تنازع الاختصاص بين القضاء وهيئة التحكيم
في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية

Conflict of competence
between the national jurisdiction and the arbitral tribunal

نجلاء توفيق فليح
جامعة عجمان (الإمارات العربية المتحدة)، n.flayyih@ajman.ac.ae

تاريخ الاستلام: 2020/07/10 تاريخ القبول: 2020/11/06 تاريخ النشر: 2020/12/25

ملخص:

على الرغم من أن موضوع تنازع الاختصاص بين القضاء الوطني وهيئة التحكيم في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، ليس بالجديد، إلا أن الخلاف حوله مازال قائماً، بسبب اختلاف مواقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، والتي كشفت عن وجود حالات يثور فيها التنازع حول الاختصاص بين القضاء الوطني وهيئة التحكيم، وعن الجهة صاحبة الاختصاص باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية؟ ذلك أن طابع الإجبار والإكراه الذي يستلزمه تنفيذ هذه التدابير، أو عندما يراد تنفيذها في غير البلد الذي تعقد فيه هيئة التحكيم جلساتها، يدفعان للتساؤل حول مدى صلاحية وكفاءة هيئة التحكيم في اتخاذ مثل هذه التدابير.

وتأتي هذه الدراسة لعرض الحجج للموازنة بين هذه الآراء والحجج التي استندت اليها، في محاولة لترجيح الاتجاه الذي يمكن أن يكون أكثر فائدة في التطبيق العملي، ويحول دون ضياع الوقت والجهد للحصول على أمر باتخاذ هذه التدابير. وتوصلت الدراسة إلى ضرورة رفع القيود عن اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية.

كلمات مفتاحية: إشكالية التدابير المؤقتة في التحكيم، هيئة التحكيم، اتفاقية التحكيم، محكم الطوارئ، القضاء المستعجل.

Abstract:

Although the subject of a dispute of jurisdiction between the national jurisdiction and the arbitral tribunal in taking Provisional or interim measures is not a new, disagreement remains, because of the different positions of international conventions and national legislation, which revealed cases of conflict between national jurisdiction and the arbitral tribunal. In addition, who is competent to take Provisional or interim measures? This question remains, even if there is a Clause in the arbitration Agreement with the task of taking such measures from the arbitral tribunal.

The obligatory nature of Provisional interim measures, leads to the question of the validity and efficiency of the arbitral tribunal in taking such measures. This study

comes to present arguments for balancing these views with the arguments that were based on them, in an attempt to reverse the trend that could be more useful in practice, and to prevent the loss of time and effort to obtain an order for such measures.

Keywords: The problem of interim measures in arbitration, the arbitral tribunal, the arbitration convention, the emergency arbitrator, Summary Jurisdiction.

المقدمة

قد يبدو من غير المتوقع، ظاهرياً، أن يحدث تنازع في الاختصاص بين القضاء وهيئة التحكيم؛ ذلك أن هيئة التحكيم تتمتع باستقلالية عن القضاء الوطني، وأنه إذا ما أثير دفع أمام القضاء الوطني بوجود اتفاقية تحكيم، تنصب على موضوع يجوز فيه التحكيم في بلد القاضي، فإنه سيمتنع على القاضي الوطني الاستمرار في نظر الدعوى استناداً للأثر السلبي لاتفاقية التحكيم.

غير أن التطبيقات القضائية في العديد من الدول، وبسبب اختلاف موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، كشفت عن وجود حالات يثور فيها التنازع حول الاختصاص بين القضاء الوطني وهيئة التحكيم، وعن الجهة صاحبة الاختصاص باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية؟ وهذا التساؤل يبقى قائماً، حتى في حالة وجود بند في اتفاقية التحكيم يعهد بمهمة اتخاذ هذه التدابير لهيئة التحكيم؛ ذلك أن حماية الحق موضوع اتفاقية التحكيم قد يتطلب اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، كسماع شهادة شاهد يخشى سفره، أو تثبيت حالة عن طريق المعاينة أو الحفاظ على الأدلة، أو تعيين حارس على المال موضوع النزاع، أو على مال شائع بين الأطراف، أو بتوقيع حجز تحفظي ضماناً لاستيفاء الدين، مما يثور التساؤل حول الجهة المختصة باتخاذ هذه التدابير؟

وهذا التنازع في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية أمر لا يمكن اغفاله؛ لأنه على خلاف البت بجوهر النزاع من الناحية الموضوعية، والذي يكون الاختصاص فيه منحصراً بهيئة التحكيم؛ فإن طابع الإجبار والإكراه الذي يستلزمه تنفيذ هذه التدابير، أو عندما يراد تنفيذها في غير البلد الذي تعقد فيه هيئة التحكيم جلساتها، يدفعان للتساؤل حول مدى صلاحية وكفاءة هيئة التحكيم في اتخاذ مثل هذه التدابير، ومدى قدرتها على اصدار قرارات تتضمن طابع الإلزام والاجبار، على الأقل تجاه الغير ممن لم يكن طرفا في اتفاقية التحكيم. وبالتالي يعود التساؤل حول الجهة المخولة باتخاذ تلك الإجراءات، فهل تناط المهمة بهيئة التحكيم أم بالقضاء الوطني؟ وهل أن انعقاد الاختصاص لإحدى هاتين الجهتين، يسلب الاخرى صلاحية اتخاذ تلك التدابير؟

ولهذا التساؤل أهميته؛ لأنه عند عدم تحديد الجهة المخولة باتخاذ هذه التدابير، في وقت مبكر، فقد يترتب على ذلك ظهور عقبات وهدر في الوقت، عند التردد بين الرجوع الى هيئة التحكيم أو القضاء، فضلاً عن أن الانشغال بالبت بتحديد الجهة صاحبة الاختصاص في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، عند حصول طعون تنصب على الاختصاص، قد يستغرق وقتاً مهماً، يضر بالطرف صاحب المصلحة في اتخاذ هذه التدابير.

مشكلة الدراسة: تتأسس مشكلة الدراسة على محاولة تحديد الحالات التي يحصل فيها التنازع في الاختصاص بين هيئات التحكيم والقضاء، والبحث عن أفضل الحلول لهذا التنازع، وبيان أين تتحقق المصلحة، هل بإعطاء الاختصاص

للقضاء أم لهيئة التحكيم؟، وأيهما أجدى وأكثر فائدة اناطة اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية بالقضاء أم بهيئة التحكيم، وهل أن منح الاختصاص في ذلك للقضاء يؤثر على استقلالية التحكيم، ويفقده مزاياه وعلى الأخص ما تعلق منها بالسرية والسرعة والمرونة؟ وإذا كان الترجيح لصالح إناطة الاختصاص بهيئة التحكيم، تمشيا مع الاتجاه العام عالمياً في تشجيع الوسائل البديلة لحسم المنازعات تخفيفاً للأعباء عن القضاء؟ فكيف يمكن ضمان تنفيذ التدابير التي تتخذها هيئة التحكيم، في الاحوال التي يمتد تأثير تلك التدابير إلى الغير ممن ليس طرفا في اتفاقية التحكيم، أو في الاحوال التي تتصف فيها تلك التدابير بطابع الإلزام والإجبار؟ وهل أن الحلول التي تبناها قانون التحكيم الإماراتي رقم (6) لسنة (2018)، بوضعيتها الراهنة ملائمة لتحقيق النتائج المرجوة منها، أم أنها تحتاج الى إعادة نظر في بعض جوانبها؟

أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في أنه يسلط الضوء على موضوع كثر الخلاف ومازال حوله، ويقدم حلولاً تساعد على تفهم اسباب التنازع، وكيفية حله بشكل يدعم المصالح المشروعة لأطراف النزاع، وبالتالي يحقق الغاية التي يسعى القانون لتحقيقها وهي استقرار التعامل.

منهج الدراسة: ترتكز الدراسة على المنهجين الوصفي والتحليلي، إذ تم التعرض إلى جميع جوانب التنازع حول الاختصاص بين القضاء وهيئة التحكيم في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، فضلاً عن تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية في هذا المجال وتقييمها في محاولة للوصول إلى حلول عملية لموضوع التنازع.

وبناءً على ما تقدم سيجري تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، ينصب المبحث الأول على تحديد الجهة المخولة في اتخاذ التدابير في المرحلة السابقة على تشكيل هيئة التحكيم، في حين سينصب المبحث الثاني على بيان الجهة المختصة في اتخاذ التدابير في مرحلة ما بعد تشكيل هيئة التحكيم.

المبحث الاول

الجهة المختصة باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية قبل تشكيل هيئة التحكيم

من الأمور المسلم بها، والتي لا خلاف حولها، إن الاختصاص في نظر النزاع من الناحية الموضوعية وحسمه، ينعقد لهيئة التحكيم متى ما وجد اتفاق تحكيم يقضي بذلك، وإن القضاء الوطني يكف يده عن نظر النزاع، إذا ما أثار أحد الخصوم دفعاً أمام القضاء بأن هناك اتفاقا بين المتخاصمين يقضي بنظر النزاع من هيئة التحكيم [1]، وهو ما يعرف بالأثر السلبي لاتفاق التحكيم[2]. غير أن الأمر يختلف بالنسبة للتدابير المؤقتة والتحفظية، حيث اختلفت المواقف بشأنها[3] في الفقه[4]، كما اختلفت المواقف بشأنها في التشريعات المقارنة وقواعد الأونسترال للتحكيم؛ وذلك للطبيعة

[1] يراجع: محمود الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 120.

[2] أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة،2013، بند 22 ص 42 وما بعدها.

[3] يمكن أن يستشف مدى اتساع شقة الخلاف في موضوع اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، بأن الخلاف بشأنها ما زال محتدماً، على الرغم من كثرة ما كتب حولها من بحوث ودراسات.

