

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



التدابير المؤقتة و التحفظية أثناء التحكيم التجاري الدولي

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأعمال

تحت إشراف الأستاذ

أ. بوشرك علي

من تقديم الطالب

العايب زين الدين

لجنة المناقشة

1- أ.بوالصلصال نورالدين رئيسا.

2- أ.بوشرك علي مشرفا ومقررا.

3- أ.نطور أحلام مناقشا.

دورة جوان 2018

قال الله تعالى بسم الله الرحمن الرحيم
" يرفع الله الذين امنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات والله بما
تعملون خبير "

المجادلة الآية 11.

الإهداء

إلى من جعل الله برهم طريق إلى الجنة أمي وأبي.

إلى من أنكرت ذاتها لراحتي زوجتي الكريمة.

إلى زينة الحياة الدنيا قرة عيني ولداي إخلاص وطه الأمين.

إلى الذين لم يدخروا جهدا لمساعدتي على إنهاء دراستي إخوتي وأخواتي.

إلى كل الذين كانوا عوناً لي من قريب أو بعيد.

اهدي هذا العمل.

زين الدين العايب

شكر و تقدير

اعترافا بالشكر والجميل أتوجه بخالص شكري وجزيل تقديري و امتناني إلى

الأستاذ علي بوشرك

الذي أشرف على هذا العمل وتعهده بالتصويب في جميع مراحل إنجازه

و أحاطنا بالنصائح والإرشادات التي أنارت طريق البحث أمامنا

فجزاه الله عنا كل خير.

كذلك الشكر موصول إلى كل الأساتذة بكلية الحقوق والعلوم السياسية

نظير إسهاماتهم الكبيرة طيلة مسارنا الدراسي.

زين الدين العايب

مقدمة

يعنى موضوع التدابير المؤقتة و التحفظية باهتمام متزايد لأسباب متعددة لعل أهمها التطور الهائل والوتيرة السريعة الحاصلة في ميدان التكنولوجيا والعلوم عموما والتي تنعكس بدورها على الاقتصاد بما يقتضيه من معاملات تجارية منها و بخاصة العقود التجارية التي يتنامى حجم التزاماتها المالية، بالموازاة مع ذلك ما تتطلبه من وجوب السرعة في حسم النزاعات الناتجة عنها خاصة و أن أثارها تكون صعبة التدارك لاحقا إن لم تكن مستحيلة ذلك متى لم يكن في إمكان الأطراف المتنازعة الحصول على حماية فعالة وسريعة لحقوقهم بمقتضى الإجراءات والتدابير المذكورة.

انطلاقا من كون الإجراءات القضائية العادية تتطلب التدقيق في ادعاءات الخصوم وفي مجريات الخصومة مع عدم التسرع في إصدار الأحكام القضائية قد يؤدي ذلك إلى الإضرار بالحق المراد حماية من خلال هذه الدعوى ، كما قد ينتج عنها عدم جدوى الحكم القضائي الصادر في موضوع الدعوى مع عدم استحالة إعادة الأمر إلى طبيعته الأولى قبل مباشرة الإجراءات ، وبناء عليه قررت معظم الأنظمة القانونية و التشريعات المقارنة عدم الاكتفاء بالقضاء العادي و أنشأت إلى جانبه قضاء مستعجل يقدم لأطراف النزاع حولا وقتية وسريعة عند وجود خطر فعلي يهدد مصالحهم المشروعة وذلك من خلال اتخاذ تدابير مؤقتة و تحفظية سريعة تحمي الحقوق والمراكز القانونية إلى غاية عرض النزاع على محكمة الموضوع المختصة للفصل فيه.

وبما أن معظم النظم القانونية تعترف بالتحكيم خيارا بديلا لحل النزاعات الداخلية والدولية لما يتميز به من خصائص لا سيما سرعة الفصل في موضوع النزاع، فكان لابد من الاعتراف له بصلاحيته اتخاذ تدابير مؤقتة و تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع بغية حماية الحق المتنازع بشأنه والمحال على قضاء التحكيم للفصل فيه، خاصة و أن نظام التقاضي في التحكيم يختلف بطبيعته

