

Distr.
GENERAL

A/CN.9/460
6 April 1999
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة الثانية والثلاثون

فيينا ، ١٧ أيار/مايو-٤ حزيران/يونيه ١٩٩٩

التحكيم التجاري الدولي

الأعمال التي يمكن القيام بها مستقبلاً في مجال التحكيم التجاري الدولي

مذكرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة

٢	مقدمة
٢	أولاً - ملخص المقترحات
٤	ثانياً - المواضيع التي يمكن أن تنتظر فيها اللجنة
٤	ألف - التوفيق
٧	باء - اشتراط صيغة شكلية مكتوبة بشأن اتفاق التحكيم
١٢	جيم - قابلية التحكيم
١٢	دال - الحصانة السيادية
١٩	هاء - دمج قضايا معروضة على هيئات تحكيم
٢١	واو - سرية المعلومات في اجراءات التحكيم
٢٤	زاي - اثاره دعاوى مطالب لغرض التقاضي
٢٦	حاء - القرارات التي تصدر عن هيئات تحكيم "مبتورة"
٣٠	طاء - مسؤولية المحكمين
٣٢	ياء - صلاحية هيئة التحكيم لاصدار حكم بدفع فوائد
٣٤	كاف - تكاليف اجراءات التحكيم
٣٦	لام - انفاذ مفعول التدابير المؤقتة بشأن الحماية
٣٩	ميم - الصلاحية التقديرية لانفاذ قرار تحكيم كان قد نُقض في دولة المنشأ

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 الى ممثلي الدول الأعضاء في اللجنة والمراقبين . وألقى الكلمة الافتتاحية الأمين العام للأمم المتحدة . وإضافة الى 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 (1).

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

٣ - وبالإشارة الى المناقشات التي جرت في اليوم الاحتفالي باتفاقية نيويورك ، ارتأت اللجنة أن من المفيد أن تباشر النظر فيما يمكن القيام به مستقبلا من أعمال في مجال التحكيم خلال دورتها الثانية والثلاثين في عام ١٩٩٩ . وطلبت الى الأمانة أن تعد لأجل الدورة الراهنة مذكرة تصلح كأساس لنظر اللجنة في هذا الموضوع . وذكرت اللجنة أن مما قد يوضع في الحسبان لدى اعداد المذكرة (2) ، إضافة الى المدارس التي جرت في اليوم الاحتفالي باتفاقية نيويورك ، تلك المدارس التي جرت في مؤتمرات دولية أخرى لممارسي شؤون التحكيم (مثل مؤتمر المجلس الدولي للتحكيم التجاري ، باريس ، ٣-٦ أيار/مايو ١٩٩٨) . وقد أعدت هذه المذكرة استجابة الى ذلك الطلب .

أولا - ملخص المقترحات

٤ - تناقش هذه الوثيقة بإيجاز مسائل ومشاكل معينة استُبينت من خلال ممارسة التحكيم ، وذلك بغية تيسير اجراء مناقشة في اللجنة فيما اذا كانت ترغب في ادراج أي من تلك المسائل في برنامج

(1) من منشورات الأمم المتحدة : مداولات ندوة الاحتفال بيوم اتفاقية نيويورك ، "إنفاذ قرارات التحكيم بمقتضى اتفاقية نيويورك : التجربة والآفاق" ، أيار/مايو ١٩٩٩ ، ISBN 92-1-133609-0 .

(2) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن أعمال دورتها الحادية والثلاثين (١٩٩٨) ، الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة الثالثة والخمسون ، الملحق رقم ١٧ ، الوثيقة A/53/17 ، الفقرة ٢٣٥ .

عملها . وتشمل مسائل المناقشة جوانب معينة من إجراءات التوفيق ؛ والمقتضى التشريعي بوضع صيغة مكتوبة لاتفاق التحكيم ؛ وقابلية التحكيم ؛ والحصانة السيادية ؛ ودمج أكثر من قضية واحدة في إجراء تحكيم واحد ؛ وسرية المعلومات في إجراءات التحكيم ، ورفع الادعاءات في إجراءات التحكيم لغرض المقاصة ؛ والقرارات التي تصدر عن هيئات تحكيم "مبتورة" ، ومسؤولية المحكمين ؛ وصلاحيات هيئة التحكيم لإصدار حكم بدفع فوائد ؛ وتكاليف إجراءات دعوى التحكيم ؛ وقابلية إنفاذ التدابير المؤقتة بشأن الحماية ؛ والصلاحيات التقديرية لإنفاذ قرار أسقط في دولة المنشأ . وكذلك من الجائز إثارة أي مسائل أخرى بخصوص قانون التحكيم إبان دورة اللجنة لكي تنظر فيها اللجنة إذا أمكن .

٥ - ولعل اللجنة ترغب في النظر في مدى استحسان اعداد أحكام موحدة بشأن أي من تلك المسائل ، ربما مع تبيان ما إذا كان ينبغي القيام بمزيد من العمل في سبيل اعداد نص تشريعي (كمجموعة من الأحكام التشريعية النموذجية أو معاهدة) أو نص غير تشريعي (كمجموعة من القواعد التعاقدية النموذجية) . ولكن حتى في حال عدم التوصل في النهاية الى اعداد حلول موحدة ، فإن من المفيد إجراء مناقشة متعمقة من جانب المندوبين من جميع النظم القانونية والاجتماعية والاقتصادية الرئيسية الممثلين في اللجنة أو فريقها العامل ، لأن ذلك من شأنه أن يقدم معلومات مستحسنة الى مستعملي أسلوب التحكيم في العالم قاطبة ، عن الصعوبات التي تستجد في الممارسة العملية وعن الحلول الممكنة لتلك الصعوبات .

٦ - ولعل اللجنة ترغب أيضا ، لدى نظرها فيما قد تقوم به في المستقبل من أعمال في هذا المجال ، أن تحيط علما بأن فرقة العمل المعنية بالممارسة القانونية والتجارية الدولية التابعة للجنة الاقتصادية لأوروبا ، ماضية في مناقشة مختلف المسائل المتعلقة باتفاقية التحكيم التجاري الدولي (جنيف ، ١٩٦١) ، بما في ذلك موضوع امكانية تنقيحها . ومع أنه لم يتم بعد اتخاذ قرار فيما إذا كان ينبغي تنقيح الاتفاقية أو بشأن محور التركيز في القيام بأي تنقيح لها ، فإن الأفكار التي نوقشت تمهيدا تشمل امكانية إجراء تنقيح على نحو يزيد المنفعة المرجوة من الاتفاقية للموقعين عليها الحاليين منهم والجدد المحتملين أيضا . وبالنظر الى الفائدة العالمية المحتملة المرجوة من المناقشات في اطار الفرقة العاملة التابعة للجنة الاقتصادية لأوروبا ، وبالنظر أيضا الى العلاقة بين تلك المناقشات وأي عمل قد تقرر اللجنة القيام به مستقبلا في مجال التحكيم ، لعل اللجنة ترغب في أن تطلب الى الأمانة أن تتابع عن كثب المداولات الجارية في فرقة العمل المذكورة ، وأن تقدم تقريرا عن تلك المداولات الى اللجنة أو الى فريقها العامل .

٧ - ولئن قررت اللجنة أن تدرج في برنامج عملها أيًا من المسائل المذكورة في هذه الوثيقة ، أو أي مسألة تثار إبان دورة اللجنة ، فلعلها ترغب في أن تطلب الى الأمانة أن تعد دراسات في هذا الصدد ، بالتعاون مع المنظمات الدولية المعنية ، وربما أن تعد مجموعة أولية من المقترحات التمهيدية لكي تنظر فيها اللجنة أو واحد من أفرقتها العاملة .

ثانيا - المواضيع التي يمكن أن تنظر فيها اللجنة

ألف - التوفيق

٨ - يستخدم المصطلح "التوفيق" هنا للإشارة إلى إجراءات يقدم فيها المساعدة شخص مستقل وغير منحاز إلى أطراف في نزاع لأجل التوصل إلى تسوية . ويختلف التوفيق عن المفاوضات بين الأطراف (والتي تجري بحسب ما هو معهود بعد نشوء نزاع ما) ، من حيث أن التوفيق يديره شخص ثالث مستقل وغير منحاز ، في حين أن مفاوضات التسوية بين الأطراف لا تشمل شخصا ثالثا مستقلا وغير منحاز من ذلك القبيل . أما الاختلاف بين التوفيق والتحكيم فهو أن التوفيق طوعي محض ، من حيث أن الطرفين لا يشاركان فيه إلا في نطاق اتفاقهما معا على ذلك وماداما متفقين عليه . ومن ثم فإن التوفيق ينتهي إما بتسوية النزاع وإما بعدم النجاح في ذلك ، في حين أن هيئة التحكيم تلجأ ، في حال عدم التوصل إلى تسوية ، إلى فرض قرار ملزم على الطرفين .

٩ - ويجدر القول بأن إجراءات التوفيق بالمعنى المذكور أعلاه ، مشمولة بالنظر والمعالجة في عدد من القواعد الخاصة بمؤسسات التحكيم ، وكذلك في قواعد التحكيم التي وضعتها اللجنة الأونسيترال (١٩٨٠) . وهذه القواعد تستخدم على نطاق واسع وتصلح لاتباعها كنموذج لأجل وضع كثير من المجموعات الأخرى من قواعد التوفيق . وفي الممارسة العملية ، يشار إلى إجراءات التوفيق المقصودة بتعابير مختلفة ، ومنها "الوساطة" .

١٠ - هذا ، وقد أخذت تزداد ممارسة التوفيق في أنحاء مختلفة من العالم ، بما في ذلك تلك المناطق التي لم يكن استخدامهما شائعا فيها منذ عدة سنوات مضت . ويتبدى هذا الاتجاه في جملة مظاهر ، ومنها إنشاء عدد من الهيئات الخصوصية والعمومية التي تقدم خدمات التوفيق إلى الأطراف المهتمة . وأدى هذا الاتجاه ، وكذلك وجود رغبة متنامية في مناطق مختلفة من العالم في الترويج للتوفيق كأسلوب لتسوية النزاعات ، إلى مناقشات تطالب بوضع حلول قانونية متناسقة دوليا بقصد تيسير التوفيق . ويرد أدناه تلخيص للأفكار التي طُرحت في تلك المناقشات .

١ - جواز قبول أدلة معينة في إجراءات دعاوى قضائية أو تحكيمية لاحقة

١١ - في إجراءات التوفيق ، من المعهود أن يُعرب الطرفان عن اقتراحات وآراء تتعلق بمقترحات بشأن إيجاد تسوية ممكنة للنزاع ، أو تقديم اقرارات أو بيان استعدادهما للتسوية . أما إذا لم يؤد التوفيق إلى تسوية ، على الرغم من هذه الجهود ، وإذ لجأ الطرفان إلى مباشرة إجراءات دعاوى قضائية أو إجراءات تحكيم ، فمن الجائز استخدام تلك الآراء أو الاقتراحات أو الاقرارات أو بيانات الاستعداد إلى قبول التسوية ، حتى ضد الطرف الذي قدمها . غير أن هذه الامكانية قد تثني الطرفين عن القيام بمحاولة جادة للتوصل إلى تسوية أثناء إجراءات التوفيق ، مما يقلل جدا من الفائدة المرجوة من التوفيق .

١٢ - وبغية معالجة المشكلة المذكورة أعلاه ، فإن نظم التوفيق التي قننتها اللجنة الأونسيترال ، تحتوي على قاعدة في المادة ٢٠ ، نصها كما يلي :

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

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

(ب) اقرارات الطرف الآخر أثناء إجراءات التوفيق ؛

(ج) الاقتراحات التي قدمها الموفق ؛

(د) كون الطرف الآخر قد أبدى استعداده لقبول اقتراح للتسوية قدمه الموفق .

١٣ - وأما إذا لم يلجأ الطرفان الى استخدام قواعد التوفيق ، أو اذا استخدموا قواعد لا تحتوي على حكم كالمادة ٢٠ من نظم التوفيق الصادرة عن الأونسيترال ، فإن المشكلة الوارد وصفها أعلاه قد تعود بالضرر على الطرفين في اطار كثير من النظم القانونية . وحتى اذا اتفق الطرفان على قاعدة كالقاعدة الواردة في المادة ٢٠ ، فقد لا يكون من المؤكد أن الاتفاق الخاص بالأدلة سوف يكون له مفعول كامل . وبغية تقديم المساعدة الى الأطراف في مثل تلك الأحوال ، اعتمدت في بعض الاختصاصات القضائية قوانين مصممة بقصد منع تقديم أدلة معينة ذات صلة بإجراءات توفيق سابق في إجراءات دعاوى قضائية أو تحكيمية لاحقة .

٢ - دور الموفق في إجراءات خصومة قضائية أخرى

١٤ - قد يكون طرف ما راغبا عن السعي جادا لايجاد تسوية في إجراءات التوفيق ، اذا ما كان عليه أن يضع في الحسبان الامكانية الجائزة ، في حال عدم نجاح التوفيق ، في أن يصار الى تعيين الموفق محاميا للطرف الآخر أو محكما . ذلك لأن ادراك الموفق لوقائع معينة تحدث أثناء القيام بالتوفيق (مثلا تقديم مقترحات بشأن التسوية أو اقرارات) ، قد يسفر عن كونه ضارا بمصلحة الطرف الذي قدمها . وهذا هو السبب الكامن وراء أحكام المادة ١٩ من نظم التوفيق للجنة الأونسيترال ، ونصها كما يلي :

"يتعهد الطرفان والموفق بألا يعمل الموفق كمحكم أو ممثل أو محام لأحد الطرفين في أية إجراءات تحكيمية أو قضائية بشأن نزاع هو موضوع إجراءات التوفيق . ويتعهد الطرفان بعدم تقديم الموفق كشاهد في أي من هذه الإجراءات ."

١٥ - وقد أدرجت بعض الاختصاصات القضائية أحكاما مماثلة في تشريعاتها . بيد أن المعرفة السابقة من جانب المحكم ، في بعض الحالات ، قد يراها الطرفان مزية حسنة (وخصوصا لأن تلك المعرفة سوف تتيح المجال للمحكم لتسيير إجراءات القضية بمزيد من الكفاءة) ؛ وفي تلك الحالات ، قد يفضل الطرفان فعلا أن يعين الموفق محكما في إجراءات التحكيم اللاحقة . وبغية رد أي اعتراض يستند الى تأكيدات بوجود انحياز في تلك الحالات ، اعتمدت بعض الاختصاصات القضائية قوانين تسمح صراحة للموفق ، رهنا باتفاق الطرفين ، بأن يقوم بمهمة المحكم فيها .

٣ - قابلية انفاذ مفعول اتفاقات التسوية

١٦ - واحدة من مساوئ التوفيق المحتملة الرئيسية تتمثل في الامكانية التي قد تؤدي الى اهدار ما ينفق من وقت ومال لأجل التوفيق عبثا في حال عدم توصل الطرفين الى تسوية للنزاع . وكثيرا ما قيل ان جاذبية التوفيق من شأنها أن تزداد جدا اذا ما كان للتسوية التي يتم التوصل اليها أثناء التوفيق ، مفعول قابل للتنفيذ ، وذلك لكي لا يضطر طرف ما في التسوية الى المخاضة في دعوى لأجل بلوغ ما تم الاتفاق عليه . ومما يعترف به أن الحصول على حق قابل للتنفيذ في دعوى محكمة ، يرجح أن يكون أقل اطالة اذا ما كانت المطالبة تستند الى تسوية ، بالمقارنة بالحالة التي لا يكون فيها أي تسوية . ومع ذلك ، فان الامكانية السانحة للمقاضاة في خصومة بغية انفاذ تسوية ، تقلل من جاذبية التوفيق .

١٧ - من الطرق الممكنة في الحصول على حق قابل للتنفيذ هي أن يلجأ الطرفان اللذان توصلا الى تسوية الى تعيين الموفق محكما ، والاقتصار في إجراءات التحكيم على تسجيل التسوية في صيغة قرار تحكيمي بناء على شروط متفق عليها (بحسب ما هو منصوص عليه مثلا في المادة ٣٤ (١) من قواعد التحكيم التي وضعتها اللجنة الأونسيترال (١٩٧٦)) . غير أن من العقبات المحتملة في اتباع هذا النهج ما قد ينشأ في عدد من النظم القانونية التي يتعذر فيها ، عند التوصل الى تسوية ومن ثم الى ازالة أسباب التنازع ، اللجوء الى مباشرة إجراءات التحكيم .

١٨ - على ضوء ما ورد أعلاه ، يلاحظ أن بعض الاختصاصات القضائية اعتمدت قوانين تقر بقابلية انفاذ مفعول اتفاقات التسوية المتوصل اليها في إجراءات التوفيق . وتنص تلك القوانين ، على سبيل المثال ، على أنه ينبغي أن يعامل اتفاق التسوية المكتوب ، تحقيقا لأغراض انفاذه ، كقرار تحكيم وأن يكون من الجائز تنفيذه من حيث هو كذلك . وقد يكون ثمة حل ممكن آخر في أن يسمح التشريع صراحة للطرفين في التسوية ، على الرغم من اختفاء أسباب المنازعة ، بالبدء بالتحكيم واستصدار قرار تحكيم من المحكم (الذي قد يكون هو الموفق السابق) ، بناء على شروط متفق عليها .

٤ - الاستنتاج

١٩ - لعل اللجنة ترغب في النظر فيما اذا كان من المفيد ، بغية التشجيع على اللجوء الى التوفيق وتيسير القيام به ، أن تدرس موضوع اعداد أحكام نموذجية تشريعية متسقة تعالج مسائل مثل جواز قبول أدلة مقدمة أثناء التوفيق في اجراءات تحكيم أو اجراءات دعوى محكمة تباشر لاحقا ؛ وأي دور من الجائز أن يؤديه موفق في اجراءات تحكيم لاحقة ؛ والشروط التي من الجائز أن تعامل بها تسوية يتوصل اليها أثناء اجراءات التوفيق باعتبارها حقا قابلا للتنفيذ مستقبلا .

باء - اشتراط صيغة شكلية مكتوبة بشأن اتفاق التحكيم

٢٠ - تنص المادة الثانية (٢) من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها ، على ما يلي :

"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 ."

وتنص المادة ٧ (٢) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (١٩٨٥) على ما يلي :

"يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا . ويعتبر الاتفاق مكتوبا اذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق ، أو في تبادل لبيانات الادعاء والدفاع يقول فيه أحد الطرفين بوجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر . وتعتبر الإشارة في عقد ما الى مستند يشتمل على شرط للتحكيم بمثابة اتفاق تحكيم ، شريطة أن يكون العقد مكتوبا وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد ."

