



صلاحية اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية في الأعمال التحكيمية

**Authority to take temporary measures and  
conservative in the arbitration business**

إعداد الطالب

يوسف حسني الحر

إشراف الأستاذ الدكتور

جمال الدين عبدالله مكناس

رسالة ماجستير مقدمة إكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير

في القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

2015 - 2014

## تفويض

أنا الطالب يوسف حسني الحر أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي  
المعنونة بـ "صلاحيية اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في الأعمال التحكيمية"  
للمكتبات الجامعية أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص المعنية بالأبحاث  
والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: يوسف حسني الحر

التوقيع:  يوسف

التاريخ: 2014/ 12 /13

## قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها "صلاحية اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في الأعمال  
التحكيمية"

وأجيزت بتاريخ 13 / 12 / 2014م.

التوقيع:







أعضاء لجنة المناقشة:

رئيساً ومشرفاً

عضواً داخلياً

عضواً خارجياً

أ.د جمال الدين عبدالله مكناس

أ.د فائق الشماع

د. قيس عنيزان الشرايري

## شكر وتقدير

أقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى مشرفي العزيز الأستاذ الدكتور جمال الدين عبدالله مكناس الذي لم يبخل بجهده ووقته في تزويدي بكل ما لديه من معلومات ومهارات قانونية، ويعجز لساني عن شكره وتقديره على الوقت الذي منحني إياه حتى خرجت هذه الرسالة بهذه الصورة.

كما أتوجه بالشكر إلى جميع أعضاء لجنة المناقشة الكرام لتفضلهم مناقشة هذه الرسالة وإثرائها بملاحظاتهم القيمة.

كما لا يفوتني أن أتوجه بوافر شكري وعظيم امتناني إلى أساتذتي في كلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط، فلهم مني أسمى معاني الشكر والاعتزاز والتقدير.

والشكر الموصول لكل من ساهم في مساعدتي لإنجاز هذه الرسالة المتواضعة.

الباحث

## الإهداء

إلى من جعل الله برّهم طريقاً إلى الجنان...

أمي و أبي

إلى الذين لم يدّخروا جهداً في مدّ يد العون لإنهاء دراستي...

إخوتي و أخواتي

إلى من أنكرت ذاتها في سبيل إسعادي...

زوجتي

إلى قرّتي عيني، وقلذتي كبدي، إلى اللذين منحاني أعلى وأثمن ما عندهم،

طفولتهم البريئة، ساعات لهوهم ومرحهم ولعبهم، طفلي الحبيبين...

مرح و صلاح الدين

إلى كل الذين وقفوا بجانبني ومنحوني الثقة...

أهدي ثمرة جهدي هذا

الباحث

## قائمة المحتويات:

الصفحة	الموضوع
ب	التفويض .....
ج	قرار لجنة المناقشة .....
د	شكر وتقدير .....
هـ	الإهداء .....
و	قائمة المحتويات .....
ي	الملخص باللغة العربية .....
ل	الملخص باللغة الإنكليزية .....
1	الفصل الأول: مقدمة الدراسة .....
1	أولاً: تمهيد .....
2	ثانياً: مشكلة الدراسة .....
3	ثالثاً: هدف الدراسة .....
4	رابعاً: أهمية الدراسة .....

الموضوع	الصفحة
خامساً: أسئلة الدراسة .....	4
سادساً: حدود الدراسة .....	5
سابعاً: محددات الدراسة .....	6
ثامناً: مصطلحات الدراسة .....	6
تاسعاً: الإطار النظري للدراسة.....	8
عاشراً: الدراسات السابقة .....	9
أحد عشر: منهج الدراسة .....	11
الفصل الثاني: سلطة اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية في الأعمال التحكيمية .....	12
المبحث الأول: مفهوم التدابير الوقتية والتحفظية .....	13
المطلب الأول: تعريف التدابير الوقتية والتحفظية .....	14
المطلب الثاني: أهمية التدابير الوقتية والتحفظية .....	18
المطلب الثالث: خصائص الإجراءات الوقتية والتحفظية .....	20
المبحث الثاني: مدى اختصاص قضاء الدولة والتحكيم	
باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية .....	25
المطلب الأول: شروط اختصاص قضاء الدولة باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية .....	26
الفرع الأول: شرط اختصاص القضاء المستعجل .....	27

الموضوع	الصفحة
الفرع الثاني: المسائل المستعجلة في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني .....	30
المطلب الثاني: شروط اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية .....	33
الفصل الثالث: سلطة المحكم الولائية في اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية.....	42
<b>المبحث الأول: مبررات الاعتراف للمحكم بالسلطة الولائية</b>	
في اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية .....	43
المطلب الأول: جدلية الاعتراف للمحكم بالسلطة الولائية .....	46
المطلب الثاني: مظاهر سلطة المحكم الولائية .....	51
الفرع الأول: إجراءات حفظ الأدلة للفصل في النزاع .....	52
الفرع الثاني: إجراءات حفظ توازن العلاقات القانونية بين أطراف النزاع .....	54
الفرع الثالث: إجراءات خلق حالة واقعية لضمان تنفيذ الحكم المزعم إصداره .....	55
<b>المبحث الثاني: دور إرادة الأطراف بتحديد الجهة المختصة</b>	
بشأن اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية .....	60
<b>المطلب الأول: مدى صحة اتفاق التحكيم القاضي باستبعاد قضاء الدولة</b>	
في اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية .....	61
<b>المطلب الثاني: أثر لجوء أحد أطراف الاتفاق على التحكيم إلى القضاء المستعجل</b>	
على استمرار وجود اتفاق التحكيم .....	68

الموضوع	الصفحة
الفصل الرابع: العلاقة بين قضاء الدولة والتحكيم بإصدار الأحكام الوقتية والتحفظية وطبيعة هذه الأحكام وآثارها .....	73
المبحث الأول: موقف التشريع والفقهاء والقضاء في توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة والتحكيم بشأن التدابير الوقتية والتحفظية .....	74
المطلب الأول: موقف التشريعات الوطنية من توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة والتحكيم باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في الأعمال التحكيمية .....	75
الفرع الأول: موقف المشرع الأردني .....	75
الفرع الثاني: موقف التشريع المقارن .....	78
المطلب الثاني: موقف الفقهاء والقضاء من توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة والتحكيم باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في الأعمال التحكيمية .....	87
الفرع الأول: موقف الفقهاء .....	87
الفرع الثاني: موقف القضاء .....	96
المبحث الثاني: طبيعة الأحكام الوقتية والتحفظية وآثارها .....	100
المطلب الأول: طبيعة الأحكام الوقتية .....	100
الفرع الأول: حجية الحكم الوقتي الصادر عن قضاء الدولة .....	101
الفرع الثاني: حجية الحكم الوقتي الصادر عن التحكيم .....	105
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على إصدار الأحكام الوقتية .....	108

	الفرع الأول: الآثار القانونية المترتبة على اتخاذ تدابير وقائية وتحفظية
109	في مواجهة الأطراف .....
112	الفرع الثاني: الآثار القانونية الناشئة في مواجهة هيئة التحكيم.....
115	الفصل الخامس: الخاتمة .....
116	أولاً: النتائج .....
117	ثانياً: التوصيات .....
119	قائمة المراجع .....

## صلاحية اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية في الأعمال التحكيمية

إعداد الطالب

يوسف حسني الحر

إشراف الأستاذ الدكتور

جمال الدين عبدالله مكناس

### ملخص الدراسة باللغة العربية

قد تقتضي طبيعة وظروف النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، اتخاذ تدابير وقائية وتحفظية، سواءً كان ذلك قبل تشكيل هيئة التحكيم أو أثناء سير إجراءات التحكيم، الأمر الذي يتطلب اتخاذ إجراءات عاجلة لحماية الحقوق والمراكز القانونية.

وقد بدأت الدراسة بمقدمة، من خلال الفصل الأول، وتضمنت العناصر الرئيسية للبحث، وتناولت في الفصل الثاني، سلطة اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية في الأعمال التحكيمية، وذلك من خلال التصدي لمفهوم التدابير الوقائية والتحفظية وتحديد أهميتها في خصومة التحكيم، وكذلك شروط الاختصاص في اتخاذ هذه التدابير سواء من قبل قضاء الدولة أو التحكيم.

وتم تناول ماهية سلطة المحكم الولائية في اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية ومبررات الاعتراف بهذه السلطة، مع إشارة إلى أهم مظاهر التدابير الوقائية والتحفظية التي يمكن للمحكم اتخاذها أثناء سير خصومة التحكيم ومدى دور إرادة أطراف التحكيم في تحديد الجهة المختصة باتخاذها،

وذلك من خلال الفصل الثالث، أما الفصل الرابع، فتم فيه بحث العلاقة بين قضاء الدولة والتحكيم بإصدار الأحكام الوقتية وطبيعة هذه الأحكام وآثارها، من خلال بيان موقف التشريعات الوطنية والدولية، وكذلك موقف الفقه والقضاء.

وتم تثبيت النتائج والتوصيات التي خرجت بها هذه الدراسة من خلال الفصل الخامس، ومن أهم النتائج التي خلصت إليها الدراسة، أن اختصاص قضاء الدولة في النظر بالتدابير الوقتية و التحفظية في الأعمال التحكيمية اختصاصاً أصيلاً، ولا يمكن أن يسلب منه، كما أن اختصاص قضاء الدولة بالنظر في المسائل الوقتية والتحفظية في النزاعات المرتبطة بالتحكيم، لا يؤثر على اتفاق التحكيم ولا يعتبر إهداراً للأثر السلبي الناتج عن اتفاق التحكيم.

## **Abstract**

The nature and circumstances of a dispute resorted to arbitration may require taking temporal and precautionary procedures whether before the formation of jury or during arbitration procedures discourse, what requires taking urgent actions in order to protect rights and legal positions.

The current study came in four chapters. Chapter (I) was initiated by an introduction including the main elements of the study. Chapter (II) has addressed the authority of taking temporal and precautionary procedures in arbitral procedures, through addressing the concept of temporal and precautionary procedures, their importance in the dispute, as well as the terms of jurisdiction whether those for state's jurisdiction or arbitration's jurisdiction.

Chapter (III) has addressed the definition of arbitrator's power in taking temporal and precautionary procedures and the justifications of considering this authority, with reference to the most significant aspects of temporal and precautionary procedures which the arbitrator can take during the discourse of arbitration, and the extent to which the arbitration parties have volition to select the competent authority of taking temporal and precautionary procedures. Chapter (IV) has addressed the relation between state's jurisdiction and arbitration's jurisdiction regarding the issuance of temporal and precautionary procedures, the nature of such judgments and their effects through addressing the attitudes of national and international legislations, as well as the attitudes of jurisprudence and jurisdiction regarding those judgments. Chapter (V) has stated the findings and the recommendations of the study. The most important findings of the current study were that state's jurisdiction regarding the consideration of temporal and precautionary

procedures in arbitration is authentic, also state's jurisdiction regarding the consideration of temporal and precautionary procedures in arbitration does not affect arbitration agreement nor it is considered as wasting of negative effect resulting from the arbitration agreement.

## الفصل الأول

### مقدمة الدراسة

**تمهيد:** من سمات القضاء العادل، الأناة في تحقيق إدعاءات الخصوم في الدعوى القضائية، وعدم التسرع في إصدار الأحكام القضائية، ذلك أن التسرع يؤدي للظلم كما أن العدالة البطيئة في إصدار الأحكام القضائية يؤدي وفي بعض الحالات إلى عدم جدوى الحكم القضائي الصادر في الدعوى الموضوعية، إذا ترتب على العدوان حالة واقعية، يستحيل معها على الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية الموضوعية أن يعيدها إلى الحالة التي كانت عليها قبل وقوع الخطر، لذا فقد رأت الأنظمة القانونية وعلى اختلاف مذاهبها ومشاربها، عدم الاكتفاء بالقضاء العادي، فأنشأت إلى جانبه القضاء المستعجل، والذي يقدم للمتقاضيين الحلول السريعة والوقتية عند وجود خطر يهدد مصالحهم المشروعة، وذلك باتخاذ تدابير وقتية وتحفظية سريعة تحمي الحقوق والمراكز القانونية لحين عرض النزاع على محكمة الموضوع المختصة بتحقيقه والفصل فيه، ليأخذ النزاع طريقه العادي، وفقاً للإجراءات المعتادة.

ولما كانت النظم القانونية قد اعترفت بالتحكيم خياراً بديلاً لحل المنازعات، وأصبح التحكيم أمراً مرحباً به على الصعيدين، الداخلي والدولي لما يتسم به من سرعة البت في النزاع، فكان لا بد من الاعتراف له بصلاحيته باتخاذ تدابير وقتية وتحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، حماية للحق المتنازع عليه والمحال على قضاء التحكيم للبت فيه.

ولما كان التحكيم نظام قائم بذاته، ويختلف بطبيعته عن القضاء العادي، فقد اختلف في ممارسته لحق اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية نظراً لأنه يعتمد في سلطته على اتفاق أطراف التحكيم، وهو ما أثار تساؤلات عدة، منها متى يكون لهيئة التحكيم سلطة إصدار القرارات الوقائية والتحفظية والتي قد تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها، وما طبيعة الأحكام التي تصدر عنها وهل تحوز حجبية الأمر المقضي به، وهل لها قوة تنفيذية وكيف تستمدها وممن؟

### ثانياً: مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في علاقة القضاء المستعجل بالتحكيم والذي يتعلق أساساً بنطاق أثر اتفاق التحكيم على سلطات قضاء الدولة بوجه عام وعلى اختصاص هيئة التحكيم الذي تستمده من ذلك الاتفاق بوجه خاص.

من المعلوم أن اتفاق التحكيم وأياً كانت صورته، وسواء تعلق بتحكيم خاص أو تحكيم مؤسساتي يترتب عنه أضرار هامة: الأثر الأول وهو ما يطلق عليه بالأثر الإيجابي ووفقاً له تختص هيئة التحكيم بالبت في موضوع النزاع، أما الأثر الثاني فيتمثل بالأثر السلبي بموجبه يسلب الاختصاص من قضاء الدولة بنظر موضوع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم.

وهنا تنثور المشكلة، فيما إذا كان الأثر السلبي المترتب على اتفاق التحكيم يمتد ليشمل حتى المنازعات الوقائية، أو ما يسمى بالتدابير الوقائية والتحفظية التي تقتضيها المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم؟

وهي مسألة تطرح إشكالية تنازع الاختصاص بين قضاء الدولة والتحكيم، فإذا اعتبرنا أن مسألة الإجراءات الوقتية والتحفظية، هي مجرد حماية وقتية لا تمس أصل الحق، وبالتالي يحق لقضاء الدولة اتخاذ أي إجراء وقتي وتحفظي بحجة أن آثار اتفاق التحكيم قاصر على موضوع النزاع فلا يشمل المسائل الأخرى والتي قد تظهر بشكل تبعي كالإجراءات الوقتية أو التحفظية.

و في مقابل هذا الرأي، يرى جانب من الفقه والمدافع عن اختصاص هيئة التحكيم، على أنه مادام أن أطراف النزاع قد اختاروا اللجوء إلى التحكيم بدلاً من قضاء الدولة، فإن جميع المسائل المتعلقة بالنزاع تبقى من اختصاص هيئة التحكيم وحدها.

ويبرز رأي ثالث، يرى أن مسألة الإجراءات الوقتية والتحفظية تخضع للاختصاص المشترك بين قضاء الدولة والتحكيم، حيث يمكن للأطراف اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ تدابير وقتية وتحفظية ولا يعد لجوئهم هذا مناقضاً لاتفاق التحكيم كما أنه لا يفيد التنازل عنه، وكما أنه يمكن لهيئة التحكيم اتخاذ كل تدبير مؤقت تراه مناسباً ولازماً في سير الخصومة التحكيمية.

### ثالثاً: 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.

- بيان الرأي الفقهي والقانوني وأحكام القضاء بشأن اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية في منازعات التحكيم.

- طبيعة الأحكام الوقتية والتحفظية الصادرة بشأن المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم وآثارها.

#### رابعاً: أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة، باعتبار أن الإجراءات الوقتية والتحفظية تحظى بأهمية كبيرة في سير خصومة التحكيم، حيث أنه ومن خلال هذه الإجراءات يتم حفظ وحماية الحقوق والمراكز القانونية لأطراف اتفاق التحكيم ريثما يفصل في أصل هذه الحقوق.

#### خامساً: أسئلة الدراسة:

تطرح الدراسة الأسئلة التالية:

- ما المقصود بالتدابير الوقتية والتحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم؟
- من آثار الاتفاق على التحكيم نزع الاختصاص من قضاء الدولة، فهل يمتد هذا الأثر ليشمل التدابير الوقتية والتحفظية؟
- ما مدى سلطة المحكم الولائية في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية؟

- ما موقف المشرع الأردني والتشريع المقارن من موضوع الإجراءات الوقتية والتحفظية التي يتم اتخاذها في شأن المنازعات المنفق بشأنها على التحكيم؟
- ما طبيعة الحكم الصادر بمناسبة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية وهل يحوز حجية الأمر؟  
المقضي به، سواء كانت الجهة المصدرة للحكم هي قضاء الدولة أم هيئة التحكيم؟
- ما هي الآثار الناجمة عن صدور مثل هذه الأحكام؟

#### سادساً: حدود الدراسة:

تأمل الدراسة أن تتضح معالمها في نهاية الفصل الدراسي الأول من العام الجامعي 2014/2015، والتي سيكون موطنها الرئيس نصوص قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، ونصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ( 24 ) لسنة 1988 وتعديلاته، وكذلك نصوص قوانين التحكيم الوطنية للتشريعات المقارنة ونصوص القوانين الدولية النازمة لاتفاق التحكيم.

وفيما يتعلق بحدودها المكانية، فهي ستجري في حدود المملكة الأردنية الهاشمية و الدول المهتمة بالتحكيم.

## سابعاً: محددات الدراسة:

تعد هذه الدراسة إحدى الدراسات القانونية التي تهتم ببيان مدى سلطة هيئة التحكيم باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية التي تقتضيها طبيعة النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، ومن ثم لا يوجد هناك ما يمنع من تعميم نتائجها في الأردن وبقية الدول العربية.

## ثامناً: مصطلحات الدراسة:

**التدابير الوقتية والتحفظية:** مجموعة من التدابير أو الإجراءات التي تتميز بطابعها المستعجل، والتي تأمر بها المحكمة القضائية أو التحكيمية أو مركز التحكيم، وذلك بصدد النزاع المطروح أمامها، بهدف المحافظة على حقوق طرفي النزاع أو أحدهما أو لمنع تفاقم النزاع، أو للإبقاء على الحالة الراهنة له أو لضمان تنفيذ الحكم النهائي، وذلك لحين الفصل في النزاع بحكم يحوز حجية الشيء المقضي به أو الوصول إلى تسوية نهائية له<sup>1</sup>.

**الاستعجال:** عرفت محكمة التمييز الأردنية الاستعجال "بأنه الخطر المحدق بالحق المطلوب حمايته بإجراء وقتي لا تسعف فيه إجراءات التقاضي العادية، ويتحقق ركن الاستعجال إذا استبان لقاضي الأمور المستعجلة أن الإجراء المطلوب اتخاذه محافظة على الحق المطلوب حمايته لا

<sup>1</sup> ( عبد الهادي، عبد العزيز مخيمر (2000): إشكالية التدابير المؤقتة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة مع القضاء الدولي، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ 28-3 أبريل، ص 744.

يحتمل الانتظار حتى يعرض أصل النزاع على قضاة الموضوع، وعليه فإن اختصاص القضاء المستعجل يقف عند حد اتخاذ إجراء وقتي مبناه ظاهر الأوراق ولا يمس أصل الحق<sup>2</sup>.

**القضاء المستعجل:** هو فرع من القضاء المدني وولايته محدودة بالقدر الذي يدخل في صميم اختصاص القضاء المدني ويترتب على ذلك أنه حيثما تخرج المنازعة الموضوعية عن اختصاص القضاء العادي فإنها تدخل ضمن اختصاص القضاء المستعجل<sup>3</sup>.

ويعرف أيضاً بأنه: فرع من القضاء النظامي لا يتقيد بإجراءات التقاضي العادي ويختص بالفصل في المسائل المستعجلة وهي المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت أو التي ينص القانون على أنها من اختصاصه وذلك بقرار مؤقت على ذمة الدعوى الموضوعية ولحين الفصل فيها<sup>4</sup>.

**الحكم الوقتي:** الحكم الذي لا يحسم نزاعاً ما، لا في تمام موضوع الدعوى ولا في جزئية من جزئياتها، ولكنه يتعلق فقط بسير الدعوى وإجراءاتها أو المحافظة على حقوق الأطراف في انتظار الفصل في موضوع الدعوى<sup>5</sup>.

**السلطة الولائية:** ويقصد بالسلطة الولائية سلطة إصدار الأوامر على العرائض أو سلطة اتخاذ القرار في غيبة الخصومة أو الخصوم ومباشرة النشاط دون وجود منازعة بين خصمين<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> ( قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 2010/1379 (هيئة خماسية) تاريخ 2010/4/28، منشورات مركز عدالة.

<sup>3</sup> ( راتب، محمد علي، (1996)، قضاء الأمور المستعجلة، الجزء الأول، دار عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، ص297.

<sup>4</sup> ( الحمصي، محمد طلال، نظرية القضاء المستعجل في قانون أصول المحكمات المدنية لسنة 1988، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار عمان للنشر، 1996، ص45.

<sup>5</sup> ( حضري، عبد العزيز، المسطرة المدنية، مكتبة طه حسين، طبعة 2006، ص56.

## تاسعاً: الإطار النظري للدراسة:

تقسم هذه الدراسة إلى خمسة فصول، يتناول الفصل الأول مقدمة الدراسة، وتتضمن: تمهيد، ومشكلة الدراسة، وأهدافها وأهميتها وأسئلتها وحدودها ومحدداتها ومصطلحاتها ومنهجيتها.

في حين يتناول الفصل الثاني من هذه الدراسة سلطة اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية في الأعمال التحكيمية، وذلك من خلال مبحثين، يتناول المبحث الأول مفهوم التدابير الوقائية والتحفظية، في حين يتناول المبحث الثاني مدى اختصاص قضاء الدولة والتحكيم في اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية.

أما الفصل الثالث، فيتناول سلطة المحكم الولائية في اتخاذ تدابير وقائية وتحفظية في النزاعات التحكيمية، وفيه مبحثين، يتناول المبحث الأول وعليه مبررات الاعتراف للمحكم بالسلطة في اتخاذ تدابير وقائية وتحفظية، في حين يتناول المبحث الثاني دور إرادة الأطراف بتحديد الجهة المختصة بشأن اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية.

وخصص الفصل الرابع لبيان العلاقة بين قضاء الدولة والتحكيم بإصدار الأحكام الوقائية والتحفظية وطبيعة هذه الأحكام وآثارها، وفيه مبحثان، يتناول المبحث الأول موقف التشريع والفقه والقضاء في توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة والتحكيم بشأن التدابير الوقائية والتحفظية، في حين يتناول المبحث الثاني طبيعة الأحكام الوقائية والتحفظية وآثارها.

أما الفصل الخامس فيشتمل على الخاتمة والنتائج والتوصيات التي توصلت إليها الدراسة.

<sup>6</sup> ( أحمد، سيد أحمد محمود، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقائية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، 2001، ص 89 .

## عاشرا: الدراسات السابقة:

- الطروانة، مصلح أحمد، مدى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في النزعات المتفق بشأنها على التحكيم في القانون الأردني<sup>7</sup>.

في هذه الدراسة تناول الباحث العلاقة بين القضاء المستعجل وقضاء التحكيم في القانون الأردني وبين صور التعاون بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم، واستعرض مدى التعارض الموجود بين اختصاص قاضي الأمور المستعجلة وبين اختصاص المحكم، وهي بذلك تختلف عن دراستي هذه والتي تتميز بالبحث في شروط اختصاص قضاء الدولة وقضاء التحكيم باتخاذ التدابير الوقئية والتحفظية في القضايا التحكيمية، من خلال بيان موقف القانون الأردني والقوانين المقارنة والدولية وبين موقف القضاء والفقهاء القانونيين منها، الأمر الذي لم تتناوله الدراسة السابقة.

- دراسة المومني، محمد أحمد سعيد (2000) بعنوان: رقابة القضاء على إجراءات التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني، تناولت هذه الدراسة التعريف بالتحكيم، ونشأته، وصوره، ووجوه رقابة القضاء على إجراءات التحكيم، ومن ضمنها تصديق حكم التحكيم وإجراءات التصديق، وتناولت الأحكام الخاصة بطلب إعادة النزاع إلى هيئة التحكيم، كما تناولت حالات فسخ حكم التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني القديم الذي تم إلغاؤه بقانون التحكيم الأردني محل دراستي هذه، كما أنها لم تتناول صلاحية اتخاذ التدابير الوقئية والتحفظية في نزاعات التحكيم، كما أنها لم تتناول

<sup>7</sup> الطروانة، مصلح أحمد، مدى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في النزعات المتفق بشأنها على التحكيم في القانون الأردني، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الخامس عشر، العدد الرابع، ص 221-254.

الجهة المختصة بإصدارها والآثار المترتبة على صدور الأحكام الوقتية في قضايا التحكيم وهذا ما يميز دراستي عن هذه الدراسة<sup>8</sup>.

- الحمصي، محمد طلال ( 2009): القضاء المستعجل، المعهد القضائي الأردني<sup>9</sup>.

في هذه الدراسة تناول الباحث بعض الجوانب المنظمة للقضاء المستعجل، وهي بذلك تختلف عن دراستي هذه التي تتناول التدابير الوقتية والتحفظية في القضايا التحكيمية، الأمر الذي لم تتناوله الدراسة السابقة.

- أشجان، فيصل شكري داوود، (2008) بعنوان: الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق

الطعن به- دراسة مقارنة، وهدفت هذه الدراسة إلى بيان الطبيعة القانونية لحكم التحكيم محل خلاف فقهي، إذ قيلت بشأنها أربع نظريات، الأولى: النظرية العقدية التي ترى أن هذا الحكم يتسم بالطبيعة العقدية استناداً إلى إرادة أطراف النزاع التي تعد مصدر سلطة هيئة التحكيم، فالاتفاق يعد أساساً لتحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم وما يصدر عنه من أحكام، الثانية: النظرية القضائية التي ترى أن حكم التحكيم يتسم بالطبيعة القضائية استناداً إلى الوظيفة ذاتها التي يقوم بها القاضي، والحكم الذي تصدره الهيئة يعتبر حكماً له طبيعة الحكم القضائي، فهو يتشابه مع هذا الحكم سواء من حيث الإجراءات التي يصدر بناءً عليها، أو من حيث الشروط الواجب مراعاتها عند إصداره، أو الآثار المترتبة عليه، ولكن الفارق بين المحكم والقاضي، أن الأول محكم خاص

<sup>8</sup> ( المومني، محمد أحمد سعيد (2000): رقابة القضاء على إجراءات التحكيم في قانون التحكيم الأردني، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان.

<sup>9</sup> ( الحمصي، محمد طلال، ( 2009): القضاء المستعجل، المعهد القضائي الأردني، دراسة منشورة في المجلة القضائية التي تصدر عن المعهد القضائي الأردني، العدد الرابع، السنة الخامسة والعشرون، ص104-115.

يحقق عدالة خاصة، والثاني قاض عام يحقق عدالة عامة، وهذا يقتضي أن لا يتمتع المحكم الخاص بكامل سلطات القاضي العام، والنظرية الثالثة: هي المختلطة التي تجمع بين النظريتين السابقتين وترى أن نظام التحكيم يحتل مركزاً وسطاً بين العقد والقضاء، فهو نظام مختلط يبدأ بعقد وينتهي بقضاء وهو حكم التحكيم، النظرية الرابعة: فهي النظرية الخاصة أو المستقلة، التي ترى أن حكم التحكيم يتسم بالطبيعة الخاصة التي تتطلب النظر إليه نظرة مستقلة عن العقد والقضاء، بحيث لا يمكن تحديد طبيعته القانونية بأي منهما أو بكليهما، حيث انعكس هذا الجدل على موقف القضاء الأردني والمصري والفلسطيني، لغياب النص القانوني الذي يحدد هذه الطبيعة<sup>10</sup>.

في حين سوف تتميز دراستي عن هذه الدراسة بأنها سوف تبحث وبشكل خاص مدى سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والتحفيزية وطبيعة هذه الأحكام وآثارها.

## أحد عشر: منهج الدراسة:

سيتم إتباع المنهج الوصفي والتحليلي المقارن، وذلك من خلال موقف القانون الأردني والقانون المقارن وموقف الفقه والقضاء من مسألة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفيزية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، كما ستقوم الدراسة بتحليل الآراء الفقهية والأحكام القضائية ذات العلاقة بموضوعها.