عن القضاء العادي وهو ما يبرر الاختلاف القائم في ممارسة حق اتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية لا سيما وأنه يستمد سلطته من إرادة الأطراف التي يقوم عليها اتفاق التحكيم ، الأمر الذي أثار عدة تساؤلات لعل أبرزها من الناحية العملية يدور حول الجهة المختصة في الأمر بالتدابير المؤقتة و التحفظية التي تقتضيها طبيعة النزاع ؟ محكمة التحكيم و سلطة إصدار هذه التدابير ؟ إجراءات اتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية ؟ حجية الأحكام التي تصدر عنها ونفاذها؟

إن اتفاق التحكيم في جميع أنماطه مثلما هو معروف سواء تعلق بشرط تحكيمي أو بمشارطه تحكيم، وسواء تعلق بتحكيم خاص أو تحكيم مؤسساتي يترتب عنه أثرين هامين هما:

الأول الأثر الايجابي والذي يترتب عنه اختصاص المحكم أو المحكمة التحكيمية بالبت في النزاع موضوع الاتفاق ، و أثر ثاني سلبي ينتج عنه عدم اختصاص قضاء الدولة بالنظر في هذا النزاع.

و السؤال المباشر الذي يترتب عن هذه المحصلة هو معرفة ما إذا كان هذا الأثر السلبي يمتد ليشمل التدابير المؤقتة و التحفظية المتعلقة بموضوع النزاع فيختص المحكم بذلك بالبت أيضا في المسائل المستعجلة المرتبطة بالموضوع المطروح عليه؟ ويعتبر عندئذ اللجوء إلى قضاء الدولة في شقه الاستعجالي تنازلا عن التحكيم؟ أم أنه لا يترتب هذا الأثر، فيظل بذلك هذا القضاء هو المختص بالنظر فيها ولو تم طرح النزاع على المحكمين ؟ ثم هل يجوز الاتفاق على أن يتولى المحكم البت في هذه المسائل والفصل فيها حتى عند عدم قيام اتفاق صريح بذلك؟ و هل كل ما يتعلق بالنزاعات المستعجلة يرتبط دوما بالنظام العام مما لا يسمح بالاتفاق على التحكيم بشأنها؟

هذه التساؤلات وغيرها توضح الأهمية القصوى التي تكتسبها التدابير المؤقتة والتحفظية ذات الصلة بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم وهو الأمر الذي سوف نتناوله بالدراسة ضمن هذه الدراسة في فصلين يتعلق الفصل الأول بالاختصاص بنظر التدابير المؤقتة و التحفظية على أن نتناول من خلاله

في المبحث الأول إسناد الاختصاص في التدابير المؤقتة والتحفيزية وفي المبحث الثاني موضوع الاختصاص في التدابير المؤقتة والتحفيزية.

في حين نتناول في الفصل الثاني من البحث الجانب التطبيقي المتعلق بالأحكام المؤقتة و التحفيزية من حيث إجراءات اتخاذ هذه التدابير في مبحثين كذلك الأول منه يتعلق بإصدار التدابير المؤقتة والتحفيزية والثاني يتعلق بحجية الأحكام المؤقتة و التحفيزية ونفاذها.

وتحقيقا لهذه الغاية من الدراسة و الإجابة عن التساؤلات المطروحة، نعلم في دراستنا هذه المنهج الوصفي و التحليلي المقارن ، وذلك من خلال موقف القانون الجزائري و موقف القوانين الأخرى المقارنة إلى جانب موقف الفقه و القضاء في مسألة التدابير المؤقتة و التحفيزية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، كما نتناول بالدراسة تحليل الآراء الفقهية و الأحكام القضائية المتعلقة بموضوعها.

الفصل الأول

الاختصاص بنظر التدابير المؤقتة و التحفظية

قد تقتضي طبيعة وظروف النزاع المتفق بشأنه على التحكيم اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء كان ذلك قبل تشكيل محكمة التحكيم أو أثناء سير الخصومة التحكيمية الغرض منها الحماية العاجلة للحقوق و المراكز القانونية.