٢١ - كثيرا ما وصفت المشاكل التي تنشأ من الاشتراط بأن تكون اتفاقات التحكيم في صيغة شكلية مكتوبة بأنها مشاكل صعبة ومحبطة . ويلاحظ أن مرحلة الاعتراف باتفاق فعلي على اللجوء الى التحكيم أو رفضه هي المرحلة التي لا تزال التوترات تشاهد فيها بين اجراءات المحاكم وعمليات التحكيم . وقد قيل أيضا ان تحقيق الاتساق في تفسير المادة الثانية (٢) من الاتفاقية ينبغي أن يحظى بالأولوية لكي تؤدي الاتفاقية وظيفتها على نحو أفضل . ولكن قبل مناقشة هذه المسألة ، سوف ننظر هذه المذكرة أولا في مسألة اشتراط "صيغة شكلية مكتوبة" بشأن اتفاق تحكيم ومدى تطابق ذلك مع ازدياد استخدام تقنيات التجارة الالكترونية .

١ - اتفاق التحكيم "المكتوب" والتجارة الالكترونية

٢٢ - يجدر القول بأن المسألة المعنية بما اذا كانت التجارة الالكترونية تعد وسيلة مقبولة لابرار اتفاقات تحكيم صالحة غير خليقة بأن تطرح من المشاكل أكثر مما نجم عن ازدياد استخدام وسائل الابراق المباشر مثل التلكس والنسخ عن بعد (تليكوبي) أو الاستنساخ البعدي (فكسيميلى) . والمادة ٧ (٢) المذكورة أعلاه من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي تثبت صراحة صلاحية استخدام أي وسيلة من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي "تكون بمثابة سجل للاتفاق" ، وهي صيغة لفظية من شأنها أن تستوعب أكثر الأشكال شيوعا في استعمال البريد الالكتروني أو المراسلة بواسطة تبادل البيانات الكترونيا .

٢٣ - أما بخصوص اتفاقية نيويورك ، فإن مما هو مقبول عموما أنه ينبغي تفسير التعبير الوارد في المادة الثانية (٢) : اذا ورد ... في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات" تفسيراً واسع النطاق لكي يشمل وسائل اتصال أخرى ، وخصوصا التلكس (والذي يمكن أن يضاف اليه النسخ البعدي أو الفكسيميلى في أيامنا هذه) . ويمكن أن يوسع هذا التفسير التكنولوجي نفسه^(٣) ليشمل وسائل التجارة الالكترونية . ومن شأن مثل هذا التوسع في التفسير أن يتماشى أيضا مع القرار الذي اتخذته اللجنة عندما اعتمدت قانون الأونسيترال بشأن التجارة الالكترونية مع دليل التشريع الخاص به في عام ١٩٩٦ .^(٤) بيد أن الحاجة قد تستدعي اجراء المزيد من الدراسة لتقرير ما اذا كان تفسير المادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك بالاشارة اما الى قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم واما الى قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية ، يرجح له أن يكتسب توافقا في الآراء على صعيد دولي واسع وأنه يجدر

(٣) على سبيل المثال لاحظت المحكمة الاتحادية السويسرية أن "[المادة الثانية (٢)] يجب تفسيرها على ضوء [القانون النموذجي] ، الذي رغب مؤلفوه في تطوير النظام القانوني لاتفاقية نيويورك وفقا للاحتياجات الراهنة ، دون تعديل [الاتفاقية الحالية]" . قضية شركة الملاحة والنقل (Compagnie de Navigation et Transport S.A.) ضد شركة البحر الأبيض المتوسط للشحن (MSC (Mediterranean Shipping Company) ، ١٦ كانون الثاني/يناير ١٩٩٥ ، الشعبة المدنية الأولى في المحكمة الاتحادية السويسرية ؛ المقتطفات ذات الصلة وارده في نشرة (١٩٩٥) العدد ١٣ من رابطة التحكيم السويسرية (Association suisse de l'arbitrage) ، الصفحات ٥٠٣-٥١١ ، ومنها الصفحة ٥٠٨ .

(٤) ينص دليل التشريع (والذي أعدت صيغته على نحو روعيت فيه اتفاقية نيويورك وغيرها من الصكوك الدولية) على أن "القانون النموذجي [بشأن التجارة الالكترونية] قد يكون مفيدا 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 . ومن حيث العلاقة بين تلك الدول الأطراف في مثل تلك الصكوك ، فإن اعتماد القانون النموذجي [بشأن التجارة الالكترونية] كقاعدة في التفسير ، قد يوفر الوسيلة الكفيلة بالاعتراف باستعمال أسلوب التجارة الالكترونية ، واجتناب الاضطراب الى التفاوض على ابرام بروتوكول يلحق بالصك الدولي الذي يستدعي ذلك" . (انظر دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية ، الفقرة ٥) .

باللجنة أن توصي به كحل صالح للعمل به بخصوص هذه المسألة وكذلك لأجل معالجة مسائل أكثر عموما تتعلق باشتراطات الصيغة الشكلية المكتوبة.⁽⁵⁾

٢ - "تبادل رسائل أو برقيات" باعتباره اشتراط صيغة شكلية

٢٤ - تنشأ المشكلة من الجمع بين مسألة الشكل والطريقة التي يتكون بها اتفاق التحكيم (أي الصياغة الشكلية) ، مما يعبر عنه بالتعبير "تبادل رسائل أو برقيات" ، الذي يرد في كل من الاتفاقية والقانون النموذجي . وهذا التعبير طيع لتفسير حرفي مسهب بمعنى يدل على تبادل كتابات مشترك . ومن ثم فلن يكون كافيا من حيث المبدأ أي قبول ضمني به ، ولا أي اتفاق شفهي محض في هذا الخصوص .

٢٥ - أما الأحوال الوقائية التي طرحت مشاكل خطيرة بمقتضى الاتفاقية ، وتتطلب على أقل تقدير تفسيراً تكنولوجيا واسعا جدا للقانون النموذجي ، فتشمل ما يلي : القبول الضمني أو الشفهي بطلب شراء مكتوب أو باثبات مبيع مكتوب ؛ العقد المبرم شفها الذي يشير الى شروط عامة مكتوبة (مثلا ، اشارة شفوية الى شكل من أشكال انقاذ البضائع) ؛ أو سندات معينة من أوراق البورصة أو وثائق الشحن وغير ذلك من الصكوك أو العقود التي تحيل الحقوق أو الالتزامات الى أطراف ثالثة غير موقعة (أي أطرافا ثالثة ليست طرفا في الاتفاق الأصلي) . ومن بين الأمثلة على هذه الاحالات الى أطراف ثالثة ما يلي : الاحالة الشاملة للموجودات (أيلولة ميراث الشركات أو دمج الشركات أو فك دمجها أو حيازتها) ؛ والاحالة المحددة للموجودات (احالة العقد أو التنازل عن المستحقات أو الديون أو التجديد أو الاستبدال أو المشاركة لصالح طرف ثالث (*stipulation pour autrui*) ؛ أو - في حال تعدد الأطراف أو وجود فئات من العقود أو مجموعات من الشركات - التمديد الضمني لنطاق تطبيق اتفاق التحكيم ليشمل أشخاصا ليسوا المذكورين صراحة كأطراف فيه.⁽⁶⁾

٢٦ - هذا ، ويلاحظ أن المحاكم كانت تتوصل الى قرارات متباينة على الأرجح في تلك الأحوال ، كثيرا ما كانت تنم عن موقفها العام تجاه التحكيم . وفي الأكثرية الكبرى من الحالات ، استطاعت المحاكم أن تلزم الأطراف باتفاقهم . ولكن لوحظ في اطار السوابق القضائية الموجودة ، على سبيل المثال ، أن النص الخاص بالتحكيم الوارد في اثبات مبيعات أو مشتريات لا يكون مستوفيا لاشتراط الصيغة

(5) هذه المسألة تثير دواعي قلق أكثر عموما بخصوص مدى المطابقة بين التجارة الالكترونية والنظام القانوني الذي ترسي أساسه سلسلة من الاتفاقيات الدولية التي تحتوي على اشتراطات الزامية بشأن استعمال وثائق مكتوبة . وقد أعدت اللجنة الاقتصادية لأوروبا التابعة للأمم المتحدة قائمة حصرية بتلك الصكوك (Trade/R.1096/Rev.1) مشفوعة بتوصية بشأن احتمال قيام لجنة الأونسيترال بعمل لأجل استبانة حلول ممكنة بشأن دواعي القلق المشار اليها .

(6) J.-L. Delvolvé, "Third parties and the arbitration agreement" ، في مداولات الاحتفال بيوم اتفاقية نيويورك ، انظر الحاشية (١) أعلاه .

الشكلية المكتوبة الوارد في المادة الثانية (٢) من الاتفاقية الا في الأحوال التالية : (أ) اذا كان الاثبات موقعا عليه من جانب كلا الطرفين ؛ أو (ب) اذا أعيدت صورة معتمدة سواء أكانت موقعة أم لم تكن ؛ أو ربما (ج) اذا قبل الاثبات لاحقا بوسيلة أخرى من وسائل اىصال المراسلات كتابة من الطرف الذي تلقى الاثبات الى الطرف الذي أرسله ؛ علما بأن مثل هذه الشروط لم تعد متوافقة مع الممارسة التجارية الدولية .

٢٧ - ومن الجائز تصور وسائل مختلفة لحل المشاكل المذكورة أعلاه على المستوى التشريعي . وأحد الحلول الممكنة في هذا الصدد هو حل من شأنه أن يعتمد على قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التحكيم كأداة لتفسير اتفاقية نيويورك ، ولعل اللجنة ترغب في أن تطلب المزيد من الدراسة عنه . وقد يتطلب مثل ذلك الحل ادخال تعديلات أو اضافات ممكنة على النص الحالي للقانون النموذجي ؛ وفي حال تعديله ، قد يتسنى النظر في طائفة من النهوج البديلة بشأنه .

٢٨ - واحد من النهوج التي يمكن اتباعها في هذا الصدد ، على نحو يتماشى مع التطورات التشريعية الحديثة العهد في عدد من البلدان ، قد يكون في ادراج قائمة من الصكوك أو الأحوال الوقائية التي تثبت فيها صحة اتفاقات التحكيم على الرغم من عدم تبادل وثائق في هذا الخصوص . وقد تشمل تلك القائمة ، على سبيل المثال استخدام وثائق الشحن أو غيرها من الصكوك والوقائع المذكورة أعلاه .

٢٩ - وقد يتبع حل أوسع نطاقا باثبات صحة اتفاقات التحكيم المبرمة في حال عدم وجود تبادل وثائق ، حيث لا يفرض القانون الواجب تطبيقه أي اشتراط بشأن الصيغة الشكلية في العقد الرئيسي . ومن الجائز النظر في صيغة لغوية على نسق مقترح قدم أثناء اعداد نص المادة ٧ (٢) من القانون النموذجي ، على النحو التالي : يعتبر اتفاق التحكيم موجودا أيضا عندما يشير أحد الطرفين في العقد ، في الصيغة المكتوبة لعرضه أو عرضه المقابل أو اثباته العقد ، الى الشروط العامة ، أو يستخدم صيغة عقد أو استمارة عقد نموذجية ، تحتوي على نص بشأن التحكيم ، ولا يعترض الطرف الآخر على ذلك ، شريطة أن يعترف القانون الواجب تطبيقه بصياغة شكل العقود على هذا النحو ^(٧) . ولكن ذلك المقترح قد رفض لأنه يثير مشاكل صعبة في تفسيره ^(٨) . ومن ناحية ثانية ، فقد اقترح في تأييد اتباع ذلك النهج ، في عدة مناسبات ، وكذلك ابان اليوم الاحتفالي باتفاقية نيويورك عام ١٩٩٨ ، أنه ينبغي تعديل المادة ٧ (٢) بغية توسيع نطاق تعريف الصيغة المكتوبة (وذلك على سبيل المثال لكي تستوعب أحوالا يلجأ فيها الأطراف الى ابرام عقد بناء على الشروط القياسية التي قدمها أحد الأطراف مع ادراج نص بشأن التحكيم غير موقع عليه من جانب احد الأطراف ومع عدم وجود أي وثائق متبادلة مما يمكن أن

(٧) الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.37 (١٩٨٢) ، مشروع المادة ٣ .

(٨) الوثيقة A/CN.9/232 (١٩٨٢) ، الفقرة ٤٥ .

يجعل النص بشأن التحكيم داخلا ضمن نطاق تعريف الكتابة .⁽⁹⁾ ومن الجائز الاعتراض على ذلك بأنه قد يكون ثمة أسباب محددة تجعل طرفا ما راغبا في رفض ادراج نص محدد ، وخصوصا في صيغة اشتراط تكون له مثل أهمية التنازل عن الحق في اللجوء الى المحكمة . بيد أن من الجائز معالجة ذلك الاعتراض على نحو كاف من خلال الامكانية التي تتاح الى الطرف الراض للاعتراض على النص بشأن التحكيم . وبغية ايجاد قاعدة ملائمة لكي تستخدم على صعيد عالمي شامل ، تستدعي الحاجة المزيد من المناقشة والدراسة للمقترحات المقدمة أثناء اعداد القانون النموذجي ، وخاصة مختلف الحلول التي استحدثت في قوانين وطنية حديثة العهد .

٣٠ - وأما الحل الجذري للغاية فقد يكون في تعديل القانون النموذجي لاقرار الحرية التامة بخصوص شكل اتفاق التحكيم . ومن شأن تلك الحرية أن تثبت حتى صحة اتفاقات التحكيم الشفهية . مع أن من الجائز الاعتراض بأن السماح بالاتفاقات الشفهية قد يؤدي الى انعدام اليقين والمخاصمة القضائية .

٣١ - غير أن حل المشكلة بالاعتماد على صيغة ممكنة التعديل من القانون النموذجي كأداة لتفسير المادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك (دون تعديل تلك الاتفاقية أو تنقيحها) قد لا يحقق قدرا كافيا من اليقين والتوحيد ، وخصوصا فيما يتعلق بالاتفاقات الشفهية ، التي يرجح في الأغلب أن تمنع المحاكم في قبولها في عدد من البلدان . ويمكن اللجوء الى حل ثان بالاعتماد على الحكم الذي يسمح باللجوء الى القانون الأنسب مما تنص عليه المادة السابعة من الاتفاقية . ولكن لا يمكن مباشرة ذلك الحل الا عند الكف عن تفسير المادة الثانية (٢) باعتبارها قاعدة موحدة تقرر الحد الأدنى في اشتراط الكتابة ، وفهمها بدلا من ذلك على أنها تقرر الحد الأقصى من اشتراط الصيغة الشكلية . أما اذا ما أريد تفسير المادة الثانية (٢) كقاعدة موحدة مقررة ، فان من غير الممكن ايراد اشارة الى المادة السابعة لغرض التخفيف من اشتراط الصيغة الشكلية ، الا حينما يوفر القانون الوطني آلية لفرض التنفيذ التام ، لأن الاتفاقية تصبح غير قابلة للتطبيق بكليتها .⁽¹⁰⁾ وفي تلك الحالة قد تستدعي الحاجة ادخال اضافات محتملة على القانون النموذجي تشتمل على أحكام صريحة بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم وانفاذها بناء على اتفاقات تستوفي اشتراط الشكل بصيغة أكثر تحملا - وهو حل لا بد من معالجته في سياق أوسع نطاقا من خلال فصل يمكن ادراجه بشأن انفاذ الأحكام . وقد تجد اللجنة أن من المناسب الاضطلاع بمزيد من الدراسة عن التفسيرين الممكنين للمادة الثانية (٢) .

(9) N. Kaplan, "New developments on written form" ، في مداوات الاحتفال بيوم اتفاقية نيويورك ، انظر

الحاشية (١) أعلاه .

(10) Salient A.J. van den Berg, "The New York Convention: Its Intended Effects, Its Interpretation, Problem Areas", in (1996) Association suisse de l'arbitrage, Special Series No. 9, pp.25-45, at p. 44.

جيم - قابلية التحكيم

٣٢ - في بعض الدول ، لا تقرر مواضيع القضايا التجارية المخصصة للمحاكم الا بموجب السوابق القضائية ، أي قانون الدعاوى ، في حين أن البت فيها يتم في دول أخرى بموجب قوانين نظامية مختلفة ، ومنها على سبيل المثال تلك القوانين التي تعنى بقضايا مكافحة القيود والاحتكار أو المنافسة غير المنصفة أو الضمانات أو الملكية الثقافية أو العمل أو الشركات . وقد أدرجت دول مختلفة في قانون التحكيم لديها حكما عاما يتجاوز نطاق الصيغة التقليدية التي مؤداها "ما يجوز للطرفين التصالح بشأنه أو تصريحه" ، لكي يشمل مثلا "أي مطالبة تنطوي على مصلحة اقتصادية" . ومن ثم فإن انعدام اليقين بشأن ما هية المنازعات القابلة للتحكيم ، والاختلافات في تعاريفها ، هي عوامل قد تسبب صعوبات كبيرة في الممارسة العملية .

٣٣ - إحدى الطرق التي تنتهج في حل هذه المشكلة قد تكون في محاولة التوصل الى توافق في الآراء على النطاق العالمي بشأن قائمة من القضايا غير القابلة للتحكيم . فإذا لم يبدأ ذلك ممكنا عمليا ، فمن الجائز النظر فيما اذا كان من المرغوب فيه الاتفاق على نص حكم موحد يحدد ثلاثا أو أربعا من المسائل التي تعتبر عموما مسائل غير قابلة للتحكيم ، ثم دعوة الدول لكي تدرج على القائمة بعدها مباشرة أي مسائل أخرى تعتبرها الدولة المعنية غير قابلة للتحكيم . ومن شأن اتباع نهج من هذا القبيل في الحصول على المعلومات من قنوات مختلفة ، على النحو المستخدم بشأن المادة ٥ من قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، أن يوفر اليقين ويسهل سبل الوصول الى المعلومات عن مثل تلك القيود المفروضة .

٣٤ - غير أن المرء يواجه معضلة لدى البحث عن أفضل نهج من شأنه أن يكون قابلا للعمل به على النطاق العالمي ، وأن يقدم الدرجة المرغوب فيها من اليقين والشفافية . إذ كلما كانت الصيغة أكثر عموما ، كبرت المخاطرة المحتملة في تباين التفسيرات بين محاكم الدول المختلفة ؛ وكلما كانت القائمة المشار اليها أكثر تفصيلا ، كبرت المخاطرة بعدم قبول الدول بها ، ويقدر ما تكون تلك القائمة مقبولة ، تزداد المخاطرة بحدوث التصلب في المسائل المعنية ، مما يعوق المضي قدما في عملية التطوير صوب الحد من مجال عدم قابلية التحكيم بشأن تلك المسائل . ومع ذلك فإن القيام بمحاولة متروية في هذا الصدد يبدو مستصوبا لأن النتيجة التي يسفر عنها اجراء مناقشة في هذا الخصوص على النطاق العالمي من شأنها أن تكون في حد ذاتها كاشفة ومفيدة .

