الأمم المتحدة

A/CN.9/WG.III/WP.45

الجمعية العامة

Distr.: Limited
2 March 2005
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الثالث (المعني بقانون النقل)
الدورة الخامسة عشرة
نيويورك، ١٨-٢٨ نيسان/أبريل ٢٠٠٥

قانون النقل: إعداد مشروع صك بشأن نقل البضائع [كليا أو جزئيا] [بحرا]

التحكيم: ممارسة التحكيم الدولي الموحّدة وأحكام مشروع الصك

مذكرة من الأمانة

نظر الفريق العامل الثالث المعني بقانون النقل أثناء دورته الرابعة عشرة في الأحكام التحكيمية لمشروع الصك بشأن نقل البضائع [كليا أو جزئيا] [بحرا]، على نحو ما ورد في الفصل ١٦ في الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.32. وتجدر الإشارة إلى أن مشروع الفصل ١٦، كما لوحظ في التقرير الصادر عن تلك الدورة، مستمد من قواعد هامبورغ التي صيغت في عام ١٩٧٨ قبل القبول الواسع لمعايير موحّدة للتحكيم الدولي (A/CN.9/572، الفقرة ١٥٣). وطلب الفريق العامل من الأمانة، بعد المناقشة التي جرت في تلك الدورة، أن تستكشف النزاعات المحتملة بين مشروع الصك وممارسة التحكيم الدولي الموحدة على النحو الوارد في صكوك الأونسيترال وقوانينها النموذجية (A/CN.9/572، الفقرة ١٥٧). وأُعدّت المذكرة التالية استجابة لذلك الطلب في جزأين: أولا، تحديد النزاعات المحتملة بناء على الطلب؛ وثانيا، تحديد المبادئ الأساسية للتحكيم الدولي، التي لم ترد في مشروع الصك.

150305 V.05-81564 (A)

أولا- النزاعات المحتملة بين مشروع الصك وممارسة التحكيم الدولي الموحدة على النحو الوارد في صكوك الأونسيترال وقوانينها النموذجية

ألف- المادة ٧٦ من الخيارين ألف وباء في مشروع الصك

١- ينص مشروع المادة ٧٦ من مشروع الصك على أن يكون اتفاق التحكيم "مثبتا كتابة". وقد يفهم هذا التعبير بمعنى أن الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم يُشترط للاثبات [أي لأغراض الاثبات] وليس لأغراض التصحيح [لأغراض تصحيح اتفاق التحكيم].

٢- والاشتراط بأن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا نصت عليه الفقرة (٢) من المادة ٧ من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ("القانون النموذجي")، ونصت عليه المادة الثانية، في الفقرة (٢)، من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، نيويورك ١٩٥٨ ("اتفاقية نيويورك"). ويهدف اشتراط الشكل الكتابي إلى توفير اليقين فيما يتعلق بنيّة الطرفين، وإلى تيسير الاثبات اللاحق لعزمهما على إحالة نزاعاتهما للتحكيم.

٣- وجاء في الفقرة (٢) من المادة ٧ من القانون النموذجي ما يلي:

"(٢) يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا. ويُعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقّعة 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. وتُعتبر الإشارة في عقد ما إلى 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."

٤- وكذلك جاء في الفقرة (٢) من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك ما يلي:

"٢- يشمل مصطلح "اتفاق مكتوب" أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقّع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة."

٥- وعلى العكس من القانون النموذجي واتفاقية نيويورك، فإن المادة ٧٦ من مشروع الصك لا تتضمن تعريفا لاشتراط "الكتابة". وقد قُدّمت حجة بأن هذا يمكن أن يسبب إشكالا لأن هذا الاشتراط أصبح جانبا مثيرا للخلاف في قانون التحكيم في السنوات الأخيرة نتيجة لظهور وسائل الاتصال الحديثة على نحو متزايد. ويمكن أن تنشأ أسئلة عما إذا كان الاشتراط استوفي في أوضاع معينة، حيث يمكن أن تثير الاجابة مشاكل جدّية، مثلا بالنسبة

