

Distr.: Limited

12 October 2000

Arabic

Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الفريق العامل المعني بالتحكيم

الدورة الثالثة والثلاثون

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

التحكيم التجاري الدولي

الأعمال المقبلة الممكنة: تدابير الحماية المؤقتة التي تأمر بها المحكمة دعماً للتحكيم،
ونطاق التدابير المؤقتة التي يمكن أن تصدرها هيئات التحكيم، وصحة الاتفاق على التحكيم

تقرير الأمين العام

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	١	مقدمة
٢	٢٩-٢	أولاً- تدابير الحماية المؤقتة التي تأمر بها المحكمة دعماً للتحكيم
٣	١٣-٦	ألف- ملاحظات عامة
٦	٢٩-١٤	باء- المسائل التي يمكن تناولها في نظام موحد
٦	١٤	أ- النطاق
٦	١٦-١٥	ب- إتاحة التدابير المؤقتة والحمائية
٧	١٧	ج- الطبيعة التقديرية لمنح التدابير المؤقتة
٧	١٨	د- إخفاء الأصول
٧	٢٠-١٩	هـ- توفير الإجراءات القضائية والحماية الواجبة للمدعى عليه
٨	٢١	و- الوصول إلى المعلومات المتعلقة بأصول المدعى عليه
٨	٢٥-٢٢	ز- الاختصاص القضائي
٩	٢٦	ح- مدة صلاحية التدبير المؤقت
٩	٢٧	ط- واجب الإبلاغ
١٠	٢٩-٢٨	ي- الاعتراف عبر الحدود والمساعدة القضائية الدولية
١٠	٣٢-٣٠	ثانياً- نطاق التدابير المؤقتة التي يمكن أن تصدرها هيئات التحكيم
١١	٣٣	ثالثاً- صحة الاتفاق على التحكيم

مقدمة

١- أجرى الفريق العامل في دورته الثانية والثلاثين (فينا، ٢٠-٣١ آذار/مارس ٢٠٠٠) تبادلاً لآراء والمعلومات بشأن عدد من مواضيع التحكيم التي استبينت بصفتها مواضيع يحتمل أن تشكل بنوداً للأعمال المقبلة. وقد برز بعض هذه المواضيع أثناء مداوات الفريق العامل، وكان بعضها الآخر قد نظرت فيه اللجنة في دورتها الثانية والثلاثين (وهي مستنسخة في الفقرتين ١٠٧ و ١٠٨ من الوثيقة A/CN.9/468)، في حين أن هنالك مواضيع أخرى كان قد اقترحها خبراء في التحكيم (وهي مستنسخة في الفقرة ١٠٩ من الوثيقة A/CN.9/468). وأعرب الفريق العامل عن تأييده لاضطلاع الأمانة بأعمال تحضيرية بشأن عدة من تلك المواضيع، والغرض من هذه المذكرة هو تزويد الفريق العامل بتقرير مرحلي عن تلك الأعمال التحضيرية.

أولاً- تدابير الحماية المؤقتة التي تأمر بها المحكمة دعماً للتحكيم

٢- نظر الفريق العامل أثناء دورته الثانية والثلاثين (فينا، ٢٠-٣١ آذار/مارس ٢٠٠٠)، في سياق مناقشة التدابير المؤقتة التي يجوز لهيئة التحكيم إصدارها، في اقتراح يدعو إلى اعداد قواعد موحدة بشأن الحالات التي يتوجه فيها أحد طرفي اتفاق التحكيم إلى المحكمة بطلب للحصول على تدبير حمائي مؤقت (A/CN.9/468، الفقرات ٨٥-٨٧). وأشار إلى أن من الهام بشكل خاص أن تتاح للطرفين سبل الحصول الفعلي على هذه المساعدة القضائية قبل أن تتشكل هيئة التحكيم، ولكن أشير أيضاً إلى أنه قد تكون لأحد الطرفين دواع جيدة لطلب المساعدة من المحكمة حتى بعد أن تتشكل هيئة التحكيم. وأضيف أن هذه الطلبات يمكن أن توجه إلى المحاكم في الدولة التي يوجد فيها مكان التحكيم أو في دولة أخرى.

٣- ولوحظ أنه لا توجد في عدد من الدول أحكام تتناول صلاحية المحاكم لإصدار تدابير حمائية مؤقتة لصالح طرفي اتفاقات التحكيم؛ وأفيد بأن النتيجة المترتبة على ذلك هي أن المحاكم في بعض الدول لا تكون راغبة في إصدار تدابير مؤقتة من هذا القبيل، في حين أنه ليس مؤكداً، في دول أخرى، ما إذا كانت هذه المساعدة من المحكمة متوفرة والظروف التي تتوفر فيها. وقيل أنه، إذا قرر الفريق العامل اعداد قواعد موحدة بشأن ذلك الموضوع، فستكون المبادئ بشأن التدابير المؤقتة والحماية في التقاضي الدولي التي وضعتها رابطة القانون الدولي (أنظر الفقرة ٨ أدناه)، وكذلك الأعمال التحضيرية التي أفضت إلى تلك المبادئ مفيدة في النظر في محتوى القواعد الموحدة المقترحة.

٤- وأحاط الفريق العامل علماً بالاقتراح وقرر النظر فيه في دورة قادمة.

٥- وتتضمن هذه المذكرة فصلاً أولياً لبعض المسائل ذات الصلة بإصدار المحاكم أمراً بمنح تدابير حماية مؤقتة دعماً للتحكيم. وقد يود الفريق العامل أن ينظر في المناقشة الواردة في هذه المذكرة، وذلك أولاً بهدف اتخاذ قرار بشأن ما إذا كان اعداد قواعد أو أحكام موحدة بشأن هذه المسائل مرغوباً أو ممكناً، وثانياً، إذا كانت مواصلة العمل في هذا المجال مرغوبة، بهدف تمكين الأمانة من اعداد مشروع نص لكي تنظر فيه في دورة قادمة.