دال - الحصانة السيادية

٣٥ - عندما يباشر طرف غير رسمي اجراءات دعوى تحكيم على دولة ما ، يتعرض للمخاطرة في أن تستنكف الدولة عن المشاركة في الاجراءات بناء على الحصانة السيادية . وبعبارة أخرى أن الطرف غير

الرسمي قد يحاول التماس الاعتراف بقرار تحكيم وإنفاذه على الدولة ، فإذا به يواجه بحجة الحصانة السيادية في تلك المرحلة .

وبما أن التحكيم ينشأ من اتفاق عليه ، فإن المسألة المراد تناولها هنا هي ما إذا كانت الدولة تستطيع الاعتماد على دفع باسم الحصانة السيادية في حين أنها داخلة مسبقا في اتفاق على اللجوء الى التحكيم مع الطرف الآخر .

١ - الحصانة السيادية في إجراءات التحكيم

(أ) القانون الدولي

٣٦ - يستدل من القيام باستعراض لمختلف الصكوك الدولية وكذلك التشريعات الوطنية في كثير من الدول ، أن من الجائز أن تدخل دولة ما في اتفاق تحكيم ملزم ، أو أن الاتفاق من جانب دولة ما على اللجوء الى التحكيم في منازعات تجارية دولية يقتضي ضمنا التنازل عن حصانتها السيادية في هذا الخصوص .

٣٧ - يحتوي عدد من الصكوك الدولية والاقليمية على حكم مؤداه أن الدول ملزمة بالاعتراف بالاتفاقات على اللجوء الى التحكيم . وعلى سبيل المثال ، تنص الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي (جنيف ، ١٩٦١) على ما يلي فيما يتعلق بالمسائل التي تطبق عليها الاتفاقية : "الأشخاص الاعتباريون الذين يعتبرهم القانون الواجب تطبيقه عليهم "أشخاصا اعتباريين بحكم القانون العمومي" لهم الحق في إبرام اتفاقات تحكيم صالحة" (المادة الثانية (١)) .

٣٨ - ثمة صك آخر من هذا القبيل هو الاتفاقية الأوروبية بشأن حصانة الدول ، التي تنص في المادة ١٢ (١) منها على ما يلي :

"في حال أن اتفقت دولة متعاقدة كتابة على أن تحيل الى التحكيم منازعة نشأت أو قد تنشأ من مسألة مدنية أو تجارية ، لا يجوز لتلك الدولة أن تدعي بالحصانة من الاختصاص القضائي لمحكمة في دولة متعاقدة أخرى على الاقليم أو وفقا للقانون الذي جرى أو سوف يجري في اطاره التحكيم بخصوص أي دعوى تتعلق بما يلي :

(أ) صلاحية اتفاق التحكيم أو تفسيره ،

(ب) اجراء التحكيم ،

(ج) الغاء الحكم ، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك .⁽¹¹⁾

٣٩ - كما ترد أحكام مماثلة في مشاريع المواد بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية ، التي اعتمدتها لجنة القانون الدولي في عام ١٩٩١ ،⁽¹²⁾ ومشروع الاتفاقية بشأن حصانة الدول ، التي أعدتها رابطة القانون الدولي .⁽¹³⁾

٤٠ - ومما يجدر ذكره أيضا أن اللجنة الاستشارية القانونية الآسيوية الأفريقية أوصت في عام ١٩٧٦ بأن تنظر اللجنة الأونسيترال في موضوع اعداد بروتوكول يلحق باتفاقية نيويورك ، يوضح جملة أمور ، ومنها أنه "حين تكون وكالة حكومية طرفا في معاملة تجارية أبرمت بشأنها اتفاق تحكيم ، لا ينبغي أن يكون باستطاعتها التذرع بالحصانة السيادية بخصوص تحكيم بموجب ذلك الاتفاق".⁽¹⁴⁾

(11) مجلس أوروبا ، الاتفاقية الأوروبية بشأن حصانة الدول وبروتوكولها الإضافي ، حررت في بازل ، أيار/مايو ١٦ ، ١٩٧٢ .

(12) تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثالثة والأربعين (١٩٩١) ، الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة السادسة والأربعون ، الملحق رقم ١٠ ، الوثيقة A/46/10 . تنص المادة ١٧ على ما يلي :
"إذا أبرمت دولة اتفاقا كتابيا مع شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري يقضي بعرض الخلافات المتعلقة بمعاملة تجارية على التحكيم ، فلا يجوز لتلك الدولة أن تحتج بالحصانة من الولاية القضائية أمام محكمة دولة أخرى ، تكون من جميع الوجوه الأخرى هي المحكمة المختصة ، في دعوى تتصل :
(أ) بصحة اتفاق التحكيم أو تفسيره ؛
(ب) بأجراءات التحكيم ؛ أو
(ج) باستبعاد قرار التحكيم ؛
ما لم ينص اتفاق التحكيم على غير ذلك .

(13) مستنسخة في International Legal Materials المجلد ٢٢ ، الصفحة ٢٨٧ (١٩٨٣) . وتنص المادة الثالثة على ما يلي :

"٢ - من الجائز أن يتم التنازل الضمني بعدة طرق ، ومنها :
(ب) بالاتفاق كتابة على إحالة منازعة نشأت ، أو قد تنشأ ، الى التحكيم في دولة المحكمة أو في عدد من الدول التي قد تشمل دولة المحكمة . وفي تلك الحال لا تكون الدولة الأجنبية ذات حصانة بخصوص دعوى في هيئة تحكيم تابعة لدولة المحكمة فيما يتعلق بما يلي :

١ ' تكوين هيئة التحكيم أو تعيينها ، أو
٢ ' صحة اتفاق التحكيم أو قرار التحكيم أو تفسيره ، أو
٣ ' اجراءات التحكيم ، أو
٤ ' الغاء القرار ."

(14) الوثيقة A/CN.9/127 ، حولية الأونسيترال ، المجلد السابع ، ١٩٧٧ ، الجزء الثاني ، ثالثا ، المرفق ، الفقرة ٣ (ج) .

(ب) القوانين الوطنية

٤١ - كانت المحاولات الأولى التي قام بها مشرعون قطريون لتدوين قواعد بشأن الحصانة السيادية ، قد بدأت في السبعينات ، ومنذ حين ذاك سنت عدة دول تشريعات بشأن الحصانة السيادية الأجنبية . وتحتوي قلة من تلك القوانين على أحكام مماثلة لتلك الأحكام الواردة في الصكوك الدولية المذكورة أعلاه . وفي بعض الدول الأخرى ، يتوصل الى النتيجة نفسها بالنص على أن أي حكومة أجنبية تتمتع بالحصانة من المثل أمام المحاكم الدولة المشرعة ، رهنا باستثناءات معينة ؛ واحد من تلك الاستثناءات حين تكون الحكومة الأجنبية قد دخلت في اتفاق تحكيم . وقد شرعت قوانين أيضا تقتضي بأنه اذا كان طرف ما في اتفاق التحكيم دولة ، لا تستطيع تلك الدولة أن تعتمد على قانونها هي لكي تعترض على صفتها بأن تكون طرفا في تحكيم أو على قابلية التحكيم بشأن منازعة يشملها اتفاق التحكيم . وفي غيرها من الدول ، يلاحظ أن القواعد بشأن الحصانة السيادية تطورت من خلال السوابق القضائية .

٢ - الحصانة السيادية في انفاذ قرارات التحكيم

(أ) القانون الدولي

٤٢ - بعد النجاح في الحصول على قرار تحكيم ضد دولة ما ، قد يواجه المدعي احتجاج الدولة بالحصانة السيادية ، عندما يلتزم انفاذ القرار .

٤٣ - أما فيما يتعلق باتفاقية نيويورك ، التي تنص على التزام عام بالاعتراف بأن قرارات التحكيم الأجنبية ملزمة ، فان بعض المعلقين يأخذون بالرأي القائل بأن نص الاتفاقية والأعمال التحضيرية لها من شأنهما أن يدعم الموقف الذي مؤداه أن الدولة التي تكون قد اتفقت على احالة منازعة الى التحكيم مستلزما بالامتثال الى قرار التحكيم الناتج ولا تستطيع الاحتجاج بالحصانة .

٤٤ - وأما في اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ورعايا دول أخرى (واشنطن ، ١٩٦٥) ، فعلى الرغم من الاشتراط من جانب الدول بالاعتراف بالقرارات التي تصدر بموجب تلك الاتفاقية بأنها قرارات ملزمة وبانفاذها ، فإن الحصانة السيادية مصونة فيها على التحديد . إذ تنص المادة ٥٤ (١) من الاتفاقية على ما يلي :

"(١) على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأن الحكم الصادر بموجب هذه الاتفاقية ملزم ، وعليها إنفاذ الالتزامات المالية التي يفرضها ذلك الحكم ضمن أقاليمها ، كما لو كان حكما نهائيا صادرا عن محكمة في تلك الدولة

بيد أن المادة ٥٥ تنص على ما يلي :

"ليس ثمة في المادة ٥٤ ما يؤل على نحو يحيد عن القانون النافذ في أي دولة متعاقدة فيما يتصل بحصانة تلك الدولة أو أي دولة أجنبية من التنفيذ ."

٤٥ - ولكن في رأي البعض ، أنه إذا ما كان المبدأ المقبول عموما يقتضي أن الدولة الأجنبية ، اذ تدخل في اتفاق باللجوء الى التحكيم ، تكون قد تنازلت عن أي حق في الادعاء بالحصانة السيادية ، فان ذلك يستتبع أن يمتد ذلك التنازل بحيث يشمل أيضا انفاذ قرار التحكيم . ويلاحظ أنه لولا ذلك لما كان ثمة غرض جدير بالاعتبار في تطبيق مبدأ التنازل على المشاركة في اجراءات دعوى التحكيم ، اذا كانت الدولة التي صدر عليها القرار تستطيع لاحقا اجتناب انفاذ الاجراءات بالتذرع مرة أخرى بحجة الحصانة السيادية . ويحتج آخرون بأن الرفض من جانب جهة أجنبية بالوفاء بقرار تحكيم يشكل تصرفا منفصلا من جانب تلك الدولة ، وبذلك يمكن اثاره حجة الحصانة السيادية مرة ثانية ، أو ربما للمرة الأولى ، كدفاع تجاه انفاذ الاجراءات .

٤٦ - غير أن معظم النظم القانونية الوطنية يميز بين التنازل عن الحصانة من الامتثال للولاية القضائية والتنازل عن الحصانة من الامتثال للتنفيذ . ومما يترتب على ذلك ، في بعض الحالات ، أن الاتفاق من جانب دولة على اللجوء الى التحكيم قد لا يكون كافيا لكي يدل ضمنا على الموافقة على التنفيذ . أما اشتراط الموافقة الصريحة فهو مبين في المادتين ٧ و ١٨ (٢) من مشاريع المواد بشأن حصانات الدول وممتلكاتها التي أعدتها لجنة القانون الدولي . وما توضحه مشاريع تلك الأحكام أن التنازل عن الحصانة السيادية يعتبر أنه قد تم اذا كانت الدول المعنية قد أبدت موافقتها على الولاية القضائية وكذلك موافقتها على التنفيذ .⁽¹⁵⁾

٤٧ - ثمة سبب آخر لاستبعاد الدفع بالحصانة السيادية من الامتثال لاجراءات التنفيذ ، هو الحالة التي تكون فيها الممتلكات التي يلتمس الحجز عليها نتيجة لتنفيذ القرار ممتلكات تستخدمها الدولة الأجنبية في أنشطة تجارية . وهذا الاستثناء مبين في أحكام المادة ١٨ (١) من مشاريع المواد التي وضعتها

(15) ينص مشروع المادة ٧ على ما يلي :

"١ - لا يجوز لدولة أن تحتج بالحصانة من الولاية القضائية في دعوى مقامة أمام محكمة دولة أخرى فيما يتعلق بأي مسألة أو حالة اذا كانت قد وافقت صراحة على أن تمارس المحكمة ولايتها فيما يتعلق بتلك المسألة أو الحالة :

(أ) باتفاق دولي ؛

(ب) في عقد مكتوب ؛ أو

(ج) باعلان أمام المحكمة أو برسالة كتابية في دعوى محددة .

"٢ - لا تعتبر موافقة دولة ما على تطبيق قانون دولة أخرى موافقة منها على ممارسة محاكم تلك الدولة الأخرى لولايتها القضائية ."

وينص مشروع المادة ١٨ (٢) على ما يلي :

"٢ - لا تعتبر الموافقة على ممارسة الولاية القضائية بموجب المادة ٧ موافقة ضمنية على اتخاذ الاجراءات الجبرية بموجب الفقرة ١ ، التي تلزم بشأنها موافقة مستقلة ."

لجنة القانون الدولي ، والتالية أدناه. ⁽¹⁶⁾ كما ان مشروع المواد يحدد أيضا فئات معينة من الممتلكات التي تعفى من الحجز عليها. ⁽¹⁷⁾

المادة ١٨ (١)

" ١ - لا يجوز اتخاذ إجراءات جبرية ، مثل إجراءات الحجز ، التحفظ أو التنفيذ ، ضد ممتلكات دولة ما فيما يتصل بدعوى مقامة أمام محكمة دولة أخرى الا في الحالات التالية وفي نطاقها :

(أ) إذا كانت الدولة قد وافقت صراحة على اتخاذ إجراءات من هذا القبيل على النحو المبين :

- ١٦ باتفاق دولي ؛ أو
٢٧ باتفاق تحكيم أو في عقد مكتوب ؛ أو
٣٨ باعلان أمام المحكمة أو برسالة مكتوبة بعد نشوء نزاع بين الطرفين ؛

(ب) إذا كانت الدولة قد خصصت أو رصدت ممتلكات للوفاء بالطلب الذي هو موضوع تلك الدعوى ؛ أو

(ج) إذا كانت الممتلكات مستخدمة أو مزعما استخدامها بالتحديد من جانب الدولة في غير الأغراض الحكومية غير التجارية وموجودة في إقليم دولة المحكمة وذات صلة بالطلب الذي هو موضوع الدعوى أو بالوكالة أو المؤسسة التي أقيمت ضدها الدعوى ."

(16) يستمد هذا الاستثناء من المبدأ العام القائل بأن أية هيئة حكومية تشترك في الاضطلاع بنشاط تجاري ، أي ليس نشاطا حكوميا ، لا تتمتع بالحصانة من المقاضاة . وثمة عدة صكوك دولية تحتوي على أحكام بهذا الخصوص (مثلا ، المادة ٧ (١) من الاتفاقية الأوروبية بشأن حصانة الدول) . كما انه حكم مشترك في عدد من القوانين الوطنية ، وثمة اجتهادات فقهية كثيرة تبحث في وسائل التفريق بين "النشاط الحكومي" و "النشاط التجاري" .

(17) الفئات التي هي معفاة من الحجز عليها كما هو مبين في المادة ١٩ تشمل : الممتلكات المستخدمة أو المزمع استخدامها في أغراض البعثات الدبلوماسية المختلفة للدولة ، أو في الأغراض العسكرية ؛ وممتلكات المصرف المركزي أو ما يماثله من السلطات ؛ الممتلكات التي تكون جزءا من التراث الثقافي للدولة أو جزءا من معروضات ذات أهمية علمية أو ثقافية أو تاريخية .

(ب) القوانين الوطنية

٤٨ - ليس ثمة سوى قلة من الدول سنت أحكاما بشأن التنفيذ خاصة بقرارات التحكيم على التحديد . وعلى سبيل المثال ، يرد في أحد القوانين أنه حينما تكون الدولة الأجنبية طرفا في اتفاق تحكيم ، فإن تلك الدولة لا تتمتع بالحصانة فيما يتعلق بإجراء بشأن انفاذ حكم صدر بموجب التحكيم . وبمقتضى قانون دولة أخرى ، لا يستطيع المدعي أن يوقع حجزا لانفاذ قرار تحكيم على ممتلكات دولة أجنبية ، ما لم تكن تلك الدولة قد أعلنت موافقتها ، أو ما لم تكن الممتلكات تستخدم أو يعتزم استخدامها لأغراض تجارية .

٤٩ - ومن الشائع أكثر أن تتناول التشريعات أحكام الانفاذ بجميع أنواعها ، دون إشارة محددة الى قرارات التحكيم . وهذا النهج يتبع عادة واحدة من نظريتين . احدهما النظرية المطلقة ، التي تحظر الحجز على ممتلكات دولة أجنبية أيّا كان نوعها دون موافقة تلك الدولة . وأما النهج الذي يعتبر أكثر شيوعا وأكثر حداثة فهو يستند الى النظرية التقييدية ، التي تحظر الحجز في ظروف محدودة جدا . بيد أن هنالك اختلافا في أساليب تطبيقها . ففي بعض القوانين ، تعرّف "الدولة" تعريفا ضيقا ، وذلك لاستبعاد الهيئات التجارية التابعة للدولة أو هيئات الدولة التي تشترك في القيام بأنشطة تجارية . وأكثر التشريعات تستبعد أيضا مسألة الحصانة عندما تكون الدولة قد أبدت موافقتها على التنفيذ أو الحجز ، وفي بعض القوانين تؤل تلك الموافقة بحيث تشمل التنازل الضمني وكذلك التنازل الصريح . ولا تسمح بعض الدول بانفاذ الأحكام على ممتلكات دولة أجنبية موجودة في الدولة التي يلتبس فيها انفاذ الحكم ، ما لم يكن ثمة علاقة اختصاص قضائي كافية . وتشترط دول أخرى وجود ارتباط بين الممتلكات المراد الحجز عليها والمطالبة المعنية . ولكن أكثر الدول تقبل بأنه يجب أن تبقى فئات معينة من ممتلكات الدول غير قابلة للحجز عليها ، مثل تلك الفئات المبيّنة في المادة ١٩ من مشروع المواد التي أعدتها لجنة القانون الدولي والمشار إليها أعلاه .

٣ - الاستنتاج

٥٠ - باعتبار أن مسألة حصانة الدول لا تزال قيد النظر من جانب لجنة القانون الدولي ، وباعتبار أن الجمعية العامة قد قررت انشاء فريق عامل تابع للجنة السادسة لكي يتولى النظر في المسائل الموضوعية المتعلقة فيما يتصل بمشاريع المواد التي أعدتها لجنة القانون الدولي ابّان دورتها الرابعة والخمسين ، بدءا من عام ١٩٩٩ ،⁽¹⁸⁾ فلعل اللجنة ترغب في أن تطلب الى الأمانة أن ترصد تلك الأعمال وأن تقدم تقريرا عن حصيلة نتائج تلك المناقشات .

(18) القرار ٩٨/٥٣ الصادر عن الجمعية العامة ، اتفاقية بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية (٢٠ كانون الثاني/يناير ١٩٩٩) .