الخاصة لهذه التدابير، كونها لا تتجه الى اصدار حكم حاسم للنزاع؛ بل تنصب على مسائل مؤقتة أو تحفظية عاجلة، لا تمس بأصل الحق ولكنها قد تؤثر على القدرة على استيفائه، فضلاً عما تتضمنه من طابع الإجبار والقسر، التي قد تمتد آثارها للغير، ممن لم يكن طرفا في اتفاقية التحكيم. ونعر ض الجهة المختصة باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية في مطلبين، نبحث في الأول: اختصاص القضاء الوطني في المرحلة السابقة على التحكيم، ونبحث في الثاني اختصاص محكم الطوارئ.

المطلب الأول

اختصاص القضاء الوطني في المرحلة السابقة على التحكيم

إذا كان من المتفق عليه بأن الاختصاص ينعقد لهيئة التحكيم من الناحية الموضوعية، إذا وجدت اتفاقية تحكيم صحيحة بين الاطراف؛ فإن الأمر لا يكون بالضرورة كذلك بالنسبة للتدابير المؤقتة أو التحفظية، حتى لو تضمنت اتفاقية التحكيم بنداً صريحاً بشأنها؛ بل على العكس يمكن أن ينعقد الاختصاص في اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية للقضاء حصراً في المرحلة السابقة على تشكيل هيئة التحكيم[5]، على الرغم من وجود ذلك البند، استناداً للاختصاص العام للقضاء باتخاذ هذه التدابير، ولضرورة اتخاذ هذه التدابير على وجه الاستعجال، وإلا فاتت الفائدة منها، مما لا يحتمل التريث في اتخاذها لحين تشكيل هيئة التحكيم تشكيلاً صحيحاً، للحفاظ على الأدلة اللازمة والضرورية لإصدار الحكم، أو لتفادي تهريب المدين لأمواله[6]؛ ولأنه يفترض بأن نية الطرفين الضمنية قد اتجهت لإناطة الاختصاص لهيئة التحكيم باتخاذ هذه التدابير والإجراءات، بعد تشكيلها، وليس قبل تشكيلها؛ كما أنه ليس من شأن اللجوء إلى القضاء الوطني لاتخاذ التدبير المؤقت أو التحفظي، أن يمثل تنازلاً عن اللجوء على التحكيم. فقد نصت الفقرة (9) من المادة (26) من قواعد الأونسترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام 2010 على أنه " لا يعتبر طلب أي طرف من السلطة القضائية اتخاذ تدابير مؤقتة عملاً مناقضاً لاتفاق التحكيم أو تنازلاً عن ذلك الاتفاق"[7]، كما أكدت الفقرة (3) من المادة (18) من القانون الاتحادي للإمارات العربية المتحدة رقم (6) لسنة 2018 بشأن التحكيم على أنه لا يعد اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية من المحكمة المختصة تنازلاً عن اتفاق التحكيم.

---

[4] جلاسون وتيسييه وموريل، المطول في شرح قانون المرافعات، رقم 1816(مشار اليه في: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2000، ص 134)،

[5] أبو العلا علي أبو العلا النمر، النظام القانوني للتدابير المؤقتة والتحفظية في مجال التحكيم، دار النشر الالكتروني، متوفر بتاريخ 11 / 3 / 2020، على الموقع الآتي: http://www.aifica.com/pdf/Arbitration-12.pdf ، ص 191، 195، 204.

[6] Mohamed El Mehdi Najib, L'intervention du juge dans la procédure arbitrale, Université de Bordeaux, Français, 2016, n. 416 p.174. Available at: https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01372508. (16 May 2020).

[7] نصت المادة (6) الفقرة (4)، من الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في جنيف عام 1961، على أنه: " يجب الا يفسر طلب اتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية من السلطة القضائية الرسمية، على أنه يتعارض مع اتفاقية التحكيم، أو أن من شأنه اسناد القضية الى القضاء".

لذلك يبدو أنه لا مناص ولا مفر من الرجوع إلى القضاء الوطني، الذي ينعقد له الاختصاص على سبيل الحصر، في المرحلة السابقة لتشكيل هيئة التحكيم8، لعدة أسباب:

أولاً: إن الإجراءات المؤقتة أو التحفظية ذات طابع مستعجل، وأن التريث في اتخاذها لحين تشكيل هيئة التحكيم قد يلحق الضرر، دون مسوغ، بأحد الأطراف؛ لذلك فإن حالة الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق موضوع النزاع، توجب ترك أمر اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية للقضاء، حتى ولو وجد في اتفاقية التحكيم بند يعقد الاختصاص في اتخاذها لهيئة التحكيم.

ثانياً: إن القضاء الوطني هو صاحب الاختصاص الأصيل والولاية العامة في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية؛ ولذلك يبقى الاختصاص منعقداً له في جميع الأحوال، حتى ولو وجد بند في اتفاقية التحكيم يعطي الصلاحية لهيئة التحكيم باتخاذ الإجراءات المؤقتة أو التحفظية، مالم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك. ذلك أننا لو أمعنا النظر في الأساس القانوني لكف يد القضاء عن الفصل بموضوع النزاع، إذا وجدت اتفاقية تحكيم صحيحة بين أطراف النزاع؛ فإننا نجد أن كف يد القضاء لا يجري استناداً الى اتفاقية التحكيم ذاتها؛ بل لأن القانون يقرر ذلك. وكذلك الحال عند وجود بند اتفاق الأطراف يمنح هيئة التحكيم النظر بالتدابير المؤقتة أو التحفظية؛ فأنه لا يرتب لوحده اثراً مباشراً في كف يد القضاء عن اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، مالم يوجد نص يقضي بذلك.

ثالثاً: مادامت هيئة التحكيم غير مشكلة، فلا يمكن أن ينعقد الاختصاص لكائن غير موجود. وبمعنى آخر أنه لا يوجد تنازع في الأساس في مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم، لأننا لسنا إزاء جهتين متقابلتين تتنازعان على الاختصاص؛ بل فقط إزاء جهة واحدة هي القضاء. أما الجهة الأخرى المزعومة، فلم توجد بعد. والقول نفسه عند وقف خصومة التحكيم، إذ لا مناص للمتضرر من العودة للقضاء، في هذه الفترة، لطلب اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية9.

رابعاً: إن مبدأ الضرورة يدعو لتدخل القاضي للحفاظ على حقوق أطراف اتفاق التحكيم باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، طالما لم يتم تشكيل هيئة التحكيم10، وهذا القول ينسجم مع الغاية من وجود القضاء ومبررات وجوده، والمتمثلة بحماية الحقوق. فالقضاء وجد أساساً لإسعاف من تكون حقوقه مهددة. ومن المحقق أن طالب اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية هو في وضع متأزم بوجود خطر حال يهدد حقوقه بالضياع ويحتاج لحماية.

---

[8] لعجال يسمينة و ربيعة رضوان، حتمية تدخل القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد التاسع، الجزائر، 2018، ص 136؛ سيد احمد محمود احمد، سلطة المحكم في اصدار الأحكام المؤقتة والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثالث، مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد الثالث 2001، ص 92؛ حفيظة الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات المؤقتة والتحفظية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص356.

[9] منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشاة المعارف الإسكندرية، 2000، ص 172- 173.

[10] Mohamed El Mehdi Najib , p.37.

وهذا الاتجاه أخذت به محكمة النقض الفرنسية[11]، حيث ذهبت إلى أنه إذا كانت هيئة التحكيم لم تتشكل بعد، في ظل اتفاق تحكيم يمنحها سلطة اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية؛ فإن القضاء الوطني يبقى صاحب الاختصاص باتخاذ هذه التدابير، وقد تبنى المشرع الفرنسي هذا الاتجاه في المرسوم 48-2011 المؤرخ 13 يناير ،2011، المتضمن تعديلاً للأحكام التي تنظم التحكيم. إذ أشارت المادة (1449) من قانون الإجراءات المدنية إلى أن وجود اتفاقية التحكيم لا يمنع، طالما لم يتم تشكيل هيئة التحكيم، أي طرف من الأطراف من اللجوء إلى قضاء الدولة، من أجل الحصول على تدابير مؤقتة أو تحفظية. وبذلك فإن قاضي الأمور المستعجلة يختص بنظر طلب الأمر باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية، حتى يتم تشكيل هيئة التحكيم، استناداً للمعيار الزمني الذي اتبعه المشرع الفرنسي في هذا المجال.

المطلب الثاني

اختصاص محكم الطوارئ

منح الاختصاص الحصري للقضاء الوطني في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، قبل تشكيل هيئة التحكيم، قد لا يلائم مصالح الكثير من أطراف التحكيم في بيئة الاستثمار والتجارة الدولية؛ لأنه لا يحقق طموحاتها في التحرر من التشريع والقضاء الوطني، ولا يضمن لها السرية والسرعة المطلوبة في مجال الأعمال والاستثمار؛ لذلك اتجهت الكثير من مؤسسات التحكيم الدولية في سبيل تطوير آليات جديدة ومستحدثة تقلل من اعتماد التحكيم على دعم القضاء الوطني؛ لاسيما في المرحلة السابقة على تشكيل هيئة التحكيم، بتبني ما يعرف بنظام محكم الطوارئ[12]. وهذا ما نلاحظه عند الرجوع الى قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس(ICC) ، 2012 القاعدة (29 / 3)[13]، وقواعد التحكيم في مركز التحكيم في غرفة تجارة ستوكهولم(SCC) 2017 المادة (37)[14]، وقواعد التحكيم في مركز سنغافورة للتحكيم الدولي (SIAC)، 2016، القاعدة (29)[15]، والتي يشير الجدول الزمني فيها رقم واحد إلى امكانية تعيين محكم الطوارئ في غضون يوم واحد للبت بالتدابير المؤقتة في حالات الطوارئ.