ألف- ملاحظات عامة

٦- إن لتدابير الحماية المؤقتة دور أساسي في كل نظام قانوني في تيسير عملية حل النزاعات. ولهذه التدابير بوجه عام هدفان: الحفاظ على موقف الطرفين في انتظار حل النزاع القائم بينهما وضمان قابلية انفاذ القرار النهائي.

٧- وقد وصفت النظم القانونية المختلفة تدابير الحماية المؤقتة بطرائق مختلفة مستخدمة تصنيفات مختلفة. إضافة الى ذلك، يختلف نطاق ومدى تنوع تدابير الحماية المؤقتة المتوفرة من بلد الى آخر. وهذا يمكن أن يؤدي الى حالات في النزاعات تتضمن عنصرا دوليا قد يجد فيه طالب التدبير الحمائي المؤقت نفسه ملزما بالتوجه بطلبه الى محاكم بلد أجنبي لا يألف فيه تدابير الحماية التي يمكن أن تتوفر ولا الشروط التي ينبغي استيفاؤها حتى يتسنى الأمر بتلك التدابير. ولكن، ثمة عدد متزايد دائما من طلبات الحصول على انتصاف مؤقت فعلي على الصعيد الدولي، وذلك أولا بسبب السهولة والسرعة التي يمكن بهما نقل الأصول في العالم العصري لتجنب الامتثال لحكم قضائي أو قرار صادر عن هيئة تحكيم، وثانيا بسبب الآمال الكبرى التي تعلقها الأطراف المتعاقدة على قدرتها على انفاذ حقوقها. والخوف هو من احتمال أن يعمد طرف عديم الضمير مثلا الى بيع السلع أو الى نقل الأموال الى خارج الولاية القضائية قبل صدور الحكم، وهذا أكثر بدهاءة، حيث ان الطرائق العصرية للتحويلات المصرفية الدولية تتيح تحويل الأموال بسرعة فائقة.

٨- وقد كانت المشاكل المتعلقة بمدى فعالية وتوفير الانتصاف المؤقت على الصعيد الدولي موضوع دراسات عديدة، منها العمل الذي قام به فريق من الخبراء برعاية رابطة القانون الدولي. فقد اعتمدت هذه الرابطة في مؤتمرها السابع والستين المنعقد عام ١٩٩٦ "المبادئ" بشأن التدابير المؤقتة والحمائية في التقاضي الدولي"^(١) ("مبادئ الرابطة" مستنسخة في الفقرة ١٠٨ من الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.108). وتسعى مبادئ الرابطة الى ارساء قواعد عامة للتطبيق لمساعدة مُصلحي القانون على الصعيدين الوطني والدولي بشأن ممارسة المحاكم اختصاصا قضائيا مستقلا لمنح تدابير مؤقتة وحمائية بهدف ضمان توفر الأصول التي يمكن أن يُستوفى منها الحكم النهائي.^(٢) وقد صيغت المبادئ مع مراعاة "حالة نموذجية من التدابير الرامية الى تجميد أصول المدعى عليه التي يحتفظ بها في شكل مبالغ مودعة في حساب مصرفي لدى مصرف طرف ثالث"^(٣). وأوصت رابطة القانون الدولي بهذه المبادئ من أجل احتمال استخدامها من قبل لجنة الأونسيترال ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص وكذلك استخدامها في الاصلاحات القانونية الوطنية.^(٤) ولكن، لا بد من ملاحظة أن هذه المبادئ صيغت مع أخذ عملية التقاضي الدولي في الاعتبار، كمقابل للتدابير المؤقتة التي تمنحها المحكمة دعما للتحكيم الدولي.

(١) رابطة القانون الدولي، تقرير المؤتمر السابع والستين المعقود في هلسنكي من ١٢ الى ١٧ آب/أغسطس ١٩٩٦ للجنة المعنية بالتقاضي المدني والتجاري الدولي، التقرير المرحلي الثاني عن التدابير المؤقتة والحمائية في التقاضي الدولي، نشرته رابطة القانون الدولي، لندن ١٩٩٦.

(٢) مبدأ استقلال الاختصاص القضائي فيما يتعلق بمنح تدابير مؤقتة وحمائية يتمشى مع المادة ٢٤ من اتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨ (واتفاقية لوغانو) بشأن الاختصاص القضائي وانفاذ الأحكام.

(٣) تقرير رابطة القانون الدولي، الصفحة ١٨٦.

(٤) تقرير رابطة القانون الدولي، الصفحة ٢٠١.