هاء - دمج قضايا معروضة على هيئات تحكيم

٥١ - قد يكون من المستحسن أحيانا دمج قضيتي تحكيم أو أكثر من اثنتين في إجراءات دعوى تحكيم واحدة استنادا الى اتفاقات تحكيم مختلفة . ولأغراض هذه المناقشة ، لا توضع في الاعتبار الا تلك الأحوال التي تشتمل على امكانية الدمج بين اثنتين من الدعاوى أو أكثر ، حينما تقع أو يراد أن تقع إجراءات الدعاوى المراد دمجها ، في الدولة نفسها . ومع أن الدمج قد يكون مرغوبا فيه أيضا في بعض الأحوال التي تحدث فيها إجراءات التحكيم في دول مختلفة ، فان تلك الأحوال تثير مسائل اضافية بشأن التعاون الدولي بين المحاكم الوطنية ، وهي مسائل تتجاوز نطاق المناقشة الحالية .

٥٢ - كما ان الدمج قد يعتبر مستحسنا في طائفة من الأحوال المتنوعة . والأحوال العادية في الأكثر هي تلك الأحوال التي ينشأ فيها أكثر من تحكيم واحد من المجموعة ذاتها من الوقائع أو يشمل الأطراف نفسها . أحد الأمثلة على ذلك هو الحالة التي يوجد فيها اتفاق تحكيم بين مشتري منشأة صناعية ومقاوله العام ، وتوجد اتفاقات تحكيم أخرى بين المقاول العام ومختلف مقاوليه من الباطن ، وليس المشتري طرفا فيها . هذا ، وان الواقعة التي تستدعي التحكيم بين مجموعة واحدة من الأطراف كثيرا ما تستبق التحكيم بين الأطراف الأخرى . وفي تلك الحال ، قد يرغب طرف واحد أو أكثر في الدمج بين إجراءات التحكيم هذه .

٥٣ - واحدة من مزايا الدمج هي في اجتناب صدور قرارات غير متسقة . ذلك أنه حينما تتداول أكثر من هيئة تحكيم واحدة بشأن مسائل ناشئة عن مجموعة الوقائع نفسها ، من الممكن أن تتوصل كل هيئة الى استنتاج مختلف . وفي المثال المقدم أعلاه ، اذا ما لجأ الأطراف الى التحكيم على نحو منفصل بعد وقوع مشكلة في مشروع قيد الانشاء ، من المتصور أن احدى هيئات التحكيم قد تجد أن المقاول العام غير مسؤول ، في حين قد تجد هيئة أخرى أن لا أحد من المقاولين من الباطن يعد مسؤولا . ومع ذلك فقد تبين الوقائع أنه ينبغي أن يكون لمشتري المنشأة الصناعية الحق في استرداد خسارته من واحد من الأطراف على الأقل . كما ان احد مزايا الدمج الممكنة الأخرى هي الكفاءة . لأنه اذا كانت واحدة من هيئات التحكيم تستطيع الاستماع الى جميع الأطراف وشهودهم الخبراء ، وكذلك استعراض جميع الأدلة ، فان هذا قد يساعد على اجتناب الازدواجية ويقلل من التكاليف ويوفر الوقت على جميع المعنيين في القضية .

٥٤ - وينبغي أن يلاحظ اختلاف مهم بين تلك الأحوال التي اتفق فيها الطرفان على الدمج ، سواء أكان ذلك في اتفاق التحكيم أو على نحو آخر ، وتلك الأحوال التي لم يتفقا فيها على ذلك . أما في الحالات التي يكون فيها الطرفان قد اتفقا عليه من قبل ، فقد يحتاجان الى المساعدة بغية تنفيذ الاتفاق ؛ ومن ذلك على سبيل المثال أن شروط الدمج قد لا يكون منصوبا عليها ، أو قد لا يكون بمستطاع الطرفين الاتفاق على اختيار المحكمة ، أو قد يكونان في ورطة طريق مسدودة بخصوص غير ذلك من المسائل . ومن الناحية الأخرى ، قد لا يرغب طرف واحد أو أكثر من الأطراف في هذه الحال في أن يُصار الى

النظر في المنازعات المتصلة في إجراءات دعوى مدمجة (مثلا ، بغية الحفاظ على السرية أو لأسباب خاصة بأساليب الحنكة الاجرائية) . ومن ثم فقد يحدث في بعض الحالات أن يتفق الأطراف المتعددون المعنيون في المسألة على وجوب النظر في المنازعات المختلفة في إجراءات دعوى مدمجة ، في حين أن مثل ذلك الاتفاق قد لا يكون موجودا في حالات أخرى .

٥٥ - ويجدر القول بأنه كان قد اقترح بأن الهدف المنشود من الجهود التشريعية ينبغي أن يقتصر على تيسير تنفيذ الاتفاقات على دمج القضايا . ولكن جهات أخرى تعتقد بأنه ينبغي للتشريعات أن تغطي أبعد من ذلك وأن تأذن للمحاكم بالأمر بالدمج عندما يظهر في رأي المحكمة أن اللجوء الى ذلك مناسب حتى في حال عدم وجود اتفاق بين الأطراف .

١ - الحلول التشريعية الراهنة

٥٦ - يبين استعراض للتشريعات أن صلاحية سلطة مختصة ما لاصدار أمر بالدمج غير مشمولة في أي صكوك دولية وثيقة الصلة بالتحكيم الدولي . وفي الوقت الذي يجري فيه اعداد صيغة قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التحكيم ، كان هنالك اتفاق عام على أنه لا ينبغي للقانون النموذجي أن يعالج مشاكل الدمج في منازعات متعددة الأطراف . ومع أنه كان متفقا على أن للأطراف الحرية في ابرام اتفاقات دمج اذا ما رغبت في ذلك ، فقد كان رأي الفريق العامل أنه ليس ثمة من حاجة حقيقية الى ادراج حكم بشأن الدمج في القانون النموذجي .⁽¹⁹⁾

(أ) السلطة على الاجبار على الدمج بدون اتفاق الأطراف

٥٧ - في الأمثلة المستعرضة عن القوانين الوطنية التي يعنى فيها بموضوع الدمج ، لا يلاحظ الا حالتان يخول التشريع فيهما المحاكم بسلطة اصدار الأمر بالدمج ، حتى في حال عدم اتفاق جميع الأطراف المعنيين على وجوب دمج القضايا . وفي واحدة من تلك الدول ، لا تطبق سلطة الاجبار على الدمج الا على عمليات التحكيم المحلية ؛ وذلك لأنه يجب على الأطراف أولا ، لكي يُصار الى تطبيق هذه السلطة على عمليات التحكيم الدولية ، أن يكونوا قد اختاروا بموجب اتفاق مكتوب "إيثار اللجوء" الى النظام المحلي الذي يحتوي على أحكام بشأن الدمج بأمر المحكمة . وأما في الدولة الأخرى ، فيستطيع الأطراف بالاتفاق "إيثار الخروج" عن ذلك الحكم ، وبعد أن يكون جميع الأطراف والمحكمين قد منحوا فرصة للتعبير عن رأي بشأن طلب طرف ما الدمج ، من الجائز للمحكمة أن تمنح الموافقة على ذلك الطلب كليا أو جزئيا أو أن ترفضه . فاذا ما أريد دمج الإجراءات ، ولم يستطع الأطراف الاتفاق على هيئة التحكيم أو على القواعد الاجرائية ، فللمحكمة أن تقرر هي ذلك .

⁽¹⁹⁾ تقرير الفريق العامل المعني بالممارسات في ميدان العقود الدولية عن أعمال دورته الثالثة (١٩٨٢) ، الوثيقة A/CN.999/216 ، حولية الأونسيترال ، المجلد الثامن : ١٩٨٢ ، الجزء الثاني ، ثالثا ، ألف ، الفقرة ٣٧ .

(ب) السلطة على تقديم المساعدة الى الأطراف في دمج قضايا بناء على اتفاق الأطراف

٥٨ - أما النهج المعتاد أكثر من غيره فيما بين البلدان التي سنت أحكاما تشريعية بشأن الدمج فهو دعم استقلال الأطراف الذاتي وتقديم المساعدة الى الأطراف التي اتفقت من قبل على دمج دعاواها . ويقتضي معظم التشريعات إما أن يكون ذلك الاتفاق قد أعرب عنه في اتفاق التحكيم أو على نحو آخر ، وإما أن يُرفع الطلب بموافقة جميع الأطراف .

٥٩ - وبمقتضى معظم التشريعات المستعرضة ، ينبغي تقديم طلب الدمج الى محكمة . ولكن في بعض الاختصاصات القضائية يمكن تقديم طلب الدمج الى هيئة التحكيم أو هيئات قضائية معنية . ومن الجائز أن تتداول هيئات التحكيم المقدم اليها الطلب فيما بينها بغية اصدار أوامر متسقة بشأن الدمج . وأما اذا لم يصدر أمر بالدمج ، أو اذا أصدرت هيئات التحكيم المعنية أوامر احتياطية غير متسقة ، فمن الجائز لأي طرف أن يتقدم بطلب الى المحكمة ، وهي التي تبت بشأن الدمج .

٦٠ - هذا ، وينص معظم التشريعات المستعرضة على أنه يمكن اصدار أمر بالدمج في الحالات التي توجد فيها مسألة قانونية أو واقعة ، وأن الحقوق في الانتصاف المدعى به انما تكون ناشئة من المعاملة نفسها أو أن من المستصوب اصدار أمر بالدمج بداعي بعض الأسباب الأخرى .

٢ - الاستنتاج

٦١ - لعل اللجنة ترغب في أن تنظر فيما اذا كانت مسألة دمج اجراءات الدعاوى التحكيمية هي مجال جدير بالمزيد من الدراسة بغية اتاحة الامكانية لاعداد أحكام تشريعية نموذجية في هذا الخصوص . واذا كان ذلك كذلك ، فمن الجائز أن يطلب الى الأمانة أن تستكشف خصوصا الخبرة العملية في معالجة أحكام الدمج في القوانين الوطنية ، وكذلك مسائل مثل ما اذا كان يلزم الاعتراف التشريعي بقابلية انفاذ اتفاقات الدمج ؛ وما اذا كان ينبغي منح هيئات التحكيم والمحاكم صلاحيات معينة لتيسير دمج اتفاقات التحكيم المتصلة فيما بينها ، بموافقة الأطراف ، فيما يتعلق بمسائل مثل اختيار هيئة التحكيم التي تواصل النظر في القضية ، وشروط الدمج والاجراءات الواجب تطبيقها ؛ وكذلك فيما اذا كان ينبغي اسناد صلاحية معينة لهيئات التحكيم المعنية لكي تتداول فيما بينها بشأن هذه المسائل .

واو - سرية المعلومات في اجراءات التحكيم

٦٢ - المناقشة المهمة الشأن على الصعيد الدولي بشأن مسألة سرية المعلومات في اجراءات التحكيم ، التي دارت في السنوات الأخيرة ، وكانت في جزء منها انطلاقا من قرار المحكمة العليا في استراليا

في قضية شركة Esso ضد شركة Plowman،⁽²⁰⁾ قد أدت الى تقدير الرأي القائل بأن مطالب الأطراف بشأن سرية المعلومات لا يتسنى حمايتها على نحو واف بالغرض بموجب قواعد التحكيم أو بموجب قوانين التحكيم الوطنية . وقبل ذلك الحين ، كان يفترض عموما أنه اذا ما توفرت الحماية لحصانة خصوصية اجراءات التحكيم ، مثلا بموجب أحكام قواعد اجرائية ، فان السرية سوف تكون محمية أيضا . وبناء على ذلك الأساس ، لم تعالج مسألة السرية على التحديد لا في قواعد التحكيم ولا في القوانين الوطنية . ولكن تنص قواعد التحكيم التي وضعتها اللجنة الأونسترال ، على سبيل المثال ، على أن تكون جلسات سماع الدعاوى مغلقة ، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك ، وانه لا يمكن نشر قرار التحكيم علنا الا بموافقة كلا الطرفين . وأما قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فلا يتناول أيّا من الخصوصية أو السرية .

٦٣ - ومع أن ضمان خصوصية الاجراءات لا يضمن بالضرورة السرية أيضا ، فان حماية الخصوصية تساعد بالحد من عدد الأشخاص الذين تتاح لهم سبل سماع جلسات التحكيم . كما ان قواعد التحكيم تتناول عموما مسألة خصوصية الاجراءات . ومع أن تلك القواعد أخذت تعنى أكثر فأكثر أيضا بمسألة السرية وأن قانون الدعاوى في قلة من الاختصاصات القضائية يعترف تحديدا بالسرية كشرط ضمني في الاتفاق على اللجوء الى التحكيم ، فان السرية لا تعالج عموما في القوانين الوطنية ، باستثناء أحوال قليلة جدا . ولكن عند حماية السرية على التحديد ، ليس ثمة من نهج وحيد يتبع في تبيان نطاق الالتزام بالسرية بالنسبة الى المعلومات التي يراد أن تعامل باعتبارها معلومات سرية ، أو الأشخاص الذين يتعلق بهم ذلك الالتزام ، أو الاستثناءات المسموح بها من قيود الحظر على كشف المعلومات وعلى الاتصال .

١ - الأحكام الراهنة بشأن السرية

٦٤ - تبين دراسة استقصائية لقواعد التحكيم كذلك والقلة القليلة جدا من القوانين الوطنية التي تعنى بالسرية ، وجود طائفة متنوعة من النهج المتبعة في هذا الصدد . أحد النهج التي تتبع في صياغة حكم بشأن السرية يمكن تطبيقه على جميع أصناف القضايا ، ينحو الى ادراج حكم عام ينص على عدم جواز كشف المواد الناتجة أو المنبثقة عن التحكيم الى أطراف ثالثة بدون موافقة الطرف الآخر أو التماس اذن من المحكمة . وينحو نهج آخر الى اعتماد حكم أكثر تفصيلا يتناول المعالم القياسية لواجب السرية ، بما في ذلك على سبيل المثال ، '١' المواد أو المعلومات المراد حفظها سرية ؛ و '٢' الأشخاص الذين يشملهم واجب السرية وكيفية تطبيقه ؛ و '٣' الاستثناءات المسموح بها من قيود الحظر المفروضة على كشف المعلومات والاتصال .

⁽²⁰⁾ تقارير قوانين الكومنولث 183 Commonwealth Law Reports (1995) 10; see also Commonwealth of Australia v Cockatoo Dockyard P/L (1995) 36 New South Wales Law Reports 662

٦٥ - أما بالنسبة الى المواد أو المعلومات المراد حفظها سرية ، فان بعض الأحكام يتضمن وصفا عاما بخصوص "الوقائع أو غيرها من المعلومات ذات الصلة بالنزاع أو اجراءات التحكيم" . وتعتمد أحكام أخرى وصفا أكثر خصوصا للمعلومات التي ينبغي أن تكون مشمولة ، كما تتضمن فئات مختلفة من المعلومات التي تعامل معاملة مختلفة . وتشمل هذه الفئات ، على سبيل المثال ، الاشارة الى الأدلة التي يقدمها طرف أو شاهد ؛ والمرافعات المكتوبة والشفهية ؛ وواقعة اجراء التحكيم ؛ وهوية المحكمين ؛ ومضمون قرار التحكيم ؛ والاتصالات بين الأطراف أنفسهم أو بين مستشاريهم قبل التحكيم وفي أثنائه ؛ والمعلومات التي هي سرية بطبيعتها الذاتية ، كأسرار التجارة والمعلومات التجارية موضع الثقة .

٦٦ - أما بخصوص الأشخاص الذين يشملهم واجب السرية ، فيندرجون في عدة فئات متنوعة كالمحكمين ؛ وموظفي مؤسسة التحكيم ، في حال كون التحكيم يجري في مؤسسة ؛ والأطراف ووكالاتهم ؛ والشهود ، بما في ذلك الخبراء ؛ والمحامين والمستشارين . وبما أنه لا يكون بالمستطاع تطبيق الواجب على جميع هؤلاء الأشخاص بالطريقة نفسها ، فان ثمة نهجا يستلزم أن يوقع المحكمون وممثلوا الأطراف ، وربما الشهود أيضا ، على اتفاق بشأن السرية . وثمة نهج آخر يتعلق بالشهود يستلزم أن يضمن الطرف الذي يستدعي الشاهد أن يراعي الشاهد أيضا الدرجة نفسها من السرية التي يطالب الطرف بمراعاتها . وتعنى بعض الأحكام الأخرى أيضا بالمدة التي يستمر خلالها تطبيق واجب السرية .

٦٧ - ويشمل بعض الظروف المسموح فيها بكشف المعلومات ، الحالات التي يوافق فيها الأطراف على الكشف ؛ والحالات التي تكون فيها المعلومات من ضمن الملكية العامة ؛ والحالات التي يلزم فيها كشف المعلومات بموجب القانون أو بطلب هيئة رقابة تنظيمية ؛ والحالات التي توجد فيها ضرورة معقولة تقتضي حماية مصالح مشروعة لطرف ما ؛ والحالات التي يكون فيها الكشف تحقيقا لصالح العدالة أو المصلحة العامة . ومع أن نطاق بعض من هذه الاستثناءات قد يكون سهل الانزواء في تعريف واضح وقابلا لتطبيقه ، فان بعضها الآخر ، مثل كشف المعلومات تحقيقا للمصلحة العامة ، يعتبر عموما في حاجة الى بعض العناية في النظر فيه . وقد أشير ، على سبيل المثال ، الى أن الحاجة قد تستدعي اقامة توازن بين تحقيق مصلحة عامة حقيقية بكشف المعلومات المقصودة ، وما يخشى من كشف معلومات حساسة تجاريا كوسيلة لممارسة الضغط على طرف ما لكي يذعن الى التسوية .

٦٨ - كما يعنى بعض الأحكام أيضا بالشروط الخاصة التي تتعلق بكشف المعلومات بمقتضى الوقت الذي يقع فيه الكشف . فاذا كان المراد كشف المعلومات مثلا أثناء اجراءات التحكيم ، فان واحدا من النهوج المتبعة يقتضي توجيه اخطار بالكشف الى هيئة التحكيم والطرف الآخر كليهما . وأما في حال وقوع الكشف على إثر ختام التحكيم ، فقد لا يكون ثمة داع الا الى اخطار الطرف الآخر فحسب .

٦٩ - وعلى الرغم من الأحكام التي تنص على حماية سرية قرار التحكيم ، فإن القواعد التي يتبناها بعض المؤسسات تتضمن حكما يسمح بنشر احصائيات اجمالية ، أو حتى معلومات عن اجراءات دعاوى منفردة ينبغي اتاحتها ، شريطة ألا تمكن المعلومات المكشوفة من استبانة هوية كل من الأطراف أو ماهية كل من الظروف .

