كلية الحقوق

النظام القانوني للتدابير الوقتية والتحفظية في مجال القضاء والتحكيم الدوليين

الباحثة

أسماء أحمد سليمان عيسى

باحثة دكتوراه - محامى حر

d.osama2013@yahoo.com

الملخص

تعد التدابير الوقتية والتحفظية من المسائل المهمة في مجال القضاء والتحكيم الدوليين، نظرا لما يقوم به الحاجة الى اتخاذ تدابير وقتية او تحفظية لها طابع الاستعجال ولا تمس بأصل الحق وتتجلى مهمتها في حماية حقوق ومراكز الأطراف ويتصدى التحكيم المستعجل لاستجابة هذه الحاجة من خلال منح المحكم صالحية اتخاذ القرارات الوقتية والمستعجلة قبل تشكيل هيئة التحكيم

وقد توصل هذا البحث إلى عدة نتائج من أهمها أن السلطة القضائية هي صاحبة الاختصاص الأصيل باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم. وأن اللجوء إلى قضاء الدولة من أجل الحصول على قرار وقتي أو تحفظي لا يؤثر على اتفاق التحكيم ولا يفيد التنازل عنه.

ومن أهم التوصيات التي خرج بها البحث: ضرورة منح المحكم سلطة اتخاذ القرارات المستعجلة. ضرورة تخصيص دائرة مستعجلة في القضاء لتنفيذ التدابير المؤقتة أو التحفظية في مجال التحكيم ليتسنى لها الفصل في النزاع على وجه السرعة.

Abstract:

Timely and provisional measures are important issues in the field of international justice and arbitration in view of its significant role in preserving rights under threat, The need for temporary or provisional measures of an urgent nature, without prejudice to the origin of the right, whose task is to protect the rights and status of the parties, may arise prior to or during the proceedings. Urgent arbitration addresses this need by granting the arbitrator the power to make timely and expeditious decisions prior to the establishment of the arbitral tribunal.

This research has reached several conclusions, the most important of which being that the judiciary has inherent competence to take timely and provisional measures in disputes agreed to on arbitration. and that recourse to State jurisdiction in order to obtain a timely or provisional decision does not affect the arbitration agreement and does not benefit its waiver.

One of the most important recommendations was that the arbitrator should be given the power to make summary decisions. The need to allocate an expedited judicial service to the implementation of interim or provisional arbitration measures in order to be able to resolve the dispute expeditiously.

مقدمة:

وإذ يمارس القضاء والتحكيم الدوليين اختصاص أصيلا يتعلق بالنظر في النزاعات الدولية، إلا أنهما يمارسان اختصاص آخر يعتبر اختصاصا عارضا، يتمثل في اتخاذهما لتدابير مؤقتة أو تحفظية. هذه التدابير تحوز على قدر كبير من الأهمية في القانون الدولي، وقد ارتبط ظهورها بظهور المحاكم الدولية، فهي تعد ظاهرة حديثة العهد نسبيا في القانون الدولي. وعلى الرغم من أنها معروفة ومستقرة منذ زمنطويل في إطار القوانين الداخلية، إلا أن تسمية التدابير المؤقتة ترجع إلى وظيفتها الرئيسية في دعم العملية القضائية.

فالتدابير المؤقتة تتخذها المحاكم وهيئات التحكيم الدولية بصورة مؤقتة لحماية الحقوق المتنازع عليها، وهي كذلك تدابير مخصصة للمحافظة على مركز واقعي أو قانوني يهد ف إلى حماية الحقوق المطلوب الاعتراف بها من قاضي الموضوع الذي يفصل في النزاع.

أهمية الدراسة:

تأتي أهمية هذا الموضوع من أهمية الدور الذي تلعبه التدابير الوقتية والتحفظية في تحقيق الحماية القانونية للحقوق والمراكز القانونية سواء أمام القضاء أو أمام هيئات التحكيم

هدف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى:

- بيان ماهية التدابير الوقتية والتحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم.
- بيان مدى اختصاص قضاء الدولة والتحكيم باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية.
- مدى سلطة هيئة التحكيم باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية

منهج الدراسة:

ارتكزت الدراسة على المنهجي التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية والأراء الفقهية والمعاهدات والاتفاقيات الدولية.

خطة الدراسة:

تقتضي دراسة دور القضاء في إجراءات تحقيق خصومة التحكيم تناول هذا الفصل في المباحث الأتية:

المبحث الأول: اجراءات طلب التدابير التحفظية في القضاء الدولي

المبحث الثاني: سلطة المحكم الولائية في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية

المبحث الأول

اجراءات طلب التدابير التحفظية

في القضاء الدولي

يتمتع القضاء الاستعجالي بمكانة مهمة في القضاء الدولي على غرار القضاء الوطني، وتعتبر التدابير التحفظية بشكل عام أحد أهم أوجه الاستعجال من أجل تفادي الإثار المترتبة عن مرور الوقت.

نحاول من خلال هذه المبحث مناقشة وتحليل إشكالية ماهية التدابير التحفظية، والإجراءات المتبعة لتقديم الطلب بها أمام القضاء الدولي. ونتعرض إلى ذلك كما يلي:

المطلب الأول: مفهوم التدابير التحفظية

المطلب الثاني: اجراءات طلب التدابير التحفظية

المطلب الأول

مفهوم التدابير التحفظية

تهدف التدابير التحفظية الصادرة عن مختلف المحاكم الدولية إلى حماية أو حفظ حقوق أحد أو كلا الطرفين في النزاع، وتختلف هذه التدابير عن حكم المحكمة في النزاع، لأنها ذات طابع مؤقت، وتسقط بمجرد صدور الحكم النهائي في موضوع الدعوى.

ويجدر بنا للتعرف على ماهية التدابير التحفظية التعريف بها، وبأساسها القانوني ثم النظر في الخصائص التي تتميز بها.

الفرع الأول

تعريف التدابير التحفظية

التعريف الفقهي:

تختلف آراء الفقهاء في تعريف التدابير التحفظية، ولكنهم يجمعون على تعريفها من حيث خصائصها وشروطها، فهناك من يعرفها بأنها: "الإجراءات الوقتية التي تتخذها المحكمة في حالة الاستعجال، بناء على طلب الأطراف المتنازعة، أو من تلقاء نفسها بهدف الحفاظ على الحقوق المتنازع عليها، وعدم الإضرار بالمراكز القانونية للمتنازعين لحين الفصل في النزاع"[١]

وتعرف كذلك بأنها: "مجموعة من الإجراءات والتدابير المؤقتة التي تتميز بطابعها المستعجل، والتي تأمر بها السلطة المختصة سواء كانت سلطة قضائية أو تحكيمية أو سياسية، وذلك بصدد نزاع معين مطروح أمامها بهدف المحافظة على حقوق طرفي النزاع أو أحدهما، أو

---

(١) محمد صافي يوسف: "المحكمة الدولية لقانون البحار"، دراسة تحليلية للجوانب التنظيمية والوظيفية للمحكمة ولأهم الاحكام القضائية الصادرة عنها"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣ ص ٢٥٤

لمنع تفاقم هذا النزاع، أو الإبقاء على الحالة الراهنة له، إلى حين الفصل في النزاع أو الوصول إلى تسوية نهائية له" [١] .

ويشير التعريف السابق إلى خصائص التدابير التحفظية، من حيث أنها تدابير ذات طابع مؤقت، وتأمر بها سلطة مختصة، وتتميز بالطابع المستعجل، غير أنه لا يمكن تبني هذا التعريف لسببين:

يتمثل السبب الأول في أن هذا التعريف جاء عاما؛ فقد عرف التدابير التحفظية في القانون الدولي بصفة عامة، وأشار إلى أن السلطة المختصة بها قد تكون سلطة قضائية أو تحكيمية أو سياسية،

وأن مجال هذه الدراسة يقتصر فقط على التدابير التحفظية الصادرة عن السلطة القضائية، بمعنى أننا نستبعد التدابير التحفظية الصادرة عن السلطة السياسية.

ويرجع السبب الثاني إلى أن هذا التعريف اقتصر على الأخذ ببعض أهداف التدابير التحفظية دون غيرها، من حيث أنها تهدف للمحافظة على حقوق طرفي النزاع أو أحدهما، أو لمنع تفاقم النزاع، أو الإبقاء على الوضع السائد. ولا نجد مبررا للأخذ في هذا التعريف ببعض أهداف التدابير التحفظية دون غيرها.

وتسمى التدابير التحفظية أحيانا "تدابير الحماية المؤقتة"، وتستمد مبررها من أبسط مبدأ قانوني، وهو أن الحكم النهائي الصادر من المحكمة يجب أن ينفذ، فهي ضرورية لحماية أي طرف من طرفي النزاع أو كليهما من اتخاذ أي إجراء لا يمكن اصلاحه قبل الفصل النهائي في موضوع النزاع. وتتخذ التدابير التحفظية بهدف حماية محل الدعوى وعدم تعريضه للخطر أثناء سير الدعوى، لضمان حسن التنفيذ المحتمل للحكم الذي سيصدر في النزاع. وتكون التدابير التحفظية أكثر فاعلية عندما يدرك أطراف النزاع قيمة التدخل القضائي في هذا الشأن[٢].

وعرفها الفقيه سزتوكي (SZTUCKI) بأنها " وسيلة للمحافظة على الحالة الراهنة وأنها جزء لا يتجزأ من عملية السلام القضائية. [٣]

وعرفها البعض الاخر بأنها "عبارة عن إجراءات وتدابير مؤقتة، تأمر بها المحكمة المختصة بهدف المحافظة على حقوق طرفي النزاع، أو منع تفاقمه لحين الفصل النهائي في الموضوع، كما تهدف إلى ضمان تنفيذ الحكم النهائي"[١]

---

(١) عبد العزيز مخيمر عبد الهادي: القضاء الدولي المستعجل، منشورات جامعة الكويت،١٩٩٦ م، ص٣٣

(2) Natalie KLEIN: Dispute settlement in the UN convention on the law of the sea, first published, Cambridge university press, New York, 2007, p. 59.

(3) Jerzy SZTUCKI: Interimmeasures in The Hague court, published Kluwer, 1983, p. 1.

أغفل التعريف السابق للتدابير التحفظية –من خلال ذكره خصائصها وشروطها– الطابع الاستعجالي الذي يعد خاصية أساسية تتميز بها التدابير التحفظية.

وعرفها الفقيه روزين (ROSENNE) بأنها" تلك الطلبات المقدمة من أحد الأطراف (عادة المدعي) لاستصدار قرار من المحكمة التي تنظر في القضية، بشأن سلوك يصدر عن الطرف الاخر (عادة المدعي عليه)، وذلك لحفظ محل النزاع لحين صدور الحكم النهائي" [٢] وأغفل هذا التعريف كذلك خاصية مهمة للتدابير التحفظية، وهي الطابع الاستعجالي الذي يعتبر المبرر الأساسي لوجود هذا النظام القانوني.

وعّرفها البعض الاخر بأنها "تعد من قبيل الإجراءات العارضة، أي تلك الإجراءات التي تمارسها المحكمة على هامش قضية مطروحة أمامها فعلا، كما أنها تعتبر من الطلبات غير المتعلقة بالموضوع.

لذلك، فهي لا تتوقف على موافقة أطراف النزاع، إذ يمكن طلبها من قبل الأطراف، ويمكن كذلك للمحكمة أن تأمر بها من تلقاء نفسها[٣]

ولا يختلف هذا التعريف عن باقي التعريفات السابقة، ولكنه يقصد منه التدابير التحفظية الصادرة عن محكمة العدل الدولية، باعتبار أن لها صلاحية الإشارة بالتدابير التحفظية من تلقاء نفسها.

وعرفها بعض الفقهاء كذلك بأنها "التدابير التي تتخذ أثناء نظر الدعوى بهدف معالجة حالة الاستعجال، إلى أن يتم صدور الحكم النهائي في النزاع".

تعريف معاجم القانون الدولي:

عرف قاموس القانون الدولي التدابير التحفظية على أنها "التدابير التي يمكن أن تفرضها محكمة العدل الدولية بموجب المادة (٤١) من نظامها الأساسي، في سياق دعوى في الموضوع لحين صدور الحكم، والتي يجب اتخاذها لحفظ حق كل الأطراف"

ثم حدد خصائصها الأساسية، " فالطلب يعتبر مستعجلا، ويشكل مرحلة منفصلة في الدعوى تنتهي بقرار يصدر على شكل أمر. وتكمن أهمية التدابير التحفظية في كونها تهدف إلى

---

(١) جمعة صالح حسين: القضاء الدولي وتأثير السيادة الوطنية في تنفيذ الاحكام الدولية، دار النهضة العربية، بدون طبعة، ١٩٩٠ ص٣٨٥.

(2) Shabtai ROSENNE: "the perplexities of modern international law", general course on public international law, collected courses of The Hague academy of international law, tome 291, 2001, pp. 9-472.

(٣) أحمد ابو الوفاء:" قضية تطبيق اتفاقية منع والعقاب على جريمة ابادة الجنس البوسنة والهرسك ضد صربيا"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٤٩، ١٩٩٣، ص ٢٦٢.

حماية حقوق الدولة المدعية لحين صدور الحكم النهائي في الموضوع، ولمنع أي تعد أو تفاقم للنزاع. وحيث أن لموضوع التدابير في التحفظية مضمون سياسي كثير من الأحيان، فإنه يتوجب على المحكمة تبليغ نبأ التدابير ليس فقط لأطراف النزاع فحسب، بل وإلى مجلس الأمن كذلك"[١].

جاء هذا التعريف موجزا وبسيطا، ولكن تكمله مجموعة الخصائص المرفقة مع التعريف، والتي يصعب اعتبارها جزءا منه لطولها. كما أنه اقتصر على المادة (٤١) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في تعريف التدابير التحفظية، بمعنى أن المقصود هنا هي التدابير التحفظية الصادرة عن محكمة العدل الدولية فقط.

وعرفت التدابير التحفظية في قاموس قانوني آخر بأنها "الإجراءات التحفظية التي تهدف إلى تجنب المساس أو تعريض حقوق طرفي النزاع للخطر أثناء نظر الدعوى". ذلك أن التدابير التحفظية "تسمح بتجميد الوضع المتأزم إلى غاية صدور الحكم النهائي، فالتدابير التحفظية هي تقنية قانونية تسمح باستقرار الوضع بين أطراف النزاع وتجنب تفاقمه" [٢]

في القانون الدولي لحقوق الإنسان:

تعتبر التدابير التحفظية أساسا ذات بعد وقائي، وتهدف إلى حماية الحقوق الأساسية وتجنب الأخطار التي تهدد الأفراد والتي لا يمكن تداركها.

كما تعتبر الأوامر بالتدابير التحفظية ممارسة تقليدية موجودة في جميع الأنظمة في مجال حقوق الإنسان. كما يشير الفقيه مالين فرني (E.MALINVERNI) بأن "سلطة تبني أو اعتماد مثل هذه التدابير هي أحيانا سلطة ضمنية للجهاز القضائي، أو نتيجة لقاعدة عرفية دولية"[٣]

---

(1) BLEDOSOE, R. and BOCZEK, B: The international law dictionary, Oxford, London, 1987, p. 313

مشار إلية في: غنوة فواز أحمد طوقان، التدابير المؤقتة في النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية، ماجستير، جامعة الاردن، ٢٠٠٥ ص ٥

(2) Moncef KDHIR : Dictionnaire juridique de la cour internationale de justice, Bruxelles, Bruylant, 2ème édition .2000, p.229.

(3) G. MALINVERNI : "La pratique des Comités conventionnels des Nation unies en matière des mesures conservatoires", in G. COHEN –Jonathan et J.–F. FLAUSS(eds) : Mesures conservatoires et droit fondamentaux, Bruylant, 2005 ; p. 73, in RachidatoulllaMAIKASSOUA, op.cit., p.83–84.

وتعرف حسب البروفيسور فلوس (FLAUSS) بأنها " كل تدبير مؤقت بطبيعته، يعتمد على وجود خطر وقوع ضرر على الضحية يتعذر اصلاحه، بمعنى وجود حالة الاستعجال" [١]

وتعرف كذلك في الممارسة القضائية للمحكمة الاوروبية لحقوق الانسان بأنها "القدرة على التعامل مع القضية بصفة مستعجلة، استجابة لظرف مشروع، ولضمان آلية فعالة من الحماية للفرد".

