الحماية المؤقتة للحق في نظام التحكيم

بقلم
أ/ دريس كمال فتحي
معهد العلوم القانونية والإدارية ـ المركز الجامعي بالوادي

ملخص

يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، هذه الحقوق تحتاج إلى حماية عن طريق تدابير مؤقتة أو تحفظية قبل أن يصدر الحكم عن محكمة التحكيم، هذه الأخيرة يمكنها أن تأمر بهذه التدابير بناء على طلب أحد الأطراف .

إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي .

Résumé :

Toute personne peut compromettre sur les droits dont elle à la libre disposition, ces droits doit être protéger par des mesures provisoires ou conservatoires avant que le tribunal arbitral tranche le litige, ce dernier peut ordonner ces mesures à la demande de l'une des parties.

Si la partie concernée ne s'y soumet pas volontairement, le tribunal arbitral peut requérir le concours du juge compétent, ce lui-ci applique son propre droit.

مقدمة

التحكيم هو أحد الطرق الاستثنائية لفض المنازعات، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادي مما يحقق مرونة وسرعة في فض المنازعات، وخصوصيته تنبع من أنه أداة اتفاقية لتحقيق العدالة بواسطة قاضي من غير قضاة الدولة يرتضيه الخصوم، وقد عنيت مختلف النظم القانونية بوضع نظام للتحكيم يراعي المبادئ السائدة لفكرة العدالة المتمثلة في استقلال القضاء والمساواة بين الخصوم واحترام حقوق الدفاع وحياد القاضي، وهذه المبادئ العامة وغيرها ليست قاصرة على

قضاء الدولة فهي ألصق بفكرة العدالة أكثر من التصاقها بفكرة النظام القضائي، وبالتالي لابد أن يكون لها صدى في مجال التحكيم.

والتحكيم يهدف إلى تحقيق مدى شرعية إدعاءات الخصوم حول مسألة معينة، حق أو مركز قانوني معين عن طريق طرف ثالث يختارانه ويثقان فيه، والتحكيم بهذا المعنى لا يعمل إلا في ظل نظام قانوني قائم ومحترم في المجتمع إلى جانب النظام القضائي التابع للدولة.

والجزائر كانت من مؤيدي مبدأ سيادة الدولة، ومن ثم لا طريق إلاّ القضاء التابع للدولة لفض النزاعات، لكن مع التحولات الاقتصادية التي عرفتها بلادنا واتجاهها نحو اقتصاد السوق ورغبة منها في جلب المستثمر الأجنبي والانضمام للمنظمة العالمية للتجارة، بات الأمر يستدعي تدخل المشرع، ويتضح ذلك من خلال صدور قوانين الاستثمار المتضمنة مميزات وحوافز مما يهيئ مناخا اقتصاديا آمنا ومريحا لرؤوس الأموال الوافدة على البلاد، وتبين من اللحظة الأولى أن قانون الاستثمار وحده لا يحقق الهدف المرجو منه إلا إذا صاحبته تشريعات أخرى تكمله وتؤكد ما يطرحه من ميزات، خاصة تلك المتعلقة بإجراءات الفصل في النزاعات، ولما كان التحكيم هو الأسلوب الأنجع كان لابد على المشرع أن يوليه اهتماما خاصا، لما يوفره ويحققه من مزايا لا يحققها القضاء الذي تشرف عليه الدولة، كسرعة الفصل في المنازعات وقلة التكاليف والتحرر من الشكليات والقيود التي تفرضها القوانين.

هذا التطور والحاجة الملحة للتحكيم في كافة مجالات المعاملات الدولية والداخلية أدى إلى إرساء قواعده التي تختلف عن تلك التي يعمل بها قضاء الدولة، تيسيرا لأداء مهمته والقيام بدوره كوسيلة مهمة لحل النزاعات.

وإذا كان نظام التحكيم يغني الخصوم عن التوجه للقضاء فإن المشرع وضع مع ذلك قواعد وإجراءات يجب إتباعها قبل وأثناء سير خصومة التحكيم وحتى بعد صدور الحكم الفاصل فيها، وعليه إذا لم تكن هذه القواعد واضحة بسيطة محكمة صالحة لتفادي أي نزاع متوقع، فإن التحكيم يكون سببا لكثرة القضايا وتعقيدها بدلا من أن يكون سببا لتفاديها، والمشرع هنا لم يرد أن يحرم المحتكمين من الضمانات الأساسية التي وفرها له عند اللجوء إلى القضاء.