٢ - الاستنتاج

٧٠ - بناء على أن الحماية الحالية قد لا تكون وافية بالغرض ، تنقسم الآراء حول كيفية ضمان سرية اجراءات التحكيم . فيشير واحد من النهوج المتبعة الى أن صعوبة تحديد نطاق واجب الحفاظ على السرية بصيغته العامة يجعل من الصعب معالجة هذه المسألة بأية حال من الأحوال . وتشير نهوج أخرى ، ومنها ما اتبعته المحكمة العليا في استراليا في قضية ESO ضد Plowman ، الى أن بمستطاع الطرفين في دعوى تحكيم أن ينصا صراحة في اتفاقهما بشأن التحكيم على تطبيق مبدأ السرية إما بدرجة مطلقة وإما بدرجة محددة . بل يشير نهج آخر أيضا الى أن قواعد التحكيم ينبغي أن تتضمن أحكاما بشأن السرية ، في حين يشير نهج غيره الى أن ما قد تستدعيه الحاجة انما هو أحكام تشريعية نموذجية في هذا الخصوص . وفي جميع هذه الحالات ، كان ينصب التركيز على ما لتوحيد المعاملة والتغطية الواسعة الانتشار من الأهمية للتحكيم التجاري الدولي .

٧١ - ولعل اللجنة ترغب في النظر فيما اذا كان ثمة حاجة الى المزيد من تمحيص مسألة السرية ، وخصوصا ما اذا كان ثمة حاجة قد تستدعي توفير المزيد من الحماية للسرية على شكل أحكام تشريعية . فاذا كان ذلك كذلك ، فمن الجائز أن يطلب الى الأمانة استكشاف الخيارات المتاحة لحماية السرية ، وخصوصا نطاق الحماية التي قد يكون من اللازم توفيرها بالنسبة مثلا الى المواد أو المعلومات المراد حفظها سرية ، والأشخاص الذين يشملهم واجب السرية ، وكيفية تطبيقه ، والاستثناءات المسموح بها من قيود الحظر على كشف المعلومات والاتصال .

زاي - إثارة دعاوى مطالب لغرض التقاض

٧٢ - كثيرا ما يحدث في ممارسة التحكيم أن المدعى عليه في قضية تحكيم ما ، في رده على بيان الدعوى ، يتذرع بدعوى له هو على المدعي ، اضافة الى رده على جزيئيات بيان الدعوى . ويجوز للمدعى عليه أن يتذرع بمثل تلك الدعوى بطريقتين . أولا ، يجوز له أن يثير دعوى مقابلة ، وعلى هيئة التحكيم أن تعاملها أساسا بالطريقة نفسها كما لو كانت مطلبا أصليا للمدعي ، ويبت فيها على نحو مستقل عن البت في مطلب المدعي ، وبغض النظر عن نتيجة ذلك . ومن ثم يمكن القول على سبيل المثال ، بأنه اذا ما أسقط مطلب المدعي ، تظل هيئة التحكيم مدعوة الى البت في الدعوى المقابلة .

٧٣ - ثانياً ، يجوز للمدعى عليه أن يتذرع بدعواه ، لا باعتبارها دعوى مقابلة بل باعتبارها دفاعاً لغرض التقاوص . وفي تلك الحالة ، لا ينبغي البت في الدفاع ، لدى القبول به ، إلا إذا اعتبر مطلب المدعي قائماً على أساس وجيه ، فلا حاجة تستدعي أن تنظر هيئة التحكيم في الدعوى المستند إليها لغرض التقاوص .

٧٤ - غير أن ثمة مسألة كثيراً ما تنشأ في الممارسة العملية بخصوص ما هي الشروط التي يجوز بموجبها لهيئة التحكيم أن تأخذ في الاعتبار دعوى منازعة مستنداً إليها لغرض التقاوص . وقد طرحت هذه المسألة إجابات متباينة وأثارت جدلاً فيما إذا كانت هيئة التحكيم مختصة بالنظر إلى الأسس الوجيهة التي تقوم عليها دعوى أثّرت لغرض التقاوص ، إذا لم تكن الدعوى مشمولة في اتفاق التحكيم الذي يشتمل على الدعوى الرئيسية (ولكن قد تكون مشمولة في اتفاق تحكيم مختلف أو قد لا تكون مشمولة في أي اتفاق تحكيم) .

١ - الحلول الراهنة

٧٥ - من الجائز تسوية المسألة المطروحة بالاتفاق بين الأطراف . وهناك قواعد تحكيم تسمح لهيئة التحكيم بالنظر في دعاوى تثار لغرض التقاوص ، حتى إذا لم تكن الدعوى مشمولة باتفاق التحكيم الذي يشتمل على الدعوى الرئيسية . وعلى سبيل المثال ، تنص المادة ٢٧ من قواعد التحكيم الدولي الصادر عن غرفة التجارة في زيوريخ (١٩٨٩) على أن لهيئة التحكيم اختصاصاً قضائياً أيضاً على دفاع تقاوص ، إذا لم تكن الدعوى التي تقاوص خاضعة لنص شرط بشأن التحكيم ، وحتى إذا كان يوجد نص شرط آخر بشأن التحكيم أو نص بشأن الاختصاص القضائي بخصوص تلك الدعوى .

٧٦ - إن قواعد التحكيم التي وضعتها اللجنة الأونسترال تتخذ موقفاً ينزع أكثر إلى التقييد ، من حيث أنه يجوز للمدعى عليه أن يستند إلى دعوى لغرض التقاوص إذا كانت الدعوى ناشئة عن العقد نفسه (المادة ١٩) . ولكن القواعد لا تبين صراحة أن دعوى التقاوص يجب أن تكون مشمولة باتفاق التحكيم نفسه وبالدعوى الرئيسية . أما إذا كان الطرفان قد صاغوا اتفاق التحكيم على نموذج صياغة شرط التحكيم ، الوارد في الحاشية على المادة ١ من القواعد^(٢١) (وكانا قد أحالا بمقتضى ذلك إلى التحكيم المنازعات الناشئة عن العقد) ، فمن شأن كل من الدعوى الرئيسية والدعوى المتذرع بها لغرض التقاوص أن تكونا مشمولتين باتفاق التحكيم نفسه . وأما إذا لم يكن اتفاق التحكيم الذي يشتمل على الدعوى الرئيسية يشمل دعوى التقاوص ، فإن المسألة سوف تثار أيضاً بمقتضى قواعد تحكيم الأونسترال عما

(٢١) نص الجزء الوثيقي الصلة بالموضوع من نموذج صياغة شرط التحكيم كما يلي : "كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به ... يسوى بطريق التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول حالياً" [التأكيد مضاف] .

إذا كان لدى هيئة التحكيم اختصاص بالنظر في دعوى التقاص التي لا تكون مشمولة في اتفاق التحكيم .

٧٧ - لا يتناول قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي هذه المسألة صراحة . أما التعليق التحليلي على مشروع نص القانون النموذجي ، والذي أعدته الأمانة ، فيتخذ الموقف القائل بأنه إذا أثار المدعى عليه دعوى لغرض التقاص (أو كدعوة مقابلة) ، فلا يجب أن تتجاوز الدعوى نطاق اتفاق التحكيم . ويضيف التعليق أن هذا التقييد ، مع كونه غير مبين صراحة في المادة ، يبدو بديهيا بالنظر إلى أن الاختصاص القضائي لهيئة التحكيم يستند إلى ذلك الاتفاق ، ويكون ممنوحا ضمن حدوده .⁽²²⁾

٧٨ - وقد أعرب منذ حينذاك عن آراء تأخذ بأن اختصاص هيئة التحكيم للنظر في دعاوى تثار على سبيل التقاص ينبغي ، بمقتضى شروط معينة ، أن يتجاوز نطاق العقد الذي تنشأ عنه الدعوى الرئيسية . ومن الأسباب التي ذكرت في هذا الصدد الكفاءة الاجرائية واستحسان ازالة الخلافات بين الأطراف ؛ وهي أسباب يقال بأنها تكون ذات كفة راجحة ، وخصوصا عندما يكون كلا الطرفين من التجار ، وعندما تكون الدعوى الرئيسية وكذلك الدعوى المتدفع بها لغرض التقاص ناشتتين عن عقود مترابطة اقتصاديا .

٢ - الاستنتاج

٧٩ - لعل اللجنة ترغب في النظر فيما إذا كانت هذه المسألة جديرة بالمزيد من الدراسة . وقد تشمل المسائل المراد دراستها ، على سبيل المثال ، السؤال عما إذا كان من المناسب أن يترك موضوع اختصاص هيئة التحكيم لمعالجة دعاوى تثار على سبيل التقاص لكي تتناوله قواعد التحكيم ، أو عما إذا كان من المستحسن وضع قاعدة تشريعية مناسبة في هذا الصدد .

حاء - القرارات التي تصدر عن هيئات تحكيم "مبتورة"

٨٠ - يلزم من القوانين والقواعد الخاصة بالتحكيم أن المحكمين إذ يوافقون على القيام بالمهمة بهذه الصفة ، لهم الحق وعليهم واجب أيضا في المشاركة في الاجراءات والمداولات ضمن هيئة التحكيم ، وفي التوقيع على قرار التحكيم . وهما حق وواجب منصوص عليهما ، ضمنا أو صراحة ، في الاتفاق الذي يقبل بموجبه المحكم تعيينه للقيام بالمهمة .

⁽²²⁾ الوثيقة A/CN.9/264 ، حولية الأونسيترال ، المجلد السادس عشر : ١٩٨٥ ، الجزء الثاني ، أولا

باء ، التعليق على مشروع المادة ٢٣ ، الفقرتين ٥ و ٨ .

٨١ - يحدث أحيانا أن يستقيل محكم ، وخصوصا محكماً عيّنه طرف ما ، أو يرفض المشاركة في إجراءات ومداولات هيئة التحكيم . ويحتوي معظم القوانين الوطنية وقواعد التحكيم على أحكام تعنى بتلك الحالة . وهي تنص عموماً على أن المحكم الذي يتخلف عن القيام بمهمته ينبغي أن يحل محله محكم بديل ؛ وتنص عادة على أن القواعد التي يخضع لها تعيين المحكم البديل هي تلك القواعد الواجب تطبيقها على تعيين المحكم الذي يحل محل محكم آخر (مثلاً المادة ١٤ (١) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي) .

٨٢ - وبغض النظر عن أسباب استقالة محكم أو عدم قيامه بمهمته ، من المرجح أن تخلف محكم عن القيام بمهمته وتعيين محكم بديل يسبب تأخراً وتترتب عليه تكاليف ويؤدي إلى إزعاج . وأحد الأسباب الملحوظة لتكبد تكاليف إضافية كبيرة وحدث تأخر ، يكمن في الاضطرار المحتمل إلى تكرار سماع المرافعات التي عقدت قبل تعيين البديل (أنظر مثلاً المادة ١٤ من قواعد التحكيم الصادرة عن الأونسيترال).

٨٣ - ومن الاشكالات الصعبة خصوصاً الحالات التي تحدث فيها استقالة محكم أو رفضه التعاون في مرحلة متأخرة من الإجراءات ، لموجبات يراها المحكمان الآخران ، أو تراها مؤسسة التحكيم التي تدير شؤون القضية ، مفتقرة إلى التسوية . وبسبب احتمال تعطل إجراءات التحكيم ، فإن من دواعي القلق الخاصة هي الحالات التي تقع فيها الاستقالة أو رفض التعاون نتيجة لتواطؤ بين طرف والمحكم الذي عيّنه ذلك الطرف . وقد يكون الدافع إلى ذلك التواطؤ رغبة في إحداث تأخر وعرقلة الإجراءات ، ومن ثم حرمان الطرف الآخر من ممارسة حقوقه المشروعة بمقتضى اتفاق التحكيم .

٨٤ - وقد تترتب على تخلف المحكم عن القيام بمهمته مسؤولية المحكم عن إخلاله بواجباته التعاقدية أو القانونية . وهذه المسؤولية هي قضية تنشأ بين الطرف المتضرر والمحكم ، وتقع خارج نطاق المنازعة التي ينظر فيها في إطار التحكيم الذي وقع فيه التخلف عن القيام بالمهمة . وإذا أدت هذه القضية إلى منازعة ، فإنها ترفع عادة إلى محكمة للبت فيها ، ما لم يكن هنالك اتفاق تحكيم بين المحكم والطرف الذي يرفع دعوى على المحكم .

٨٥ - وعلى الرغم من مسؤولية المحكم المشار إليها ، من الجائز أن تعالج قضية تخلف المحكم عن المشاركة في الإجراءات ضمن سياق إجراءات التحكيم التي استنكف المحكم عن المشاركة فيها . ويمكن القول كقاعدة في هذا الصدد أن الصعوبة الناجمة تكون أقل عندما يحدث رفض التعاون بعد أن تكون هيئة التحكيم قد أنجزت مداولاتها بشأن جوهر الحكم ، وعندما يكون التخلف عن التعاون مقصوراً على رفض المحكم التوقيع على الحكم الصادر . وأما الحل المقبول عموماً في القوانين والقواعد الخاصة بالتحكيم فهو أن التوقيع من جانب أكثرية أعضاء هيئة التحكيم أو جميعهم يعد كافياً ، شريطة تبيان السبب الذي دعا إلى حذف أي من التوقيعات (المادة ٣١ (١) من قانون الأونسيترال النموذجي ، وترد قاعدة مماثلة ، على سبيل المثال ، في المادة ٣٢ (٤) من قواعد الأونسيترال بشأن التحكيم) .

٨٦ - وأما المسألة التي أثارَت في السنوات الأخيرة مناقشات ناشطة فيما بين الممارسين في هذا المجال فهي ما إذا كان يسمح لكلا المحكّمين الباقيين - عندما يستقيل محكّم في مرحلة متأخرة من الاجراءات ، ربما بعد أن يكون قد تم أخذ الأدلة وسماع المرافعة - باستكمال الاجراءات واصدار حكم في القضية⁽²³⁾ . وكثيرا ما يشار الى القرارات التي تصدر عن المحكّمين الباقيين بعبارة قرارات "هيئة تحكيم مبتورة" .

٨٧ - وفي المناقشات التي دارت بشأن هذه المسألة ، كثيرا ما أعرب عن الرأي التقديري القائل بأن المحاكم في بلدان القانون المدني والقانون العام العرفي ، تحترم القرارات الصادرة عن هيئات تحكيم مبتورة إذا كان الأطراف قد اتفقا على ذلك الاجراء . ويقال اضافة الى ذلك ان الاطراف من ذوي الحصافة الذين يرغبون في اجتناب الصعوبات ، يختارون لهذا السبب قواعد تسمح بأن يواصل محكمان اجراءات التحكيم وأن يصدرا قرارهما في القضية ، في حال غياب المحكّم الثالث ، عندما تقرر الأكثرية أن اللجوء الى ذلك يكون لصالح التحكيم المنصف والنظام . وأعرب عن رأي آخر أيضا في أن من الصعب للمرء أن يتخيل أنه ، في حال عدم وجود قاعدة أو اتفاق صريح ، من شأن أي محكمة حديثة في دولة تأخذ من ناحية أخرى بسياسة عامة في دعم التحكيم التجاري الدولي ، أن تنفي صحة قرار صادر عن أكثرية المحكّمين لأن محكما عينه طرف ما يحاول احباط سير التحقيق فيلجأ الى التغيب في مرحلة متأخرة من الاجراءات ، أو يرفض المشاركة في المداولات أو في التوقيع على قرار التحكيم . ويستند هذا الرأي الى الافتراض القائل بأن القوانين الوطنية التي تشير الى مشاركة ثلاثة محكّمين ، ينبغي تفسيرها على أن الوفاء بها يتم عندما تكون قد أتيحت للثلاثة جميعا فرصة منصفة ومتساوية للمشاركة في الاجراءات . وقد أشير أيضا الى ما يعتبر أسلوبا عمليا في أن من شأن التوضيح بأن المحكّم الذي عينه طرف ما لا يمكنه أن ينجح في تحقيق الغرض من الحيلولة دون اصدار قرار تحكيم بتغيبه عن الاجراءات أو المداولات ، أن يؤدي في الحال على الأرجح الى ازالة المشكلة الكامنة في هذه المسألة⁽²⁴⁾ . كما أعرب عن آراء مختلفة أيضا تحذر من منح اذن قانوني لهيئة تحكيم مبتورة باصدار قرار بناء على صلاحيتها التقديرية . وقدمت حجج في هذا الصدد بأنه لا ينبغي أن يكون طرف ما مسؤولا عن سوء تصرف المحكّم الذي عينه ذلك الطرف ، وأن الحق التقديري في أن تواصل التحكيم هيئة مبتورة من الجائز أن يؤدي الى اشكال عندما يتصرف المحكّمان الآخران ، بعد استقالة محكم ما ، على نحو غير سليم يخدم مصلحة واحد من الأطراف .

١ - الحلول غير التشريعية والتشريعية الراهنة

(23) على سبيل المثال مؤتمر التحكيم الدولي العاشر ، استوكهولم ، ٢٨ - ٣١ أيار/مايو ١٩٩٠ . مداولات المؤتمر : سلسلة مؤتمرات التحكيم رقم ٥ ، المجلس الدولي للتحكيم التجاري ، أولا - منع التأخير وتعطيل التحكيم ، ثانيا - الاجراءات الفعالة في قضايا الانشاء والتعمير ، المحرر العام ألبرت جان فان دن برغ ، الصفحة ٢٦ .

(24) المرجع نفسه ، الصفحتين ٢٨ و ٢٩ .

٨٨ - على ضوء هذه المناقشات ، اعتمدت بعض مؤسسات التحكيم قواعد تحدد الشروط التي بموجبها يجوز من حيث الصلاحية القانونية لهيئة تحكيم أن تواصل أداء مهمتها وتصدر قرارا بشأن القضية . وعلى سبيل المثال ، تنص قواعد التحكيم الدولي الصادرة عن رابطة التحكيم الأمريكية (١٩٩١) في المادة ١١ على ما يلي :

"١ - إذا تخلف محكم في هيئة تحكيم من ثلاثة أشخاص عن المشاركة في التحكيم ، تكون للمحكّمين الآخرين الصلاحية بناء على سلطتهما التقديرية فحسب لمواصلة التحكيم وإصدار أي قرار أو حكم أو قرار تحكيم ، على الرغم من تخلف المحكم الثالث عن المشاركة . وعند البت في مسألة مواصلة التحكيم أو مسألة إصدار أي قرار أو حكم أو قرار تحكيم من دون مشاركة محكم ما ، على المحكّمين الآخرين أن يأخذوا في الاعتبار مرحلة التحكيم والسبب ، أيا كان ، الذي أبداه المحكم الثالث لعدم المشاركة ، وغير ذلك من المسائل التي يعتبرانها مناسبة في الظروف الملائمة للقضية . وفي حال أن قرر المحكّمان الآخران عدم مواصلة التحكيم من دون مشاركة المحكم الثالث ، على المسؤول الإداري أن يعلن ، بناء على ما توفر لديه من إثبات مرض ، شغور ذلك المنصب ، ويجب من ثم تعيين محكم بديل بموجب أحكام المادة ٦ ، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك .

"٢ - إذا ما عين محكم بديل ، على هيئة التحكيم أن تقرر بناء على سلطتها التقديرية فحسب ما إذا كان يجب إعادة سماع جميع المرافعات السابقة أو جزء من أي منها ."

٨٩ - وقد أدرجت أحكام تنطوي في جوهرها على هذه الفحوى نفسها ، في مجموعات أخرى من قواعد التحكيم الدولي ، ومنها على سبيل المثال ، القواعد الاختيارية لدى محكمة التحكيم الدائمة بشأن التحكيم في المنازعات بين طرفين أحدهما فقط دولة (١٩٩٣) ، (المادة ١٣ (٣)) ، وقواعد التحكيم الخاصة بالمنظمة العالمية للملكية الفكرية (وايبو) (١٩٩٤) ، (المادة ٣٢) .

٩٠ - وقد عالجت هذه المسألة قلة من القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم . فنحن واحد من النهج المتبعة إلى تضمين أحكام قانونية تنطوي على جوهر الحلول الوارد وصفها أعلاه ، في قواعد التحكيم . ونحن نهج آخر نحو أكثر تقييدا : إذ مع أن القانون يعترف من حيث المبدأ بحرية الأطراف على الاتفاق على كيفية معالجة هيئات التحكيم المبثورة القرارات ، فهو يقيد الامكانية المتاحة للأطراف لمنح المحكّمين الباقيين إذنا بمواصلة الاجراءات من دون المحكم غير المتعاون ، فيجعلها مقصورة على تلك الحالات التي يرفض فيها المحكم القيام بدوره في التصويت على قرار ما . وكذلك ينص على توجيه اخطار مسبق إلى الأطراف بالاعتزام على إصدار قرار تحكيم من دون المحكم الذي يرفض المشاركة في التصويت . وأما بالنسبة إلى غير ذلك من القرارات ، فينص القانون على أنه لا داعي إلا إلى اعلام الأطراف ، في وقت لاحق لإصدار القرار ، برفض المحكم المشاركة في التصويت .

٢ - الاستنتاج

٩١ - لعل اللجنة ترغب في مناقشة العواقب الوخيمة التي يحتمل أن تنجم عن انسحاب المحكمين بسوء نية من إجراءات التحكيم مما يسيء الى ممارسة التحكيم التجاري الدولي ، ولعلها تنظر في ذلك السياق في مسائل مثل : (أ) مدى قدرة الأطراف بموجب اتفاق ، على أن يضعوا في محل لا مجال للشك فيه صحة قرار تحكيم صادر عن هيئة تحكيم مبتورة ؛ و (ب) ما اذا كان من المستحسن أن تعتمد اللجنة الى صياغة حل نموذجي للاتفاق بين الأطراف بشأن قرارات تصدرها هيئات تحكيم مبتورة ؛ و (ج) ما اذا كان من المستحسن أن تعنى القوانين الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي بهذه المسألة ، وإن كان كذلك ، فهل ينبغي أن تعد اللجنة حلاً تشريعياً نموذجياً . وإن كان للجنة أن تقرر أنه ينبغي إمعان النظر في هذه المسألة ، فلعلها ترغب في أن تطلب الى الأمانة بأن تعد دراسة تعرض فيها مختلف الحلول الممكنة لكي تنظر فيها اللجنة .

طاء - مسؤولية المحكمين

٩٢ - في الأعمال التحضيرية لقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، كان هنالك اتفاق عام على أن مسؤولية المحكمين لا يمكن ادراجها على نحو مناسب في القانون النموذجي .⁽²⁵⁾

٩٣ - في قوانين التحكيم الوطنية ، بما في ذلك عدد من قوانين تشريع القانون النموذجي ، أضيفت أحكام تُعنى بمسؤولية المحكم . ولكن هذه الأحكام تختلف فيما بينها عما اذا كان ينبغي للمحكمين أن يكونوا ذوي حصانة من المسؤولية المهنية ، وعن المعالم القياسية للحصانة . وهنالك نزعة لدى فقهاء القانون العام الى مساواة المحكمين بالقضاة وشملهم جميعاً بحصانة متكافئة . وثمة نزعة لدى فقهاء القانون المدني الى التركيز على وظيفة المحكمين التعاقدية باعتبارهم خبراء . ومع ذلك فإن هنالك تبايناً كبيراً حتى ضمن ما يسمى بالأسر القانونية نفسها ، ولا يمكن رسم خط واضح يميز بين النهج التي تتخذها كل زمرة من الفقهاء .

١ - الأحكام التشريعية الراهنة

٩٤ - يشتمل عدد من قوانين التحكيم الوطنية ، بما في ذلك بعض القوانين التي شرع بموجبها القانون النموذجي ، على أحكام تُعنى بموضوع حصانة المحكمين ، ولكن هنالك اختلافات كبيرة بشأن نطاق الحصانة ومداها . ويلاحظ أن الكثير من البلدان التي اعتمدت أحكاماً محددة في قوانين التحكيم تنص على انفاذ مفعول القانون النموذجي ، هي بلدان تقوم الولاية القضائية فيها على القانون العام العرفي .

⁽²⁵⁾ تقرير الفريق العامل المعني بالممارسات في ميدان العقود الدولية عن أعمال دورتها الثالثة (١٩٨٢) ، الوثيقة A/CN.9/216 ، حولية الأونسيترال ، المجلد ١٣ : ١٩٨٢ ، الجزء ٢ ، ثالثاً ، ألف ، الفقرتين ٥١ و ٥٢ .

٩٥ - غير أن بعض الأحكام المدرجة في تلك القوانين تستبعد المسؤولية عن أي فعل أو امتناع عن فعل فيما يتعلق بالتحكيم ، ما عدا الحالات التي يظهر فيها أن الفعل أو الامتناع عن الفعل تم بسوء نية ، أو تم بعدم أمانة ، أو في حال ارتكاب فعل باطل بإدراك وعن عمد . وينحون نهج آخر الى النص على أن المحكم ليس مسؤولاً عن الإهمال بخصوص أي شيء وقع فعله أو الامتناع عن فعله بصفته محكماً ؛ وفي بعض الحالات يضاف استثناء بخصوص القضايا التي حدث فيها احتيال أو سوء قصد . وفي بعض الأحوال ، لا يكون المحكم مسؤولاً عن أي خطأ في القانون أو في الوقائع أو في الإجراءات ، ارتكب في أثناء اجراءات دعوى التحكيم أو في اصدار قرار التحكيم . غير أن بعض القوانين يأخذ بنهج معاكس في عدم اللجوء الى تحديد المسؤولية ، بل ينص خصوصاً على أن المحكم يجوز أن يعتبر مسؤولاً عن خسارات وقعت بسبب التأخر أو التخلف في الامتثال لواجبات المحكم .

٩٦ - وثمة تباين واسع بخصوص الأطراف الذين يجوز أن يطبق عليهم الاستبعاد . ففي بعض الحالات ، لا تطبق الحصانة الا على مسؤولية المحكم ، في حين أن هذه الحصانة تشمل في حالات أخرى ، العاملين لدى المحكم ووكلاءه وكذلك تشمل مستشاري المحكمين والخبراء أيضاً . وتذهب قوانين أخرى أبعد من ذلك فتجعل الحصانة تشمل أولئك الذين قد يكون لهم دور في تعيين هيئة تحكيم وأولئك الذين قد يقومون بمهام إدارية فيما يتعلق بإجراءات التحكيم ، وكذلك العاملون لديهم ووكلاؤهم . ويجدر القول بأن شروط الاستثناءات من الحصانة ، في جميع هذه القوانين ، هي نفسها بالنسبة الى المحكمين والفئات الموسعة من الأشخاص المشمولين .

٩٧ - وفي ولايات قضائية أخرى ، ومنها بصفة رئيسية ولايات القانون المدني ، يؤكد على الطابع التعاقدى الذي تتسم به الخدمة التي يؤديها المحكم ، ومن ثم فإن المحكم يعتبر مسؤولاً عن عدم الوفاء بشروط المهمة المحددة . ومن شأن ذلك أن يشمل التقصير في الأداء بتوخي قدر معقول من العناية ؛ والتقصير في اصدار الحكم ضمن المهلة الزمنية التعاقدية أو القانونية ؛ وتعرض الأطراف للمخاطرة باحتمال إلغاء الحكم ؛ والتحيز ؛ والإهمال ؛ وانتهاك سرية اجراءات التحكيم ؛ وكذلك يشمل كل واقعة من وقائع الاحتيال أو سوء التمثيل أو الفساد أو الإهمال الجسيم . وفي بعض الولايات القضائية أيضاً ، يكتسب اصدار قرار التحكيم حصانة معينة بسبب الطابع شبه القضائي الذي تتسم به الوظيفة المؤداة . وفي بعض الحالات ، يمكن أن تكون المسؤولية محدودة في العقد بين المحكم والأطراف في قضية التحكيم ، مع أن من الجائز أن لا تستبعد من ذلك المسؤولية عن الإهمال الجسيم أو سوء التصرف المقصود .

٩٨ - ولكن في بعض الولايات القضائية القائمة على القانون العام العرفي ، من الجائز أن يتمتع المحكمون بمستوى عال من الحصانة أشبه بحصانة القضاة ، في حين أن في بعضها الآخر يوجد تمييز بين تلك المهام التي يقوم بها المحكم وتعتبر قضائية الطابع ، ومن ثم تستحق هذا المعيار العالي من الحصانة ، وتلك المهام غير المتصلة بأي وظيفة قضائية ومن ثم تكون عرضة للمسؤولية المدنية .

٢ - الاستنتاج

٩٩ - هنالك اختلافات كبيرة بين قوانين وقواعد التحكيم فيما يتعلق بمعالجتها لقضية المسؤولية ، كما ان مدى المسؤولية المدنية التي تقع على المحكمين قد يتباين تبعا لعدد من العوامل ، مثل (أ) اختيار القواعد الاجرائية التي تخضع لها اجراءات الدعاوى ؛ (ب) القانون الذي يخضع له العقد بين المحكم والأطراف ؛ (ج) جنسية المحكمين ؛ (د) المكان الذي تدار فيه اجراءات الدعاوى . وباعتبار هذه المسائل ، فان أي معالجة لقضية مسؤولية المحكمين من شأنها على الأرجح أن تتطلب النظر فيها بعناية .

١٠٠ - وبما أن ايجاد صيغة شاملة القبول قد يساعد على تسيير عملية التحكيم ، ويوفر قدرا أكبر من اليقين للمحكمين والأطراف المحتكمة على حد سواء ، فلعل اللجنة ترغب في النظر فيما اذا كانت قضية المسؤولية تحتاج الى المزيد من التمهيص . ولدى النظر في الحاجة الى مواصلة معالجة موضوع مسؤولية المحكمين ، قد يكون من المفيد القيام باستعراض مفصل للأسلوب الذي تعالج به هذه القضية حاليا ، وكذلك المقترحات المقدمة من منظمات أو معلقين .

ياء - صلاحية هيئة التحكيم لاصدار حكم بدفع فوائد

١٠١ - لم يتم النظر أثناء اعداد قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، في موضوع ايراد نص يأذن صراحة للمحكم باصدار قرار بدفع فوائد . ومنذ حينذاك ، أخذت تنتشر حالة من انعدام يقين في بعض الاختصاصات القضائية بشأن صلاحية المحكمين لاصدار قرار بدفع فوائد ، وخصوصا في ذلك الجزء من العالم الذي يطبق فيه القانون العام ، ولجأ عدد من الولايات القضائية الى اضافة أحكام محددة تُعنى بالصلاحية لاصدار حكم بدفع فوائد ، في القوانين التي تعتمد القانون النموذجي .

١ - الحلول التشريعية الراهنة

١٠٢ - يلاحظ أن نصوص الأحكام التي تعالج مسألة الصلاحية لاصدار قرار بدفع فوائد ، والتي اعتمدت في قوانين وطنية ، تتباين في نطاقها جدا ، وخصوصا فيما يتعلق بمستوى التفصيل والمسائل المشمولة . وفي أبسط الأحوال ، يأذن التشريع لهيئة التحكيم باصدار قرار بدفع فوائد ، ما عدا في الحالات التي يكون فيها الأطراف قد اتفقوا على غير ذلك .

١٠٣ - وتذهب بعض الولايات القضائية الى أبعد من نطاق الصلاحية الأساسية فتتطرق الى مسائل أخرى . وبالنسبة الى المبلغ الذي يجوز أن يحصل باعتباره فائدة ، يجعل بعض القوانين ذلك مقيدا بقيمة القرار الصادر ، والتي يمكن تحديدها بأنها تشمل الفوائد والتكاليف . وينحو نهج آخر الى النص

على أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر بدفع فوائد على قرار التحكيم بأجمعه أو أي جزء منه . وفي حالات أخرى ، يمكن التمييز ، بالنسبة الى المبلغ الذي تدفع عليه الفائدة ، بين المبلغ النقدي الذي تقرره الهيئة في الاجراءات ، والمبلغ النقدي المطالب به في الاجراءات وغير المسدد لدى بدء الاجراءات ، ولكن يجب دفعه قبل اصدار القرار . ويلجأ بعض الولايات القضائية الى تقييد تطبيق حكم الفائدة والنص على التحديد مثلا على أنه غير مأذون للمحكم باصدار قرار بدفع فوائد على الفوائد ، وأنه لا يمكن تطبيق ذلك فيما يتعلق بأي مبلغ تدفع عليه الفوائد باعتبارها حقا ، سواء أكان ذلك بموجب اتفاق أم لم يكن .

١٠٤ - يتناول عدد من القوانين مسألة الوقت الذي يجوز اصدار قرار تحكيم بدفع الفائدة اعتبارا منه . ويذهب واحد من النهوج المتبعة الى جعل الوقت مقصورا على الفترة التي تبدأ من تاريخ اصدار قرار التحكيم ، في حين تنص قوانين أخرى على أنه يجوز الحكم بدفع الفائدة عن كل الفترة بين تاريخ نشوء سبب الدعوى وتاريخ اصدار قرار التحكيم أو عن أي جزء من الفترة ، في حين ينص نهج آخر على الفائدة من تاريخ اصدار قرار التحكيم الى تاريخ دفع المبلغ المقرر . ويشمل بعض القوانين أيضا الأوقات المحددة التي يجب دفع الفوائد فيها .

١٠٥ - أما بشأن سعر الفائدة ، فان هنالك عددا من القوانين يترك هذا الموضوع لهيئة التحكيم لكي تقرر سعرا معقولا أو سعرا تجاريا معقولا . وثمة قوانين أخرى تنص تحديدا على أن السعر يجب أن يكون هو السعر نفسه المطبق على الحكم ، أو في بعض الحالات يحدد سعر ثابت معين . وثمة قاعدة أكثر احكاما تنص على أن سعر الفائدة يجب أن يكون متوسط سعر فائدة الاقراض القصير الأجل الذي يستوفى من المقترضين المعتمدين والسائد بخصوص عملة الدفع في مكان الدفع ، أو في حال عدم وجود مثل ذلك السعر في ذلك المكان ، فيجب أن يكون هو السعر نفسه السائد في دولة عملة الدفع .⁽²⁶⁾

٢ - الاستنتاج

١٠٦ - لعل اللجنة ترغب في أن تنظر فيما اذا كانت مسألة صلاحية هيئة التحكيم للحكم بدفع فائدة تعد مسألة جديرة بالمزيد من الدراسة بغية اعداد حكم تشريعي نموذجي في هذا الخصوص . وفي ذلك السياق ، لعلها تنظر أيضا فيما اذا كان ينبغي أن تشمل تلك الدراسة الاضافية أيا من تفاصيل الصلاحية المقصودة بحسب ما تبينه بوضوح الأحكام المشرعة المشار اليها أعلاه ، بما في ذلك (أ) المبلغ الذي يجوز تقاضي الفائدة عليه ؛ و (ب) الفترة التي يجب فيها دفع الفائدة ، قبل اصدار قرار التحكيم وبعده على حد سواء ؛ و (ج) نوع الفائدة (البسيط أو المركب) وسعرها المراد تطبيقهما ؛ و (د) مسائل أخرى مثل الوقت الذي يجب فيه دفع الفائدة .

كاف - تكاليف إجراءات التحكيم

١٠٧ - في الأعمال التحضيرية لقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم الدولي ، كان هناك تأييد واسع للرأي القائل بأن المسائل المتعلقة بأتعاب وتكاليف التحكيم لا تعتبر قضايا مناسبة لمعالجتها في قانون نموذجي . وقد ترك المجال متاحا للدول لكي تنص في قوانينها على وجوب قيام المحاكم بضبط الشؤون المتعلقة بالأتعاب والتكاليف ، وذلك ، على سبيل المثال ، لاتاحة المجال لاعادة تعديل الأتعاب التي تعتبر غير معقولة تماما .⁽²⁷⁾ بيد أنه منذ انجاز القانون النموذجي لجأ عدد من القوانين التي اشترعت القانون الى اضافة أحكام بشأن صلاحية هيئة التحكيم في تحديد وتخصيص التكاليف والأتعاب . ولكن تلك القوانين كثيرا ما تختلف من حيث الجوهر وخصوصا من حيث تفاصيل الصلاحية ونطاق المسائل ذات الصلة بها .

١ - الأحكام التشريعية الراهنة

(أ) ما يمكن ادراجه باعتباره من "التكاليف"

١٠٨ - تتباين التشريعات التي تعتمد القانون النموذجي فيما يندرج ضمن معنى "التكاليف" . فيعتمد بعض القوانين وصفا عاما ، يشير الى "تكاليف التحكيم" فحسب ، وقد يتضمن اشارة الى أتعاب ونفقات المحكم أو المحكمين أو الى تلك التكاليف التي يتكبدها الأطراف وتكون ضرورية لحسن سير دعاوى مطالباتهم أو دفاعهم . وتعتمد قوانين أخرى نهجا أكثر شمولاً ، يحدد البنود المراد ادراجها ، مثل (أ) أتعاب المحكم وهيئة التحكيم ؛ و (ب) تكاليف الإقامة والسفر والدعم الإداري أثناء اجراءات التحكيم ؛ و (ج) تكاليف أدلة الاثبات ، الوقائعية منها والمقدمة من خبراء معا ؛ و (د) تكاليف المشورة القانونية والتمثيل القانوني ؛ و (هـ) غير ذلك من النفقات المتكبدة فيما يتعلق بالتحكيم .