## الفصل الثاني

<sup>10</sup> ( داود، أشجان فيصل شكري ( 2008): الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به - دراسة مقارنة - دراسة غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.

## سلطة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في أعمال التحكيم

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 وملايسات قد تستدعي ضرورة اتخاذ بعض التدابير المؤقتة أو التحفظية تجنباً لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم ولا يمكن تداركها إذا ما تم الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة، أو تجله عديم الجدوى بعد صدوره<sup>11</sup>.

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<sup>12</sup>.

ولما كانت هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص للنظر في موضوع النزاع بمقتضى اتفاق التحكيم، فإنه تنثور عدة تساؤلات عن مدى سلطة المحكم في اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية في النزاع المطروح عليها، وما هي مظاهر وصور التدابير الوقتية والتحفظية التي يمكن لهيئة التحكيم اتخاذها؟

ولتوضيح مفهوم التدابير الوقتية والتحفظية وتحديد خصائصها وشروط اتخاذها وكذلك مدى تمتع هيئة التحكيم في سلطة اتخاذ مثل هذه التدابير، سيعرض الباحث مفهوم التدابير الوقتية والتحفظية

<sup>11</sup> ( الصاوي، أحمد السيد، مدى سلطة هيئة التحكيم في اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية وإصدار أحكاماً وقتية أثناء سير خصومة التحكيم، مقال منشور في الموقع الإلكتروني الآتي: [www.alassy.net](http://www.alassy.net)، تاريخ الدخول، 28 / 8 / 2014

<sup>12</sup> ( الحداد، حفيفة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون ذكر الطبعة، ص181 وما بعدها.

( كمبحث أول)، ومن ثم سأتناول شروط اختصاص قضاء الدولة وقضاء التحكيم في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية (كمبحث ثاني).

### المبحث الأول: مفهوم التدابير الوقتية والتحفظية:

الحماية الوقتية هي نوع من الحماية تواجه خطر التأخير في تقديم الحماية الموضوعية، وذلك في الحالات التي تستدعي السرعة في درء الخطر الذي يتهدد الحق قبل وقوعه.

وتؤدي الحماية الوقتية دوراً متميزاً في الحياة القانونية وهو مواجهة حالة الاستعجال بتدبير عملي لمنع وقوع الضرر.

ولقد عرف الفقه القضاء المستعجل، بأنه نظام أنشأه المشرع للتوفيق بين اعتبارين: أولهما يكمن في حسن سير القضاء وتمكين الخصوم من إثبات ما يدعونه أو تقديم دفوعهم، في حين يكمن الاعتبار الثاني في أن تأخير الفصل في الدعوى يكون سبباً في الإضرار بمصالح الخصوم، وأن مقتضى هذا النظام هو إسعاف الخصوم بأحكام سريعة وقابلة للتنفيذ الجبري، وهذه الأحكام تضع الخصوم في مركز مؤقت لحين الفصل في أصل الحق<sup>13</sup>.

### المطلب الأول: تعريف التدابير الوقتية والتحفظية:

<sup>13</sup> ( النمر، أمينه مصطفى، مناط الاختصاص والحكم في دعاوى المستعجلة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1967، ص17.

لم يعرف المشرع الأردني، حاله في ذلك حال باقي التشريعات المقارنة، التدابير الوقائية والتحفظية، وإنما ترك أمر تعريفه إلى الفقه والقضاء، حيث اكتفى بالقول إن قاضي الأمور المستعجلة يحكم بالمسائل المستعجلة التي حددها في المادة (32) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني بصفه مؤقتة وبشرط عدم المساس بأصل الحق<sup>14</sup>.

وفي الواقع يصعب وضع تعريف جامع مانع للتدابير المؤقتة والتحفظية، نظراً لتعدد أشكال الحماية التي توفرها هذه التدابير للخصوم في الواقع العملي، فالإجراءات التحفظية نوع ثالث من أنواع الإجراءات بالإضافة إلى إجراءات التقاضي وإجراءات التنفيذ<sup>15</sup>، مما حدا بالفقه إلى محاولة تجميع كافة أشكال هذه التدابير وتقسيمها حسب شكلها أو حسب الغرض منها بدلاً من وضع تعريف محدد لها.

ولقد اختلف الفقهاء حول المقصود بالتدابير الوقائية والتحفظية، ولاحظ جانب من الفقه صعوبة فهم المصطلحات والألفاظ المستخدمة في هذا الموضوع، فمصطلحي التدابير الوقائية والتحفظية يستخدمان دون تمييز بينهما أو اعتبارهما متداخلين بالرغم من أنهما يشيران إلى أمور مختلفة<sup>16</sup>.

وعليه، فقد قسم الفقه التدابير الوقائية والتحفظية، وقد تم تحديد مدلول كل إجراء على حده، حيث قسمها البعض<sup>17</sup>، وميز بين التدبيرين على أساس الغاية منهما، حيث اعتبر التدابير الوقائية

<sup>14</sup> ( راجع في ذلك نص المادة ( 32 ) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988.

<sup>15</sup> ( الحداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق، ص186

<sup>16</sup> ( الطراونة، مصلح أحمد، مرجع سابق، ص221- 254.

إجراءات تحقيق تهدف إلى حفظ الأدلة اللازمة أثناء سير الخصومة، في حين اعتبر أن التدابير التحفظية هي إجراءات تهدف إلى منع أو إحداث حالة واقعية أو قانونية لضمان تنفيذ الحكم الذي سيصدر لاحقاً.

وقد قسمها البعض الآخر<sup>18</sup>، حسب مفهومها إلى اتجاه موسع حيث يعد إجراءً وقتياً كل إجراء يهدف إلى تأمين السير الطبيعي لإجراءات الخصومة، أو إلى اتجاه ضيق، وهي الإجراءات التي تسبق تنفيذ الحكم ويكون الغرض منها ضمان تنفيذ الحكم.

وقد عرف بعض الفقه<sup>19</sup> وهو ما يتفق معه الباحث، التدابير الوقتية والتحفظية دون تمييز بينهما، بأنها تدابير مؤقتة تتم بصفه مستعجلة دون المساس بأصل الحق، وتكون في صوره طلب تحفظي لتأمين إمكانية تنفيذ الحق في المستقبل، أو طلب مستعجل لتحقيق مصلحة آنية للطالب أو حمايتها.

وبالنسبة للإجراءات الوقتية، فإن طبيعة القرار الصادر بشأنها قرار مؤقت أو قرار وقتي، وهو قرار ذو حجية مؤقتة لا يلزم القاضي ولا المحكم عند تعرضه للفصل في موضوع النزاع نفسه، بينما بالنسبة للإجراءات التحفظية فإن موضوع القرار ينصب على المحافظة والتحفظ على المراكز القانونية أو الحقوق أو أدلة الإثبات.

<sup>17</sup> ( ph ouakrat l commercial international et les mesures provisoires , rev . com .int 1998 p.239 )

- أشار إليه: بركات، علي، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، مطبعة دار النهضة العربية، طبعة 1996، ص404.

<sup>18</sup> ( F .r men l'arbitrag - international et conservatoires, rev. arb. 1985. p. 51 )

- مشار إليه: في المرجع الآنف الذكر، ص 404.

<sup>19</sup> ( المرجع الآنف الذكر، ص 404.

ولقد لاحظ جانب من الفقه - وبحق - أن المصطلحات والألفاظ المستخدمة عموماً في هذا الموضوع لا تسهل على الفهم، فمصطلحي الإجراءات الوقتية والتحفظية يستخدمان دون تمييز بينهما باعتبارهما مترادفين وذلك على الرغم من أنهما يشيران إلى أمور مختلفة<sup>20</sup>.

ومما لا شك فيه فإن التدابير التحفظية ذات طابع وقتي دائماً، فالتدبير التحفظي يمكن استنفاد آثاره لحظة صدوره، أو يمكن الاعتداد به منذ البداية على اعتبار أنه قطعي ونهائي، كالقرار الصادر بوضع الحراسة القضائية، وعلى العكس من ذلك، فإن التدبير المؤقت لا يتمتع بالضرورة بالطابع التحفظي وذلك ما يتحقق بشأن النفقة المؤقتة المنصوص عليها في القانون الفرنسي والذي يهدف إلى الوفاء بشكل تام أو جزئي للدائن غير المنازع في حقوقه بشكل جدي، من خلال إصدار قرار بإتباع إجراءات الاستعجال دون المساس بالقرار الذي سوف يصدر في الموضوع<sup>21</sup>.

ويعرف السيد عبد الهادي عبد العزيز مخيمر التدابير الوقتية والتحفظية بأنها: ( مجموعة من التدابير أو الإجراءات التي تتميز بطابعها المستعجل، والتي تأمر بها المحكمة القضائية أو التحكيمية أو مركز التحكيم، وذلك بصدد النزاع المطروح أمامها، بهدف المحافظة على حقوق طرفي النزاع أو أحدهما أو لمنع تفاقم النزاع، أو للإبقاء على الحالة الراهنة له أو لضمان تنفيذ الحكم النهائي، وذلك لحين الفصل في النزاع بحكم يحوز حجية الشيء المقضي به أو الوصول إلى تسوية نهائية له)<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> ( الحداد، حفيفة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق، ص181.

<sup>21</sup> ( المرجع الآنف الذكر، ص182.

<sup>22</sup> ( عبد الهادي، عبد العزيز مخيمر، مرجع سابق، ص 744.

إن الغاية من التدابير الوقائية هي فرض القانون وحماية المصالح، وإذا أخذت من الناحية الشكلية فهي كالأعمال التي تباشرها المحاكم، أما إذا أخذت من ناحية المضمون نلاحظ أن بعضها يصدر بناءً على الوظيفة الولائية<sup>23</sup>.

ويرى أحد الفقهاء<sup>24</sup>، أن مفهوم التدابير الوقائية أو التحفظية مرتبط بالغاية المتوخاه من هذه الإجراءات، وهي إجراءات يقضي بها من أجل إسعاف المتقاضي وإشباع حاجته الملحة في وقت لا يجدي فيه اللجوء إلى إجراءات التقاضي العادية.

ويرى الباحث، إنه إذا اعتبرنا أن كل إجراء مستعجل هو وقتي بالضرورة، فإن الإجراء الوتقي لا يكون بالضرورة إجراءً مستعجلاً، مما يعني أن مجال الإجراءات الوقائية أوسع من مجال الإجراءات المستعجلة.

#### ومن أهم تطبيقات التدابير الوقائية :

طلب إثبات حاله، أو توجيه إنذار، حيث حددت المادة (32) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني اختصاصات قاضي الامور المستعجلة بما يلي: "يحكم قاضي الامور المستعجلة بصفة مؤقتة مع عدم المساس بالحق بالأمور التالية....." وهذه الامور المستعجلة هي المسائل المستعجلة

<sup>23</sup> ( الزعبي، د. عوض، أصول المحاكمات المدنية، ج2، دار وائل للنشر، ط1، 2003، ص 719.

<sup>24</sup> ( هداية، عبد اللطيف، القضاء المستعجل في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1998، ص

التي يخشى عليها من فوات الوقت، حيث لا يشترط المشرع بشأنها إلا الاستعجال، وقد ترك أمر تقديره إلى قاضي الأمور المستعجلة، ولا يدخل عنصر الاستعجال في رقابة محكمة التمييز<sup>25</sup>.

أما أهم تطبيقات الإجراءات التحفظية، نجد أن هناك الحراسة القضائية أو حجز التحفظي على المنقولات أو العقارات، أو صعوبة تنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ، أو المنع من السفر وحبس المدين.

### المطلب الثاني: أهمية التدابير الوقتية والتحفظية .

إن التدابير الوقتية والتحفظية المرتبطة بإجراءات التحكيم تعتبر من المسائل الدقيقة التي تتعاضد أهميتها في قضاء التحكيم وقضاء الدولة أيضاً، وتتجلى هذه الأهمية من خلال جوانب عديدة، كطول إجراءات التقاضي، فرغم أن قضايا التحكيم تمتاز بسرعة البت في النزاعات المعروضة عليها، إلا إن هناك حالات تعجز الإجراءات العادية المتبعة أمام هيئة التحكيم الفصل فيها، وبالتالي تعجز عن حماية الحق المعرض للخطر، مما يجعل من هذه التدابير الملاذ الوحيد لحماية هذا الحق، مقارنة مع وسائل الحماية العادية<sup>26</sup>.

وهذه التدابير تلعب دوراً مهماً في درء الخطر البادي لأول وهلة من ظاهر المستندات بإجراءات وقتية تتغير كلما جد جديد في ظروف النزاع، حيث تتميز هذه التدابير بالبساطة والمرونة والاقتصاد في النفقات والوقت، وبذلك تكون التدابير الوقتية والتحفظية المتخذة سواء من قبل

<sup>25</sup> ( القضاة، مفلح عواد، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2008، ص 161 وما بعدها.

<sup>26</sup> ( العبار، يونس، الإجراءات الإستعجالي بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم، مقال منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: [www.marocdroit.com](http://www.marocdroit.com)، وقت الدخول، 2014/9/1.

القضاء المستعجل أو قضاء التحكيم، القاسم المشترك للتوفيق بين الأداة اللازمة لحسن سير العدالة وبين نتائج هذه الأداة التي قد تضعف أحياناً حقوق الخصوم<sup>27</sup>.

ويتجلى دور الإجراءات التحفظية كذلك، في ضمان تنفيذ حكم التحكيم الصادر، نتيجة تغير المركز المالي للمدعي عليه مع مرور الوقت<sup>28</sup>.

كما تتميز كذلك باهتمام متزايد لأسباب متعددة لعل أهمها، أنها تقع في مواجهه مباشره مع مفاعيل الزمن الذي لا يخفى على أحد أن مدى امتداد انعكاسه، يترك أثراً قد يصعب تداركها لاحقاً إن لم يكن مستحيلاً، ذلك حتى لم يكن في إمكان الأطراف المتنازعة الحصول على حماية فعالة وسريعة لحقوقهم بمقتضى الإجراءات العادية وهكذا فدور التدابير الوقئية أو التحفظية، وضعت أساساً لحماية الحقوق التي يتهددها الخطر، كما أن دور الإجراء التحفظي خصوصاً بعد انتهاء مهمة التحكيم وصدور حكم التحكيم المنهي للنزاع، تتعاطم أهميته عن طريق اتخاذ الحجوزات التحفظية وهي أهم صور الإجراء التحفظي كضرورة لتنفيذ حكم التحكيم، أو إصدار أوامر متعلقة بمنع المدين من السفر أو بحبس بعض من أملاكه وفقاً للقانون<sup>29</sup>.

### المطلب الثالث: خصائص التدابير الوقئية والتحفظية.

<sup>27</sup> ( الطراونة، مصلح أحمد، مرجع سابق، ص221- 254.

<sup>28</sup> ( الصانوري، مهند أحمد، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2005، ص 103.

<sup>29</sup> ( مشبال، عبداللطيف، الإجراءات الوقئية أو التحفظية في التحكيم التجاري والدولي، دفاثر المجلس الأعلى رقم 6 ، 2005، ص 145.

إن إتباع طريق الإدعاء العادي، وما يتطلبه من إجراءات تحقيق في الدعوى للحصول على الحماية القانونية الكاملة قد يترتب عليه ضرر يلحق بمصلحة طالب هذه الحماية، لذلك جاء القضاء المستعجل لإسعاف الخصوم بالحصول على إجراءات وقتية وتحفظية سريعة لا تقرر حقاً ولا تهدره ولا تمس موضوع النزاع أو أصل الحق، وهذا كله لحين البت في أصل النزاع، الأمر الذي يؤكد وجود خصائص مميزة للتدابير الوقتية أو التحفظية نجملها بما يلي:

#### أولاً: مرونة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية وسرعة البت فيها:

إن اتفاق التحكيم لا يمنع أي من أطرافه من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة، وذلك قبل البدء في إجراءات التحكيم لطلب اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي تقتضيه ظروف النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، حيث تتسم الدعوى المستعجلة بالسرعة التي تتناسب مع القضايا المستعجلة مقارنة مع إجراءات الدعوى العادية أمام محاكم الموضوع<sup>30</sup>.

وتتجلى بساطة ومرونة الدعوى المستعجلة في خاصيتين أساسيتين هما:

أ- كيفية تقديم الدعوى: الأصل أن تقام الدعوى بتقديم لائحة دعوى من المدعي إلى المحكمة المختصة يشرح فيها دعواه ويطلب الحكم بها على خصمه، ودعاوى الأمور المستعجلة تخضع لذات الأصول التي تخضع لها القضايا العادية<sup>31</sup>، إذ يجب أن ترفع الدعوى بلائحة تتضمن ما يلي:

#### 1. اسم المحكمة المرفوع أمامها الدعوى

<sup>30</sup> (الطراونة، مصلح أحمد، مرجع سابق، ص 221-254).

<sup>31</sup> (راجع في ذلك، القضاة، مفلح عواد، مرجع سابق، ص 192 وما بعدها).

2. اسم المدعي بالكامل أو مهنته أو وظيفته أو محل عمله أو موطنه واسم من يمثله بالكامل ومهنته أو وظيفته ومحل عمله وموطنه.

3. اسم المدعي عليه بالكامل أو مهنته أو وظيفته أو محل عمله أو موطنه واسم من يمثله بالكامل ومهنته أو وظيفته ومحل عمله وموطنه.

4. موضوع الطلب المستعجل.

5. بيان دواعي العجلة والأوجه القانونية إن كانت موجودة.

6. توقيع المدعي أو وكيله.

7. تاريخ تحرير الطلب.

8. البيانات والوثائق المؤيدة للطلب المستعجل إن كانت موجودة، وهذا ما نصت عليه الفقرة (2) من المادة (32) من قانون أصول المحاكمات المدنية بقولها: "على الطالب أن يرفق الوثائق التي يستند إليها في طلبه وللمحكمة أو قاضي الأمور المستعجلة أن يقرر تكليفه بتقديم تأمين نقدي أو كفالة مصرفية أو عدلية تحدد المحكمة أو قاضي الأمور المستعجلة نوعها ومبلغها ويقدمها كفيل مليء يضمن العطل والضرر الذي يلحق بالمستدعي ضده إذا ظهر أن المستدعي غير محق بطلبه. ويستثنى من تقديم التأمين أو الكفالة الدوائر الحكومية والمؤسسات الرسمية والعامّة والبلديات والبنوك العاملة في المملكة، وللمحكمة أو قاضي الأمور المستعجلة التحقق من سلامة الكفيل."

وبعد ذلك، يتم استيفاء الرسم عن الدعوى المستعجلة طبقاً لنظام رسوم المحاكم الأردنية رقم (108) لسنة 2008، وبعد أن تستوفي الرسوم عن الدعوى المستعجلة، يتم قيد الدعوى المستعجلة في سجل الدعاوى أو الطلبات المستعجلة إذا تم تقديمها بشكل مستقل، وإلا فإنها تسجل في سجل

الدعاوى الموضوعية برقم متسلسل وفقاً لأسبقية تقديمها وبوضع عليها وعلى ما يرافقها من أوراق خاتم المحكمة، ويذكر أمام الرقم تاريخ القيد وذلك ببيان اليوم والشهر والسنة ويؤشر بكل ذلك على صور اللائحة (م 3/57 أصول)، وللمحكمة أن تكلف المدعي بتقديم كفالة نقدية أو مصرفية أو عدلية من كفيل مليء تضمن كل عطل، أو ضرر قد يلحق بالمستدعي ضده إذا تبين أن المستدعي غير محق في طلبه (2/23 أصول).

وطبقاً لما نصت عليه المادة (60) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية، فلا تخضع الدعاوى المستعجلة لتبادل اللوائح، وإنما يعين القاضي جلسة المحاكمة فور قيد استدعائها. وطبقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة (61) من قانون الأصول فإن ميعاد الحضور في الدعاوى المستعجلة أربع وعشرون ساعة إلا إذا اقتضت الضرورة إنقاص هذا الميعاد إلى ساعة بشرط أن يحصل التبليغ للخصم نفسه<sup>32</sup>.

والأصل أن الخصومة في الدعاوى المستعجلة لا تنتظر مرافعةً، تلك هي القاعدة العامة، وهذا ما نصت عليه الفقرة (9) من المادة (33) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني بقولها: "تنتظر المحكمة أو قاضي الأمور المستعجلة في المسائل المستعجلة تدقيقاً دون حاجة لدعوة الخصوم إلا إذا رأت المحكمة أو القاضي خلاف ذلك".

وبناءً على ذلك، وأنه استثناء من القاعدة العامة، فإن الدعوى المستعجلة يمكن أن تنتظر مرافعةً حيث يتم دعوة الطرفين أمام قاضي الأمور المستعجلة حسب الأصول، ويؤيد ذلك نص المادة (60)

<sup>32</sup> القضاة، مفلح عواد، مرجع سابق، ص 95.

من قانون الأصول التي نصت الفقرة الأولى منها على ما يلي: " في الدعاوى المستعجلة يعين القاضي جلسة المحكمة فور قيد لاثحتها دون حاجة لتبادل اللوائح."

وقد أجاز المشرع لقاضي الأمور المستعجلة أن يعقد جلساته خارج قاعة المحكمة وفي أي وقت يحدده<sup>33</sup>، وهذا يعني أن قاضي الأمور المستعجلة لا يلتزم بأوقات الدوام الرسمي، إنما يحدد مواعيد الجلسات 48 ساعة أو انقاصها حسب الضرورة التي تقتضيها طبيعة موضوع الدعوى.

وأجازت المادة (2/76 أصول) استئناف حكم قاضي الأمور المستعجلة أيا كانت المحكمة التي أصدرته كاستثناء على الأصل العام الذي يقضي بعدم جواز الطعن بالأحكام التي لا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها (م170/ أصول).

وقد حددت المادة 178 ميعاد الاستئناف في المسائل المستعجلة بعشرة أيام من تاريخ صدور الحكم ويكون قرار محكمة الاستئناف الصادر في المواد المستعجلة نهائياً ولا يقبل أي طريق من طرق الطعن.

#### ب- سرعة البت في الإجراءات الوقتية أو التحفظية :

لما كانت الغاية من اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية هي حماية الحق من كل خطر محقق لا يتحمل الإجراءات العادية، مما يعني ضرورة سرعة البت في الإجراءات الوقتية والتحفظية لحماية الحق المتنازع عليه، والحكم الذي يصدره قاضي الأمور المستعجلة هو حكم قضائي يفصل في مسألة معينة متنازع عليها بين خصمين من جهة قضائية مختصة، فيحوز على حجية الأمر المقضي به وتلتزم هذه الحجية القاضي الذي أصدر الحكم وطرفي الخصوم بما يقضي به القاضي "بصفة مؤقتة

<sup>33</sup> راجع في ذلك الفقرة (2) من المادة (71) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

مع عدم المساس بأصل الحق" وعليه، فإن حكم قاضي الأمور المستعجلة لا يجوز العدول عنه إلا إذا كانت الأسباب التي دعت إلى إصداره قد تعدلت أو جد من الأمور ما يستدعي الحد من أثره أو وقف تنفيذه، مع الأخذ بعين الاعتبار بأن التحكيم يتميز بسرعة الإجراءات وسرعة البت في الموضوع، أي أن هيئة التحكيم ملزمة بالبت في مدة محددة لا تتجاوز اثني عشر شهراً وفقاً لأحكام المادة (37/أ) من قانون التحكيم الأردني ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فكيف إذا كان الأمر مستعجلاً.

### ثانياً: الطابع المؤقت للتدابير الوقائية والتحفظية.

إن الحكم الذي يصدره قاضي الأمور المستعجلة هو حكم قضائي بالمعنى الدقيق، لأنه يفصل في مسألة معينة ومنتازع عليها بين خصمين فهو صادر عن سلطة قضائية مختصة به، ويحوز على حجية الأمر المقضى به، وهذه الحجية تلزم القاضي الذي أصدره ولا يلزم قاضي الموضوع وكذلك المحكم عند النظر في موضوع النزاع.

ولما كان الحكم الوقفي ليس فصلاً في أصل النزاع، فهي أحكام وقتية ولا تتعرض لموضوع الحق، حيث يمكن العدول عنه باستصدار حكم يقضي بإلغاء الإجراء الوقفي أو التحفظي السابق أو تعديله متى تغيرت الظروف التي بررت إصداره، سواء من قبل قاضي الأمور المستعجلة أو المحكم الذي أصدره، أو من قبل قاضي الموضوع<sup>34</sup>.

وإلى جانب كل هذه الخصائص تتسم الإجراءات الوقائية والتحفظية بالطابع التبعية، حيث لا توجد إلا بصدد نزاع موجود وقائم، أو محتمل الوجود حول الموضوع الأصلي الذي أنفق بشأنه على

<sup>34</sup> ( الطراونة، مصلح أحمد، مرجع سابق، ص221- 254.

التحكيم، فالغاية من الإجراءات الوقتية والتحفظية هو تسهيل وتخفيف غرض الخصومة الأصلية وهو إصدار الحكم وضمان تنفيذه مستقبلاً، لذلك فإن إجراءات إصدارها مختلفة عن الإجراءات التي تتم أثناء نظر موضوع النزاع<sup>35</sup>.

## المبحث الثاني: مدى اختصاص قضاء الدولة وهيئة التحكيم في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية:

للقضاء دور مهم في مساعدة التحكيم، فرغم أن التحكيم مؤسسة مستقلة عن القضاء لا من حيث الإجراءات المتبعة أمامه، ولا من حيث قدرة المحكم على تسيير الخصومة التحكيمية، إلا إن المحكم يعتبر شخصاً ذاتي أوكل إليه مهمة الفصل في نزاع بين خصوم أنيط بهم مهمة تعيين المحكم، حيث يفتقد إلى سلطة الإلزام في مواجهة الأطراف وفي مواجهة الغير، مما يعني أن تدخل القضاء أمر لا بد منه، ليس فقط من أجل تشكيل هيئة التحكيم، عند عدم الاتفاق على اختيار المحكمين، بل إن قضاء الدولة في مساندة ومساعدة هيئة التحكيم، يمتد للمراحل التحكيمية كلها، سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها أو بعد صدور الحكم التحكيمي، والتي من أهمها صلاحية القضاء باتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية .

وبما أنه لا مفر من لجوء طرفي التحكيم إلى قاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ تدبير وقتي أو تحفظي في المرحلة السابقة لتشكيل هيئة التحكيم أو المرحلة الواقعة ما بين تسمية المحكمين وقبل

<sup>35</sup> ( أحمد، سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 83.

البدء في إجراءات التحكيم وكذلك أثناء السير في إجراءات التحكيم في حالة غياب اتفاق أطراف التحكيم على تخويل هيئة التحكيم سلطة اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية تقتضيها طبيعة النزاع المطروح أمامها، فإذا ما قامت ظروف استعجال لا تحتمل التأخير فإنه لا مناص من اللجوء إلى القضاء المستعجل لتوفير الحماية الوقتية<sup>36</sup>.

وعلى الرغم من ذلك يبقى لهيئة التحكيم دور فعال باتخاذها تدابير وقتية وتحفظية أثناء النظر في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم.

مما حدا بنا البحث في شروط اختصاص قضاء الدولة ( كمطلب أول)، و شروط اختصاص قضاء التحكيم باتخاذ أي من هذه التدابير في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم ( كمطلب ثاني).

### **المطلب الأول: شروط اختصاص قضاء الدولة في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية:**

يشترط لانعقاد الاختصاص لقضاء الدولة باتخاذ مثل هذه التدابير وفقاً للنصوص التشريعية والأحكام القضائية وما اتجهت إليه الآراء الفقهية بهذا الصدد، توافر شرطين أساسيين سأعرض لهما بشيء من التفصيل ( كفرع أول) ثم نستعرض المسائل المستعجلة في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ( كفرع ثاني).

### **الفرع الأول : شرطا اختصاص القضاء المستعجل.**

<sup>36</sup> الحداد، حفيفة السيد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، 2004، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 356 وما بعدها.

قدّمنا بأنه يشترط لانعقاد الاختصاص لقضاء الدولة باتخاذ تدابير وقتية وتحفظية توافر شرطين أساسيين هما شرط الاستعجال (الخطر) وشرط عدم المساس بأصل الحق نعرض لهما بالتفصيل على النحو الآتي:

### أولاً : شرط الاستعجال

لم يضع المشرع الأردني على غرار باقي التشريعات المقارنة تعريفاً لمعنى الاستعجال ولم يحدد ماهيته، وإنما اكتفى بالنص عليه في المادة (1/32) من قانون أصوات المحاكمات المدنية الأردني، والتي تقضي بأن قاضي الأمور المستعجلة يختص بالحكم في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت، ثم عدد في الفقرة الثانية من نفس المادة بعض المسائل المستعجلة بنص القانون، دون أن يضع ضابط أو معيار يبين شروط قيام هذا الاستعجال بحيث يستند إليها لتحديد معنى الاستعجال، حيث ترك الأمر لسلطة قاضي الأمور المستعجلة التقديرية بغير معقب عليها من محكمة التمييز<sup>37</sup>.