وهي التدابير التي نتناولها بالدراسة من خلال هذا الفصل المعنون ب: الاختصاص بنظر التدابير المؤقتة و التحفظية على أن يتضمن العناصر الأساسية للإحاطة بالمفهوم العملي لهذه التدابير انطلاقا من إسناد الاختصاص في التدابير المؤقتة والتحفظية سواء كانت صادرة عن المحكم بعد تشكيل المحكمة التحكيمية أو القاضي الاستعجالي قبلها في إطار المساعدة القضائية أثناء سير الخصومة التحكيمية وفق التوجهات و الآراء الفقهية المتباينة بشأنها ، بين من يرون فيها اختصاص أصيل للقضاء الاستعجالي حجتهم في ذلك سلطة الأمر بالتنفيذ المقتصرة على قضاء الدولة وبين من يرون فيها إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة الذي قامت عليه محكمة التحكيم سواء تعلق الأمر باتفاق تحكيم أو مشاركة هي من اختصاص محكمة التحكيم ، وصولا إلى موضوع هذا الاختصاص خاصة و أن هذه التدابير من حيث المفهوم هي إجراءات استعجالية لا تمس بأصل الحق الغاية منها هو تحقيق مصلحة أنية أو حماية لهذا الحق و تنفيذه في المستقبل مع تبيان موقف المشرع الجزائري منها.

وعلى هذا الأساس تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين هما:

- المبحث الأول: إسناد الاختصاص في التدابير المؤقتة و التحفظية
- المبحث الثاني: موضوع الاختصاص في التدابير المؤقتة والتحفظية.

المبحث الأول

إسناد الاختصاص في التدابير المؤقتة و التحفظية

انطلاقاً من أهمية الإجراءات المؤقتة والتحفظية في ضمان فعالية إجرائية و موضوعية لقضاء التحكيم ، عملت مختلف التشريعات الوطنية والمقارنة على تحديد نطاق تدخل القضاء في هذا المجال سواء كان بصفة انفرادية أو مشتركة مع محكمة التحكيم، على اعتبار أن محاكم الدولة تتمتع بصلاحيات إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية في التحكيم على غرار التي تتمتع بها في القضاء العادي بصرف النظر عما إذا كان التحكيم يجري داخل أو خارج أراضيها، ومن خلال هذا التنظيم فليس هناك من شك في أن وجود اتفاق التحكيم لا ينال من صلاحيات محاكم الدولة لإصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وأنه لأي طرف من أطراف التحكيم حرية اللجوء إلي المحكمة لطلب إجراء وقتي أو تحفظي⁽¹⁾.

ولقد كانت هذه المسألة مثار اهتمام العديد من الفقهاء ، وظهرت في هذا الصدد ثلاث اتجاهات، اتجاه أول يرجح تمتع القضاء الوطني بشكل قاصر عليه بنظر التدابير الوقتية والتحفظية المتصلة بالمنازعات الدولية المتفق بشأنها على التحكيم والاتجاه الثاني يذهب عكس ما ذهب إليه الاتجاه الأول حيث يرى أن الاختصاص بنظر المسائل الوقتية و التحفظية مسألة يختص المحكم وحده دون غيره بالنظر فيها أما الاتجاه الثالث فهو اتجاه وسط بين الاتجاهين السابقين يدافع عن خضوع الفصل في التدابير الوقتية والتحفظية لمبدأ الاختصاص المشترك بين المحكمة التحكيمية ومحاكم القضاء العادي في الدولة⁽²⁾.

1 - حفيظة السيد الحداد ، "مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الدولية المتفق بشأنها على التحكيم" ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 1996 ، ص 17.

2-عبد الرحمان المصباحي، " التحكيم و التدابير المؤقتة و التحفظية "، مقال منشور في الموقع www.marocdroit.com ، الدخول بتاريخ 14-03-2018 على الساعة 09:50.

وعليه ضمن هذا الإطار ارتأينا تقسيم مبحثنا هذا إلى ثلاث مطالب ، نتناول من خلالها الاختصاص القاصر للقضاء باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية في المطلب الأول و نتناول في المطلب الثاني اختصاص محكمة التحكيم في اتخاذ هذه التدابير على أن نتناول في المطلب الثالث الاختصاص المشترك للقضاء و المحكمة التحكيمية في اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية فيما يخص المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم ونظرا لأهمية هذا الاتجاه سنسلط الضوء عليه من خلال التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة.