في القانون الدولي للبحار

تعرف التدابير التحفظية من خلال المادة (٢٩٠) من اتفاقية قانون البحار بأنها "مجموعة الإجراءات التي تتخذها المحكمة في حالة الاستعجال إذا رأت بأنها مختصة، والتدابير التحفظية ليس من شأنها حسم النزاع، ولكنها تفرض لصون حقوق كل طرف من أطراف النزاع، أو لمنع إلحاق ضرر جسيم بالبيئة البحرية إلى أن يبحث النزاع بشكل موضوعي ويصدر حكما نهائيا بشأنه"[٢].

ويمكن تعريف التدابير التحفظية أخيرا بأنها "الإجراءات الوقتية التي تتخذها المحكمة في حالة الاستعجال، في شكل أوامر، بناء على طلب أحد طرفي النزاع، أو من تلقاء نفسها، بهدف الحفاظ على الحقوق محل النزاع من خطر ضرر لا يمكن إصلاحه، أو تجنب ضرر جسيم بالبيئة البحرية، لحين الفصل النهائي في النزاع".

الفرع الثاني

الأساس القانوني للتدابير التحفظية

تعتبر التدابير التحفظية من ضرورات التقاضي ومتطلبات حسن سير العدالة، وورد النص عليها في أغلب الأنظمة القانونية الوطنية، فهل نصت عليها الأنظمة القضائية الدولية؟

يعود الأساس في ظهور فكرة التدابير التحفظية في القضاء الدولي إلى محكمة العدل الأمريكية، والتي تعتبر أول هيئة قضائية تبنتها في المادة (١٨) من اتفاقية إنشائها[٣] المؤرخة في ٢٠ ديسمبر ١٩٠٧م.

---

(1) J.F. FLAUSS:"notule sur les mesures conservatoires devant la commission africaine des droits de l'homme et des peoples", Revue Trimestrielle Des Droits De L'homme RTDH, NO 55, 2003, p. 925, in Rachidatoullla MAIKASSOUA, op. cit, p. 83.

(٢) نهى السيد مصطفي محمد صالح: "اختصاص المحكمة الدولية لقانون البحار"، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد ٥٤، جامعة المنصورة ٢٠١٣، ص ٥٢

(3) L'article 18 : "du moment ou une requête a été introduit contre un ou plusieurs gouvernements, la Cour a le pouvoir de déterminer la situation dans

وتبنت الفكرة بعدها مختلف النصوص القانونية، ومنحت القاضي أو المحكم صلاحية العمل بهذه التدابير، ونشير هنا إلى سلسلة معاهدات بريان (Bryan treaties)، التي أبرمت بين الولايات المتحدة الأمريكية ودول أخرى آسيوية وأوروبية وأمريكية في الفترة الواقعة ما بين عامي ١٩١٣م، ١٩١٥م.

وكان الهدف من هذه الاتفاقيات الثنائية يتمثل في تحويل أي نزاع بين الأطراف التي لم تنجح الوسائل الدبلوماسية في حله، إلى لجنة تحقيق دائمة[١] لها صلاحية "الإشارة على وجه السرعة بالإجراءات التي ينبغي اتخاذها للمحافظة على حقوق كل من طرفي النزاع، بشكل مؤقت إلى حين تقديم التقرير الرئيسي"[٢]

وأخذ بفكرة التدابير التحفظية بعد ذلك في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الدائمة، والتي منحت المحكمة هذه الصلاحية صراحة.

وتبنت هذه الفكرة فيما بعد العديد من هيئات القضاء الدولي سواء في الاتفاقيات الدولية أو الأنظمة الأساسية لهذه الهيئات وكذا في لوائحها الداخلية. نحاول فيما يلي التطرق لبعضها.

أ- في الاتفاقيات الدولية

نصت المادة (٢٩٠) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار على سلطة المحكمة في الإشارة بالتدابير التحفظية، كما وردت هذه التدابير في المواد (٢٤٠) و (٢٤٣) من اتفاقية الاتحاد الأوروبي، وفي المادة (٢٧) من البروتوكول المتعلق بالميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والمتعلق بإنشاء اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، والمادة (٦٣) في فقرتها الثانية من الاتفاقية الإفريقية لحقوق الانسان.

ب- في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية

تنص المادة (٤١) من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية على أن "للمحكمة أن تقرر التدابير المؤقتة التي يجب اتخاذها لحفظ حق كل الأطراف، وذلك متى رأت أن الظروف تقض ي بذلك. إلى أن يصدر الحكم النهائي، ويبلغ فورا أطراف الدعوى ومجلس الأمن نبأ التدابير التي يرى اتخاذها".

---

laquelle les parties litigantes doivent se maintenir jusqu' à ce que la décision finale soit intervenue. Cette ordonnance sera rendue à la requête de l'une des parties afin que la situation ne s'aggrave pas et avec l'objet que les parties maintiennent le statu que jusqu' à ce que la décision finale soit prononcée".

(1) Guillaume Le Floch: L'urgence devant les juridictions internationales, édition A, Pédonne, Paris, 2008, pp.48-49.

(٢) غنوة فواز أحمد طوقان، التدابير المؤقتة في النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية، مرجع سابق، ص٥

وتجدر الإشارة إلى أن هذا النص مأخوذ من النظام الأساسي لسابقتها محكمة العدل الدولية الدائمة. ولم يحدد هذا النص أية شروط لممارسة هذا الاختصاص.ونجد كذلك إشارة إلى التدابير التحفظية في المادة (٢٥) من النظام الأساسي للمحكمة الدولية لقانون البحار، والمادة (٣٦) من النظام الأساسي لمحكمة العدل للاتحاد الأوروبي، والمادة (١٨) في فقرتها السادسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

ت-اللوائح الداخلية

وردت التدابير التحفظية في المواد من (٧٣) و (٧٨) من اللائحة الداخلية لمحكمة العدل الدولية، وفي المادة (٣٩) من اللائحة الداخلية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وفي المواد (٨٣-٩٠) من اللائحة الداخلية لمحكمة العدل للاتحاد الأوروبي، والمواد (١٠٤-١١٠) من اللائحة الداخلية لمحكمة الدرجة الأولى الأوروبية. كما وردت في المواد (٨٩- ٩٥) من اللائحة الداخلية للمحكمة الدولية لقانون البحار، وفي المادة (٢٥) من اللائحة الداخلية للمحكمة الأمريكية لحقوق الانسان[1] وتجد التدابير التحفظية أساسها القانوني بالنسبة لمحكمة العدل للاتحاد الأوروبي ومحكمة الدرجة الأولى، وكذا محكمة قانون البحار، في كل من الاتفاقية والنظام الأساس ي للمحكمة معا، بالإضافة إلى اللائحة الداخلية.

وبغض النظر عن الأساس القانوني للتدابير التحفظية ولا حتى الجهة القضائية المختصة، فإن هذه التدابير تتميز ببعض الخصائص؛ فهي تعتبر تدابير وقتية، وتهدف لحماية الحقوق محل النزاع، كما أنها لا تمس بأصل الموضوع، وتسقط بصدور الحكم في النزاع لأنها تعتبر من الإجراءات العارضة، بمعنى أنه يتم طلبها بالاستناد إلى وجود نزاع ودعوى في الموضوع أمام المحكمة.

الفرع الثالث

خصائص التدابير التحفظية

يمكن استنتاج خصائص التدابير التحفظية من خلال التعاريف المختلفة السابقة

أ- تدابير مؤقتة وقابلة للتعديل

تتميز التدابير التحفظية بالطابع المؤقت لأن اللجوء إليها تبرره حالة الاستعجال وجسامة الضرر وشيك الوقوع، وهي التي تعطي امتياز اللجوء إلى مثل هذه التدابير وتهدف إلى توفير

---

(١) الإضافة إلى ذلك، وردت التدابير التحفظية في المادة ٨٦ من اللائحة الداخلية للجنة الاوروبية لحقوق الانسان، وكذلك المادة ١٠٩ من اللائحة الداخلية للجنة الافريقية لحقوق الانسان والشعوب. أما فيما يخص المحاكم الجنائية، وردت في المادة ٤٠ من اللائحة الداخلية للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا ١٩٩٤م، ونفس الامر بالنسبة للائحة الداخلية للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا لسنة ١٩٩٥م، في مادتها ٤٠ والتي تم اقتباسها من اللائحة الداخلية لمحكمة يوغسلافيا سابقا.

الحماية لحقوق الأطراف بصورة مؤقتة إلى أن يصدر الحكم النهائي الفاصل في النزاع؛ فالتدبير التحفظي يرتب حماية مؤقتة تستنفذ دورها تماما بصدور الحماية القضائية الموضوعية [١] فالصفة الوقتية أهم ما يميز التدابير التحفظية عن الأحكام النهائية في موضوع النزاع، رغم أن موضوع التدابير المطلوبة قد يكون هو نفس موضوع الدعوى الأصلية.

ونشير في هذا الصدد إلى قضية الرهائن الدبلوماسيين الأمريكيين في طهران بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيران عام ١٩٧٩م، وكذلك الأمر في قضية التجارب النووية بين أستراليا وفرنسا وبين نيوزيلندا وفرنسا عام ١٩٧٣م، وقضية مصائد الأسماك بين المملكة المتحدة وإيسلندا وبين ألمانيا وإيسلندا[٢] عام ١٩٧٢م.

ويترتب على كون هذه التدابير مؤقتة أنها تسقط بمجرد صدور الحكم النهائي في الدعوى، وأنها لا تحوز حجية أمام المحكمة. فالأمر بالتدابير التحفظية يبقى نافذا طالما أن المحكمة لازالت تنظر في الدعوى ما لم يصدر الحكم النهائي في الموضوع، أو يصدر حكم بعدم الاختصاص، أو عدم قبول الدعوى. وكذلك في حالة التنازل عن الدعوى، فإن أثر التدابير التحفظية ينتهي بشطب الدعوى.

ويمكن تقديم طلب تعديل أو إلغاء التدابير التحفظية قبل انتهاء الدعوى لتغير الظروف التي صدر الأمر بالتدابير بشأنها، فيكون للمحكمة قبل صدور الحكم النهائي أن تعدل هذه التدابير أو تلغيها لتغير الظروف التي أوجبت الأمر بها أو زوالها، وهو ما نصت عليه المادة ٧٦ في فقرتها الأولى من لائحة محكمة العدل الدولية كما يلي: "للمحكمة بناء على طلب أحد الأطراف أن تقرر في أي وقت قبل إصدار الحكم النهائي في القضية، إلغاء أو تعديل أي قرار متعلق بالتدابير التحفظية، إذا رأت أنه قد طرأ على الحالة تغيير يبرر إلغاء هذا القرار أو تعديله".

كما نصت على ذلك المادة (٢٩٠) من اتفاقية قانون البحار في فقرتها الثانية كما يلي: "يجوز أن تعدل التدابير المؤقتة أو تلغى بمجرد تغير أو زوال الظروف التي تبررها" [٣]

وفي مثال ذلك ما جاء في أمر محكمة العدل الدولية الصادر سنة ١٩٧٢م، في قضية الولاية على مصائد الاسماك بين ألمانيا وايسلندا بأنه" ما لم تنطق المحكمة في هذه الاثناء

---

(١) عبد العزيز مخيمر عبد الهادي: القضاء الدولي المستعجل، مرجع سابق، ص٣٣

(٢) موجز الاحكام والفتاوى والاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية، ١٩٤٨- ١٩٩١ الأمم المتحدة، نيويورك،١٩٩٦ص ١١٥و ١١٦ و ١٢٠ و ١٤٠، على الموقع الالكتروني:www.icj-cij.or

(٣) كما تم النص على تعديل التدابير التحفظية في عدة نصوص أخرى: المادة ٩٣ من اللائحة الداخلية لمحكمة قانون البحار، والمادة ١٠٨ من لائحة المحكمة (محكمة الدرجة الاولى الاوروبية) والمادة ٨٧ من لائحة محكمة العدل للاتحاد الأوروبي.

بحكمها النهائي في القضية، ستقوم في وقت مناسب قبل ١٥ أغسطس ١٩٧٣م، بمراجعة المسألة بناء على طلب أي من الطرفين لتقرير ما إذا كان ينبغي الاستمرار في التدابير السالفة الذكر أو إذا كانت هناك حاجة لتعديلها أو إلغائها" [١]

إن التدابير التحفظية التي تأمر بها المحكمة ليست نهائية، وهي قابلة للتعديل والإلغاء أو التغيير إذا تغيرت الظروف أو زالت، ويجوز للمحكمة – استنادا إلى ذلك – أن تفرض تدابير تحفظية مؤقتة غايتها منع حفظ حقوق أطراف النزاع، أو إلحاق أي ضرر جّدي بالبيئة البحرية في انتظار صدور القرار النهائي، لأن طبيعة النزاع قد تستدعي فرض مثل هذه التدابير حتى صدوره.

ونجد في أمر محكمة العدل الدولية بالتدابير التحفظية في قضية مصائد الأسماك الأيسلندية، أن المحكمة قامت – وللمرة الأولى – بتحديد مدة لنفاذ التدابير التحفظية [٢] وكانت هذه الحالة الوحيدة، لأن الراجح في ممارسة محكمة العدل الدولية هي أن تسقط التدابير التحفظية بصدور الحكم النهائي في النزاع.

ب–التدابير التحفظية تصدر في شكل أوامر

تتخذ هيئات القضاء الدولي قراراتها على أشكال مختلفة إما في صورة أحكام وقرارات، أو أوامر وكذلك في صورة فتاوى.

وتجدر الاشارة إلى أن التدابير التحفظية تم النص عليها في فصل الاجراءات، وتتخذ في صورة أوامر (ordonnances)، والأوامر تصدر بصدد إجراءات كثيرة تقررها المحكمة لتنظيم سير الدعوى، كتحديد عدد وثائق المرافعة، وترتيب تقديمها والآجال الزمنية المحددة لها[٣].

وتصدر المحكمة كذلك أوامرفي حالة إجراء تحقيق أو خبرة [٤]وكذلك في حالة تنازل الأطراف عن الدعوى[٥]

ويكون قرار تحديد الطرف الذي يتحمل مصاريف الدعوى في صورة أمر[٦] وتصدر المحكمة أمرا بخصوص أن يكون فتح باب إجراءات إعادة النظر مرهونا بالتنفيذ المسبق للحكم[١] ولا

---

(١) ملخص الاحكام والفتاوى والاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية، مرجع سابق، ص ١٠٧ و ١٢٠

(2) Compétence en matière de pêcheries (Royaume–Uni de Grande–Bretagne et d'Irlande du Nord c. Islande), mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972, p. 17, para 26/2 du dispositif.

(٣) الفقرة الاولى من المادة ٤٤ من لائحة محكمة العدل الدولية.

(٤) الفقرة الاولى من المادة ٦٧ من لائحة محكمة العدل الدولية.

(٥) الفقرة الاولى من المادة ٨٨ من لائحة محكمة العدل الدولية.

(٦) المادة ٩٧ من لائحة محكمة العدل الدولية.

تكون هذه الأوامر فاصلة في موضوع النزاع، فضلا عن صفتها الإجرائية، بخلاف الأحكام القضائية التي تصدرها المحكمة بشأن الدفوع الأولية[٢] أو الأحكام النهائية الصادرة بخصوص النزاع[٣] وكذلك قرارات المحكمة بشأن تفسير حكم أو إعادة النظر فيه[٤] وتفصل أحكام المحاكم نهائيا في النزاع أو في جانب منه، وهذا ما يميزها عن الأوامر، بالإضافة إلى أنها قرارات موضوعية وليست اجرائية.

في أما الفتاوى، فتتخذها المحكمة بصدد طلب فتوى يقدم إليها من الجهات المرخص لها بذلك الميثاق بالنسبة لمحكمة العدل الدولية [٥] وكذلك الأمر بالنسبة لمحكمة قانون البحار [٦] في صورة رأي استشاري.

نتيجة لذلك، فإن التدابير التحفظية هي تدابير إجرائية لا تفصل في موضوع النزاع، ولا في أي جانب منه، وإنما تهدف إلى حماية حقوق طرفي النزاع إلى حين البت النهائي فيه.

وتصدر محكمة العدل الدولية قراراتها بشأن التدابير التحفظية في صورة أوامر، وذلك طبقا لنص الفقرة الرابعة من المادة (٧٤) من لائحة المحكمة، والتي أشارت إلى كلمة "أمر" تصدره المحكمة بشأن التدابير التحفظية، كما يلي: "يجوز للرئيس، ريثما تنعقد المحكمة، أن يدعو الأطراف إلى التصرف على نحو يمكن معه لأي أمر قد تصدره المحكمة بصدد طلب التدابير التحفظية أن يحقق الهدف المنشود منه".