وفكرة محكم الطوارئ يقصد منها ملء الفراغ في الفترة الزمنية الواقعة بين نشوء النزاع أو احتمال نشوئه، وفترة تشكيل هيئة التحكيم. وعلى مقتضى هذا النظام، فإن محكم الطوارئ يخول صلاحية اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية

---

[11] Ibid, n.426 p.179.

وتنظر قرارات محكمة النقض الفرنسية المشار إليها في: عبد الحميد الأحدب، إجراءات التحكيم، ورقة عمل مقدمة في مؤتمر كلية القانون السادس عشر حول التحكيم التجاري الدولي، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2008، ص 514.

[12] للمزيد من التفصيل يراجع: سيد أحمد محمود، تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار، 2015، ص5. متوفر على الموقع الآتي: http://law.tanta.edu.eg(18-May-2020) .

[13] متوفر على الموقع الآتي: http://m.icc.se/wp-content/uploads/2015/04/2012_Arbitration-Rules_2014_Mediation-Rules_ARABIC.pdf (10-May-2020).

[14] متوفر على الموقع الآتي: https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/the-scc-arbitration-rules(4-May-2020).

[15] متوفر على الموقع الآتي: https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/2016-siac-arbitration-rules (4-May-2020).

قبل تشكيل هيئة التحكيم16. وهو ما يمنح الفرصة للأطراف للمحافظة على سرية منازعتهم والمحافظة على سمعتهم في السوق ويجنبهم، في الوقت ذاته، تدخل القضاء الذي تتصف اجراءاته – عادة – بالعلنية والبطء والكلفة العالية والتعقيد.

وواضح أن الحكمة من هذا النظام تقوم على عدم السماح بوجود فترة أو فسحة من الزمن، لا يجد فيها أطراف النزاع جهة تحكيمية تستجيب لمصالحهم العاجلة، مما يجبرهم على الرجوع للقضاء الوطني، وهو ما تحاول جهات الاستثمار الدولية تجنبه، لتشككها التقليدي في القضاء الوطني، لظنها أن هذا القضاء لا يستطيع في احكامه تجاوز النظرة الوطنية الضيقة للنزاع، التي قد يترتب عليها ميل فطري لمحاباة مصلحة دولة القاضي أو مصلحة مواطني تلك الدولة17.

وإذا ما جرى تبني نظام محكم الطوارئ، عندما يكون التحكيم مؤسسيا ويخضع لمؤسسة تحكيمية تتبنى الية محكم الطوارئ، فإن التنازع في الاختصاص، عندئذ، سيثور بين القضاء وبين محكم الطوارئ بوصفه هيئة تحكيم مؤقتة، وبالتالي يثور التساؤل عن الجهة المختصة باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية في هذه الحالة، وهذا ما سنتطرق اليه في المبحث الثاني عند بحث تنازع الاختصاص في مرحلة ما بعد تشكيل هيئة التحكيم.

المبحث الثاني

التنازع في الاختصاص بعد تشكيل هيئة التحكيم

تختلف المسالة عند وجود هيئة تحكيم مشكلة تشكيلاً صحيحا، سواء أكانت هيئة تحكيم تستمر مهامها لحين حسم النزاع، أم انها هيئة تحكيم مؤقته (محكم طوارئ)، إذ تثور في هذه المرحلة مشكلة تنازع الاختصاص، بحيث يصح التساؤل عن الجهة المخولة باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية. فهل ينعقد الاختصاص والصلاحية للقضاء أم لهيئة التحكيم؟

لا شك أن الاجابة على ذلك تختلف حسبما إذا كانت هناك نصوص قانونية تنظم هذه المسالة أم لا، وبحسب ما إذا كانت اتفاقية التحكيم قد تطرقت ببند صريح خاص يمنح هيئة التحكيم صلاحية اتخاذ هذه التدابير.

وسنعرض الصور أو الافتراضات المتوقعة في مطالب ثلاثة وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

حالة خلو اتفاقية التحكيم من نص يمنح هيئة التحكيم صلاحية اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، وعدم وجود نصوص قانونية تعالج هذه المسألة.

[16] مصطفى ناطق صالح مطلوب، دور محكم الطوارئ في التحكيم التجاري، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 5 السنة 5، العدد 7، 2013، ص 167.

[17] يراجع: معمر نعمان محمد النظاري، التحكيم في منازعات الاستثمار بين القواعد التقليدية والحديثة، أطروحة مقدمة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق بوجدة، 2012، ص 15 وما بعدها.

هنا ينكشف التنازع في الاختصاص بأوضح صوره، وتبرز عند محاولة حله العديد من المبادئ القانونية، التي يؤدي تطبيقها لتحديد جهة الاختصاص الى حلول متباينة.

فمن جهة يمكن القول بأن الاختصاص ينعقد لهيئة التحكيم استناداً إلى مبدأ أن من يملك الأكثر يمتلك الأقل، وإلى أن من له سلطة الحكم على الأصل، تكون له بالتبعية السلطة على الفرع[18]، فمادامت قد توافرت في هيئة التحكيم ثقة الأطراف لحسم أصل النزاع وجوهره، فمن باب اولى أن تمنح الصلاحية بالبت بالأمور الثانوية التي هي دون ذلك، ومنها اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية[19]. فضلا عن أن عقد الاختصاص لهيئة التحكيم باتخاذ هذه التدابير، يأتي، على حد تعبير محكمة النقض الفرنسية، " امتداداً وضرورة للفصل بأصل النزاع، وهو أمر لازم لتأمين فاعلية الوظيفة التحكيمية، ولا يشكل أي تجاوز لمهمه المحكم "[20]. ثم أن هيئة التحكيم أقدر من غيرها على تقدير مدى ملائمة هذه التدابير مع طبيعة النزاع[21]، ونظرا للطابع الإرادي للتحكيم القائم على سلطان الارادة[22]؛ فإن تخويل أطراف النزاع لهيئة التحكيم صلاحية البت بأصل وجوهر النزاع بحكم فاصل، يوفر لهيئة التحكيم، وبالتبعية، الحق في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية؛ لأنها مجرد تدابير وقتية تهدف لحماية الحق وتأمين استيفائه. ومن الضروري أن يجري تخويل هيئة التحكيم توفير هذه الحماية وإلا ضاع جهد الهيئة، إن توصلت الى حكم لا يجد له فرصة للتنفيذ، بسبب تهريب المدين أمواله مثلاً. وبمعنى آخر أن هذه التدابير هي تدابير تحوطية تلازم وتلحق بما سيصدر من حكم في موضوع النزاع، لتدعم وتعزز تنفيذه. فضلاً عن أن منح هيئة التحكيم صلاحية اتخاذ هذه التدابير يدعم الاتجاه السائد في القانون المقارن نحو توسيع نطاق الوسائل البديلة لحل المنازعات، التي أصبحت السمة البارزة لنظام التقاضي الحديث الذي يحاول معالجة الاختلالات التي تحيط بنظام التقاضي التقليدي المسؤول عن تكدس الدعاوى وبطء حسمها.

في حين أنه عند النظر للموضوع من زاوية اخرى، نجد أن القضاء هو صاحب الولاية العامة، وهذه الولاية مرتبطة بسيادة الدولة، وأن منح المشرع لهيئة التحكيم صلاحية الفصل بأصل النزاع، عند وجود اتفاقية تحكيم صحيحة، هو استثناء سمح به المشرع لاعتبارات خاصة. وإن كف يد القضاء عن نظر النزاع من الناحية الموضوعية، ورد بنصوص خاصة وواضحة[23]؛ ذلك أن صلاحية هيئة التحكيم في نظر النزاع استثناء عن الأصل في اختصاص السلطة القضائية

[18] سيد أحمد محمود، سلطة المحكم في اصدار الأحكام المؤقتة مرجع سابق، ص 118.

[19] أبو العلا على النمر، مرجع سابق، ص203.

[20] Paris, 7 oct. 2004, *Otor*, J. Int'l Arb. 2005. 357, note D Bensaude. Available at: https://www.bensaude-paris.com/actualit%C3%A9s/. (1 May 2020)

[21] سيد احمد محمود، سلطة المحكم في اصدار الأحكام المؤقتة، مرجع سابق، ص99.

[22] يراجع: عبد الجليل السعيد عبد الجليل علي، حدود مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس، 2018، ص 57 وما بعدها؛ حسام بطوش، التحكيم ومدى إعمال مبدأ سلطان الإرادة، بحث باللغة الإنكليزية منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد 3، الكويت، 2018، ص 65 وما بعدها.

[23] تنص المادة الثامنة من قانون التحكيم رقم 6 لسنة 2018، الاماراتي " يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك .....".

بحسم المنازعات، الأمر الذي يتعين معه عدم التوسع في صلاحيات هذه الهيئة لأنها صلاحيات استثنائية محصورة بحسم النزاع الموضوعي والاستثناء لا يقاس عليه 24.