المطلب الأول

الاختصاص القاصر للقضاء باتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية

بالرغم ما تنتم به إجراءات سير الخصومة التحكيمية من مرونة وسرعة وبساطة إلا أن الأمر قد يستدعي اتخاذ بعض الإجراءات الوقائية أو التحفظية ، سواء قبل تشكيل المحكمة التحكيمية أو أثناء سير إجراءات التحكيم أو حتى بعد صدور الحكم التحكيمي كبداية لاستنفاد المحكمة التحكيمية لولايتها، الغرض منها حماية الحق المتنازع عليه إلى غاية صدور الحكم في جوهره ، لا سيما من طرف القضاء العادي باعتباره الجهة صاحبة الاختصاص الأصلي في الأمر باتخاذ تلك التدابير التي من شأنها أن تسعف المتقاضين حماية للحق.

الفرع الأول

الاختصاص قبل تشكيل المحكمة التحكيمية

اعترف الاجتهاد القضائي للمحكمة التحكيمية بسلطة فرض تدابير مؤقتة و تحفظية تتبعها عند الاقتضاء غرامات تهديدية أو أوامر، على أساس أن هذه الإمكانيات تشكل الامتداد الضروري لمهمة المحكمين القضائية، ولا تفسر بالتالي كتجاوز لمهمتهم غير أنه لا يمكن القبول بهذه السلطة عندما تكون المحكمة التحكيمية لم تشكل بعد و بالتالي غير قادرة على إصدار التدابير المؤقتة و التحفظية⁽¹⁾.

وتبعاً لذلك فقد أقر الاجتهاد القضائي الفرنسي بسلطة القاضي الرسمي بالأمر بتدابير تحقيقه مستقبلية على أساس المادة 145 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي أو بتدابير وقائية أو تحفظية طالما أن المحكمة التحكيمية لم تشكل بعد مع شرط اثبات عنصر الاستعجال، في حين اعتبر الاجتهاد القضائي أنه وبمجرد تشكيل المحكمة التحكيمية لا يعود لتدخل القاضي العادي أو النظامي أي مبرر ويكون للمحكمة التحكيمية الحق في ممارسة سلطتها القضائية كاملة⁽²⁾.

فمن الناحية المبدئية فإنه بمجرد وضع المحكمة التحكيمية يدها على موضوع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم فإن قاضي الاستعجال يتعين عليه أن يبقى قاضياً استثنائياً، متى تعلل تدخله بقيام ظروف خاصة جداً ناتجة عن حالة الاستعجال أو توفر عنصر الخطر أو احتمال وضعية إنكار العدالة⁽³⁾.

وقد ثار تساؤل حول صفة الأمر الذي يصدر في نطاق هذا الأمر الاستعجالي الضيق، السابق لتشكيل المحكمة التحكيمية، فهل يمكن وصفه بأنه حكم تحكيمي أم هو أمر قضائي ؟

¹- نهال اللواح ، " الإجراءات التحفظية والوقائية المرتبطة بالتحكيم التجاري الدولي "، دراسة مقارنة مجلة الملف ، دار المنظومة ، المملكة المغربية، العدد 22 ، 2014 ، ص 43.

²- نهال اللواح ، المرجع السابق ، ص 44.

³ - Constance Ollat, " L'arbitrage Commercial International Face A L'ordre Juridique Etatique", Etude Comparée Des Droits Français Et Américain Et Suisse, Université paris II panthéon-Assas, institut de droit comparé, mémoire master 2 recherche P.34-41.

هذا التساؤل أثير أمام القضاء الفرنسي بمناسبة نزاع قام مابين جمهورية الكونغو ممثلة في الشركة الوطنية للبتروول وشركة **طوطال الكونغو** ، أين اتفق الأطراف على منح اختصاص البت في موضوع النزاع لغرفة التحكيم الدولية، مع إمكانية المطالبة بالحصول على الإجراءات الوقتية و الاستعجالية في ظل النظام الاستعجالي السابق "PRE-ARBITRAI" الذي أقرته هذه الغرفة.