وفي هذا الصدد ومن بين الضمانات الأساسية لأطراف الخصومة هو الحفاظ على الحق إلى غاية الفصل في النزاع والذي لا يتحقق إلا باتخاذ تدابير تحفظية والتي تتنوع

بحسب طبيعة النزاع وتهدف إلى منح حماية وقتية لا تمس موضوع النزاع أي كافة التدابير التي ترمي إلى حماية الأموال محل النزاع أو إنقاذ الحق أو حفظ الأدلة.

لذلك حاولنا بحث ودراسة موضوع التدابير التحفظية في خصومة التحكيم للإجابة عن الإشكالية العامة التي يثيرها: هل التدابير التحفظية التي تتخذ في خصومة التحكيم تحقق الحماية المرجوة من أطرافها ؟

هذه الإشكالية بدورها تثير العديد من التساؤلات القانونية منها:

ما هي التدابير التحفظية المتصور طلبها في خصومة التحكيم وشروط إصدارها ؟

وما هي الجهة المختصة بإصدار التدابير التحفظية وصاحب الحق في طلبها والفصل فيها والآثار المترتبة عنها ومدى حجيتها ؟

وانطلاقا من هذه الرؤية قسّمنا موضوع الدراسة إلى مبحثين : الأول يتعلق بالتدابير التحفظية التي تثار بين المحتكمين، والمبحث الثاني إصدار التدابير التحفظية.

المبحث الأول:
التدابير التحفظية التي تثار بين المحتكمين

لما كان موضوع هذه الدراسة يدور حول التدابير التحفظية في خصومة التحكيم، كان من المنطقي التعريف بهذه التدابير وهي مجموع ما يؤمر به من الإجراءات، على وجه الاستعجال، بناءا على طلب كل ذي مصلحة، للمحافظة على الحق ودرء الخطر عنه، تمهيدا لتحقيقه في المستقبل عند طلب الحماية أمام قضاء الموضوع.[1]

وتنوع النزاعات التي تطرح على التحكيم يحتم بطبيعة الحال اختلاف التدابير التحفظية المطلوب إصدارها لحماية الحقوق المتنازع عليها، وهذا ما يؤكد صعوبة إن لم نقل استحالة حصر هذه التدابير ولذا سنحاول تصنيفها.

ومن ناحية أخرى لا يكفي مجرد طلب أحد أطراف الخصومة إصدار ما يرى من التدابير وإلا أصبح الأمر رهنا بمشيئة طالب التدبير وإنما على الجهة المطلوب منها إصدار هذه التدابير أن تتحقق في جميع الأحوال من توافر مجموعة من الشروط.

المطلب الأول: تصنيف التدابير التحفظية

اختلف الفقهاء حول مسألة تصنيف التدابير التحفظية، فمنهم من جمعها دون التمييز بينها أو تصنيفها مكتفين بذكر بعض الأمثلة لها وهذا هو النهج الذي أخذ به المشرع.[2]

وذهب جانب آخر إلى أن لهذه التدابير مفهومين، واسع بمقتضاه يعد تدبيرا تحفظيا كل إجراء يهدف إلى توفير الحماية اللازمة لسير خصومة التحكيم، وثانيهما مفهوم ضيق يكون مقتصرا على الإجراءات التي تسبق حكم التحكيم. (3)

أما الاتجاه الثالث فيقسمها من حيث الهدف إلى ثلاثة أقسام، أولها يهدف إلى المحافظة على الدليل اللازم للفصل في النزاع، وثانيها تدابير تهدف إلى تحقيق التوازن بين الخصوم وآخرها يهيئ لتنفيذ حكم التحكيم المتوقع صدوره. (4)

ونظرا لهذا الاختلاف حاولنا تصنيف هذه التدابير من خلال هدفها إلى تدابير تحفظية لحفظ الدليل وتدابير لضمان تنفيذ حكم التحكيم.

الفرع الأول : تدابير تحفظية تهدف إلى حفظ الدليل

قد يلجأ أحد طرفي الخصومة سواء قبل تشكيل هيئة التحكيم أو أثناء سير الخصومة إلى طلب اتخاذ إجراء مستعجل من أجل الحفاظ على دليل يثبت وجود حقه مستقبلا، وأساسا قبول هذه التدابير يرجع إلى الخشية من حدوث ضرر محتمل يتمثل في إنكار حق أحد الطرفين ومن أمثلتها تدابير لإثبات وقائع مادية وأخرى لإجراء تحقيق.

أولا : اتخاذ تدابير لإثبات وقائع مادية

يسعى طرفا الخصومة إلى المحافظة على الدليل الذي يستندان إليه في الخصومة فقد يلجأ أحدهما إلى طلب تدبير موضوعه الإنتقال للمعاينة لإثبات حالة مادية يخشى ضياع معالمها إذا انتظر عرض النزاع والفصل فيه من قبل هيئة التحكيم، وحسب الحالة فهذا الإجراء إما أن تسند مهمة اتخاذه وتنفيذه للمحضر القضائي، أو قد تلجأ هيئة المحكمة للخروج بنفسها للمعاينة.