وكما أن جميع أوامر محكمة العدل الدولية بالتدابير التحفظية (حوالي ٤٦ أمرا)صدرت في شكل أوامر وبالإشارة ليس إلى نص المادة (٤١) من النظام الأساس ي فحسب، بل كذلك نص المادة (٤٨) من لنظام الأساس ي، والتي تخول للمحكمة سلطة وضع الترتيبات اللازمة لسير القضايا، وتعيين شكل تقديم الطلبات ومواعيدها، وتحديد المنهج المتبع في تلقي البيانات، وكلها إجراءات تصدر في شكل أوامر.

وتتشابه إجراءات المحكمة الدولية لقانون البحار إلى حد كبير مع الإجراءات التي اعتمدتها محكمة العدل الدولية، من حيث رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم. أما الاختلافات

---

(١) الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من لائحة محكمة العدل الدولية.

(٢) الفقرة السابعة من المادة ٧٩ من لائحة محكمة العدل الدولية.

(٣) المواد ٩٤، ٩٥، ٩٦ من لائحة محكمة العدل الدولية.

(٤) الفقرة الثانية من المادة ١٠٠ من لائحة محكمة العدل الدولية.

(٥) الجمعية العامة ومجلس الامن طبقا للمادة ٩٦ من الميثاق

(٦) طبقا للمادة ١٩١ من اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار التي تنص على: "للجمعية العامة أو المجلس طلب آراء استشارية في المسائل القانونية التي تنشأ داخل نطاق أنشطتها".

الموجودة في بعض الجوانب التنظيمية والوظيفية لمحكمة قانون البحار، فإنما وجدت لتتماشى وطبيعة قواعد القانون الدولي للبحار وتطوره [1]

ت-التدابير التحفظية ذات طبيعة استعجالية

وجدت التدابير التحفظية في الأنظمة القضائية للحد من الآثار المترتبة على مرور الوقت، لأن من شأن الانتظار حتى الفصل النهائي في النزاع أن يؤدي إلى وقوع ما لا يمكن تداركه أو إصلاحه، لذلك فهي تدابير يجب اتخاذها دون تأخير، لحماية حقوق أطراف النزاع، والوقاية من وقوع ضرر لا يمكن جبره.

ولم تتم الإشارة إلى صفة الاستعجال في النصوص القانونية بصفة صريحة، إلا أنها تضمنت إشارة ضمنية إلى ذلك؛ فقد أشارت المادة (٤١) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية إلى أن للمحكمة أن تأمر بالتدابير التحفظية "متى توفرت الظروف التي تبرر ذلك"، وحالة الاستعجال أحد أهم الظروف التي تبرر اتخاذ مثل هذه التدابير.

كما نصت المادة (٢٩٠) من اتفاقية قانون البحار على أنه يجوز لمحكمة قانون البحار فرض التدابير التحفظية بالنظر إلى "الظروف القائمة"، وإن حالة الاستعجال أهم هذه الظروف لصون حقوق كل من أطراف النزاع، أو لمنع إلحاق ضرر جدي بالبيئة البحرية إلى غاية صدور القرار النهائي في النزاع.

وظهر النظام القانوني للتدابير التحفظية في الأنظمة القانونية الوطنية، بالمقارنة مع الأنظمة القانونية الدولية لنفس الغاية، وهي إنقاذ مسائل تحتاج إلى تدخل فوري من قبل المحكمة، قبل إصدارها لحكمها النهائي في الموضوع، وهذا يعني كذلك أن عنصر الاستعجال هو المبرر الأساسي لوجود نظام التدابير التحفظية.

ويظهر عامل الاستعجال في منح طلب التدابير التحفظية الأولوية على جميع القضايا الأخرى من خلال نص المادة (٧٤) في فقرتها الأولى من لائحة محكمة العدل الدولية. إذ تؤجل المحكمة النظر في القضايا من حيث الموضوع، ويمنح طلب التدابير التحفظية الأولوية.

كما أشارت لائحة محكمة العدل الدولية كذلك إلى حالة عدم انعقاد المحكمة في المادة (٧٤) في فقرتها الثانية كما يلي: "إذا كانت المحكمة غير منعقدة وقت تقديم الطلب، تدعى فورا للانعقاد للبت في هذا الطلب على وجه الاستعجال"؛ بمعنى أن طلب التدابير التحفظية مستعجل بطبيعته، ومن غير المنطقي انتظار البت في الطلب إلى غاية انعقاد المحكمة، كما في حالة أن تكون المحكمة في عطلتها القضائية.

---

(١) صوفيا شراد: قواعد المسؤولية الدولية في أحكام المحكمة الدولية لقانون البحار –دراسة تطبيقية لمبدأ التعويض عن الضرر– رسالة دكتوراه، جامعة بسكرة، ٢٠١٣م، ص ٥

ويشير نص المادة (٢٩٠) في فقرتها الخامسة من اتفاقية قانون البحار إلى صفة الاستعجال كذلك كما يلي:"...وأن الصفة العاجلة تتطلب ذلك ...".

وتولي محكمة العدل الدولية أهمية بالغة للاستعجال من خلال بتها في أمر الطلبات بالتدابير التحفظية، ونجد أن المحكمة تعاملت معها على نحو من السرعة؛ فنذكر على سبيل المثال قضية الأنشطة المسلحة على أراضي الكونغو، إذ تقدمت هذه الأخيرة بطلب التدابير التحفظية للمحكمة بتاريخ ١٩ يونيو ٢٠٠٠ ضد أوغندا، فصدر أمر المحكمة بالتدابير التحفظية بتاريخ ١ يوليو ٢٠٠٠ استجابة لطلب الكونغو[١] أي بعد ١١ يوما من تقديم الطلب.

وتقدمت الباراغواي بطلب التدابير التحفظية بتاريخ ٣ ابريل ١٩٩٨م، أمام محكمة العدل الدولية ضد الولايات المتحدة الأمريكية في القضية المتعلقة باتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية، فحددت المحكمة تاريخ ٧ ابريل ١٩٩٨م كموعد للجلسات العلنية، وصدر أمر المحكمة بالتدابير التحفظية بتاريخ ٩ ابريل ١٩٩٨م، أي أن الأمر صدر بعد ستة أيام من تقديم طلب التدابير التحفظية.

ث-التدابير التحفظية لا تمس بالموضوع

إن التدابير التحفظية ليست اجراءات تمهيدية أو ابتدائية [٢] بل هي إجراءات فرعية في الدعوى القضائية، ويمكن طلبها وقت رفع الدعوى مع العريضة الأساسية أو بعد ذلك، في أي وقت، بشرط أن يكون قبل الفصل النهائي في الموضوع.

وأشارت لائحة محكمة العدل الدولية إلى التدابير التحفظية تحت عنوان "الطلبات العارضة" أو الفرعية، وهي تختلف عن الدفوع الابتدائية التي يجب تقديمها قبل الدخول في موضوع الدعوى، وفي مواعيد تحددها المحكمة[٣] كما ورد في اللائحة جواز تقديم طلب التدابير التحفظية في أية مرحلة تكون عليها الدعوى إلى غاية صدور الحكم النهائي فيها.

وينبغي ألا تمس التدابير التحفظية الموضوع؛ بمعنى ألا تعدل الوضعية القانونية للطراف، في كما يقع على القاضي عدم الحكم في الموضوع خلال ممارسة سلطته الأمر بالتدابير التحفظية.

---

(١) موجز الاحكام والفتاوى والاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية، ١٩٩٧- ٢٠٠٢ الأمم المتحدة نيويورك، ٢٠٠٥م، ص ٥

(٢) سمية غضبان، سلطة محكمة العدل الدولية في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، عدد ٢، ٢٠١١م، ص ١٠

(٣) انظر نص المادة ٧٩ من اللائحة الداخلية لمحكمة العدل الدولية.

وقد نصت بعض الأنظمة الأساسية واللوائح الداخلية لبعض المحاكم الدولية على هذا المبدأ[١] والذي تم في تكريسه في قضية مصنع كورزوف الأمر الصادر بتاريخ ٢١ نوفمبر ١٩٢٧م، عن محكمة العدلالدولية الدائمة، كما تطبق مبدأ عدم مساس التدابير التحفظية بالموضوع جميع هيئات القضاء الدولي، وإن لم تنص على ذلك، كمحكمة العدل الدولية [٢] ومحكمة قانون البحار

المطلب الثاني

اجراءات طلب التدابير التحفظية

حددت أغلب الأنظمة الأساسية لمختلف الهيئات القضائية – على الأقل – شكل ومحتوى طلب التدابير التحفظية ووقت تقديمه، والطرف المخول له صلاحية تقديمه للمحكمة.

١- وقت تقديم طلب التدابير التحفظية وشكله:

يمكن تقديم طلب التدابير التحفظية مع العريضة الأساسية أو الطلب الأساسي في الدعوى، ويمكن تقديمه أيضا طوال مراحل القضية طالما لم يفصل فيها بحكم نهائي، كما نبحث في شكل هذا الطلب هل يكون في شكل كتابي أو شفوي.

أ- وقت تقديم الطلب:

يمكن لطرفي النزاع تقديم طلب التدابير التحفظية مع تقديم عريضة الدعوى الأساسية، وبالتالي لا يجوز بأي حال أن يقدم الطلب بالتدابير التحفظية دون وجود دعوى في الموضوع، لأن الأساس في سلطة المحكمة في الإشارة بالتدابير التحفظية هي أن يكون النزاع مرفوعا أمامها.

ونجد – من خلال الممارسة القضائية في إطار محكمة العدل الدولية – أنه غالبا ما يتم التقدم بطلبات التدابير التحفظية مباشرة بعد قيد الدعوى لدى المحكمة في نفس اليوم، على غرار قضية الجرف القاري لبحر إيجه بين اليونان وتركيا؛ فقد تقدمت اليونان بطلب التدابير التحفظية بتاريخ ١٩٧٦م، في نفس تاريخ الطلب الأساس ي في الدعوى. وكذلك في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها بين الولايات المتحدة الأمريكية ونيكاراغوا؛ إذ تقدمت نيكاراغوا بطلب التدابير التحفظية بتاريخ ٩ ابريل ١٩٨٤م، أي في نفس تاريخ طلب الدعوى الأساسي.

---

(١) انظر المادة ٣٦ من النظام الاساسي لمحكمة العدل للاتحاد الاوروبي، والمادة ٤/٨٦ من اللائحة الداخلية لها، والمادة ٤/١٠٧ من لائحة المحكمة (محكمة الدرجة الاولى الأوروبية).

(2) Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 10 mai 1984, C.I.J. Recueil 1984, p. 182 para. 31 .

وتأخذ بهذا النهج المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في تقديم طلبات التدابير التحفظية في القضايا المتعلقة بالطرد والتسليم وكذلك الأمر بالنسبة لمحكمة العدل للاتحاد الأوروبي، فغالبا ما يتم طلب التدابير التحفظية في نفس اليوم مع العريضة الأساسية للدعوى.

ويجيز نص المادة (٦٣) في فقرتها الثانية من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان للمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان النظر في طلب التدابير التحفظية المقدمة أمام اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان وفي نفس السياق، تطبق المادة (٢٩٠) في فقرتها الخامسة من اتفاقية قانون البحار؛ إذ يجوز لمحكمة قانون البحار أن تنظر في طلب التدابير التحفظية في انتظار تشكيل محكمة التحكيم[١] ونشير إلى أن الاتجاه الذي سارت عليه المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان وكذلك محكمة قانون البحار لا يؤخذ على العموم، لأنها لم تتبع نفس النهج في قضايا أخرى كما يمكن للأطراف تقديم طلب للتدابير التحفظية في أي وقت لاحق بعد تقديم الطلب الأساسي في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ما لم يصدر الحكم النهائي فيها' فيجوز تقديم طلب التدابير التحفظية حتى في اليوم الموالي لتقديم العريضة الأساسية أو بعد عدة أيام أو أشهر وحتى بعد سنوات ونذكر كمثال، قضية المرور عبر الطوق الكبير بين فنلندا والدانمارك؛ إذ تقدمت فنلندا بطلب التدابير التحفظية بتاريخ ٢٣ مايو ١٩٩١م، بعد أن رفعت الدعوى بتاريخ ١٧ مايو ١٩٩١؛ أي بعد أسبوع، ولا يؤثر ذلك على طلبها للتدابير التحفظية في هذا الوقت، حتى وإن كانت أسباب طلب التدابير التحفظية – بمعنى حالة الاستعجال – قائمة منذ رفع الدعوى.

ويتمثل الهدف من جعل إمكانية طلب التدابير التحفظية مسموحا في أية مرحلة من مراحل الدعوى في احتمال ظهور وقائع جديدة تمس بالحقوق المتنازع عليها أثناء النظر في الدعوى؛ ففي هذه الحالة، يمكن اللجوء إلى طلب التدابير التحفظية.

ب– شكل الطلب

تضمنت مختلف هيئات القضاء الدولي التي نصت على إمكانية اللجوء إلى التدابير التحفظية، النص على الأقل على شكل ومضمون طلب التدابير التحفظية.

---

(١) تنص المادة ٢٩٠ فقرة ٥ على: "بانتظار تشكيل محكمة التحكيم التي أحيل النزاع إليها بموجب هذا الفرع، يجوز لأية محكمة تتفق عليها الأطراف، أو في حالة عدم التوصل إلى مثل هذا الاتفاق في غضون أسبوعين من تاريخ طلب التدابير المؤقتة، يجوز للمحكمة الدولية لقانون البحار، أو بالنسبة إلى الأنشطة في المنطقة يجوز لغرفة قاع البحر، أن تفرض تدابير مؤقتة أو تعدلها أو تلغيها وفقا لهذه المادة إذا رأت بصورة مبدئية أن المحكمة التي ستشكل ستكون ذات اختصاص وأن الصفة العاجلة للحالة تتطلب ذلك وللمحكمة التي أحيل إليها النزاع ، بمجرد تشكيلها، أن تعدل أو تلغى أو تؤكد تلك التدابير المؤقتة..." .

- من حيث الشكل:

يقدم طلب التدابير التحفظية حسب الشكل الذي تطلبه الهيئة القضائية؛ فإما أن يكون على شكل كتابي[١] وإما على أي شكل آخر.

ونصت المادة (٧٣) من لائحة محكمة العدل الدولية في فقرتها الأولى على أنه "يجوز لأي طرف أن يقدم طلبا خطيا بالإشارة بتدابير تحفظية في أي وقت، أثناء سير إجراءات القضية التي يقدم الطلب بصددها".

ولم نجد – من خلال متابعة ممارسة المحكمة في هذا المجال – أي طلب بالتدابير التحفظية قدم على شكل شفوي، رغم أن شرط الكتابة استحدث في لائحة محكمة العدل الدولية لسنة ١٩٧٨م، وبغض النظر عن الجهة القضائية، فإن قلم المحكمة يرسل نسخة من طلب التدابير إلى الطرف الآخر في الدعوى.

وتفرض محكمة العدل للاتحاد الأوروبي[٢] في طلب التدابير التحفظية – إلى جانب أن يكون كتابيا – أن يكون في شكل منفصل؛ بمعنى أن يقدم في عريضة منفصلة[٣] وتعود ضرورة هذه التفرقة إلى الاختلاف بين الطعن الرئيس ي وإجراءات الاستعجال.

ونجد – بالرجوع إلى الممارسة الدولية – أن جميع طلبات التدابير التحفظية أمام محكمة العدل الدولية ومحكمة قانون البحار تم تقديمها في شكل عريضة مستقلة ويمكن تقديم طلب التدابير التحفظية في أشكال أخرى، تتعلق بصفة خاصة بمحاكم حقوق الإنسان؛ فيقبل قلم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تلقي طلب التدابير التحفظية بمجرد اتصال هاتفي أو حتى بالبريد العادي، وكذلك حتى بالبريد الالكتروني بالنسبة للمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان.

---

(١) انظر المادة ٣/٨٩ من لائحة محكمة قانون البحار، والمادة ٣/٨٣ من لائحة محكمة العدل للاتحاد الاوروبي، والمادة ٣/١٠٤ من لائحة محكمة الدرجة الاولى، بالإضافة إلى المادة ١/٧٣ من ١لائحة محكمة العدل الدولية.