اعتبرت محكمة الاستئناف بباريس أن الأمر المذكور الصادر في موضوع النزاع لا يعتبر حكما تحكيميا بقرار صادر في 2003/04/29، و أشارت إلى أن طلب اتخاذ التدابير التحفظية يقدم إلى القاضي في المحكمة المختصة حسب الأحوال، كمحكمة مكان التحكيم ، أو محكمة المدعى عليه ، أو مكان وجود الأموال المراد اتخاذ الإجراءات التحفظية بشأنها ، بحيث يكون القرار الذي يتخذه القاضي له صفة الاستعجال ، كالحجز الاحتياطي ، منع الضرر وإيقاف بعض الأعمال والتصرفات، أو منع التصرف بملك الغير دون حق طبقا لأحكام المادة 01/809 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي⁽¹⁾.

و عليه لا تثير هذه الحالة أدنى إشكالية، لأن المتفق عليه بإجماع الفقه أن مجرد الاتفاق على التحكيم، لا يمنع أطرفه من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ كل إجراء وقتي أو تحفظي طالما لم يقع تكوين محكمة التحكيم⁽²⁾.

أي أن القضاء المستعجل هو الجهة المختصة في الأمر بالتدابير المؤقتة و التحفظية ما دامت محكمة التحكيم لم تتشكل بعد، أو في حالة عدم وجود اتفاق صريح بعد لانعقادها يخولها هذا الأمر، خاصة و أن اختصاص القضاء هو اختصاص أصيل مستمد من القانون.

¹- نهال اللواح ، المرجع السابق، ص 45.

²- عبد اللطيف مشبال، "الإجراءات الوقتية و التحفظية في التحكيم التجاري الدولي"، دفاتر المجلس الأعلى للمملكة المغربية ، العدد 6، سنة 2005، ص352.

الفرع الثاني

الاختصاص بعد تشكيل المحكمة التحكيمية

تناول كل من الفقه و القضاء مسألة تحديد الجهة المختصة في الأمر بالتدابير المؤقتة و التحفظية بأراء متباينة ، فإن كانت المرحلة قبل تشكيل المحكمة التحكيمية لا تثير أدنى إشكالية، حيث أجمع الفقه والقضاء على أن مجرد الاتفاق على التحكيم لا يمنع أطرافه من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة، إلا أن مرحلة ما بعد تشكيل المحكمة التحكيمية أثارت نقاشا فقهيًا حادًا، حيث أفرزت ثلاث اتجاهات رئيسية أبرز هذه الاتجاهات الاتجاه المدافع عن الاختصاص القاصر لقضاء الدولة في اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم ويعتمد هذا الاتجاه في طرحة على عدة اعتبارات تبرر هذا الرأي من بينها :

- إذا كان من آثار اتفاق التحكيم حجب الاختصاص على قضاء الدولة بالفصل في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم أو ما يعرف بالأثر السالب، فإن نطاق هذا الأثر مرهون بالفصل في موضوع النزاع ذاته محل الاتفاق على التحكيم ولا يشمل بالتالي المسائل الأخرى التي قد تنثور بشكل تبعي كالتدابير الوقئية والتحفظية (1).
- قضاء الدولة بحكم الدراية والمعرفة بالقانون والخبرة في تطبيقه، يوفر ضمانات للمتناقضين في اتخاذ الإجراءات الوقئية والتحفظية، عكس قضاء التحكيم.
- مرونة التحكيم من حيث أنه لا يملك سلطة الإجبار لا في مواجهة الأطراف ولا في مواجهة الغير، إلى جانب النظام الذي تقوم عليه المحكمة التحكيمية فإذا كان نظام مؤسساتي فإن جلساته لا تكون بصورة دائمة، وإنما قد تجتمع على فترات متقاربة أو متباعدة، من شأنها الإضرار بالحق المراد حمايته عن طريق اتخاذ إجراء وقفي أو تحفظي (2).

1- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 18.

2- معتز نابغ كنعان، "دراسة في أحكام القرارات المستعجلة والوقئية في النزاعات المعروضة على التحكيم وفق أحكام قانون التحكيم الأردني رقم 31 سنة 2001"، مقال منشور في الموقع الإلكتروني: www.droitcivil.over.blog.com، تاريخ الدخول 2018-03-14 على الساعة 09:50.

هذا الاتجاه يرى أنه كلما كانت الحاجة ملحة لتدخل قضاء الدولة كلما كان الإجراء المطلوب يستوجب ممارسة نوع من الإجبار والإلزام القانوني المحتكر من محاكم الدولة بسبب احتكارها إجراءات التنفيذ .