فيتعين أن يقتصر استبعاد وكف يد القضاء عن نظر النزاع على الجانب الموضوعي منه؛ لاسيما أن صلاحية اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية هي أمور ترتبط بالقضاء الولائي، الذي يختلف دوره وتخصصه عن دور وتخصص قاضي الموضوع المكلف بالفصل بأصل النزاع. وإن منح هيئة التحكيم سلطة حسم أصل النزاع لا يحيل إليها النزاع بشقيه الموضوعي والوقتي25 في حالة عدم وجود نص قانوني في التشريع الوطني يحكم هذه المسألة؛ لأن سلطة اتخاذ مثل هذه التدابير المستعجلة، تختلف عن موضوع حسم النزاع الذي خولت به هيئة التحكيم، فضلاً عن أن هذه التدابير هي تدابير ذات طابع حمائي عام غايتها حماية افراد المجتمع من تصرفات غالباً ما تتخذ بسوء نية كهروب المدين أو سفره أو اخفائه امواله أو تلاعبه بالأدلة. كما أن هذه التدابير تحتاج الى قوة نفاذ وسلطة قسر وإجبار؛ لا سيما تجاه الغير وهو أمر لا تمتلكه هيئة التحكيم المستمد وجودها من إرادة الطرفين، وبالتالي فلا تمتلك سلطة الاجبار على طرف ثالث الا استناداً الى نص في القانون.

لذلك يبدو أن هذه المسالة تحتاج الى تدخل تشريعي بنص صريح يمنح هيئة التحكيم صلاحية اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، تمشياً مع الاتجاه الحديث في التوسع في نطاق الوسائل البديلة لحل النزاعات، ويضمن نفاذ هذه التدابير ونقترح النص الاتي:

"1. لهيئة التحكيم، المشكلة تشكيلاً صحيحاً، اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.2. تكف يد القضاء عن اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، عند وجود بند صريح في اتفاقية التحكيم، يمنح هيئة التحكيم صلاحية اتخاذ هذه التدابير. 3. إذا تعذر تنفيذ ما تتخذه هيئة التحكيم من تدابير، لأي سبب كان، يجوز لصاحب المصلحة اللجوء الى القضاء للحصول على أمر بتنفيذ هذه التدابير، بوساطة دوائر التنفيذ ".

المطلب الثاني

حالة وجود بند صريح في اتفاقية التحكيم يخول هيئة التحكيم اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، وسكوت المشرع عن هذه المسالة

[24] هاشم منصور محمد هاشم نصار، مدى إمكانية منح هيئة التحكيم الصلاحية لإصدار أحكام متعلقة بالأمور المستعجلة، بحث منشور على شبكة الضياء للمحاماة والاستشارات القانونية، ص 17. متوفر على الموقع الآتي: advocatejo.com (3 May 2020)؛ وينظر كذلك، على سبيل المثال، القاعدة الفقهية التي تقرر أن: " الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره " والتي وردت الإشارة إليها في المادة (30) الفقرة من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985.

[25] See: Tribunal de grande instance de Paris, 20 June I 983, Societe Norsolor S.A. v. Societe Pabalk Ticaret Sirketi 1983 REv. ARB. 465. Referred to by: W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, International chamber of commerce Oceana Arbitration, Third Edition, Oceana Publication, International Chamber of Commerce, 2001, p.336.

إن وجود بند صريح في اتفاقية التحكيم يمنح هيئة التحكيم صلاحية اتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية، فإن هذا البند يصبح أساساً لسلطة هذه الهيئة باتخاذ تلك التدابير، ويزيل أي لبس حول دخول هذه التدابير في اختصاص هيئة التحكيم من عدمه، ويؤكد بأن نية أطراف اتفاقية التحكيم قد اتجهت لمنحها صلاحية البت بأصل النزاع وصلاحية اتخاذ ما يتعلق به من تدابير. كما أنه " يتلافى تفتيت الخصومة بين جهتين"[26]. ووجود هكذا بند يعزز أيضاً ويكشف عن استعداد طرفي اتفاقية التحكيم للتنفيذ الطوعي والارادي لما يتخذ من تدابير، لا سيما أن التحكيم في، الأساس، نظام تقاضي بديل يرمي لدعم وادامة العلاقة الموصولة بين الاطراف[27]. ففي كثير من الأحيان تكون العلاقة بين الأطراف محكومة بعقود طويلة الآجل، وعندما يحدث خلاف حول جانب أو جزئية من هذه العقود، فإنه يتم اللجوء للتحكيم لحسمها، مع وجود نية حقيقية وصادقة باستمرار التعامل الودي بين الطرفين وادامته؛ لهذا لا توجد خشية حقيقية من القول أن هيئة التحكيم " لا تستطيع تنفيذ الأوامر المؤقتة والتحفظية بالقوة من خلال ردع قانوني مباشر، مادام الاطراف قد اختاروا بأنفسهم التحكيم"[28]. كما أن للمسألة وجه آخر يسهم في تشجيع تنفيذ التدابير التي ستتخذ من هيئة التحكيم، وهو أن الطرف الذي صدرت ضده التدابير سيضطر للتنفيذ الطوعي، لأنه سيخشى إن أحجم عن التنفيذ أن ينعكس ذلك على مركزه القانوني عند حسم الدعوى، إذا ما تولدت لدى هيئة التحكيم قناعة سلبية ضده بأنه الطرف غير المحق في ادعائه، إذ قد يعد عدم التنفيذ مؤشراً على سوء نية من لم يذعن له، وهو أمر قد تأخذه هيئة التحكيم بنظر الاعتبار عند إصدارها للحكم الحاسم للنزاع[29]. واخيراً فإن بإمكان هيئة التحكيم أن تطلب تأمينات وضمانات مالية أو كفالة مسبقة من الأطراف[30]، تضمن الاضرار الناجمة عن سوء النية في طلبها، لتعويض ما يلحق بقية الاطراف من خسائر، ويؤمن، في الوقت عينه، استجابتهم والتزامهم بقبول تنفيذ تلك التدابير تجاههم، بصورة طوعية وفورية.

ولكن تساؤلاً مهما يثور وهو أنه في حالة وجود بند في اتفاقية أو مشارطة التحكيم يخول هيئة التحكيم سلطة وصلاحية اتخاذ التدابير المؤقتة او التحفظية. فهل يسلب هذا البند في الاتفاق القضاء صلاحية النظر بمثل هذه التدابير إن التجأ إليه صاحب المصلحة متجاهلاً في ذلك ما نص عليه الاتفاق من بنود تخول هيئة التحكيم صلاحية اتخاذ الإجراءات المؤقتة والتحفظية، أليس ذلك سعياً لنقض ما تم من جانبه مما يتحتم معه تطبيق قاعدة " من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه "؟

[26] أبو العلا علي النمر، مرجع سابق، ص 203.

[27] بكر عبد الفتاح السرحان، شرح قانون التحكيم الإماراتي، دار الحافظ، الإمارات العربية المتحدة، 2020، ص 37.

[28] أبو العلا علي النمر، مرجع سابق، ص 222.

[29] نفس المرجع، ص 222؛ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 24.

[30] تنص المادة (21) الفقرة (2)، من قانون التحكيم لدولة الإمارات العربية المتحدة، على أنه " لهيئة التحكيم أن تلزم طالب الأمر بالتدابير المؤقتة أو التحفظية تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدابير، ولها ايضًا إلزامه بتحمل كافة الأضرار الناجمة عن تنفيذ هذه الأوامر إذا قررت هيئة التحكيم في وقت لاحق عدم أحقيته في استصدارها ".

اختلفت الآراء في ذلك بين من يذهب الى أنه إذا وجد اتفاق صريح على إحالة هذه الأمور الى هيئة تحكيم، فيمتنع على الخصوم الالتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة، لاتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية31. في حين أن هناك من يذهب الى خلاف ذلك مقررا أن وجود بند في اتفاقية التحكيم يقضي بمنح صلاحية البت بالتدابير المؤقتة او التحفظية لا يسلب القضاء سلطته في النظر بمثل هذه الأمور.

فالاتجاه الأول يذهب الى أنه إذا وجد اتفاق على إحالة هذه الأمور الى هيئة تحكيم فإنه يمتنع على القضاء الاستمرار في نظر الإجراءات المؤقتة والتحفظية. ويركز هذا الاتجاه على مبدأ سلطان الارادة32 والجانب الإرادي في التحكيم. وعلى قدرة الإرادة على تنظيم الخصومة وتحديد القانون الواجب التطبيق، إلى الحد الذي يصل الى استبعاد القانون الوطني للدولة التي يجري فيها التحكيم33. وأنه إذا كان الأطراف قد اتفقوا على إناطة البت بالأمور المؤقتة والتحفظية الى هيئة التحكيم، فيتعين احترام هذا الاتفاق؛ لأن حسم النزاع ينصب على حقوق فردية تعود لأطراف التحكيم فمن حقهم رسم الطرق ليس فقط لكيفية حسم النزاع؛ بل وفي فرض التدابير التي تحمي الحقوق موضوع اتفاقية التحكيم وتعزز تنفيذ الاحكام الصادرة من هيئة التحكيم؛ ومادامت هيئة التحكيم تمتلك الأكثر، وهو البت بموضوع واصل النزاع، فمن باب أولى أن تكون لها صلاحية النظر في الأمور المؤقتة والتحفظية34؛ لأنها أمور تتبع في مصيرها النتيجة التي سيتوصل لها المحكمون عند البت في النزاع الأصلي وتحكم بمبدأ وجوب احترام اتفاق وإرادة الخصوم. فضلاً عن منح هذه السلطة لهيئة التحكيم يكون أكثر ملاءمة مع نظام التحكيم لحماية سرية موضوع النزاع، وكون هيئة التحكيم أقرب لطرفي التحكيم وللبيئة التي وقع فيها النزاع وبالتالي ستكون أقدر على البت في هذه الأمور، مما يوفر الوقت والجهد والنفقات على الخصوم والسرية المطلوبة. وهذا الاتجاه اخذت به محكمة النقض الفرنسية في بعض اجتهاداتها وقضت بانه لا يجوز للدائن بعد تشكيل هيئة التحكيم أن يلجأ الى القضاء طلباً لنفقة وقتية، وإنما تمتلك هيئة التحكيم وحدها الفصل في هذا الطلب35.

