إشكالية التدابير المؤقتة
في التحكيم التجاري الدولي
دراسة مقارنة مع القضاء الدولي

أ. د. عبد العزيز مخيمر عبدالهادي
كلية الحقوق – جامعة المنصورة

مقدمـــة:

شهد النصف الثاني من القرن العشرين تنامي ظاهرة التحكيم التجاري الدولي ، وأصبحت معظم عقود الاستثمار الدولي والعقود الدولية بصفة عامة لا تتم بغير شرط أو إتفاق تحكيمي ، ومرد ذلك رغبة أطراف المعاملات التجارية في التحرر من قيود قواعد القوانين الوطنية ، وتفادي بطء وتعدد إجراءات التقاضي ، هذا فضلاً عن أن التحكيم يخول أطرافه إختيار القانون الذي يطبق في الموضوع والإجراءات التي يتم إتباعها ، واختيار المحكمين ومكان التحكيم ولغته ، يضاف إلى ذلك أن التحكيم يضمن سرية الإجراءات خلال عملية التحيكم ، والفصل في النزاع من قبل محكمين على إلمام باللغة ، المحرر بها العقد ، ومعرفة بأعراف التجارة الدولية .

والحقيقة لم يحظ موضوع التدابير المؤقتة أو المستعجلة التي يلجأ إليها القاضي أو المحكم الدولي أثناء نظر النزاع المطروح أمامه، لحفظ حقوق أطراف النزاع لحين الفصل في موضوع الدعوى بحكم يحوز حجية الأمر المقضي به ، ما يستحقه من عناية ودراسة في الفقه العربي ، أو حتى في الفقه الأجنبي .

ولهذا تهدف هذه الدراسة المختصرة إلى إجراء دراسة مقارنة بين التدابير المؤقتة أو المستعجلة التي قد يلجأ إليها القاضي أو المحكم الدولي عند نظر نزاع دولي عام مطروح أمامه ، وتلك التدابير المؤقتة التي قد تلجأ إليها محكمة أو مؤسسة أو غرفة

التحكيم التجاري الدولي ، عند نظر المنازعات التجارية ذات الطابع الدولي أو العابر للحدود[1] .

وعلى حد علمنا لا توجد حتى الآن دراسة تهتم بإجراء بحث مقارن بين هذه التدابير وتلك ، أي تلك التي تصدر عن القضاء أو التحكيم الدولي وكذلك التي تصدر عن التحكيم التجاري الدولي بإعتباره إحدى الوسائل المقبولة لحل النازعات التجارية ذات الطابع الدولي الخاص .

ومن ثم تهدف هذه الدراسة ، ولو بشكل سريع ، إلى إجراء هذا البحث المقارن ، والواقع أن الأمر لا يخلو من فائدة فالدراسة المقارنة تسمح باستشراف وفهم ظاهرة التدابير المؤقتة في منظورها الواسع ، في ظل أنظمة قضائية وتحكيمية مختلفة ، وفي إستعارة الأفكار والحلول المناسبة من واقع ما يجري عليه العمل في ظل هذه الأنظمة.

(١) د. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي: القضاء الدولي المستعجل– جامعة الكويت ١٩٩٦. د. أمينة نمر: مناط الاختصاص والحكم في الدعاوي المستعجلة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، سنة ١٩٦٧. د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية – منشأة المعارف. د. سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول– إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية ، القاهرة، سنة ١٩٨٤. د. أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي– القاهرة، سنة ١٩٨٦.

– راجع كذلك البحوث المقدمة إلى المؤتمر السنوي الخامس لكلية الحقوق – جامعة المنصورة : الاتجاهات الحديثة في التحكيم ، ٢٨ ، ٢٩ مارس لسنة ٢٠٠٠ خاصة ما يلي :

د. علي بركات : التدابير الوقتية والإجراءات التحفظية . د. عاشور مبروك : تأملات في قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ من حيث القانون الواجب التطبيق . د. صلاح عبد الرحمن ، ومحمود مصيلحي : آثار قبول التحكيم في المنازعات الخاصة الدولية . د. حسين الموجي : إنعكاسات العولمة على التحكيم التجاري الدولي . د. صالح جاد المترلاوي : الرقابة القضائية على التحكيم في المرحلة السابقة على الفصل في الموضوع . د. أحمد عبد الكريم سلامة : مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي . د. محمد السيد عرفة : إتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه في تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي . د. شريف محمد غنام : السوابق التحكيمية .

- P. Guggenheim : "Les measures conservatoires dans la procedure arbitral et judiciaire: R.C.A.D.I, vol, 40, 1932, pp. 651 – 764".
- V. Coussuat : "Les measures conservatoires decidees par le juge ou par L'arbitre international, R.G.D.I.P., 1960, pp. 5 – 48".

وبهذا الخصوص يتعين التنويه أنه على رغم جهود رجال فقه القانون الخاص المنادين بإخضاع المعاملات الخاصة الاقتصادية والتجارية التي تتضمن عنصراً أجنبياً للتحكيم التجاري ، وما فتاوا يستظهرون الضرورات العملية والقانونية والمزايا والفوائد التي تعود على كافة الأطراف من اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم ، إلا أن المعالجة القانونية لموضوع التدابير المؤقتة تكاد تنسف كل التبريرات والحجج المقدمة لإبراز مزايا التحكيم التجاري الدولي ، فلا زال موضوع التدابير المؤقتة بشكل أو آخر يربط عملية التحكيم التجاري بالأنظمة القانونية والقضائية الوطنية ، حتى في الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص بإصدار التدابير الوقتية لهيئة أو مؤسسة التحكيم الدولية المعنية ، ولم تفلح الأنظمة المؤسسية للتحكيم التجاري الدولي أو حتى القوانين الوطنية في سد هذه الثغرة ، الأمر الذي حدا ببعض رجال الثقة إلى استظهار الطابع الاستثنائي للتحكيم التجاري ، باعتباره جهة إختصاص إستثنائية للسلطات القضائية في الدولة .