(٢) المادة ٣/٨٣ من لائحة محكمة العدل للاتحاد الاوروبي، والمادة ٣/١٠٤ من لائحة محكمة الدرجة الاولى

(٣) المادة ١/٩١ من لائحة محكمة العدل للاتحاد الاوروبي، والمادة ١/١١٤ من لائحة محكمة الدرجة الاولى

- من حيث المضمون

يجب أن يكون طلب التدابير التحفظية مسببا ليتم قبوله؛ بمعنى أن يتضمن الأسباب والظروف التي أدت إلى طلب التدابير المطلوبة، والنتائج المحتمل وقوعها في حالة رفض الإشارة بهذه التدابير؛ إذ تنص المادة (٧٣) في فقرتها الثانية على: "يحدد الطلب الأسباب التي يستند إليها والنتائج التي قد تترتب على رفضه والتدابير المطلوبة، ويحيل رئيس القلم فورا إلى الطرف الخصم نسخة من الطلب مصادقة طبق الأصل، ونصت على التسبيب مختلف لوائح المحاكم الدولية على غرار محكمة قانون البحار[١] وتشترط محاكم الاتحاد الأوروبي[٢] أن يتضمن الطلب تحديد موضوع النزاع، وادعاءات مقدم الطلب، وكذا الحجج المدعمة لادعاءاته، وقد يؤدي عدم احترام هذه الشكليات في الطلب إلى عدم قبوله ولا تشترط محاكم حقوق الإنسان من جهتها شكلية معينة لمضمون طلب التدابير التحفظية، لكنها تفرض أن يكون مسببا، ويشرح النزاع والخطر المهدد للحقوق، ويوضح أحكام الاتفاقية التي تعرضت للخرق وكذلك يرفق بالطلب كل الوثائق التي تساهم في تدعيمه.

ونشير في هذا الشأن، أن المفروض عدم الأخذ بهذه الشكليات في طلب التدابير التحفظية على نحو مقيد أو ضيق، لأن الأهم في الطلب هو أن يلم بالعناصر الأساسية التي تضمن للقاضي النظر في التدابير المطلوبة على أكمل وجه، وفي أسرع وقت باعتبارها تدابير استعجالية، ويمكن في الواقع، سحب طلب التدابير التحفظية بعد تقديمه قبل أن تصدر المحكمة أمرها في ذلك، ويتمتع بهذا الحق الطرف الذي قدمه بطبيعة الحال.

ونشير إلى وجود حالتين في هذا الصدد، أين تسمح بطلب التدابير التحفظية بعد تقديمها أمام محكمة العدالة الدولية؛ ففي القضية المتعلقة بالأعمال المسلحة الحدودية وعبر الحدودية بين نيكاراغوا والهندوراس، رفعت نيكاراغوا الدعوى بتاريخ ٢٨ يوليو ١٩٨٦م، وتقدمت بطلب التدابير التحفظية بعد سنتين بتاريخ ٢١ مارس ١٩٨٨م، ثم عادت وسحبت طلبها المتعلق بالتدابير بتاريخ ٣١ مارس ١٩٨٨م، بموجب رسالة أودعت لدى قلم المحكمة، وتم تبليغ الطرف الأخر الهندوراس. وأصدرت المحكمة أمرها بعدم الاشارة بالتدابير لسحب الطلب المتعلق بها. وتتمثل القضية الاخرى في قضية أسرى الحرب الباكستانيين بين باكستان والهند؛ إذ رفعت باكستان الدعوى بتاريخ ١١ مايو ١٩٧٣م، وطلبت التدابير التحفظية في نفس التاريخ، غير أنها تنازلت عن الدعوى بموجب رسالة أودعت لدى قلم المحكمة بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٧٣م، بعد

---

(١) المادة ٣/٣٩ و٤ من لائحة محكمة قانون البحار.

(٢) المادة ٢/٨٣ و٣ من لائحة محكمة العدل للاتحاد الاوروبي والمادة ٢/١٠٤ و٣ من لائحة محكمة الدرجة الاولى

توقيع اتفاق مع الهند في نيودلهي بتاريخ ٢٨ أغسطس ١٩٧٣م، ووفقاً لذلك، أصدرت المحكمة أمرها بشطب الدعوى بتاريخ ١٥ ديسمبر ١٩٧٣م.

٢- صلاحية تقديم الطلب

يمكن طلب التدابير التحفظية إما من طرف أحد أطراف النزاع أو المحكمة من تلقاء نفسها، ونتساءل عن امكانية تقديم هذا الطلب من طرف المتدخل في الدعوى أو الغير.

أ- أطراف النزاع:

يجوز لطرفي النزاع تقديم طلب بالتدابير التحفظية بعد رفع الدعوى؛ ولا يتمتع بهذا الحق المدعي فقط، رغم أن أغلب الطلبات التحفظية تكون من طرف المدعي،ويرى القاضي أودا (Oda)إن من شأن طلبات التدابير التحفظية أن تثير طلبات مقابلة، لذلك لا يمكن افتراض أن الدولة المدعية هي فقط من يحتاج إلى تقديم طلب التدابير التحفظية"[١]، وفي مثال ذلك تقديم البوسنة والهرسك (الدولة المدعية) بتاريخ ٢٠ مارس ١٩٩٣م، طلب بالتدابير التحفظية ضد يوغسلافيا (صربيا والجبل الأسود) (دولة مدعى عليها)، وقامت هذه الأخيرة كذلك بتقديم طلب آخر بالتدابير التحفظية في ذات القضية بتاريخ ا ابريل ١٩٩٣م، والمتعلقة بتطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها[٢] وقدمت الأرجنتين طلبا بالتدابير التحفظية مرفقا بالعريضة الأساسية للدعوى في قضية مطحنة اللب ضد الأرغواي بتاريخ ٤ مايو ٢٠٠٦م، وقامت الأرغواي (الطرف المدعى عليه)، في وقت لاحق بتاريخ ٢٩ نوفمبر ٢٠٠٦م، بتقديم طلب آخر بالتدابير التحفظية في ذات القضية[٣] ونشير في هذا الصدد إلى أن طبيعة طرفي النزاع تختلف حسب الجهة القضائية؛ فيمكن أن تكون دولا أو منظمات دولية[٤] أو حتى أفراد.

---

(1) Oda, S.: "International Court of Justice Viewed from The Bench (1976-1993) ", Collected Courses of The Hague Academy of International Law, Tome 244, 1993, pp 9-190. , p. 69, in:

(٢) موجز الاحكام والفتاوى والاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية، ١٩٩٢-١٩٩٦، مرجع سابق ص ٥٤

(3) Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2007, C.I.J. Recueil 2007, p.5.

(٤) تعترف محكمة قانون البحار للدول وحتى الكيانات الاخرى بحق تقديم طلب التدابير التحفظية طبقا للمادة ٢٠ من النظام الأساسي لمحكمة والتي تنص: يكون اللجوء إلى المحكمة متاحا للدول.

يكون اللجوء إلى المحكمة متاحا مع الكيانات من غير الدول الأطراف في الحالة المنصوص عليها صراحة في الجزء الحادي عشر، أو في أية قضية تحال إلى المحكمة وفقا لأي اتفاق آخر يمنح الاختصاص للمحكمة في القضية، يقبله جميع الأطراف في تلك القضية"

ب- المحكمة:

تتمتع المحكمة بسلطة الإشارة بالتدابير التحفظية من تلقاء نفسها، في حالة لم يتقدم أي من أطراف النزاع بطلب التدابير التحفظية؛ فبموجب سلطتها التقديرية، يمكن أن ترى أنه يتوجب الأمر بمثل هذه التدابير لحفظ حقوق أطراف النزاع، أو تجنب ضرر لا يمكن إصلاحه فيما بعد، بمعنى أن المحكمة ترى أن الظروف تستدعي الأمر بالتدابير التحفظية.

وتستمد محكمة العدل الدولية سلطتها هذه من نص المادة (٧٥) في فقرتها الأولى من لائحتها الداخلية والتي تنص على أنّ ن: "للمحكمة أن تقرر في أي وقت، من تلقاء نفسها، النظر فيما إذا كانت ظروف القضية تستدعي الإشارة بتدابير تحفظية يتعين على أي من الأطراف أو على الأطراف جميعا اتخاذها أو التقيد بها".

ولم تستخدم محكمة العدل الدولية سلطتها في هذا الخصوص إلا في حالة واحدة فقط، هي قضية لا غراند "la Grand" بين ألمانيا والولايات المتحدة الأمريكية، إذ رفعت ألمانيا الدعوى بتاريخ ٢ مارس ١٩٩٩م، وتقدمت بطلب للتدابير التحفظية في نفس الوقت مرفق بالعريضة الاساسية للدعوى، ولكن المحكمة أصدرت أمرها بالتدابير التحفظية بتاريخ ٣ مارس ١٩٩٩م، من تلقاء نفسها[١]؛ أي بعد يوم واحد من إيداع الطلب الألماني بالتدابير، ودون حتى سماع الأطراف، أو تقديم المدعى عليها –الولايات المتحدة الأميركية- دفوعاتها أو طلباتها، ولقد أثارت هذه القضية انتقادات كثيرة لأن المحكمة استخدمت سلطتها هذه في وجود طلب التدابير من طرف ألمانيا، ولكن رأت المحكمة أن درجة الاستعجال الكبيرة تتطلب ذلك.

وتنفرد محكمة العدل الدولية بهذا الاختصاص مقارنة بالمحكمة الدولية لقانون البحار التي لا تتمتع بهذه السلطة؛ فقد جعلت أمر طلب التدابير أو طلب تعديلها أو إلغائها حكرا على أطراف النزاع، وللمحكمة سلطة في تقدير الظروف التي تستدعي ذلك فقط، طبقا لنص المادة (٢٩٠) في فقرتها الثالثة من اتفاقية قانون البحار، والتي تنص: "لا يجوز أن تفرض تدابير مؤقتة أو تعدل أو تلغى بموجب هذه المادة إلا بناء على طلب طرف في النزاع، وبعد إعطاء الأطراف فرصة الاستماع إليهم، وتتمتع المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان[٢] ونظيرتها المحكمة الأميركية لحقوق الإنسان[٣] بسلطة الإشارة بالتدابير التحفظية من تلقاء نفسها على غرار محكمة العدل الدولية.

---

(1) La Grand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C. I. J. Recueil 1999, p. 9.

(٢) المادة ١/٣٩ من اللائحة الداخلية للمحكمة الاوروبية لحقوق الانسان

(٣) تنص المادة ٢٥ في فقرتها الاولى من اللائحة الداخلية للمحكمة الاميركية لحقوق الانسان على هذه السلطة، كما تنص الفقرتين ٤ و٥ من نفس المادة على أن "رئيس المحكمة يتمتع كذلك بسلطة الاشارة

وتعتبر سلطة المحكمة في الإشارة بالتدابير التحفظية من تلقاء نفسها سلطة تقديرية، وتكون مفيدة بشكل خاص في حالة الاستعجال القصوى، لتفادي وقوع الضرر الذي لا يمكن إصلاحه. ونظرا لحساسية هذه السلطة، فلابد من وجود نزاع في الموضوع أمام المحكمة لأن الهدف من التدابير التحفظية هو ضمان فعالية وتطبيق الحكم النهائي في موضوع النزاع، وكذلك أن تكون الحقوق المراد حمايتها بموجب التدابير التحفظية المطلوبة هي نفسها الحقوق محل النزاع في الطلب الأساس ي للدعوى.

ونشير أخيرا إلى حالة تم فيها الالتماس من المحكمة استعمال سلطتها التقديرية في الإشارة بالتدابير التحفظية من تلقاء نفسها من أحد طرفي النزاع؛ ويتعلق الأمر بطلب نيكاراغوا من المحكمة بعد إيداع مذكرتها في الدعوى المتعلقة بـ"أشغال إنشاء الطريق على الإقليم الحدودي" ضد كوستاريكا، ولكن المحكمة رفضت الطلب بموجب رسالة موجهة للطرفين بتاريخ ١١ مارس ٢٠١٣ لأنها لم تر من خلال في وقائع وظروف القضية المرفوعة أمامها ضرورة لاستخدام سلطتها الإشارة بالتدابير التحفظية من تلقاء نفسها طبقا للمادة (٧٥) من لائحتها الداخلية [١] .

ج-الغير أو المتدخل في الدعوى:

يقصد بالتدخل في الدعوى أنه إذا رأت دولة طرف في الاتفاقية أن لها مصلحة ذات طبيعة قانونية يمكن أن تتأثر بالحكم في الدعوى، جاز لها أن تقدم طلبا إلى المحكمة لتسمح لها بالتدخل. ويعود أمر الفصل في هذا الطلب إلى المحكمة والتي لها أن ترفض أو تقبل ذلك التدخل، فإذا تمت الموافقة على طلب التدخل في شأن النزاع كان حكم المحكمة ملزما للدولة المتدخلة، بقدر ما يتصل بالمسائل التي تدخلت تلك الدولة الطرف بشأنها[٢] وبالأخذ بعين الاعتبار طبيعة التدابير التحفظية، فإن " الغير في الدعوى" أو المتدخل فيها لا يمكنه تقديم طلب بالتدابير التحفظية فيها.ولا يخلو الأمر من وجود بعض النصوص القانونية التي تشير إلى غير ذلك، ويتعلق الأمر من جهة بالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فطبقا للمادة (٣٩) من لائحتها الداخلية، فإن طلب التدابير التحفظية يمكن أن يقوم بطلبه كل شخص يهمه الأمر في الدعوى؛

بتدابير الاستعجال من تلقاء نفسه". ونؤكد في هذا الصدد أن ممارسة هذه المحكمة لهذه السلطة تكون مقيدة بأن يكون النزاع قائما أمامها، فسبق أن أشرنا الى أن هذه الاخيرة يمكن لها الاشارة بتدابير تحفظية في نزاع مرفوع أمام اللجنة إذا طلب الاطراف ذلك"

(1) Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), ordonnance du 16 juillet 2013, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 2013, p. 232.

(٢) المادة ٣١ من لائحة محكمة قانون البحار

فالمادة (٣٩) صريحة العبارة وتعطي مجالا لا يقتصر على طرفي النزاع في تقديم طلب التدابير التحفظية، والتي يمكن أن تكون دولا أو منظمات دولية أو حتى أفراد.

من جهة أخرى، نّصت كل من محكمة العدل للاتحاد الأوروبي[١] والمحكمة (محكمة الدرجة الأولى) [٢] على حق الطرف المتضرر من فعل أمام محاكم الاتحاد الأوروبي، أن يطالب بوقف تنفيذ هذا الفعل، وانقسم الفقه بالنسبة لهذا الأمر بين مؤيد ومعارض.

الاتجاه الأول:

يرى أن اختلاف النظام القانوني بين وقف التنفيذ والتدابير التحفظية أدى بالمشرع إلى الحكم بأن وقف التنفيذ، هو تدبير أكثر خطورة من حفظ حقوق ومصالح المتدخل، الذي هو طرف في المصالح التي هي موضوع القرار النهائي في النزاع.

الاتجاه الثاني:

يرى أنه يكون من باب أولى للمتدخل معارضة الفعل محل النزاع من أجل التدابير التحفظية التي هي أقل راديكالية، فإن المشرع قدر أنها يمكن أن تساهم أحيانا في حماية مصالح الطرف المتدخل.

ويصعب في الواقع، السماح لدولة متدخلة أن تطلب تدابير تحفظية طبقا للمادة (٣٧) من النظام الأساسي لمحكمة العدل للاتحاد الأوروبي، فهي تنص على أن "عريضة تدخل طرف لا يمكن أن تكون ذات هدف سوى لدعم عريضة أحد الأطراف في الدعوى"، بمعنى أن عريضة التدخل هي تكميلية للعريضة الأساسية للطرف في النزاع، وأن هذا الأخير يمكنه طلب تدابير تحفظية والتي تصب في مصلحة المتدخل.

---

(١) المادة ٨٣ في فقرتها الاولى من لائحة محكمة العدل للاتحاد الاوروبي

(٢) لمادة ١٠٤ في فقرتها الاولى من لائحة المحكمة (محكمة الدرجة الاولى الأوروبية)

المبحث الثاني

سلطة المحكم الولائية

في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية

رغم أن التحكيم يتمتع بمزايا عز نظيرها في قضاء الدولة، من حيث سرعة الفصل في موضوع النزاع وحسمه، وتفادي معضلة البطء والتأخير التي تلازم الدعوى القضائية، إلا أن هناك ظروف وملابسات قد تستدعي ضرورة اتخاذ بعض التدابير المؤقتة أو التحفظية تجنبا لأضرار بالغة تلحق بأحد الخصوم ولا يمكن تداركها إذا ما تم الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة،أوتجعله عديم الجدوى بعد صدوره(١)

وللتدابير الوقتية والتحفظية أهمية في حماية حقوق طرفي التحكيم من جميع الأخطار المحدقة بها، كونها تمتاز بسرعة البت، والحكم الذي يصدر فيها ذو صفة مؤقتة، ويمكن الرجوع عنه أو تعديله من الجهة التي أصدرته(٢)

ولما كانت هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص للنظر في موضوع النزاع بمقتضى اتفاق التحكيم، فإنه تثور عدة تساؤلات عن مدى سلطة المحكم في اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية في النزاع المطروح عليها، والأثر الملزم لتلك التدابير.