ونظرا لأهمية هذا النوع من التدابير أولاها المشرع اهتماما كبيرا ويتضح ذلك في سرعة إجراءاته، بحيث أنه في مادة إثبات الحالة المتصلة بوقائع مادية يجوز أن يطلب الخصم إلى الكاتب القيام بالإجراء المطلوب مباشرة بدون أمر سابق من القاضي.

ومن خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتضح أن المشرع ميز بين حالتين في مادة إثبات الحالة: (5)

الحالة الأولى:

حين تكون الوقائع المطلوب إثباتها وقائع مادية بحتة، هنا يجوز لمن يهمه الأمر أن يطلب من المحضر القضائي القيام بالإجراء المطلوب مباشرة بدون أمر مسبق من القضاء وفقا للمادة 310 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية (6)

الحالة الثانية:

حين لا تكون الوقائع المطلوب إثباتها وقائع مادية بحتة، يقدم الطلب في شكل عريضة إلى رئيس الجهة القضائية قصد إصدار أمر بتعيين محضر للانتقال للمعاينة وتحرير محضر بذلك.

ثانيا : اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق

يمكن أن يلجأ أحد طرفي النزاع أو كلاهما إلى رئيس الجهة القضائية المختص قصد إصدار أمر باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق يكون ضروريا للفصل في نزاع يحتمل وقوعه، وغالبا ما يلجأ إلى طلب سماع شهود تفيد شهادتهم في إثبات الحق المتنازع عليه لأحد الأطراف، وفي حالات أخرى قد يكون النزاع ذا طابع فني يستدعي الاستعانة بخبير مختص.

1 ـ **سماع الشهود:**

اللجوء إلى هذا التدبير غاية في الأهمية خاصة وأن أكثر النزاعات عرضا على هيئة التحكيم تتعلق بحقوق والتزامات ناتجة عن معاملات تجارية، هذه الأخيرة يمكن إثباتها بكافة الطرق بما فيها شهادة الشهود وفقا للمادة 30 من القانون التجاري. (7)

2 ـ **الخبرة كإجراء للتحقيق:**

الخبرة كإجراء من إجراءات التحقيق لها أهمية كبيرة، ذلك لأن معظم النزاعات المطروحة على هيئة التحكيم ناتجة عن مشاكل فنية دقيقة قد يصعب حلها دون الاستعانة بخبير خاصة إذا كانت تتعلق بعقود أهمها عقود التشييد Contrat de construction (مراقبة حالة التقدم في المشروع)، أو عقود محلها بيع ونقل سلع وفي هذا الصدد قضية عرضت على هيئة التحكيم طرفاها شركة من ألمانيا الغربية سابقا وشركة من البرتغال ناتجة عن عقد توريد أسمدة هذه الأخيرة تأثرت بالرطوبة وأصبحت غير صالحة للاستعمال فتم فيها اللجوء إلى خبرة لمعرفة السبب وعلى ضوئها الفصل في طلب التعويض. (8)

الفرع الثاني : تدابير تحفظية لضمان تنفيذ حكم التحكيم

هذا النوع من التدابير ييسر الحصول على الحق عند تنفيذ حكم التحكيم، ولن يتحقق ذلك إلا بجعل الأموال التي يرد التنفيذ عليها غير قابلة للتصرف فيها (9) وأهم هذه التدابير الحراسة القضائية والحجز التحفظي.

أولا: الحراسة القضائية :

وهي إجراء وقتي يأمر به القاضي بوضع منقول أو عقار أو مجموعة من المال تحت يد شخص يتكفل بحفظه وإدارته وذلك بناءا على طلب صاحب المصلحة إذا تجمع لديه من الأسباب المعقولة وذلك حتى ينتهي النزاع.(10)

ونجد أن هذا التدبير لا يخلو من مشاكل قد يؤدي إلى ضياع المال محل الحراسة بدلا من أن يكون تدبيرا لحفظه ومثالها سوء إدارة الحارس القضائي للمال وتصرفاته المخالفة للقانون ويرجع السبب في ذلك لعدم فعالية الرقابة على عمل الحارس.

ثانيا : الحجز التحفظي:

هو ذلك الإجراء الذي يتخذه الدائن لمنع المدين من التصرف في بعض أمواله المنقولة خشية تهريبها أو ضياعها. (11)

إذ حاولنا أن نبين أوجه الشبه والاختلاف بين مفهوم الحجز في النزاعات المطروحة أمام القضاء وتلك المطروحة على هيئة التحكيم فنجد أن الحجز في كليهما يعد تدبيرا وقائيا لحفظ المال محل النزاع من التصرف فيه، والقائم بإجراء الحجز من جهة أخرى هو نفسه المحضر القضائي، أما أوجه الاختلاف فتتمثل خاصة في أن الحجز يثار قبل وبعد طرح النزاع أمام القضاء، أما في التحكيم فلا يكون إلا بمناسبة الفصل في الخصومة الموضوعية المطروحة على هيئة التحكيم.