وفي الصفحات التالية سنحاول بيان ما إذا كان تعريف التدابير المؤقتة أو التحفظية التي تأمر بها المحاكم القضائية الدولية يختلف عن تعريف هذه التدابير في إطار التحكيم التجاري الدولي ، ودراسة مدى إختصاص المحاكم القضائية الدولية وكذلك هيئات ومراكز التحكيم التجاري الدولي ، بإصدار هذه التدابير ، مع بيان الشروط اللازمة التي يتعاين توافرها لقبول طلب التدابير المؤقتة في القضاء الدولي وهيئات التحكيم التجاري ومدى ما تتمتع به هذه التدابير من القوة الإلزامية بعد صدور الأمر بها ، مع بحث إمكانية تطابق محتوى التدابير المؤقتة مع مضمون الطلب الموضوعي في النزاع ، ونخلص من ذلك كله إلى خاتمة وبعض التوصيات .

أولاً : تعريف التدابير المؤقتة في القضاء الدولي والتحكيم التجاري الدولي :

من خلال دراستنا لتعريفات الإجراءات أو التدابير أو المؤقتة الواردة في الأنظمة الأساسية للمحاكم القضائية الدولية ، وكذلك في الأنظمة المؤسسية للتحكيم التجاري الدولي ، أو في مشارطات التحكيم ، يمكن الإدعاء بأنه لا يوجد إختلاف جوهري حول تعريف ومضمون وغرض أو غاية هذه التدابير [1] .

فالمادة (٤١) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية تنص : "للمحكمة أن تقرر التدابير المؤقتة التي يجب إتخاذها لحفظ حقوق كل من الأطراف ، وذلك متى رأت أن الظروف تقضي بذلك" .

وهذا النص مأخوذ حرفياً من البروتوكول المنشئ للمحكمة الدائمة للعدل الدولية.

وتنص المادة (٢٥) من النظام الأساسي للمحكمة[2] العدل الدولية لقانون البحار الملحق بالإتفاقية الدولية لقانون البحار لسنة ١٩٨٢ : "يكون للمحكمة ولغرفة منازعات قاع البحار التابعة لها ، .... سلطة إتخاذ تدابير مؤقتة تعتبرها في الظروف القائمة مناسبة لصون حقوق كل من أطراف النزاع أو لمنع إلحاق ضرر جدي بالبيئة البحرية ، بانتظار القرار النهائي" .

وتنص المادة (٣١) من الإتفاقية الأوروبية لتسوية المنازعات السلمية لسنة ١٩٥٧ على أن المحكمة المختصة بنظر النزاع بين الأطراف المعنية ، سواء كانت هذه المحكمة هي محكمة العدل الدولية أو أية محكمة تحكيم ، اختصاص التأشير

---

(١) راجع مؤلفنا المشار إليه سابقاً ص ٣١ وما بعدها .

(٢) راجع المرفق السادس من الإتفاقية الدولية لقانون البحار لسنة ١٩٨٢ في : قانون البحار : النص الرسمي لإتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار مع مرفقاتها – الوثيقة الختامية – الأمم المتحدة – نيويورك – ١٩٩٨ ، ص ٢١٧ وما بعدها .

بتدابير التحفظية الضرورية ، وتلتزم الأطراف المعنية بهذه المعايير .

وإذا كان الحال كذلك في الإتفاقيات الدولية المنشئة لمحاكم دولية ، فإن الأنظمة الأساسية المنشئة لغرف التحكيم التجاري الدولي ، والإتفاقيات الدولية لتسوية منازعات الاستثمار وقوانين التحكيم الوطنية تسير في نفس الإتجاه .

فالمادة ٤٧ من إتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى تنص : "يجوز للمحكمة – إلا إذا إتفق الطرفان على خلاف ذلك – في حالة ما إذا قدرت أن الظروف تتطلب ذلك ، أن توصي بأي إجراءات مؤقتة يجب إتخاذها للمحافظة على حقوق أي من الطرفين" .

وتنص المادة (١٧) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليوتسترال) : "يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أياً من الطرفين بناء على طلب أحدهما بإتخاذ أي تدبير وقائي مؤقت تراه ضرورياً بالنسبة لموضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، ولهيئة التحكيم أن تطلب من أي من الطرفين تقديم ضمان مناسب فيما يتصل بهذا التدبير" .

وتنص المادة ١/٢٤ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م[١] على أنه: "يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم ، بناء على طلب أحدهما، أن تأمر أياً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع ، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر بها" .

تخلص من التعاريف السابقة للتدابير المؤقتة أو التحفظية أنه لا يوجد خلاف جوهري حول تعريف التدابير المؤقتة في إطار القضاء الدولي أو التحكيم التجاري الدولي ، ومن ثم يمكن إقتراح تعريف جامع لهما ، وذلك على النحو التالي :

(١) الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية – العدد ١٦ (تابع) في ١٩٩٤/٤/٢١ .

"فهي مجموعة من التدابير أو الإجراءات المؤقتة التي تتميز عادة بطابعها المستعجل، والتي تأمر بها المحكمة القضائية أو التحكيمية الدولية ، أو هيئة أو مركز للتحكيم التجاري الدولي ، وذلك بصدد نزاع مطروح أمامها ، بهدف المحافظة على حقوق طرفي النزاع أو أحدهما ، أو لمنع تفاقم النزاع ، أو للإبقاء على الحالة الراهنة له ، أو لضمان تنفيذ الحكم النهائي ، وذلك لحين الفصل في النزاع بحكم يحوز حجية الشيء المقضي به ، أو الوصول إلى تسوية نهائية له"[1] .