وقد درج الفقه على تعريف الاستعجال بأنه الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درءه عنه، بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده<sup>38</sup>.

هذا، وعرفت محكمة التمييز الاستعجال "بأنه الخطر المحقق بالحق المطلوب حمايته بإجراء وقتي لا تسعف فيه إجراءات التقاضي العادية، ويتحقق ركن الاستعجال إذا استبان لقاضي الأمور المستعجلة أن الإجراء المطلوب اتخاذه محافظة على الحق المطلوب حمايته لا يحتمل الانتظار

<sup>37</sup> (الطراونة، مصلح أحمد، مرجع سابق، ص 221-254 .

<sup>38</sup> (راتب، محمد علي، وكامل، محمد خضر الدين، وراتب، محمد فاروق، قضاء الأمور المستعجلة، القاهرة، عالم الكتب، 1985، ص

30 وما بعدها.

حتى يعرض أصل النزاع على قضاة الموضوع، وعليه فإن اختصاص القضاء المستعجل يقف عند حد اتخاذ إجراء وفتي مبناه ظاهر الأوراق ولا يمس أصل الحق<sup>39</sup>.

ومما يجب الإشارة إليه، أنه يجب أن تبقى حالة الاستعجال قائمة من وقت رفع الدعوى إلى حين صدور الحكم المستعجل، فإذا سقط شرط الاستعجال قبل الفصل في الدعوى لأي سبب من الأسباب، وجب على القاضي الحكم بعدم اختصاصه لطالما أضحى الدعوى فاقدة لعنصر الاستعجال<sup>40</sup>.

### ثانياً : عدم المساس بأصل الحق

والمقصود بهذا الشرط هو أن اختصاص قاضي الأمور المستعجلة عند توافر حالة الاستعجال هو إصدار الأمر بالتدبير الوقتي لحماية الحق والمحافظة عليه بدفع الخطر عنه في انتظار البت في صحته ومداه وصاحبه، لذلك فإن اختصاص قاضي الأمور المستعجلة ليس الفصل في أصل الحق، وأصل الحق هو السبب القانوني الذي يتحدد بموجبه حقوق والتزامات كل طرف قبل الآخر<sup>41</sup>.

وقد عبر المشرع الأردني عن فكرة عدم المساس بأصل الحق في المادة(32) من قانون الأصول بقولها (بصفة مؤقتة مع عدم المساس بأصل الحق)، وعلى أساس هذه الفكرة، فكرة عدم المساس

<sup>39</sup> ( قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 2010/1379 ، (هيئة خماسية) تاريخ 2010/4/28، منشورات مركز عدالة.

<sup>40</sup> ( العبودي، عباس، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص100.

<sup>41</sup> ( الحمصي، محمد طلال، نظرية القضاء المستعجل في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، لسنة 1988 دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 186 وما بعدها.

بأصل الحق، يمنح الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة، حيث يتمتع عليه النظر في جوهر النزاع الذي يبقى من اختصاص قاضي الموضوع وحده. حيث يمنع على قاضي الأمور المستعجلة المساس بأصل الحق الذي تدور حوله حقوق والتزامات الأطراف وجوداً و عدماً<sup>42</sup>. ويكفي على قاضي الأمور المستعجلة عند اتخاذ أي تدبير مستعجل أن يقتنع باحتمالية وجود الحق من خلال بحث الأمر ظاهرياً، أي بحث المستندات والأدلة المقدمة إليه بحثاً عرضياً يتحسس به ما يحتمل لأول وهلة أن يكون هو عين الصواب في الطلب المعروض<sup>43</sup>.

وفي ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية" إذا وجدت محكمة الاستئناف بما لها من صلاحية بوزن البينة من ظاهر البينة المقدمة أن صفة الاستعجال تتوافر في طلب المميز ضده إجراء الكشف المستعجل لإثبات الحالة وأن انتداب خبير لمعاينة البضاعة موضوع الدعوى ووصف حالتها خشية التغير وضياع المعالم لا يشكل مساساً بأصل الحق موضوع الطلب<sup>44</sup>."

## الفرع الثاني: المسائل المستعجلة في قانون أصول المحاكمات الأردنية رقم (24) لسنة 1988 وتعديلاته.

إن الاختصاص النوعي لقاضي الأمور المستعجلة يتمثل بتوافر حاله من حالات الاستعجال التي وردت في المادة (32) من قانون الأصول، وهذه الحالات يمكن ضمها ضمن طائفتين:

### الطائفة الأولى: المسائل المستعجلة بطبيعتها:

<sup>42</sup> ( المرجع الآنف الذكر، ص 86 وما بعدها.

<sup>43</sup> ( إسماعيل، خميس السيد، موسوعة القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ وإشكالاته، الطبعة الأولى، القاهرة، بدون ناشر، ص 36 .

<sup>44</sup> ( قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 2009/1897 (هيئة خماسية) تاريخ 2009/11/4 منشورات مركز عدالة.

وهي المسائل التي عبرت عنها المادة ( 1/32 ) أصول، بقولها (المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت)، وما يميز هذه المسائل هو عنصر الاستعجال الذي يخشى منه ضياع الحقوق نتيجة لفوات الوقت إذا ما تركت لإجراءات التقاضي لدى محكمة الموضوع، وهي مسائل متعددة يصعب تقنينها ولكن يمكن تقديرها لمجرد توافر عنصر الاستعجال والذي يحتمل تحققه خشية فوات الوقت ويعبر عنها عملياً من قبل وكيل المستدعي بوقوع ضرر يصعب تداركه، لذلك يجب على قاضي الأمور المستعجلة البحث في شروط الاستعجال في كل مرة تعرض عليه مسألة يخشى عليها من فوات الوقت، ويعبر عنها عملياً من قبل وكيل المدعي بوقوع ضرر يصعب تداركه مستقبلاً<sup>45</sup>، ومن أمثلة الحالات التي يخشى عليها من فوات الوقت ما يلي:

1. طلب بيع بضاعة سريعة التلف

2. طلب الحكم المؤقت بوقف العمل الضار

3. طلب تمكين حائز العقار من الانتفاع به

الطائفة الثانية: مسائل مستعجلة بنص القانون:

وهي التي ورد ذكرها في الفقرات (2،3،4 من المادة 32) حيث افترض المشرع توافر عنصر الاستعجال فيها، فمهمة قاضي الأمور المستعجلة تنحصر بعدم المساس بأصل الحق فقط دون البحث في تقدير توافر عنصر الاستعجال، بما أن المشرع قد أقام القرينة على توافره فيها بمجرد

<sup>45</sup> ( الطراونة، مصلح أحمد، مرجع سابق، ص221- 254.

عرض المسألة عليه<sup>46</sup>، ومن الأمثلة على المسائل المستعجلة التي ورد النص عليها في المادة (32) أصول.

1. طلب تعيين قيم على مال، ومثالها: تعيين قيم على شركة متنازع عليها بين الشركاء لإدارة شؤونها وحفظ أموالها لحين الفصل في النزاع.

2. طلب الحجز التحفظي : وهو من أهم الوسائل التي منحها المشروع للدائن للحفاظ على حقه المهدد بالضياع، وذلك بتمكينه من استصدار قرار يمنع المدين من التصرف في أمواله تصرفاً ضاراً حتى يثبت الدائن حقه، حيث نظم المشرع أحكام وشروط الحجز التحفظي في المواد (141-152) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية.

3. طلب وضع الحراسة القضائية: ومن أمثلته، فرض الحراسة القضائية على موسم أرض زراعية لجني ثمارها.

4. طلب منع السفر: في حالة إذا ما خشي المدعي مغادرة المدعى عليه البلاد ولم يكن له مال كاف يستوفي منه المدعي حقه، فيتم تقديم طلب إلى قاض الأمور المستعجلة لمنع المدعي عليه من السفر وفقاً لأحكام المادة (157) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية.

5. الكشف المستعجل لإثبات الحالة : حاله مادية يخشى عليها من ضياع معالمها مستقبلاً للمحافظة على الدليل المثبت للحق من خطر الضياع (الكشف على بضاعة وصلت إلى الجمارك وهي بحالة جيدة إلى سيئة حسب طالب الكشف).

<sup>46</sup> ( الطراونة، مصلح احمد، مرجع سابق، ص221- 254.

6. سماع الشاهد الذي يخشى فوات فرصة الاستشهاد به على موضوع لم يعرض على القضاء ويحتمل عرضه عليه،(سماع الشاهد مريض مرض الموت)

وتشترك هاتان الطائفتان بأنهما تتسمان بطابع الاستعجال الذي يسوغ نشوء قضاء مستعجل فجميعهما مسائل يخشى عليها من فوات الوقت إذا ما تم تركها لحين البت بها من قبل القضاء العادي، مما حدا بالبعض إلى القول، بأنه يمكن رد الحالات الواردة في المادة (32) إلى أنها جميعاً مسائل يخشى عليها من فوات الوقت، وما ورد في الفقرات (2،3،4) لا تعدو أن تكون مجرد أمثله لأكثر الحالات التي يخشى عليها من فوات الوقت وعليه فإنها لا تنزع سلطة قاضي الأمور المستعجلة في تقدير عنصر الاستعجال فيها<sup>47</sup>.

**المطلب الثاني: شروط اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ التدابير الوقتية**

**والتحفظية:**

<sup>47</sup> ( الطراونة، مصلح أحمد، مرجع سابق، ص221 - 254.

تنص المادة (23) من قانون التحكيم الأردني رقم 33 لسنة 2001 على أنه "أ- مع مراعاة أحكام المادة (13) من هذا القانون<sup>48</sup>، يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أي من طرفي التحكيم، أن تأمر أي منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات هذه التدابير".

ويفهم من سياق هذا النص أنه للمحتكمين تضمين اتفاقهما على التحكيم منح هيئة التحكيم صلاحية إصدار الأمر إلى أحد أطراف التحكيم باتخاذ ما تراه من تدابير وقتية أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، ولها أن تمارس هذه الصلاحية، إما بناءً على طلب أي من طرفي التحكيم أو من تلقاء نفسها.

كما يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الأردني قد أسند الاختصاص إلى الهيئة التحكيمية وبشكل صريح وواضح باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية دون أن يشير إلى شروط هذا الاختصاص.

وهذا النص، يقرر وبشكل صريح قاعدة واستثناء: القاعدة هي اختصاص قضاء الدولة بالمسائل المستعجلة التي تثار أثناء سير خصومة التحكيم، في حين أن الاستثناء يتمثل بجواز إسناد الفصل بالمسائل المستعجلة التي تثار بشأن موضوع معروض على التحكيم إلى هيئة التحكيم، غير أنه لم يجعل اختصاصها بنظر هذه الطلبات أصلياً، بل جعل اختصاص هيئة التحكيم بنظر هذه

<sup>48</sup> ( المادة(13) من قانون التحكيم الأردني تنص على أنه " لا يمنع اتفاق التحكيم أي طرف الطلب من قاضي الأمور المستعجلة سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية ويجوز الرجوع عن تلك الإجراءات بالطريقة ذاتها".

الطلبات اختصاصاً استثنائياً، وهذا يعني أنه لا بد من اتفاق طرفي التحكيم صراحةً على تحويل هيئة التحكيم إصدار الأمر باتخاذ تدابير وقائية وتحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وإلا فإن قاضي الأمور المستعجلة يبقى هو صاحب الاختصاص الأصيل بإصدار الأحكام في تلك التدابير<sup>49</sup>.

وبذلك يكون المشرع قد اعتمد اختصاص هيئة التحكيم في نظر الطلبات المستعجلة كاختصاص إستثنائي، دون أن يستبعد اختصاص القضاء المستعجل مما حدا بأحد الفقهاء إلى وصف هذا الاتجاه بأنه: "حل عملي وعادل لا يؤدي إلى حرمان أطراف النزاع من المحافظة على حقوقهم في حالات الاستعجال، أو في الحالات التي لا تكون المحكمة التحكيمية قد تكونت بعد"<sup>50</sup>.

ووفقاً لذلك، يحق لصاحب المصلحة اللجوء إلى قضاء الدولة باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل وذلك لتذليل الصعوبات التي تعترض حماية حقه بعد انفضاض هيئة التحكيم، ومن ذلك لجوئه إلى قضاء الدولة لإصدار الأوامر المتعلقة بتنفيذ حكم، و حتى إصدار الأوامر المتعلقة بمنع المدين من السفر أو حبسه<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> ( وهذا بلا شك يؤكد بأن المشرع الأردني قد تبنى الاختصاص المشترك بشأن التدابير الوقائية أو التحفظية وإمكانية هيئة التحكيم الفصل فيها، وهو يتفق مع موقف المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 حيث نصت المادة(24) منه بأنه "يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، بناءً على طلب أحدهما، أن تأمر أي منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان كاف بتغطية نفقات التدبير التي تأمر به " وهذا ما سوف أتناوله بالتفصيل في المطلب الأول من الفصل الرابع من هذه الرسالة.

<sup>50</sup> ( الأحذب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 297.

<sup>51</sup> ( المليجي، أحمد، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، موسوعة دار الكتب، الكويت، 1996، ص 277.

والأمر كذلك بالنسبة إلى اختصاص القضاء المستعجل وحده دون غيره بنظر الطلبات المستعجلة قبل تشكيل هيئة التحكيم، حيث أن الالتجاء إلى القضاء المستعجل هو الأصل مادامت هيئة التحكيم لم تتعقد بعد<sup>52</sup>.

والمواقع أن اعتراف المشرع باختصاص القضاء بنظر المسائل الوقتية والتحفظية على الرغم من وجود اتفاق التحكيم، لا يعد بمثابة إهدار للأثر السالب الذي يترتب عليه اتفاق التحكيم، كما لا يصح النظر إلى هذا الاختصاص بكونه استثناء على الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، لأن انعقاد الاختصاص بالفصل في موضوع المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم لا يفيد تنازل الأطراف عن الالتجاء إلى القضاء بشأن التدابير الوقتية والتحفظية، وفي الجانب الآخر فإن الالتجاء إلى القضاء باتخاذ مثل هذه التدابير لا يؤثر على اتفاق التحكيم ولا يعني تنازل الأطراف عن التحكيم بشأن موضوع النزاع المتفق بصدده على التحكيم، وإنما يتعين النظر إلى اختصاص القضاء بهذا الصدد بأنه محض أعمال للقواعد العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني التي تمنح القضاء سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بالإجراءات الوقتية أو التحفظية إذا تحقق فيها عنصر الاستعجال<sup>53</sup>، شريطة عدم المساس بأصل الحق، كإدخال بضاعة إلى المخازن أو وضعها في الشلاجات لحفظها.

ويرى الباحث، بأنه لا يوجد ثمة تعارض بين اتفاق التحكيم واختصاص قاضي الأمور المستعجلة بل على العكس فإن تدخل القضاء المستعجل يعد من دعائم التحكيم.

<sup>52</sup> ( محمود، سيد أحمد، مرجع سابق، ص95.

<sup>53</sup> (الحداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق، ص 49-50، وانظر المواد (13،23) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.

ولكي ينعقد الاختصاص لهيئة التحكيم بالأمر باتخاذ تدابير وقائية وتحفظية ينبغي النص صراحةً في اتفاق التحكيم على ذلك أو أثناء نظر النزاع من قبل المحكمين، كما يجب فضلاً عن ذلك أن يطلب أحد الطرفين من هيئة التحكيم إصدار هذا الأمر فلا يجوز أن تتعرض للمسألة من تلقاء نفسها حتى ولو وجدت أثناء نظر النزاع أن هناك ظروفًا تقتضي اتخاذ مثل هذه التدابير ما لم يتفق الأطراف على ذلك<sup>54</sup>.

وتطلب هيئة التحكيم ضماناً كافياً لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به ويتحمل هذه النفقات الطرف الذي طالب باتخاذ التدبير وهذا الضمان يحقق غايتين في وقت واحد، فهو من ناحية، يضمن مخاطر التعسف الذي قد ينطوي عليه طلب اتخاذ التدبير، ومن ناحية أخرى يضمن حصول المضرور على التعويض الذي يستحق عما لحقه من أضرار نتيجة اتخاذ هذا التدبير<sup>55</sup>.

وبعد أن تصدر هيئة التحكيم الأمر باتخاذ التدبير الوقائي أو التحفظي، يكون للطرف الذي صدر من أجله هذا التدبير اللجوء إلى المحكمة المختصة<sup>56</sup>، بعد حصوله على إذن من هيئة التحكيم ليس لاستصدار الأمر باتخاذ التدبير الوقائي أو التحفظي وإنما لإضفاء الصيغة التنفيذية للأمر الصادر من هيئة التحكيم باتخاذ الأمر بالتدبير الوقائي أو التحفظي، وهذا ليس دائماً وإنما فقط في حالة التدابير التي يمتنع فيها الطرف الذي صدر الإجراء الوقائي ضده عن تنفيذه، أو التي قد تحتاج إلى قوة ملزمة أو الاستعانة بالقوة العامة، فمثلاً، إجراء الكشف أو إثبات حالة رهنه أو حتى سماع الشهود من قبل المحكمين لا يحتاج إلى الصيغة التنفيذية.

<sup>54</sup> ( عبد الحميد، رضا السيد، مسائل في التحكيم، 2003 ، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 26، 27.

<sup>55</sup> ( المرجع الألف الذكر، ص69.

<sup>56</sup> ( عرفت المادة (2) من قانون التحكيم الأردني المحكمة المختصة: محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في المملكة.

وبالرغم من ذلك، وحتى يكون القرار الوقي أو التحفظي الصادر عن هيئة التحكيم قابلاً للتنفيذ في حال ما إذا امتنع الطرف الذي صدر الأمر ضده، لا بد من ضرورة توفر جملة من الشروط الموضوعية والشكلية والتي نوجزها فيما يلي:

#### أولاً: الشروط الموضوعية:

يجب أن يكون القرار المستعجل الصادر عن هيئة التحكيم في نزاع يختص بنظره بموجب اتفاق تحكيم، ويجب أن يكون هذا الاتفاق كامل الأركان والشروط الموضوعية العامة الواجبة التوفر في العقد، من رضا وأهلية ومحل دون أن يشمل النزاعات التي منع المشرع عرضها على التحكيم، كمسائل التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق المتعلقة بالأصول الشخصية وغيره.

كما يجب أن يكون اتفاق التحكيم محددًا بدقه النزاعات المسموح النظر فيها من قبل هيئة التحكيم تحت طائلة رفض القرار المؤقت من قبل المحكمة المختصة، في حال امتناع الطرف المطالب بتنفيذ هذا الأمر الوقي<sup>57</sup>.

ويجب أن يكون القرار المستعجل له علاقة بالحق المراد حمايته أو الحفاظ على دليل له علاقة بالحق موضوع النزاع المعروض على هيئة التحكيم مثل (طلب الحجز على أموال وبضائع ضماناً لما قد يتمخض عن حكم التحكيم، أو إثبات حالة بإجراء الكشف المستعجل على بضاعة محل للنزاع، أما إذا كانت البضاعة المراد إثبات حالتها ليس محلاً للنزاع وليس من اختصاص هيئة التحكيم فتمتنع المحكمة عندئذ من إعطاء الأمر بالتنفيذ.

<sup>57</sup> ( كنعان، معتز نابغ ، دراسة في أحكام القرارات المستعجلة والوقائية في النزاعات المعروضة على التحكيم وفق أحكام قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2003، بحث منشور في الموقع الإلكتروني التالي: [www.droitcivil.over-blog.com](http://www.droitcivil.over-blog.com)، وقت الدخول، 2014/9/1.

ويجب أيضاً ضرورة توافر الشروط العامة المعروفة في القضاء المستعجل وهي عنصرية:(الاستعجال، وعدم المساس بالجوهر) بما أن التدبير الوقتي أو التحفظي يعتبران حماية وقتية تسعفان حق الخصوم بحلول آنية في انتظار الحسم في أصل النزاع، وتكون للمحكم سلطة تقديرية واسعة في مدى صحة توفر عنصر الاستعجال بغير معقب له من قبل المحكمة المختصة في التعرض لسلطة التقديرية.

كما أنه يجب توافر اتفاق الأطراف على تخويل هيئة التحكيم الاختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في النزاع الذي سيتم عرضه عليها، سواء أكان هذا الاتفاق بشكل صريح كأحد بنود اتفاق التحكيم أو بشكل ضمني من خلال الإحالة على لائحة تحكيمية تخول هيئة التحكيم ذلك.

ولكن هناك تساؤل يطرح في حالة ما إذا كانت هيئة التحكيم غير مخولة باتخاذ مثل هذه التدابير، فهل يمكن لها اتخاذ أي من تلك التدابير من تلقاء نفسها متى تبين لها ضرورة اتخاذها من أجل حماية مركز قانوني لأحد طرفي التحكيم أو لكليهما؟<sup>58</sup>

يرى جانب من الفقه<sup>59</sup>، بأنه يمكن للهيئة التحكيمية أن تأمر من تلقاء نفسها باتخاذ ما تراه مناسباً من إجراءات كلما كانت في خدمة مبدأ الفصل في خصومة التحكيم وتسعف الخصوم بحلول مؤقتة من الأخطار التي تحقق بالحق الذي هو موضوع الخصومة التحكيمية، مستنداً بذلك إلى نص المادة(47) من معاهدة واشنطن التي تنص على أنه "بخلاف ما يتفق عليه الطرفان يجوز للمحكمة، أن توصي باتخاذ الإجراءات التحفظية المتعلقة بحماية الطرفين إذا رأت أن الظروف تحتم ذلك".

<sup>58</sup> ( فكاك، خديجة، سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، رسالة ماجستير، جامعة الحسن الأول، 2006 - 2007، ص 35.

<sup>59</sup> ( محمود، صدقي أحمد، التدابير اللازمة للفصل في خصومة التحكيم، الجزء الثاني، مجلة التحكيم العربي، العدد(10) سنة 2007، ص 119.

ويرى جانب آخر أن هذه الإمكانية تجوز في حالة عدم اتفاق الأطراف على ما يخالف ذلك<sup>60</sup>. وانسجاماً مع مواقف بعض الفقه<sup>61</sup>، يرى الباحث أنه يجوز للمحكم اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية من تلقاء نفسه، متى رأى ذلك ضرورياً ولو لم يتفق الأطراف على اتخاذها، ومع اختصاص تلقائي للمحكم باتخاذ مثل هذه التدابير و الإجراءات في بعض المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت أو التلف فإنه يفعل ذلك حفاظاً على حقوق أي من الطرفين، طالما أن طرفي التحكيم قد خولا هيئة التحكيم اتخاذ مثل هذه الإجراءات والتدابير.

ورغم نص المادة(23) من قانون التحكيم على اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في الإجراءات الوقتية والتحفظية، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، إلا أنه جعل هذا الاختصاص معلق على طلب أحد الطرفين<sup>62</sup> ، حيث يرى الباحث، بأن للمحكم ذلك ولو جاء النص عاماً ودون تقييد للمحكم في اتخاذ مثل هذه التدابير متى كانت ضرورية من أجل خدمة الفصل في موضوع النزاع.

<sup>60</sup> ( التحيوي، محمود السيد عمر، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، 2003، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص408.

<sup>61</sup> ( اللهبي، أحمد محمد علي، المحكم في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، 2001-2002، ص 168.

<sup>62</sup> ( تنص المادة 23 من قانون التحكيم الأردني " أ- مع مراعاة أحكام المادة(13) من هذا القانون، يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أي من طرفي التحكيم، أن تأمر أي منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات هذه التدابير"

## ثانياً: الشروط الشكلية

عندما يصدر المحكم أمراً بتدبير أو إجراء تحفظي، فإنه يصدره بصورة حكم تحكيمي مؤقت، وحتى يكون هذا الحكم صحيحاً من حيث الشكل وقابلاً للتنفيذ، لا بد من توفر مجموعة من الشروط الشكلية وهي:

1- يجب أن يكون قد صدر قرار من هيئة التحكيم باتخاذ التدبير الوقتي والتحفظي ويتم إثبات ذلك بإبراز السند الخطي الذي يتضمن قرار هيئة التحكيم، وأسماء أعضاء هيئة التحكيم، وجنسياتهم وصفاتهم، وعناوينهم، وتاريخ صدور القرار ومكان صدوره، وإذا اقتضى الحال أسماء المحامين أو أي شخص يمثل الأطراف<sup>63</sup>.

2- يجب الحصول على إذن هيئة التحكيم من قبل الطرف الطالب الأمر بالتنفيذ باللجوء إلى المحكمة المختصة للحصول على أمر التنفيذ وإلا منع أمر التنفيذ.

3- يجب أن يكون طالب الأمر نفذ أي التزام تضمنه قرار هيئة التحكيم في معرض الموافقة على طلب اتخاذ القرار المستعجل أو الوقتي مثل تكليفه بتقديم ضمان كاف لتغطية نفقات هذا التدبير<sup>64</sup>.

وأخيراً، فإنه لا يجوز الاعتراض على القرار أو الحكم الوقتي أو التحفظي الصادر من هيئة التحكيم على نحو ما هو متبع بالنسبة للاعتراض على القرارات أو الأحكام الوقتية التي تصدر عن القضاء المستعجل طبقاً للقواعد العامة، حيث أن قانون التحكيم لم ينص صراحةً أو ضمناً على جواز

<sup>63</sup> ( المواد (13، 23) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 .

<sup>64</sup> ( كنعان، معتز نابغ، مرجع سابق، مقال منشور في الموقع الإلكتروني الآتي: civil.over\_blog.com تاريخ الدخول 2014-9-8

الاعتراض من هذا الأمر، ولم ينص صراحةً إلا على جواز رفع دعوى ببطلان حكم التحكيم وهو حكم منهي للخصومة وتلك التدابير ليست منهيّة للخصومة<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> ( القاضي، خالد محمد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002، ص432.

## الفصل الثالث

### سلطة المحكم الولائية في اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية

من المعلوم أن اتفاق التحكيم أياً كانت صورته، سواء أكان في صورة شرط وارد في العقد كأحد بنوده، أو صك تحكيم مستقل، يرتب أثريين هامين: الأثر الأول، وهو أثر إيجابي ومقتضاه أن تختص هيئة التحكيم في الفصل بموضوع النزاع المعروض عليها بمقتضى اتفاق التحكيم وفي حدود هذا الاتفاق، مع ما يتطلب هذا الاختصاص من مساهمة طرفي التحكيم واشتراكهم في تشكيل هيئة التحكيم، وضرورة تسهيل مهمتها وتنفيذ الحكم الصادر عنها، وكأنه صادر من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

أما الأثر الثاني، وهو ما يعرف بالأثر السلبي لاتفاق التحكيم والذي يتمثل في حرمان أطراف التحكيم من اللجوء إلى القضاء للنظر في المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم، ويتجلى هذا الأثر فيما نصت عليه المادة (12) من قانون التحكيم الأردني وفيها " أ- على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى".

وبما أن التدابير الوقائية والتحفظية وضعت أساساً للحماية المؤقتة للحق المهدد بالخطر دون المساس بأصل هذا الحق. فهل تمتد آثار الاتفاق على التحكيم لتشمل هذه التدابير، رغم أن دورها هو الحماية الوقائية فقط؟ أو ما هي مبررات الاعتراف للمحكم بالسلطة الولائية في اتخاذ مثل هذه

التدابير؟

وعليه سأقسم هذا الفصل إلى مبحثين، أتناول في المبحث الأول مبررات الاعتراف للمحكم بالسلطة في اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية، أما في المبحث الثاني فسأعرض دور إرادة الأطراف بتحديد الجهة المختصة بشأن اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية.

## المبحث الأول : مبررات الاعتراف للمحكم بالسلطة الولائية في اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية.

بما أن الحديث يدور حول السلطة الولائية للمحكم، فإنه لا بد من تحديد مفهوم السلطة الولائية للمحكم وبعده سيتم البحث في جدلية الاعتراف للمحكم بالسلطة الولائية في ميدان التدابير الوقائية والتحفظية.

ويقصد بالسلطة الولائية: سلطة إصدار الأوامر على العرائض أو سلطة اتخاذ القرار في غياب الخصومة أو الخصوم ومباشرة النشاط دون وجود منازعة بين خصمين<sup>66</sup>.

والأوامر على عرائض، هي عبارة عن قرارات وقتية أو تحفظية تصدر في غير خصومة وفي غياب من صدر الأمر ضده، بمقتضى السلطة الولائية لرئيس المحكمة أو القاضي المختص، لا تمس موضوع الحق، وقد تتعلق به أو بتنفيذه وتتضمن إذناً أو تكليفاً أو إجازة للإجراء أو تنظيمه.

وهي تأخذ العديد من المظاهر وأهمها:

1. التوفيق والتصديق، حيث تكون مهمة القاضي إثبات ما تم أمامه.

<sup>66</sup> ( أحمد، سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 89 .

2. الرقابة والضبط، حيث تكون مهمة القاضي مراقبة بعض التصرفات أو ضبط المسائل، مما يؤدي إلى التحقق من سلامتها ومطابقتها للقانون كمراقبة الأوصياء.