وترتيبا على سيتم تقسيم المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول:الأساس القانوني في منح المحكم سلطة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية.

المطلب الثاني: إشكالية التدابير المؤقتة

المطلب الثالث: الأثر الملزم للتدابير المؤقتة التي تصدر عن القضاء الدولي والتحكيم الدولي

المطلب الرابع: مدى خضوع التدابير الوقتية والتحفظية لاتفاقية نيويورك

المطلب الأول

الأساس القانوني

في منح المحكم سلطة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية

انطلاقا من طبيعية الخصومة التحكيمية وما تقتضية مهمة المحكم بالنظر في موضوع النزاعات واتخاذ جميع الإجراءات الواجبة لحفظ حقوق الأطراف، نادى الفقهاء بضرورة تمكين

---

(١) أحمد السيد الصاوي، مدى سلطة هيئة التحكيم في اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية وإصدار أحكاما وقتية أثناء سير خصومة التحكيم، مقال منشور في الموقع الالكتروني الآتي: www.alassy.Net ، تاريخ الدخول، ٢٠٢١/١٢/٦

(٢) حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون ذكر الطبعة، ص١٨١، وما بعدها.

هيئة التحكيم باتخاذ الوسائل الكفيلة لإنجاح عملية التحكيم، ولعل من أهم ما طرح في هذا الشأن هو الإسناد للمحكم سلطة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية التي بقيت حكراً على القضاء نظراً لما تكتسبه هذه الأحكام من خطورة على مصالح الأفراد وحقوقهم، وفي هذا المطلب سنتناول المصادر القانونية لمنح المحكم سلطة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في الاتفاقيات الدولية (الفرع الأول)، ومبررات الاختصاص المنفرد لمحكمة التحكيم (الفرع الثاني)

الفرع الأول

أساس منح المحكم سلطة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في الاتفاقيات الدولية

أبرز الواقع وجود حالات يمر بها التحكيم نظراً لوضعية الخصوم أو موضوع النزاع، مما يستوجب اتخاذ وسائل وقرارات مستعجلة خوفاً من تلاشي الحق أو ضياع المنفعة، خاصة واستجابة لهذا التوجه، أقرت العديد من المعاهدات الدولية مبدأ اختصاص المحكم بإصدار أحكام مستعجلة، فقد جاء بالمادة (١٧) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) [١] أنه: "يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أيا من الطرفين، بناء عمى طلب أحدهما باتخاذ تدبير وقائي تراه ضرورًيا لموضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

ولا ينبغي أن تفهم الإشارة الواردة في تلك النصوص إلى "موضوع النزاع"على أنها تقيد سلطة هيئة التحكيم في إصدار أي تدبير مؤقت تراه مناسبا، بل من الضروري أن تتخذ هيئة التحكيم ما تراه ملائما من تدابير للحفاظ على حقوق الأطراف.

ومن الضروري أن تشعر المحاكم بقدر أكبر من الراحة في تنفيذ التدابير المؤقتة إذا كان النص الذي يسمح بهذه التدابير واضحا تماما خاصة بشأن نطاق سلطة المحكم. ولا شك أن الحيز المتاح للسلطة التقديرية للتحكيم هو قيمة في حد ذاته في إطار التحكيم، ويبدو أن واضعي القانون النموذجي كان لديهم شواغل بشأن عدم إضافة سلطة خارجية لسلطتها القسرية ما لم يكن هناك أساس شفاف للقرار [٢]

كما أقرت اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقع عليها بواشنطن في ٢٧ نيسان ١٩٦٥م، طبقا لنص المادتين (٢٦-٤٧)

---

(1) UNCITRAL, Working Group II (Arbitration and Conciliation), Doc.A/CN.9/WG.II/WP.119, Thirty sixth session, 4-8 March 2002, Settlement of commercial disputes: Preparation of uniform provisions on interim measures of protection, 30 January 2002, para. 41, p.12.

(2) David D. Caron, Lee M. Caplan, Oxford Commentaries on International law: The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary, Oxford University press, 2013, p. 705.

من الاتفاقية فإن محكمة التحكيم هي المختصة باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد أطراف الخصومة التحكيمية[١].

كما تنص المادة (٣٩) من لائحة التحكيم الخاصة بالمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار على أنه يجوز لأحد أطراف التحكيم، في أي وقت أثناء سير الإجراءات، أن يقدم طلبا إلى محكمة التحكيم لاتخاذ التدابر الوقتية والتحفظية للمحافظة على حقوقه. ويجب أن يحدد في الطلب الحقوق المطلوب المحافظة عليها، والتدابر المطلوب اتخاذها، والظروف التي تجعل إصدار مثل هذا التدبير أمراضروريا [٢]

كذلك الأمر في اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية حيث نصت المادة (١٤) على "يجوز للمحكمة ان تامر باتخاذ أي اجراءات مؤقتة للمحافظة على حقوق أي من أطراف النزاع بناء على طلبه وصدور حكم تمهيدي بذلك من المحكمة"[٣]

وأيضا اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى، حيث جاء بالمادة (١٨) أنه "يجوز للمحكمة أن توصي بأي إجراءات مؤقتة يجب اتخاذها للمحافظة على حقوق أي من الطرفين ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

وكذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥م، فطبقا لنص المادة (١٧) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، فإنه يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر بناء على طلب أحد أطراف التحكيم، الطرف الآخر باتخاذ أي تدبير مؤقت تراه ضروريا بالنسبة لموضوع النزاع، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. ولهيئة التحكيم أن تطلب من أحد الأطراف تقديم ضمان مناسب فيما يتصل بهذا التدبير.

---

(١) تنص المادة ٢٦ من اتفاقية واشنطن على أنه: " تعتبر موافقة الأطراف على التحكيم في ظل هذه الاتفاقية موافقة على استبعاد سائر سبل حل النزاع الأخر، ما لم ينص على خلاف ذلك، ويجوز للدول المتعاقدة أن تطلب استنفاذ كافة سبل حل النزاع المحلية كشرط لازم لقبول التحكيم طبقا لهذه الاتفاقية" .
وتنص المادة ٤٧ من ذات الاتفاقية على أنه: "بخلاف ما قد يتفق عليه الطرفان يجوز للمحكمة أن توصي باتخاذ الإجراءات التحفظية المتعلقة بحماية حقوق الطرفين إذا قدرت أن الظروف تتطلب ذلك"

(٢) وقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن اتفاقية واشنطن قد خولت هيئة التحكيم الاختصاص باتخاذ التدابر الوقتية والتحفظية بشكل واسع وكبير لم يرد في أية اتفاقية دولية أخر.

B.Audit : Note sous cassation .Civ ,18/11/1986, Rev.Crit, 1987, p767.

(٣) وافق مجلس الوحدة الاقتصادية العربية على هذه الاتفاقية بقراره رقم ١١٣٨ د/ ٧٢ بتاريخ /٦/ ١٢ ٢٠٠٠ وصدق على الاتفاقية أربع دول عربية هى الأردن، العراق، وليبيا ومصر. والاتفاقية نافذة.

وبذلك يكون القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي قد جعل اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية من اختصاص هيئة التحكيم، وعلى الطرف الذي يرغب في اتخاذ أي تدبير وقتي أو تحفظي أن يقدم طلبا بذلك لهيئة التحكيم، التي يدخل في نطاق سلطتها تقدير مدي ضرورة اتخاذ هذا التدبير بالنسبة لموضوع النزاع.

هذا التوجه تم تكريسه على مستوى أنظمة المصالحة والتحكيم للغرف التجارية كنظام تحكيم محكمة التحكيم بلندن فطبقالنص المادتين (١٣-١٥) من نظام محكمة التحكيم بلندن، فإنه يجوز للأطراف، متى اتفقوا على التحكيم، أن يطلبوا من هيئة التحكيم وليس من أية سلطة قضائية أمرا يتعلق بـ: حفظ أو إيداع أو بيع أشياء محل نزاع بحضور الأطراف. وهو ما يعني إعطاء هيئة التحكيم سلطة الأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية. [١]

وإذ جاء بالمادة (٢٩) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري ١٩٨٧م،: "للهيئة بناء على طلب أحد الطرفين أن تتخذ أي إجراء مؤقت أو تحفظي تراه ضرورًيا".

أما نظام التحكيم التجاري لجمعية التحكيم الأمريكية [٢]، فقد نصت المادة (٣٤) منه على "يمكن للمحكم إعطاء التعليمات الضرورية للحفاظ على الأموال التي تناولتها عملية التحكيم دون أن يؤدي ذلك إلى الإضرار بحقوق الأطراف أو الفصل في النزاع بصورة نهائية".

وكذلك نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس [٣]، نجد المادة ٢٣ المعنونة بالتدابير التحفظية أو المؤقتة نصت في فقرتها الأولى على أنه (ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز لمحكمة التحكيم فور تسلمها للملف بناء على طلب أحد الأطراف أن تأمر بأي تدبير تحفظي أو مؤقت تراه ضروريا، ولها أن تشترط لأجله تقديم كفالة مناسبة من المدعي وتتخذ التدابير المناسبة في هذه المادة في صورة أمر مسبب أو، إذا لزم الأمر، في صورة حكم). الفقرة الثانية من المادة نفسها خولت أطراف التحكيم قبل البدء في إجراءات التحكيم أو بعد ذلك في ظروف مناسبة، أن يطلبوا من أية سلطة قضائية اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية. ولا يعتبر هذا الطلب مناقضا لاتفاق التحكيم ولا يشكل تنازلا عنه، ولا يخل بسلطة المحكمة

---

(١) تأسست محكمة لندن للتحكيم الدولي في عام١٨٩٢ فهي تعد أقدم مؤسسات التحكيم في العالم هي واحدة من أبرز مؤسسات التحكيم، الذي يقدم خدمات للتحكيم، الوساطة وإجراءات ADR الأخرى، بمتوسط حالي يبلغ ٣٠٣ حالات في السنة.

(٢) جمعية التحكيم الأمريكية / ICDR (AAA) أسس في ١٩٢٦، هيئة التحكيم الأمريكية هي الهيئة الرئيسية لإدارة قضايا التحكيم في الولايات المتحدة، وهي مؤسسة التحكيم الرائدة في أمريكا الشمالية.

(٣) تأسست غرفة التجارة الدولية في عام ١٩١٩ بهدف عام ما زال قائما دون تغيير ألا وهو: خدمة قطاع الأعمال الدولي عن طريق تعزيز التجارة والاستثمار وفتح الأسواق للسلع والخدمات والتدفق الحر لرأس المال.

التحكيمية الناتجة عنه. وعند اتخاذ أية تدابير من هذا القبيل بواسطة السلطة القضائية، يتم إعلام أمانة هيئة التحكيم دون إبطاء، التي تعلن من جانبها محكمة التحكيم بذلك.

الفرع الثاني

مبررات الاختصاص المنفرد لمحكمة التحكيم

الاختصاص المنفرد لمحكمة التحكيم في هذا المجال تدعمه العديد من المبررات على النحو التالي:

١- الاختصاص المنفرد لهيئة التحكيم في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية يتلافي تفتيت الخصومة بين جهتين، وبالتالي إمكانية صدور أحكام أو تدابير متعارضة وبتعبير آخر توحيد جهة الاختصاص بالفصل في النزاع.

٢- احترام النية الحقيقية للخصوم في إقصاء النزاع عن ساحة القضاء الوطني وتوفير الفاعلية لنظام التحكيم وتسوية النزاع بشكل اتفاقي.

٣- الاقتصاد في النفقات والإجراءات وتوفير الوقت وذلك بتوحيد جهة الاختصاص بهذه التدابير.

٤- فلسفة نظام التحكيم تسمح بهذا الحل فالاتفاق على التحكيم يعني توافر إرادة في حل النزاع بشكل رضائي وبالتالي لا يوجد ما يمنع من الاتفاق بين الطرفين على تنفيذ ما يصدر من المحكم من تدابير وقتية أو تحفظية بعيداً عن طلب المساعدة من السلطات العامة في الدولة، بل لا يوجد ما يمنع من وضع الضوابط والضمانات الاتفاقية التي تكفل تحقيق التوازن بين مصلحة طرفي خصومة التحكيم والالتزام بتنفيذ ما تصدره محكمة التحكيم من تدابير.

٥- بعد انعقاد محكمة التحكيم وتمام تشكيلها واختصاصها بنظر النزاع، تسقط المبررات التي كان يستند عليها الفقه في تبرير اختصاص القضاء الوطني بهذه التدابير والمتمثلة في عدم قدرة هيئة التحكيم في اتخاذ هذه التدابير قبل تشكيلها.

٦- وفي الواقع أن محكمة التحكيم هي الأجدر والأولي عمليا في اتخاذ هذه التدابير، وإذا كانت هذه الجهة قد توافرت فيها الثقة القانونية لحسم موضوع النزاع نهائياً، فإنه من باب أولي يتعين أن تُمنح الثقة القانونية لاتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية التي تثور الحاجة إليها في مرحلة مبكرة قبل الفصل النهائي في الدعوى فمن يملك الأكثر يفترض فيه أنه يملك الأقل.

المطلب الثاني

إشكالية التدابير المؤقتة

سيتم تناول هذا المطلب من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: مدى اختصاص القضاء الدولي وهيئات التحكيم بإصدار التدابير الوقتية

الفرع الثاني: الشروط اللازمة للأمر بالتدابير الوقتية في القضاء الدولي والتحكيم الدولي

الفرع الأول

مدى اختصاص القضاء الدولي

وهيئات التحكيم بإصدار التدابير الوقتية

التدابير التحفظية أو التدابير المؤقتة، هي في الأصل آلية إجرائية تحمي المصلحة بغرض الحفاظ على الوضع الراهن في الوقت الذي لا تزال فيه القضية منظورة أمام المحكمة. وتسعى التدابير المؤقتة إلى حماية حقوق كل من الطرفين وضمان ألا يصبح الحكم النهائي غير فعال[١]. ويمكن القول بأن المطالبة بمنح تدابير احترازية ملزمة كسلطة أصيلة للمحكمة أمر ضروري لضمان عدم إحباط اختصاصها على أساس الأسس الموضوعية. ومن المؤكد أن التدبير المؤقت هو أمر ذو طابع عاجل ويحول دون وقوع أحداث قد تضر بخلاف ذلك بالحقوق والالتزامات المتنازع عليها. ولذلك فإن المحاكم والهيئات القضائية الدولية على استعداد أن تأمر بها بمعيار أدنى قليلا من الأهمية الموضوعية مما هو مطلوب للقرارات المتعلقة بالأسس الموضوعية. وعلى الرغم من ذلك، كثيرا ما تتصرف المحاكم والهيئات القضائية الدولية بما يتجاوز حدود صلاحياتها الممنوحة لها صراحة في المطالبة بهذه السلطة الأصيلة[٢]

---

(١) على سبيل المثال قررت المحكمة في قضية مصايد الأسماك الآتي:

''Whereas in its message of 28 July 1972, the Government of Iceland stated that the Application of 14 April 1972 was relevant only to the legal position of the two States and not to the economic position of certain private enterprises or other interests in one of those States, an observation which seems to question the connection which must exist under Article 61, paragraph 1, of the Rules between a request for interim measures of protection and the original Application filed with the Court;(...) Whereas

the immediate implementation by Iceland of its Regulations would, by anticipating the Court's judgment, prejudice the rights claimed by the United Kingdom and affect the possibility of their full restoration in the event of a judgment in its favour;''

أنظر:

Case concerning Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany V. Iceland), ICJ Reports, Request for the indication of interim measures of protection, order, 17 August 1972, paras.12, 23, pp. 33, 34.