ومن هذا التعريف يتضح معالم التدابير المؤقتة :

أ- فهي تدابير أو إجراءات يأمر بها القاضي الدولي أو المحكم التجاري الدولي ، بصدد نزاع قانوني مطروح أمامه يتعين الفصل فيه .

ب- وهي تدابير تمهيدية ، تسبق عادة الفصل في النزاع وترمي إلى إيجاد أفضل الظروف لحل هذا النزاع من الناحية الموضوعية ، وأساس هذه الحماية هو رجحان الحق المطلوب حمايته .

ج- هي تدابير وقتية ، أي أنها غير نهائية ، ترتب آثارها – كقاعدة عامة – في الفترة السابقة لصدور القرار النهائي في النزاع أو تسويته ، ومن ثم يجوز إلغاءها في أي وقت إذا اختفت الظروف التي بررت إصدارها . وفي معظم الأحوال تسقط هذه التدابير بمجرد الفصل في النزاع أو تسويته . فالتدبير المؤقت يرتب حماية مؤقتة تستنفذ دورها بتقرير الحماية القضائية أو التحكيمية الموضوعية .

والجدير بالذكر أن لجنة قانون التجارة الدولية تعكف حالياً على دراسة موضوع التدابير المؤقتة وإمكانية إضافة بعض المواد التي تتعلق بهذا الموضوع إلى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي .

Model Law on International Commercial Arbitration

(١) راجع مؤلفنا السابق ص ١٥– ١٨ .

هذا وقد انتهت في إجتماعها في فيينا عام ٢٠٠٥ ، وكذلك إجتماعها في نيويورك عام ٢٠٠٦ إلى صياغة فصل خاص للتدابير الوقتية والإجراءات الأولية[١].

وقد عرفت م ٢/١٧ من التعديلات المقترحة التدابير المؤقتة بأنها أي تدبير مؤقت سابق في إصداره للقرار النهائي في النزاع .

"An interim measure is any temporary measure, wither in the form of an award or in another from, by which, at any time prior to the issuance of the award by the which the dispute is finally decided".

د- وهي تدابير تتسم عادة بالاستعجال ، ويقصد بالاستعجال خطر التأخير أو فوات الوقت في الأحوال التي لا تتحمل الانتظار لحين إلى الوصول إلى حكم أو قرار يؤكد الحق الموضوعي .

هـ- وهي تدابير لا تمس أصل الحق المتنازع عليه فهي مجرد وسيلة للحفظ والاحتياط ، ومن ثم فإن القضاء المؤقت لا يقيد القضاء الموضوعي .

و- وهي تدابير يحكم بها القاضي أو المحكم الدولي من خلال تحقيق أو بحث مختصر للإدعاءات المطروحة ، وبناء على ما سيتشف من ظاهر المستندات والأوراق ، وبناء على ما يبدو لأول وهلة أنه الصواب في الموضوع ، خلافاً للقضاء الموضوعي الذي يقوم على رأي يقيني يصل إليه القاضي بعد تحقيق كاف ، وبحث عميق لكافة الأدلة والمستندات .

ز- وهي تدابير غايتها تحقيق هدف أو أكثر مثل حماية حقوق الأطراف ، أو حماية أدلة الإثبات ، أو المحافظة على الحالة الراهنة ، أو لضمان تنفيذ الحكم النهائي في النزاع .

---

(١)

UNCiTral Working Group on Arbiration and conciliation, Forty – third session, venna, 307 od. 2005, Forty – Fourth Session, New York, 230 – 27 Jan – 2006.

هذا وقد تضمنت المادة ٢/١٧/ أ – ب – ج – د من مشروع تعديل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بيان الأهداف التي تسعى التدابير المؤقتة للحفاظ عليها.

… *The Arbitral tribunal orders to a party to :*

a) Maintain or restore the status quo pending determination of the dispute.

b) Take action that would prevent or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself;

c) Provide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied, or ,

d) Preserve evident that may be relevant to the resolution of the dispute.

ثانياً : مدى اختصاص القضاء الدولي وهيئات ومراكز التحكيم التجاري الدولي بإصدار التدابير الوقتية :

عادة لا تثور مشكلة بشأن اختصاص المحكمة القضائية الدولية أو هيئة أو مركز التحكيم التجاري الدولي في إصدار التدابير المؤقتة ، طالما أن هناك نص صريح يمنح المحكمة أو الهيئة هذا الاختصاص[1] .

ولكن تثور مشكلة هذا الاختصاص إذا كان النظام الأساسي للمحكمة أو الهيئة قد أغفل النص صراحة على ذلك ، وحتى في هذه قد لا تثور مشكلة إذا تضمن إتفاق الأطراف ، أو مشارطة التحكيم تحويل المحكمة أو هيئة التحكيم مثل هذا الاختصاص ولكن ما هو الحل إذا ما أغفلت الأطراف المعنية تحديد الجهة المختصة بالتدابير الوقتية ؟

انقسم فقه القانون الدولي حول رأيين : الأول الاتجاه الضيق الذي يرى أن القاضي الدولي أو المحكم الدولي لا يملك من الاختصاصات إلا تلك التي نص عليها

(١) راجع مؤلفنا السابق ص ١٤٦ – ١٦٠ .

صراحة في الإتفاق المنشئ للمحكمة القضائية الدولية ، وفي غياب نص صريح حول التأشير بالتدابير الوقتية فإن القاضي الدولي لا يملك من تلقاء نفسه ممارسة إختصاص ما لم يعترف له به صراحة . هذا فضلاً أنه كقاعدة عامة في القانون الدولي ، فإن كل ما شأنه تقييد سيادة الدولة ينبغي أن يفسر بشكل ضيق ، ومن ثم فإن الاختصاص بالتدابير المؤقتة ينبغي أن يثبت بشكل مؤكد ويقيني ، فمثل هذا الاختصاص لا يفترض .