في حين أن هناك اتجاهاً آخر يعطي الخيرة لصاحب المصلحة في اللجوء إلى القضاء الوطني أو هيئة التحكيم عند وجود اتفاق على ذلك؛ وإن وجود اتفاقية التحكيم لا يعطل النصوص المتعلقة بإناطة اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية بقاضي الأمور المستعجلة حسب تخصصه الولائي في ذلك. وبالتالي يمكن لصاحب المصلحة اللجوء للقضاء، لاتخاذ مثل هذه الإجراءات، إن عزف عن الاستعانة بهيئة التحكيم للحصول على أمر باتخاذ هذه التدابير، ويستند هذا الاتجاه الى عدة مبررات نعرضها على الوجه الآتي:

---

[31] مصطفى مجدي هرجة، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 87.

[32] يراجع: حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 23.

[33] يراجع: أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 23.

[34] أحمد سيد أحمد محمود، سلطة المحكم في اصدار الأحكام المؤقتة، مرجع سابق، ص 100.

[35] Cass. Civ. 14mars1984.rev arb 1985- 69

مشار اليه في: الحسين السالمي، الاختصاص الاستعجالي في التحكيم، تونس، مجلة القضاء التجاري، ع 5، 2015، الرباط، ص 24. متوفر على الموقع الآتي: http://www.lasportal.org/ar/legalnetwork/Documents/38-bho-1.pdf(12Mars 2020)

1. إن موضوع الإجراءات المؤقتة والتحفظية يختلف عن موضوع حسم النزاع من قبل هيئة التحكيم، فحسم النزاع ونتائجه أمور تتعلق بحقوق الأفراد أو الشركات وتمس ذممهم الخاصة، وبالتالي فللمتخاصمين الاتفاق على أن يناط حسمها بهيئات تحكيم، لأنها مسألة ترتبط بحقوق خاصة. أما موضوع البت بالتدابير المؤقتة والتحفظية، فهي تدابير تحمل طابع (الحماية) التي يقررها القانون للحقوق كافة، وترتبط بالضمانات الأساسية التي وفرها القانون لكل مصلحة مشروعة، لمنع التحايل والغش بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية، وبالتالي فهي تدخل في صلب مسؤولية الدولة، ولا يمكن التنازل عنها كلياً للأفراد، لكن يمكن تعزيز هذه الحماية وتقويتها بإشراك هيئات التحكيم فيها دون التنازل عن سلطة القضاء. وجانب الحماية في موضوع التدابير المؤقتة أو التحفظية لا يختلف من حيث الجوهر عن الحماية التي توفرها القوانين العقابية، فهو يرتبط بالمبادئ الأساسية التي تحميها الدولة عندما تكون هناك أخطار محدقة وحالة بمصالح مشروعة؛ فالقضاء عندما يسعف أصحاب المصلحة باتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية، إنما يقدم حماية لمصالح تتضرر من تصرفات الخصوم التي تحمل في جوهرها شبهة الغش أو التحايل ليس فقط الغش تجاه الأفراد، بل الغش والتحايل تجاه القانون ذاته. فالمدين الذي يعمد الى التهرب من سداد الدين بتهريب أمواله هو سيء النية في جميع الأحوال، وكذلك الحال بالنسبة للمدين الذي يسعى للتهرب من دائنيه بالهرب والسفر خارج البلد. والطابع الحمائي لهذه التدابير هو من صميم اختصاص الدولة، مما يمتنع معه أن يقيد بإرادة الأطراف؛ لأنه يتعلق بنصوص آمرة لا يجوز استبعادها باتفاق الأطراف[36]، ولذلك يتعين أن تبقى للفرد الفرصة لمراجعة القضاء الوطني لتوفير الحماية، وإن شاء فيستطيع أن يرجع إلى هيئة التحكيم للحصول على هذه الحماية، إن كان يخشى على سرية المنازعة لا سيما إن كانت هيئة التحكيم قادرة على توفير ذات الحماية، ولكن دون تفريط بحقه الثابت في مراجعة القضاء.

وحتى في مجال تخيير صاحب المصلحة في الحصول على الحماية من القضاء أو من هيئات التحكيم، فإن حماية القضاء تكون، في بعض الأحيان، أكثر فائدة وجدوى لصاحب المصلحة؛ لأن عمل مرفق القضاء يتسم بالديمومة وأبواب المحاكم مفتوحة على وجه الدوام[37]، في حين قد يتعذر أو يتأخر على الحصول على الحماية من هيئات التحكيم في الأحوال التي تشكل هيئات التحكيم من محكمين من جنسيات مختلفة ولا يتزامن وجودهم في المقر الذي تعقد فيه هيئة التحكيم جلساتها، ويتعذر في أحيان كثيرة جمعهم بالسرعة التي تستدعيها اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية التي تتصف بالاستعجال ومفاجئة الخصم، كطلب تدخل القضاء من أجل الحفاظ على الأدلة، وكذلك الحال اذا تعلق الامر بتنفيذ التدابير المؤقتة أو التحفظية في بلد يختلف عن البلد الذي تعقد فيه هيئة التحكيم جلساتها، إذ لا تملك هيئة التحكيم السلطة لتنفيذ التدابير التي تصدرها خارج البلد الذي تعقد فيه جلساتها، عندئذ يصبح طلب الحماية من القضاء الوطني أمراً لا مفر منه ولا غنى عنه. فإذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على اللجوء الى هيئة التحكيم لاتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، فليس هناك ما يمنع من تطبيق هذا الاتفاق وترك الأمر الى هيئة التحكيم المختارة، ومع ذلك فان اختصاص القضاء الوطني يبقى قائماً في الرجوع اليه عند الحاجة للضرورة.

---

[36] لاسيما أن قواعد الاختصاص النوعي تتعلق بالنظام العام، مما لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها (أبو العلا، علي النمر، مرجع سابق، ص 192).

[37] فاللجوء إلى القضاء من البداية، يوفر، ما يرى البعض، لصاحب المصلحة الاقتصاد في الإجراءات والوقت والنفقات. (في هذا المعنى: محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، دار الفكر العربي، 1985، ص 245).

2. إن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، يعطي الحق لصاحب المصلحة بالرجوع للقضاء الوطني لاتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية حتى في حالة وجود اتفاق بإناطة هذه التدابير بهيئات التحكيم وقبوله الصريح بإناطة الاختصاص بها لهيئات التحكيم؛ لأن تصرفات الخصم بتهريب أمواله او سفره تهربا من الدين هي تصرفات تتناقض مع حسن النية وتدل الى وجود سوء نية يصل الى حد الغش، فلا يستطيع التمسك بنصوص الاتفاق؛ لأنه هو الذي أخل بالاتفاق وأفسده بغشه، والغش كما هو معروف يفسد كل شيء.

3. كما أنه يتعين تفسير اتفاقية التحكيم التي تتضمن بندا بتخويل هيئة التحكيم صلاحية اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية؛ بأن النية المشتركة للطرفين لم تتجه الى حرمان من يطلب الحماية من اللجوء القضاء؛ انما فقط الافادة من الحماية التي يمكن أن توفرها جهة أخرى غير القضاء، وهي هيئة التحكيم في الرجوع اليها في الوقت الذي يكون بإمكانها توفير تلك الحماية، أما إذا كان دور هيئة التحكيم غير فعال احيانا، أو كانت هيئة التحكيم غير قادرة على توفير هذه الحماية، فلا مفر من العودة للقضاء الوطني؛ لان أي تفسير اخر سيعني أن أطراف التحكيم اتفقوا على أمور تضر بمصالح عندما تستدعي تلك المصالح حماية عاجلة لا تمتلك هيئة التحكيم تقديمها، والاصل في الانسان العاقل أن لا يقدم على الاتفاق على أمور تضر بمصالحه.

4. يبدو أن الحاجة لتدخل القضاء تبقى ضرورة، حتى لو كان دوره مكملا واحتياطياً عندما تتوجه التدابير المؤقتة أو التحفظية تجاه الغير ممن لم يكن طرفاً في اتفاقية التحكيم. فنظام التحكيم يبقى أسيراً لمحدودية سلطاته المستمدة من ارادة الطرفين، ويبقى في حالة اعتماد مستمر على دعم ومساندة القضاء[38]. ففي بعض الأحيان يصبح تدخل القاضي ضرورياً كإيقاع الحجز التحفظي على أموال المدين لدى الغير، فهيئة التحكيم لا تستطيع أن تلزم غير أطراف التحكيم الذين تنازلوا طوعاً وقبلوا بمنح الصلاحية لتلك الهيئة؛ لان هيئة التحكيم ليس لها سلطة ملزمة تمتد الى غير أطراف التحكيم، ولا إرغام لها فيما تتخذه من تدابير على من لم يكن طرفاً في اتفاقية التحكيم، ولذلك يضطر صاحب المصلحة الى اللجوء الى القضاء لحماية حقوقه من المخاطر المستجدة. وفي هذه الاتجاه صدر حكم عن المحكمة العليا هولندا ،استناداً إلى المادة الخامسة من لائحة بروكسل بشأن الولاية القضائية، بأن وجود بند في اتفاقية التحكيم يعطي السلطة لهيئة التحكيم باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية لا يمكن أن يحول بين طرف التحكيم صاحب المصلحة وحقه الأساسي في الحصول على هذه الحماية من القضاء، حتى في الأحوال التي تكون هيئة التحكيم قد بدأت بإجراءات التحكيم[39].

وإزاء صعوبة التوصل لحل حاسم لموضوع التنازع في هذه الفرضية وعدم امكان إعطاء قول فاصل فيها، يتوصل البعض الى رأي يقرر بأن طلب المساعدة أو المعاونة من القضاء الوطني لا يغير من حقيقة أن الاختصاص في هذه

[38] حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 19.