٩- وعملية الحصول على تدابير حمائية مؤقتة في التحكيم مليئة بالصعوبات الاضافية. فقد أصبح من المسلّم به على نطاق واسع الآن، وان لم يكن ذلك في كل الدول، أنه يجوز للطرفين أن يتوجها بطلب اما الى هيئة التحكيم واما الى المحاكم للحصول على تدابير حمائية مؤقتة. غير أن هذه الحرية في الاختيار محدودة في عدد من الحالات. فأولا، كثيرا ما تكون صلاحية هيئة التحكيم لاصدار تدابير حمائية مؤقتة محدودة بما اتفق عليه الطرفان أو بالقواعد المؤسسية التي اختارها لكي تسري على التحكيم الذي يخصهما. وثانيا، لا يجوز لهيئة التحكيم أن تمنح الا التدابير الحمائية المؤقتة التي تستهدف طرفي النزاع.^(٥) وثالثا، لا تستطيع هيئة التحكيم أن تتصرف الا بعد انشائها. لذلك، قبل أن تصبح هيئة التحكيم موجودة، يجب الحصول على تدابير الحماية المؤقتة من المحكمة. ورابعا، فان صلاحية المحاكم محدودة أيضا. وحيثما وجد اتفاق صالح بشأن التحكيم، اعتبرت بعض المحاكم ذلك قرارا من الطرفين باستبعاد الاختصاص القضائي للمحاكم وأنه سيحول دون منح انتصاف مؤقت. وقد حاولت المحاكم في عدد من البلدان وضع حدود هذا الاستبعاد والنتيجة المترتبة على ذلك هي أن عددا من السوابق بدأ يتراكم شيئا فشيئا، محددًا الحالات التي يجوز فيها للمحكمة التدخل على نحو مشروع لعدم عمل هيئة التحكيم دون أن تنتزع منها صلاحيتها. غير أن الاستنتاجات التي خلص اليها تختلف للأسف من بلد الى آخر، مما يجعل من الصعب التنبؤ بمدى استعداد محكمة وطنية للتدخل. ولكن، وضع بشكل عام حد فاصل بين الوقت السابق لدعوة هيئة التحكيم الى الانعقاد والوقت اللاحق لذلك. وكما لوحظ أعلاه، فان المحكمة، قبل دعوة هيئة التحكيم الى الانعقاد، هي بوجه عام الهيئة الوحيدة التي لها صلاحية الأمر بتدابير حماية مؤقتة، ويكون نطاق التدابير التي يمكن للمحكمة أن تأمر بها في هذه المرحلة أوسع نطاقا. وحالما تصبح هيئة التحكيم موجودة، اقترح أن يصبح تدخل المحكمة منحصرًا في مساعدة هيئة التحكيم وتوفير ما اصطلح عليه بتعبير "المساعدة التقنية" للتمكين من حسن ادارة شؤون التحكيم.^(٦) وازضافة الى ذلك، رأت المحاكم في بعض البلدان أنه لا ينبغي في أي وقت أن تمتد صلاحية المحكمة لاصدار تدابير حماية مؤقتة لكي تشمل مناقشة القانون الموضوعي للنزاع، أو اتخاذ قرار أولي بشأنه.^(٧) أخيرا، وفي نزاع دولي يسعى فيه الى الحصول على انتصاف مؤقت في بلد غير البلد الذي يجري فيه التحكيم، تبرز مسألة الاختصاص القضائي: فهل للمحاكم الوطنية اختصاص قضائي لمنح انتصاف مؤقت دعما لتحكيم أجنبي، وعلى أي أسس لها ذلك؟

(٥) ينبع هذا من الطبيعة التوافقية لاتفاق التحكيم: فالطرفان هما اللذان اتفقا على حل نزاعهما بواسطة التحكيم، ولا أحد غيرهما. وفي حال اقتضاء استصدار أمر يلزم أطرافا ثالثة، فسيكون من الضروري اللجوء الى المحاكم.

ICC, 1993

rv

(٦)

ICC Publishing S.A., ص. ٦٧.

Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty Construction Ltd [1993] 1 A11 ER 664, (٧)

.House of Lords

١٠- وقد اعتمدت البلدان نهوجا مختلفة ازاء هذه المسألة. فبعض البلدان تملك تشريعات تتضمن لوائح ملائمة، تستهدف بوجه خاص امكانية اللجوء الى المحكمة ليس فقط في الحالات التي يجري فيها التحكيم في بلد المحكمة، بل وكذلك في الحالات التي يجري فيها التحكيم خارج البلد لكن أصول المدين، بما فيها أصول المدين غير المقيم، موجودة في اقليم ذلك البلد.^(٨) ولكن، في بلدان عديدة، لا ينص القانون على هذا النوع من المساعدة من قبل المحاكم المحلية. فمثلا، لا يسمح في بعض البلدان بالتوجه بطلب الى المحاكم للحصول على تدابير حمائية الا عندما يكون قد وُجِه الى تلك المحكمة طلب للبت في وجاهة ذلك الطلب. وهذا ليس ممكنا عندما يكون هناك اتفاق تحكيم. كما لا يجوز للمحكمة، في بعض الولايات القضائية، أن تأمر بتدابير حمائية الا في الحالات التي يجري فيها التحكيم داخل الولاية القضائية للمحكمة وليس في الخارج.

١١- لذلك، في حين قد تكون بعض البلدان تملك من قبل نُظما تشريعية ملائمة تتناول هذه المسائل، قد يرى الفريق العامل أن انعدام نهج موحد يستوجب زيادة النظر في هذا الموضوع. ويمكن أن يعتبر النظام الموحد مرغوبا ليس فقط من وجهة نظر البلدان التي تود أن يكون لها نموذج ييسر عصرنة القانون، بل وكذلك من منظور مستخدمي التحكيم في البلدان التي لها نظام فعلي، الذين قد يرغبون مع ذلك في الحصول على مساعدة قضائية فعلية في بلدان أخرى.

١٢- وبعد عرض عدد من المسائل المتعلقة بالانتصاف المؤقت الذي تأمر به المحكمة في التحكيم، تثير المناقشة التالية عددا من المواضيع التي جرى تناولها في "مبادئ الرابطة" وتوفر معلومات خلفية وتوضيحات. ويمكن أن تكون الحلول لهذه المواضيع بمثابة مصدر إلهام لأي نص قد يود الفريق العامل اعداده. والاشارة الى المبادئ الواردة في عناوين الجزء بء تخص المبادئ ذات الصلة من "مبادئ الرابطة". وقد حذف كل مبدأ لا ينطبق في سياق التحكيم الدولي.