أما الاتجاه الواسع فيرى أن اللجوء إلى القضاء الدولي عملية قانونية تحكمها مبادئ حسن النية ، التي ينبغي أن تهيمن على كافة الأفعال والتصرفات الدولية ، دون الوقوف عند النصوص ، هل صرحت أم أغفلت ، وبناء على ذلك فإن القاضي الدولي يملك سلطة فرض بعض التدابير المؤقتة إذا كان ذلك لازماً لحماية حقوق طرف أو أكثر أو لضمان تنفيذ الحكم النهائي للمحكمة . ونحن نؤيد هذا الاتجاه في حالات الاستعجال أو الضرورة القصوى التي تستدعي اللجوء إلى هذه التدابير ، خاصة إذا كانت مثل التدابير ضرورية للفصل في الدعوى أن لتنفيذ القرار النهائي للمحكمة ، فالقاضي الذي توكل إليه الأطراف المتنازعة سلطة الفصل في نزاعهم ينبغي أن يتمتع بقدر من حرية التقدير والملائمة حتى يتمكن من أداء مهمته على خير وجه ، فلا معنى للفصل في نزاع بقرار يستحيل تنفيذه ، أو تتعرض فيه الأدلة للتلف أو للضياع .

وربما على خلاف التحكيم التجاري الدولي ، فإن إنعقاد الاختصاص بالتدابير الوقتية للمحكمة القضائية يجعل هذه الأخيرة وحدها دون غيرها من المحاكم الوطنية أو الدولية هي المختصة بالتأشير بهذه التدابير ، ومن ثم لا يجوز للدولة طرف النزاع اللجوء إلى قضاءها الوطني للتأشير بهذه التدابير .

هذا وقد نظمت لائحة محكمة العدل الدولية موضوع التدابير الوقتية حيث تجيز لأطراف النزاع حق طلب التأشير بهذه التدابير ، وتجيز للمحكمة أن تأمر بها من تلقاء نفسها ، ولطلب التدابير المؤقتة أولوية على ما عداه من الطلبات الأخرى ، ويجب النظر فيها على وجه السرعة ، ويتعين دعوة المحكمة للانعقاد للنظر فيها إذا لم تكن في دور إنعقادها العادي . وتجيز اللائحة تقديم طلبات التدابير المؤقتة في الفترة ما بين رفع الدعوى وقبل الحكم فيها ، ويتعين تقديم الطلب بها كتابة ، وعلى طالبها أن يوضح للمحكمة بواعث وأسباب طلية والنتائج التي تترتب على رفض هذا الطلب ، مع إيضاح مضمون الإجراءات التي يلتمسها . وللمحكمة حق أن تستجيب بشكل كامل للطلبات أو لجزء منها ، كما يجوز لها إلغاء التدابير التي سبق أن أشرت بها ، وللمحكمة حق طلب معلومات من الأطراف بشأن تنفيذ التدابير التي سبق أن أشرت بها ، ورفض طلب التدابير المؤقتة من المحكمة لا يمنع الطالب من التقدم بطلبات جديدة مؤسسة على وقائع جديدة في نفس الدعوى .

فإذا انتقلنا إلى بحث المشكلة في إطار التحكيم التجاري الدولي ، فإنه يبدو لنا أن المسألة لا تطرح بنفس الحدة التي طرحت بها أمام القضاءا لدولي ، وغياب أو عدم النص على اختصاص هيئة أو مركز التحكيم التجاري بإصدار التدابير الوقتية ، لا يمنع أطراف النزاع باللجوء إلى القضاء الوطني أو حتى الأجنبي لتقرير هذه التدابير ، خاصة في مرحلة ما قبل الإتفاق إلى إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم ، أو في المرحلة التي تلي إبرام هذا الاتفاق وحتى تشكيل هيئة التحكيم . هذا وإن كانت بعض الإتفاقيات الدولية تحظر اللجوء إلى القضاء الوطني للحصول على هذه التدابير بعد عرض النزع على محكمة التحكيم ، ومثال ذلك إتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطن الدول الأخرى لسنة ١٩٦٦ .

وهناك شبه إجماع في الفقه على أن مجرد الاتفاق على التحكيم لا يمنع الخصوم من

الإلتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة لطلب أي تدابير وقتية أو تحفظية في المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت طالما أن هيئة التحكيم لم تتشكل بعد .

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن وجود شرط تحكيم لا يمنع القضاء المستعجل من أن يأمر بأي إجراء مؤقت طالما توافرت حالة الاستعجال .

وعلى هذا النهج سارت المادة (٤٠) من قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤ والتي تنص على أنه يجوز المحكمة المشار إليها في هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفي التحكيم بإتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها .

أما إذا تم تشكيل هيئة التحكيم[1] فقد تنوعت الحلول التي تأخذ بها التشريعات الوطنية ولوائح هيئات ومراكز التحكيم .

فتذهب بعض القوانين إلى قصر حق طلب التدابير المؤقتة على القضاء الوطني ، فقبل صدور قانون التحكيم في مصر كانت المادة ٢١٢ مرافعات تنص على إستثناء الأحكام الوقتية من إختصاص الهيئة المختصة بالتحكيم ، كذلك القانون البرازيلي للتحكيم الصادر في سبتمبر سنة ١٩٩٦ حيث ينص على أن هيئة التحكيم تلتمس التدابير المؤقتة والتحفظية من قضاء الدولة التي كان لها الاختصاص بالفصل في النزاع ، والحال كذلك في قانون المرافعات اليوناني والذي تنص مادته ٦٨٥ على أن القضاء المستعجل هو الذي يختص وحده بإتخاذ الإجراءات الوقتية .

وتذهب بعض التشريعات إلى قصر حق النظر في التدابير المؤقتة على هيئة التحكيم بعد تشكيلها دون غيرها بهدف عدم تجزئة النزاع ، كما هو الحال في القانون التنونسي للتحكيم لسنة ١٩٩٣ ، وفي نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية المعدل

(١) د. علي بركات ، المرجع السابق ، ص ١٠ وما بعدها .