(ب) تخصيص نسب التكاليف والمسؤولية عنها

١٠٩ - القوانين التي تشترع القانون النموذجي تنص عموما على أن لهيئة التحكيم الصلاحية التقديرية لكي تقرر أيًا من الأطراف عليه أن يدفع تكاليف التحكيم وما هي نسب الدفع ، واضعة في الحسبان الاعتبارات المعقولة في ملائسات القضية . بيد أن هناك سمات متباينة فيما بينها . إذ ان بعض القوانين يميز بين أتعاب ونفقات المحكم وتكاليف التحكيم الأخرى ، وينص على أن الأطراف ، بالتكافل والتضامن ، ملزمون بدفع أتعاب المحكمين ونفقات التحكيم . وتنص قوانين أخرى على قاعدة احترازية تقتضي بأنه في حال عدم تناول مسألة التكاليف في قرار التحكيم وفي حال عدم اصدار قرار تحكيم

(27) تقرير الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية عن أعمال دورته الثالثة (١٩٨٢) ، الوثيقة

A/CN.9/216 ، المجلد ١٣ : ١٩٨٢ ، الجزء ٢ ، ثالثا ، ألف ، الفقرة ٩٩ .

اضافي يتناول تكاليف التحكيم ، يكون كل طرف مسؤولاً عن دفع ما يترتب عليه من نفقات قانونية وغيرها ، وكذلك عن دفع نصيب متساو من أتعاب ونفقات هيئة التحكيم . ويتطرق واحد من القوانين مباشرة الى الحال التي يرفض فيها عرض للتسوية . فاذا كان عرض لتسوية النزاع يجسد القرار النهائي الصادر عن هيئة التحكيم ، تكون هيئة التحكيم مأذونة بوضع ذلك في الحساب عند اصدار قرارها بشأن التكاليف والنفقات .

(ج) المسائل ذات الصلة بذلك

١١٠ - قيام المحاكم بالمراجعة والمساعدة - يعنى عدد من القوانين بجوانب تتعلق بقيام المحاكم بالمراجعة والمساعدة ، فيخول المحاكم الصلاحية لتعديل أتعاب المحكمين ونفقاتهم ، بما في ذلك الأمر برد المبالغ الزائدة عن الحد ؛ ولتقرير التكاليف القابلة للاسترداد ، بما في ذلك أتعاب ونفقات هيئة التحكيم ، في حال عدم قيام هيئة التحكيم بذلك ، أو في حال عدم موافقة طرف ما على قيام هيئة التحكيم بتقرير ذلك .

١١١ - قرارات التحكيم غير التامة - ينص بعض القوانين على أنه في حال عدم نص قرار التحكيم على دفع تكاليف التحكيم ، يجوز للأطراف التقدم بطلب الى هيئة التحكيم أو في بعض الحالات الى المحكمة ، للبت بشأن التكاليف .

١١٢ - تحديد التكاليف القابلة للاسترداد - في بعض الولايات القضائية ، تتاح للأطراف الحرية بالاتفاق على ما يمكن استرداده من تكاليف التحكيم ، أو يجوز للأطراف التقدم بطلب الى هيئة التحكيم أو الى المحكمة للبت في ذلك الشأن . اضافة الى ذلك ، من الجائز أن يؤذن لهيئة التحكيم بتحديد التكاليف القابلة للاسترداد بمبلغ معين ، رهنا بتغييرات ممكنة .

١١٣ - تكاليف التفسير أو التصحيح - ينص عدد من القوانين على أنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتقاضى أتعاباً اضافية على تفسير أو تصحيح أو استكمال قرار التحكيم الصادر عنها .

٢ - الاستنتاج

١١٤ - لعل اللجنة ترغب في أن تنظر في ما اذا كانت الصلاحية لاصدار حكم بالتكاليف مشمولة على نحو كاف بقواعد التحكيم أو القوانين الوطنية ، أو فيما اذا كان من شأن ادارة اجراءات التحكيم التجاري الدولي أن تتيسر بتقديم نص قاعدة موحدة في هذا الصدد . وفي ذلك السياق ، قد ترغب اللجنة في أن تنظر في نطاق تلك القاعدة وفيما اذا كان ينبغي أن تتناول ، اضافة الى الصلاحية لاصدار قرار بدفع التكاليف ، مسائل اضافية بحسب ما هو مبين أعلاه .

لام - انفاذ مفعول التدابير المؤقتة بشأن الحماية

١١٥ - وفقا لكثير من مجموعات قواعد التحكيم ، يجوز لهيئة التحكيم ، بناء على طلب طرف ما ، أن تأمر باتخاذ تدابير مؤقتة يقصد بها الحفاظ على الوضع الراهن الى حين صدور قرار التحكيم . ويشار الى تلك التدابير بتعابير مثل "التدابير الوقائية المؤقتة" ، أو "الأوامر الاحتياطية" ، أو "القرارات المؤقتة" ، أو "التدابير الحافظة" أو "التدابير الجزية التمهيدية" . وعلى سبيل المثال ، تنص المادة ٢٦ (١) من قواعد تحكيم الأونسيترال على ما يلي :

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

١١٦ - والتدابير الوقائية المؤقتة ، والتي كثيرا ما لا تكون معروفة في قواعد تنص على اصدارها ، يمكن أن تشمل على طائفة واسعة من التدابير المتنوعة بما في ذلك : أوامر بعدم نقل السلع أو الموجودات من المكان أو من نطاق الولاية القضائية ؛ وأدلة اثبات الحفاظ عليها ؛ وبيع البضائع ؛ وايداع كفالة نقدية . ومن الجائز فرض التدبير المؤقت طوال مدة التحكيم ، أو من الجائز أن يكون التدبير ذا طابع مؤقت أكثر من ذلك ومن المتوقع تعديله بحسب ما يستجد من مسائل . كما ان من الجائز أن يكون التدبير على شكل أمر صادر عن هيئة التحكيم أو على شكل "قرار تحكيم" مؤقت .

١١٧ - وأما المسألة التي كثيرا ما يناقشها الممارسون في هذا المجال فهي قابلية انفاذ مفعول مثل هذه التدابير ، في الدولة التي يجري فيها التحكيم أو في دول أخرى على حد سواء . ويلاحظ أن الحاجة الى انفاذ مفعول هذه التدابير تستند عادة الى الحجة القائلة بأن أي قرار تحكيم نهائي قد يكون ضئيل القيمة بالنسبة الى الطرف الفائز ، اذا ما أدى في غضون ذلك الوقت تصرف الطرف المصّر على موقفه أو عدم تصرفه ، الى جعل نتيجة اجراءات الدعوى غير مجدية (مثلا بلجوه الى تبديد الموجودات أو نقلها من نطاق الولاية القضائية) . ولذا فقد لوحظ أيضا أن اصدار أمر مؤقت في تلك المرحلة يمكن أن يكون مهما على أقل تقدير أو حتى أكثر أهمية من قرار التحكيم .⁽²⁸⁾

١١٨ - ومن ناحية ثانية فقد طرحت أيضا آراء تستفسر عما اذا كان ينبغي أن تكون التدابير المؤقتة التي تصدرها هيئة التحكيم واجبة النفاذ . وقيل ان الأطراف ، بحسب ما يلاحظ في الممارسة العملية ، يمتثلون في الغالب لتلك التدابير على أية حال ، وذلك على سبيل المثال لاجتناب المسؤولية عن التكاليف التي يسببها عدم تنفيذ التدبير ، أو لاستنكافهم عن اثاره استياء هيئة التحكيم . اضافة

(28) V. V. Veeder, "Professional and conservatory measures" ، في مداوات الاحتفال بيوم اتفاقية

نيويورك ، أنظر الحاشية (أ) أعلاه .

الى ذلك يمكن القول بأن التدابير المؤقتة اذا عوملت باعتبارها حقوقا تنفيذية ، فان الضرورة قد تستدعي أن يطبق عليها أحكام (الأحكام نفسها ، أو ما يشبهها ، التي يخضع لها نقض قرارات التحكيم) يقصد بها علاج حالات معينة من الاخلال الجدي بالاجراءات ، مما يجعل سير العملية الاجرائية شكليا أكثر مما ينبغي . ولكن قيل ردا على ذلك بأن هناك حالات كثيرة يرفض فيها الطرف الامتثال للتدبير المؤقت دونما اعتبار للعواقب السيئة المحتملة ، مثل المسؤولية عن التكاليف . كما قيل علاوة على ذلك ان الأحكام بشأن الانفاذ القضائي للتدابير المؤقتة ، بما في ذلك الامتيازات التي تنفرد بها المحكمة في عملية الانفاذ ، قد تبين بوضوح الطابع المؤقت الذي تتسم به التدابير ، ولا يتعين بالضرورة أن تكون مثل القواعد ذاتها التي يخضع لها انفاذ مفعول قرارات التحكيم النهائية .

١١٩ - ويقترح البعض بأن الأطراف المحتكمين الذين هم في حاجة الى تدابير مؤقتة ، ينبغي لهم اللجوء الى استصدار أمر قضائي ، مثلما هو ممكن بموجب كثير من القوانين الوطنية . ولكن أشير ردا على ذلك الى أن تلك الطريقة قد تطرح صعوبات معينة . فعلى سبيل المثال قد يكون اللجوء الى استصدار تدبير عملية اجرائية مطولة ، وخصوصا لأن المحكمة قد تستلزم تقديم حجج بشأن المسألة أو لأن قرار المحكمة يكون مفتوحا للاستئناف . علاوة على ذلك ، قد لا يكون للمحاكم في مكان التحكيم اختصاص قضائي فعلي على الأطراف أو على الموجودات ؛ بما أن عمليات التحكيم كثيرا ما تجرى في اقليم "محايد" لا شأن له بموضوع قضية النزاع ، فقد يتعين اللجوء الى محكمة في نطاق ولاية قضائية أخرى التماسا للنظر في الطلب واصدار تدبير بشأنه . ويضاف الى ذلك أن الطرف ، في نطاق بعض الولايات القضائية ، قد لا يكون بمستطاعه التماس المحكمة لاصدار تدبير مؤقت بشأن الحماية ، وذلك بناء على أن الأطراف ، بحكم ابرامهم اتفاق تحكيم ، يعتبرون أنهم استبعدوا المحاكم من التدخل في المنازعة .

١٢٠ - ولذا فان هناك من يحتج بأن الموارد من شأنها أن تستخدم بمزيد من الكفاءة اذا ما كان بمستطاع الأطراف تقديم طلباتهم لاستصدار تدابير مؤقتة واجبة النفاذ الى هيئة التحكيم مباشرة ، بدلا من المحكمة ، من حيث ان هيئة التحكيم تكون من قبل مطلعة على القضية وتكون عادة أكثر خبرة عملية في موضوع النزاع .

١ - الحلول التشريعية الراهنة

(أ) اتفاقية نيويورك

١٢١ - أحيانا تصدر هيئات التحكيم تدابير وقائية مؤقتة على شكل قرارات تحكيم مؤقتة . وهذه الامكانية متوخاة صراحة ، على سبيل المثال ، في المادة ٢٦ (٢) من قواعد تحكيم الأونسيترال . وهذا يطرح السؤال عما اذا كانت اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها تتناول أيضا موضوع قرارات التحكيم المؤقتة . وبما أن الاتفاقية لا تعرف المصطلح "قرار التحكيم" ، فليس واضحا ان

كانت الاتفاقية تطبق على قرارات التحكيم المؤقتة كذلك . وأما الرأي السائد ، وهو رأي يؤكد أنه أيضا قانون الدعاوى في بعض الدول ، فيبدو أنه ذلك الرأي القائل بأن الاتفاقية لا تطبق على قرارات التحكيم المؤقتة .

(ب) قانون الأونسيترال النموذجي

١٢٢ - قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي يتناول صراحة في المادة ١٧ صلاحية هيئة التحكيم في الأمر باتخاذ أي تدبير وقائي مؤقت قد تراه ضروريا ، والطلب الى أي طرف تقديم ضمان مناسب فيما يتعلق بهذا التدبير . غير أن القانون النموذجي لا يتحدث عن مسألة الانفاذ .

١٢٣ - عندما نظر الفريق العامل في أثناء اعداد القانون النموذجي ، في المادة ١٧ من حيث الجوهر ، كانت تحتوي على جملة هي : "واذا 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" .⁽²⁹⁾ وبحسب واحد من الآراء التي أبديت في اطار الفريق العامل ، قيل ان المساعدة التنفيذية من جانب المحاكم أمر مستصوب وينبغي أن تكون متاحة . وبحسب رأي آخر اعتمده الفريق العامل بعد المداولة ، قيل ان تلك الجملة ينبغي حذفها لأنها تتناول على نحو غير واف مسألة تتعلق بالقوانين الاجرائية الوطنية وصلاحية المحاكم ، ولا يرجح أن تقبل ذلك دول كثيرة . بيد أنه كان مفهوما لدى الفريق العامل أن حذف الجملة الأخيرة لا ينبغي أن يؤول على أنه اعاقا لهذه المساعدة التنفيذية في الحالات التي تكون فيها دولة ما على استعداد لتقديم مثل هذه المساعدة بموجب قانونها الاجرائي .⁽³⁰⁾

(ج) القوانين الوطنية

١٢٤ - بخصوص قابلية انفاذ التدابير المؤقتة التي تصدرها هيئة التحكيم ، يأخذ المشرعون بطائفة متنوعة من النهوج . ففي دول كثيرة يلزم التشريع الصمت بشأن هذه المسألة . وفي دول أخرى ، بما في ذلك تلك الدول التي أدخلت في تشريعاتها المادة ١٧ من القانون النموذجي التي تمنح هيئة التحكيم الصلاحية في الأمر باتخاذ تدابير وقائية مؤقتة ، توجد أحكام صريحة بشأن انفاذ تلك التدابير المؤقتة . وعلى سبيل المثال ، أضيف نص في احدى الحالات لكي يجيز للمحكمة أن تسمح ، بناء على طلب طرف ما ، بانفاذ التدبير المؤقت الذي أمرت به هيئة التحكيم ، ما لم يكن قد قدم الى

⁽²⁹⁾ تقرير الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية عن أعمال دورته السادسة (١٩٨٣) ، الوثيقة A/CN.9/245 ، حولية الأونسيترال ، المجلد ١٥ : ١٩٨٤ ، الجزء الثاني ، ثانيا ، ألف ، ١ ، الفقرة ٧٠ .

⁽³⁰⁾ المرجع نفسه ، الفقرة ٧٢ .

المحكمة طلب لاستصدار تدبير مؤقت مقابل . وفي قلة من الدول ، ينص التشريع على أن الأحكام المصوغة على نموذج الفصل الثامن من القانون النموذجي بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها (المادتين ٣٥ و ٣٦) تطبق أيضا على الأوامر الصادرة بمقتضى الحكم المصوغ على نموذج المادة ١٧ من القانون النموذجي .

١٢٥ - وأما بخصوص الصلاحيات الممنوحة للمحكمة التي تأمر بانفاذ تدبير مؤقت صادر عن هيئة التحكيم ، فيمكن أن تلاحظ أيضا طائفة متنوعة من النهوج المتبعة . ففي واحدة من الدول على الأقل ، ينص القانون على أنه يجوز للمحكمة إعادة النظر في الأساس الذي يقوم عليه الأمر المؤقت الصادر عن هيئة التحكيم . وفي حالات قليلة أخرى ، يبين القانون أن من شأن المحكمة أن تعطي تقرير الوقائع الذي يصدر عن هيئة التحكيم مفعولا مانعا يحول دون الشك فيه . ولكن في واحد من البلدان ، ينص القانون على أنه يجوز للمحكمة أن تعيد صياغة الأمر الذي تصدره هيئة التحكيم إذا اقتضت الضرورة ذلك لغرض انفاذ التدبير ؛ إضافة إلى أنه يجوز للمحكمة ، عند الطلب ، أن تلغي أو تعدل قرارها بشأن السماح بانفاذ مفعول التدبير .

١٢٦ - واحد من دواعي القلق التي تثار بشأن أمر المحكمة بانفاذ التدابير التي تصدرها هيئة تحكيم ، قد يكون في وقوع المسؤولية في حال اساءة استعمال الحقوق . وبخصوص حالة من هذا النوع ، ينص واحد من القوانين الوطنية ، على سبيل المثال ، على أنه إذا ثبت أن التدبير الذي أمرت به هيئة التحكيم لم يكن مسوغا من البدء ، يكون الطرف الذي حصل على قرار بانفاذه ملزما بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الناجم عن انفاذ مثل ذلك التدبير . وكذلك ينص القانون على أن من الجائز تقديم تلك المطالبة بالتعويض في أثناء الفترة التي تكون فيها اجراءات التحكيم معلقة .

٢ - الاستنتاج

١٢٧ - لعل اللجنة ترغب في النظر فيما إذا كان ينبغي للأمانة أن تدرس على نحو اضافي مسألة قابلية انفاذ مفعول التدابير الوقائية المؤقتة التي تأمر بها هيئة تحكيم . ومن الجائز أن يطلب إلى الأمانة استكشاف أسلوب الممارسة الوثيقة الصلة بذلك في التحكيم التجاري الدولي وممارسات المحاكم ، وأن تقدم حولا تمهيدية أولية فيما يتعلق بمدى استحسان وجدوى وضع أحكام تشريعية موحدة ، لكي تنظر اللجنة في تلك الحلول .

ميم - الصلاحية التقديرية لانفاذ قرار تحكيم كان قد نُقض في دولة المنشأ

١٢٨ - بعد صدور قرار التحكيم ، يجوز للمدعي أن يلتمس انفاذ القرار اما لدى المحاكم في الدولة التي صدر فيها القرار ("دولة المنشأ") واما لدى المحاكم في دولة أخرى يكون فيها للمدين موجودات مالية ("دولة الانفاذ") . ولكن في حال أن نقض قرار التحكيم (أو "ألغى" أو "أبطل") من

جانب محكمة مختصة في دولة المنشأ ، فلن يكون ممكنا انفاذ قرار التحكيم في دولة المنشأ . ويجوز حينذاك للطرف الذي يلتمس الانفاذ أن يحاول اللجوء الى محكمة في دولة أخرى لانفاذ قرار التحكيم . والمسألة التي تواجه المحكمة في دولة الانفاذ هي في معرفة ما اذا كان ثمة أي ظروف تسمح للمحكمة بالأمر بانفاذ قرار التحكيم ، بغض النظر عن كون القرار قد نقض في دولة المنشأ .

١ - الحلول التشريعية الراهنة

(أ) اتفاقية نيويورك

١٢٩ - تنص اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها على قائمة بالأسباب التي بموجبها يجوز رفض انفاذ قرار تحكيم . واحد من تلك الأسباب هو في حال "أن القرار لم يصبح ملزما للطرفين أو أنه نقض أو أوقف تنفيذه من قبل سلطة مختصة في البلد الذي صدر فيه أو بموجب قانون هذا البلد" (المادة الخامسة (١) (هـ)) .

١٣٠ - وأما ما يدور النقاش حوله في أوساط الممارسين والباحثين الجامعيين فهو ما اذا كان ذلك الرفض للانفاذ بناء على المادة الخامسة (١) (هـ) من الاتفاقية يقوم على صلاحية تقديرية وإلى أي درجة . وقد تركزت المناقشات حول ما اذا كان للمحكمة في دولة الانفاذ سلطة لكي تنظر بعين الاعتبار الى الأسباب التي بموجبها نقض قرار التحكيم الأصلي ، أو ما اذا كان يجب بالضرورة رفض طلب الانفاذ .