نلاحظ من جهة أخرى أن الحجز التحفظي يتطلب بعد صدوره رفع دعوى لتثبيته وإلا اعتبر كأن لم يكن، وهذا يتعارض بلا شك مع طبيعة خصومة التحكيم، إذا رجعنا إلى الآراء الفقهية، منها من رأى إعمال القواعد العامة المتعلقة بالحجز التحفظي ومنها من رأى وقف الفصل في دعوى تثبيت الحجز إلى حين الفصل في خصومة التحكيم، وأمام هذا الاختلاف، نقترح تقرير نص تشريعي صريح ينظم مسألة الحجز التحفظي على نحو يتفق مع طبيعة خصومة التحكيم، ذلك أنه في غياب هذا النص التشريعي قد يؤدي إلى حصول تضارب في الأحكام خلال فترة زمنية قد تطول بنحو قد لا يوفق بين متطلبات الأوامر الصادرة بإتخاذ التدابير التحفظية وبين مقتضيات احترام القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم أو شرط التحكيم.

المطلب الثاني : شروط اللجوء للتدابير التحفظية

لكل تدبير تحفظي شروط خاصة تتعلق به، ذلك راجع لاختلاف كل نوع عن الآخر فهناك من ينصب على المال محل النزاع وأخرى تسعى لحفظ الدليل، أما

دراستنا فستتناول الشروط العامة المشتركة بين جميع هذه التدابير وهي عنصر الاستعجال وأن يكون التدبير التحفظي وقتيا لا يمس أصل الحق.

الفرع الأول: عنصر الاستعجال:

وفيه نعتقد بأن الاستعجال هو الشرط الأساسي لانعقاد الاختصاص، فذلك لأن بقية الشروط الأخرى كعدم المساس بأصل الحق شروط موجهة للقاضي ترسم حدود سلطته ومدى اختصاصه وليست متعلقة بانعدام الاختصاص.

والمشرع لم يعرف الاستعجال ولم يحدد الحالات المعتبرة مستعجلة على سبيل الحصر، كما لم يعين الحالات التي ينتفي فيها الاستعجال، كما أنه لم يضع معيارا لتحديد الحالات المستعجلة من غيرها، ولم يحدد درجة الاستعجال التي يجب أن تبلغها الحالة للقول بقيام الاستعجال مناط الاختصاص والحكم في الدعوى.

وعليه فإن تقرير وجود عنصر الاستعجال يقع على عاتق الجهة الناظرة في الدعوى بل يتوجب عليها أن تقرر وحدها وجود حالة الاستعجال من عدمها وينزل حكم القانون عليها فإن توفر الاستعجال انعقد اختصاصه وانتقل لبحث طلب المدعي وإذ لم يتوفر حكم بعدم اختصاصه. [12]

الفرع الثاني : التدابير التحفظية وقتية لا تمس أصل الحق:

شرط عدم المساس بأصل الحق أو كما يطلق عليه أحيانا بضابط عدم المساس بالموضوع يأتي في المرتبة الثانية عند البحث في القضية الاستعجالية، وذلك بعد ثبوت ركن الاستعجال إن لم يكن مفترضا قانونا، وذلك لتحديد سلطته وصلاحيات الجهة الناظرة في الدعوى. وهذا الشرط يعترض القاضي بعد توفر حالة الاستعجال، ذلك لأن هذه الأخيرة هي التي يتحدد على ضوئها الإجراء اللازم، لكن قبل إصداره والنطق به يتعين الانتقال للمرحلة الثانية وهي مرحلة الحدود القانونية لسلطته واختصاصه، والتي تمنع عليه المساس بأصل الحق.[13]

والأصل العام أن الأمر الاستعجالي لا يعمر طويلا فينتهي بصدور الحكم في دعوى الموضوع الذي يضع الخصوم في مراكز قانونية دائمة، أو ينتهي بانتهاء السبب الذي دفع لاتخاذه كما أن الأمر الاستعجالي ينتهي أيضا لو استنفذ آثاره في الحال.[14]

المبحث الثاني:
إصدار التدابير التحفظية

إن إصدار التدابير التحفظية يستدعي تقديم طلب، فمن هو صاحب الحق في تقديمه؟ ومن هي الجهة المختصة؟ هل هي القضاء أم هيئة التحكيم، وهذه الأخيرة ملزمة بالفصل في الطلب، فما هي الآثار المترتبة على ذلك؟.