في عام ١٩٩٨، ولائحة تحكيم جمعية التحكيم الفرنسية، وفي إتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة ١٩٦٦ .

وهناك تشريعات أخرى تأخذ بمبدأ الاختصاص المشترك بين هيئات التحكيم والقضاء الوطني ، مثال ذلك القانون الجزائري للتحكيم لسنة ١٩٩٣، والمادة ١/٢٤ من القانون المصري للتحكيم عام ١٩٩٤، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري (اليونسترال).

ثالثاً : الشروط اللازمة للأمر بالتدابير الوقتية في القضاء الدولي والتحكيم التجاري الدولي :

لم تحظ الشروط الواجب توافرها للأمر بالتدابير المؤقتة أو التحفظية من قبل التحكيم التجاري الدولي بالاهتمام الواجب، سواء من قبل الفقه، أو من قبل القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، أو من قبل لوائح وأنظمة التحكيم التجاري المؤسسي، وربما يفسر ذلك وجود قواعد معروفة ومستقرة بشأن القضاء المستعجل في الدول المختلفة .

وعلى خلاف ذلك إهتم القضاء الدولي[١] ، خاصة قضاء محكمة العدل الدولية ، بتحديد الشروط الواجب توافرها لاستصدار الأمر الوقتي أو المستعجل ، ويبدو لنا أن هذه الشروط تصلح للتطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي .

وقد انتهت محكمة العدل الدولية في العديد من القضايا التي عرضت عليها إلى بيان الشروط الواجب توافرها حتى يمكنها التأشير بالتدابير المؤقتة التي تطلب منها أثناء نظر نزاع معين[٢] .

(١) مؤلفنا السابق ص ١٣١ – ١٨٤ .

(٢) راجع الأوامر الصادرة بالتدابير المؤقتة الصادرة عن محكمة العدل الدولية منذ نشأتها حتى عام ١٩٩٦ في مؤلفنا السابق .

وطبقاً لهذه الشروط يتعين على المحكمة قبل النظر في إصدار أمرها بالتدابير المؤقتة، أن تتأكد من إختصاصها بموضوع النزاع ، فلا يجوز لها التصدي لبحث التدابير الوقتية ومن باب أولى إصدارها ، إلا إذا إتضح لها ، ولو بشكل ظاهري إختصاصها بموضوع النزاع ، ومن ثم يتعين عليها أن تقوم ببحث مختصر لاختصاصها بموضوع النزاع، فإذا كانت المستندات تؤكد للوهلة الأولى إختصاصها إنتقلت إلى بحث طلب التدابير المؤقتة، كذلك يتعين على المحكمة التأكد من تحقق شرط أو حالة الاستعجال والخشية من فوات الوقت ، فحالة الاستعجال هي التي تبرر (إنعقاد هي التي تبرر) الاختصاص بالتدابير المؤقتة أو المستعجلة .

وعلى المحكمة أن تتأكد من أن الأضرار التي تهدف التدابير الوقتية لمنعها هي أضرار يتعذر تداركها فيها بعد، كما يلزم أن تكون التدابير المطلوبة لا تسبب ضرراً للمدعي عليه يتجاوز المنفعة التي تعود على المدعي .

وبهذا الخصوص نصت المادة ١٧/أ/١ من مشروع القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمعنونة شروط منح التدابير المؤقتة على ما يلي :

1- The party requesting an interim measure … shall satisfy the arbitral tribunal that :

a) Harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted".

كذلك يتعين على المحكمة مراعاة أن التدابير الوقتية المطلوبة لا تمس أصل الحق أو تتعرض لموضوع النزاع، فالمساس بأصل الحق يجعل الإجراء المؤقت حكماً قطعياً وليس وقتياً، أي يفصل في جزء من موضوع النزاع، وهو أمر غير جائز في هذه المرحلة .

ويلزم أخيراً التأكد من أن التدابير الوقتية المطلوبة لها علاقة وثيقة بموضوع النزاع، فالإجراء المؤقت يهدف إلى ضمان حقوق الأطراف في النزاع المطروح لحين الفصل في النزاع بحكم نهائي ، وإلا خرجت هذه التدابير عن الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه.

هذا وقد أضاف التعديل المقترح للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي شرط إضافي وهو أن يكون هناك إمكانية معقولة بأن طالب التدابير المؤقتة سينجح في كسب دعواه .

رابعاً : مدى إلزامية التدابير المؤقتة التي تصدر عن القضاء الدولي والتحكيم التجاري الدولي :

يكتسب بحث القوة الإلزامية للتدابير المؤقتة التي تصدر عن القضاء الدولي أو هيئات أو مراكز التحكيم التجاري الدولي أهمية كبيرة ، فالأثر الملزم لهذه التدابير هو الذي يمنح هذه التدابير القوة والفاعلية والنفاذ في مواجهة الخصوم ، والقول بغير ذلك يعني أنها لا تخرج عن كونها توصيات بضرورة مراعاة سلوك معين أو التصرف على نحو ما ، دون أن ترتب الإلزام في حق من توجه إليهم .

وفيما يتعلق بالمحاكم القضائية الدولية ، هناك إعتقاد خاطئ يسود الفقه مفاده أن التدابير المؤقتة التي تصدر عن هذه المحاكم ، أثناء نظرها نزاع معين مطروح أمامها ، لا تتمتع بقوة الإلزام ، فهي مجرد توصيات تصدر عن المحكمة تدعو فيه طرفي النزاع أو أحدهما بمراعاة سلوك معين لحين الفصل في النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي، وأن هذه الخاصية هي أهم ما يميز هذه التدابير عن الحكم القضائي الصادر في موضوع النزاع .