3. الإذن بالأمر، حيث يدخل بها مختلف ما يقوم به القضاء بإصدار الأوامر لاتخاذ تدابير تحفظية لحماية الحقوق المعرضة للخطر أو الضياع كالأمر بوضع الأختام على التركات<sup>67</sup>.

ويبقى النوع الأخير من مظاهر السلطة الولائية، وهي مدى سلطة المحكم الولائية بشأن اتخاذ التدابير الوقئية أو التحفظية ؟

ذهب جانب من الفقه إلى عدم إمكانية المحكم اتخاذ تدابير وقئية احتياطية كونها تصدر إعمالاً لسلطة الإلزام التي يفقدها، لا بل أن المشرع لم يكن موقفاً عندما منح المحكم صلاحية اتخاذ تدابير وقئية لعدم ملاءمتها مع طبيعة سلطته مما يجعل منها عديمة الفاعلية<sup>68</sup>.

وحجتهم في ذلك، أن القرارات المستعجلة، الوقئية منها والتحفظية، لا تنفصل آثارهما الإجرائية عن قوتها التنفيذية، فهذه القرارات لا تحتل البطء أو التراخي، وحيث أن المحكم لا يتمتع بسلطة الإلزام التي أسبغها المشرع على القاضي لتمكينه من أداء دوره في منح الحماية القضائية، فإن إصدار هيئة التحكيم الأمر باتخاذ التدبير الوقئي والتحفظي دون أن يكون بمقدوره كفالة احترام تنفيذ الأمر

<sup>67</sup> ( غسن، خليل عمر، سلطة المحكم الأمرية في التحكيم الداخلي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005، ص 27.

<sup>68</sup> ( المرجع الآنف الذكر ، ص 118.

الصادر منه، يبقى هذا القرار في دائرته الإجرائية على نحو لا يمكن ترجمته إلى سلوك عملي وقائي اعتماداً على سلطة المحكم المنقوصة<sup>69</sup>.

ويرى الباحث، بأنه يمكن لهيئة التحكيم اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية تقتضيها طبيعة المنازعة المطروحة أمامها، طالما أن إرادة الأطراف قد خولت هيئة التحكيم ذلك، ومن ثم فإن الأمر الذي تصدره هيئة التحكيم بالتدبير الوتقي والتحفزي، يمكن تنفيذه شأنه في ذلك شأن حكم التحكيم النهائي الذي يفصل في موضوع النزاع.

وكما هو معلوم، يختص القضاء بسلطة إصدار القرار في الطلب المستعجل أو الوتقي، مستمداً هذه السلطة من السلطة العامة التي يمثلها، ولذا فهو يختص دون غيره باتخاذ التدابير الوتقية والتحفذية في إطار الخصومة<sup>70</sup>، فهل للمحكم سلطة إصدار قرار ووتقي أو تحفزي في النزاع المعروض على التحكيم؟

وعليه، سأتناول جدلية الاعتراف للمحكم بالسلطة الولائية باتخاذ التدابير الوتقية والتحفذية في النزاع المعروض على هيئة التحكيم (كمطلب أول) ومن ثم سأتناول، مظاهر سلطة المحكم الولائية في اتخاذ مثل هذه التدابير (كمبحث ثاني).

<sup>69</sup> ( البديرات، محمد، مدى سلطة القاضي في التدخل بإجراءات التحكيم، ورقة مقدمة في مؤتمر كلية القانون السادس عشر حول التحكيم التجاري الدولي، 2008، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص732.

<sup>70</sup> ( التحويي، محمود السيد، مرجع سابق، ص303.

## المطلب الأول : جدلية الاعتراف للمحكم بالسلطة الولائية باتخاذ تدابير وقتية وتحفظية.

يرى جانب من الفقه بأنه ما زالت فكرة سلطة المحكم الولائية في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية مسألة محل نظر، ويرجع ذلك إلى أن المحكم دخيل في الجسم القضائي، حتى وإن شهد له الفصل في بعض النزاعات التي تعرض عليه بمقتضى اتفاق التحكيم، فلا يشمل المسائل الأخرى التي قد تطفوا على السطح بشكل تبعي كالتدابير الوقتية والتحفظية، كما أن الاتفاق على التحكيم شأن أي اتفاق آخر يتمتع بما يعرف بالأثر النسبي بمعنى عدم قدرة الاتفاق على إنشاء حقوق والتزامات في مواجهة الغير<sup>71</sup>.

ولا ريب في أن الإجراءات التحفظية تتميز بالتنفيذ الجبري ولها أثرها الفوري والوقتي، ونظراً لأن التنفيذ الجبري مقصور على قضاء الدولة كأثر لقيامها بأعباء إقامة العدالة، ومن أجل هذا فإن مسألة معرفة ما إذا كان المحكم يملك سلطة اتخاذ التدابير التحفظية مسألة لا طائل من ورائها لأول وهلة لافتقاره لسلطة الأمر<sup>72</sup>، وإلى جانب هذه الاعتبارات فإن المحكم قاض من نوع خاص لا يملك سلطة الإجبار في مواجهة الأطراف أو الغير وبالتالي لا مفر من اللجوء إلى قضاء الدولة لإتمام عدالة التحكيم.

وكما أن الهيئة التحكيمية لا تعقد جلساتها بصورة دائمة فقد تجتمع على فترات متقاربة أو متباعدة، ومن ثم فقد يطرأ من الظروف ما يببرر اتخاذ إجراء وقتي وتحفظي في غير أوقات انعقادها.

<sup>71</sup> ( رضوان، أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، 1981، ص7.

<sup>72</sup> ( شحاتة، محمد، نشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، دار النهضة العربية، 1993، ص 108 .

أُضِفَ إلى ذلك إلى أن تشكيل هيئة التحكيم بأكثر من محكم واحد، يصعب اجتماع أعضائها بالسرعة المطلوبة لاتخاذ الإجراءات المطلوبة.

كما أن نظام التحكيم يتطلب احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم، في حين أن اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفيزية يتطلب إلى جانب السرعة عنصر المفاجأة فاحترام مبدأ المواجهة قد يؤدي إلى ضياع الغرض من هذا الإجراء ويعطي الخصم سيء النية الفرصة لتعطيل اتخاذه، فمثلاً إذا رغب أحد الخصوم الحصول على قرار بالحجز التحفظي على مال للطرف الآخر ضماناً لما قد يحكم له به على الطرف الآخر، فعليه الانتظار لحين عقد هيئة التحكيم لجلساتها وبحضور الطرف المنوي الحصول على القرار ضده، مما يكون لهذا الأخير الفرصة والوقت الكافي للتصرف بالمال وبيعه لحيلولة دون إجراء الحجز المطلوب<sup>73</sup>.

وبناءً على ما تقدم يبقى المحكم من وجهة نظر هذا الاتجاه، فاقداً لسلطة الإلزام، مما يعني محدودية السلطات التي يتمتع بها ويقلل من فعالية التحكيم الذي يترتب عنه وجوباً اعتماد المحكم على قضاء الدولة، فالمحكم شخص عادي ولا يمكن مساواته بالقاضي الرسمي<sup>74</sup>.

وعلى الرغم من كل ما أورده الاتجاه الرافض من مبررات لعدم صلاحية المحكم باتخاذ التدابير الوقتية والتحفيزية، إلا أنه لا يمكن إنكار دور المحكم في اتخاذ مثل هذه التدابير، خاصة في ظل هذه التطورات التي يشهدها قضاء التحكيم، فبعد أن كان يعتبر قضاءً استثنائياً أوشك أن يصبح قضاءً أساسياً إلى جانب قضاء الدولة، بل إن البعض اعتبره في مضمار التجارة الدولية هو الأصل وقضاء الدولة هو الاستثناء، وفي خضم هذه التطورات التي طرأت على قضاء التحكيم،

<sup>73</sup> ( كنعان، معتز نابغ، مرجع سابق. مقال منشور في الموقع الإلكتروني الآتي: ciril.over\_blog.com تاريخ الدخول 2014/10/25

<sup>74</sup> ( أحمد، سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 97.

بات من اللزوم الاعتراف للمحكم بصلاحيته باتخاذ تدابير وقتية وتحفظية ولكن ما هي المبررات التي يمكن الارتكاز عليها للقول بأن المحكم هو صاحب الصلاحية في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية؟ إذا كان القاضي الرسمي يستمد صلاحيته وسلطته في إصدار الأمر باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية من القانون، فسلطة المحكم في اتخاذ أي من هذه التدابير يستمدتها من اتفاق الطرفين أولاً، فهيئة التحكيم هي الأقدر من غيرها على تقدير مدى ملائمة اتخاذ هذه التدابير، مادام أنها تملك صلاحية الفصل النهائي في موضوع النزاع، ومن باب أولى قدرتها وصلاحتها باتخاذ إجراءات وقتية وتحفظية لا تمس هذا الموضوع<sup>75</sup>.

كما أنه وفي نفس الوقت فإن المحكم يستمد صلاحيته باتخاذ هذه التدابير من القانون، حيث نجد أن أغلب التشريعات الوطنية منحت الاختصاص للمحكم في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية فصلاحيته اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية من قبل المحكم معترف بها من قبل المشرع، ولكن لا بد من التمييز بين السلطة الولائية اللازمة لكل من يمارس مهمة القضاء وبين إجراءات التنفيذ ضد الأوامر التي تبقى من اختصاص قضاء الدولة، وهذا ما عبر عنه المشرع الأردني في الفقرة الثانية من المادة (23) من قانون التحكيم الأردني.

ومن المبررات التي يمكن الاستناد إليها للاعتراف للمحكم بالسلطة الولائية في اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية في أنها مبنية على أساس مبدأ سلطان الإرادة، طالما اتفق طرفي التحكيم وفضلوا اللجوء إلى قضاء التحكيم على قضاء الدولة، فإن المحكم يملك سلطة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية ذات الصلة بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، وعلى هذا الاتجاه سارت محكمة النقض

<sup>75</sup> ( أحمد، سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص100.

الفرنسية حيث قضت بأنة " لا يجوز للدائن بعد تشكيل هيئة التحكيم أن يلجأ إلى القضاء طلباً لنفقة وقتية، وإنما تملك هيئة التحكيم وحدها الفصل في هذا الطلب"<sup>76</sup>.

فهيئة التحكيم هي الأقدر في تقدير مدى ملائمة اتخاذ مثل هذه الإجراءات مادام لها حق النظر في جوهر الموضوع، ومن باب أولى يكون لها الأمر باتخاذ إجراءات تتعلق بهذا الموضوع، حيث أن توحيد جهة النظر في النزاع يحقق اقتصاد في النفقات وتوفير الجهد.

وإعمالاً لمبدأ قاضي الأصل هو قاضي الفرع، ومن ثم محكم الأصل هو محكم الفرع، فمتى كان يباح له الفصل في النزاع، فمن باب أولى يكون له صلاحية إصدار الأوامر المرتبطة بموضوع النزاع هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى من يملك الكل يملك الجزء<sup>77</sup>.

وعلى الرغم من وجود نوع من التعارض أو عدم التوافق بين طبيعة الإجراءات الوقتية والتحفظية وطبيعة التحكيم كنظام خاص للتقاضي، بما أن الأطراف اختاروا بموجبه قضاء التحكيم والذي يختص بالفصل في النزاع بكافة جوانبه مستعملاً كل الوسائل الإجرائية المناسبة، في حين أن الإجراءات الوقتية والتحفظية وضع المشرع بشأنها قواعد خاصة تطبق أمام المحاكم الوطنية، كما أن قاضي الأمور المستعجلة، سيجد نفسه أمام نزاع أتفق أطرافه على إخراجه من سلطة القضاء الأمر الذي يترتب عليه قيام رغبتين مشروعيتين، الأولى تتمثل في رغبة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم والابتعاد عن قضاء الدولة، والثانية تتمثل في رغبتهم في الاستفادة من مزايا الإجراءات الوقتية والتحفظية، فإنه بوسع المحكم أن يتخذ أيّاً من هذه الإجراءات ولو أنه شخص ذاتي يفتقد

<sup>76</sup> (Cass. Civ . 14 mars 1984 , Rev . Arb . 1985 , p60.)

- مشار إليه من قبل: بركات، علي، مرجع سابق، ص 411.

<sup>77</sup> ( أحمد، سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص118.

إلى سلطة الجبر والإلزام، فإذا ما امتنع الطرف الذي أتخذ الإجراء ضده، جاز للطرف المستفيد من ذلك الإجراء اللجوء إلى قضاء الدولة لتنفيذ الحكم التحكيمي الوقتي<sup>78</sup>.

وبالرغم من كل ما قيل، يرى الباحث بأن سلطة المحكم في اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية نسبية من ناحية، لأنه لا يمكنه إلزام إلا من كان طرفاً في اتفاق التحكيم دون أن تمتد سلطته لتشمل من لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم، ويضاف إلى ذلك في أن سلطته هذه مؤقتة، فهو محكم مؤقت وعليه الالتزام بالمهلة الممنوحة له للقيام بواجبه المتمثل بإنهاء الخصومة في أسرع وقت وإصدار الحكم التحكيمي، على عكس من قضاء الدولة الذي يمتلك سلطة أمرية مطلقة ودائمة حيث يكون بوسع القاضي إصدار قرارات تمتد لتشمل أشخاص خارج الخصومة القضائية ( كإدخال شخص ثالث) كما أن سلطته تبقى مستمرة في الزمن.

<sup>78</sup> ( بهوش، عبد الرحمن، دور اتفاق التحكيم في تسوية عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة محمد الخامس، السنة الجامعية،

## المطلب الثاني: مظاهر سلطة المحكم الولائية في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية

إن الأهمية العملية للتدابير الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم، فرضته الحاجة إلى سرعة البت في بعض القضايا التي تتطلب إجراء فوري وسريع من أجل حماية صاحب الحق من ضرر محتمل<sup>79</sup>.

فإذا كان دور الإجراءات الوقتية والتحفظية يهتم كل مراحل العملية التحكيمية سواءً قبل تشكيل هيئة التحكيم أو بعد تشكيلها، فإن دور المحكم ينحصر في مرحلة ما بعد تمام تشكيل هيئة التحكيم وقبل صدور حكم التحكيم المنهي لخصومة التحكيم.

ولكن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد، ما هو نطاق سلطة المحكم الولائية في مجال الإجراءات الوقتية والتحفظية؟ وهل تتوقف سلطته عند حد الإجراءات التي لا تحتاج إلى إلزام الخصوم؟

يرى جانب من الفقه أنه من غير المتصور اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية من قبل هيئة التحكيم في حال كان الإجراء المطلوب اتخاذه يحتاج إلى سلطة الإلزام التي تفتقدها هيئة التحكيم<sup>80</sup>.

في حين يرى جانب آخر من الفقه، إلى أن سلطة المحكم الولائية تشمل كافة الأمور المستعجلة عموماً.

ولتوضيح فكرة مدى تمتع المحكم بالسلطة الولائية في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع:

<sup>79</sup> ( الصانوري، مهند أحمد، مرجع سابق، ص103.

<sup>80</sup> ( التحيوي، محمود السيد، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، مطبعة دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 1999، ص120.

الفرع الأول : إجراءات حفظ الأدلة للفصل في النزاع.

الفرع الثاني : إجراءات حفظ توازن العلاقات القانونية بين الأطراف أثناء النزاع.

الفرع الثالث : إجراءات خلق حالة واقعية لضمان تنفيذ الحكم المزمع إصداره.

### الفرع الأول : إجراءات حفظ الأدلة للفصل في النزاع:

من خلال ما جاء في نص المادة (13) من قانون التحكيم الأردني، يتضح جلياً بأن المشرع أعطى سلطة للمحكم في اتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية وفقاً لما يراه لازماً لسير الخصومة، دون أن يحدد نوع هذه التدابير بشكل حصري.

ولكن ما مدى سلطة المحكم في دعوى إثبات الحالة؟

للإجابة عن هذا التساؤل فإنه لا بد من تعريف دعوى إثبات الحالة، ثم سأعرض إلى مدى سلطة المحكم في اتخاذ مثل هذا الإجراء؟

أولاً: تعريف دعوى إثبات الحالة

تعرف دعوى إثبات الحالة بأنها إجراء تحفظي ووقتي يصور حالة مادية يتعذر إثباتها مستقبلاً صيانة للدليل المثبت للحق من خطر الضياع<sup>81</sup>.

<sup>81</sup> مراد، عيد الفتاح، المشكلات العملية في القضاء المستعجل، دون ذكر الطبعة ولا المطبعة، ص70.

ودعوى إثبات الحالة هي بمثابة تهيئة الدليل في النزاع الموضوعي سواء تم إحالته على التحكيم أم لا، ويكون الغرض منها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه، كدعوى إثبات حالة أرض زراعية أغرقتها المياه مما نتج عنه تلف المحاصيل، أو سماع شاهد يخشى فوات فرصة الاستشهاد به على موضوع لم يعرض بعد على القضاء أو التحكيم ويحتمل عرضه عليه<sup>82</sup>.

ثانياً: مدى سلطة المحكم في دعوى إثبات الحالة

بدايةً، لا بد من الإشارة إلى أنه قبل تشكيل هيئة التحكيم، رغم وجود الاتفاق على التحكيم، فإذا ما خشي أحد الأطراف من اندثار دليل من أدلة الإثبات، فإن اتفاق التحكيم لا يمنع أي طرف من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة لحماية الدليل من الاندثار، وهذا ما عبر عنه المشرع الأردني في المادة (13) من قانون التحكيم الأردني.

أما بعد تشكيل هيئة التحكيم، إذا لم يتفق الأطراف على استبعاد التدابير الوقائية والتحفيزية من اختصاص هيئة التحكيم، فيمكن لأي طرف أن يلجأ إلى هيئة التحكيم قصد إثبات حالة، بل إن هناك جانب من الفقه، يرى أن من حق هيئة التحكيم أن تقرر إثبات حالة بواسطة خبير تعينه دون توقف على اتفاق أطراف التحكيم<sup>83</sup>.

وما دام أن التحكيم يتطلب احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم، في حين أن اتخاذ التدابير الوقائية والتحفيزية يستوجب إضافة إلى السرعة عنصر المفاجأة، فإن احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم الذي يتطلبه اتفاق التحكيم، يضيع الغرض من هذا الإجراء ويعطي للخصم سيء النية الفرصة

<sup>82</sup> (القضاء، مفلح عواد، مرجع سابق، ص211 ، 212.

<sup>83</sup> (عبد القادر، ناريمان، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1996، ص302.

لتعطيل اتخاذه، وهذا يعني أنه لو تم التسليم بأن للمحكم صلاحية النظر في دعوى إثبات الحالة وما تتطلب هذا الأخيرة من السرعة لتقصي الحقائق وإثبات حال الشيء المتنازع عليه، فقد يقتضي عدم إتباع الإجراءات العادية واستدعاء الأطراف لاتخاذ مثل هذا الإجراء، وهذا فيه مساس لمبدأ حياد المحكم.

ويرى الباحث، بأنه يمكن لهيئة التحكيم اتخاذ ما تراه مناسباً لإثبات حالة، كانتقال هيئة التحكيم إلى مكان النزاع لإثبات حالة الشيء المتنازع عليه، أو الكشف المستعجل لإثبات حالة الأرض الزراعية التي أغرقتها المياه وأدت إلى هلاك المحاصيل، وفي مثل هذه الحالة فإن قيام المحكمين بإجراء الكشف لإثبات الحالة ليس فيه مساس لمبدأ التواجهية، كما أن هذا الإجراء سواء صدر من قاضي الأمور المستعجلة أو من هيئة التحكيم لا يفقداهما حيدهما.

### الفرع الثاني: إجراءات حفظ توازن العلاقات القانونية بين الأطراف أثناء النزاع:

قد تقتضي طبيعة وظروف النزاع المعروف على هيئة التحكيم ضرورة اتخاذ بعض الإجراءات الوقتية والتحفظية حفاظاً على توازن العلاقات القانونية بين الأطراف أثناء عرض النزاع على هيئة التحكيم، وترتيباً على ذلك فإنه يمكن لهيئة التحكيم بناءً على طلب من أحد طرفي التحكيم تعيين حارس على الحق المتنازع عليه، أو إيداع البضائع المتنازع عليها في يد مؤتمن من الغير، أو التحفظ على دفاتر ومستندات بحوزة أحد الطرفين، وتسليمها لخبير تنتدبه<sup>84</sup>.

<sup>84</sup> (التحيوي، محمود عمر السيد، مرجع سابق، ص120).

ولكن، ونظراً لافتقار المحكم لسلطة الإلزام، فإنه من المتصور تجاهل من صدر الأمر ضده، وامتناعه عن تنفيذ الأمر الصادر إليه، وبمواجهة ذلك فقد أكدت الفقرة الثانية من المادة (23) من قانون التحكيم الأردني أنه (...إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، يجوز لهيئة التحكيم بناء على طلب من الطرف الأخر أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، بما في ذلك حقه في الطلب من المحكمة المختصة إصدار أمرها بالتنفيذ)، ومن خلال الحكم الذي أورده هذا النص، يبدو أن من حق هيئة التحكيم أن تأمر بوضع الشيء المتنازع عليه تحت الحراسة كلما رأت أن الإجراء ضروري للحفاظ على حقوق الأطراف المتنازعة من الضياع.

### الفرع الثالث: إجراء أو إحداث حالة واقعية لضمان تنفيذ الحكم المنوي إصداره:

لضمان تنفيذ الحكم التحكيمي المنوي إصداره لابد من القيام بمجموعة من الإجراءات، كالأمر بإيداع البضائع المتنازع عليها لدى الغير للمحافظة عليها، أو توقيع الحجز الاحتياطي على أموال الطرف المحكوم ضده....الخ.

فهل للمحكم صلاحية الأمر بإجراء الحجز الاحتياطي مثلاً؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل، نعرف مفهوم الحجز الاحتياطي ونحدد إطاره القانوني.

أولاً: تعريف الحجز الاحتياطي:

الحجز: هو وضع المال تحت يد القضاء بقصد منع صاحبه من التصرف به تصرفاً يضر بحقوق الدائن الحاجز<sup>85</sup>.

فالحجز الاحتياطي هو صورة من صور الحماية الوقتية لا يختص بها إلا قاضي الأمور المستعجلة، أو قاضي الموضوع قبل الدخول في موضوع النزاع<sup>86</sup>.

والحجز الاحتياطي عبارة عن عمل قانوني يقوم به المحضر بناءً على طلب الدائن لوضع مال من أموال مدينه تحت يد القضاء تفادياً لخطر عدم تمكن الدائن من استيفاء حقه خشية تهريب المدين لأمواله بإخفائها أو بالتصرف فيها<sup>87</sup>.

وإذا كان الحجز يعتبر دائماً أبدا إجراء احتياطياً، حيث يترتب آثاراً من شأنها حفظ المال المحجوز من أي تغيير مادي أو قانوني يضر بحقوق الدائن الحاجز، فهو ينقسم بحسب الحاجة المرجوة من مباشرته إلى حجز احتياطي وآخر تنفيذي، فالهدف منه هو حماية الضمان العام للدائن والإحالة دون المدين وتهريب أمواله وإخفائها<sup>88</sup>.

ومن خلال نص المادة (141) من قانون أصول المحكمات المدنية الأردني بخصوص الحجز الاحتياطي يبدو أن هذا الإجراء من اختصاص قضاء الدولة وحده، نظراً لفقدان المحكم سلطة الإلزام، وفي حالة صدور حكم تحكيمي في هذا المجال يتعين استبعاده بسبب خروج هذه الأعمال

<sup>85</sup> ( مبروك، عاشور، الوسيط في التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات الحالية، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولى، 2002، ص15.

<sup>86</sup> ( القاضي، خالد محمد، مرجع سابق، ص434.

<sup>87</sup> ( مبروك، عاشور، مرجع سابق، ص212.

<sup>88</sup> ( مبروك، عاشور، مرجع سابق، ص219.

من اختصاص هيئات التحكيم وولايتها، فهذا الإجراء باعتباره صورة من صور الحماية الوقتية والتي لا يختص بمنحها إلا القاضي، لأن المحكم وإن كان يملك سلطة إصدار القرار بالحجز الاحتياطي، إلا إنه لا يملك قوة تنفيذه، مما يقتضي مراجعة القضاء بهذا الشأن، في حين أن مثل هذا الإجراء لا يحتل التراخي أو البطء<sup>89</sup>.

أضف إلى ذلك، إنه إذا وقع الحجز قبل إقامة الدعوى فيجب على طالب الحجز أن يقدم دعواه لإثبات حقه خلال ثمانية أيام من تاريخ صدور القرار بالحجز، تحت طائلة اعتبار الحجز ملغى<sup>90</sup>. وهذه الدعوى (دعوى صحة الحجز) لا يمكن رفعها إلا أمام المحكمة المختصة دون هيئة التحكيم، وإذا رفع الحاجز هذه الدعوى أمام المحكمة المختصة، فإنها تتعارض في شقها الموضوعي مع اتفاق التحكيم، ومن هنا يكون للمحجوز عليه أن يدفع أمام هذه المحكمة النازرة للدعوى بالتحكيم، أما الشق الإجرائي فهو لا يتعارض مع اتفاق التحكيم<sup>91</sup>.

وفي هذا تقول الدكتورة سامية راشد: " هناك إجراءات وقتية أو تحفظية تجوز بطبيعتها أن تكون محلاً لطلبها من هيئات التحكيم أو من المحاكم الوطنية على حد سواء مثل (المحافظة على البضائع وإيداعها لدى شخص مؤتمن، أو الأمر ببيعها متى كانت قابلة للتلف) في حين أن ثمة إجراءات أخرى لا يتصور قانوناً أن تأمر بها هيئات التحكيم لافتقادهما قوة الإيجاب، وإنما يتعين طلبها من محاكم الدولة، والمثال التقليدي في هذا الشأن وهو الأمر بطلب توقيع الحجز التحفظي على أموال أحد الأطراف أو على حقوقه واستحقاقاته لدى الغير، فمثل هذا الإجراء لا يتصور أن

<sup>89</sup> سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة السادسة، 2012، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص286.

<sup>90</sup> ( أبو ألوفا، أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثالثة، 1978، ص 136 .

<sup>91</sup> ( في هذا المعنى أنظر المادة (152) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، والقاضي، م خالد محمد، مرجع سابق، ص435.

تأمر به هيئة التحكيم، وإنما ترجع بالضرورة سلطة اتخاذها إلى القضاء الوطني الذي يملك استصدار أمر بتقدير الدين مؤقتاً وتوقيع الحجز التحفظي، فإذا ما أقيمت الدعوى بطلب تثبيت الحجز في الموعد القانوني وتم التمسك بشرط التحكيم من جانب طالب الحجز أو من الطرف الآخر المحجوز عليه كان من المتعين في تقديرنا على المحكمة أن تأمر بوقف الدعوى إلى حين الفصل في التحكيم، وتظل الدعوى موقوفة حتى يصدر حكم التحكيم، وعندئذ فقط يمكن القضاء في مصير أمر الحجز التحفظي على ضوء ما قرره هيئة التحكيم في حكمها الذي حسم النزاع الموضوعي بين الأطراف، ولعل هذا الحل القانوني السليم يحتاج إلى تأكيد تشريعي باعتبار أنه ليس مألوفاً بالنسبة لما أعتاده القضاة في الأقضية التي لا يوجد بشأنها اتفاق على التحكيم، وقد يؤدي غياب نص تشريعي صريح إلى تضارب في الأحكام خلال فترة زمنية قد تطول حتى يتسنى لمحكمة النقض أن تقول كلمتها النهائية على نحو يوفق بين متطلبات الأوامر الوقتية باتخاذ إجراءات تحفظية وبين مقتضيات احترام القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم وأثره السالب بالنسبة للمنازعات الموضوعية<sup>92</sup>."

وبالإضافة إلى ما سبق، لا يجوز لهيئة التحكيم النظر في صحة إجراءات التنفيذ أو بطلانها، وهذه الأخيرة لا يحكم في مصيرها إلا القضاء المختص، لأن القاعدة أن إجراءات التنفيذ إنما تجري تحت إشراف القضاء ورقابته، فلا يتصور مثلاً أن يحكم المحكم في صحة أو بطلان إجراءات

<sup>92</sup> ( راشد، سامية، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، 1986، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص

التنفيذ على العقار التي تتم بواسطة قاضي التنفيذ أو يحكم ببطلان تسجيل سند الملكية دون قاضي التنفيذ والتي حدد المشرع لها أوضاع وإجراءات ومواعيد خاصة بهذا الصدد<sup>93</sup>.