المطلب الأول: طلب استصدار التدبير التحفظي

الخصومة هي مجموعة من الإجراءات التي يقوم بها القاضي أو المحكم وأعوانه، والخصوم أو ممثليهم، وأحيانا الغير، وتبدأ بالمطالبة القضائية من صاحب الصفة والمصلحة أمام الجهة المختصة بغرض الحصول على حكم في موضوع الإدعاء.

الفرع الأول: الصفة والمصلحة لطالب التدبير:

ويجب أن يتوفر هذين الشرطين لا في شخص المدعي فقط، بل في كل شخص يستعمل الدعوى مدعيا كان أو مدعى عليه، أو طرفا متدخلا في الخصام، فكل طرف في الخصومة بغض النظر عن موضوعه القانوني يعتبر متقاضيا فيخضع للشروط العامة لقبول الدعاوى وفقا للمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[15]

لذلك ارتأينا التطرق لأصحاب الصفة والمصلحة لطلب التدبير أمام الجهة المختصة :

1 ـ أطراف الخصومة وخلفهما العام والخاص: تنص المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تدابير تحفظية بطلب من أحد الأطراف.[16]

ويمكن للخلف العام أو الخاص وكذلك الدائن الذي يستعمل الدعوى غير المباشرة والجمعيات والنقابات أن تكون لهم الصفة في مباشرة دعاوى لحق ثابت لغيرهم، ومن ثم يجوز لهؤلاء طلب اتخاذ أي تدبير من التدابير التحفظية لحفظ هذا الحق.

2 ـ اتساع نطاق الخصومة من حيث الأشخاص: ما نلاحظه في هذا الجانب ندرة النصوص التي تجيز إدخال أو تدخل شخص من غير أطراف اتفاق التحكيم، ذلك أنه يأتي على غير رضى طرفي التحكيم، لأن التدخل قد يؤدي إلى الطعن ببطلان حكم التحكيم.

ومن النصوص النادرة التي تجيز تدخل الغير في خصومة التحكيم المادة 05 من قواعد اتفاقية جافتا المعدلة في 1984 وتنص على أنه: "من سلطة المحكمة أن تسمح بالتدخل الإيجابي أو السلبي لأطراف آخرين برضائهم الصريح وأن تصدر حكما نهائيا واحدا حاسما لكل المنازعات القائمة بينهما".[17]

3 ـ التدبير بأمر المحكم: المشرع لم يتطرق إلى ذلك في الباب المتعلق بالتحكيم، بالرجوع إلى نص المادة 47 من معاهدة واشنطن فإنه وبخلاف ما قد

يتفق عليه الطرفان يجوز للمحكمة أن توصي باتخاذ الإجراءات التحفظية المتعلقة بحماية الطرفين إذا رأت أن الظروف تحتم ذلك.[18]

الفرع الثاني: الجهة المختصة بإصدار التدابير التحفظية:

تختلف التشريعات في تحديد الجهة المختصة بإصدار التدابير التحفظية[19]، فالبعض منها يخول للقضاء مثل هذا الاختصاص وهناك آراء فقهية مؤيدة لذلك[20] وكذلك القضاء والقوانين كالقانون الإيطالي الإنجليزي، الليبي والكويتي، لكن وجهت انتقادات لهذا الاتجاه أهمها أن إسناد الاختصاص بالتدابير التحفظية إلى القضاء في الوقت الذي تنظر فيه هيئة التحكيم موضوع النزاع يؤدي إلى تجزئة النزاع، وقد يترتب على ذلك آثار سلبية على حل النزاع، ومن جهة أخرى يتعارض ذلك مع اتفاق التحكيم ومضمونة إحالة ما ينشأ من منازعات على هيئة التحكيم دون غيرها.

أما الاتجاه الثاني [21] فيخول الاختصاص لهيئة التحكيم عملا باتفاق التحكيم الذي يعكس إرادة الأطراف وبالتالي يحتم ذلك عرض كل ما يتعلق بالنزاع من الناحيتين الموضوعية والوقتية أمام هيئة التحكيم وهذا ما أخذ به قانون الإجراءات المدنية الهولندي، ووجهت لهذا الاتجاه انتقادات أهمها أن المحكم لا يملك سلطة الإجبار لتنفيذ أي إجراء أو تدبير يأمر به، ذلك أنها سلطة مخولة للقضاء. ونظرا للانتقادات الموجهة للاتجاهين المذكورين أعلاه، ظهر اتجاه ثالث [22] يذهب أنصاره إلى أن الاختصاص وتوزيعه بين أكثر من جهة مشترك بين القضاء وهيئة التحكيم على أن يترك الاختيار للأطراف وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون المصري والبلجيكي.