١٣- وينبغي أيضا ملاحظة أنه قد توجد سبل اضافية أخرى لتحسين فعالية الانتصاف المؤقت ومدى توافره في التحكيم الدولي. وقد يكون ممكنا توضيح صلاحيات المحكمين، خصوصا فيما يتعلق بنطاق التدابير التي يمكن اصدارها، مثلما هو مناقش في الفقرات ٦٩-٧٢ من الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.108. وازضافة الى ذلك، لوحظ أيضا أن تحسين قابلية انفاذ الانتصاف المؤقت الذي تأمر به هيئة التحكيم يمكن أن يكون مفيدا.^(٩)

(٨) مثلا، تنص التشريعات في أحد البلدان على أن الصلاحيات الممنوحة للمحكمة بشأن الانتصاف المؤقت يمكن ممارستها حتى اذا كان التحكيم يقع خارج البلد أو لم يتم بعد تعيين أو تحديد مكان التحكيم. ومع ذلك، يظل يجوز للمحكمة أن ترفض منح الانتصاف المؤقت اذا رأت المحكمة أن كون مكان التحكيم هو خارج البلد يجعل من غير الملائم أن تفعل ذلك. ونظرا لكون القانون لم يُسن الا في الآونة الأخيرة، فليس واضحا تماما كيف ستمارس المحاكم هذه الصلاحيات التقديرية، ولكن يبدو مُرجحا أنه اذا كانت المحاكم الموجودة في المكان الذي ينعقد فيه التحكيم هي ذاتها مختصة للأمر باتخاذ تدابير مؤقتة جاز عندئذ للمحكمة أن تعتبر تلك المحاكم المحفل الطبيعي لمنح تلك التدابير ورفضت القيام بنفسها بمنح الانتصاف.

(٩) A/CN.9/468، الفقرات ٦٠-٧٩؛ وألمانيا، في الوقت الحاضر، هي البلد الوحيد الذي ينص صراحة على انفاذ أمر مؤقت تمنحه هيئة تحكيم أجنبية: قانون التحكيم الألماني لعام ١٩٩٨، المجلد ١٠ من مدونة الاجراءات المدنية، الأبواب ١٠٤١ (٢) و١٠٦٢ (١) و (٢).

باء- المسائل التي يمكن تناولها في نظام موحد

أ- النطاق (المبدأ ١ و٢)

١٤- تنص المبادئ على هدفين للتدابير المؤقتة في التقاضي المدني والتجاري، (أ) الحفاظ على الحالة الراهنة ريثما تبت المحكمة في المسائل التي تشكل موضوع النزاع؛ أو (ب) توفير الأصول التي يمكن بواسطتها استيفاء القرار النهائي. وهذا التمييز شائع في النظم القانونية الوطنية، وهو يجسد الحاجة الى أنواع مختلفة من الانتصاف (نوقش تصنيف التدابير المؤقتة الى فئات مختلفة في الفقرة ٦٣ من الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.108). وكما لوحظ في الفقرة ٨ أعلاه، تركز المبادئ على التدابير المدرجة ضمن الفئة (ب)، وذلك ببساطة لأن تلك التدابير تمثل تدابير متوافرة بشكل معهود وبالتالي قابلة للتحليل المقارن. وإذا ما قرر الفريق العامل أن العمل على وضع مجموعة من القواعد الموحدة بشأن هذه المسائل أمر مرغوب، فستكون هنالك حاجة الى النظر في المسألة المتعلقة بأنواع التدبير المؤقت التي ينبغي أن تنطبق عليها.

ب- إتاحة التدابير المؤقتة والحمائية (المبدأ ٣)

١٥- من المستحسن أن تكون التدابير متاحة لكل من الأجانب والمواطنين على السواء وفيما يتعلق بالتحكيم التي تجرى في كل من البلد الذي توجد فيه المحكمة التي تصدر التدبير وفي البلد الأجنبي. وفي بعض البلدان، لا تصدر المحاكم الا تدابير مؤقتة دعما لاجراءات التحكيم التي تحصل في ذلك البلد.^(١١) وفي بلدان أخرى، يمكن الأمر بتدابير دعما لاجراءات التحكيم الأجنبية رهنا ببعض الشروط، ومنها مثلا أن يكون قرار التحكيم الأجنبي قابلا للانفاذ في ذلك البلد،^(١٢) أو أن يكون قد تم الافشاء الكامل لوجود اتفاق تحكيم،^(١٣) أو أن يكون طلب الحصول على تدبير مؤقت قد صدر عن هيئة التحكيم، أو أن تكون الشروط التي تنص عليها قوانين البلد الذي يلتزم فيه التدبير قد استوفيت.^(١٤) وفي فئة ثالثة من البلدان، ليس الموقف

(١٠) في الهند، فسرت المحاكم قانون التحكيم والتوفيق لعام ١٩٩٦ على أنه يعني أن المحكمة الهندية لا يجوز لها أن تأمر بانتصاف مؤقت الا دعما لتحكيم داخلي. وقد أكد ذلك قراران صادران عن محكمة دلهي العليا ومحكمة كالكوته العليا لأن الحكم الذي يتناول التدابير المؤقتة التي تأمر بها المحاكم وارد في الجزء الأول من القانون الذي ينطبق عندما يكون التحكيم جاريا في الهند، وهذا يعني أن المحكمة الهندية لا تملك صلاحية الأمر بانتصاف مؤقت عندما يجري التحكيم خارج الهند. غير أن هذا القرار تعرض للانتقاد وثمة تنازع بين قوانين السوابق مع أن هذه المسألة لم تُحل بعد من قبل المحكمة العليا. إضافة الى ذلك، قد يبدو في الصين أن من غير الممكن التوجه بطلب للحصول على انتصاف مؤقت اذا لم يجر التحكيم في الصين.

(١١) النمسا، Exekutionsordnung (2) s 387.

(١٢) كندا، *Ruhrkohl Handel Inter GmbH et al* و *Fednav Ltd. et al*، يؤيد قرار لم يبلغ عنه صادر عن المحكمة الاتحادية الكندية، شعبة المحاكمة T-212-91، الرأي الذي مفاده أنه يمكن الابقاء على وقف في تحكيم أجنبي شريطة أن يتم الافشاء الكامل لاتفاق التحكيم وأن توقف الاجراءات بعد ذلك.

