتى يجوز له ذلك. ومع ذلك، قد يود الفريق أن يعتبر أن من المرغوب فيه أن يشار الى المحكمين في الفقرة الفرعية (أ) لقطع الشك في أن للطرفين الحرية في تعيين الموفق كمحكم اذا اتفقا على ذلك.

(٣١) الفقرة ٣٦ من الوثيقة A/CN.9/468.

(٣٢) الفقرة ٤٨ من الوثيقة A/CN.9/468.

المادة ١١ - قيام المحكم بدور الموفق

لا يتعارض مع مهمة المحكم أن يثير مسألة امكانية التوفيق وأن يشارك، الى المدى الذي يوافق عليه الطرفان، في الجهود المبذولة للتوصل الى تسوية متفق عليها.

ملاحظات

١٠٣ - المناقشة التي دارت في الفريق العامل واردة في الفقرات ٤١-٤٤ من الوثيقة A/CN.9/468.

١٠٤ - هناك، كما لاحظت اللجنة خلال اعدادها النص الذي اعتمد فيما بعد باعتباره ملحوظات الأونسيترال عن تنظيم اجراءات التحكيم (خاصة في الفقرة ٤٧ من الملحوظات)، مواقف وممارسات مختلفة فيما يتعلق بمسألة ما اذا كان من المناسب لمحكم أن يثير امكانية التسوية وإذا كان من المناسب فبأي طريقة وما اذا كان يجوز لمحكم أن يتولى بعض مهام الموفق.^(٣٣) فضلا عن ذلك، فان بعض قواعد التحكيم (بما فيها مدونات قواعد السلوك التي تنظم سلوك المحكمين) تشتمل على أحكام متعلقة بتصرف المحكمين كموفقين. وفي ضوء هذه الاختلافات، قد يود الفريق أن ينظر في ما اذا كان من الأفضل عدم صوغ حكم موحد بشأن المسألة، وترك الأمر لقواعد التحكيم وممارسته.

المادة ١٢ - قابلية انفاذ التسوية

اذا توصل الطرفان الى اتفاق على تسوية للنزاع، ووقع الطرفان والموفق أو هيئة الموفقين على اتفاق تسوية ملزم، يكون ذلك الاتفاق قابلا للانفاذ [تدرج الدولة المشترعة أحكاما تحدد أحكام قابلية انفاذ هذا النوع من الاتفاقات].

(٣٣) ورد في تقرير اللجنة عن أعمال دورتها السابعة والعشرين (١٩٩٤)، الوثيقة A/49/17 (المستنسخ في حولية الأونسيترال، في المجلد الخامس والعشرين: ١٩٩٤) ما يلي:

١٤٣ - وتباينت الآراء حول ما اذا كان من الملائم بالنسبة لهيئات التحكيم أن تقوم، بمبادرة منها، بإثارة مسألة امكانية التسوية، وحول الطريقة التي يمكن أن تشترك بها هيئة التحكيم في أي مفاوضات للتسوية. وذكر أن بعض النظم القانونية ترى أنه ليس مما يتفق مع وظيفة المحكم أن يستفسر عن التسوية؛ فضلا عن ذلك، فقد ذكر أن مثل هذا الاستفسار قد يسيء الى المناخ الذي تسير فيه الاجراءات، وقد يضع أحد الطرفين في وضع محرج يتمثل في رفضه للتسوية، وقد يثير شكوكا حول عدم نزاهة المحكمين، كما أنه قد يؤدي، في حالة الفشل في التوفيق، الى زيادة احتمال ظهور اعتراضات على قرار التحكيم.

١٤٤ - وجرى الادلاء ببيانات عن النظم القانونية التي ينص فيها القانون المنظم لاجراءات المحاكم على الاستفسار حول امكانية التسوية، وحيثما اعتبر أن هذا الاستفسار مقبول ومستصوب في بعض الأحيان، شريطة أن يتم ذلك بطريقة لا تؤدي الى المساس بنزاهة المحكمة.

١٤٥ - وفي الحالة التي يطلب فيها الطرفان، من جانبهما، مساعدة هيئة التحكيم في التوصل الى تسوية، أعرب عن رأي مؤداه أنه من الصعب الموازنة بين دور التحكيم ودور التوفيق، ولذلك فلا بأس أن يرفض المحكمون العمل كموفقين، أو أن يحتفظوا في الاستجابة الى مثل هذه المبادرة. وأعرب عن رأي آخر مؤداه أنه في حين يتعين على هيئة التحكيم أن تحرص دائما على الحفاظ على نزاهتها، فان مزايا التوصل الى تسوية تبرر مرونة هيئة التحكيم في الاستجابة الى هذه الطلبات من جانب الطرفين.