[39] CJCE, 17 nov. 1998, Van Uden, Aff. C-391/95 [Conv. Bruxelles] Aff. C-391/95, Concl. P. Léger. Available at: http://www.lynxlex.com/fr/code?field_tags_tid=1 (1 May 2020).

الحالة ينعقد لهيئة التحكيم، لأن دور القضاء له طابع احتياطي وثانوي[40]، يسعف ويسند هيئة التحكيم في الاحوال التي تثور فيها عقبات امام تنفيذ ما تتخذه من تدابير.

ولكننا نرى أنه عند الموازنة بين الاتجاهيين المتقدمين، يتبين أنه لا يمكن اغفال أو التغاضي عن الحجج الجدية لكل واحد منهما، وأنه على الرغم من ترجيحنا لفكرة أن الاجدر هو منح هيئة التحكيم صلاحية البت بالتدابير المؤقتة أو التحفظية؛ لان ذلك يساعد على توسيع نطاق تطبيق الوسائل البديلة لحسم المنازعات التي أخذت اهميتها تتزايد، لدورها المهم في التخفيف من تكدس الدعاوى المنظورة امام القضاء. كما أنه، من جانب اخر، يعزز مزايا التحكيم، وعلى الأخص ما تعلق منها بالسرعة والسرية والمحافظة على سمعة أطراف الخصومة التجارية. ولكن، في الوقت عينه، لا بد من التسليم أن هناك حدودا لسلطة هيئة التحكيم لا يمكن تجاوزها، لا سيما ما تعلق منها بافتقار هيئة التحكيم لسلطة إنفاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية في مواجهة الغير[41]، أو عندما يراد تنفيذ هذه التدابير في الدول الاخرى. لذلك فأن الامر يستلزم تدخلا تشريعياً صريحاً يدعم اتفاق الأطراف بأن يمنح التدابير التي تصدر عن هيئة التحكيم قوة التنفيذ بوساطة القضاء الوطني، مثلها في مثل الأحكام الحاسمة التي تصدر عن هيئة التحكيم، وكذلك منح هيئة التحكيم سلطة فرض الغرامات[42] على من لم يحضر أمامها من الشهود، وأن تستوفى هذه الغرامات لصالح الدولة من قبل دوائر التنفيذ[43]. ومثل هذه الصلاحيات الموسعة وفرتها بعض التشريعات لهيئة التحكيم، كما هو الحال في التشريع الفرنسي إذ نجد أن المادة (1470) من قانون الإجراءات الفرنسي قد منحت هيئة التحكيم صلاحية الفصل بطلبات التحقيق من صحة الخطوط وسلامتها من التحريف، والبت بالادعاءات المنصبة على التزوير، وفقاً للمواد (287 و 294 و 299).

المطلب الثالث

حالة وجود نص قانوني صريح يحدد الجهة المختصة باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية

لقد اختلف موقف التشريعات المقارنة، من مسألة منح هيئة التحكيم صلاحية اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية؛ غير أنه مما لا شك فيه أن وجود نص صريح في القانون يحدد الجهة المختصة باتخاذ التدابير في القضايا التي تخضع للتحكيم، على غرار النصوص التي تحكم تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، يعد مسألة مهمة في رفع الالتباس أو التردد في الرجوع الى القضاء أو لهيئة التحكيم لاتخاذ تلك التدابير. وأن ذلك النص سيكون أمراً بطبيعة الحال، كونه يتعلق

[40] أبو العلا علي النمر، مرجع سابق، ص 191 – 192.

[41] واختلفت المقاربة التي تتبعها المحاكم الوطنية لهذه المسألة عبر الدول، في بعض الحالات، وجدت المحاكم أنه عندما تقرر التدابير المؤقتة لهيئة التحكيم في قضايا معينة، تكون قابلة للتنفيذ بشروط محددة، في الولايات المتحدة الأمريكية، على سبيل المثال، تم اعتبار التدابير المؤقتة للمحكم قابلة للتنفيذ. انظر على سبيل المثال: Island Creek Coal Company v City of Gainesville Florida (1985) 1046729 F2d ، USCA، الدائرة السادسة. متوفر على الموقع الآتي: https://casetext.com/case/island-creek-coal-sales-co-v-city-of- (2 May 2020) gainesville-fla

[42] إن الاتجاه بمنح صلاحية فرض الغرامات لهيئة التحكيم، سبق وأن اخذ به القانون الفرنسي في المادة (1467) من قانون الإجراءات المدنية.

[43] كما يمكن التقدم بخطوة أكبر بتشريع نص قانوني قضي بان عدم حضور الشاهد أمام هيئة التحكيم يعد بمثابة عدم الحضور امام المحكمة، بما يمكن هيئة التحكيم من مخاطبة محاكم التحقيق لتحريك الشكوى الجزائية عند عدم التزام الشاهد بالحضور.

بالاختصاص، إلا إذا قضى بغير ذلك. وبمعنى آخر أنه إذا ورد نص يعطي لهيئة التحكيم صلاحية اتخاذ هذه التدابير أو يحرمها من ذلك، أو يعلق ذلك على وجود بند في اتفاقية التحكيم بشأن التدابير المؤقتة أو التحفظية، فإن هذا النص سيكون واجب التطبيق[44]. فإذا ورد نص يحرم على هيئة التحكيم اتخاذ مثل هذه التدابير امتنع على هيئة التحكيم مباشرة ذلك، إلا إذا أجاز القانون للأطراف الاتفاق على خلاف ذلك. ولكن حتى عند وجود نص قانوني يخول هيئة التحكيم اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، فإن كثيراً من التساؤلات تبقى قائمة وأهمها:

أ. هل أن الاختصاص سيكون منحصرا بهيئة التحكيم منعاً من ازدواجية الاختصاص. أم سيبقى للقضاء الوطني اختصاص موازي ومشترك أو مكمل في اتخاذ هذه الاجراءات. ولذلك يحسن أن تكون المعالجة التشريعية لهذه المسألة متكاملة، بالنص صراحة على بقاء أو عدم بقاء الاختصاص منعقداً للقضاء في اتخاذ التدابير. ذلك أن سكوت النص يورث اجتهادات مختلفة وتباينا في الآراء.

فمثلا نجد أن قواعد الأونسترال للتحكيم في سبيل تعزيز دور التحكيم وتفعيل مزاياه، وعلى الاخص ما تعلق منها بالمحافظة على السرية، ودعم سياسة العلاقات الموصولة قد أناطت في المادة (1/26) بهيئة التحكيم صلاحية اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية. لكن هذا النص جاء على سبيل التخيير، بمنحة الاطراف الحق بالاتفاق على خلاف ذلك بحرمان هيئة التحكيم من صلاحية اتخاذ مثل تلك التدابير. فقد نصت هذه المادة على الآتي: "يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر تدابير مؤقتة بناءً على طلب أحد الأطراف". والحكم نفسه أخذت به اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965، في المادة (47) التي نصت على أنه " مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز لهيئة التحكيم، متى قدرت أن الظروف تستوجب ذلك، أن توصي باتخاذ كافة التدابير التي تستهدف المحافظة على حقوق الأطراف ". وقد اخذت المادة (23) من نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس بحكم مماثل بأن خولت هيئة التحكيم، مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، صلاحية اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، ولها في سبيل ذلك ان تشترط تقديم تأمينات[45]. وقد خولت اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي لعام 1987، في المادة (29)، هيئة التحكيم، بناء على طلب الأطراف، اتخاذ أي تدابير المؤقتة أو تحفظي.

ولم يمنح قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 لهيئة التحكيم هذه الصلاحية ابتداء، لكنه أجاز تخويلها بذلك إذا اتفق الأطراف على أن ينعقد الاختصاص للهيئة، فقد نصت المادة (1/24) من القانون المذكور على الآتي: "يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناءً 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 التدابير الذي تأمر به".

في حين أن هناك قوانين اخرى قد حرمت بنصوص صريحة هيئة التحكيم من اتخاذ هذه التدابير، إذ نجد أن المشرع الايطالي في المادة (818) من قانون الإجراءات المدنية رقم (٥) لسنة ٢٠٠٢ قد حظر على هيئة التحكيم اتخاذ هذه

[44] ابو العلا النمر، مرجع سابق، ص 191.

[45] نظام المصالحة والتحكيم لغرفة تجارة باريس، الساري العمل بها في الأول من يناير 1998.

التدابير46. وبالتالي فإن التدابير المؤقتة والتحفظية وفقاً للقانون الإيطالي لا يمكن منحها إلا من قبل المحاكم الوطنية. وهذا الاتجاه، بالحرمان المطلق لهيئة التحكيم من صلاحيات اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، يعد غريبا وشاذا عن الاتجاه العام للتشريعات المقارنة في هذا المجال.

ب . كما يثور التساؤل عند منح المشرع الصلاحية لهيئة التحكيم في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، عن كيفية معالجة الصعوبات فيما إذا كانت هيئة التحكيم تتألف من محكمين من جنسيات مختلفة وكانت هناك صعوبات واقعية لجمعهم لاتخاذ تدبير عاجل. والقول نفسه يثور حول مدى قدرة هيئة التحكيم في انفاذ ما تتخذه من تدابير في مواجهة الغير، وما مصدر سلطتها في ذلك. وهل تمتلك هيئة التحكيم اتخاذ تدابير ذات طابع قسري والزامي؟ وكيف يجري ذلك؟ وما هي الجهات المخولة بالتنفيذ؟ والتساؤل نفسه يثور عن قدرة هيئات التحكيم في انفاذ مت تتخذه من تدابير في دول أخرى، خارج حدود الدولة التي تعقد فيها جلساتها.