(١٣) لا تميز المحاكم الألمانية بين اجراءات التحكيم الأجنبية والوطنية طالما نصت مدونة الاجراءات المدنية على اختصاص قضائي لمحكمة من محاكم الدولة لمنح انتصاف مؤقت. وفي اليونان أيضا، طالما استوفيت شروط المدونة اليونانية لاجراءات المدنية فيما يتعلق بالانتصاف المؤقت، ستمنح المحكمة اليونانية انتصافا مؤقتا دعما للتحكيم الأجنبي.

واضحاً أما لأن التشريعات ذات الصلة لا تتناول هذه المسألة أو لأنه لم ترد تقارير عن الحالات التي التمس فيها أمر من هذا القبيل.^(١٤)

١٦- إضافة إلى ذلك، عندما يلتزم تدبير يمس أصول طرف في إجراءات التحكيم، قد لا يكون ملائماً للتمييز بين ما إذا كانت تلك الأصول أصول مقيم أو غير مقيم في البلد الذي يلتزم فيه التدبير، لأن الغرض من التدبير هو مجرد المحافظة على الأصول. ففي بعض البلدان مثلاً، يشترط القانون أن يكون للمحكمة اختصاص قضائي على المدعى عليه قبل أن يتسنى الأمر بتدبير مؤقت أو إنفاذه، بينما لا يمكن في بلدان أخرى أن تنطبق تدابير معينة إلا عندما تكون الأصول التي يلتزم الأمر بشأنها ملكاً لمدينين غير مقيمين.

ج- الطبيعة التقديرية لمنح التدابير المؤقتة (المبدأ ٤)

١٧- يكون منح الانتصاف بشكل عام تقديرياً لا إلزامياً كما أنه يخضع لبعض الاعتبارات المحددة التي يمكن أن تشمل، مثلاً، النظر في أسس دعوى طالب التدبير والعواقب النسبية على الطرفين إذا ما منح التدبير أو رفض. ويمكن أن يحدث هذا إشكالاً في مجال التحكيم عندما يظهر قانون السوابق في عدد من البلدان أن المحاكم غير مهيةة لإصدار انتصاف مؤقت في أي حالة تشمل مناقشة أولية لأسس الدعوى. ومع ذلك، فإن رغبة الحكومة في منح التدبير المؤقت تتوقف بقدر كبير في العادة على الحاجة الماسة إلى التدبير والضرر الذي يحتمل أن يلحق بطالب التدبير إذا ما رفض التدبير. وإذا كان واضحاً أن طالب التدبير لا يحاول مجرد إحباط إجراءات التحكيم فقد يبدو أن هنالك احتمالاً أكبر أن يؤمر بالتدبير وأن تتفادى المحكمة مشكلة الاضطرار إلى النظر في المسائل الموضوعية.

د- إخفاء الأصول (المبدأ ٥)

١٨- تسلم المبادئ بأنه لا ينبغي تمكين المدعى عليه من إخفاء أصوله بإيداعها مثلاً في شركة أو اتحاد شركات، ويظل مع ذلك هو صاحب الأصول إما بحكم الواقع أو عن طريق الاستفادة منها. وبالرغم من ذكر المبدأ العام، لاحظت لجنة رابطة القانون الدولي أن هذه المشكلة معقدة وتحتاج إلى مزيد من البحث والتوسع.

هـ- توفير الإجراءات القضائية والحماية الواجبة للمدعى عليه (المبادئ ٦-٨)

١٩- بينما قد لا يكون ممكناً دائماً إشعار المدعى عليه مسبقاً بأن هناك التماساً للحصول على أمر بمنح تدابير مؤقتة، خصوصاً إذا كان عنصر المفاجأة هاماً، فإنه يحق للمدعى عليه، كقاعدة عامة، أن يبلغ فوراً بالتدبير المأمور به. واتساقاً مع المادة ١٨ من القانون النموذجي، ينبغي إتاحة فرصة للمدعى عليه لكي يبدلي بأقواله في غضون فترة زمنية معقولة ولكي يعترض على التدبير المؤقت والحمائي.

(١٤) في الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً، لا يوجد حكم في القوانين الأساسية للولايات أو في قانون التحكيم الاتحادي يسمح للمحاكم بالأمر بتدابير انتصاف مؤقتة عندما يكون الطرفان قد اتفقا على التحكيم. ولكن، كثيراً ما استمدت المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية صلاحيتها لتوفير انتصاف مؤقت من قانون الولاية. لمزيد من التفاصيل انظر *David L. Borden Inc. v. Meiji Threlkeld & Co. v. Metallgesellschaft Ltd*, 923 F. 2d 245, 253 No.2 (2d Cir.1991) *Milk products Co. Ltd.*, 919 F. 2d 822 (2d Cir. 1990).

٢٠- وكتدبير حمائي آخر لصالح المدعى عليه، قد تحتاج المحكمة الى أن تكون لها صلاحية إشتراط ضمان أو شروط أخرى (كتعهد طالب التدبير بتعويض المدعى عليه اذا تبين أن التدبير لا مبرر له) على طالب التدبير بشأن الضرر الذي يمكن أن يلحق بالمدعى عليه أو بأطراف ثالثة من جراء منح الأمر، وذلك مثلا عندما لا يكون هنالك مبرر للأمر أو يكون هذا الأمر عاما بشكل مفرط. واذا ثبت أن التعهد بالتعويض عن الأضرار غير كاف، ورأت المحكمة أن تأمر بضمان، فثمة اعتبار اضافي يمكن أن يتصل بقدره طالب التدبير على الاستجابة لمطالبة بالتعويضات عن تلك الأضرار. وفي بعض البلدان، لا يؤمر بالانتصاف المؤقت إلا عندما يقدم طالب التدبير على الأقل تعهدا بالتعويض عن الأضرار، ويتوقف مبلغ التعهد على نوع التدبير الملتزم، حيث ان هذا هو عامل معهود يقرر الشروط المتعلقة بالأمر المؤقت.^(١٥)