(2) MihajloVucic, Binding effect of provisional measures as an inherent judicial power: An example of cross-fertilization, op.cit, pp. 131-132

وتتيح المادة (٤١) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية للمحكمة بأن تبين، على أساس ظروف القضية، التدابير التحفظية التي ينبغي اتخاذها من أجل الحفاظ على حقوق كل من الأطراف. ولذلك فإن هذه السلطة القضائية الأصيلة يخولها صراحة نظامها الأساسي للأطراف الأعضاء. وإذ يشير المصطلح إلى أن التدابير المؤقتة لا يوصى بها إلا للأطراف، فبالتالي هي غير ملزمة. وتستخدم المادة (٢/٤١) صياغة أضعف عندما تشير إلى التدابير المقترحة. بيد أن محكمة العدل الدولية اعتبرت منذ بداية ممارستها سلطة منح التدابير التحفظية ملزمة بطبيعتها.
والهدف من النظام الأساسي والغرض منه هو تمكين المحكمة من أداء المهام المنصوص عليها فيه، ولا سيما المهام الأساسية لتسوية المنازعات الدولية بالوسائل القضائية بقرارات ملزمة وفقا للمادة (٥٩) من النظام الأساسي.

السياق الذي يجب أن ينظر في إطار المادة (٤١) من النظام الأساسي هو منع إعاقة المحكمة في ممارسة وظائفها ألن كل منها حقوق أطراف النزاع أمام المحكمة غير محفوظة. ويترتب على موضوع النظام الأساسي وغرضه، وكذلك من أحكام المادة (٤١) أن سلطة الإشارة إلى التدابير المؤقتة تنطوي على أن تكون هذه التدابير ملزمة، ما دامت السلطة المعنية تقوم على ضرورة صون هذه التدابير، عندما تستدعي الظروف ذلك، وتجنب المساس بها[١]

وقد مكنت أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، محاكم قانون البحار من وضع تدابير مؤقتة ملزمة، تستخدم على نطاق واسع وخاصة فيما يتعلق بالإفراج الفوري عن السفن [٢]

---

(1) Case concerning La Grand Case (Germany v. United States of America), ICJ Reports, judgment, 27 June 2001, paras 100, 102, pp. 502-503

(٢) في قضية سان فنسان ضد غينيا رأت المحكمة :

''Considering the binding force of the measures prescribed and the requirement under article 290, paragraph 6, of the Convention that compliance with such measures be prompt; (...) The tribunal, 1. Unanimously, Prescribes the following provisional measure under article ٢٩paragraph 1, of the Convention: Guinea shall refrain from taking or enforcing any judicial or administrative measure against the MA/ Saiga, its Master and the other members of the crew, its owners or operators, in connection with the incidents leading to the arrest and detention of the vessel on 28 October 1991 and to the subsequent prosecution and conviction of the Master''.

راجع:

ITLOS, The M/V "SAIGA" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), provisional measures, order of 11 March 1998, paras. 48,52, cited

أو الحفاظ على الموارد البحرية[١] وفي حالة التحكيم في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، يتمثل الغرض المعلن من التدابير المؤقتة في الحفاظ على حقوق كل من طرفي النزاع.

وتشير السوابق القضائية لمحاكم التحكيم في مجال الاستثمار بموجب الاتفاقية الدولية لتسوية منازعات الاستثمار إلى الاختصاص الأصيل في اتخاذ التدابير التحفظية. فاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تخول بموجب المادة (٤٧) صراحة للمحكمة بالتوصية باتخاذ تدابير مؤقتة، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، يجوز للمحكمة، إذا رأت أن الظروف تقتضي ذلك، أن توصي بأي تدابير مؤقتة ينبغي اتخاذها للحفاظ على حقوق كل من الطرفين[٢].

---

in, Armin von Bogdandy, RüdigerWolfrum, Max Planck yearbook of United Nations, vol 2, 1998, pp.474, 475.

(١) في قضية التونة الزرقاء أكدت المحكمة على :

''Considering that there is no disagreement between the parties that the stock of southern bluefin tuna is severely depleted and is at its historically lowest levels and that this is a cause for serious biological concern;''

راجع:

ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), provisional measures, Order of 27 August 1999, para. 71p. 295.

(٢) في قضيةِ شركة إتلابا ضد جمهورية أوروجواي الشرقية أكدت المحكمة أن:

'' Both the ICSID Convention and the ICSID Rules specifically authorize ICSID tribunals to order provisional measures to preserve the rights of the parties. Specifically, Article 47 of the ICSID Convention provides that "the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party." Similarly, Rule 39(1) of the ICSID Rules provides: "At any time after the institution of the proceeding, a party may request that provisional measures for the preservation of its rights be recommended by the Tribunal". (...) In accordance with this authority, tribunals have granted requests for provisional measures, even where they have yet to decide jurisdictional objections interposed by respondents. (...) The Tribunal therefore has jurisdiction to order provisional measures in this arbitration''.

راجع:

Italba Corporation v The oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No ARB/16/9, Claimant's for Provisional Measures, 10 November 2016, paras 19-20 ،pp. 8-9.

الفرع الثاني
الشروط اللازمة للأمر بالتدابير الوقتية
في القضاء الدولي والتحكيم الدولي

اهتم القضاء الدولي خاصة قضاء محكمة العدل الدولية، بتحديد الشروط الواجب توافرها لاستصدار الأمر الوقتي أو المستعجل، 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.

وطبقا لهذه الشروط يتعين على المحكمة قبل النظر في إصدار أمرها بالتدابير المؤقتة، أن تتأكد من اختصاصها بموضوع النزاع، فلا يجوز لها التصدي لبحث التدابير الوقتية ومن باب أولى إصدارها، إلا إذا اتضح لها ولو بشكل ظاهري اختصاصها بموضوع النزاع، ومن ثم يتعين عليها أن تقوم ببحث مختصر لاختصاصها بموضوع النزاع، فإذا كانت المستندات تؤكد للوهلة الأولي اختصاصها انتقلت 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 الاختصاص بالتدابير المؤقتة أو المستعجلة.

وعلى المحكمة أن تتأكد من أن الأضرار التي تهدف التدابير الوقتية لمنعها هي أضرار يتعذر تداركها فيما 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 إصدار التدابير المؤقتة على ما يلي:

يتعين على الطرف الذي يطلب التدبير المؤقت بمقتضي الفقرات الفرعية (٢) (أ) و (ب) و (ج) من المادة (١٧) أن يقنع هيئة التحكيم

(أ) بأن عدم إصدار التدبير يرجح أن يحدث ضرراً لا يمكن جبره بصورة وافية من خلال منح تعويضات، وبأن هذا الضرر يفوق بكثير الضرر الذي يحتمل أن يلحق بالطرف المستهدف بذلك التدبير إذا ما أُصدر.

كذلك يتعين على المحكمة مراعاة أن التدابير الوقتية المطلوبة لا تمس أصل الحق أو تتعرض لموضوع النزاع، فالمساس بأصل الحق يجعل الإجراء المؤقت حكما قطعيا وليس وقتيا، أي يفصل في جزء من موضوع النزاع وهو أم 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 تسعي 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.

المطلب الثالث

الأثر الملزم للتدابير المؤقتة التي تصدر عن القضاء الدولي والتحكيم الدولي

سنتناول هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: القوة الإلزامية للتدابير المؤقتة التي تتخذها محكمة العدل الدولية

الفرع الثاني: موقف محكمة العدل الدولية من مدى إلزامية التدابير المؤقتة التي تصدرها

الفرع الثالث: القوة الإلزامية للتدابير المؤقتة التي تتخذها محكمة التحكيم

الفرع الأول

القوة الإلزامية للتدابير المؤقتة التي تتخذها محكمة العدل الدولية

يكتسب بحث القوة الإلزامية للتدابير المؤقتة التي تصدر عن القضاء الدولي أهمية كبيرة، فالأثر الملزم لهذه التدابير هو الذي يمنحها 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 الالتزام في حق من توجه إليهم[١]

وقد أثارت هذه التدابير جدال بين الفقهاء والشراح إذ انقسموا بشأنها انقساما شديدا إلى اتجاهين، فالاتجاه الأول يرى أن التدابير المؤقتة ليست لها أي قوة قانونية ملزمة وهي لا تتعدى كونها مجرد اقتراحات للطرف المعني، أما الاتجاه الثاني فيرى أن الأوامر المؤقتة لها قوة قانونية ملزمة شأنها في ذلك شان الأحكام النهائية، إلى أن جاء موقف محكمة العدل الدولية حاسما لهذا الجدل فيما يخص إلزامية التدابير المؤقتة من عدمه.

الاتجاه الأول: القائل بعدم إلزامية التدابير المؤقتة

يرى هذا الاتجاه أن التدابير المؤقتة ليس لها قوة ملزمة[٢] ولكن لها قيمة أدبية فقط، وينطلق هذا الاتجاه لنفي الصفة الملزمة للتدابير المؤقتة من نص المادة (١٠) من النظام

---

(١) عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، إشكالية التدابير المؤقتة في التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة مع القضاء الدولي، المؤتمر السادس عشر التحكيم التجاري الدولي، كلية القانون جامعة الامارات العربية، ٢٠٠٨، ص ٧٥٢

(٢) عز الدين الطيب آدم، اختصاص محكمة العدل الدولية في النزاعات الدولية ومشكلة الرقابة على قرارات مجلس الأمن الدولي، رسالة مقدمة كجزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٣، ص ٥٧-٥٨

الأساسي لمحكمة العدل الدولية في فقرتها الأولى والتي تتيح للمحكمة إصدار تدابير مؤقتة إذا قدرت أن الظروف تقضي بذلك، حيث وردت في هذه المادة عبارة أن المحكمة " تقترح suggest" ثم عدلت فيما بعد إلى أن المحكمة " تبين Indicate "أو " توضح" التدابير المؤقتة، وهذا يدل على أن التدابير المؤقتة هي إجراءات تقترحها المحكمة و لا تأمر بها مما يعني أن التدابير المؤقتة ليس لها قوة ملزمة، و لو أن واضعو النص أرادوا غير ذلك لوضعوا عبارة " تأمر المحكمة " بدلا من "تشير" أو " تبين"[١]

وفي هذا الإطار فإن المادة (١/٩٤) من ميثاق الأمم المتحدة لا تشمل التدابير المؤقتة لأن هذه المادة تتعلق باعتراف الدول بإلزامية ما تصدره المحكمة من قرارات أو أحكام والتعهد بتنفيذها، حيث تشير المادة (١/٩٤) من الميثاق إلى حكم المحكمة "Arrêt" ويقصد به بعض الشراح الحكم المتعلق بالموضوع "Fond " فقط، أي الذي يفصل في النزاع محددا الحقوق والواجبات الممكن تنفيذها، فحسب هذا الاتجاه لا تندرج ضمن المادة (١/٩٤) من الميثاق الأممي الأوامر المؤقتة والأوامر التمهيدية والآراء الاستشارية التي ليس لها وصف القرارات و الأحكام النهائية، فهي ليست أحكاما ملزمة ولا نهائية رغم قيمتها القانونية وأهميتها في إرساء مبادئ القانون الدولي وهذا ما ذهبت إليه نية محرري المادة (٩٤) من ميثاق الأمم المتحدة.

الاتجاه الثاني: الاتجاه القائل بإلزامية التدابير المؤقتة

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التدابير المؤقتة ملزمة شأنها في ذلك شأن الأحكام النهائية، حيث يعتبر هذا الاتجاه أن التزام الدولة بتنفيذ التدابير المؤقتة ناتج عن مجرد قبولها للنظام الأساسي للمحكمة. [٢]

ويرتكز هذا الاتجاه في إضفائه القوة الملزمة للتدابير المؤقتة على الهدف من هذه التدابير، فهذه التدابير تشكل جزءا لا يتجزأ من الوظيفة القضائية للمحكمة الدولية والتي بدورها مخولة من المجتمع الدولي للقيام بمهامها المنوطة بها، وباعتبار أن التدابير المؤقتة من صميم العملية القضائية وتتطلبها ضرورات التقاضي فإن ذلك يضفي عليها قوة ملزمة حتى في غياب نص المادة (٤١) من النظام الأساسي للمحكمة، وباعتبار أن الحكم النهائي ملزم للأطراف فإن الأمر بالتدابير المؤقتة يكون كذلك أيضا، لأن هذه التدابير جزء من العملية القضائية التي تنتهي

---

(١) طاهر أحمد طاهر الزوي، القضاء المستعجل لمحكمة العدل الدولية – الإجراءات والتدابير التحفظية دراسة نظرية تطبيقية على أهم القضايا الدولية – دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٢٠٣

(٢) عبد الله الأشعل، جزاء عدم الإمتثال للإجراءات التحفظية في محكمة العدل الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٣٤، الجمعية المصرية للقانون الدولي، ١٩٧٨م، ص ٣١٥- ٣١٦

بإصدار الحكم النهائي وبالتالي فإن هذه التدابير ملزمة بالتطبيق لقاعدة الفرع يتبع الأصل في الإلزامية[١]

وفي هذا الخصوص فإن المادة (٩٤) من ميثاق الأمم المتحدة تشمل التدابير المؤقتة عند القائلين بإلزامية هذه التدابير، وأساس ذلك أن المادة (١/٩٤) من الميثاق الأممي تتحدث عن "قرارات المحكمة وهو مصطلح عام يشمل كل قرارات المحكمة مهما كان شكلها أو نوعها"[٢]

الفرع الثاني

موقف محكمة العدل الدولية

من مدى إلزامية التدابير المؤقتة التي تصدرها

لقد أثارت مسألة القوة الملزمة للتدابير المؤقتة جدلا واسعا في أوساط الفقه، إلى أن قامت محكمة العدل الدولية بحسم هذا الجدل في حكمها الصادر في قضية "الغراند La Grand" بين ألمانيا والولايات المتحدة الأمريكية عام ٢٠٠١م، حيث أكدت على تمتع التدابير المؤقتة التي تصدرها والتي تم النص عليها في المادة (٤١) من نظامها الأساسي بالقوة الملزمة، وقد أعلنت المحكمة بوضوح تام في هذه القضية أن عدم احترام تدابيرها المؤقتة يؤدي إلى المسؤولية[٣]

فقد جاء في إطار هذه القضية أن "موضوع النظام الأساسي وغرضه هو تمكين المحكمة من أداء الوظائف المنصوص عليها فيه، وعلى وجه الخصوص الوظيفة الأساسية المتمثلة في التسوية القضائية للمنازعات الدولية بقرارات ملزمة وفقا للمادة (٥٩) من النظام الأساسي. وينتج عن ذلك الموضوع والغرض وكذلك عن أحكام المادة (٤١) عند قراءتها في سياقها، أن صلاحية الأمر بتدابير مؤقتة تستتبع أن هذه التدابير يجب أن تكون ملزمة، حيث إن السلطة المعنية تقوم على أساس ضرورة، حين تدعوا إليها الظروف لحماية حقوق الطرفين وتجنب الإجحاف بهذه الحقوق كما يقررها الحكم النهائي للمحكمة.

---

(١) طاهر أحمد طاهر الزوي، القضاء المستعجل لمحكمة العدل الدولية، مرجع سابق، ص ٢٠٧-٢٠٨

(٢) غضبان سمية، سلطة مجلس الأمن في تنفيذ الأحكام القضائية الدولية، دار بلقيس، الجزائر، ٢٠١٢، ص ٤٢

(3) Youssri Ben Hammadi, La question du caractère obligatoire des mesures conservatoires devant la cour internationale de justice.(L'Arrêt la Grande(Allmagne c. Etats d'Amérique) Du 27 Juin 2001), Revue québécoise de droit international, 2001, P 55, Sur le Site

لمزيد من التفصيل:

نايف أحمد ضاحي الشمري، دور محكمة العدل الدولية في تطوير وظيفة منظمة الأمم المتحدة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،٢٠١٥، ص ٨٨

والادعاء بأن التدابير المؤقتة المأمور بها بموجب المادة (٤١) ربما لا تكون ملزمة يناقض موضوع تلك المادة وغرضها.

وثمة سبب ذو صلة يشير إلى الطابع الإلزامي للأوامر الصادرة بموجب المادة (٤١) من النظام الأساسي وتعلق عليه المحكمة أهمية، وهو وجود مبدأ اعترفت به المحكمة الدائمة للعدل الدولي حيث تكلمت عن "المبدأ المقبول عالميا لدى المحاكم الدولية والذي وضع في اتفاقيات كثيرة، ومفاده أن الطرفين في قضية يجب أن يمتنعا عن أي إجراء يمكن أن يترك أثرا مجحفا فيما يتعلق بتنفيذ القرار الذي سيصدر، وألا يسمحا بوجه عام باتخاذ أي خطوة أيا كان نوعها من شأنها تصعد النزاع أو توسعه" وهذا ما جاء في الأمر الصادر عن المحكمة الدائمة للعدل الدولي عام ١٩٣٩م، بخصوص "قضية شركة كهرباء صوفيا وبلغاريا".