ملاحظات

- ١٠٥ - المناقشة التي دارت في الفريق العامل واردة في الفقرات ٣٨-٤٠ من الوثيقة A/CN.9/468.
- ١٠٦ - تتفاوت الحلول التشريعية المتعلقة بقابلية انفاذ التسويات التي يتم التوصل اليها في اجراءات التوفيق تفاوتا واسعا. وبعض الدول ليست لديها أحكام خاصة بصدد قابلية انفاذ هذه التسويات. ونتيجة لذلك ستكون قابلة للانفاذ مثل قابلية انفاذ أي عقد بين الطرفين. وهذا الفهم بأن تسويات التوفيق قابلة للانفاذ باعتبارها عقودا نص عليه مجددا في بعض قوانين التوفيق.
- ١٠٧ - ولكن، هناك أيضا قوانين تنص على استعجال انفاذ هذه التسويات. والأسباب المقدمة لتبرير استعجال الانفاذ ترمي عادة الى تشجيع استخدام التوفيق وتجنب الأوضاع التي قد يستغرق فيها الاجراء التعاقدي لانفاذ التسوية عدة شهور أو سنوات للتوصل الى الحكم ثم الانفاذ.
- ١٠٨ - وتشتمل عدة قوانين أحكاما مفادها أن يُعَامَل اتفاق التسوية المكتوب كقرار صادر عن هيئة تحكيم، وأن يكون له نفس أثر القرار النهائي في التحكيم، شريطة أن تكون نتيجة التوفيق مكتوبة وموقعة من الموفق أو الموفقين والطرفين أو من يمثلهما.
- ١٠٩ - وطبقا لنهج آخر في أحد القوانين الوطنية يعتبر اتفاق التسوية سندا قابلا للانفاذ، وأن الحقوق والديون والواجبات، المؤكدة والصريحة والقابلة للانفاذ والمسجلة في اتفاق التسوية تكون قابلة للانفاذ عملا بأحكام انفاذ قرارات المحاكم. ولكن، تجدر الإشارة الى أن ذلك الحكم ينطبق على التوفيق الذي تديره مؤسسات مجازة، حيث يتم اختيار الموفقين من قائمة تحتفظ بها هيئة رسمية.
- ١١٠ - وتنص قوانين أخرى على أن تسويات التوفيق تعامل كقرارات، ولكن هذه التسويات "يجوز بإذن من المحكمة" انفاذها بالطريقة نفسها المتبعة في انفاذ الحكم. وهذه صيغة يبدو أنها تتيح درجة معينة من السلطة التقديرية للمحكمة في انفاذ التسوية.
- ١١١ - وهناك أيضا مشروع حل تشريعي تتضمن عناصره ما يلي: يجوز للطرف الداخل في اتفاق تسوية أن يلتزم من محكمة، بموافقة جميع الأطراف في هذا الاتفاق، اصدار حكم وفقا لاتفاق التسوية، شريطة أن ١ يقدم الالتماس للمحكمة في غضون عدد معين من الأيام من التوقيع على التسوية؛ ٢ وتعطى جميع الأطراف الموقعة على التسوية اشعارا كافيا في غضون عدد معين من الأيام من تقديم هذا الالتماس؛ ٣ ولا يقدم أي طرف في التسوية اعتراضا الى المحكمة في غضون عدد معين من الأيام من تلقي هذا الاشعار. وإذا قُدِّم اعتراض يجوز للمحكمة في حالات معينة، بما فيها الحالات التي تقتضيها مصلحة العدالة، أن ترفض الالتماس، دون المساس بأي حقوق تعاقدية أو تعويضات قد تكون متاحة عدا ذلك.
- ١١٢ - وقد يود الفريق العامل أن يناقش ما اذا كان من المستصوب ومن الممكن اعداد حكم نموذجي موحد من شأنه أن يحظى بقبول عالمي، وماذا ينبغي أن يكون مضمون القاعدة الموحدة في هذه الحالة. ويجوز أن يرى بدلا عن ذلك أن مشروع المادة ١٢، نظرا لاختلاف النُهج، ينبغي أن لا يقدم حلا موحدا؛ بل ينبغي أن تُترك مناقشة الحلول الممكنة لدليل الاشتراع الذي قد يود الفريق العامل أن يعتمده مع الأحكام التشريعية النموذجية. ويجوز أن يتضمن الدليل، بالإضافة الى تقديم حلول مثل الحلول المذكورة آنفا، الآليات

المعترف بها في بعض القوانين الوطنية لجعل التسويات قابلة للانفاذ العاجل (مثلا اذا تم توثيق تسوية قانونيا أو أضفى عليها القاضي صفة رسمية أو أضاف المستشار القانوني لكل من الطرفين توقيعهم اليها). ويمكن الإشارة الى حل آخر يتمثل في تخويل الطرفين اللذين توصلا الى تسوية نزاع صلاحية تعيين هيئة تحكيم يكون غرضها المحدد هو إصدار قرار بـشروط متفق عليها استنادا الى اتفاق الطرفين. وقد تكون هناك حاجة الى تخويل محدد من هذا القبيل اذا كان القانون المنطبق على اجراءات التحكيم لا يسمح باستهلال اجراءات التحكيم في حالة عدم وجود نزاع بين الطرفين.