و- الوصول الى المعلومات المتعلقة بأصول المدعى عليه (المبدأ ٩)

٢١- يتاح في بعض البلدان قدر قليل من الانتصاف لطالب التدبير في مجال سبل الوصول الى المعلومات المتعلقة بأصول المدعى عليه وقد لا يكون لطالب التدبير أي حق قانوني، مثلا، في أن يتلقى من طرف ثالث معلومات بشأن الأصول التي يحتفظ بها المدعى عليه في المصرف. وثمة نظم قانونية أخرى تتيح امكانات أوسع للافشاء التبعي. ومثلما تشير اليه "مبادئ الرابطة"، ثمة سياسات تنافسية هامة يقوم عليها هذان الموقفان المختلفان؛ ويذكر منها مثلا ضرورة الافشاء خصوصا في دعاوى الاحتيال لتمكين طالب التدبير من تعقب الأصول واسترجاعها بشكل فعال، مقابل أهمية الحفاظ على سرية المعاملات المصرفية والحق في الحرمة الشخصية فيما يتعلق بالشؤون المالية الشخصية.

ز- الاختصاص القضائي (المبادئ ١٠-١٢ و ١٦ و ١٧)

٢٢- يمكن أن يتمثل أحد القيود على منح تدابير انتصاف مؤقتة دعما للاجراءات الأجنبية في اشتراط أن تكون محاكم الولاية القضائية التي يلتمس فيها التدبير لها اختصاص قضائي على النزاع الموضوعي. ففي بعض البلدان مثلا، لا يمكن الأمر ببعض تدابير الحماية المؤقتة ما لم تكن الاجراءات الموضوعية جارية أو ستجري في محكمة من تلك الولاية القضائية أو في هيئة تحكيم داخل تلك الولاية القضائية. وفي حالات أخرى، يكون النص على منح انتصاف مؤقت دعما لاجراءات المحكمة الأجنبية مقصورا على مجموعة من البلدان المنضمة الى اتفاقية (كاتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨ مثلا) بينما ينطبق في حالات أخرى على اجراءات المحاكم الأجنبية في أي مكان من العالم دون أن يضطر الطرف الذي يلتمس الانتصاف الى أن يرضي أي أساس تستند اليه محكمة البلد الذي يلتمس فيه الانتصاف لكي تقدر الاختصاص القضائي فيما يتعلق بالمسائل الموضوعية الواردة في المطالبة. وفي هذه الولايات القضائية أفادت المحاكم بأن الانتصاف لا ينبغي أن يكون مقصورا على الحالات الاستثنائية^(١٦) شريطة ألا يمنح كمسألة روتينية أو دون البحث في ذلك بعناية فائقة. ويمكن أن يشمل هذا البحث مثلا ما اذا كان الانتصاف المؤقت يمكن أن يعرقل أو يعطل ادارة القضية من

(١٥) في السويد مثلا، ينص الباب ٦ من الفصل ١٥ من المدونة الاجرائية على أن منح ضمان للحصول على تدبير حمائي مؤقت هو أساسي لمنح هذا التدبير. ويمكن أن يكون هذا الضمان في شكل رسالة أو كفالة شخصية أو تعهد. كما تقبل الكفالات المصرفية. واذا لم يكن بوسع طالب التدبير أن يعرض ضمانا كافيا، فلا يمكن اعفاؤه من هذا الشرط الا عندما يقدم دواعي مفحمة جدا لمطالبته (مدونة التنفيذ، الفصل ٢، الباب ٢٥).

(١٦) انظر في المملكة المتحدة مثلا، قضية *Credit Suisse Fides Trust ضد Cuoghi* [١٩٩٨]،

جانب المحكمة التي تحال إليها الاجراءات الموضوعية؛ أو ما اذا كان الانتصاف المؤقت يثير احتمال وجود أوامر متنازعة أو متداخلة أو متضاربة معها صادرة عن محاكم أخرى؛ وما اذا كانت المحكمة الأولى قد طلب إليها أن تمنح هذا الانتصاف ورفضت القيام بذلك.

٢٣- وتقترح "مبادئ الرابطة" أن يُستمد الاختصاص القضائي من مجرد وجود الأصول، رهنا بالشروط التي من بينها أن وجود الأصول (أو، في الحقيقة، منح تدبير حماية مؤقتة فيما يتعلق بتلك الأصول) لا ينبغي أن يستعمل في حد ذاته كأساس لارساء اختصاص قضائي موضوعي أعم، وهو شرط يجسد الموقف المشترك في عدد من البلدان المختلفة؛ وسيكون على طالب التدبير الالتزام برفع دعوى موضوعية في غضون فترة زمنية معقولة، إما في الولاية القضائية أو خارجها، وينبغي أن يكون هناك احتمال معقول أن يكون أي حكم صادر في الخارج معترفاً به في الولاية القضائية التي منحت الانتصاف المؤقت.

٢٤- وحيثما تمارس المحكمة على نحو صحيح اختصاصاً قضائياً على موضوع المسألة، يكون النطاق الواسع للأوامر التي يمكن إصدارها بشأن المدعى عليه شخصياً سمة من سمات القانون في بلدان عديدة. وستشمل صلاحيات المحكمة اصدار أوامر مؤقتة وحمائية موجهة الى المدعى عليه شخصياً لكي يجمد أصوله بصرف النظر عن موقعها وبصرف النظر عما اذا كان المدعى عليه موجوداً جسدياً في ذلك الوقت أو من قبل داخل الولاية القضائية.