ويرى الباحث، بأنه يمكن القول بما أن الطرفين قد ضمنا اتفاقهما على التحكيم شرطاً يجوز بموجبه للمحكم اتخاذ الإجراءات الاحتياطية أو التحفظية ففي هذه الحالة يمكن له أن يقرر ذلك بناءً على طلب أحد الأطراف، وبما أن قرار الحجز الذي يصدره المحكم ليس له قوة الإلزام ولا يمكن تنفيذه جبراً، وفي حالة امتناع من صدر الإجراء ضده يكون للطرف الذي صدر الإجراء لصالحه اللجوء إلى المحكمة المختصة لإكسائه صيغة التنفيذ، في حين أن الطريقة المثلى أن يلجأ الطرف الذي يرغب في اتخاذ الحجز الاحتياطي إلى القضاء بإتباع الإجراءات الاعتيادية في مثل تلك الحالات وطبقاً للإجراءات الخاصة بإقامة الدعوى المستعجلة في هذا الشأن أمام قاضي الأمور المستعجلة.

<sup>93</sup> ( أبو أوفاء، أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص83.

## المبحث الثاني: دور إرادة الأطراف في تحديد الجهة المختصة بشأن اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية.

سبق أن تمت الإشارة إلى أن للمحاكم الوطنية اختصاص أصيل في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية التي تقتضيها طبيعة المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم، ومع ذلك فقد أجاز القانون لإرادة الأطراف القدرة على استبعاد هذا الاختصاص المقرر لقضاء الدولة، بشأن هذه الإجراءات ومنحه لقضاء التحكيم، إرادة الأطراف تلعب دوراً هاماً في سلب الاختصاص من القضاء الوطني المختص أصلاً بإصدار الإجراءات الوقتية والتحفظية، ومنحه لهيئة التحكيم<sup>94</sup>.

ولتوضيح الدور الذي يمكن أن تلعبه إرادة الأطراف في سلب الاختصاص من القضاء الوطني بشأن اتخاذ هذه التدابير، سوف أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، (المطلب الأول) وأتناول فيه مدى صحة اتفاق التحكيم القاضي باستبعاد قضاء الدولة باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، وأثر لجوء أحد أطراف الاتفاق على التحكيم إلى قاضي الأمور المستعجلة على استمرار وجود اتفاق التحكيم (كمطلب ثاني).

<sup>94</sup> (الحداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق، ص217.

## المطلب الأول: مدى صحة اتفاق التحكيم القاضي باستبعاد قضاء الدولة في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية.

أن تحديد الجهة المختصة باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، يستند إلى إرادة الأطراف ذاتها، فإذا كانت إرادة الأطراف قد خولت هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع الموضوعي، فإن هذه الإرادة يمكنها أيضاً أن تخول هيئة التحكيم الاختصاص في إسباغ الحماية الوقتية، سواءً أكان التعبير عن هذه الإرادة صريحاً أم ضمناً من خلال الإحالة إلى لائحة من اللوائح المنظمة للتحكيم<sup>95</sup>.

ورغم الميل الكبير الذي يظهره معظم الفقه إلى تأهيل قضاء الدولة في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية التي تقتضيها المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، فإن جانباً آخر من الفقه يرى بأن هيئة التحكيم هي الأجدر من غيرها على تقدير مدى ملائمة اتخاذ مثل هذه التدابير، وبما أنها تملك الفصل النهائي في موضوع النزاع، فمن باب أولى تستطيع اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية في هذا الموضوع، فضلاً عما يحققه ذلك من اقتصاد في النفقات وتوفير في الوقت وسهولة تنفيذ ما تأمر باتخاذها من تدابير وتوحيد جهة الفصل في النزاع، ولأن فلسفة نظام التحكيم تسمح بهذا الحل، فالخصوم قد اختاروا طريق التحكيم بإرادتهم وارتضوا به بدلاً عن اللجوء إلى القضاء، ومن ثم فإنهم لن يمتنعوا عن تنفيذ ما يتخذه المحكم من تدابير وقتية وتحفظية<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> ( الحداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم مرجع سابق، ص23.

<sup>96</sup> ( اتجه رأي في الفقه الفرنسي إلى أن قاضي الأمور المستعجلة لا يختص بنظر المسائل المستعجلة إذا كان نزاع الموضوع مطروحاً بالفعل على المحكمين .

هذا وقد احتدم الخلاف بين الفقه، حول تحديد مدى حرية الأطراف في الاتفاق على اختصاص هيئة التحكيم في إصدار التدابير الوقائية والتحفظية والتي تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها، حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول، بأن مسألة تحديد مدى حرية الأطراف في استبعاد ولاية القضاء المستعجل بشأن التدابير الوقائية والتحفظية، يتوقف على تحديد طبيعة الأحكام المستعجلة المطلوب اتخاذها من قبل هيئة التحكيم، فإذا كانت هذه الطلبات تتعلق بالنظام العام فإنه لا يجوز للأطراف استبعاد ولاية القضاء من الفصل فيها والاتفاق على التحكيم، في حين أنه، إذا كانت الطلبات والأحكام المستعجلة المراد اتخاذها، تتعلق بالقواعد المكملة، وغير متعلقة بالنظام العام، فإنه من الجائز أن يتفق الأطراف على منح الاختصاص لهيئة التحكيم في إصدارها<sup>97</sup>.

وعليه يكون للمحكم سلطة اتخاذ بعض التدابير الوقائية والتحفظية التي لا يلزم لاتخاذها تدخل السلطة العامة في الدولة، كالأمر بالمحافظة على البضائع وإيداعها لدى شخص من الغير مؤتمن، أو الأمر ببيع بضاعة سريعة التلف<sup>98</sup>.

" ونظراً لافتقار المحكم لسلطة الإلزام ، فإنه يعول على الاحترام التلقائي من قبل أطراف التحكيم لهذه الإجراءات الصادرة منه في مواجهتهم، ولكن ليس هناك ما يحول بين المحكم، وبين أن يأخذ

- أشار إليه: أحمد، سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص155.

<sup>97</sup> ( أبو أوفاء، أحمد، التحكيم في القوانين العربية خاصة في القانون الكويتي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص24.

<sup>98</sup> ( الحداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم مرجع سابق، ص24.

بعين الاعتبار مسلك الطرف سيء النية، والذي أمتنع عن تنفيذ هذه الإجراءات، وذلك عند إصداره للحكم التحكيمي النهائي الفاصل في موضوع الدعوى<sup>99</sup>.

وعلى الرغم من الدور الذي يمكن أن تلعبه إرادة الأطراف ، وذلك من خلال منح المحكم سلطة إسباغ الحماية الوقتية ، إلا أنه في الوقت ذاته، هناك من الإجراءات الوقتية ما لا يمكن منح الاختصاص باتخاذها لهيئة التحكيم، ومن ثم لا يمكن الاعتراف للمحكم بسلطان عام وقاصر في اتخاذ مثل هذه التدابير وبالتالي حرمان قضاء الدولة صاحب الاختصاص الأصيل من ولايته بهذا الشأن<sup>100</sup>.

وكما هو معلوم أن هناك العديد من التدابير التحفظية التي لا يمكن إصدار الأمر باتخاذها إلا من قبل قضاء الدولة إما لتعلقها بالغير، أو لأنها تعبر عن سلطة الإلزام التي يتمتع بها قضاء الدولة وحده دون غيره.

وبقدم أنصار هذا الاتجاه، مثلاً عملياً لإثبات صحة ما يذهب إليه بالقول أن إصدار الحكم بتوقيع الحجز التحفظي وصحة هذا الحجز هو أمر تختص به محاكم الدولة وحدها، وليس لهيئات التحكيم اختصاص فيها<sup>101</sup>.

ويرى أنصار هذا الاتجاه، أن الخصوم لا يجوز لهم هنا التنازل مسبقاً عن الضمانات التي يوفرها قضاء الدولة الذي يظل مختصاً بالمسائل المستعجلة كلما كانت هيئة التحكيم عاجزة عن اتخاذ

<sup>99</sup> ( الحداد، حفيفة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم مرجع سابق ، ص 24.

<sup>100</sup> ( المرجع الألف الذكر ، ص 26 وما بعدها.

<sup>101</sup> ( البطاينة، عامر فتحي، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 128 .

الإجراء المطلوب بالسرعة والكيفية التي تتناسب مع حالة الاستعجال، بل أن البعض ذهب إلى أنه يقع باطلاً أي اتفاق بين الخصوم يقصد به التنازل مسبقاً عن الضمانات التي يوفرها قضاء الدولة<sup>102</sup>.

ويرى الباحث، أن هذا المعيار لا يصلح، وبحسب نصوص التحكيم في القانون الأردني، لتحديد مدى حرية الأطراف في الاتفاق على منح هيئة التحكيم سلطة الفصل في التدابير الوقائية والتحفظية، والعلّة في ذلك أن جميع أحكام التدابير الوقائية والتحفظية التي لا بد من اتخاذها لمواجهة حالة الاستعجال هي قواعد متصلة بالنظام العام في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، فإذا ما تم التسليم بهذا المعيار فإنه يترتب على ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على اختصاص هيئة التحكيم لاتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية وبالتالي استبعاد ولاية القضاء المستعجل، وهذه النتيجة لا يمكن قبولها، إزاء وجود نص خاص في قانون التحكيم الأردني يقضي بجواز اتفاق الأطراف على منح هيئة التحكيم سلطة اتخاذ تدابير وقائية وتحفظية، وهو ما جاء بالمادة (23) خاصة أن هذا النص جاء مطلقاً لم يفرق بين تدبير و آخر.

في حين ذهب آخرون إلى القول إن الأمر يتوقف على فكرة الفاعلية فإذا ما كان الحكم المستعجل المراد إصداره يتطلب اتخاذ إجراء من إجراءات التنفيذ الجبري، وهي إجراءات تحتكر الدولة وقضائها القيام به، فإنه يتعين القول باختصاص القضاء بهذا الشأن، حتى وإن كانت الأطراف قد اتفقت على منح هيئة التحكيم الاختصاص في إصدار هذه التدابير، فاحترام الاتفاق على منح الاختصاص لهيئة التحكيم في هذا الشأن مرهون بأن يكون التدبير الوقائي والتحفظية المراد إصداره من التدابير التي يمكن لهيئة التحكيم أن تضمن تنفيذه دون حاجة إلى تدخل القضاء، وبالتالي فإن

<sup>102</sup> (بركات، علي، مرجع سابق، ص416).

الاتفاق في مثل هذا الفرض يرتب أثره كاملاً، بحيث تختص هيئة التحكيم في الفصل بالنزاع والفصل بالتدابير الوقائية والتحفظية التي تنفرع عنه، أما الفرض الذي يكون فيه الحكم المستعجل المراد إصداره، لا يمكن لأي جهة أن تكفل احترامه وتنفيذه سوى جهة القضاء، فإن إعطاء الاختصاص لهيئة التحكيم في هذا الفرض لا قيمة له<sup>103</sup>.

وهذا الاتجاه أيضاً محل نقد، لأنه معلوم أن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الأمر أو الإلزام التي يملكها القضاء العام في الدولة، لذا فمن المتصور تجاهل من صدر ضده الأمر بالتدبير الوقي أو التحفظي وامتناعه عن التنفيذ<sup>104</sup>.

ولمواجهة ذلك، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (23) من قانون التحكيم الأردني على أنه " وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، يجوز لهيئة التحكيم بناءً على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه بما في ذلك حقه في الطلب من المحكمة المختصة إصدار أمرها في التنفيذ".

ومفاد النص المتقدم، أنه يجوز لهيئة التحكيم وبناء على طلب الطرف المحتكم الذي صدر الأمر بالتدبير لصالحه، أن تأذن له في اتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة لتنفيذ هذا الأمر، بما في ذلك، حقه في الالتجاء إلى محكمة الاستئناف المختصة لإكسائه صيغة الأمر بالتنفيذ، حيث يقتصر دور المحكمة عندئذ على إصدار الأمر بتنفيذ التدبير، دون مراجعة سلامة أو صحة الأمر، لأنها ليست جهة استئناف، وإنما فحسب الجهة التي أنيط بها إجبار الطرف المحتكم الممتنع

<sup>103</sup> ( الحداد، حفيفة السيد، الإجراءات التحفظية بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، 2001، ص 195.

<sup>104</sup> ( النحيوي، محمود السيد عمر، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، مرجع سابق، ص 391.

عن تنفيذ أوامر هيئة التحكيم بالتدبير الوقتي والتحفطي الذي أصدرته بناءً على تراضيه مع الطرف الآخر في الاتفاق على التحكيم على الخضوع لها ، وتنفيذ أوامرها، وفقاً للاتفاق على التحكيم، والذي تستمد منه هيئة التحكيم سلطاتها.

في حين ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول: أن اتفاق الخصوم على عرض النزاع بشقيه الموضوعي والمستعجل على هيئة التحكيم، يعني اختصاصها بنظر النزاع بجميع جوانبه، ولا يحق لأحد من الخصوم اللجوء بعد ذلك إلى القضاء المستعجل، وإلا وجب على هذا القضاء الدفع بعدم اختصاصه<sup>105</sup>.

كما أن الأثر السالب لاتفاق التحكيم لا يقتصر على المنازعات الموضوعية فقط، وإنما يتسع ليشمل أيضاً التدابير الوقائية والتحفطية ويشترط لنزع اختصاص قضاء الدولة ممثلاً بقاضي الأمور المستعجلة، أن يكون النزاع الموضوعي مطروحاً بالفعل على المحكمين<sup>106</sup>.

وقد جاء في بعض أحكام القضاء الفرنسي أنه يتضح من نص المادة (5/8) من لائحة غرفة التجارة الدولية أن السلطات الوطنية لا تختص بنظر الطلبات المستعجلة إلا قبل بدء المحكمين في نظر النزاع، فإذا كان هؤلاء المحكمون قد بدؤوا في نظر النزاع فأنهم يختصون وحدهم باتخاذ الإجراءات المذكورة<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> ( TGI Paris 20 Juin 1982 , Rev . arb .1983 . p. 181 )

مشار إليه: في التحويي، محمود السيد عمر، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، مرجع سابق، ص397.

<sup>106</sup> ( أبو ألوفاء، أحمد، التحكيم بالقضاء وبالصلح، مرجع سابق، ص114.

<sup>107</sup> ( أحمد، سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص111.

ويرى الباحث، أن أساس صلاحيات هيئة التحكيم في إصدار التدابير الوقائية والتحفظية والتي قد تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم، هو اتفاق أطراف التحكيم على تخويلها هذه السلطة، فإذا ما تم الاتفاق على ذلك كان لها سلطة تقديرية في اتخاذ ما تراه مناسباً من هذه التدابير سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة، وأن تطلب تقديم ما يغطي التكاليف التي قد تترتب على اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية التي تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها، والتي يتحملها من يطلب اتخاذ هذه التدابير.

وبالرغم من اختصاص هيئة التحكيم بمثل هذا الأمر فإن ذلك لا يحول دون اختصاص القضاء المستعجل به، وللخصم الخيار بين اللجوء إلى القضاء المستعجل بعد حصوله على إذن من هيئة التحكيم أو اللجوء لهيئة التحكيم، بيد أنه من الناحية العملية قد يفضل الخصم صاحب المصلحة، اللجوء للقضاء المستعجل لأنه يملك سلطة الإلزام التي لا تملكها هيئة التحكيم، ويكون حكمه معجل النفاذ ولا يحتاج إلى أمر التنفيذ كما هو الحال بالنسبة لهيئة التحكيم، هذا فضلاً عن أن اللجوء إلى القضاء المستعجل أشمل وأعم لأنه يشمل إمكانية إصدار مثل هذه التدابير سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، الأمر الذي يحقق فائدة كبيرة للطرف صاحب المصلحة في اتخاذ التدبير الوقائي والتحفظي في الحالة التي لا يكون فيها التحكيم قد بدء بعد، تجنباً لما قد يترتب على هذا التأخير من إضرار بمصالحه<sup>108</sup>.

ومن الجدير ذكره في هذا المقام، إلى أنه في الفرض الذي تختص فيه هيئة التحكيم بإصدار الحكم بالتدبير الوقائي والتحفظي، فإنه لا مفر من اللجوء إلى قضاء الدولة في حالة ما إذا كان تنفيذ تلك الأحكام يقتضي استخدام وسائل الإكراه اتجاه الأشخاص.

<sup>108</sup> ( الصاوي، أحمد السيد، مرجع سابق، مقال منشور في الموقع الإلكتروني الآتي: [www.alassy.net](http://www.alassy.net) تاريخ الدخول 2014/10/28

## المطلب الثاني: أثر لجوء أحد أطراف الاتفاق على التحكيم إلى قاضي الأمور المستعجلة على استمرار وجود اتفاق التحكيم.

على الرغم من كون التحكيم اتفاق بين الأطراف لاستبعاد عرض نزاعهم على القضاء الوطني، وبالتالي نقل الاختصاص من القضاء الوطني إلى قضاء التحكيم، فإنه قد تحدث بعض الأمور أثناء سير إجراءات التحكيم تستدعي لجوء أحد طرفي التحكيم إلى القضاء الوطني بفعل عوامل مختلفة قد تؤثر بشكل سلبي على فاعلية التحكيم، فإذا ما ظهرت مشاكل عملية خلال سير إجراءات التحكيم، نجد أن العديد من التشريعات قد تصدت لهذه المشاكل بوضع قواعد مكتملة يمكن للأطراف اعتمادها لمعالجة هذه الأوضاع<sup>109</sup>.

وبناءً على ذلك، فقد يتم اللجوء من قبل أحد أطراف التحكيم إلى القضاء الوطني، وذلك لحل المشاكل المتعلقة بتشكيل المحكمة التحكيمية، وكذلك المشاكل المتعلقة بإمتناع المحكم عن أداء مهامه أو رده أو عزله، وكذلك الصعوبات الناجمة عن مهلة التحكيم، بما في ذلك اللجوء إلى القضاء المستعجل لطلب الأمر باتخاذ تدبير وقتي وتحفظي.

وما يهمنا في هذا الشأن، هو لجوء أحد الخصوم إلى قاضي الأمور المستعجلة قصد الحصول على أمر باتخاذ تدابير وقتية وتحفظية تقتضيها طبيعة المنازعة على الرغم من وجود اتفاق تحكيم، وهل يؤثر ذلك على اتفاق التحكيم المبرم بين أطرافه؟

<sup>109</sup> ( محمد، جارد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايط ، الجزائر، 2009-2010، ص112-113.

أن اللجوء إلى قضاء الدولة للحصول على التدبير الوقتي والتحفطي الذي يحقق هدف الطالب، لا يمس موضوع النزاع ( أصل الحق)، كما أنه لا يحسم موضوع الحق المتنازع عليه، وإنما يبقى الاختصاص منعقداً لهيئة التحكيم للفصل فيه، لأن استبعاد قضاء الدولة في نظر النزاع لوجود اتفاق التحكيم إنما ينصب على القضاء الموضوعي دون القضاء الوقتي.

وهذا الاتجاه أكدته نصوص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة ( 9 ) منه والتي أكدت بأنه " لا يعتبر مناقضاً لاتفاق التحكيم أن يطلب أحد الطرفين، قبل بدء إجراءات التحكيم أو في أثناءها من إحدى المحاكم أن تتخذ إجراءً وقائياً وأن تتخذ المحكمة إجراءً بناءً على الطلب"<sup>110</sup>.

وفي السياق نفسه ذهبت الفقرة الثالثة من المادة ( 26 ) من لائحة التحكيم التي وضعتها الأمم المتحدة للقانون التجاري والتي أكدت على أن " تقديم أحد الأطراف لطلب اتخاذ إجراءات وقتية لدى السلطات القضائية، لا يعد متعارضاً مع الاتفاق على التحكيم ، كما أنه لا يعد بمثابة تنازل عن هذا الاتفاق على التحكيم"<sup>111</sup>.

وما قرره المادة (9) من القانون النموذجي والمادة (26) فقرة (1) من لائحة التحكيم من أن " لهيئة التحكيم السلطة في اتخاذ ما تراه مناسباً من إجراءات وقتية متى طلب ذلك أحد الأطراف وكان الإجراء متعلقاً بنزاع يدخل في اختصاص هيئة التحكيم، ولا سيما الحق في اتخاذ إجراءات المحافظة على السلع موضوع النزاع، وطلب إيداعها في مكان أمين لدى شخص من الغير أو بيع السلع القابلة للتلف"، وفصلت في هذا الموضوع بالنص في الفقرة الثالثة منها على أن " الطلب

<sup>110</sup> ( قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ( 1985 ).

<sup>111</sup> ( سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 295.

الذي يقدمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية باتخاذ تدابير مؤقتة لا يعتبر مناهضاً لاتفاق التحكيم، أو نزولاً عن الحق في التمسك به<sup>112</sup>.

وفي القوانين الوطنية، يبرز نص المادة (13) من قانون التحكيم الأردني الذي جاء صريحاً ومباشراً للتأكيد بعدم التنازل عن اتفاق التحكيم بمجرد لجوء أطراف النزاع إلى القضاء الوطني للطلب منه اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية ولا يعد مناقضاً لاتفاق التحكيم ولا نزولاً عنه، لأن هذا الطلب لا يمس أصل الحق الذي يبقى قائماً لهيئة التحكيم الفصل فيه مرجع.

أما في فرنسا فلم يبين قانون التحكيم التجاري الدولي ما إذا كان اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية من اختصاص المحكم أو القضاء المستعجل، ومن خلال قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، نجد أن اتخاذ هذه التدابير من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة دون أن يتعارض ذلك مع اتفاق التحكيم، بحيث يكون الرجوع إلى هذا القضاء من المحكمين أو من الأطراف مباشرة بشرط توفر حالة الاستعجال، وكذلك شرط عدم اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ الإجراء الوقائي والتحفظي، ويجد هذا الاختصاص مجالاً له في المادة 1/809 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي، فالقاضي المختص بالأمور المستعجلة، ولو خلا التحكيم، له أن يأمر في مسائل استرداد البضاعة أو إلغاء إعلان كاذب، أو ضبط الأشياء المزورة أو رفع الحجز، باتخاذ إجراء تحفظي أو وقتي بشأنها<sup>113</sup>.

نخلص مما تقدم، أنه من المتفق عليه، أن لجوء أحد أطراف الاتفاق على التحكيم إلى قاضي الأمور المستعجلة بقصد الحصول على الأمر باتخاذ تدابير وقتية وتحفظية، لا يؤثر على اتفاق

<sup>112</sup> ( كنعان، معتز نابغ، مرجع سابق، مقال منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: [ciril.over\\_blog.com](http://ciril.over_blog.com) وقت الدخول، 2014/11/1.

<sup>113</sup> ( محمد، جارد، مرجع سابق، ص113.

التحكيم ولا يعد نزولاً منه عنه سواء كان الطالب قد لجأ بالفعل قبل تقديم الطلب إلى تحريك إجراءات التحكيم، أو لم يكن قد قام بعد بأية خطوة في ذلك السبيل، كما أن لجوء أحد الأطراف في اتفاق التحكيم إلى قضاء الدولة، بهدف الحصول على الحماية المستعجلة باتخاذ تدبير وفتي وتحفظي لا يؤثر على سير الإجراءات الخاصة بالتحكيم ولا يعتبر مناقضاً لاتفاق التحكيم ولا يمكن اعتبار الطلب من السلطة القضائية باتخاذ الإجراءات المذكورة تنازلاً عن التمسك باتفاق التحكيم أو نظر المحكمة في أساس الموضوع، حيث يظل الاختصاص بنظر النزاع الموضوعي منعقداً لهيئة التحكيم، وهذا ما أكدته قضاء التحكيم في العديد من أحكامه<sup>114</sup>.

وقد قضي بأن " مشارطه التحكيم لا تمنع القاضي المستعجل من الحكم في الإجراءات الوقتية أو التحفظية، لأنه ليس من العدالة في شيء أن يقف القضاء المستعجل مكتوف اليدين أمام خطر داهم يستوجب اتخاذ إجراء وفتي حتى يفصل في موضوع الحق لا لشيء، إلا لأن طرفي الخصومة قد عهدا بالفصل في هذا النزاع إلى هيئة التحكيم، وقد يستغرق النزاع أمداً طويلاً أمام هذه الهيئة تتعرض خلالها مصالح أحد الطرفين للضياع ومن ثم كان حقاً على القضاء المستعجل أن يتخذ إجراءً وقتياً حفظاً لحقوق المتخاصمين حتى لو كان هناك شرط تحكيم لأن في ذلك صوتاً للحقوق وعلى الأخص إذا ما لوحظ أن الإجراءات التحفظية هي إجراءات وقتية لا تمس صميم الحق ولا تتعرض لأصل النزاع وهي بذاتها لا تحوز قوة الأمر المقضي فيه، كما أن منطق القانون لا يمنع من ذلك لأن مناط اختصاص القضاء المستعجل يقوم بصفة عامة على توافر ركني الخطر وعدم المساس بأصل الحق، فإذا ما استوي في الدعوى هذان الركنان كان لزاماً على القضاء المستعجل

<sup>114</sup> ( سامي، محمد فوزي، مرجع سابق، ص 283.

أن يأمر بما يراه حفاظاً للحقوق على الوجه الذي يستظهره من أوراق الدعوى ومستنداتها وهو بذلك يكفل لهما حقوقهما ويصونها من كل عبث حتى تقول هيئة التحكيم كلمتها"<sup>115</sup>.

ولا يعد محلاً للبحث أو الجدل على كل حال لجوء أحد أطراف الاتفاق على التحكيم إلى قاضي الأمور المستعجلة لطلب اتخاذ تدبير وقتي وتحفظي قبل تمام تشكيل هيئة التحكيم ، حيث يكون هناك خطر محقق بالحق ويخشى زوال الدليل المثبت للحق، فيصبح القرار الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة باتخاذ الأمر بالتدبير الوقتي أو التحفظي ضرورة قصوى ولا يترتب عليه وبشكل قطعي أي أثر على صحة اتفاق التحكيم أو يعد تنازلاً عن هذا الاتفاق.

---

<sup>115</sup> مشار إليه في، الغوالي، عبد الفتاح، مقال منشور على الموقع الإلكتروني الآتي:  
[elghwalpy.blogspot.com/2009/12/blog-post.html](http://elghwalpy.blogspot.com/2009/12/blog-post.html)

## الفصل الرابع

### العلاقة بين قضاء الدولة وهيئة التحكيم بإصدار الأحكام الوقتية والتحفظية وطبيعة

#### هذه الأحكام وآثارها.

بالرغم مما تتسم به إجراءات التحكيم من المرونة والسرعة والبساطة، فإن الأمر قد يستدعي اتخاذ بعض الإجراءات الوقتية والتحفظية، سواء قبل تشكيل هيئة التحكيم أو أثناء سير إجراءات التحكيم أو بعد صدور الحكم التحكيمي كبداية لاستنفاد هيئة التحكيم لولايتها، لذلك من هي الجهة المختصة باتخاذ تلك الإجراءات الخاصة أو الحلول الوقتية التي تسعف المتقاضين حماية للحق المتنازع عليه إلى حين صدور الحكم في جوهر الحق؟

لقد تصدى الفقه ومعه القضاء بآراء متباينة في تحديد الجهة المختصة باتخاذ تلك الإجراءات، فإن كانت مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم لا تثير أدنى إشكالية، حيث يجمع الفقه ومعه القضاء على أن مجرد الاتفاق على التحكيم لا يمنع أطرافه من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة، فإن مرحلة ما بعد تشكيل هيئة التحكيم أثارت نقاشاً فقهيّاً حاداً، حيث أفرزت ثلاث اتجاهات، منها من هو مدافع عن اختصاص قضاء الدولة، وآخر مدافع عن اختصاص قضاء التحكيم، وثالث مدافع عن الاختصاص المشترك للقضائين.

كما أن التشريعات الوطنية والدولية المهتمة بالتحكيم قد تصدت هي الأخرى للموضوع، من خلال وضع نصوص تحدد الجهة المختصة باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، وهذا ما سأتناوله في هذا الفصل (كمبحث أول).

في حين سأتناول في المبحث الثاني الآثار القانونية التي تترتب على اتخاذ مثل هذه التدابير، سواء في مواجهة الأطراف أو في مواجهة هيئة التحكيم.

## **المبحث الأول: موقف التشريع والقضاء والفقهاء في توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة و هيئة التحكيم بشأن التدابير الوقائية والتحفظية.**

أن مسألة التدابير الوقائية والتحفظية، حظيت باهتمام كبير، سواء عن طريق التشريعات الناظمة له أو عن طريق الاجتهادات القضائية التي تعرضت له، وكذلك الآراء الفقهية التي تصدت لهذا الموضوع، وعلة ذلك، هو الدور الهام في الحماية المؤقتة للحق المتنازع عليه من أي خطر يتهدده مما قد يؤدي إلى عدم استقرار المراكز القانونية أو المحافظة عليها.

ولما كان من الثابت، أن يترتب على اتفاق التحكيم أثران هامين هما، أثر إيجابي ويقضي باختصاص هيئة التحكيم بالنظر في موضوع النزاع، وأثر سلبي والذي يعني عدم اختصاص قضاء الدولة بالنظر في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم.