لسندات السماسرة أو وثائق الشحن أو المستندات القابلة للتداول أو بالنسبة لحقوق احالة عقود أو التزامات لأطراف ثالثة غير موقّعة (أي أطراف ثالثة ليست أطرافا في الاتفاق الأصلي). فعدم الوضوح فيما يتعلق باشتراط الكتابة في أوضاع من هذا القبيل أدى إلى قرارات متنافرة بالأحرى. واشتراط الكتابة، من دون تعريف اضافي له، يمكن تفسيره بطريقة غير منسجمة مع ممارسة التجارة الدولية. ومن الجهة الأخرى، قد يود الفريق العامل أن يعتبر أن تقديم تعريف خاص لاشتراط الكتابة في مشروع الصك ينطوي على ظرف غير مؤات باثارة اختلاف في اشتراط الشكل الكتابي بين قانون نقل البضائع وقانون التحكيم العام. وكما هو مبيّن فيما يلي (انظر الفقرات ٢٢-٢٦)، قد يرغب الفريق العامل في تشجيع الدول، التي تنوي تصديق مشروع الصك، على أن تنظر أيضا في اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

٦- وهناك مسألة أخرى حاسمة فيما يتعلق بالأحكام التحكيمية في مشروع الصك، وهي تتمثل فيما إذا كان اتفاق التحكيم، المعقود على نحو متسق مع مشروع المادة ٧٦، سيكون قابلا للإنفاذ بموجب الفقرة (٢) من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك على النحو المحدد في الفقرة ٤ أعلاه. وقد تُعتبر تلك الاشتراطات لعقد اتفاق تحكيم صحيح بموجب اتفاقية نيويورك أضيق نطاقا من الاشتراط بموجب المادة ٧٦ من مشروع الصك. ولكن، تجدر الإشارة إلى أن الفريق العامل الثاني (المعني بالتحكيم والتوفيق) لم ينته بعد من مناقشته للعلاقة بين المادة الثانية من اتفاقية نيويورك والحكم بشأن شكل اتفاق التحكيم الوارد في قوانين أخرى.

٧- وقد أحاط الفريق العامل الثاني علما كذلك بأن من المهم العمل على تيسير تفسير أكثر مرونة لاشتراط الشكل الصارم لاتفاق التحكيم، تفاديا لإحباط توقّعات الطرفين عند اتفاقهما على الفصل عن طريق التحكيم. واقترح الفريق العامل الثاني في دورته السادسة والثلاثين (نيويورك، ٤-٨ آذار/مارس ٢٠٠٢) نصا منقحا للمادة ٧ من القانون النموذجي على النحو التالي:

"المادة ٧- تعريف اتفاق التحكيم وشكله

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

"(٢) يتعين أن يكون اتفاق التحكيم كتابيا. وتشمل "الكتابة" أي شكل يوفر سجلا [ملموسا] للاتفاق أو يكون في المتناول [على نحو آخر] بصفته رسالة بيانات بحيث يمكن استعماله في إشارة لاحقة.

"[(٣) يراد بمصطلح "رسالة بيانات" المعلومات التي يتم انشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية، أو البريد الالكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي.]

"(٤) تجنبا للشك، يستوفى اشتراط الكتابة الوارد في الفقرة (٢) عندما يرد في شكل كتابي شرط التحكيم أو أحكام وشروط التحكيم أو أي قاعدة من قواعد التحكيم يشير اليها اتفاق التحكيم، بالرغم من أن العقد أو اتفاق التحكيم المنفصل قد أبرم شفويا، أو بمقتضى تصرّف ما، أو بوسائل أخرى غير الكتابة.

"(٥) علاوة على ذلك، يكون اتفاق التحكيم كتابيا اذا كان واردا في تبادل بيانات ادعاء أو دفاع يدَّعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر.

"(٦) تشكّل الإشارة في العقد إلى نص يتضمن شرطا تحكيميا اتفاق تحكيم، شريطة أن تكون الإشارة على نحو يجعل ذلك الشرط جزءا من العقد.