٢٥- أما في الحالات التي لا تمارس فيها المحكمة اختصاصاً قضائياً على موضوع المسألة، وتمارس اختصاصاً قضائياً فيما يتعلق بمنح تدابير مؤقتة وحمائية فقط، فمن الضروري التزام الحذر. وقد تكون هناك حاجة الى حصر الاختصاص القضائي للمحكمة في الأصول التي توجد في الولاية القضائية، خصوصاً لضمان حماية الأطراف الثالثة من تنازع الاختصاصات القضائية الذي يمكن أن ينشأ لولا ذلك. ورهنا بالقانون الدولي، ستحدد القواعد الوطنية (بما فيها قواعد تنازع القوانين) موقع الأصول.

ج- مدة صلاحية التدبير المؤقت (المبدأ ١٣)

٢٦- ينبغي أن يكون التدبير المؤقت والحمائي صالحاً لمدة زمنية محدودة معينة. وهذا المبدأ يتصل بحق المدعى عليه في الإدلاء بأقواله. وهو يمكن أن يكون هاماً أيضاً، عندما يكون التدبير الملتزم مثيراً جدلاً، ومن ذلك مثلاً التدبير الذي يمنح بناءً على طلب من طرف واحد، أو عندما يحتمل أن يكون شاقاً جداً على المدعى عليه في حالة تمديده. ففيما يتعلق بالتدابير التي تمنح بناءً على طلب من طرف واحد، سيستتبع اشتراط عودة طالب الانتصاف الى المحكمة لتجديد التدبير فرصة للمدعى عليه لكي يدلي بأقواله في ذلك الوقت. وتستطيع المحكمة عندئذ أن تنظر في تجديد التدبير على ضوء التطورات المستجدة في هيئة التحكيم التي يجري فيها الاستماع الى الدعوى الموضوعية.

ط- واجب الإبلاغ (المبدأ ١٥)

٢٧- ينبغي أن يشترط على طالب التدابير المؤقتة والحمائية أن يسارع بإبلاغ هيئة التحكيم بالأوامر التي صدرت بناءً على طلب طالب التدبير. ومن الهام أيضاً أن يشترط على طالب التدبير أن يبلغ المحكمة التي يلتمس منها اصدار أمر مؤقت بالحالة الراهنة لاجراءات التحكيم بشأن وجهة الدعوى والاجراءات المتعلقة

بالتدابير المؤقتة والحمائية المتخذة في ولايات قضائية أخرى (ترد مناقشة واجب الإبلاغ في سياق انفاذ التدابير المؤقتة في الفقرة ٦٤ من الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.110).

ي- الاعتراف عبر الحدود والمساعدة القضائية الدولية (المبادئ ١٨-٢٠)

٢٨- في حين لا يسعى الى فرض التزام بالاعتراف بالأوامر الصادرة في دول أخرى أو بالتعاون مع الحكومات أو هيئات التحكيم في ولايات قضائية أخرى، يمكن أن يفضي التشجيع على التعاون في مجال اصدار أوامر تكميلية عملية الى نتائج ملموسة، فيما يتعلق بكل من الاعتراف والمساعدة القضائية. ويجوز للمحكمة، بناء على طلب أحد الطرفين أن تأخذ في الاعتبار الأوامر الصادرة في ولايات قضائية أخرى. وعلاوة على ذلك، قد يكون من المناسب أن تتعاون المحاكم عند الاقتضاء من أجل تحقيق فعالية الأوامر التي تصدرها محاكم أخرى وأن تدرس الانتصاف المحلي المناسب.

٢٩- ولا ينبغي أن يكون اتصاف الأمر بأنه مؤقت بحكم طبيعته، بدلا من أن يكون نهائيا وحاسما، عائقا أمام التعاون أو حتى أمام الاعتراف أو الانفاذ (ترد مناقشة لمسألة انفاذ التدابير المؤقتة في الفقرات ٥٢-٨٠ من الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.110).

ثانيا- نطاق التدابير المؤقتة التي يمكن أن تصدرها هيئات التحكيم

٣٠- لا توجد حلول تشريعية موحدة بشأن صلاحية هيئة التحكيم للأمر بمنح تدابير حمائية مؤقتة. ففي بعض الولايات القضائية، تكون هذه الصلاحية ضمنية. وفي ولايات قضائية أخرى، ثمة أحكام صريحة تخول هيئة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة. ووفقا لبعض قوانين التحكيم، تتوقف صلاحية هيئة التحكيم بشأن الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة على اتفاق الطرفين، ويقتصر القانون على الاعتراف بسرمان اتفاق الطرفين على منح هيئة التحكيم هذه الصلاحية. وثمة أيضا ولايات قضائية تعتبر فيها هيئة التحكيم مجردة من صلاحية الأمر بتدابير مؤقتة، ويعتبر فيها أنه لا يجوز للطرفين اناطة هذه الصلاحية بهيئة التحكيم. وثمة مجموعات عديدة من قواعد التحكيم تخول هيئة التحكيم لاصدار تدابير حمائية مؤقتة (مثلا المادة ٢٦ من قواعد الأونسيترال). وفي العادة، تترك القواعد والقوانين التي تخول هيئة التحكيم لاصدار تدابير مؤقتة مجالاً تقديريا واسعا لهيئة التحكيم بشأن الطريقة التي ينبغي لها أن تمارس بها هذه الصلاحية.