وهل هذين الأثرين ينسحبان حتى على التدابير الوقائية والتحفظية التي قد تقتضيها طبيعة المنازعة المعروضة على التحكيم؟

هذا ما سأعرض له من خلال دراسة موقف التشريعات الوطنية والدولية (كمطلب أول) ، في حين سأتناول موقف الفقهاء والقضاء في اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية في الأعمال التحكيمية ( كمطلب ثاني).

## المطلب الأول: موقف التشريعات الوطنية والدولية من توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة والتحكيم باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية في الأعمال التحكيمية.

عالجت القوانين الحديثة الصادرة في العديد من الدول والمنظمة للتحكيم، مسألة تحديد الجهة المختصة باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، فهناك من التشريعات جعلت الاختصاص قاصراً على جهة القضاء الوطني باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، في حين أن هناك من التشريعات ما جعلت الاختصاص مشترك بين كل من قضاء الدولة والتحكيم بهذا الخصوص.

ومن أجل معرفة موقف المشرع الأردني وموقف باقي التشريعات المقارنة، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

### الفرع الأول: موقف المشرع الأردني.

تنص المادة (23) من قانون التحكيم الأردني رقم 33 لسنة 2001 على أنه "أ- مع مراعاة أحكام المادة (13) من هذا القانون<sup>116</sup>، يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أي من طرفي التحكيم، أن تأمر أي منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات هذه التدابير".

<sup>116</sup> ( المادة(13) من قانون التحكيم الأردني تنص على أنه " لا يمنع اتفاق التحكيم أي طرف الطلب من قاضي الأمور المستعجلة سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية ويجوز الرجوع عن تلك الإجراءات بالطريقة ذاتها".

"ب- وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، يجوز لهيئة التحكيم بناءً على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه بما في ذلك حقه في الطلب من المحكمة المختصة إصدار أمرها في التنفيذ."

يلاحظ من هذا النص ما يأتي:

1. إن اتفاق الطرفين، هو الذي يحدد ما إذا كان لهيئة التحكيم اتخاذ هذه الإجراءات التي تم الاتفاق عليها من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أي من طرفي التحكيم.

2. إن هذه التدابير المؤقتة لا بد أن تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم، وتدور في فلك هذه الطبيعة ليس غير، وإلا كانت التناقفاً على الاختصاص المقرر للقضاء المستعجل، وهو أمر لا يجوز لأن سيادة القضاء من النظام العام.

3. لهيئة التحكيم أن تطلب من الطرف الذي يطلب الأمر بهذا التدبير تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به.

4. إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، يجوز لهيئة التحكيم بناءً على طلب الطرف الآخر، أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، بما في ذلك حقه في الطلب من المحكمة المختصة إصدار أمرها بالتنفيذ.

كما يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الأردني قد أسند الاختصاص إلى الهيئة التحكيمية وبشكل صريح وواضح باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية دون أن يشير إلى شروط هذا الاختصاص.

ولكن وفي موضع آخر من قانون التحكيم الأردني، وتحديداً في المادة ( 40 ) أجاز لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً وقتية، أو في أي جزء من الطلبات، وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة.

والواقع أن هذين النصين يثيران لبساً مرده أن نص الفقرة الأولى من المادة ( 23 ) يواجه حالة إصدار هيئة التحكيم أمراً موجهاً إلى أحد الطرفين، بناءً على الطرف الآخر بإجراء وقتي أو تحفظي يجب عليه أن يقوم به بنفسه كصيانته للمصنع محل النزاع الذي تحت يده، أو تخزين البضاعة محل النزاع على نحو يحفظها من الهلاك أو التلف، أما نص المادة ( 40 ) فيواجه حالة أخرى، وهي إصدار هيئة التحكيم بناءً على طلب من أحد الخصوم حكماً وقتياً، كتعيين حارس على البضاعة محل النزاع، أو سماع شاهد قبل سفره، أو وقف العمل بمشروع معين، فما يصدر عن هيئة التحكيم في مثل هذه الحالة إنما ينطوي على حكم مؤقت لا دخل في تنفيذه لإرادة الخصم الذي صدر في مواجهته، حيث أن القاسم المشترك في الحالتين، هو سرعة اتخاذ القرار تجنباً لضرر قد يستحيل تداركه<sup>117</sup>

و على ذلك، فإن المشرع قد علق سلطة هيئة التحكيم في الفقرة الأولى من المادة (23) على وجود اتفاق بين طرفي التحكيم يخولها ذلك، بينما في المادة ( 40 ) خولها سلطة إصدار أحكام وقتية ولو لم يوجد مثل هذا الاتفاق.

ووفقاً لذلك، يحق لصاحب المصلحة اللجوء إلى قضاء الدولة باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل وذلك لتذليل الصعوبات التي تعترض حماية حقه بعد انفضاض هيئة التحكيم، ومن ذلك

<sup>117</sup> ( الصاوي، أحمد السيد، مرجع سابق، مقال منشور في الموقع الإلكتروني الآتي: [www.alassy.net](http://www.alassy.net) تاريخ الدخول 1-11-

لجئته إلى قضاء الدولة لإصدار الأوامر المتعلقة بتنفيذ حكم، و حتى إصدار الأوامر المتعلقة بمنع المدين من السفر أو حبسه<sup>118</sup> .

ونأمل في أقرب تعديل تشريعي إزالة هذا اللبس في ضبط مضمون الاصطلاح التشريعي في المادتين سالفتي الذكر، وربطها بالمادة ( 13 ) في سياق قانوني متناغم.

### الفرع الثاني: موقف باقي التشريعات المقارنة.

أتناول البحث في تحديد موقف التشريعات المقارنة (أولاً) ، ثم أتطرق إلى موقف المعاهدات الدولية (ثانياً).

#### أولاً: موقف باقي التشريعات المقارنة.

لقد انقسمت التشريعات المقارنة بخصوص موقفها من مسألة توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة والتحكيم في اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية إلى اتجاهين رئيسيين وهما:

**الاتجاه الأول:** هناك بعض من التشريعات حاولت التوفيق في تحديد لمن يعود الاختصاص في اتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية بين قضاء الدولة والتحكيم، ومن بين هذه التشريعات، نجد أن المشرع المصري والذي تعرض القانون رقم (27) لسنة 1994 لموضوع الإجراءات الوقائية والتحفظية في المواد (14، 1/24، 2)، حيث تنص المادة 14 على أنه " يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون أن تأمر بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم، باتخاذ تدابير مؤقتة

<sup>118</sup> ( المليجي، أحمد، مرجع سابق، ص 277.

أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها" وتنص المادة 9 من نفس القانون على أن " يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر " .

وتنص المادة 24 من القانون المذكور " يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما، أن تأمر أياً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به، وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه ، جاز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر، أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون الأمر بالتنفيذ".

ويلاحظ من خلال مقتضيات المواد السابقة، أن المشرع المصري قد حذا حذوا، أغلب التشريعات المقارنة في توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة وهيئة التحكيم في مسألة اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية، وجعله اختصاص مشترك بينهما.

ويرى جانب من الفقه المصري أنه " وبالرغم مما ذهب إليه بعض الفقهاء من القول بأنه متى تشكلت هيئة التحكيم فإنها تصبح المختصة وحدها بنظر الطلبات الوقتية أو المستعجلة وذلك لأنها الأقدر من غيرها على تحديد الإجراء الملائم... فإن الإجابة على هذا التساؤل يتطلب التفريق بين الفروض التالية:

1. بالنسبة إلى الفترة ما بين إبرام الاتفاق على التحكيم وبين تشكيل هيئة التحكيم واتصالها بموضوع النزاع، فإنه لا مفر في تلك الفترة من الاستعانة بقضاء الدولة صاحب الولاية العامة والتي تعتبر من النظام العام، وتلك مسألة متروكة لتقدير المحكمة المختصة بالتصدي للحماية الوقتية، وبعد تشكيل هيئة التحكيم فإنها تكون وحدها المختصة بالتصدي للطلبات الوقتية أو التحفظية، وذلك إعمالاً لإرادة الطرفين التي تمنع القضاء من نظر طلب اتخاذ هذه التدابير تماماً كما يمنعه اتفاق التحكيم من نظر الموضوع، إلا إذا تطلب الحال استخدام سلطة الإلزام التي يفقدها قضاء التحكيم فإنه لا مناص في مثل هذه الحالة من وقف الإجراءات واللجوء إلى قضاء الدولة، كما هو الحال في امتناع أحد الخصوم من تنفيذ الأمر الصادر إليه بتسليم ورقة تحت يده أو إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده<sup>119</sup> .

2. إذا كان الإجراء المطلوب اتخاذه وقتياً كان أم تحفظياً سيجري خارج حدود الدولة التي سيجري بها التحكيم فإنه لا مناص في تلك الحالة من الاستعانة بقضاء الدولة المطلوب اتخاذ الإجراء فيها لتذليل الصعوبات التي تواجه التحكيم<sup>120</sup> .

وكذلك جعل المشرع الكويتي مسألة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية من اختصاص قضاء الدولة، وأن اختصاص هيئة التحكيم رهين باتفاق طرفي التحكيم، حيث نصت المادة 1/173 من قانون المرافعات الكويتي على أن " لا يشمل التحكيم المسائل المستعجلة ما لم يتفق صراحة على

<sup>119</sup> ( مبروك، عاشور، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الثانية، 1998، ص280،281.

<sup>120</sup> ( بريري، مختار، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1995، ص 159.

خلاف ذلك" ، ومن ثم فإن اختصاص هيئة التحكيم في المسائل المستعجلة استثنائياً وبالاتفاق الصريح على ذلك وإلا ينعقد الاختصاص بحسب الأصل لقضاء الدولة في المسائل المستعجلة<sup>121</sup>.

أما القانون الفرنسي الجديد المتعلق بالتحكيم فلم يشتمل على أحكام صريحة تمنح القضاء الفرنسي سلطة إصدار القرارات الوقتية أو التحفظية بخصوص المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، مما جعل القضاء الفرنسي يستند إلى المادة 1/809 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي في اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية حيث تنص هذه المادة على أنه " يجوز رغم شرط التحكيم اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة ولو خلال إجراءات التحكيم بالمسائل الآتية: (استرداد البضاعة، إلغاء إعلان كاذب، ضبط الأشياء المزورة، الوقف الفوري للأعمال أو بعض الأنشطة المهنية، طرد أو وضع اليد دون سبب، رفع الحجز الموقع دون سند)<sup>122</sup>.

**الاتجاه الثاني:** يوجد بعض من التشريعات ممن جعلت التدابير الوقتية والتحفظية، من اختصاص قضاء الدولة وحده، ومن تلك التشريعات نجد أن المشرع الليبي وفي قانون المرافعات قد نص صراحة في المادة (758) منه على أنه " ليس للمحكمين أن يأذنوا بالحجز ولا بأية إجراءات تحفظية، وإذا أذن قاضي مختص بالحجز في قضية منظورة بطريق التحكيم فعليه أن يقرر صحة الحجز دون المساس بموضوع النزاع، وعلى هذا القاضي أن يصدر قراراً بإلغاء الحجز حين يقرر المحكمون ذلك"

<sup>121</sup> ( أحمد، سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص104.

<sup>122</sup> ( عبد الرحيم ، بحار، الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والاقتصادية، العدد 8 فبراير 2005، ص 329.

وهذا النص يمنع المحكم من اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية ويحصر هذا الحق بقضاء الدولة فقط، وهو ينطبق أيضاً على ما هو الحال في القوانين العربية للمرافعات وأن لم يرد بها نص صريح بذلك<sup>123</sup>.

ومن التشريعات التي جعلت مسألة الاختصاص في اتخاذ التدابير الوقئية أو التحفظية لقضاء الدولة وحده، نجد كذلك القانون السويسري الذي نص في المادة 26 على أن السلطات الوطنية هي المختصة وحدها باتخاذ التدابير الوقئية أو التحفظية، وأن الأطراف يمكنهم فقط الخضوع إرادياً للإجراءات الوقئية المقترحة لمحكمة التحكيم ويمكن للمحكّمين أن يعلنوا عدم اختصاصهم للأمر بالإجراءات الوقئية<sup>124</sup>.

### ثانياً: موقف المعاهدات الدولية:

اتسم موقف المعاهدات الدولية المرتبطة بالتحكيم من مسألة توزيع الاختصاص باتخاذ التدابير الوقئية والتحفظية بين قضاء الدولة وهيئة التحكيم بشيء من التفاوت، وعليه سأعرض موقف كل من معاهدة جنيف ومعاهدة نيويورك ثم موقف معاهدة واشنطن التي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار.

#### 1. موقف معاهدة جنيف<sup>125</sup>:

<sup>123</sup> ( سامي، فوزي محمد، مرجع سابق، ص 286، 287.

<sup>124</sup> ( عبد الرحيم، بحار، مرجع سابق، ص 328.

<sup>125</sup> ( الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21 نيسان 1961.

لقد جاء موقف معاهدة جنيف صريحاً من مسألة توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم بشأن التدابير الوقئية والتحفظية، حيث نصت المادة 416 على أن " طلب اتخاذ الإجراءات الوقئية أو التحفظية الموجهة إلى السلطة القضائية في الدول لا يعتبر متعارضاً مع اتفاق التحكيم" ويتضح من هذا النص أن لجوء أطراف اتفاق التحكيم إلى قضاء الدولة بهدف الحصول على إجراء وقفي أو تحفظي لا يؤثر على اتفاق التحكيم ولا يعتبر بمثابة تنازل عنه أو مساساً به.

ويرى الباحث، بأنه ومن خلال مقارنة نص المادة 416 من معاهدة جنيف ونص المادة 13 من قانون التحكيم الأردني، نجد أن المشرع الأردني قد أخذ بموقف معاهدة جنيف في مسألة الاختصاص باتخاذ التدابير الوقئية أو التحفظية والتي قد تقتضيها طبيعة المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم.

2. موقف معاهدة نيويورك<sup>126</sup>: حيث نجد المادة 2-3 من هذه المعاهدة تنص على أنه " على محكمة الدولية المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناءً على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل، لا أثر له أو غير قابل للتطبيق". ويبدو من مضمون هذا النص أن موقف معاهدة نيويورك يكتنفه نوع من الغموض، من حيث موقفها باتخاذ الإجراءات الوقئية أو التحفظية ومدى سريانها من عدمه على التدابير الوقئية أو التحفظية، مما ترتب عليه اختلاف في مواقف القضاء من دولة إلى أخرى بل يختلف في الدولة الواحدة في تفسير نص المادة 312 من هذه المعاهدة، حيث نجد أن موقف القضاء الأمريكي من إعمال نص المادة 312 من

<sup>126</sup> ( اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

معاهدة نيويورك بشأن الإجراءات الوقتية أو التحفظية، يختلف من محكمة إلى أخرى، حيث ذهبت العديد من المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية في السنوات الأخيرة إلى عدم قبول الطلبات المقدمة إليها بشأن التدابير الوقتية أو التحفظية، استناداً إلى أن مثل هذه الإجراءات تتعارض مع اتفاق الأطراف على التحكيم وبالتالي مع معاهدة نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وعلى الرغم من هذا الاتجاه الواضح في جانب من الأحكام الصادرة عن القضاء الأمريكي، فإن جانباً آخر من القضاء الأمريكي قضى عكس ما ذهب إليه القضاء الأول، حيث اعتبر التدابير الوقتية أو التحفظية التي يتخذها قضاء الدولة لا تتعارض مع معاهدة نيويورك وخاصة المادة 213 من هذه المعاهدة<sup>127</sup>.

وعلى الرغم من النقاش الدائر حول اتفاقية نيويورك، فإن الرأي الراجح في هذا الصدد في الفقه والقضاء ورغم الإغفال الذي اعترى اتفاقية نيويورك من مسألة مدى شمولية اتفاق التحكيم للتدابير الوقتية والتحفظية فإن القاعدة الثابتة هي بقاء الاختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية لقضاء الدولة وأن هذا الاختصاص لا يمس اتفاق التحكيم في شيء ولا يعد تنازلاً عنه، فالطرف الذي يتقدم بطلب للإجراء الوقتي أو التحفظي أمام قضاء الدولة يجوز له ذلك حتى ولو كان قد قام سابقاً باللجوء إلى التحكيم طالباً حسم النزاع حول الحق الموضوعي، كما أنه من الممكن مفاجأة الطرف الآخر بالطلب الوقتي والتحفظي قبل الشروع في تحريك إجراءات التحكيم، بحيث يحق للطالب أن يبدأ في تاريخ لاحق تحريك إجراءات التحكيم، ولا يسقط حقه في سلوك هذا الطريق كنتيجة لتقديم

<sup>127</sup> ( الحداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية في المنازعات الدولية المتفق بشأنها

على التحكيم، مرجع سابق، ص66.

طلب الحصول على أمر وقتي بتقدير قيمة الدين والإذن بتوقيع الحجز الاحتياطي في حدود ذلك المبلغ سواءً تحت يد المدين نفسه أو تحت يد الغير<sup>128</sup>.

3. موقف اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار<sup>129</sup>: من المعلوم أن اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة بين الدول والناجئة عن الاستثمارات، قد خلقت نظاماً تحكيمياً منفصلاً فيما يخص الإجراءات المتعلقة بالتحكيم عن كل قانون وطني، فمسألة تعيين المحكمين، أو إبطال أحكام التحكيم الصادرة عن المركز، عهد بها إلى جهاز تابع للمركز أنشأته الاتفاقية، كما أن هذه الاتفاقية تلزم الدول المتعاقدة بالاعتراف وتنفيذ كل حكم صادر عن المركز الدولي الذي انبثق عن هذه الاتفاقية والمتخصص في تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار<sup>130</sup>.

وفيما يتعلق بموقف هذه المعاهدة من مسألة اتخاذ الإجراءات الوقئية والتحفظية، يرى جانب من الفقه أنه ما دام الأطراف قد ارتضوا بالخضوع للتحكيم وفقاً لقواعد المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار فإنهم قد تنازلوا وبشكل تلقائي عن أية وسيلة من وسائل الرجوع وبالتالي يظل المركز هو المختص في حسم النزاع سواء تعلق الأمر بالجانب الموضوعي أو الإجرائي، مما يعني أنه يشمل حتى الإجراءات الوقئية والتحفظية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وسنده في ذلك نص المادة 26 من هذه الاتفاقية والتي تنص على أنه " تعتبر موافقة الأطراف على التحكيم في

<sup>128</sup> ( راشد، سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، طبعة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، ص435

<sup>129</sup> ( اتفاقية واشنطن لعام 1965 لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى والمتضمنة انشاء المركز الدولي لفض منازعات الإستثمار.

<sup>130</sup> ( راشد، سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 375.

ظل هذه الاتفاقية موافقة على استبعاد أي وسيلة أخرى من وسائل الرجوع، ما لم ينص على خلاف ذلك، ويجوز لأي طرف متعاقد المطالبة باستبعاد كافة سبل التسوية القانونية المحلية والإدارية كشرط لازم لقبول التحكيم في ظل هذه الاتفاقية".

في حين يرى جانب آخر من الفقه، أن معاهدة واشنطن التي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار، لا تحول دون اختصاص القضاء الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية، وسنده في ذلك المادة 47 من تلك الاتفاقية والتي تنص على أنه " بخلاف ما قد يتفق عليه الطرفان، يجوز للمحكمة أن توصي باتخاذ إجراءات تحفظية متعلقة بحماية حقوق الطرفين إذا رأت أن الظروف تحتم ذلك"، كما أن المادة 39 من لائحة التحكيم الخاصة بالمركز تشير إلى اختصاص هيئة التحكيم بنظر هذه الإجراءات والتي تنص على أنه " يحق للطرف في أية لحظة أثناء الإجراءات أن يطلب من محكمة التحكيم اتخاذ الإجراءات التحفظية من أجل المحافظة على حقوقه، ويتعين أن يحدد في الطلب الحقوق المطلوبة المحافظة عليها والإجراءات الملتزم اتخاذها والظروف التي تحتم اتخاذ هذه الإجراءات".

## المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء

انقسم موقف الفقه في تحديد الاختصاص باتخاذ التدابير الوقئية والتحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم إلى ثلاث اتجاهات رئيسية، وهذا ما سأعرض له ( كفرع أول) ، كما أن القضاء هو الآخر تصدى لموضوع تحديد الجهة المختصة باتخاذ التدابير الوقئية والتحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، وهذا ما سأتناوله ( كفرع ثاني).

### الفرع الأول: موقف الفقه

بداية ولتوضيح الموقف الفقهي في توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة والتحكيم في مسألة اتخاذ التدابير الوقئية والتحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، لا بد من دراسة الموضوع من فرضيتين:

الفرضية الأولى: اتخاذ التدابير الوقئية والتحفظية قبل تشكيل هيئة التحكيم:

وهذه الفرضية لا تثير أدنى إشكالية، لأن المعول عليه بإجماع الفقه أن مجرد الاتفاق على التحكيم، لا يمنع أطرافه من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ كل إجراء وقائي وتحفظي طالما لم تتشكل هيئة التحكيم بعد<sup>131</sup>.

فإذا كان من آثار التحكيم، الأثر السلبي والذي يعني عدم اختصاص قضاء الدولة بالنظر بالمنازعة المتفق بشأنها على التحكيم، فإن نطاق هذا الأثر مرهون بالفصل في جوهر النزاع ذاته

<sup>131</sup> ( أبو الوفا، أحمد، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص323.

محل الاتفاق على التحكيم، ولا يشمل بالتالي المسائل الأخرى التي قد تثور بشكل تبعي كالتدابير الوقتية أو التحفظية<sup>132</sup>.

ويرى الباحث، أن هذا الاتجاه أقرب إلى الواقع العملي ما دام أن من شروط اختصاص القضاء المستعجل عدم المساس بجوهر النزاع، وبالتالي لا تكتسب الأحكام الصادرة بمناسبة اتخاذ أي من هذه التدابير أي حجية أمام قضاء التحكيم، وهكذا فإن القضاء المستعجل هو الأصل ما دامت هيئة التحكيم لم تتشكل بعد، ولم يوجد بعد انعقادها اتفاق صريح على تحويلها هذا الأمر، حيث أن اختصاص القضاء هو اختصاص أصيل مستمد من القانون.

الفرضية الثانية: اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية بعد تشكيل هيئة التحكيم:

يختلف موقف الفقه في تقديره لمسألة توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم، بشأن نظر التدابير الوقتية والتحفظية بعد تشكيل هيئة التحكيم، مما يطرح معها صعوبة في تحديد الجهة المختصة باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في النزاعات التحكيمية، هل هي لقضاء الدولة أم لقضاء التحكيم أم أن الاختصاص مشترك بينهما؟

لقد انقسم موقف الفقه في هذا الصدد إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية ولكل اتجاه فقهية أسانيد.

<sup>132</sup> ( الحداد، حفيفة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق، ص281.

الاتجاه الأول: مدافع عن اختصاص قضاء الدولة:

يرى هذا الجانب من الفقه، إلى أن اختصاص قضاء الدولة باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية يكون قاصراً عليه وحده، ولا يشاركه في ذلك قضاء التحكيم، مستندا في ذلك إلى عدة اعتبارات عملية تبرر رأيهم، ومن هذه الحجج:

1. إذا كان من آثار الاتفاق على التحكيم منع الاختصاص على قضاء الدولة بالفصل في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم أو ما يعرف بالأثر السالب، فإن نطاق هذا الأمر مرهون بالفصل في موضوع النزاع ذاته محل الاتفاق على التحكيم، وبالتالي لا يشمل المسائل الأخرى التي قد تنثور بشكل تبعي كالتدابير الوقائية والتحفظية<sup>133</sup>.
2. كما أن المحكم يفتقد إلى سلطة الإلزام سواء في مواجهة الأطراف أو في مواجهة الغير، وأن هيئة التحكيم لا تعقد جلساتها بصورة دائمة، وإنما قد تجتمع على فترات متقاربة أو متباعدة، ومن ثم فقد يطرأ من الأحداث ما يبرر اتخاذ تدبير وقفي وتحفظي في غير أوقات انعقادها ويصعب اجتماع أعضائها بالسرعة الكافية لاتخاذ التدبير المطلوب<sup>134</sup>.

<sup>133</sup> ( الحداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الاجراءات الوقائية و التحفظية في النزاعات الدولية الخاصة المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق، ص18.

<sup>134</sup> ( كنعان، معتز نابغ، مرجع سابق، مقال منشور في الموقع الإلكتروني الآتي: civil.over\_blog.com تاريخ الدخول -9- 10

وعلى هذا الأساس، فإن قضاء الدولة له دور هام في نطاق نظام التحكيم، ولم يعد دور هذا القضاء مقصور على الرقابة، ولكن أصبح دوره مزدوجاً، حيث يمتد أيضاً ليشمل المساعدة من أجل سد العجز الناتج عن كون المحكم شخص عادي لا يتمتع بسلطة الأمر<sup>135</sup>

وهكذا ولما كانت الإجراءات الإلزامية تتدرج في الاختصاص ألحصري لمحاكم الدولة بسبب احتكارها لإجراءات التنفيذ وبالتالي لا يمكن أن يحول اتفاق التحكيم دون ممارسة المحاكم المذكورة سلطتها في ميدان تلك الإجراءات ولو تشكلت محكمة التحكيم وهي قاعدة في القانون العام للتحكيم<sup>136</sup>

إلا أنه وبالرغم من كل هذه الحجج التي استند عليها هذا الاتجاه، في منح الاختصاص باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية لقضاء الدولة وحده، ودون أن يكون لقضاء التحكيم أي حق لممارسة هذا الاختصاص، فإن بعض من الفقه يرى ضرورة تقدير هذا الاتجاه بنوع من التحفظ، إذ يرى أنه إذا كان من الأفضل من أجل ضمان وحدة المنازعة، وعدم تجزئتها، منح الاختصاص بإسباغ الحماية الوقائية لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع، على اعتبار أن هذا يتماشى مع إرادة الأطراف والتي تهدف إلى إخضاع المنازعة لاختصاص قضاء التحكيم كلما كان ذلك ممكناً<sup>137</sup>.

<sup>135</sup> ( أحمد، سيد أحمد محمود، مرج سابق، ص98.

<sup>136</sup> ( عبد القادر، ناريمان، مرجع سابق، ص291.

<sup>137</sup> ( المرجع الآنف الذكر، ص22 وما بعدها.

الاتجاه الثاني: مدافع عن اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن الاختصاص باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية، ينعقد لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع.

ويستند اختصاص هيئة التحكيم هذا إلى إرادة الأطراف ذاتها، فإذا كانت إرادة الأطراف قد خولت هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع الموضوعي، فإن هذه الإرادة يمكنها أيضاً أن تخول هيئة التحكيم الاختصاص في اتخاذ مثل هذه التدابير مهما كانت التي عبر بها الأطراف عن هذه الإرادة<sup>138</sup>.

ووفقاً لهذا الاتجاه، فإن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم لا يقتصر على المنازعات الموضوعية، بل يشمل أيضاً التدابير الوقائية والتحفظية، ويشترط لنزع اختصاص قضاء الدولة باتخاذ مثل هذه التدابير، أن يكون النزاع الموضوعي مطروحاً بالفعل على المحكمين.

وعلى الرغم من أن هذا الاتجاه ، قد أبرز الدور الذي يمكن أن تلعبه إرادة الأطراف في تحويل هيئة التحكيم اختصاص النظر في التدابير الوقائية والتحفظية، إلا أن هناك بعض الإجراءات الوقائية والتحفظية التي لا يمكن أن تختص بها سوى محاكم دولة مقر انعقاد جلسات التحكيم، إما لتعلقها بالغير أو لأنها تعبر عن سلطة الإلزام التي تفتقدها هيئة التحكيم، مما جعل الفقه ينتقد الاتجاه المدافع على اختصاص هيئة التحكيم وحدها في اتخاذ الإجراءات الوقائية أو التحفظية<sup>139</sup>.

<sup>138</sup> ( الحداد، حفيفة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الاجراءات الوقائية و التحفظية في النزاعات الدولية الخاصة المتفق بشأنها على التحكيم ، مرجع سابق، ص23.

<sup>139</sup> ( غصن، خليل عمر، مرجع سابق، ص119.

الاتجاه الثالث: المدافع عن الاختصاص المشترك لقضاء الدولة وقضاء التحكيم باتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية:

يرى جانب من الفقه أن العلاقة بين كل من قضاء الدولة وقضاء التحكيم، يحكمها مبدأ الاختصاص المشترك، والذي يفيد بأن كل من قضاء الدولة وقضاء التحكيم يتمتع بالحق في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم<sup>140</sup>.