"[(٧) لأغراض المادة ٣٥، تشكّل أحكام وشروط التحكيم الكتابية، مشفوعة بأي كتابة تُدرِج تلك الأحكام والشروط بالإشارة أو تتضمنها، اتفاقَ التحكيم.]"

٨- والفريق العامل الثاني، مدفوعا بالحرص نفسه على وضوح اشتراط الكتابة الوارد في الفقرة (٢) من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك وغيره من الاشتراطات المتعلقة بالاتصالات المكتوبة التي تضمّنها نص اتفاقية نيويورك، أعرب عن تأييده لإدراج إشارة إلى اتفاقية نيويورك في المادة ١٩ من مشروع الاتفاقية بشأن استخدام الاتصالات الالكترونية في العقود الدولية وفقا للاقتراح الذي قدّمه مؤخرا الفريق العامل الرابع (المعني بالتجارة الالكترونية) (المستنسخ في المرفق بالوثيقة A/CN.9/571).

٩- وفي سبيل تعزيز اليقين القانوني بشأن صحة اتفاق التحكيم، والاقلال بقدر الإمكان من مخاطر عدم إنفاذ قرار تحكيم بحجة عدم وجود اتفاق تحكيم أو بحجة بطلانه، قد يود الفريق العامل الثالث أن ينظر فيما إذا كان سيفضل توليف تعاريف اشتراط الشكل الكتابي

في مشروع الصك مع آخر أعمال الفريق العامل الثاني. ولكن، تفاديا لازدواجية تنظيم مسألة الشكل مع القانون النموذجي (الذي لم ينته النظر فيه)، قد يود الفريق العامل الثالث أن يخلص إلى أن الغرض من الأحكام التحكيمية في مشروع الصك ينبغي أن يُقتصر على اعطاء الطرفين الحرية لاختيار التحكيم (الذي سيكون مفيدا بالنظر إلى بعض القوانين الوطنية بشأن نقل البضائع بحرا)، وبالتالي يمكن صوغ مشروع المادة ٧٦ بصيغة أعم.

باء- المادة ٧٧ في الخيارين ألف وباء من مشروع الصك

١٠- تنص الجملة الأولى من مشروع المادة ٧٧ على أنه "إذا أُصدر مستند نقل قابل للتداول أو سجل الكتروني قابل للتداول، وجب أن يكون شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم مدرجا في المستند أو السجل، أو أن يكون مشمولا فيه صراحة بالإشارة." وقد أثار إدراج شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم بالإشارة تفسيرات متنافرة في المحاكم، وينبغي صوغ تعريف محدد للظروف التي يمكن فيها اعتبار اشتراط التحكيم أو اتفاق التحكيم ساريا عندما يكون مدرجا في المستند أو السجل بالإشارة فقط.

١١- ويتعلق مشروع المادة ٧، الفقرة (٦)، من القانون النموذجي (انظر أعلاه، الفقرة ٨، وكذلك النص الحالي للمادة ٧ من القانون النموذجي)، بعقد يتضمن إشارة إلى مستند يحتوي على اشتراط تحكيم. والأحكام التي تنص على أن يكون العقد الرئيسي مكتوبا وأن تكون الإشارة "بحيث تجعل ذلك الاشتراط جزءا من العقد"، تنشأ من المشاكل وقرارات المحاكم المتنافرة بشأن هذه المسألة في سياق اتفاقية نيويورك. ولهذا، قد يود الفريق العامل الثالث، سعيا إلى تعزيز اليقين والاتساق في مرحلة الإنفاذ، أن يأخذ في الحسبان الأحكام المنقحة للقانون النموذجي فيما يخص إدراج اشتراط التحكيم بالإشارة (إما بتوليف مشروع الصك مع القانون النموذجي الذي سينقح أو بترك المسألة ليغطيها القانون النموذجي).

جيم- المادة ٧٨ في الخيارين ألف وباء من مشروع الصك

١٢- يقترح الخيار ألف، في مشروع المادة ٧٨، تعريفا للمكان الذي تستهل فيه اجراءات التحكيم، بينما لا يقترح الخيار باء شيئا في هذا الصدد.