أما عن موقف المشرع في مسألة الاختصاص، فقد نصت المادة 1046 على أنه: " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تدابير تحفظية بطلب من أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك .

وإذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي ".[23]

يتضح من خلال نص المادة أن المشرع قد خول الأطراف إمكانية اللجوء للمحكم لاتخاذ التدابير التحفظية بعدما كانت عادة هذه التدابير من ضمن اختصاص القاضي، لكن وما دام المحكم لا يتمتع بسلطة الجبر المخصصة للمحاكم فقط، فإن فعالية الإجراءات التي تتخذ تخضع لإرادة الأطراف وبالتالي إذا رفض أحد الأطراف الامتثال إلى هذه الإجراءات فيمكن للمحكم أن يطلب مساعدة القاضي المختص من أجل ذلك وهذا مفاد الفقرة الثانية من المادة 1046 ويرجع هذا إلى أن التدابير التحفظية

المتخذة من طرف المحكم لا تشمل في حد ذاتها على طابع تنفيذي كما هو الشأن بالنسبة للتنفيذ الجبري للأوامر الصادرة عن القاضي.(24)

كما ربط المشرع مسألة الاختصاص بإرادة الأطراف، فيمكن أن يتفق على اختصاص القضاء بالأمر بالتدابير التحفظية دون هيئة التحكيم والعكس صحيح.(25)

المطلب الثاني : الفصل في طلب التدبير التحفظي

إن الطلب المقدم من قبل أحد طرفي خصومة التحكيم مآله إما الرفض وهنا يتم اللجوء إلى طرق الطعن المنصوص عليها، أو القبول وبالتالي يتم الانتقال إلى مرحلة تنفيذ التدبير وفي كلتا الحالتين تترتب نتائج هي:

الفرع الأول: رفض طلب استصدار التدبير التحفظي وآثاره:

تختلف طرق الطعن ما بين القضاء وهيئة التحكيم، أما الأولى فهي تلك المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية الساري والمتمثلة في المعارضة والاستئناف والطعن بالنقض واعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

أما في حالة صدور الرفض من هيئة التحكيم، وفي رأينا ما دامت بلادنا قد انضمت إلى معاهدة نيويورك، فإن أمر التحكيم الصادر عند الفصل في طلب التدبير التحفظي يعتبر قرارا تحكيميا، ومن ثم يخضع لمختلف أنواع الطعون الواردة في الباب المتعلق بالتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتمثلة في الاستئناف وفقا للمادتين 1055 والمادة 1056، الطعن بالبطلان وفقا للمادة 1058 والطعن بالنقض عملا بالمادة 1061 .

هذا ومما سبق ذكره فإن الطرف الذي صدر ضده قرارا برفض طلبه الرامي إلى استصدار تدبير تحفظي يكون قابلا للطعن بالبطلان والقرار الصادر فيه يكون قابلا للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، ونستبعد الاستئناف لأنه لا يتعلق بالطعن في القرار التحكيمي بحد ذاته وإنما بقرار القاضي الرافض لاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي.

الفرع الثاني: آثار استصدار التدبير التحفظي:

إن الأمر يختلف إذا ما تم القضاء بهذا التدبير من قبل المحكم أو القضاء ذلك أن هذا الأخير حكمه لا يحتاج من حيث قوته إلى مصادقة جهة قضائية أخرى عند مباشرة إجراءات التنفيذ ناهيك عن نفاذه المعجل والتنفيذ الجبري عند الامتناع، أما أحكام المحكمين لا تنفذ وإن كانت تحضيرية إلا بأمر من رئيس جهة قضائية.

وسواء صدر التدبير التحفظي عن القضاء أو هيئة التحكيم فإن لهذا الأخير فائدة لا يمكن إنكارها، تتمثل في تفادي حدوث تعديل في الجوانب الواقعية

والقانونية المتعلقة بالنزاع، ويترتب على صدوره مجموعة من الآثار، سواء تلك المتعلقة بأطراف الخصومة أو بالغير، كذلك ينبغي الإشارة إلى حجية هذه التدابير.