وقد ترتب على هذا المبدأ - مبدأ الاختصاص المشترك - ثلاث جوانب مهمة وهي:

الجانب الأول: اختصاص قضاء الدولة باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية:

وهذه النتيجة تتمثل في إمكانية لجوء الأطراف إلى قضاء الدولة، من أجل الحصول على تدابير وقتية وتحفظية لمواجهة حالة الاستعجال التي قد تطرأ بعد إبرام اتفاق التحكيم، باعتبار فعالية هذه الإجراءات التي يمكن الأمر بها بسرعة وقابليتها للنفذ المعجل<sup>141</sup>.

الجانب الثاني: عدم ترتيب تنازل الأطراف عن اتفاق التحكيم:

ويتمثل الجانب الثاني لمبدأ الاختصاص المشترك، في أن لجوء الأطراف في الاتفاق على التحكيم إلى قضاء الدولة، لا يؤثر على اتفاق التحكيم ولا يفيد حصول تنازل عن اتفاق التحكيم، حيث يبقى الاختصاص بنظر النزاع الموضوعي من اختصاص هيئة التحكيم وحدها، وهو ما أكدته نص المادة التاسعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة، والمادة الثامنة

<sup>140</sup> (دباس، باسمه لطفي، شروط اتفاق التحكيم وأثاره، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005، ص395.

<sup>141</sup> (المرجع الآنف الذكر، ص395.

في فقرتها الخامسة من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس والمادة 3/29 من لائحة التحكيم الدولي.

الجانب الثالث: اختصاص المحكمين باتخاذ التدابير الوقئية والتحفظية:

يعتبر اختصاص المحكمين باتخاذ التدابير الوقئية والتحفظية، الجانب الثالث لمبدأ الاختصاص المشترك، الذي يرى جانب من الفقه أنه يحكم مسألة توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم بشأن تلك التدابير، حيث يرى هذا الجانب من الفقه، أن وجود اتفاق التحكيم لا يشكل عائقاً أمام أطرافه للجوء إلى قضاء الدولة أو إلى هيئة التحكيم، من أجل الحصول على الحماية الوقئية، فإذا كانت بعض التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم، قد جعلت الاختصاص بنظر المسائل الوقئية والتحفظية قاصراً على قضاء الدولة، فإن من التشريعات الحديثة، قد أقرت للمحكم بسلطة اتخاذ مثل هذه التدابير، في حين أن هناك دولاً اتخذت موقفاً وسطاً، عندما أكدت من خلال تشريعاتها المنظمة للتحكيم على مبدأ الاختصاص المشترك الذي يحكم مسألة توزيع الاختصاص بين كل من قضاء الدولة وقضاء التحكيم بشأن التدابير الوقئية والتحفظية<sup>142</sup>.

وعلى الرغم مما استقر عليه هذا الجانب من الفقه، من مبدأ الاختصاص المشترك، إلا أن هذا المبدأ ترد عليه بعض القيود منها مستمد من إرادة الأطراف ذاتها، وأخرى مستمدة من طبيعة الإجراء الوقئي المراد اتخاذه وكونه محصور بقضاء الدولة.

أولاً: القيود المستمدة من إرادة الأطراف:

<sup>142</sup> ( مشار إليه في: دباس، باسمه لطفي، مرجع سابق، ص 396، 397.

يحكم هذا القيد مبدأ سلطان الإرادة، أي للأطراف أن يحدد مسبقاً في اتفاق التحكيم نوع الإجراءات الوقتية والتحفظية التي يمكن للمحكم اتخاذها، تفادياً لتعايش الاختصاص المزدوج بين كل من قضاء الدولة وقضاء التحكيم لعدم تعلق الأمر بالنظام العام، ومن ثم يجوز لهم بطبيعة الحال تضمين اتفاقهما على التحكيم بمنح الاختصاص لقضاء الدولة باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية أو حتى قصر هذا الاختصاص لها وحدها، كما يجوز لهم في حالة النقيض في ذلك الاتفاق على حرمان قضاء الدولة من النظر بتلك الإجراءات طيلة استمرار فكرة التحكيم<sup>143</sup>.

وهنا يطرح التساؤل التالي، هل للأطراف الاتفاق على عدم اللجوء إلى قضاء الدولة خلال فترة التحكيم؟

يرى جانب من الفقه أن للأطراف إمكانية الاتفاق على استبعاد اختصاص قضاء الدولة في مجال الإجراءات الوقتية والتحفظية طوال فترة التحكيم، ويستندون في وجهة نظرهم هذه إلى حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 18 نوفمبر، 1986، والذي ذهب فيه إلى أنه " لا يمكن استبعاد اختصاص الدولة في اتخاذ الإجراءات الوقتية إلا بناءً على اتفاق صريح من الأطراف، أو بناءً على اتفاق ضمني يستشف من تبني لائحة تحكيم تفيد ذلك الاستبعاد، وهو ما يتحقق عندما تقوم الأطراف - بشرط عدم وجود اتفاق مخالف - على قبول التحكيم وفقاً لقواعد المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار"<sup>144</sup>.

<sup>143</sup> ( مشبال، عبد اللطيف، القاضي الوطني والتحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق، ص355.

<sup>144</sup> ( -Cass. Civ. 18 November J.D. I , 1987 , p.125, note: E. Gaillard.

مشار إليه في، الحداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، ص40.

إلا أنه إذا كان مجال مبدأ سلطان الإرادة في اتفاق التحكيم يأخذ كل هذا المجال حتى يصل الأمر إلى استبعاد القضاء الذي تستأثر الدولة بتنظيمه، ذلك أن هناك من الإجراءات الوقتية والتحفظية ما يتعلق بفكرة النظام العام، ويعد بهذه المثابة خارج نطاق سلطة الأطراف في المساس بسلطان المحاكم بشأنها<sup>145</sup>.

ثانياً: القيود المستمدة من طبيعة الإجراء وكونه يدخل في نطاق الاختصاص ألحصري لقضاء الدولة:

هناك بعض من التدابير الوقتية والتحفظية، لا يمكن للمحكم اتخاذها لطبيعتها القانونية، وأن المحكم يفتقر لسلطة الإلزام لتنفيذها، مما يعني أن قضاء الدولة يظل هو الجهة الوحيدة التي يمكن التعويل عليها في اتخاذ مثل هذه الإجراءات كتتفيذ الأحكام والحجوزات التحفظية.

ومن خلال دراسة الاتجاهات الفقهية السابقة يمكن أن نخلص إلى نتيجة هامة، وهي 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، كما أن مبدأ الاختصاص المشترك يمنح المحكم صلاحية اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية طالما كان بوسعه ضمان كفالة هذا التدبير وتنفيذه في الوقت المناسب وبالسرعة الممكنة، وإلا فإن السبيل الوحيد لضمان وكفالة هذا التدبير يتوفر في قضاء الدولة لقدرتها على تنفيذ التدبير الذي تصدره.

<sup>145</sup> ( دباس، باسمه لظفي، مرجع سابق، ص400.

إذا كان موقف الفقه في تحديده لمن يعود الاختصاص بين كل من قضاء الدولة وقضاء التحكيم في اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية، قد انقسم إلى ثلاث اتجاهات ، خصوصاً عند تشكيل هيئة التحكيم، فما موقف القضاء في تحديد هذا الاختصاص؟

### الفرع الثاني: موقف القضاء

لم يتردد القضاء في تحديد موقفه من مسألة توزيع الاختصاص بين كل من قضاء الدولة وقضاء التحكيم باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية في النزاعات المنفق بشأنها على التحكيم، فقبل تشكيل هيئة التحكيم نجد بهذا الصدد حكم لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 20 ديسمبر 1982، والتي قضت بموجبه " أن وجود اتفاق التحكيم لا يشكل عقبة أمام الاختصاص المعترف به لقاضي الأمور الوقائية<sup>146</sup>.

أما بعد تشكيل هيئة التحكيم، وبدء إجراءات التحكيم، فقد عرض على القضاء عدة قضايا غالباً ما يكون الطرف الذي يلجأ إليه يرغب باتخاذ تدبير وقائي وتحفظي رغم وجود شرط التحكيم ورغم سير إجراءات التحكيم ، ومن بين القرارات الصادرة في هذا الصدد نجد قراراً لمحكمة التمييز الكويتية والذي قضت فيه بأنه " لا يجدي الطاعة في هذا المجال ما تذرعت به من أن الشركة المطعون ضدها الأولى لم تتمسك بشرط التحكيم في دعوى مستعجلة قامت فيها، ذلك أنه من المقرر طبقاً لما تقضي به المادة 173 من قانون المرافعات، أن التحكيم لا يشمل المنازعات المستعجلة ما لم يتم

<sup>146</sup> ( الحداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المنفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق، ص189.

الاتفاق على خلاف ذلك، بمعنى الاتفاق على التحكيم إنما ينصرف إلى موضوع المنازعات دون شقها المستعجل، ولا يمتد إلى المنازعات المستعجلة إلا إذا نص صراحة على امتدادها إليها<sup>147</sup>.

وفي مصر قضت محكمة الجيزة " بأن مشارطه التحكيم لا تمنع القضاء المستعجل من الحكم في الإجراءات الوقتية والتحفظية، لأنه ليس من العدالة في شيء أن يقف القضاء المستعجل مكتوف اليدين أمام خطر داهم ، ويستوجب اتخاذ إجراء وقتي حتى يفصل في موضوع الحق، لا لسيء إلا لأن طرفي الخصومة قد عهدا بالفصل في هذا النزاع إلى هيئة التحكيم، كما أن منطق القانون لا يمنع من ذلك، لأن مناط اختصاص القضاء المستعجل يقوم بصفة عامة على توافر ركني الخطر، وعدم المساس بأصل الحق، فإذا ما أستوفي هذين الركنين، كان لزاماً على القضاء المستعجل أن يأمر بما يراه حفاظاً للحقوق، وهو بذلك يصون من كل عبث حتى تقول هيئة التحكيم كلمتها"<sup>148</sup>.

ونفس المنحى سلكه الاجتهاد القضائي الفرنسي، حيث نجده يؤكد على أن شرط التحكيم لا يحول دون بقاء الولاية منعقدة للقضاء في الأمور المستعجلة، حتى ولو كانت خصومة التحكيم قد افتتحت بالفعل<sup>149</sup>.

<sup>147</sup> ( قرار محكمة التمييز الكويتية عدد 1905 في ملف رقم 47342 .

- أشار إليه: درميش، عبدا لله، اهتمام المغرب بالتحكيم إلى أين، مجلة المحكم المغربية، العدد 73، ص45.

<sup>148</sup> ( استئناف مختلط رقم 218 الصادر بتاريخ 1988/4/22.

- أشار إليه: المرابط، عمر لاسكرومي، سلطة القاضي على المقررات التحكيمية ومساطرهما، رسالة ماجستير، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، السنة الجامعية، 2003 - 2004، ص45.

<sup>149</sup> ( نقض مدني فرنسي، 1976/6/7 و 1997/7/9.

- أشار إليه: الجمال، محمد مصطفى، وعبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1998، ص 203.

فالمحكم كما أسلفنا يفتقد إلى سلطة الإلزام سواءً في مواجهة الأطراف أو في مواجهة الغير، وافتقاد المحكم إلى هذه السلطة يؤكد قضاء التحكيم ذاته، ففي القضية رقم 6653 لسنة 1993 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس، بين إحدى الشركات السورية وشركة ألمانية، ورداً على الطلب المقدم من الشركة الطالبة ( الشركة السورية ) إلى محكمة التحكيم، بأن تقوم هذه الأخيرة بتأكيد الحجز الوقتي الصادر عن القضاء السوري بجعله حيز تنفيذي، والذي رأت الشركة المدعى عليها ( الشركة الألمانية ) إن هذا الطلب لا يدخل في سلطة محكمة التحكيم، وذهبت محكمة التحكيم إلى أنه ليس في مقدورها سوى رفض هذا الطلب غير المألوف<sup>150</sup>.

فالمحكمين في المنازعات المتصلة بالتجارة الدولية لا يصدرن أحكامهم إلا بناءً على اتفاق مسبق للأطراف والمعبر عنه من خلال اتفاق التحكيم، وبالتالي فإنه، إذا كان المحكمون يتمتعون بسلطة قضائية حقيقية، فإنهم يقومون بممارسة هذه السلطة دون أن يستمدوها من أي سلطة وطنية أو دولية، من هنا فإن محكمة التحكيم ليس لها سلطة الفصل في قرار صادر عن قاض وطني يستمد سلطاته في الحكم من القانون الذي أعطى له هذا السلطان، وعلاوة على ذلك، فإن محكمة التحكيم لا يمكنها أن تضيي على حكم صادر عن قضاء الدولة، الصيغة التنفيذية، ذلك أن سلطة منح الصيغة التنفيذية لتصرف أو حكم تعد التعبير الأمثل عن سلطة الإلزام، تلك السلطة التي يفتقدها المحكم<sup>151</sup>.

<sup>150</sup> ( . J-J.A . 1993,p. 1040 note: J.D.I , 1993 و Sentence finale rendue dans l'affaire 6653 en 1993

مشار إليه في: دباس، باسمه لطفي، مرجع سابق، ص390.

<sup>151</sup> ( الحداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية، مرجع سابق، ص19، 20.

وبالرغم من كل هذا لا يجب أن ننكر عن قضاء التحكيم دوره في مجال اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية، خصوصاً وأن الأطراف قد اختاروا بمحض إرادتهم اللجوء إلى التحكيم بدلاً من اللجوء إلى القضاء، ومن ثم فإنهم لن يمتنعوا عن تنفيذ ما يتخذه المحكم من إجراءات وقتية وتحفظية، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها وقضت بأنه " لا يجوز للدائن بعد تشكيل هيئة التحكيم أن يلجأ إلى القضاء طالبا لنفقة وقتية، وإنما تملك هيئة التحكيم وحدها الفصل في هذا الطلب"<sup>152</sup>.

هكذا ومن خلال التوجه القضائي في تحديد موقفه من مسألة توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم في اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية، وجدنا أن هناك اجتهادات قضائية تؤكد على اختصاص قضاء الدولة رغم السير بإجراءات التحكيم، ولا يخفى على أحد الدور الذي يقوم به في هذا الصدد، لكن رغم كل هذا فإنه يمكن للمحكم اتخاذ إجراءات وقتية وتحفظية تقتضيها طبيعة المنازعة المطروحة أمامه طالما كان بقدره كفالتها وضمن تنفيذها على وجه السرعة.

<sup>152</sup> ( الحداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية أو التحفظية، مرجع سابق ، ص187.

## المبحث الثاني: طبيعة الأحكام الوقتية والتحفظية وآثارها:

بما أن غاية التدابير الوقتية والتحفظية هي معالجة القضايا التي تحتاج إلى بت سريع، من أجل حماية الحقوق من كل الأخطار المحدقة بها، فإن المشرع وضع لها إجراءات خاصة بها تتسم بالمرونة والبساطة، وبعد صدور القرار الوقتي فإنه تترتب عنه مجموعة من الآثار القانونية والتي تمس أطراف النزاع كتعديل المراكز والأوضاع القانونية، كما أن الإجراءات المؤقت الصادر عن القضاء أثناء سريان إجراءات التحكيم، قد يؤثر على عمل هيئة التحكيم.

فما هي طبيعة الحكم الوقتي وهل يكتسب حجية الشيء المقضي به؟ وهذا ما سأتناول الإجابة عنه ( كمطلب أول )، في حين سأتناول الآثار المترتبة على إصدار الأحكام الوقتية ( كمطلب ثاني).

### المطلب الأول: طبيعة الأحكام الوقتية

لما كانت الأحكام والقرارات الصادرة بمناسبة اتخاذ إجراء وقتي وتحفطي تقوم على ظروف طارئة، وهي مرتبطة أساساً بعنصر الاستعجال وبوقائع ومستجدات جديدة لا تحتل التأخير، لأنها جاءت خصيصاً لحماية الحقوق والمراكز القانونية المعرضة للأخطار، فإن هذه الأحكام سواء كانت الجهة المصدرة لها هو قضاء الدولة أو هيئة التحكيم تتسم بالطابع الوقتي، فهل الأحكام الوقتية الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة أو هيئة التحكيم تحوز حجية الأمر المقضي به أم لا ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل، سأتناول حجية الحكم الصادر عن القضاء المستعجل في نزاع مرتبط بالتحكيم ( كفرع أول )، ثم سأتناول حجية الحكم الوقتي الصادر عن هيئة التحكيم ( كفرع ثاني).

## الفرع الأول : حجية الحكم الوقتي الصادر عن قضاء الدولة

من خلال مقتضيات المادة ( 32 ) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، فإن الأحكام الصادرة عن القضاء المستعجل هي أحكام وقتية لا تمس جوهر الحق، وهي بذلك أحكام غير قطعية.

ويعرف الحكم الوقتي بأنه : الحكم الذي لا يحسم نزاعاً ما، لا في تمام موضوع الدعوى ولا في جزئية من جزئياتها، ولكنه يتعلق فقط بسير الدعوى وإجراءاتها أو المحافظة على حقوق الأطراف في انتظار الفصل في موضوع الدعوى<sup>153</sup>.

هذا، وتقسم الأحكام غير القطعية إلى نوعين هما:

**النوع الأول:** يتعلق بسير الدعوى أو بإجراءات الإثبات، وهذا النوع من الأحكام يعرف بالأحكام التمهيدية أو التحضيرية، حيث يكون الهدف من وراءها هو تجهيز الدعوى المرتبطة أساساً بإجراءات الإثبات، كالانتقال لمعاينة مكان النزاع، أو ندب خبير...الخ.

**النوع الثاني:** وهو يتعلق بالأحكام الوقتية والحكم المستعجل، وهو لا يبيت إلا في الإجراءات الوقتية التي يكون الغرض منها الأمر بإجراء تحفظي أو تحديد مركز الأطراف بالنسبة لموضوع النزاع تحديداً مؤقتاً أو أي إجراء آخر، ومن ثم فهو حكم وقتي غير قطعي.

فإذا كان الحكم القطعي الذي يصدر في جوهر النزاع يحوز حجية الأمر المقضي به، بحيث لا يمكن للجهة التي أصدرته الرجوع فيه بحكم آخر، وإنما يمكن ذلك لمحكمة أعلى درجة عن طريق

<sup>153</sup> ( حضري، عبد العزيز، والريبو، سعيد، التنظيم القضائي والاختصاص، مكتبة طه حسين، طبعة 2006 ، ص 56.

الطعون المعروفة، وبهذا تقول محكمة التمييز " ويستفاد من أحكام المادة ( 41 ) من قانون البيئات الأردني وحتى يكون للأحكام القطعية حجية بما فصلت فيه توافر شروط معينة في الحكم وفي الحق المدعى به وهي: 1. أن يكون الحكم صادراً من مرجع مختص، 2. أن يكون قطعياً ويعتبر قطعياً عندما يتعرض لموضوع النزاع ويقضي به، 3. توافر وحدة الأطراف والمحل و السبب<sup>154</sup>. وعليه، فإن الحكم الوقتي الذي يوصف بأنه غير قطعي لا يحوز حجية الأمر المقضي، حيث يمكن للمحكمة التي أصدرته تعديله أو إلغائه بحكم وقتي آخر، كما أن الحكم الوقتي لا يلزم محكمة الموضوع في شيء، ونجد أن المشرع الفرنسي في الفصل 488 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي يأخذ بهذا الاتجاه، حيث ينص الفصل على أن الأمر المستعجل ليس له مبدئياً حجية الشيء المقضي به.

فيما يرى اتجاه آخر، أن الحكم الوقتي يمكن أن يحوز حجية الأمر المقضي به، فالحكم الوقتي ولو أنه يتسم بالطابع الوقتي وعدم المساس بالجوهر، إلا أنه يمكن أن يحوز الحجية أمام الجهة التي أصدرته وفي مواجهة أطرافه، طالما لم تتغير الظروف التي بني عليها<sup>155</sup>.

فالحكم الوقتي شأنه في ذلك شأن الحكم القطعي له حجية الأمر المقضي به، طالما أن الظروف لم تتغير، ولكن في حالة حدوث وقائع أو عناصر جديدة في حالة تغير في العلاقات القانونية التي تربط الأطراف، فعندئذ يجوز للقاضي الذي أصدر الحكم أن يعدله أو يلغيه حسب الأحوال.

<sup>154</sup> ( قرار محكمة التمييز الأردنية ( حقوق)، رقم 2011/1777 ( هيئة خماسية) 2011/9/19، منشورات مركز عدالة.

<sup>155</sup> ( فكاك، خديجة، مرجع سابق، ص47.

ويبدو أن الحكم الوقتي يكسب حجية مؤقتة ونسبية في الوقت نفسه، وعندما نقول أنه يكسب حجية مؤقتة نعني به أنه يقيد القاضي الذي أصدره حيث لا يمكن له أن يعدله أو يلغيه ما لم يحصل تغيير في حالة الأشخاص أو ظروف الدعوى ووقائعها، وعندما نقول أن للحكم الوقتي حجية نسبية نعني به، أن هذا الحكم ليس له حجية إلا على أطرافه، ولا تمتد إلى الغير الذي لم يكن طرفاً في الدعوى التي صدر فيها، طبقاً للمبدأ القاضي بأن حجية الأحكام الوقتية لا تلزم إلا من صدرت له أو عليه، فمثلاً، لو رفع أحد الشركاء في شركة دعوى يطلب فيها وضع عقار مشترك تحت الحراسة القضائية، واكتفى بمخاصمة فريق من الشركاء دون مخاصمة الباقين، فإن الحكم الذي يصدر بالحراسة في هذه الحالة لا يمتد أثره بالنسبة لمن لم يكن خصماً في الدعوى.

والسؤال الذي يطرح هنا، إذا كان النزاع قد عرض على التحكيم، فهل تملك هيئة التحكيم سلطة إلغاء أو تعديل الحكم الوقتي الصادر عن قضاء الدولة؟

الأصل أن قضاء الدولة هو الذي يمارس رقابة على قضاء التحكيم سواء قبل تشكيل هيئة التحكيم، أو بعد صدور الحكم التحكيمي، حيث أن تدخل قضاء الدولة في شؤون التحكيم، يبدو واضحاً من خلال تشكيل هيئة التحكيم واتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية وتنفيذ حكم التحكيم النهائي، لكن أن يمارس قضاء التحكيم الرقابة على الإجراءات الوقتية والتحفظية الصادرة عن قضاء الدولة فهي مسألة محل نظر<sup>156</sup>.

ويذهب جانب من الفقه، إلى القول بأنه إذا كانت الأطراف قد اختارت التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة بينهما فإنه يبدو من الملائم، وتحقيقاً لرغبات الأطراف أن يكون للمحكمن

<sup>156</sup> ( أنظاري، أمعر نعمان، الرقابة القضائية على التحكيم في التشريعين المغربي واليميني، رسالة ماجستير، جامعة محمد الأول،

السلطة في تحدي الاختصاص المقرر للجهات القضائية، حتى وإن وصل الأمر بالمحكّمين إلى تعديل القرارات الصادرة عن الجهات القضائية، فالاختصاص المعترف به لقاضي الأمور المستعجلة، لن يحرم في نهاية المطاف المحكّمين من سلطتهم في الفصل في المسألة المعنية، فالطابع المؤقت للقرارات الصادرة من قاضي الأمور المستعجلة من شأنه أن يعطي للمحكّمين الفرصة في الرجوع عن هذه الإجراءات المتخذة من قبل قضاء الدولة<sup>157</sup>.

وانسجاماً مع الموقف الفقهي المتقدم، يرى جانب من الفقه، أنه يمكن لهيئة التحكيم العدول عن حكم وقتي صادر عن قضاء الدولة كلما رأت أن هذا الحكم لا يقوم على أساس، بل أكثر من ذلك لها أن تأمر الأطراف بالتنازل عن الإجراء المتخذ مسبقاً من قبل قاضي الأمور المستعجلة وعلى سبيل المثال، إذا أمر القاضي بالاستمرار في الأعمال، وقدرت محكمة التحكيم أن هذا القرار غير قائم على أساس، فإنه لا يحول مستقبلاً في إصدار الأمر باتخاذ إجراء عكس الإجراء الأول<sup>158</sup>.

إلا أنه رغم وجهة الرأي الفقهي السابق، فإنه من الصعوبة بمكان منح سلطة للمحكّم لتعديل أو إلغاء الأحكام الوقتية الصادرة عن قضاء الدولة، الذي يظل الجهة الأصلية في إصدار مثل هذه الأحكام كون بعض الإجراءات الوقتية والتحفظية متصلة بالنظام العام، كما هو شأن تنفيذ الأحكام، وبالتالي لا سلطة ولا تعقيب لقضاء التحكيم على ما صدر من قضاء الدولة في هذا الشأن.

<sup>157</sup> ( الحداد، حفيفة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق، ص 24.

<sup>158</sup> ( المرجع الآنف الذكر، ص 243.

وترتيباً على اعتناق النظر السابق، فإنه يمكن لهيئة التحكيم أن تأمر الأطراف بالتخلي عن الإجراء التحفظي الذي سبق لهم التحصل عليه من قبل القضاء الوطني، ولعل ما ذهبت إليه محكمة التحكيم في قضية Mine ضد غينيا ما يتمشى مع هذا الحل<sup>159</sup>.

ويرى الباحث، ومن خلال مقتضيات المادة ( 13 ) من قانون التحكيم الأردني، بأن الأحكام الصادرة بمناسبة اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، لا يمكن الرجوع عنها أو تعديلها إلا من قبل الجهة المصدرة لها، سواء صدرت من قبل قاضي الأمور المستعجلة أو من قبل هيئة التحكيم.

### الفرع الثاني: حجية الحكم الوتقي الصادر عن هيئة التحكيم

عالج المشرع الأردني موضوع تنفيذ حكم التحكيم في المادة ( 53 ) من قانون التحكيم وبين بأنه لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن موعد رفع دعوى بطلان الحكم قد أنقضى، ويتعين على من صدر الحكم لصالحه أن يستصدر أمر بتنفيذ حكم التحكيم من المحكمة المختصة.

وتحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لأحكام قانون التحكيم الأردني، حجية الأمر المقضي به، وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها بهذا القانون، وأن ما يصدر عن هيئة التحكيم من قرارات اثناء نظر النزاع يخضع لحكم الأصول المدنية، ومن المستقر عليه في فقه

<sup>159</sup> Mine c/Guinee : Yearbook Commercial Arbitration 1989 p.82 , et s spe, p.85.

مشار إليه في: الحداد، حفيفة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق ، ص244.

القضاء المستعجل، أن القرار الصادر في الأمور المستعجلة يعتبر بحكم القضية المقضية، وله حجية أمام القضاء المستعجل ولا يفيد قاضي الموضوع في شيء، إلا أنه من المستقر عليه فقهاً وقضاءً أنه لقاضي الأمور المستعجلة الرجوع عن قراره إذا حصل تغيير في الوقائع والمراكز القانونية للطرفين، أو إذا ظهر له وقائع لم يكن على إطلاع عليها عند إصدار قراره السابق<sup>160</sup>.

أما موقف الفقه من طبيعة الحكم التحكيمي الوقتي، فلا يختلف في نظرهم عن طبيعة الأحكام القضائية المستعجلة، حيث تحوز حجية قضائية مؤقتة تجيز للقاضي الذي أصدرها أن يعيد النظر فيها، فيجوز للقاضي المستعجل أن يرجع في قراراته، أو أن يعدل فيها على ضوء الظروف الجديدة، فإذا أصدر قراراً بتعيين حارس على المال المتنازع عليه، فإنه يستطيع أن يصدر قراراً بإنهاء الحراسة على هذا المال إذا زال الخطر الذي يتهدهده، وينطبق ذلك على القرار المستعجل الصادر عن هيئة التحكيم، بأنه يحوز بصدوره على حجية الأمر المقضي به سواء قبل اكتسابه الصيغة التنفيذية أو بعده، حيث لا ترتبط الحجية بأمر التنفيذ، غير أن هذه الحجية مؤقتة ورهينة بتغير الظروف والأحوال<sup>161</sup>.

<sup>160</sup> ( أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية ( حقوق ) ( الأردن ) رقم 2009/18 ( هيئة خماسية ) تاريخ 2009/7/22، منشورات مركز عدالة. " وبحوز القرار الذي يصدر في الطلب المستعجل حجية مؤقتة وعلى ذمة الدعوى الموضوعية لحين الفصل فيها، عملاً بأحكام المادة ( 3/33 ) من قانون أصول المحاكمات المدنية".

<sup>161</sup> ( وفي هذا المعنى حكم لقاضي الأمور المستعجلة في بيروت رقم 443، تاريخ 12 نوفمبر 2003، حيث جاء فيه "وحيث من المعلوم أن القرارات التي يصدرها قاضي الأمور المستعجلة هي قرارات مؤقتة ولا تتمتع بحجية القضية المحكوم بها، وهذه الصفة لا تلزم أو يمكن تعديله من قبل من ينظرها بالأساس سواء أكان محكمة الأساس محكماً أتفق عليه بالعقد وهي بالتالي لا تتناقض مع إرادة الفرقاء بإخضاع نزاعهم للتحكيم" ، منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي 2004 العدد الثلاثون، ص59.