١٣١ - وقد عجل ببعض تلك المناقشات الصياغة اللغوية للمادة الخامسة (١) . فقد قيل ان استخدام العبارة "يجوز رفض ... تنفيذ" تنطوي على بعض الصلاحيات التقديرية من جانب السلطة المختصة برفض التنفيذ . بيد أنه قيل أيضا انه اذا ما قرأت تلك العبارة مع تضمنها الكلمة "الا" (أي لا يجوز رفض ... وتنفيذه ... الا اذا ...) ، فمن الجائز استخلاص تفسير مختلف لها . وتبعاً لذلك ، يقال ان من غير الواضح ما اذا كان من شأن التنفيذ أن يرفض في كل حالة يكون فيها قرار التحكيم قد نقض .

١٣٢ - قيل ان المادة السابعة (١) من الاتفاقية قد تقدم أيضا خيارا بشأن الانفاذ يتيح اجتناب مراعاة القرار بنقض قرار التحكيم⁽³¹⁾ وبمقتضى ما يشار اليه بأنه حكم "الحق الأولي بالاثار" ،

(31) تنص أحكام المادة السابعة (١) من الاتفاقية على ما يلي :

"١ - لا تؤثر أحكام هذه الاتفاقية على صحة ما تعقده الأطراف المتعاقدة من اتفاقات متعددة الأطراف أو اتفاقات ثنائية تتعلق بالاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها ولا تحرم أيًا من الأطراف المهتمة من أي حق يكون له في الاستفادة من أي قرار تحكيمي على النحو والى الحد اللذين يسمح بهما قانون أو معاهدات البلد الذي يسعى فيه الى الاحتجاج بهذا القرار ."

يجوز لطرف ما أن يسعى الى انفاذ قرار تحكيم أجنبي في دولة ما استنادا الى معاهدات أخرى أو الى القانون الداخلي في تلك الدولة . وبمستطاع المحكمة في دولة الانفاذ ، دون أن تكون مضطرة الى التعليق على الأسباب الوجيهة في القرار بنقض حكم التحكيم من جانب المحكمة في دولة المنشأ أن تقرر ، بناء على القانون الداخلي الذي تتبع هي له ، أن قرار التحكيم يجب انفاذه . بيد أن واحدا من الانتقادات التي توجه الى هذا النهج هي أنه اذا كان ذلك يشجع الدول على اعتماد معايير منفردة بشأن انفاذ قرارات التحكيم الأجنبية ، فان ذلك من شأنه أن يحبط الأهداف المنشودة في اضعاف الانسجام على القوانين الداخلية وتوحيدها .

(ب) الاتفاقية الأوروبية لعام ١٩٦١

١٣٣ - مسألة انفاذ قرارات التحكيم التي نقضت عولجت أيضا في الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي (جنيف ١٩٦١) . وبمقتضى المادة التاسعة (١) ، اذا نقضت محكمة في دولة المنشأ قرار تحكيم ، فان ذلك لا يعد سببا يستند اليه رفض الانفاذ من جانب المحكمة في دولة أخرى الا اذا كانت أسباب نقض القرار في عداد الأسباب المبينة ؛ وهي أساسا الأسباب نفسها المبينة في المادة الخامسة (١) (أ) الى (د) من اتفاقية نيويورك⁽³²⁾ ولذا فان المحكمة في دولة الانفاذ تكون بمقتضى الاتفاقية الأوروبية ملزمة بانفاذ قرار التحكيم ، اذا ما كان قد نقض في دولة المنشأ لأسباب غير الأسباب الواردة في المادة التاسعة (١) من الاتفاقية الأوروبية . وعلاوة على ذلك ، تنص المادة التاسعة (٢) على تقييد نطاق المادة الخامسة (١) (هـ) من اتفاقية نيويورك كما يلي :

⁽³²⁾ تنص أحكام المادة التاسعة (١) من الاتفاقية الأوروبية على ما يلي :

١ - لا يعد نقض قرار تحكيم تشمله هذه الاتفاقية ، في دولة متعاقدة ، سببا موجبا لرفض الاعتراف به أو رفض تنفيذه في دولة متعاقدة أخرى الا اذا حدث النقص في دولة كان قد صدر القرار فيها أو بموجب قانونها وذلك لواحد من الأسباب التالية :

(أ) اذا كان الطرفان في اتفاق التحكيم في حالة من حالات انعدام الأهلية بمقتضى القانون الواجب تطبيقه عليهما ، أو اذا كان الاتفاق المذكور غير صحيح بمقتضى القانون الذي أخضع له الطرفان الاتفاق ، أو في حال عدم وجود اشارة الى ذلك فبمقتضى القانون الذي صدر فيه القرار ؛ أو

(ب) اذا لم يوجه الى الطرف الطالب نقض القرار اشعار صحيح بتعيين المحكم أو باجراءات التحكيم ، أو كان لأي سبب آخر غير قادر على عرض قضيته ؛ أو

(ج) اذا كان القرار يتناول خلافا لم تتوقعه أو لم تتضمنه شروط الاحالة الى التحكيم ، أو اذا كان يتضمن قرارات بشأن مسائل تتجاوز نطاق الاحالة الى التحكيم ، شريطة أن لا يكون ثمة داع الى نقض ذلك الجزء من القرار الذي يحتوي على قرارات بشأن مسائل أحيلت الى التحكيم ، اذا كان يمكن فصل القرارات بشأن المسائل المحالة الى التحكيم عن المسائل التي لا تخضع له ؛ أو

(د) اذا لم يكن تشكيل هيئة التحكيم أو اجراءات التحكيم وفقا للاتفاق بين الأطراف ، أو في حال عدم وجود مثل هذا الاتفاق ، فوفقا لأحكام المادة الرابعة من هذه الاتفاقية .

في العلاقات بين الدول المتعاقدة التي هي أطراف أيضا في [اتفاقية نيويورك] ، تنص الفقرة ١ من هذه المادة على تقييد نطاق المادة الخامسة (١) (هـ) من اتفاقية نيويورك بحيث يكون مقصورا على حالات النقص المبينة في الفقرة ١ أعلاه .

(ج) قانون الأونسيترال النموذجي

١٣٤ - تنص المادة ٣٦ (١) من قانون الأونسيترال النموذجي على الأسباب الموجبة لرفض الاعتراف بقرار تحكيم أو رفض إنفاذه ، وهي أساسا الأحكام نفسها الواردة في المادة الخامسة (١) من اتفاقية نيويورك ؛ علما بأن المادة ٣٦ (١) '٥' تتضمن على الخصوص حكما مؤداه أنه يجوز رفض إنفاذ قرار التحكيم في حال "أن قرار التحكيم لم يصبح بعد ملزما للطرفين ، أو أنه قد ألغته أو أوقفت تنفيذه إحدى محاكم البلد الذي صدر فيه ذلك القرار أو بموجب قانونه ."

١٣٥ - كما تنص المادة ٣٤ (٢) من القانون النموذجي على الأسباب التي بموجبها يجوز إلغاء أي قرار تحكيم ؛ علما بأن الأسباب الأربعة الأولى (في المادة ٣٤ (٢) (أ) '١' الى '٤') موازية للأسباب الأربعة الأولى بشأن رفض الاعتراف والإنفاذ (في المادة ٣٦ (١) (أ) '١' الى '٤' المصوغة على نموذج المادة الخامسة (١) (أ) الى (د) من اتفاقية نيويورك) . كما تنص المادة ٣٤ (٢) (ب) أيضا على أنه يجوز إلغاء قرار التحكيم ان وجدت المحكمة أن : '١' موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقا لقانون دولة المنشأ ، أو '٢' أن قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة لدولة المنشأ .

(د) اعتبارات السياسة العامة

١٣٦ - على ضوء سوابق قضائية حديثة العهد ، استجبت مناقشة أكثر عموما فيما اذا كان ينبغي ، من حيث المبدأ ، أن يكون نقض قرار تحكيم في دولة المنشأ حائلا مطلقا دون إنفاذه في دولة أخرى . ويرد أدناه تلخيص لبعض الحجج التي قدمت في سياق المناقشة .

١٣٧ - "القرار لم يعد موجودا" - وفقا لاحدى النظريات ، يعتبر أن قرار التحكيم الذي نقض لم يعد موجودا ولذا فلا يمكن إنفاذه في نطاق أي ولاية قضائية أخرى . بيد أن هذه النظرية كانت موضع انتقاد بناء على أن وجود قرار تحكيم ما - كتعبير عن عقد بين الأطراف - لا يمكن افتراضه أنه مسألة محصور البت فيها في المحاكم الكائنة في الدولة التي صدر فيها . ويتبع هذا الانتقاد النهج الشائع في معالجة معظم المسائل التي تنطوي على نزاع بين القوانين ؛ ذلك أنه اذا ما أثبتت هيئة قضائية ما ولايتها القضائية على نحو سليم ، فانه يمكن تقرير صحة مسألة ما وفقا لقوانين تلك الهيئة ، على الرغم من اعتبارها عديمة الصحة في قوانين هيئة أخرى

١٣٨ - "عدم جواز الالتفاف على الاتفاقية" اذا ما فسّرت الاتفاقية على نحو يقضي بأن أي قرار تحكيم كانت قد نقضته سلطة مختصة في دولة المنشأ لا يمكن انفاذه في أي مكان آخر ، فان من شأن ذلك أن ينطوي على بعض الخشية من الالتفاف على مقاصد الاتفاقية . وقد قيل ان واحدا من أغراض الاتفاقية هو تحرير اجراءات التحكيم الدولي من هيمنة القانون الساري في مكان التحكيم . فاذا ما كان لاختيار مكان التحكيم أن يؤثر في المحصلة النهائية للتحكيم من جراء موجبات معينة لنقض قرار التحكيم ينفرد بها ذلك المكان خصوصا ، لتعذر اذ ذاك الوفاء بالغايات المنشودة . ولكن من الممكن تصور حالة ينقض فيها قرار تحكيم لأسباب غير مألوفة أو سافرة جدا . ومن شأن الطرف الذي نقض قرار التحكيم الخاص به على هذا النحو أن يحرم من أي سبيل انتصاف يتيح له تصحيح الوضع اذا ما تعذر انفاذ ذلك القرار في أي مكان آخر . ويجادل البعض في أن تفسير المادة الخامسة (١) (هـ) على نحو يحول مطلقا دون انفاذ قرارات تحكيم نقضت في دولة المنشأ قد يؤدي الى جعل انفاذ قرارات تحكيم أجنبية حتى أكثر صعوبة من انفاذها في حال عدم وجود الاتفاقية .

١٣٩ - "اجتناب تدخّل المحاكم المفرط" - ثمة حجة أخرى ، ولكن يمكن أن يستخدمها كل من الجانبين في المجادلة ، وهي أنه ينبغي اجتناب تدخّل المحاكم المفرط في التحكيم . وذلك يمكن أن يدعم الموقف القائل بأن القرار بنقض قرار تحكيم في دولة المنشأ لا ينبغي أن تعيد النظر فيه محكمة ثانية في دولة الانفاذ . ومن الناحية الأخرى ، يمكن أن تدعم هذه الحجة أيضا الموقف القائل بأنه في حال حدوث تدخّل مفرط من جانب المحكمة في دولة المنشأ ، ينبغي تمكين المحكمة في دولة الانفاذ من صرف النظر عن ذلك القرار وانفاذ قرار التحكيم .

١٤٠ - "البحث في السوق عن محكمة" - أشير الى أنه اذا كانت المحاكم التي تتبع ولايات قضائية غير ولايات مكان التحكيم ، قادرة على البتّ ، بناء على صلاحية تقديرية ، فيما اذا كان من الجائز لها أن ترفض انفاذ قرار تحكيم نقضته محكمة في دولة المنشأ ، فان ذلك قد يشجع الأطراف على البحث عن تلك الولايات القضائية المعروفة بأنها أكثر تحبيذا لاحتتمالات انفاذ تلك القرارات . غير أن ذلك قد يؤدي أيضا الى الحالة التي يستطيع فيها الطرف الذي صدر قرار التحكيم لصالحه أن يسعى الى انفاذ ذلك القرار في أكثر البلدان التي ترجح فيها ممارسة الاختصاص القضائي الانفاذ ، وبذلك يجعل الطرف الآخر يتكبد عناء دفع الانفاذ دون نهاية . ويمكن القول بكلمة أخرى أنه سوف يكون من المستحيل لطرف صدر قرار تحكيم على نحو جائر بحقه ، ويجب نقضه بناء على أسباب معترف بها دوليا ، أن يستصدر أمرا بالغائه يكون صحيحا على النطاق العالمي .

١٤١ - "الأمر المقضي : ضرورة اجتناب عدم اتساق النتائج" - قد تكون المحكمة في الدولة التي يلتزم فيها انفاذ قرار رغبة عن التعليق على ما اذا كان لازما أم غير لازم نقض القرار من جانب المحكمة في دولة المنشأ . وهذا الاستنكاف يعتبر مفيدا للحفاظ على الاحترام المتبادل بين سلطات القضاء . وهو يشير أيضا الى أن استخلاص تفسير للاتفاقية يسمح للمحكمة في دولة الانفاذ بصلاحيات تقديرية لرفض انفاذ قرار التحكيم يؤدي الى تحقيق رقابة قضائية مضاعفة . ذلك أن مسألة انفاذ قرار

التحكيم تكون قد بتت فيها من قبل المحكمة في دولة المنشأ ؛ ومن ثم فإن تمكين محكمة ثانية من إعادة النظر في ذلك القرار يعني أن المسألة التي سوتها من قبل إحدى المحاكم سوف تكون ثانية موضوع خصومة قضائية في محكمة أخرى . ويحتج بأن ذلك مخالف لمبادئ القانون الأساسية ، وأن ما ينجم عنه من انعدام الفاعلية لا يخدم جيدا المصالح المبتغاة في التحكيم التجاري الدولي . ويعرب البعض أيضا عن القلق من أن تشجيع المحكمة في دولة الانفاذ على إعادة النظر في الأسباب الموجبة لنقض قرار ما قد يؤدي الى انعدام اتساق في القرارات القضائية . وقد ينشأ واحد من أنواع انعدام الاتساق في الحالة التي ينقض فيها قرار تحكيم ، وتبعاً لذلك يعتبر لا وجود له في إحدى الولايات القضائية ، ولكن يصار الى انفاذه في ولاية قضائية أخرى . وقد ينشأ نوع آخر ، أكثر تعقيداً ، من انعدام الاتساق في الحالة التي بعد أن يكون قد تم فيها نقض قرار التحكيم في دولة المنشأ ولكنه نفذ في دولة أخرى ، تصدر هيئة تحكيم أنشئت مجدداً في دولة المنشأ قرار تحكيم مختلفاً أساساً عن القرار الأول ، ثم يقدم هذا القرار الثاني لغرض انفاذه في الدولة التي كان قد تم فيها انفاذ القرار الأول . ومن ثم فإن المحكمة في دولة الانفاذ من شأنها أن تجد نفسها اذ ذاك في مواجهة طلبات لانفاذ قرارات متعارضة . ومع أن مثل هذه الحالة قد تكون نادرة ، فقد وقعت فعلاً في الممارسة العملية .

١٤٢ - "توقع الأطراف عدم الالتفاف على ارادتهم" - الأطراف الذين اتفقوا على الدولة التي تجري فيها اجراءات التحكيم يمكنهم أن يفترضوا أنهم بمحض اختيارهم فضلوا الخضوع لقوانين تلك الولاية القضائية المعينة ؛ وتبعاً لذلك يحتج بأن تمكين المحاكم في دولة أخرى من صرف النظر عن أمر بالنقض صادر عن محكمة في دولة المنشأ من شأنه أن يلتف على ارادة الأطراف . بل ان البعض يشير الى أنه قد يكون الأطراف قد اختاروا عمداً مكان التحكيم الذي تكون فيه قرارات التحكيم عرضة للنقض بناء على أسباب خاصة بالولاية القضائية في ذلك المكان ، وقد يكون لديهم توقع بأن تلك القرارات لن تسقطها محاكم دولة أخرى . ويعتبر البعض أن المرجح كثيراً الا لا يكون الأطراف في قرار تحكيم قد ترقبوا الأسباب الخاصة بالمحكمة المعينة أو الأسباب السافرة لنقض قرار التحكيم .

١٤٣ - "الحشو في المادة الخامسة (١) (هـ)" - أشير الى أنه ينبغي تصنيف أسباب نقض قرار التحكيم في فئات وفقاً لما اذا كانت مطابقة للمعايير المقبولة دولياً . والقصد من ذلك هو التفريق بين "المعايير الدولية" و "المعايير المحلية" .⁽³³⁾ إذ إن من شأن المعايير الدولية أن تشمل تلك المعايير المتسقة مع الفقرات من (أ) الى (د) من المادة الخامسة (١) من الاتفاقية ، والمادة ٣٤ (٢) (أ) من قانون الأونسيترال النموذجي . وبمقتضى هذا المقترح ، فإن نقض القرارات القائمة على معيار دولي هو فقط ما يشكل أسباباً موجبة لرفض انفاذ قرارات التحكيم الأجنبية ؛ وأما النقض استناداً الى أي سبب آخر فلا يحول دون انفاذ قرار التحكيم في نطاق ولاية قضائية أخرى . ويحتج بأن هذا النهج يتمسك بمقاصد الاتفاقية باتاحة المجال لانفاذ قرار تحكيم ما في أي مكان آخر ، ما لم يكن قد نقض

(33) (LSA)", The ICC Jan Paulson, "Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment"

. International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 9, No. 1 (May 1998)

ذلك القرار على نحو مشروع بناء على موجبات معترف بها دولياً . وقد أشير رداً على ذلك إلى أنه إذا ما كانت الأسباب الوحيدة لرفض انفاذ قرار كان قد نقض تتعلق بما إذا كان القرار قد نقض لأسباب معترف بها دولياً ، فإن الفقرة الفرعية (هـ) تصبح بذلك حشواً . ولكن يحتج أنه بما أن هذه النتيجة لا يمكن أن تكون ما قصدت إليه الاتفاقية ، فإن الفقرة (هـ) يجب أن تنص على سبب منفصل لكي ترفض محاكم دولة الانفاذ طلباً بانفاذ قرار تحكيم كان قد نقض من قبل .

٢ - الاستنتاج

١٤٤ - لعل اللجنة ترغب في أن تنظر فيما إذا كان يتسنى تيسير التحكيم التجاري الدولي بالقيام بعمل من شأنه أن يسعى إلى توضيح الظروف ، أياً كانت ، التي يتسنى فيها انفاذ قرار تحكيم في دولة أخرى كانت قد نقضته محكمة في دولة المنشأ .

* * *