1 — آثار إصدار التدبير التحفظي بالنسبة لأطراف الخصومة: أكيد أن الطرف الذي سعى إلى استصدار التدبير التحفظي سيسعى إلى تنفيذه إما طواعية أو جبرا، لكن السؤال المطروح هل تقوم مسؤولية طالب التنفيذ في حالة إبطال أو إلغاء التدبير التحفظي ؟ وفي ذلك ومن أجل الحرص على جدية طالب التدبير التحفظي وحماية لحقوق المطلوب ضده فإن اشتراط تقديم كفالة مناسبة بات أمرا ضروريا، ذلك على الرغم من أن المشرع قد منح القاضي السلطة التقديرية في تقديم الكفالة. (26)

2 - آثار التدبير التحفظي بالنسبة للغير: ككل الأحكام فإن سلطة الشيء المقضي به المتصلة بالتدبير التحفظي بموجب الأمر القاضي به هي سلطة نسبية، بمعنى أن آثاره تقتصر على أطراف الخصومة، فهي لا تلزم إلا أطرافها وليس للغير أن يتدخل أثناء مرحلة التنفيذ، غير أن للقاعدة استثناء يؤدي إما إلى إشراك الغير في التنفيذ كالحارس القضائي أو اعتراضهم على التنفيذ كأن يقع هذا الأخير على مال مملوك للغير. (27)

3 — حجية التدبير التحفظي: إن محكمة الموضوع غير مرتبطة بما قضى به من تدابير تحفظية حتى وإن تعلق الأمر بنفس النزاع ونفس الأطراف، هذه القاعدة هي من آثار مبدأ عدم المساس بأصل الحق المتصلة بالأوامر التي تقضي بالتدابير التحفظية وبالمقابل فإن وجود قضية في الموضوع لا يمنع الجهة الناظرة في طلب التدبير من اتخاذها والأمر بها.(28)

ومن جهة أخرى لا يجوز مبدئيا تكرار طرح النقطة التي فصل فيها بموجب أمر أو قرار ولا يكون خلاف ذلك إلا إذا حصل تغيير في الوقائع المادية أو في المركز القانوني للطرفين أو لأحدهما.

الخاتمة

نظرا لتنوع واختلاف المنازعات التي تطرح على هيئة التحكيم فقد ظهرت من الناحية العملية العديد من الصعوبات القانونية والغموض في بعض الجوانب المتعلقة بها، لعل من أبرزها التدابير التحفظية التي تثار في خصومة التحكيم من حيث إمكانية حصرها وتصنيفها وشروطها والجهة المختصة بإصدارها والآثار التي قد تترتب عنها.

من خلال دراستنا لهذا الموضوع حاولنا توضيح هذا الغموض والصعوبات التي تكتنفه، وتوصلنا إلى أن التدابير التحفظية من غير الممكن حصرها وحاولنا تصنيفها إلى نوعين، الأول منها تهدف إلى حفظ الدليل والنوع الثاني تدابير تحفظية تهدف إلى ضمان تنفيذ حكم التحكيم المتوقع صدوره، ومن التدابير التي أثارت جدلا واسعا في الفقه الحجز التحفظي من حيث قضية الموضوع لتثبيته والتي تتعارض ودعوى الموضوع المطروحة على هيئة التحكيم، وعليه اقترحنا وضع نص تشريعي مضمونه إعفاء الحاجز بصفته طرف في خصومة التحكيم من رفع دعوى الحجز باعتبار أنها مرفوعة فعلا أمام هيئة التحكيم وهذا يتفق وطبيعة خصومة التحكيم.

ويجب أن لا تتخذ التدابير التحفظية دون ضابط أو قيد، وبالرجوع للمواد القانونية المنظمة للتحكيم نجد أنها لا تتطرق لشروط اتخاذها، وهذا يعني الرجوع للقواعد العامة وبالتالي هي نفسها الواجب توافرها في التدابير التحفظية التي تثار في الخصومة القضائية وهي عنصر الاستعجال وأن يكون إجراء وقتي لا يمس بأصل الحق.

كما توصلنا إلى أن طالب التدبير لا ينحصر في طرفي الخصومة بل يمكن أن يمتد إلى خلفهما العام والخاص أو الغير عن طريق التدخل أو الإدخال, وخلال تعرضنا لكيفية إصدار التدابير التحفظية ركزنا على بيان الجهة المختصة بإصدارها أين وجدنا اختلاف في الرأي في هذا الخصوص، فهناك من يرى أن القضاء هو المختص واتجاه ثاني يسندها لهيئة التحكيم، واتجاه ثالث يرى أن الاختصاص مشترك بين القضاء وهيئة التحكيم ويربطها بإرادة الأطراف المجسدة في اتفاق التحكيم، واقترحنا بعض الحلول في مسألة الاختصاص، فإذا كان التدبير الواجب اتخاذه قبل تشكيل هيئة التحكيم فإنه لا مفر من اللجوء للقضاء حتى وإن اتفق الأطراف على اختصاص هيئة التحكيم، أما بعد تشكيل هذه الأخيرة هنا نرجع إلى اتفاق التحكيم، فإذا اتفق الأطراف على اختصاص القضاء فنرى أنه لا إشكال قد يطرح، أما إذ اختصت هيئة التحكيم بذلك هنا لابد من وضع نص قانوني يمنح سلطة جبرية لأوامرها مع النفاذ المعجل، أما في حالة عدم الاتفاق فنرى أن المشرع قد حسم هذا الإشكال بحيث اعتبره من اختصاص هيئة التحكيم وفقا لنص المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

هذا وقد انتقلنا إلى مرحلة الفصل في طلب التدبير، وفي حالة الرفض توصلنا إلى أن طرق الطعن في حالة صدوره من هيئة التحكيم غير مجدية وتؤدي إلى كثرة

الإجراءات وطول المدة الذي لا يتناسب وحالة الاستعجال، وهذا يتعارض مع السرعة التي هي من أهم سمات التحكيم.