ويبدو أن المشرع الفرنسي والمشرع الإماراتي، على سبيل المثال، قد تنبها إلى وجود هذه الثغرات، فنجد أن المشرع الفرنسي أضاف إلى المعيار الزمني الذي يقضي بمنح الاختصاص للقضاء في مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم، معياراً آخر هو المعيار التكاملي، بموجبه جعل المشرع الفرنسي الأصل في الاختصاص في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية لهيئة التحكيم، لكنه منح للقضاء دورا تكميلاً في صلاحية اتخاذ هذه التدابير متى ما وجدت ظروف أو معوقات يتعذر فيها على هيئة التحكيم اتخاذ التدابير أو يتعذر فيها على الهيئة إنفاذ هذه التدابير، لاسيما عندما تكون التدابير ذات طابع قسري، أو كان يراد منها انفاذها تجاه الغير، ممن لم يكون طرفاً في اتفاقية التحكيم47.

أما المشرع الإماراتي فأنه، في سبيل ما قد يواجه الاطراف من معوقات وعقبات في الحصول على أوامر باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية، قد تبنى الأخذ بنظام الاختصاص المشترك. الذي يبدو، من ظاهر نصوصه، أنه قد جعل الأصل في الاختصاص للقضاء، مع منح هيئة التحكيم صلاحية محدودة في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية في بعض المجالات.

إذ لو رجعنا الى المادة (18 /2) من قانون التحكيم لدولة الإمارات العربية المتحدة، فنجد أنها خولت رئيس المحكمة48 " أن يأمر – بناء على طلب أحد الاطراف أو بناء على طلب هيئة التحكيم – باتخاذ مؤقتة أو تحفظية – وفقاً لما يراه ضرورياً لإجراءات التحكيم القائمة أو المحتملة، سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سير تلك الإجراءات ". وهذه الصلاحية الممنوحة للقضاء صلاحية كاملة وغير مقيدة. ثم عاد القانون وفي المادة (21) منه ليقرر بأنه " مع مراعاة أحكام المادة (18) من هذا القانون، ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك، يجوز لهيئة التحكيم بناء على طلب أي من الاطراف أو من تلقاء نفسها أن تأمر أيا منهم باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تستدعيها طبيعة النزاع، وبوجه خاص ...."

---

[46] "The arbitrators may not grant attachment or other interim measures of protection".

[47] See: Mohamed El Mehdi Najib, OP.Cit, p.174.

[48] المقصود برئيس المحكمة، رئيس المحكمة الاستئنافية أو المحلية التي اتفق عليها الأطراف، أو يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم، (المادة الأولى) من قانون التحكيم للإمارات العربية المتحدة رقم (6) لسنة (2018).

ومن تحليل النصين آنفي الذكر يتبين الاتي.

أ. على الرغم من أن المشرع الإماراتي قد تبنني نظام الاختصاص المشترك. الان أن الاختصاص فيه كما يبدو منعقد في الاصل لقاضي الدولة، إذ منحت المادة (18) فقرة (2) لرئيس المحكمة اختصاصا شاملاً لجميع صور أو اشكال التدابير المؤقتة أو التحفظية.

ب. أما اختصاص هيئة التحكيم فكما يبدو مقيد، بقيدين:

الأول: قيد صريح في ذات النص بكون التدابير المتخذة، مقيدة بما يتخذ من إجراءات تجاه أطراف التحكيم، دون الغير ممن ليس طرفاً في اتفاقية التحكيم. وهذا القيد واضح في ذات النص بأنه " يجوز لهيئة التحكيم بناء على طلب أي من الأطراف...أن تأمر أيًا منهم...".

أما القيد الثاني: فهو قيد يفهم ضمناً، فقد عمد المشرع في المادة (21)، إلى الإشارة في البنود من (أ – ه) من الفقرة الاولى، الى بعض الصور التي تدخل في اختصاص هيئة التحكيم من تدابير، وعند إمعان النظر تلك هذه الصور، يتبين أنها من تدابير التي لا تحتاج إلى سلطة اجبار أو قسر، وإن عرض المشرع لهذه الصور قد يفرض اطاراً توجيهياً على هيئات التحكيم تقيد نفسها به، ولا تتجاوزه لغيره من التدابير.

والحقيقة أن المشرع الإماراتي كان حريصا عند تبنيه للاختصاص المشترك، إلى اقامة نظام متكامل، يسد كل ثغرة قد تتسبب في تأخير اتخاذ هذه التدابير، أو تعطيل أو تأخير تنفيذها إذا ما صدرت عن هيئة التحكيم، فنص في الفقرة (4) من المادة (21) من القانون انف الذكر على الآتي: " يجوز للطرف الذي صدر أمر بتدبير مؤقت لصالحه، بعد حصوله على إذن من هيئة التحكيم، أن يطلب من المحكمة الأمر بتنفيذ الأمر الصادر عن هيئة التحكيم أو أي جزء منه ...".

ويتبين مما تقدم أن المشرع الإماراتي قد حاول سد كل ثغرة قد تتسبب في حصول تنازع في الاختصاص بين القضاء وهيئة التحكيم، غير أن معالجته لهذا الموضوع لم تصل إلى المدى المؤمل في بلد يعد مركزاً عالميا للتجارة وحركة رؤوس الأموال، وإن الأمر يحتاج الى تطوير نصوص القانون لتبنى على الأسس الآتية:

أ. يتعين مواكبة الاتجاه العالمي في توسيع نطاق الوسائل البديلة لحل المنازعات وتخفيف العبء عن القضاء الوطني، برفع القيدين اللذين قيدا صراحة وضمناً حدود صلاحية هيئة التحكيم، وإناطة الاختصاص الكامل بهيئة التحكيم، باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية؛ وجعل ذلك الاختصاص هو الأصل؛ لأن هيئة التحكيم أقرب الى البيئة التي نشأت فيها الخصومة، وأقرب على فهم احتياجاتها. وأن منح الصلاحية لهيئة التحكيم سيولد الطمأنينة للأطراف لاسيما في بيئة الاستثمار والتجارة الدولية، بأن خصوماتهم وفي جوانبها كافة ستنظر من هيئة التحكيم، ليس فقط في الجانب الموضوعي، بل وأيضاً فيما يتعلق بالتدابير التي تؤمن استيفاء الحق عند الحكم به. ومادام المشرع قد منح الاختصاص المنفرد لهيئة التحكيم في الفصل، بأصل النزاع، فما الذي يحول بين منحها الاختصاص في مسائل ثانوية وفرعية، بشكل أوسع مما ورد في المادة أنفة الذكر؛ لاسيما أن أصل صلاحية هيئة التحكيم بالبت بأصل النزاع ليس مستمدا من إرادة الأطراف فحسب، بل مستمد وبالدرجة الأولى من القانون نفسه الذي خول

الأطراف تجنب الخضوع للقضاء الوطني في حدود معلومة، فيمكن التوسع بمنح الاختصاص لهيئة التحكيم ليشمل اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، حتى لو كانت موجهة للغير. وذلك بتخويل مباشر من القانون نفسه.

ب. لا توجد خشية في ظل التشريع الإماراتي من عدم امتلاك هيئة التحكيم سلطة الإجبار والقسر على تنفيذ ما تتخذه من تدابير. إذ أن المشرع الإماراتي نفسه قد أجاز في الفقرة (4) من المادة (21) الحصول على أمر من المحكمة بتنفيذ تلك التدابير. وأنه إذا ما جرى توسيع صلاحيات هيئة التحكيم، حتى تلك التي تتخذ تجاه الغير. فإن مصدر الالزام فيما تتخذه هيئة التحكيم من تدابير سيكون القانون، الذي خول المحكمة صلاحية منح هذه التدابير الامر بالتنفيذ، وليس مصدره إرادة أطراف المعبر عنها باتفاقية التحكيم.

وإن ما ندعو اليه يأتي انسجاماً مع التطورات الحديثة في نظام التقاضي، بمنح وسائل التقاضي البديلة الفاعلية والدعم، وتوسيع نطاقها بمنح هيئات التحكيم سلطات ايقاع الغرامات[49]؛ وذلك بتخويل هيئة التحكيم هذه الصلاحيات. وذلك لمعالجة ما يكتنف نظام التقاضي التقليدي من اشكالات وعيوب أدت الى تكدس الدعاوى وتأخير أو بطء حسمها، ولتعزيز نظام التحكيم وتطوير آلياته، وهو ما سيكون له أثر واضح في جلب الاستثمارات الاجنبية التي تتوجس وترتاب – أحياناً - من القضاء الوطني، وتشترط بحذر فيما تبرمه من عقود أن ينعقد الاختصاص فيها للتحكيم في الاطار الكامل للمنازعات، وليس في الجانب الموضوعي منها، وهو ما يوفر للمستثمر الاجنبي الأمان القانوني، الذي يتعين توافره في العلاقات التجارية الدولية[50]. فضلاً عن أن هذا التوجه ينسجم مع مقتضيات التجارة الحرة وحركة السوق.

الخاتمة:

من خلال استعراض موضوع تنازع الاختصاص بين القضاء وهيئة التحكيم، في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، توصلنا إلى النتائج والتوصيات الاتية:

أولاً: النتائج

1. إن تنازع الاختصاص بين القضاء وهيئة التحكيم أمر متوقع، لأن التدابير المؤقتة أو التحفظية، تختلف عن الفصل بأصل النزاع الذي يدخل باختصاص قاضي الموضوع، والذي تكف يد القضاء عنه، بمجرد وجود اتفاق صحيح بين الاطراف على اللجوء الى التحكيم. في حين أن الامر ليس كذلك بالنسبة للتدابير المؤقتة أو التحفظية، فهي تدابير تدخل في اختصاص القضاء الولائي وذات طابع حمائي وتتصف بالاستعجال، ولا تمس أصل الحق، ولا تعطي أي مزية لطرف على حساب الاخر، لطبيعتها الوقتية.