غير أن هذا الرأي على إطلاقه يفتقد إلى الأساس القانوني السليم ، فإذا كانت المادة (٤١) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لم تتناول مسألة إلزامية هذه

التدابير، إلا أنه يتعين التمييز بين حالات نص فيها صراحة على إلزامية التدابير المؤقتة لأطراف النزاع وحالات أخرى أغفلت فيها الأنظمة الأساسية للحاكم معالجة هذه المسألة .

ففي الحالة الأولى هناك العديد من النصوص القانونية الورادة سواء في الأنظمة الأساسية لبعض المحاكم الدولية أو في إتفاقيات خاصة بالتسوية السليمة للمنازعات، تنص على إلزامية التدابير المؤقتة التي تتخذها المحاكم الدولية، نذكر منها المادة ١٨ من إتفاقية واشنطن المنشئة لمحكمة عدل وسط أمريكا، والمادة (٣٣) من ميثاق جنيف العام لسنة ١٩٢٨ والتي تنص على إلزامية هذه التدابير سواء إتخذت من قبل المحكمة الدائمة للعدل الدولي أو من أية محكمة تحكيمية أخرى، وكذلك المادة (٣١) من الإتفاقية الأوربية للتسوية السلمية للمنازعات لسنة ١٩٥٧ التي تمنح الإلزامية للتدابير المؤقتة التي تصدرها محكمة العدل الدولية ، أو أية محكمة تحكيم أخرى .

أما في الحالة الثانية فهناك بعض الأنظمة الأساسية للمحاكم الدولية لم تنص صراحة على إلزامية هذه التدابير ومنها على سبيل المثال المادة (٤١) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ، ولذلك ذهب بعض الفقه إلى القول بإنتفاء الطابع الإلزامي لهذه التدابير ، ويدون أن اللفظ المستخدم في هذه المادة و هو "تشير" Indicates يعني انصراف النية إلى عدم تمتع هذه التدابير بالقوة الإلزامية .

والحقيقة أن محكمة العدل الدولية لم تتطرق في الأوامر الصادرة عنها ببعض التدابير المؤقتة إلى مسألة إلزامية هذه الأوامر من عدمه ، وظل الحال على هذا النحو فترة زمنية طويلة ، إلى أن حسمت أمرها في أمرها الصادر ببعض التدابير المؤقتة في قضية Avena حيث انتهت إلى إلزامية هذه التدابير ، وهو تطور هام في ممارسات المحكمة القضائية .

فإذا إنتقلنا إلى التحكيم التجاري الدولي ، فإنه يبدو أن التدابير المؤقتة التي تتخذ بهذا الخصوص تتمتع بالقوة الإلزامية ، والأمر لا يخرج عن فرضين – الأول : أن تصدر هذه التدابير من المحاكم الوطنية طبقاً لما تنص عليه مشارطة التحكيم أو لائحة هيئة التحكيم المختصة من منح القضاء الوطني سلطة إصدار هذه التدابير والتي تأخذ شكل حكم قضائي يتمتع بالصيغة التنفيذية ، أما الفرض الثاني : أن تصدر هذه التدابير من هيئة التحكيم ، وهي في هذه الحالة لا تتمتع بالقوة الإلزامية لأنها لا ترقي إلى مرتبة الحكم القضائي الواجب النفاذ طبقاً لما تقضي به إتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨[1] . غير أن هناك العديد من التشريعات الوطنية التي تنص على حق الطرف الذي صدرت لصالحه إذا لم يلتزم بها من صدرت ضده هذه التدابير أن يلجأ إلى القضاء الوطني لاتخاذ الإجراءات اللازمة لنفاذها .

ومن أمثلة هذه التشريعات ، القانون المصري في شأن التحكيم لسنة ١٩٩٤ والذي تنص المادة ٢/٢٤ منه على أنه : "إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه ، جاز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر ، أن تأذن لهذا الطرف في إتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه ، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب إلى المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون الأمر بالتنفيذ" .

ومع ذلك تظل مشكلة إلزامية التدابير الوقتية التي تأمر بها هيئة التحكيم التجاري الدولي ، قائمة في حالة إتفاق أطراف النزاع على إستيعاد الاختصاص المستعجل للقضاء الوطني ، أو عندما تتضمن لائحة هيئة التحكيم نصاً يفيد عدم جواز اللجوء إلى القضاء الوطني المستعجل بعد عرض النزاع على هيئة التحكيم ، وبهذا الخصوص ترى محكمة النقض الفرنسية أن القاضي لا يعتبر مختصاً إلا لملء فراغ أو عدم كفاية

(١) د. سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٤٥٢ وما بعدها .

في الإجراءات التحكيمية الدولية، فإذا تشكلت المحكمة التحكيمية فلا يعود القاضي المستعجل مختصاً، كما تنص المادة ٥/٨ من لائحة غرفة التجارة الدولية على عدم إختصاص السلطات القضائية الوطنية بنظر الطلبات الوقتية والتحفظية إلا قبل بدء المحكمين في نظر النزاع ، فإذا بدأوا في نظر النزاع فأنهم يختصون وحدهم باتخذا هذه الإجراءات .

وفي راينا أنه يمكن التغلب على هذه الصعوبات من خلال صدور التدابير المؤقتة في صورة حكم تحكيم مؤقت يصدر عن هيئة التحكيم، ومن ثم يتمتع بالقوة التنفيذية إعمالاً لأحكام إتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨، حيث تنص المادة الثالثة من هذه الإتفاقية: "تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الأقاليم المطلوب إليه التنفيذ ..".