١٣- وتتناول المادة ٢٠ من القانون النموذجي مسألة المكان الذي تتم فيه اجراءات التحكيم على النحو التالي:

"(١) للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم. فإن لم يتفقا على ذلك، تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان، على أن تؤخذ في الاعتبار ظروف القضية، بما في ذلك راحة الطرفين.

"(٢) استثناء من أحكام الفقرة ١ من هذه المادة، يجوز لهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا للمداولة بين أعضائها، ولسماع أقوال الشهود أو الخبراء أو طرفي النزاع، أو لمعاينة البضائع أو غيرها من الممتلكات، أو لفحص المستندات، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك."

١٤- والاتجاه في التحكيم الدولي هو الاعتراف بحرية الطرفين في الاتفاق على مكان التحكيم؛ وفي حال عدم وجود اتفاق من هذا القبيل، تحدد هيئة التحكيم مكان التحكيم. ومكان التحكيم له صلة قانونية لأنه يحدد قانون التحكيم الذي ينظم التحكيم، ولأنه يمثل أحد العوامل لإرساء الطابع الدولي للتحكيم. ومكان التحكيم هو مكان منشأ القرار، وبالتالي فإنه وثيق الصلة في سياق اجراءات الاعتراف والإنفاذ.

١٥- ومشروع المادة ٧٨ في الخيار ألف يقصر المحافل المسموح فيها بمطالبات التحكيم على أماكن معينة. وإذا رأى الفريق العامل الثالث أن من المناسب إدراج تحديد المحافل المسموح فيها بالمطالبات، فإنه ينبغي أن يلاحَظ أن المكان الذي سيتعين فيه أداء جزء كبير من الالتزامات، أو المكان الذي يكون موضوع النزاع أوثق صلة به، يمثلان أكثر المعايير شيوعا بدلا عن "مكان إبرام العقد: على النحو المستخدم في مشروع المادة ٧٨ (أ) '٢'. وبالطبع فإن الأساس المنطقي لقرار الفريق العامل الثالث بحذف مكان إبرام العقد كأساس لتحديد الولاية القضائية في الفصل ١٥من مشروع الصك (A/CN.9/572، الفقرة ١٢٦) ربما سيمتد إلى هذا الحكم في فصل التحكيم كذلك.

دال- المادة ٧٩ في الخيارين ألف وباء من مشروع الصك

١٦- تنص المادة ٧٩ في الخيارين ألف وباء على أن "يطبق المحكم أو هيئة التحكيم قواعد هذا الصك."

١٧- وبالمقارنة، فإن القانون النموذجي يمنح الطرفين استقلالا تاما لتحديد القواعد الاجرائية التي ستُطبق؛ وفي حال عدم اتفاق الطرفين، فإنه يسند إلى هيئة التحكيم مهمة تحديد تلك القواعد. ويحظى الاعتراف باستقلال الطرف بقبول واسع في التحكيم الدولي.

١٨- وعلى الرغم من أن المادة ٧٩ من مشروع الصك تنص بوضوح على طبيعة الصك الإلزامية، فإنها تبدو متعارضة مع المبدأ المقبول على نطاق واسع في القانون الدولي الخاص، الذي يقول إن للطرفين حرية أن يتفقا على إمكان انطباق قانون الدولة (بما في ذلك أحكامه الإلزامية). وقد يود الفريق العامل الثالث أن ينظر في حذف مشروع المادة ٧٩ (وبالتالي يترك مسألة القانون المنطبق لقانون التحكيم العام) أو توليف مشروع الصك مع التحكيم العام وضمان احترام الأحكام الإلزامية لمشروع الصك تمشيا مع المبادئ العامة التي تحكم التحكيم. وتنص المادة ٢٨ من القانون النموذجي، التي صيغت بعناية، على النحو التالي:

المادة ٢٨- القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع

(١) تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع. وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك.

(٢) إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق.