[49] أن منح هيئة التحكيم صلاحية فرض الغرامات التهديدية، يزيد ويعزز من فعالية الدور الذي تضطلع به هيئة التحكيم، كما فعل المشرع الفرنسي في الفقرة (3) من المادة (1467)، وكذلك في المادة (1468).

[50] عبد الجليل السعيد عبد الجليل علي، مرجع سابق، ص 105.

2. تبين أن هذا التنازع لا يظهر الا في المرحلة اللاحقة على تشكيل هيئة التحكيم؛ لأنه قبل تشكيل هيئة التحكيم لا يوجد كائن قانوني يمكن أن يكون طرفاً في تنازع الاختصاص، ولا توجد في حقيقة الأمر الا جهة واحدة هي القضاء، الذي يملك الولاية العامة، وصلاحية أصلية في اسعاف كل صاحب مصلحة يواجه بخطر حال يهدد حق من حقوقه.

3. غير أن ظهور نظام محكم الطوارئ، في مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم يثير التساؤل عن الجهة التي ينعقد لها الاختصاص باتخاذ هذه التدابير، هل القضاء أم محكم الطوارئ كون أن محكم الطوارئ، يمكن أن يعد هيئة تحكيم مؤقتة.

4. في مرحلة ما بعد تشكيل هيئة التحكيم كثر الجدل ومازال فيمن يمتلك صلاحية اتخاذ الاجراءات الوقتية أو التحفظية عند وجود اتفاق تحكيم صحيح. كما اختلف موقف التشريعات المقارنة في اعطاء الاختصاص لهذه الجهة أو تلك. ويصبح هذا التنازع أكثر تعقيداً، عندما يختلف موقف القانون عن موقف الاطراف. وذلك عندما يتفق الاطراف على منح هيئة التحكيم صلاحية اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية، في حين يمنع القانون ذلك، ويحصر هذه الصلاحيات بالقضاء كما هو الحال في القانون الايطالي. وهنا ليس هناك بد من خضوع أطراف التحكيم لحكم القانون، كون النصوص المتعلقة بالاختصاص هي نصوص أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها.

6. في حالة وجود اتفاق بين الاطراف يعهد فيه الى هيئة التحكيم اتخاذ هذه التدابير، وإزاء سكوت القانون عن ذلك؛ فإن آراء الفقهاء اختلفت فيما إذا كانت يد القضاء ستكف عن اتخاذ هذه التدابير، أم تبقى الخيرة لصاحب المصلحة في اللجوء الى هيئة التحكيم، أم القضاء. وكذلك ثار الخلاف حول مدى سلطة هيئة التحكيم في إنفاذ ما تتخذه من تدابير، لاسيما تلك التي تتسم بالقسر والاجبار، أو تلك الموجهة ضد الغير، أو كان مطلوب تنفيذها في بلد غير البلد الذي تعقد فيه هيئة التحكيم جلساتها.

7. حاولت بعض التشريعات المقارنة تجاوز هذه العقبات، حتى عند عدم وجود اتفاق بين أطراف التحكيم على تحديد من يختص بهذه التدابير، بالنص على إعطاء الاختصاص المشترك في البت بهذه التدابير للقضاء وهيئة التحكيم؛ ومنح الخيرة لصاحب المصلحة باللجوء لأي منهما، وأن يكون دور القضاء مكملاً ومسعفا حيثما تعذر إنفاذ ما تتخذه هيئة التحكيم من تدابير.

ثانيا: التوصيات

1. نقترح تعديل نص المادة (21) من قانون التحكيم الإماراتي، بما يترتب عليه رفع القيود عن اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، وأن تكون لها صلاحية اتخاذ هذه التدابير حتى في مواجهة الغير، لتصبح على النحو الآتي:

" 1- لهيئة التحكيم، المشكلة تشكيلاً صحيحاً، اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. 2- تكف يد القضاء عن اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، عند وجود بند صريح في اتفاقية التحكيم، يمنح هيئة

التحكيم صلاحية اتخاذ هذه التدابير. 3- إذا تعذر تنفيذ ما تتخذه هيئة التحكيم من تدابير، لأي سبب كان، يجوز لصاحب المصلحة اللجوء الى القضاء للحصول على أمر بتنفيذ هذه التدابير، بوساطة دوائر التنفيذ ".

2. نقترح تخويل هيئة التحكيم صلاحية فرض الغرامات على من لم يمتثل لقراراتها ذات الطابع الاجرائي، وأن تستوفى هذه الغرامات، لصالح الدولة.

قائمة المراجع:

1. محمود الشرقاوي، **التحكيم التجاري الدولي دراسة قانونية مقارنة**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
2. أحمد إبراهيم عبد التواب، **الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة،2013.
3. أحمد أبو الوفا، **التحكيم الاختياري والإجباري**، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2000.
4. أبو العلا علي أبو العلا النمر، **النظام القانوني للتدابير المؤقتة والتحفظية في مجال التحكيم**، دار النشر الالكتروني، تاريخ وساعة التصفح 11 / 3 / 2020 الساعة 4، على الموقع الآتي: http://www.aifica.com/pdf/Arbitration-12.pdf
5. لعجال يسمينة و ربيعة رضوان، **حتمية تدخل القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي**، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد التاسع، الجزائر، 2018.
6. سيد احمد محمود احمد، **سلطة المحكم في اصدار الأحكام المؤقتة والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري**، بحث منشور في **مجلة الحقوق**، العدد الثالث، مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد الثالث 2001.
7. حفيظة الحداد، **مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات المؤقتة والتحفظية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
8. منير عبد المجيد، **الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي**، منشاة المعارف الإسكندرية، 2000.
9. عبد الحميد الأحدب، **إجراءات التحكيم**، ورقة عمل مقدمة في مؤتمر كلية القانون السادس عشر حول التحكيم التجاري الدولي، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2008.
10. سيد أحمد محمود، **تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار**، 2015. متوفر على الموقع الآتي: http://law.tanta.edu.eg تاريخ وساعة التصفح 11-MAY-2020 الساعة الحادية عشر. http://m.icc.se/wp-content/uploads/2015/04/2012_Arbitration-Rules_2014_Mediation-Rules_ARABIC.pdf تاريخ وساعة التصفح 10-MAY-2020 الساعة الحادية عشر.
11. مصطفى ناطق صالح مطلوب، دور محكم الطوارئ في التحكيم التجاري، بحث منشور في **مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية**، المجلد 5 السنة 5، العدد 7، 2013.

12. معمر نعمان محمد النظاري، **التحكيم في منازعات الاستثمار بين القواعد التقليدية والحديثة**، أطروحة مقدمة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق بوجدة، (غير منشورة)، 2012.

13. هاشم منصور محمد هاشم نصار، **مدى إمكانية منح هيئة التحكيم الصلاحية لإصدار أحكام متعلقة بالأمور المستعجلة**، بحث منشور على شبكة الضياء للمحاماة والاستشارات القانونية. متوفر على الموقع الآتي: advocatejo.com ، تاريخ وساعة التصفح 3 -May -2020 الساعة الرابعة.

14. بكر عبد الفتاح السرحان، **شرح قانون التحكيم الإماراتي**، دار الحافظ، الإمارات العربية المتحدة، 2020.

15. مصطفى مجدي هرجة، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

16. الحسين السالمي، **الاختصاص الاستعجالي في التحكيم، تونس، مجلة القضاء التجاري**، ع 5، 2015، الرباط. متوفر على الموقع الآتي: http://www.lasportal.org/ar/legalnetwork/Documents/38-bho-1.pdf تاريخ وساعة التصفح الساعة السابعة (12-Mars- 2020)

17. محمود محمد هاشم، **اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية**، دار الفكر العربي، 1985.

18. Mohamed El Mehdi Najib, L'intervention du juge dans la procédure arbitrale, Université de Bordeaux, Français, 2016, p.37. Available at: https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01372508 (16 May 2020 At five O'clock) .

الأحكام القضائية:

1. Paris, 7 oct. 2004, *Otor*, J. Int'l Arb. 2005. 357, note D Bensaude. Available at: https://www.bensaude-paris.com/actualit%C3%A9s/. (1 May 2020)
2. Tribunal de grande instance de Paris, 20 June I 983, Societe Norsolor S.A. v. Societe Pabalk Ticaret Sirketi 1983 REv. ARB. 465. Referred to by: W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, International chamber of commerce Oceana Arbitration, Third Edition, Oceana Publication, International Chamber of Commerce, 2001.
3. CJCE, 17 nov. 1998, Van Uden, Aff. C-391/95 [Conv. Bruxelles] Aff. C-391/95, Concl. P. Léger Available at: http://www.lynxlex.com/fr/code?field_tags_tid=1 (1 May 2020).
4. Island Creek Coal Company v City of Gainesville Florida (1985) 729 F2d 1046 ،USCA :(2 May 2020) https://casetext.com/case/island-creek-coal-sales-co-v-city-of-gainesville-fla

القرارات والقوانين:

قانون التحكيم الاماراتي رقم (6) لسنة 2018.

قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985.

المرسوم رقم 48-2011 المؤرخ 13 يناير ،2011، المتضمن تعديلاً للأحكام التي تنظم التحكيم في قانون الإجراءات الفرنسي.

نظام المصالحة والتحكيم لغرفة تجارة باريس، الساري العمل بها في الأول من يناير 1998.

الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في جنيف عام 1961.

قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.

https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/the-scc-arbitration-rules (4-May-2020 الساعة الثالثة).

https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/2016-siac-arbitration-rules (4-May-2020 الساعة الثالثة).