٣١- وقد نظر الفريق العامل (في دورته الثانية والثلاثين المعقودة في آذار/مارس ٢٠٠٠) في مرغوبية وجدوى اعداد نص غير تشريعي منسق بشأن نطاق تدابير الحماية المؤقتة التي يمكن لهيئة التحكيم أن تأمر بها وبشأن القواعد الاجرائية المرافقة لها (A/CN.9/468، الفقرات ٨٠-٨٤). وأبدي في تلك المناقشة تأييد واسع النطاق لفكرة اعداد نص غير تشريعي، يكون على شكل مبادئ توجيهية أو ملحوظات بشأن الممارسة، وتناقش فيه مسائل منها أنواع تدابير الحماية المؤقتة التي يمكن لهيئة التحكيم أن تأمر بها؛ والصلاحية التقديرية بشأن الأمر بتلك التدابير؛ والمبادئ التوجيهية بشأن الطريقة التي ينبغي أن تمارس بها تلك الصلاحية التقديرية أو الشروط التي يمكن بمقتضاها الأمر بتلك التدابير أو الظروف التي يمكن فيها ذلك. واقترح أن يكون التوضيح الوارد في تلك المبادئ التوجيهية عاما في نطاقه وأن يشمل كل تدابير الحماية المؤقتة المذكورة في الفقرة ٦٣ من الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.108 (أي (أ) التدابير الرامية الى تيسير تسير اجراءات التحكيم، و(ب) التدابير الرامية الى تجنب الخسارة أو الضرر والتدابير الرامية الى الحفاظ على حالة معينة للأمر الى أن يتم حل النزاع، و (ج) التدابير الرامية الى تيسير الانفاذ اللاحق لقرار تحكيم). ولكن،

أضيف أن المبادئ التوجيهية ستكون مفيدة بشكل خاص فيما يتصل بالتدابير التي تتواتر بشأنها أكثر من غيرها الحاجة الى انفاذ من المحكمة.

٣٢- واتفق على أن تعد الأمانة وثيقة تحلل القواعد والممارسات المتعلقة بتدابير الحماية المؤقتة الصادرة عن هيئات التحكيم وتبين العناصر اللازمة لنص غير تشريعي منسق يوضع في المستقبل. وكان الفريق العامل مدركا أن المعلومات اللازمة لاعداد الوثيقة ليست متوفرة بشكل جاهز، ومن ثم طلب الى الدول والمنظمات الدولية المشاركة في مباحثات الفريق العامل وكذلك الى الخبراء المهتمين بعمله أن يرسلوا الى الأمانة المعلومات ذات الصلة (ومنهم مثلا قواعد التحكيم ومؤلفات الباحثين والممارسين وكذلك أمثلة عن نصوص تدابير الحماية المؤقتة التي أمر بها مع حذف أسماء الأطراف وغير ذلك من المعلومات السرية). وتعكف الأمانة في الوقت الحاضر على جمع تلك المعلومات واعداد دراسة تشمل مشروع مخطط أولي للمبادئ التوجيهية الممكنة لكي ينظر فيه الفريق العامل في دورة قادمة. ويشير العمل الأولي الى أن المسائل التالية يمكن أن تدرج في المبادئ التوجيهية الممكنة: أنواع التدابير المؤقتة التي يمكن أن تأمر بها هيئة التحكيم، والخطوات الاجرائية التي تسبق اصدار تدبير حماية مؤقت؛ وممارسة صلاحية تقديرية للأمر بتدابير مؤقتة والمسائل ذات الصلة بالأمر بعد اصداره، ومنها مضمون الأمر، وعواقب عدم الامتثال له، وتعديل التدبير. وقد يود الفريق العامل أن ينظر أثناء دورة قادمة في الدراسة التي يجري اعدادها بغية البت فيما اذا كان هنالك ما يسوغ اتخاذ اللجنة اجراء في هذا الشأن.

ثالثا- صحة الاتفاق على التحكيم

٣٣- نظر الفريق العامل، أثناء دورته الثانية والثلاثين، في المواضيع الممكنة للعمل في المستقبل، التي شملت مسائل تتصل بتفسير أحكام تشريعية كالتي هي واردة في المادة الثانية (٣) من اتفاقية نيويورك (أو المادة ٨ (١) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي) (A/AC.9/468، الفقرات ١٠٧-١١٤). فقد أفضت هذه الأحكام، في الممارسة، الى نتائج متباينة، ولا سيما فيما يتعلق بمسألة حدود اختصاص المحكمة ١ في البت في مسألة احالة الطرفين الى التحكيم، و ٢ في النظر فيما اذا كان اتفاق التحكيم باطلا ولاغيا أو عديم الأثر أو لا يمكن انفاذه، و ٣ عندما يتدفع المدعى عليه بوجود اجراء تحكيم معلق أو أن قرار تحكيم قد صدر (A/CN.9/468، الفقرة ١٠٨). وأعرب الفريق العامل عن رأيه في أن تلك المسائل هي ذات أهمية عملية بالغة حيث انها تحدث ريبة ويمكن أن تتسبب في تأخير في عدد من الدول. وتعكف الأمانة في الوقت الحاضر على اعداد دراسة تبحث الكيفية التي تناولت بها المحاكم تلك المسائل ومدى تباين التفسيرات. وتشير الأبحاث الأولية الى أنه بالرغم من كون المادة ٨ من القانون النموذجي والمادة الثانية (٣) من اتفاقية نيويورك متشابهتين بشكل عام، فقد كان هنالك نزوع الى تفسيرهما تفسيراً مختلفاً من بعض الجوانب في المحاكم الوطنية. فعند النظر في صحة اتفاق التحكيم، نزع المحاكم التي تنظر في هذه المسألة استنادا الى المادة ٨ الى جعل مهمتها مقصورة على النظر في الدعوى من حيث وجاهتها الظاهرية، بينما تبنت المحاكم التي نظرت في المسألة ذاتها في اطار المادة الثانية (٣) النهج الذي مفاده أن لها "الصلاحية الكاملة" لفحص الحجج، بما فيها أخذ الأدلة عند الاقتضاء، من أجل النظر لا في الامتثال للاشتراطات الشكلية فحسب بل وفي الصحة الجوهرية أيضا. وقد يود الفريق العامل أن ينظر في دورة قادمة في الدراسة التي يجري اعدادها بغية البت فيما اذا كان هنالك ما يسوغ اتخاذ اللجنة اجراء في هذا الشأن.