(٣) لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحسنى، أو كمحكّم عادل منصف، إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة.

(٤) في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة.

١٩- ويسمح القانون النموذجي لهيئة التحكيم، كما تسمح لها قواعد التحكيم التي وضعتها الأونسيترال، بالفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحسنى أو كمحكّم عادل منصف إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة. ويشتمل الصكان على حكم بأنه "في جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة".

هاء- المادة ٨٠ في الخيار ألف من مشروع الصك

٢٠- تجعل المادة ٨٠ في الخيار ألف إدراج المادتين ٧٧ و٧٨ في جميع اتفاقات التحكيم أمرا إلزاميا. وقد يود الفريق العامل أن ينظر في آثار هذا الحكم على استقلال الطرفين، وفيما إذا كان من الممكن تحقيق أهداف مشروع الصك بطريقة أكثر اتساقا مع استقلال الطرفين.

واو- المادة ٨٠ مكررا في الخيار ألف والمادة ٨٠ مكررا في الخيار باء من مشروع الصك

٢١- قد يود الفريق العامل الثالث أن ينظر فيما إذا كان المبدأ المعبّر عنه في مشروع المادة ٨٠ مكررا في الخيار ألف ومشروع المادة ٨٠ مكررا في الخيار باء سيجد تعبيرا عنه بشكل أفضل في مشروع المادة ٧٦ باضافة عبارة "أو نشأ" بعد عبارة "قد ينشأ".

ثانيا- المبادئ الأساسية للتحكيم الدولي غير المدرجة في مشروع الصك

٢٢- قد يود الفريق العام أن ينظر في عدّة مبادئ أساسية للتحكيم الدولي غير مدرجة حاليا في مشروع الصك. وقد يفضل الفريق العامل أن يبقى مشروع الصك دون أن يشير إلى تلك المبادئ. ويمكن أن يكون البديل إدراج إشارة عامة إلى قانون التحكيم المنطبق. فهذا لن يوفر اتساقا كاملا في كل تفصيل. وقد يود الفريق العامل أيضا أن ينظر فيما إذا كانت هناك حاجة إلى مزيد من العمل في مجال التحكيم البحري بغية تحقيق اتساق بقدر أكبر. وقد يود الفريق العامل كذلك أن يشجع الدول التي تنوي تصديق مشروع الصك على أن تدرس إمكانية اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

٢٣- وأول مبدأ أساسي من هذا النوع يتمثل في استقلال الطرفين، حيث يحدد قانون التحكيم قواعد القصور العامة، تاركا للطرفين حرية صوغ قواعد العملية بالاتفاق فيما بينهما داخل نطاق القواعد الإلزامية المقبولة دوليا. ومعظم أحكام القانون النموذجي والتشريعات الحديثة بشأن التحكيم تُعتبر قواعد قصور وتنطبق ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

٢٤- وثمة مبدأ آخر أُعلن في معظم الصكوك القانونية الداعمة للتحكيم، وهو مجسد في مادة مماثلة للمادة ٨ من القانون النموذجي، التي تحدد العلاقة بين المحاكم وهيئات التحكيم، عندما ترفع دعوى موضوعية أمام المحكمة في حين أنها يمكن أن تكون خاضعة للتحكيم.

٢٥- وقد يود الفريق العامل أن ينظر في أعمال الفريق العامل الثاني الراهنة فيما يتعلق بمجموعة قواعد منطبقة على تدابير الحماية المؤقتة بأمر هيئات التحكيم، وفيما يتعلق بالاعتراف بتدابير الحماية المؤقتة بأمر هيئات التحكيم وبأمر المحاكم، وإنفاذ تلك التدابير.

٢٦- وأخيرا، قد يود الفريق العامل أن ينظر فيما إذا كان ينبغي إدراج إشارة صريحة إلى اتفاقية نيويورك في اطار الفصل ١٨ من مشروع الصك بغية الاتساق مع اشتراطاتها وإفساح المجال للاعتراف بقرارات التحكيم وفقا لتلك الاتفاقية وإنفاذ تلك القرارات.