وقد ذهبت محكمة استئناف باريس في هذا الاتجاه بحكم شهير لها في قضية بين حكومة الكويت ديفوار وشركة Norbert Byrard France، معتبرة أن حكم التحكيم الصادر بالأمور المستعجلة والتحفظية، عمل قضائي يتمتع بحجية الشيء المقضي به منذ صدوره، وأنه سند يحق بمقتضاه الشروع في اتخاذ الإجراءات التحفظية والمستعجلة<sup>162</sup>.

والسؤال الذي يبقى مطروحاً في هذا الصدد هو، لمن يعود الاختصاص بنظر تعديل أو إلغاء القرار الصادر عن هيئة التحكيم والمقترن بأمر التنفيذ، هل هو لهيئة التحكيم أم المحكمة التي أصدرت أمر التنفيذ، أم للاختصاص المشترك بينهما؟

يرى أحدهم، بأن لهيئة التحكيم وحدها الحق في تعديل أو إلغاء القرار الصادر بمناسبة اتخاذ إجراء وقتي وتحفظي، ذلك أن هذا القرار قد صدر عن تلك الهيئة ووفقاً لقناعاتها وعلى ضوء الظروف المحيطة بالنزاع، مثل وجود الخطر المحدق بالحق واحتمال ضياع الدليل إنما يستتف من خلال أوراق الدعوى والمستندات، والتي لا معقب عليها من محكمة الاستئناف المصدرة لأمر التنفيذ فيها، لأنه متعلق بالسلطة التقديرية لاتخاذ هذا القرار<sup>163</sup>.

فيما يرى أحد الباحثين، وتقديماً لتعارض الأحكام الصادرة من الجهتين، فإنه ليس هناك ما يمنع قضاء الدولة من إمكانية التدخل من أجل تعديل أو إلغاء حكم تحكيمي صادر بمناسبة اتخاذ إجراء وقتي وتحفظي، وما يدعم ذلك أيضاً، أن هذه الإجراءات يأمر بتنفيذها من قبل قضاء الدولة،

<sup>162</sup> ( Paris , ( 1er . ch . civ ) 9 juillet 1992 , Rev . arb . 1994 , p . 133 . )

مشار إليه في: الحداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القاضي الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في النزاعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم ، مرجع سابق، ص240.

<sup>163</sup> ( كنعان، معتز نابغ، مرجع سابق، مقال منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: [www.droitcivil.over-blog.com](http://www.droitcivil.over-blog.com) )

وحتى على فرض أن هيئة التحكيم أمرت بها، فإن قضاء الدولة قد يرتئي أن لا يأمر بتنفيذها، ومن ثم يقضي برفض الطلب<sup>164</sup>.

ويرى الباحث، بأن القرار الوقتي الصادر عن هيئة التحكيم لا يمكن تعديله أو الرجوع عنه إلا من الجهة التي أصدرته، ولا سلطة أوتعقيب لقضاء الدولة على ذلك القرار حتى لو وجدت من الظروف ما يستوجب تعديله أو الرجوع عنه، سيما وأن نص المادة (13) من قانون التحكيم الأردني تؤكد هذا المبدأ.

### المطلب الثاني: الآثار المترتبة على إصدار الأحكام الوقتية

يترتب على اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، آثاراً قانونية هامة تمس بمصالح الأطراف سواء كانت صادرة من قبل القضاء المستعجل أو من قبل هيئة التحكيم، وعندما نتحدث عن الآثار، فالغاية هي تنفيذ القرار الوقتي سواء كان ذلك طواعية أو جبراً من قبل السلطة المختصة، ولكن ولتفادي تعسف الطرف المستفيد من هذا الإجراء، أقرت بعض التشريعات المقارنة ضرورة اشتراط تقديم كفالة لتغطية نفقات التدبير المؤقت كما هو الشأن في حكم المادة ( 23 ) من قانون التحكيم الأردني.

<sup>164</sup> ( فكاك، خديجة، مرجع سابق، ص49.

## الفرع الأول: الآثار القانونية المترتبة على اتخاذ تدابير وقائية أو تحفظية في مواجهة الأطراف.

تتجلى الآثار القانونية المترتبة على اتخاذ تدابير وقائية وتحفظية، والتي لها تأثير على مصالح الأطراف في تنفيذ الإجراء المؤقت وتقديم ضمان لكفالة الإجراء المؤقت.

أولاً: تنفيذ الإجراء الوقائي والتحفظي لحماية للحق المعرض للخطر.

حماية للحق المتنازع عليه والمعرض لخطر داهم، أجاز المشرع إمكانية اتخاذ إجراء وقائي وتحفظي سواء من قبل هيئة التحكيم أو من قبل قاضي الأمر المستعجلة، ولكن هذه الحماية لا تكتمل إلا بتحريك أجهزة قضاء التنفيذ من أجل تنفيذ الإجراء المؤقت.

وعدم تنفيذ الإجراء أو المماثلة فيه يدفع المستفيد من هذا الإجراء إلى الإحساس بظلم أشد وهو ظلم العدالة، بل أكثر من ذلك قد تضيع حقوقه دون أن يعرف صاحب الحق، لأن الإجراء الوقائي والتحفظي هو بمثابة إسعاف المتقاضيين لحماية مؤقتة للحق.

ونجد أن المادة ( 2/6 ) وفي بندها الأول من قواعد غرفة التجارة الدولية قد قضت بأنه " للجهة القضائية المختصة أن تقرر ما إذا كان الطرف الذي يرفض أو يخفف في تنفيذ أمر المحكم مسؤولاً تجاه الطرف الآخر عن فقدان أو خسارة نتجت عن هذا الرفض أو الإخفاق".

وانطلاقاً من نص هذه المادة، فإن تقرير مسؤولية الطرف الذي يتخلف أو يرفض تنفيذ الإجراءات الصادرة من شأنها أن تجعل الطرف الذي صدرت ضده هذه الإجراءات ينفذ مباشرة بعد صدور الأمر، وذلك مخافة تقديم تعويض للطرف الآخر عن التأخير في التنفيذ، أو أن يدلي الطرف

الآخر بمسؤوليته عن فوات كسب بسبب التأخير في التنفيذ، وهذا يؤدي بطبيعة الحال إلى توفير الوقت والنفقات.

وقد اتبع المشرع المصري نفس النهج وذلك من خلال مقتضيات المادة (2/24).

ولكن إذا كان الطرف المحكوم ضده ملزماً بالتنفيذ الإجراء الوقتي والتحفزي جبراً فهل يحق له بالمقابل الطعن بالحكم الوقتي؟

أمام غياب أي نص قانوني يخول الطرف المحكوم ضده الطعن في القرار المؤقت سواء كان صادراً عن قضاء الدولة أو هيئة التحكيم في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، لا يسعنا إلا الرجوع إلى القواعد العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، والذي يجيز الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة حيث نصت المادة (170) على أنه " لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، ويستثنى من ذلك القرارات الصادرة بالمسائل التالية: (1. الأمور المستعجلة، .....الخ) "

ولكن ما هو السبيل في حال صدور الإجراء الوقتي والتحفزي من هيئة التحكيم؟

من خلال الرجوع إلى نص المادة (48)<sup>165</sup>، من قانون التحكيم الأردني، فهل يشمل هذا النص الأحكام الصادرة بمناسبة اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية؟

<sup>165</sup> ( تنص المادة (48) من قانون التحكيم الأردني على أنه " لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية، وفقاً للأحكام المبينة في المواد (49) و (50) و (51) من هذا القانون".

يرى الباحث بأنه، مادام أن الأمور المستعجلة تحوز حجية مؤقتة حيث يمكن تعديلها أو إلغاؤها كلما استجدت ظروف جديدة، فإنه يمكن استئناف القرار المتخذ من قبل المحكمين بالتدبير الوقتي والتحفطي وذلك من خلال رفع دعوى مبتدئة ببطلان الحكم الذي أصدرته هيئة التحكيم بالتدبير المتخذ، ذلك أن الحكم الوقتي الصادر عن هيئة التحكيم لا يعتبر حكم قطعي أسوةً بالأحكام المنهية للخصومة التي تصدر عن المحكمين، وبالتالي يمكن الدفع ببطلانه عند طلب الأمر بتنفيذه أمام محكمة الاستئناف. وفي هذا المعنى نجد نص الفقرة الثالثة من المادة (39) من لائحة التحكيم الخاصة بالمركز الدولي للمنازعات الناشئة عن الاستثمارات إذ جاء فيها " إن لمحكمة التحكيم أن توصي باتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية أو إجراءات أخرى غير تلك المذكورة بالطلب المقدم إليها، يمكنها في أي لحظة تعديل أو إبطال ما يصدر عنها من توصيات، حيث يمكن للطرف المتضرر من الإجراء الوقتي أو التحفطي طلب إلغاء هذا القرار المؤقت"،

ثانياً: تقديم ضمانات لكفالة الإجراء المؤقت

تقديماً لأي تعسف يمكن أن يصدر عن أي طرف في استعمال حق طلب اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية ضد الطرف الآخر، احتاطت بعض التشريعات المقارنة مثل المشرع المصري، على ضرورة كفالة وتأمين الإجراء الوقتي من أجل التصدي لذوي سيء النية في استعمال حق طلب اتخاذ إجراء وقتي وتحفطي.

وقد نهج نظام القضاء المستعجل لقواعد التجارة الدولية مبدأ تأمين وكفالة الإجراء المؤقت من قبل طالب هذا الإجراء أو المستفيد منه، حيث نصت المادة 6 وفي الفقرة 8 " للجهة القضائية أن تقرر ما إذا كان الطرف الذي طلب إلى المحكم إصدار أمر، نتج عن تنفيذه خسارة للطرف الآخر مسئولاً تجاه الطرف الآخر، من أجل إلزام الطرف عن طريق الكفالة أو تأمين هذا الإجراء.

والسؤال الذي يثور بهذا الشأن هو، في حالة ما إذا تبين عدم صحة الإجراء المتخذ، هل يمكن إعادة الوضع إلى الحالة التي كان عليها، أم تكتفي المحكمة بالتعويض؟ وما هي الجهة المختصة بالتعويض؟

أمام صعوبة إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل اتخاذ الإجراء الوقتي والتحفظي، حيث لا يبقى أمام المضرور سوى المطالبة بالتعويض لجبر الضرر الذي لحقه من جراء تنفيذ ذلك الإجراء. ولتحديد الجهة المختصة لا بد من معرفة الجهة المصدرة للإجراء، فإن كان قضاء الدولة، فإن طلب الحكم بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن تنفيذ الإجراء المؤقت يقدم إلى ذات المحكمة التي أمرت به، وإذا كانت هيئة التحكيم هي المختصة وفقاً لاتفاق التحكيم بإصدار هذا الإجراء، فإن لها أن تبت في كافة الآثار المترتبة على صدور هذا الإجراء دون شرط جديد أو اتفاق الأطراف من جديد على ذلك، بشرط احترام مبدأ المواجهة بين الأطراف.

### الفرع الثاني: الآثار القانونية الناشئة في مواجهة هيئة التحكيم.

كمبدأ عام، فإن العلاقة التي تحكم بين التحكيم وقضاء الدولة، هو خضوع القضاء الأول لرقابة القضاء الأخير، حيث يعد قضاءً مساعداً و مؤازراً لقضاء التحكيم سواء في تشكيل هيئة التحكيم عند عدم اتفاق الأطراف على ذلك، أو بتنفيذ حكم التحكم الصادر عن هيئة التحكم، أو في اتخاذ إجراءات وقتية وتحفظية من قبل القضاء المستعجل رغم أن جوهر النزاع قد تم عرضه على هيئة التحكيم، فما هي آثار هذه الإجراءات في سير خصومة التحكيم؟ وما مدى قدرة قضاء التحكيم

على ممارسة أي نوع من الرقابة أياً كانت الصورة التي تتخذها هذه الرقابة على القرارات الوقتية والتحفظية الصادرة عن قضاء الدولة؟

جاء في نص المادة (3/33) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على أنه " يحكم قاضي الأمور المستعجلة بصفة مؤقتة مع عدم المساس بالحق...." ويستشف من هذا النص أن قاضي الأمور المستعجلة لا ينظر في جوهر الحق، مما يعني أن القرار الصادر عن القضاء المستعجل بمناسبة اتخاذ إجراءات وقتية وتحفظية، لا يؤثر على عمل هيئة التحكيم في شيء، كما أنه لا يلزمها في أن تنقيد بما قضى به القضاء المستعجل، وأن الاختصاص المعترف به لقاضي الأمور المستعجلة لن يحرم في نهاية المطاف سلطتهم في الفصل في جوهر الحق، وفي هذا الاتجاه قررت محكمة التمييز " ويحوز القرار الذي يصدر في الطلب المستعجل حجية مؤقتة وعلى ذمة الدعوى الموضوعية لحين الفصل فيها، عملاً بأحكام المادة ( 3/33) من قانون أصول المحاكمات المدنية"<sup>166</sup>.

ولكن هل يمكن لهيئة التحكيم إلغاء أو تعديل الإجراء الوتقي الصادر عن قضاء الدولة؟

سبق أن بينا أن جانباً من الفقه يذهب إلى القول، بأنه إذا كانت الأطراف قد اختارت التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة بينهما فإنه يبدو من الملائم، وتحقيقاً لرغبات الأطراف أن يكون للمحكمن السلطة في تحدي الاختصاص المقرر للجهات القضائية، حتى وإن وصل الأمر بالمحكمن إلى تعديل القرارات الصادرة عن الجهات القضائية، فالاختصاص المعترف به لقاضي الأمور المستعجلة، لن يحرم في نهاية المطاف من المحكمن من سلطتهم في الفصل في المسألة

<sup>166</sup> ( قرار محكمة التمييز الأردنية ( حقوق)، ( الأردن)، رقم 2009/18، ( هيئة خماسية) تاريخ 2009/7/22، منشورات مركز عدالة.

المعنية، فالطابع المؤقت للقرارات الصادرة من قاضي الأمور المستعجلة من شأنه أن يعطي للمحكّمين الفرصة في الرجوع عن هذه الإجراءات المتخذة من قبل قضاء الدولة<sup>167</sup>.

وهذا المبدأ تم تأكيده من خلال حكم التحكيم الصادر في 20 نوفمبر 1984 في قضية Amco Asia ضد إندونيسيا، إذ لاحظت هيئة التحكيم، أن المحكمة الدولية ليست ملزمة بإتباع الحكم الصادر عن القضاء الوطني، فأحد أسباب وجود تنظيم دولي لإجراءات التحكيم وهو على وجه التحديد، أن للأطراف ثقة - سواءً كان ذلك على حق أو لم يكن كذلك - في نظام لا يتصل كليةً بأحد الأطراف في المنازعة<sup>168</sup>.

وبناءً على ذلك، فإن لهيئة التحكيم الحق في أن تأمر الأطراف بترك الإجراءات التحفظي السابق لها التحصل عليه من القضاء الوطني.

في حين يرى جانب فقهي آخر وهو محل تأييد الباحث، أنه ليس للمحكم ولا لهيئة التحكيم أن تمس الإجراءات التي تصدر عن قضاء الدولة، وبالتالي لا سلطة ولا تعقيب لهيئة التحكيم على ما صدر من قضاء الدولة بهذا الشأن<sup>169</sup>.

<sup>167</sup> ( أنظر أنفاً ، ص99.

<sup>168</sup> ( الحداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القاضي الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في النزاعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم ، مرجع سابق، ص243.

<sup>169</sup> ( المرجع الآنف الذكر ، ص242.

## الفصل الخامس

### الخاتمة

من خلال هذه الدراسة التي قمنا بها والمتعلقة بصلاحية اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية في الأعمال التحكيمية، حاولنا الإحاطة الشاملة بالموضوع، وذلك من خلال تحديد المقصود بالتدابير الوقائية والتحفظية مع تحديد شروط اتخاذها وكذلك تحديد خصائصها وأهميتها، ولقد حاولنا توضيح مدى تمتع المحكم بسلطة إصدار القرار الوقائي من خلال الوقوف على مكامن القصور التي تشوب شخصية المحكم الذي يعد شخصاً عادياً، وبمثابة قاضي خاص يفتقر إلى سلطة الإلزام، كما أنه وبالرغم من الاعتراف له بالسلطة في إصدار الأحكام الوقائية، إلا أنها سلطة نسبية ومؤقتة، حيث لا يمكن أن تلزم إلا من كان طرفاً في اتفاق التحكيم، كما أنها سلطة مؤقتة حيث تبدأ من تاريخ تشكيل هيئة التحكيم إلى غاية صدور الحكم المنهي لخصومة التحكيم كلها.

كما حاولنا من خلال هذه الدراسة توضيح موقف كل من التشريعات الوطنية والدولية، وكذلك موقف الفقه والقضاء من مسألة توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة والتحكيم بشأن اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية التي قد تقتضيها طبيعة النزاعات المنفق بشأنها على التحكيم.

وحاولنا من خلال هذه الدراسة، الوقوف على طبيعة الأحكام الوقائية التي تصدرها هيئات التحكيم ومدى تمتعها بحجية الأمر المقضي به، حيث أنها تمتع بحجية مؤقتة، فقد خلص الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

## أولاً: النتائج

من خلال هذه الدراسة أتضح لنا عدة نتائج وهي:

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

2. إن نص المادة ( 23/ أ) من قانون التحكيم الأردني، تثير لبساً مع نص المادة ( 40) من ذات القانون حول المقصود بالتدابير الوقتية والتحفظية، فهل هي مصطلحات متباينة المعنى أم أنها من المترادفات؟ خاصة أنه تبين لنا أن مصدر اللبس يعود إلى أن نص الفقرة الأولى من المادة ( 23) يواجه حالة إصدار هيئة التحكيم أمراً موجهاً إلى أحد الطرفين، بناءً على الطرف الآخر بإجراء وقتي أو تحفظي يجب عليه أن يقوم به بنفسه ، أما نص المادة ( 40) فيواجه حالة أخرى، وهي إصدار هيئة التحكيم بناءً على طلب من أحد الخصوم حكماً وقتياً، و على ذلك، فإن المشرع قد علق سلطة هيئة التحكيم في الفقرة الأولى من المادة (23) على وجود اتفاق بين طرفي التحكيم يخولها ذلك، بينما في المادة ( 40) خولها سلطة إصدار أحكام وقتية ولو لم يوجد مثل هذا الاتفاق.

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

4. أن المحكمة المختصة بإعطاء الأمر بتنفيذ القرار المستعجل الصادر عن قضاء التحكيم هي محكمة الاستئناف، بينما قاضي الأمور المستعجلة قد يكون قاضي الصلح أو رئيس محكمة البداية أو من ينتدبه من قضاتها لهذه الغاية.

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

6. إن الحكم الوقتي الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة بإيقاع الحجز الاحتياطي يسقط خلال ثمانية أيام من اليوم التالي لصدوره ما لم يبادر طالب الحجز الاحتياطي باتخاذ الإجراءات اللازمة لتحريك خصومة التحكيم.

7. 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، كما أن مبدأ الاختصاص المشترك يمنح المحكم صلاحية اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية طالما كان بوسعه ضمان كفاية هذا التدبير وتنفيذه في الوقت المناسب وبالسرعة الممكنة، وإلا فإن السبيل الوحيد لضمان وكفاية هذا التدبير يتوفر في قضاء الدولة لقدرتها على تنفيذ التدبير الذي تصدره.

## ثانياً: التوصيات:

من خلال هذه الدراسة توصل الباحث إلى التوصيات التالية:

1. يوصي الباحث المشرع الأردني وفي أقرب تعديل تشريعي، بإزالة اللبس الذي أوقعنا فيه عدم ضبط مضمون الاصطلاح التشريعي في المادة ( 23/أ) والمادة ( 40) من قانون التحكيم الأردني حول المقصود بالتدابير الوقتية والتحفظية، والأحكام الوقتية، لأنه أياً كانت صيغة الأمر الوقتي

والتحفظي، أو الشكل الذي يظهر به، فإن المعنى واحد، مع مراعاة أن ما يصدر من أحكام وقتية من هيئة التحكيم مقيد دائماً بعدم صدوره في غير الحالات التي نص عليها القانون.

2. بما أن التدابير الوقائية والتحفظية تنتظر على وجه السرعة، فإن الباحث يوصي أن يتم تحديد مدة معينة تصدر خلالها هيئة التحكيم قراراً بالطلب المقدم لها كأن يتم تحديد مدة (48) ساعة من تاريخ تقديم الطلب، لأن التأخير في إصدار الأمر بالتدبير الوقتي والتحفظي قد يؤدي إلى أضرار لا يمكن تفاديها في المستقبل.

3. يتمنى الباحث على المشرع الأردني وفي أقرب تعديل تشريعي، على منح أطراف التحكيم الحق في الطعن بالاستئناف على القرارات الوقائية التي تصدرها هيئة التحكيم على غرار القرارات الوقائية الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة، دون الانتظار حتى موعد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم.

4. يوصي الباحث المشرع الأردني، بتعديل نص الفقرة الثانية من المادة ( 23 )، بحيث يمكن لهيئة التحكيم الطلب من المحكمة المختصة وبشكل مباشر إصدار أمرها بالتنفيذ، ودون توقف على طلب الطرف الذي صدر الأمر بالتدبير الوقتي والتحفظي لصالحه.

و أخيراً وليس آخراً نسأل الله عز وجل أن ينفع بهذا الجهد، فإن كنت أجزيت هذا الموضوع حقه فذلك بتوفيق من الله، وإلا فإنني أحتسب نفسي قد حاولت ذلك، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

## قائمة المراجع

### أولاً: الكتب القانونية

1. أبو الوفاء، أحمد، التحكيم الإختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثالثة، 1978.
2. أبو الوفاء، أحمد، التحكيم في القوانين العربية خاصة في القانون الكويتي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
3. أبو الوفاء، أحمد، التحكيم بالقضاء والصلح، الطبعة الأولى، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1983.
4. الأحذب، عبدالحميد، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، الإسكندرية، 1998.
5. اسماعيل، خميس السيد، موسوعة القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ وإشكالاته، الطبعة الأولى، القاهرة، بدون ناشر.
6. بريري، مختار أحمد، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1995.
7. بركات، علي، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، دار النهضة العربية، طبعة 1996.

8. البطاينة، عامر فتحي، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
9. التحيوي، محمود السيد عمر، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، 2003، منشأة المعارف، الإسكندرية.
10. التحيوي، محمود السيد، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في المنازعات العقود الإدارية، مطبعة دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 1999.
11. الجمال، محمد مصطفى، وعبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1998.
12. الحداد، حفيظة السيد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، 2004 منشورات الحلبي الحقوقية
13. الحداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفيزية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون ذكر الطبعة.
14. حضري، عبد العزيز، المسطرة المدنية، مكتبة طه حسين، طبعة 2006.
15. حضري، عبدالعزيز، والريبو، سعيد، التنظيم القضائي والاختصاص، مكتبة طه حسين، طبعة 2006.

16. الحمصي، محمد طلال، نظرية القضاء المستعجل في قانون أصول المحاكمات المدنية، دار البشير، عمان، الطبعة الأولى.
17. راتب، محمد علي، (1996)، قضاء الأمور المستعجلة، الجزء الأول، دار علم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى.
18. راتب، محمد علي، وكامل، محمد نصر الدين، وراتب، محمد فاروق، قضاء الأمور المستعجلة، القاهرة، عالم الكتب، 1985.
19. راشد، سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، طبعة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة.
20. رضوان، أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، 1981
21. الزعبي، عوض، أصول المحاكمات المدنية، ج2، دار وائل للنشر، ط1، 2003.
22. سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السادسة، 2012.
23. شحاته، محمد نور، النشأة الإتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية، 1993.
24. عبدالحميد، رضا السيد، مسائل التحكيم، 2003، دار النهضة العربية، القاهرة

- 25.** العبودي، عباس، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 26.** غصن، خليل عمر، سلطة المحكم الأمرية في التحكيم الداخلي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005.
- 27.** القاضي، خالد محمد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002.
- 28.** القضاة، مفلح عواد، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2008.
- 29.** اللهبي، أحمد محمد علي، المحكم في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، 2001 - 2002.
- 30.** مبروك، عاشور، الوسيط في التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات الحالية، دراسة مقانة بالشرعية الإسلامية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولى، 2002.
- 31.** محمود، صدقي أحمد، التدابير اللازمة للفصل في خصومة التحكيم، الجزء الثاني، مجلة التحكيم العربي، العدد 15، سنة 2007.
- 32.** مراد، عبد الفتاح، المشكلات العملية في القضاء المستعجل، دون ذكر الطبعة ولا المطبعة.

**33.** المليجي، أحمد، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، موسوعة دار الكتب، الكويت، 1996.

**34.** النمر، أمينة، مناط الاختصاص والحكم في دعاوى المستعجلة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1967.

**35.** هداية، عبد اللطيف، القضاء المستعجل في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1998.

## ثانياً: الرسائل والأبحاث:

**1.** أحمد، سيد أحمد محمود، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، 2001.

**2.** البديرات، محمد، مدى سلطة القاضي في التدخل بإجراءات التحكيم، ورقة مقدمة في مؤتمر كلية القانون السادس عشر حول التحكيم التجاري الدولي، 2008، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

3. بهوش، عبدالرحمن، دور اتفاق التحكيم في تسوية عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة محمد الخامس، 2008 – 2009.
4. الحداد، حفيظة السيد، الإجراءات التحفظية بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، 2001.
5. الحمصي، محمد طلال (2009): القضاء المستعجل، المعهد القضائي الأردني، دراسة منشورة في المجلة القضائية التي تصدر عن المعهد القضائي الأردني، العدد الرابع، السنة الخامسة والعشرون.
6. داود، أشجان فيصل شكري (2008): الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره وطرق الطعن به- دراسة مقارنة - دراسة غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.
7. درميش، عبدالله، اهتمام المغرب بالتحكيم إلى أين، مجلة المحاكم المغربية، العدد 73.
8. الصانوري، مهند أحمد، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2005.
9. الصاوي، أحمد السيد، مدى سلطة هيئة التحكيم في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية وإصدار أحكاماً وقتية أثناء سير خصومة التحكيم، مقال منشور في الموقع الإلكتروني

التالي: [WWW.alassy.net](http://WWW.alassy.net).

- 10.** الطراونة، مصلح أحمد، مدى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم في القانون الأردني، بحث منشور في مجلة مؤتمه للبحوث والدراسات، المجلد الخامس عشر، العدد الرابع، ص 221 – 254.
- 11.** العبار، يونس، الإجراء الإستعجالي بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم، مقال منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: [WWW.marocdroit.com](http://WWW.marocdroit.com).
- 12.** عبدالرحيم، بحار، الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والإقتصادية، العدد 8 فبراير 2005. دباس، باسمة لطفي، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.
- 13.** عبدالهادي، عبدالعزيز مخيمر (2000) إشكالية التدابير المؤقتة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة مع القضاء الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- 14.** فكاك، خديجة، سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية، رسالة ماجستير، جامعة الحسن الأول، المغرب، 2006 – 2007.
- 15.** كنعان، معتز نابغ، دراسة في أحكام القرارات المستعجلة والوقائية في النزاعات المعروضة على التحكيم وفق أحكام قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، بحث منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: [www.droitcivil.over](http://www.droitcivil.over-blog.com) – blog.com

- 16.** محمد، جارد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايط، الجزائر، 2009 - 2010.
- 17.** المرابط، عمر لاسكرومي، سلطة القاضي على المقررات التحكيمية ومساظرها، رسالة ماجستير، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، 2003-2004
- 18.** مشبال، عبد اللطيف، الإجراءات الوقتية أو التحفظية في التحكيم التجاري والدولي، دفاتر المجلس الأعلى رقم 6، 2005.
- 19.** المومني، محمد أحمد سعيد (2000)، رقابة القضاء على إجراءات التحكيم في قانون التحكيم الأردني، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان.

### ثالثاً: المواقع الإلكترونية

1. [WWW.marocdroit.com](http://WWW.marocdroit.com)
2. [www.droitcivil.over](http://www.droitcivil.over) – blog.com
3. [WWW.alassy.net](http://WWW.alassy.net)
4. [Elghwalpy.blogspot.com/2009/12/blog-post.html](http://Elghwalpy.blogspot.com/2009/12/blog-post.html)

## رابعاً: القوانين:

1. قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ( 24 ) سنة 1988 وتعديلاته.
2. قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.
3. قانون التحكيم المصري رقم (24) لسنة 1994.
4. قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (1985).

## خامساً: الاتفاقيات الدولية:

1. الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21 نيسان 1961.
2. اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.
3. اتفاقية واشنطن لعام 1965 لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى والمتضمنة انشاء المركز الدولي لفض منازعات الإستثمار.

## سادساً: الأحكام القضائية:

الأحكام القضائية المنشورة على مركز عدالة: [www.adala.com](http://www.adala.com)