وبخصوص المادة (٩٤) من ميثاق الأمم المتحدة فإن محكمة العدل الدولية ترى أن هذه المادة سواء في فقرتها الأولى أو الثانية فهي تضفي الصفة الملزمة على التدابير المؤقتة الصادرة عن المحكمة، فهي تستنتج أن المادة (٩٤) من الميثاق "لا تحول دون كون الأوامر الصادرة بموجب المادة (٤١) ذات طابع إلزامي [١]

الفرع الثالث

القوة الإلزامية للتدابير المؤقتة

التي تتخذها محكمة التحكيم

فالعلاقة بين القضاء الوطني وقضاء التحكيم فيما يتعلق باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية يحكمها مبدأ الاختصاص المشترك، فيكون من حق أي طرف اللجوء إلى الجهات القضائية لطلب اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، ولا يعد ذلك تنازلاً عن الاتفاق إلى الالتجاء للتحكيم للفصل في موضوع النزاع الأصلي [٢].

وتحقيق هذا الرأي يقوم على اختصاص محاكم الدولة بطائفة من الإجراءات الوقتية والتحفظية على نحو قاصر عليها مع الاعتراف لقضاء التحكيم بإمكانية اتخاذ طائفة أخرى من هذه الإجراءات، ومبعثه فكرة الفاعلية والنفاذ التي يتعين أن تتحقق للتحكيم وما يصدر عنه من قضاء، فأساس توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم هو تقدير أي من هذين القضائين أكثر قدرة على كفالة الإجراء الوقتي أو التحفظي المطلوب اتخاذه، وضمان تنفيذه على

---

(١) موجز الأحكام و الفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية (١٩٩٧، ٢٠٠٢) منشورات الأمم المتحدة، نيويورك،٢٠٠٥، ص ٢١٢

(٢) وتبني معظم الاجتهادات القانونية الحديثة رأيها على الطبيعة المشتركة في الاختصاص في اتخاذ التدابير الوقتية والمستعجلة ومنها اجتهادات القانون المصري الجديدة والقانون اليمني والجزائري والكويتي وغيرها، حداد، حفيظة السيد، ص٢٨ وما بعدها.

وجه السرعة نظراً لحالة الاستعجال التي تقتضيها هذه الإجراءات' وإعمال هذا المعيار يؤدي إلى الاعتراف لمحاكم الدولة على نحو قاصر عليها بالفصل في جميع الإجراءات الوقتية التي تعرض عليها على الرغم من وجود اتفاق التحكيم بغية الحفاظ على حقوق الأطراف ومصالحهم بهذا الحكم المستعجل، وهذا ما نحى إليه القانون النموذجي في أنه "يجوز لهيئة التحكيم أن تُصدر تدابير مؤقتة بناءً على طلب أحد الأطراف"[١]، "ولا يُعتبر طلب أي طرف من السلطة القضائية اتخاذ تدابير مؤقتة عملاً مناقضاً لاتفاق التحكيم، أو نزولاً عن ذلك الاتفاق"[٢]، فيكون القانونالنموذجي قد اعتمد اختصاص المحكمة التحكيمية، دون أن يستبعد اختصاص القضاء، وهو عمل عملي مرن وعادل لا يؤدي لحرمان أطراف النزاع من المحافظة على حقوقهم في حالات الاستعجال أو في الحالات التي تكونت فيما بعد[٣].

وبالنظر إلى الاتجاهات السابقة نجد أن القول بعدم السماح للمحكم باتخاذ إجراءات وقتية وأن هذه الإجراءات من اختصاص القضاء إنما اتخذ جانب الحيطة والحذر لمصلحة الأطراف، وأنه لا يثق بقدرة الهيئة التحكيمية في اتخاذ مثل هذه الإجراءات التي يلزمها قوة التنفيذ وإجبار الخصوم، فهو بذلك يستثني وبشكل كامل دور محكمة التحكيم، لتصبح بالنسبة إليه ذات دور ثانوي أو تابع للمحكمة الوطنية، وهو بذلك يقدح في صفة الاستقلال التي تتمتع بها محكمة التحكيم، بينما اتخذ الاتجاه الثاني جانباً مقابلاً تماماً في منع محكمة الدولة من النظر في أي قرار وقتي أو إجرائي وألزم الأطراف بالرجوع فقط إلى محكمة التحكيم، وبالتالي منع وبشكل كامل تدخل محكمة الدولة في أي من هذه الإجراءات التي قد تخدم مصلحة الخصوم، وجعل الأحكام الوقتية من اختصاص محكمة التحكيم فقط، وأعطى إرادة الأطراف صلاحيات واسعة في منح المحكم الاختصاص بالنظر في هذه الإجراءات، وهذا يؤدي إلى إشكالية أخرى وهي كيفية الإلزام بالنسبة للطرف الرافض أو المتعنت عن تنفيذ القرار الوقتي، كما أنه يحرم الأطراف من فرصة اللجوء إلى القضاء، ولذا فإن النظر إلى علاقة القضاء والتحكيم باعتبارها علاقة تكاملية أو تساندية أفضل بكثير من موقف استئثار جانب دون الآخر، فإن الهدف الأساسي من قيام قضاء الدولة أو قضاء التحكيم هو الوصول إلى الحق، وإيصال الحق لأصحابه، ولهذا السبب بدأت التوجهات الحديثة للقوانين ومنها القانون النموذجي بتبني فكرة الدور المشترك، وهي بذلك جمعت

---

(١) القانون النموذجي، (اليونسترال) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، قواعد اليونسترال للتحكيم، لعام ٢٠٠٦، والصيغة المنقحة لعام ٢٠١٠، المادة (١/٢٦).

(٢) القانون النموذجي، (اليونسترال)، المادة (٩/٢٦).

(٣) عبد الحميد الأحدب، إجراءات التحكيم، بحث مقدم إلى للمؤتمر العلمي السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية) جامعة الامارات العربية المتحدة- الامارات، عام ٢٠٠٨، ص٥١١.

بين حاجة الهيئة التحكيمية للقوة الآمرة والسلطة الملزمة باعتبار المحكم شخصاً عادياً لا يملك قوة التنفيذ دون أن يكون لجوء الطرف إلى القضاء سبباً في تنازله عن اتفاق التحكيم، وبين صحة اختصاص الهيئة التحكيمية بالنظر في الأحكام الوقتية سواء بطلب من أحد الأطراف أو بإصدار الأمر الوقتي من تلقاء نفسها بحسب ما تقتضيه طبيعة النزاع.

وبيّن القانون النموذجي (اليونسترال) أن التدبير الوقتي –سواء كان في شكل قرار أم في شكل آخر– تأمر فيه هيئة التحكيم أحد الطرفين في أي وقت يسبق إصدار القرار الذي يفصل نهائياً في النزاع بأن يبقي الحال على ما هو عليه، أو يعيده إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في النزاع، أو أن يتخذ إجراءً يمنع حدوث ضرر حالي أو وشيك أو مساس بعملية التحكيم نفسها، أو أن يمتنع عن اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب ذلك الضرر أو المساس، أو أن يوفر وسيلة للمحافظة على الموجودات التي يمكن بواسطتها تنفيذ قرار لاحق، أو أن يحافظ على الأدلة التي قد تكون هامة وجوهرية في محل النزاع[١].

والإجراءات المتبعة بشأن التدبير المؤقت في القانون النموذجي منها ما يقع على كاهل الأطراف، ومنها ما يقع على كاهل هيئة التحكيم:

أولاً: فبالنسبة لدور الطرف فيقوم على أن يُقدّم الطرف طلباً يبين فيه ما يقُنع هيئة التحكيم أن عدم اتخاذ التدبير يُرجح أن يُحدث ضرراً لا يمكن جبره على نحو وافٍ بمنح تعويضات، وأن ذلك الضرر يفوق بكثير الضرر الذي يُحتمل أن يلحقبالطرف المستهدف بذلك التدبير حال عدم استعمال حقه، وأن هناك احتمالاً معقولاً أن يُفصل في موضوع المنازعة لصالح الطرف الطالب بناءً على وجاهة دعواه[٢].

ثانياً: وأما دور هيئة التحكيم فيتعلق بإجابة الطلب إذا رأت أن طلب التدبير له ما يبرره، ويجوز لها أن تعدل أو تعلّق أو تنهي أي تدبير مؤقت كانت قد أخذته، وذلك بناءً على طلب أي طرف في ظروف استثنائية وبعد إشعار الأطراف مسبقاً بمبادرة من هيئة التحكيم ذاتها، وتُلزم الهيئة الطرف –طالب التدبير المؤقت– بتقديم ضمانة مناسبة، أو تحمله تبعةَ أي تكليف أو ضرر يتسبب فيه ذلك التدبير لأي طرف، بقرار يلزمه بالتعويض عن الضرر المتحقق حال حدوثه[٣].

ولا يفرق القانون النموذجي بين التدابير المؤقتة والأوامر الأولية، إذ يفهم من المواد التي تنص على تنظيم التعامل مع التدابير المؤقتة أن ذات الأحكام تسري بالنسبة لاستصدار الأمر الأولي، وقد كانت نصوص القانون النموذجي لسنة ٢٠٠٦ قد أفردت مواداً خاصة بشأن

---

(١) القانون النموذجي (اليونسترال)، المادة (٣/٢٦: أ–د).

(٢) القانون النموذجي (اليونسترال)، المادة (٣/٢٦: أ–ب).

(٣) القانون النموذجي (اليونسترال)، المادة (٢٦/ ٣–٩). "بتصرف".

استصدار الأمر الأولي منفصلة عن طلب التدبير المؤقت، إلا أن توجهات اللجنة في التنقيحات الجديدة للقانون لسنة ٢٠١٠ ارتأت توحيد تلك الإجراءات، وأرى أن الصواب عدم التفصيل في مثل تلك الإجراءات مادام أنها تتشابه من حيث الكيفية الإجرائية، ومن حيث الآثار المترتبة، فيكون إعادة التقنين تكرار لا ضرورة له، ثم إن أي تفصيل قد يطرأ يمكن إحالته إلى نصوص القانون الواجب التطبيق في حل أي سؤال قد تثيره ظروف تلك الإجراءات.

والأصل أن تقابل هذه الإجراءات الوقتية بالانصياع والاحترام التلقائي من قبل أطراف النزاع، بحيث يكون قرار الهيئة الصادر بالنسبة للإجراء الوقتي ملزماً للطرفين وعندئذ لا حاجة للإنفاذ من جانب المحكمة ولا حاجة لتقديم ضمانة بشأن الاعتراف بذلك التدبير أو إنفاذه، أما إذا امتنع الطرف عن التنفيذ أو لم يعترف بقرار الهيئة فعندئذ يتعين إنفاذ القرار بطريقة إلزامية عن طريق طلب يقدم إلى المحكمة المختصة التي تمارس تلك الصلاحية وفقاً للقواعد الإجرائية الخاصة بها بصرف النظر عن البلد الذي أصدر فيه، أو تقديم ضمانة مناسبة بشأن ذلك التدبير، ويجوز لمحكمة الدولة التي يُلتمس لديها الاعتراف أو الإنفاذ أن تأمر الطرف بتقديم ضمانة مناسبة متى رأت ذلك ضرورياً، إذا لم يكن قد سبق لهيئة التحكيم أن اتخذت قراراً بشأن الضمانة أو حيثما يكون اتخاذ قرار من هذا القبيل ضرورياً لحماية حقوق أطراف ثالثة، ويقتصر دور المحكمة في هذه الحالات على ما يتعلق بالناحية الإجرائية المتعلقة بالتدبير المؤقت، ولا يجوز للمحكمة أن تتعدى دورها المنوط بها إلى مراجعة لمضمون التدبير المؤقت لأنه سيكون تعدياً على اختصاص هيئة التحكيم وتجاوزاً للمهمة المساندة التي لأجلها تم اللجوء للمحكمة الوطنية.

وهذه الإجراءات التي تعتمد على المساندة القضائية هي ما كانت مواد القانون النموذجي لسنة ٢٠٠٦ قد نصت عليه صراحة، فيما سكتت نصوص القانون النموذجي عن هذه الإجراءات في صيغتها الجديدة لسنة ٢٠١٠، إلا أنه يفهم ضمناً أن إحالـة الأمرإلى المحكمة المختصة هو القرار الإجرائي اللاحق عند تعنت الخصم عن التنفيذ أو رفضه لقرار الهيئــة، وهو ما كانت نصوص القانون قد صرّحت به سابقاً قبل التعديل، وهو الذي جرى به العرف في مؤسسات التحكيم حال رفض التنفيذ.

قد وجدت محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على نحو ثابت أن مثل هذه التدابير ملزمة للغاية في بعض الحالات. فعلى سبيل المثال، رأت المحكمة في قضية (مافيزيني) أنها حرة في الادعاء بأن كلمة التوصية المستخدمة في المادة (٤٧) والقاعدة (٣٩) قواعد التحكيم الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تعادل كلمة الأمر وأن "سلطة

المحكمة في البت في التدابير المؤقتة لا تقل إلزاما عن سلطة القرار النهائي"[١]وقد اتبع هذا الادعاء باستمرار، كما حدث على سبيل المثال في قضية(بيي كاسادو)، حيث قدمت المحكمة مثالا جيدا على ممارسة التأثير المتبادل عندما أشارت إلى أن المادة (٤٧) من الاتفاقية لم تكن ابتكارا بل استلهمت من المادة (٤١) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. ووفقا للمحكمة، فإن قرارات محكمة العدل الدولية وسلفها، محكمة العدل الدولية الدائمة ولذلك ينبغي أن تؤخذ في الاعتبار عند تفسير المادة (٤١) [٢]

---

(١) فقد ذهبت المحكمة إلى :

''While there is a semantic difference between the word 'recommend' as used in Rule 39 and the word 'order' as used elsewhere in the Rules to describe the Tribunal's ability to require a party to take a certain action, the difference is more apparent than real. It should be noted that the Spanish text of that Rule uses also the word "dictación". The Tribunal does not believe that the parties to the Convention meant to create a substantial difference in the effect of these two words. The Tribunal's authority to rule on provisional measures is no less binding than that of a final award. Accordingly, for the purposes of this Order, the Tribunal deems the word

'recommend' to be of equivalent value as the word 'order''.

راجع:

Emilio AgustínMaffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No ARB/97/7, Decision on Provisional Measures, 28 October 1999, para 9, p.3.

(٢) فقد ذهبت المحكمة إلى :

''Cette disposition n'est pas une innovation dans l'histoire de la juridiction internationale ; elle est directement inspirée par l'article 41 du Statut de la Cour Internationale de Justice, d'où l'intérêt particulier que peut présenter l'examen des décisions rendues dans le passé par cette Cour et sa devancière, la Cour Permanente de Justice Internationale, en matière de mesures conservatoires ou provisoires. Divers commentateurs s'étaient fondés sur une interprétation littérale de l'article 47 de la Convention (ainsi que sur la méthode, discutable, d'interprétation que constitue le recours aux travaux préparatoires, où le terme « prescribe » finit par être remplacé par «recommend ») pour en déduire que la recommandation adressée aux Parties par le Tribunal Arbitral n'aurait pas de caractère obligatoire, à la différence des sentences arbitrales (et des ordonnances de procédure) émanant du

وتنص المادة (٢٦) من قواعد الأونسيترال للتحكيم لعام ٢٠١٠م، على تدابير مؤقتة، وهي تعبير مماثل للتعبير عن التدابير المؤقتة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

المطلب الرابع

مدى خضوع التدابير الوقتية والتحفظية

لاتفاقية نيويورك

يلاحظ أن نصوص اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ لم تعالج مسألة تحديد أثر اتفاق التحكيم على الإجراءات الوقتية والتحفظية [١]

ومن ثَم اختلف الفقه عند معالجة هذا الموضوع، ويتعين ملاحظة أن الفرض الذي نتصدى له بالبحث هو مدى إمكانية الاعتراف بتدبير وقتي أو تحفظي صدر في دولة ويراد الاحتجاج به في دولة أخرى. وبمعنى آخر هل تعتبر التدابير الوقتية والتحفظية بمثابة "أحكام تحكيم" وبالتالي يمكن أن تستفيد من حماية اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية؟؟

انقسم الفقه في الإجابة على هذا التساؤل إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى عدم دخول التدابير الوقتية والتحفظية تحت مظلة اتفاقية نيويورك.