خامساً: مدى إمكانية تطابق محتوى التدابير المؤقتة مع مضمون ومحتوى القرار النهائي الصادر في موضوع النزاع :

من الطبيعي أن يختلف محتوى التدابير المؤقتة التي تأمر بها المحاكم القضائية الدولية، أو تلك التي تأمر بها هيئات ومراكز التحكيم التجارية ذات الطابع الدولي، وذلك لاختلاف ظروف وطبيعة كل نزاع عن المنازعات الأخرى ... ومع ذلك يتبادر إلى الذهن سؤال حول إمكانية تطابق محتوى التدابير المؤقتة مع محتوى القرار النهائي الصادر بالفصل في النزاع ؟

والواقع أن التفرقة بين[1] الأمر الصادر بالتدابير المؤقتة والقرار النهائي الصادر في موضوع النزاع لا تشوبها أي غموض، فالأمر الصادر بالتدابير المؤقتة يهدف إلى

(١) راجع في هذا الموضوع مؤلفنا السابق ، ص ١٢٤ .

ترتيب أو ضمان تنفيذ الحكم النهائي، دون التعرض لأصل الحقوق المتنازع عليها، أما القرار الصادر في موضوع النزاع فيهدف إلى الفصل القطعي والنهائي في النزاع.

ومع ذلك من المتصور في بعض الحالات أن يحدث بطريق المصادفة أن يكون محتوى التدابير الوقتية المطلوبة هي نفسها نفس مضمون الطلب النهائي في النزاع . ففي نزاع معروض على محكمة دولية أو هيئة تحكيم تجاري دولية أن يطلب أحد أطراف النزاع بمنع الطرف الآخر عن مباشرة تصرف معين لعدم مشروعيته لحين صدور قرار المحكمة أو الهيئة النهائي ، وهنا إذا رأت المحكمة أو الهيئة الاستجابة لهذا الطلب فإن محتوى التدبير المؤقت سيكون حظر هذا التصرف بصفة مؤقتة ، فإذا جاء القرار النهائي للمحكمة أو الهيئة مؤيداً عدم مشروعيته ، فإن حظره سيتحقق بصفة نهائية ، وفي الحالتين سيكون محتوى القرارين واحداً ، وهو حظر التصرف بصفة مؤقتة تطبيقاً للأمر الصادر بالتدابير المؤقتة ، وحظره بصفة نهائية تطبيقاً للقرار أو الحكم النهائي الصادر في النزاع .

ففي قضية التجارب النووية بين فرنسا من ناحية واستراليا ونيوزيلندا من ناحية أخرى، طلب المدعيان (فرنسا ونيوزيلندا) من محكمة العدل الدولية أن تأمر فرنسا بوقف تجاربها النووية في الهواء لحين الفصل في الطلب النهائي في النزاع وهو الوقف المستديم لهذه التجارب في الهواء ، أي أن موضوع التدابير المؤقتة هو نفس موضوع النزاع ألا وهو حظر التجارب النووية في الهواء .

وعلى الرغم من أن محكمة العدل الدولية قد استجابت لطلب كل من استراليا ونيوزيلندا وأمرت فرنسا بوقف تجاربها في الهواء ، إلا أن بعض قضاة المحكمة قد إعترضوا على أمر المحكمة على أساس أن مقارنة الطلب الرئيسي في الدعوى وهو وقف التجارب النووية يؤكد أن المطلوب ليس مجرد التأشير بإجراء وقتي أو تحفظي

وإنما هو استصدار حكم وقتي ، ومن ثم كان يتعين على المحكمة رفض طلب التدابير المؤقتة .

ونرى أنه إذا كان من المتصور في بعض الفروض تطابق محتوى التدابير الوقتية مع الطلب الموضوعي في النزاع ، فإن هذا التطابق ينبغي ألا يطلب أو تنصرف إليه النية، والقول بغير ذلك معناه إنحراف الطلب التحفظي عن هدفه الرئيسي ، وهكذا فلا يجوز للمحكمة أن يحكم بتعويض مؤقت كإجراء وقتي أو تحفظي ، لأنها بذلك تتعرض لأصل النزاع وتمس الحقوق الموضوعية في الدعوى ، وهو ما لا يجوز في مرحلة التدابير المؤقتة ، وانطلاقاً من ذلك فقد رفضت المحكمة الدائمة للعدل الدولي طلب ألمانيا من المحكمة التأشير ببعض التدابير الوقتية على أساس عدم تطابق الطلب مع نص المادة (٤١) من النظام الأساسي للمحكمة ، فالطلب المقدم إلى المحكمة لا يهدف إلى الحصول على إجراء تحفظي ولكن يهدف إلى الحصول على حكم مؤقت يفصل في جزء من طلبات الحكومة الألمانية ألا وهو التعويض الذي تطالب به ، وذلك قبل أن تتمكن المحكمة من بحث موضوع النزاع والفصل فيه .

الخلاصـــــة

نخلص من هذه الدراسة المختصرة للتدابير المؤقتة أو المستعجلة التي تأمر بها المحكمة القضائية أو هيئة أو مركز التحكيم التجاري الدولي إلى ما يلي :

١- أن موضوع التدابير المؤقتة يكتسب أهمية متزايدة في القضاء الدولي والتحكيم التجاري الدولي ، وعلة ذلك أنه قد ينقضي وقت قبل أن يتمكن من صاحب الحق من رفع دعواه ومن هنا تظهر أهمية الحصول على حماية وقتية للحقوق لحين الحصول على الحماية الموضوعية لهذه الحقوق .

٢- من حيث تعريف التدابير الوقتية في كلا النظامين لا يوجد ثمة إختلاف جوهري، فهي لا تخرج عن كونها إجراءات وقتية تتسم بالاستعجال يأمر بها القاضي الدولي أو المحكم الدولي بصدد نزاع موضوعي مطروح أمامه ، بهدف حماية حقوق الأطراف المنازعة ، وهي تدابير تسبق الفصل النهائي في النزاع ولا تمس أصل الحق ، وتجد نهايتها عادة بالفصل النهائي في النزاع .