لكن في حالة صدور أمر أو قرار حسب الحالة بقبول طلب استصدار التدبير التحفظي فإن صدوره عن القضاء لا يثير إشكال ذلك لأنه ممهور بالنفاذ المعجل، إضافة إلى السلطة الجبرية التي تتمتع بها هذه الجهة، الإشكال المطروح عند صدوره عن هيئة التحكيم، تنفيذه يستدعي إمهاره بالصيغة التنفيذية بأمر من القضاء ذلك أن امتثال أطراف الخصومة للتنفيذ الطوعي احتمال ضعيف جدا.

وعليه فإن القرار الصادر عن هيئة التحكيم القاضي باتخاذ تدبير تحفظي مستعجل لا يكون ضمانة للأطراف يكفل حماية وقتية للحق المتنازع عليه أو حفظ الدليل إلا إذا كان بالنفاذ المعجل وكانت لهيئة التحكيم السلطة الجبرية، لكن من الناحية العملية ومن النصوص التشريعية لحد الساعة تقتضي فقط طلب المساعدة من القضاء في حالة عدم التنفيذ الطوعي، وعليه في رأينا فإن أطراف خصومة التحكيم في جميع الأحوال مجبرين على اللجوء للقضاء.

ـ الهوامش :

(1) Fouchard (PH), Gaillard (E.) et Goldman (B), traite de l"arbitrage commercial international, Litec 1997, N° 1327, P735.

(2) Fouchard (PH.), Gaillard (CE.), Goldman (B.), Op.cit, N°1326, P734.

(3)Mendez (F.R.), Arbitrage international et mesures conservatoires; revue de l'arbitrage, 1985, P53.

(4) Ouakat (PH.); L'arbitrage commercial et les mesures provisoires, revue de la l'arbitrage commercial international, 1988, N°11, P242.

(5) بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 62 – 63.

(6) المادة 172 من قانون الإجراءات المدنية الساري تقابلها المادة 310 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، والملاحظ أن القانون الجديد قد قيد الفصل في طلبات مواد إثبات الحالة بأجل ثلاثة أيام من تاريخ إيداع الطلب .

(7) تنص المادة 30 من القانون التجاري في فقرتها السادسة على أنه : "يثبت كل عقد تجاري بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها".

(8) محي الدين إسماعيل، منصة التحكيم، دون ذكر دار النشر وتاريخه، الجزء الأول، ص 311.

(9) Fouchard (PH.), Gaillard (E.), Goldman (B.), Op.cit, N°1326, P739.

(10) بوعليلي أحمد، الحراسة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002، ص 20.

(11) محمد حسنين، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 146.

(12) أمينة النمر، مناط الاختصاص والحكم في الدعوى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1967، ص 105.

(13) محمد براهيمي، القضاء المستعجل، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 98.

(14) الغوثي بن ملحة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص 104.

(15) محي الدين إسماعيل، منصة التحكيم التجاري الدولي (التحكيم متعدد الأطراف)، الجزء الثاني، ص 67.

(16) حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص 92.

(17) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 79.

(18) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1997، ص 289.

(19) MOREAU, l'intervention du tribunal au court de la procédure d'arbitrage en droit français et droit comparé, revue de l'arbitrage, 1978, P337.

(20) حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص178.

(21) منظم بموجب القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة لحل النزاعات في بابه الثاني من المادة 1006 إلى غاية نص المادة 1038.

(22) عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2005، ص51.

(23) سليم بشير، القرار التحكيمي وفئاته، مجلة المحاماة، تصدر عن منظمة المحامين لناحية باتنة، العدد 03، 2007، ص 432 .

(24) أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الأول، رابطة التنفيذ، الطبعة الثانية، القاهرة، 1986، ص 100 – 110.

(25) محمد حسنين، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1996، ص 99.

(26) قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 27803، الصادر بتاريخ 24 نوفمبر 1982، نشرة القضاة، مجلة قانونية تصدر عن وزارة العدل، 1983، العدد 02، ص 53.