---

même Tribunal. (…) Dans son arrêt du 27 juin 2001, dans l'affaire LaGrand–Allemagne contre Etats–Unis d'Amérique, la Cour Internationale de Justice a été appelée à se prononcer pour la première fois « sur les effets juridiques de [ses] ordonnances rendues en vertu de l'article 41 de son Statut—dont l'interprétation a fait l'objet d'abondantes controverses doctrinales. Après avoir interprété l'article 41, la Cour dit que ces ordonnances ont force obligatoire ». (…) Il ressort de ce qui précède que les mesures conservatoires ont, notamment ou principalement, pour but de préserver ou protéger l'efficacité de la décision à intervenir sur le fond, donc

d'éviter de « porter préjudice à l'exécution de la sentence » et/ou d'empêcher que, de façon unilatérale, une Partie par action ou omission porte atteinte aux droits éventuels de la Partie adverse'':راجع:

Victor Pey Casado Fondation Président Allende c. Chilie, Affaire CIRDI/ARB /98/2, Decision sur les Mesures Conservatoires sollicitées par les Parties, 25 Septembre 2001, para 15, p. 576.

(١) أبو العلا النمر "القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم"، دار النهضة العربية للتوزيع والنشر، القاهرة،١٩٩٨، صـ ١٠٣

الاتجاه الثاني: يرى دخول التدابير الوقتية والتحفظية تحت مظلة اتفاقية نيويورك.

وسوف نتعرض لهذا الخلاف بقليل من الإيجاز على النحو التالي:

الاتجاه الأول: عدم دخول التدابير الوقتية والتحفظية تحت مظلة اتفاقية نيويورك:

يرى جانب من الفقه[١] أن اتفاقية نيويورك لم تعالج مسألة تحديد أثر اتفاق التحكيم على الإجراءات الوقتية والتحفظية ومع ذلك، فإن ذلك الإغفال من جانب اتفاقية نيويورك مفاده استمرار القاعدة المستقرة والتي مقتضاها أنه يجوز اللجوء إلى القضاء الوطني بصدد الطلبات الوقتية والتحفظية بما في ذلك الحجز التحفظي دون أن يعد ذلك مساسا باتفاق التحكيم أو نزولاً عنه؛ حيث لم يرد في اتفاقية نيويورك ما يحول دون استمرار العمل بذلك الأصل القانوني المستقر أو ينتقص من ولاية القضاء الوطني في ذلك المجال الذي يخرج عن دائرة الأمور المتفق على ترك الفصل فيها للتحكيم.

ويؤيد هذا الاتجاه "أحقية القضاء الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية التي يطالب بها أحد الأطراف ويراها مناسبة شريطة ألا يعتبر مجرد الأمر بالإجراء الوقتي أو التحفظي سببا للنيل من الحماية القانونية التي أصبغتها اتفاقية نيويورك على اتفاقات التحكيم أو لبسط ولاية القضاء الوطني على الجوانب الموضوعية للنزاع التي يجب أن تظل من سلطة هيئة التحكيم إعمالاً لاتفاق التحكيم".

الاتجاه الثاني: دخول التدابير الوقتية والتحفظية تحت مظلة اتفاقية نيويورك:

ويرى جانب من الفقه الحديث أن اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ غير واجبة التطبيق على القرارات الصادرة بواسطة المحكِّم باتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية حتى ولو كان هذا القرار صادر تحت اسم أو شكل "حكم التحكيم".

وفي الواقع أن مفهوم الحكم في اتفاقية نيويورك يتطلب وجود حكم قطعي ويستند هذا الاتجاه فيما ذهب إليه إلى نصوص اتفاقية نيويورك وبصفة خاصة المادة الخامسة/ ٥ والتي تشترط للاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب صاحب الشأن أن يقدم الدليل
على أن الحكم أصبح ملزما.

وأيا كان التفسير المعطَى لمصطلح الحكم، فإن واضعي اتفاقية نيويورك لم يضعوا في اعتبارهم "قرار المحكِّم" الذي يمكن أن يكون محلاً للمراجعة بموجب حكم لاحق وهذا هو بالتحديد الطابع المميز للتدابير الوقتية والتحفظية، وعليه ينتهي هذا الاتجاه إلى أن هذه التدابير تخرج من مجال الاتفاقية.

---

(١) سامية راشد "التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة" الكتاب الأول – اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، صـ ٤٥٣-٤٥٩-٤٦١

وعلى هذا فإن القرارات التي يصدرها القاضي بخصوص تدابير وقتية أو تحفظية لمعاونة هيئة التحكيم لا تعد "أحكام" بالمعنى الدقيق للكلمة ولا تستفيد من اتفاقية نيويورك، وبالتالي لا يمكن الاعتراف بها وتنفيذها في الخارج ما لم يكن يسمح بذلك قانون دولة محل تنفيذ الإجراء.

ويلاحظ أن اتفاقية نيويورك لم توضح المعنى المقصود من اصطلاح "ملزم"؛ إذ إنها أجازت رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا أثبت من يراد تنفيذ الحكم ضده أن الحكم لم يصبح ملزما للأطراف.

س: هل يقْصد بهذا المصطلح أن الحكم أصبح نهائيا؟

س: أم إن الحكم أصبح حائزا لحجية الشيء المقضي؟

س: أم إن المقصود أن يكون الحكم قطعيا؟

س: أو أن الحكم قد استنفذ طرق الطعن العادية؟

يبدو أن هذا المصطلح "ملزما" تهيمن عليه سحابة من الغموض، ويبدو أن غموض هذا المصطلح كان مقصودا من جانب واضعي اتفاقية نيويورك؛ حتى تفسره كل دولة التفسير المناسب لها. ولذلك يرى جانب من الفقه أن هذا المصطلح أخذ به باعتباره حلاً توفيقيا، وأن من شأنه تلافي تكرار الحصول على أمر بالتنفيذ في كل من الدولة التي صدر فيها والدولة التي يراد تنفيذه فيها، فاستعمال لفظ نهائي كان سيؤدي إلى هذا التكرار لأن نهائية الحكم قد تستلزم صدور أمر بتنفيذه من السلطة القضائية في البلد الذي صدر فيه وإذا ما طلب الاعتراف بالحكم أو تنفيذه في بلد آخر تعين أن يصدر أمر ثان بتنفيذه وهذا الازدواج في الأمر بالتنفيذ هو ما قصد واضعو الاتفاقية إلى تجنُّبه[1]

ومن الأحكام النادرة في هذا الموضوع: الحكم الصادر من المحكمة العليا في كوينز لاند CoursSurreme de queensland.

وفي هذا الحكم تصدت المحكمة لبحث ما إذا كان القرار الصادر من المحكِّم في الولايات المتحدة الأمريكية "بصدد تدابير وقتية" لحماية الحقوق التعاقدية لأحد الأطراف أثناء سير خصومة التحكيم، يمكن أن يعترف به وينفَّذ في أستراليا؟

وقد انتهت المحكمة إلى أن تنفيذ مثل هذه التدابير في الخارج غير ممكن.

وقد أوضحت المحكمة أن الإشارة إلى "حكم التحكيم" في اتفاقية نيويورك لا يشمل الحكم الوقتي ولكن المقصود به الحكم النهائي الذي يحسم حقوق الأطراف.

---

(1) M. Pryles "in terlocutory order and Convention awards! The Case of Resort Condominiums V. Bolwell" Arb Int. 1994 P. 385 – 394.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة أتضح لنا عدة نتائج وهي:

١. أن السلطة القضائية هي صاحبة الاختصاص الأصيل باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم.

٢. إن اللجوء إلى قضاء الدولة من أجل الحصول على قرار وقتي أو تحفظي لا يؤثر على أتفاق التحكيم ولا يفيد التنازل عنه.

٣. أن القرار الوقتي الصادر عن هيئة التحكيم يحوز حجية مؤقتة ونسبية، إذ يمكن لهيئة التحكيم في أن تعدله أو تلغيه في حال تغير الظروف التي أوجبته، كما أنه لا يلزم إلا من كان طرفا الخصومة

٤. أن مبدأ الاختصاص المشترك بين كل من قضاء الدولة وقضاء التحكيم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، هو الأنسب لضمان فعالية التحكيم وخدمة روح التعاون بين كل من قضاء الدولة وقضاء التحكيم.

التوصيات

- إن التدابير الوقتية والتحفظية يجب أن تعامل معاملة خاصة، باعتبارها تصدر في حالات مستعجلة ال تحتمل التأخير، حتى تتحقق فاعلية التحكيم والمحافظة على الحقوق المهددة بالخطر، لذلك ندعو إلى وضع آليات تكفل تنفيذها بسرعة أكثر من تلك الممنوحة لأحكام التحكيم النهائية.
- ضرورة تخصيص دائرة مستعجلة في القضاء لتنفيذ التدابير المؤقتة أو التحفظية في مجال التحكيم ليتسنى لها الفصل في النزاع على وجه السرعة.
- نرى أن تختص هيئة التحكيم منذ توليها نظر منازعة التحكيم دون غيرها ولو باتفاق الأطراف بنظر الإجراءات الوقتية والتحفظية وتقرر فيها بصفة الاستعجال دون المساس بأصل الحق، وليس لها أن تقرر عدم اختصاصها.
- يختص القضاء المستعجل بنظر الإجراءات الوقتية والتحفظية قبل تشكيل هيئة التحكيم والذي يتفق عليه الأطراف مباشرة.

أهم المراجع

المراجع العربية:

- د/أبو العلا النمر "القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم"، دار النهضة العربية للتوزيع والنشر، القاهرة،١٩٩٨،
- د/أحمد ابو الوفاء:" قضية تطبيق اتفاقية منع والعقاب على جريمة ابادة الجنس البوسنة والهرسك ضد صربيا"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٤٩، ١٩٩٣،
- د/أحمد السيد الصاوي، مدى سلطة هيئة التحكيم في اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية وإصدار أحكاما وقتية أثناء سير خصومة التحكيم،
- د/جمعة صالح حسين: القضاء الدولي وتأثير السيادة الوطنية في تنفيذ الاحكام الدولية، دار النهضة العربية، بدون طبعة،١٩٩٠
- د/حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون ذكر الطبعة
- د/سامية راشد "التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة" الكتاب الأول – اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٨٤،
- صوفيا شراد: قواعد المسؤولية الدولية في أحكام المحكمة الدولية لقانون البحار –دراسة تطبيقية لمبدأ التعويض عن الضرر– رسالة دكتوراه، جامعة بسكرة، ٢٠١٣م
- د/طاهر أحمد طاهر الزوي، القضاء المستعجل لمحكمة العدل الدولية – الإجراءات والتدابير التحفظية دراسة نظرية تطبيقية على أهم القضايا الدولية – دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣
- د/عبد الحميد الأحدب، إجراءات التحكيم، بحث مقدم إلى للمؤتمر العلمي السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية) جامعة الامارات العربية المتحدة– الامارات، عام ٢٠٠٨،
- د/عبد العزيز مخيمر عبد الهادي: القضاء الدولي المستعجل، منشورات جامعة الكويت،١٩٩٦ م،
- د/عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، إشكالية التدابير المؤقتة في التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة مع القضاء الدولي، المؤتمر السادس عشر التحكيم التجاري الدولي، كلية الفانون جامعة الامارات العربية، ٢٠٠٨
- د/ عبد الله الأشعل، جزاء عدم الإمتثال للإجراءات التحفظية في محكمة العدل الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٣٤، الجمعية المصرية للقانون الدولي، ١٩٧٨م
- د/عز الدين الطيب آدم، اختصاص محكمة العدل الدولية في النزاعات الدولية ومشكلة الرقابة على قرارات مجلس الأمن الدولي، رسالة مقدمة كجزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٣

- د/غضبان سمية، سلطة مجلس الأمن في تنفيذ الأحكام القضائية الدولية، دار بلقيس، الجزائر، ٢٠١٢
- د/محمد صافي يوسف: "المحكمة الدولية لقانون البحار"، دراسة تحليلية للجوانب التنظيمية والوظيفية للمحكمة ولأهم الاحكام القضائية الصادرة عنها"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣
- مشار إلية في: د/غنوة فواز أحمد طوقان، التدابير المؤقتة في النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية، ماجستير، جامعة الاردن، ٢٠٠٥
- د/نايف أحمد ضاحي الشمري، دور محكمة العدل الدولية في تطوير وظيفة منظمة الأمم المتحدة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،٢٠١٥، ص ٨٨
- د/نهى السيد مصطفي محمد صالح: "اختصاص المحكمة الدولية لقانون البحار"، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد ٥٤، جامعة المنصورة ٢٠١٣

المراجع الأجنبية

- Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 10 mai 1984, C.I.J. Recueil 1984, p. 182 para. 31 .
- Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Islande), mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972, p. 17, para 26/2 du dispositif.
- Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), ordonnance du 16 juillet 2013, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 2013.
- David D. Caron, Lee M. Caplan, Oxford Commentaries on International law: The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary, Oxford Universitypress, 2013,
- Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No ARB/97/7, Decision on ProvisionalMeasures, 28 October 1999, para 9,
- G. MALINVERNI : "La pratique des Comités conventionnels des Nation unies en matière des mesures conservatoires", in G. COHEN -Jonathan et J.-F. FLAUSS(eds) : Mesures conservatoires et droit fondamentaux, Bruylant, 2005 ; p. 73, in RachidatouIllaMAIKASSOUA, op.cit
- Guillaume Le Floch: L'urgence devant les juridictions internationales, édition A, Pédonne, Paris, 2008,
- Italba Corporation v The oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No ARB/16/9, Claimant's for ProvisionalMeasures, 10 November 2016, paras 19-20 ،
- ITLOS, SouthernBluefinTuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), provisionalmeasures, Order of 27 August 1999, para. 71
- ITLOS, The M/V "SAIGA" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), provisionalmeasures, order of 11 March 1998, paras. 48,52, cited in, Armin vonBogdandy, RüdigerWolfrum, Max Planck yearbook of United Nations, vol 2, 1998.

- J.F. FLAUSS:"notule sur les mesures conservatoires devant la commission africaine des droits de l'homme et des peoples", Revue Trimestrielle Des Droits De L'homme RTDH, NO 55, 2003, p. 925, in RachidatouIlla MAIKASSOUA, op. cit
- La Grand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C. I. J. Recueil 1999,
- M. Pryles "in terlocutoryorder and Convention awards! The Case of Resort Condominiums V. Bolwell" Arb Int. 1994
- Moncef KDHIR : Dictionnaire juridique de la cour internationale de justice, Bruxelles, Bruylant, 2ème édition .2000
- Natalie KLEIN: Dispute settlement in the UN convention on the law of the sea, first published, Cambridge universitypress, New York, 2007.
- Oda, S.: "International Court of Justice Viewedfrom The Bench (1976-1993) ", Collected Courses of The Hague Academy of International Law, Tome 244, 1993, pp 9-190.
- of commercial disputes: Preparation of uniform provisions on interimmeasures of protection, 30 January 2002, para. 41
- Shabtai ROSENNE: "the perplexities of modern international law", general course on public international law, collected courses of The Hague academy of international law, tome 291, 2001.
- UNCITRAL, Working Group II (Arbitration and Conciliation), Doc.A/CN.9/WG.II/WP.119, Thirtysixth session, 4-8 March 2002
- Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2007, C.I.J. Recueil 2007,
- Victor Pey Casado Fondation Président Allende c. Chilie, Affaire CIRDI/ARB /98/2, Decision sur les Mesures Conservatoires sollicitées par les Parties, 25 Septembre 2001, para 15

- Youssri Ben Hammadi, La question du caractère obligatoire des mesures conservatoires devant la cour internationale de justice.(L'Arrêt la Grande (Allmagne c. Etats d'Amérique) Du 27 Juin 2001), Revue québécoise de droit international, 2001,

الاتفاقيات الدولية

- اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى ١٩٦٥
- القانون النموذجي (اليونسترال)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، قواعد اليونسترال للتحكيم، لعام ٢٠٠٦، والصيغة المنقحة لعام ٢٠١٠،
- المحكمة الاوروبية لحقوق الانسان تأسست في سنة ١٩٥٩ بموجب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان
- محكمة العدل الدولية. هي الجهاز القضائي للأمم المتحدة. تأسست عام ١٩٤٥
- لائحة محكمة قانون البحار دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في ١٦ نوفمبر ١٩٩٤
- من لائحة محكمة العدل للاتحاد الاوروبي هي أحد مؤسسات الاتحاد الأوروبي السبع. تتألف من ثلاث محاكم: «محكمة العدل» و«المحكمة» و«محكمة الخدمة العامة». يقع مقر المحكمة والمحاكم المختلفة في لوكسمبورغ.
- موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية (١٩٩٧، ٢٠٠٢) منشورات الأمم المتحدة، نيويورك،٢٠٠٥،