٣- لا يوجد إختلاف جوهري بشأن الأهداف التي تسعى التدابير المؤقتة لتحقيقها، فهي تصدر من المحكمة الدولية أو هيئة التحكيم التجاري الدولي لتحقيق هدف أو أكثر من الأهداف: ضمان تنفيذ الحكم النهائي ، المحافظة على الوضع الراهن في النزاع ، منع تفاقم أو إمتداد النزاع ... الخ .

٤- يعد القضاء الدولي أكثر إستقلالية في بحث وإصدار التدابير المؤقتة ، كما ينفرد وحده بالاختصاص في إصدار هذه التدابير ، على عكس التحكيم التجاري الدولي حيث يتوزع الإختصاص بها بين محكمة أو هيئة التحكيم التجاري والقضاء الوطني لدولة وربما لأكثر من دولة ، هذا فضلاً عن أن القضاء اوطني ينفرد بمنح القوة الإلزامية والصيغة التنفيذية لما يصدر من أوامر أو أحكام تتعلق بهذه التدابير

من هيئات التحكيم التجاري الدولي .

٥- نجح القضاء الدولي في تحديد الشروط الضرورية اللازم توافرها حتى يمكن الاستجابة لطلبات التدابير المؤقتة ، في الوقت الذي يصعب فيه الإدعاء بأن التحكيم التجاري الدولي قد صاغ شروط واضحة المعالم ومتجانسة لتقرير هذه التدابير ، وما زال الأمر يخضع لتقدير هيئات ومراكز ومحاكم التحكيم التجاري المختلفة .

٦- دراسة التدابير المؤقتة في التحكيم التجاري الدولي وغيرها من المسائل الأخرى تنفي إدعاء البعض بوجود نظام قانوني متكامل للتحكيم التجاري خاصة على المستوى الدولي ، وتثبت أنه لا حياة لهذا النظام الاستثنائي إلا من خلال ما تضخه الأنظمة القانونية والقضائية للدول من دماء في شرايين التحكيم التجاري ، ومن ثم فهو نظام مبتسر ، غير مكتمل المعالم ، مفتقد إلى الاستقلالية .

٧- يحتاج نظام التحكيم التجاري الدولي إلى إبرام العديد من الإتفاقيات الدولية ، على غرار إتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والمبرمة في إطار مؤتمر الأمم المتحدة للتحكيم التجاري في الفترة من ٢٠ مايو – ١٠ مايو ١٩٥٨ ، لمعالجة عيوب ومثالب التحكيم التجاري الدولي .

وعلى الله قصد السبيل ..

هوامش البحث

(١) راجع في موضوع هذه الدراسة :

د. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي : القضاء الدولي المستعجل – جامعة الكويت ١٩٩٦ .

د. أمينة نمر : مناط الاختصاص والحكم في الدعاوي المستعجلة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، سنة ١٩٦٧ .

د. أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية والتجارية – منشأة المعارف .

د. فتحي والي : مبادئ قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٥ .

د. سامية راشد : التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، الكتاب الأول – إتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة سنة ١٩٨٤ .

د. أبو زيد رضوان : الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي – دار الفكر العربي – القاهرة سنة ١٩٨٦ .

– راجع كذلك البحوث المقدمة إلى المؤتمر السنوي الخامس لكلية الحقوق – جامعة المنصورة : الاتجاهات الحديثة في التحكيم ، ٢٨ – ٢٩ مارس لسنة ٢٠٠٠ خاصة ما يلي :

د. علي بركات : التدابير الوقتية والإجراءات التحفظية .

د. عاشور مبروك : تأملات في قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ من حيث القانون الواجب التطبيق .

د. صلاح عبد الرحمن ، ومحمود مصيلحي : آثار قبول التحكيم في المنازعات الخاصة الدولية .

د. حسين الموجي : إنعكاسات العولمة على التحكيم التجاري الدولي .

د. صالح جاد المنزلاوي : الرقابة القضائية على التحكيم في المرحلة السابقة على لافصل في الموضوع .

د. أحمد عبد الكريم سلامة : مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي .

د. محمد السيد عرفة : إتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه في تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي .

د. شريف محمد غنام : السوابق التحكيمية .

- P. Guggenheim : "Les measures conservatoires dans la procedure arbitral et judiciaire: : R.C.A.D.I, vol, 40, 1932, pp. 651 – 764".
- V. Coussuat : "Les measures conservatoires decidees par le juge ou par L'arbitre international, R.G.D.I.P., 1960, pp. 5 – 48".

(٢) راجع مؤلفنا المشار إليه سابقاً ص ٣١ وما بعدها .

(٣) راجع المرفق السادس من الإتفاقية الدولية لقانون البحار لسنة ١٩٨٢ في : قانون البحار : النص الرسمي لإتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار مع مرفقاتها – الوثيقة الختامية – الأمم المتحدة – نيويورك – ١٩٩٨ ، ص ٢١٧ وما بعدها .

(٤) الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية – العدد ١٦ (تابع) في ١٩٩٤/٤/٢١ .

(٥) راجع مؤلفنا السابق ص ١٥ – ١٨ .

(٦)

UNCiTral Working Group on Arbiration and conciliation, Forty – third session, venna , 307 od. 2005, Forty – Fourth Session, New York, 23 – 27 Jan – 2006.

(٧) راجع مؤلفنا السابق ص ١٤٦ – ١٦٠ .

(٨) د. علي بركات ، المرجع السابق ، ص ١٠ وما بعدها .

(٩) مؤلفنا السابق ص ١٣١ – ١٨٤ .

(١٠) راجع الأوامر الصادرة بالتدابير المؤقتة الصادرة عن محكمة العدل الدولية منذ نشأتها حتى عام ١٩٩٦ في مؤلفنا السابق .

(١١) د. سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٤٥٢ وما بعدها .

(١٢) راجع في هذا الموضوع مؤلفنا السابق ص ١٢٤.

التحكيم التجاري الدولي International Commercial Arbitration