خاصة و أن اتفاق التحكيم لا يمكن أن يحول دون ممارسة هذه المحاكم لسلطاتها في ميدان تلك الإجراءات ولو تشكلت محكمة التحكيم ، لا سيما في ظل العجز الناتج عن كون المحكم شخصا عاديا لا يتمتع بسلطة الأمر و مثال ذلك الأمر باتخاذ الحجز التحفظي على أموال أحد الأطراف أو على حقوق الغير⁽¹⁾.

المطلب الثاني

اختصاص محكمة التحكيم باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية

إن الاتجاه المدافع عن اختصاص محاكم التحكيم للبت في التدابير الوقتية والتحفظية يعتمد في ذلك على إرادة الأطراف التي منحت المحكمة التحكيمية سلطة البت في موضوع النزاع، كما يري هذا الاتجاه أن إرادة الأطراف القاضية بمنح محكمة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات القائمة بينهم من الأولى أن تمنح ذات المحكمة سلطة البت في مسألة التدابير المؤقتة والتحفظية المتصلة بموضوع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم سواء كان التعبير عن هذه الرغبة بشكل صريح أو بشكل ضمني من خلال الإحالة على أحد اللوائح المنظمة للتحكيم وهذا تفاديا لتفاقم النزاع⁽²⁾.

في تقدير هذا الرأي فإن المحكم يملك سلطة اتخاذ بعض الإجراءات الوقتية والتحفظية التي لا تتطلب الرجوع إلى السلطة العامة ، بحيث أنه إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على اللجوء إلى المحكمة التحكيمية لفض النزاع القائم بينهم فإنه من الطبيعي أن تكون هي المحكمة المختصة بالنظر في جميع الجوانب الفرعية للنزاع باعتبار أن هذا النزاع هو شمولي يثير قضايا تهم الجوهر، كما أن المحكمة التحكيمية

¹- عبد اللطيف مشبال ، المرجع السابق ، ص 109.

²- عبد اللطيف مشبال، المرجع السابق ، ص 111.

التي تتولى البت في جوهر النزاع بحكم فاصل مكتسب لقوة الشيء المقضي به لها من باب أولى الحق في اتخاذ الإجراءات الكفيلة كلما توفر ظرف الاستعجال⁽¹⁾.
إلي جانب ذلك فإن قاضي الاستعجال سيجد نفسه أمام نزاع أتفق بشأنه على التحكيم و إخراجها من سلطة القضاء الأمر الذي يترتب عنه قيام رغبتين مشروعيتين الأولى تتمثل في رغبة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم والابتعاد عن القضاء والثانية هي رغبتهم في الاستفادة من مزايا التدابير المؤقتة والتحفظية⁽²⁾، خاصة في حال امتناع الطرف المحكوم عليه عن الامتثال للأمر الوقي أو التحفظي الصادر عن المحكم.

غير أن هذا الاتجاه تبقى محدوديته واضحة على اعتبار أن هناك عدة إجراءات وقتية وتحفظية لا يستطيع المحكم إصدارها ولو اتفق الأطراف على إسناد الاختصاص بشأنها للمحكم ، إما لتعلقها بالغير، أو لأنها تتطلب سلطة الإجبار القاصرة على الدولة و هو الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن صحة اتفاق التحكيم القاضي باستبعاد قضاء الدولة من جهة ؟ وفي حالة الإقرار بصحته هل لجوء أحد أطراف التحكيم إلى القضاء المستعجل يمكن أن يؤثر على استمرارية اتفاق التحكيم من جهة ثانية⁽³⁾.

¹- عبد الرحمان المصباحي ، المرجع السابق،مقال منشور على الموقع الالكتروني www.marocdroit.com تاريخ الدخول 2018-03-14 على الساعة 09:50.
²- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 24.
³- عبد الرحمان المصباحي، المرجع السابق.

الفرع الأول

صحة اتفاق التحكيم القاضي باستبعاد قضاء الدولة

قام الخلاف بين الفقهاء حول مسألة حرية الأطراف من عدمها في الاتفاق على اختصاص محكمة التحكيم في إصدار التدابير المؤقتة والتحفظية التي تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها ، حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن مسألة حرية الأطراف في استبعاد ولاية القضاء المستعجل بشأن التدابير المؤقتة والتحفظية، يتوقف على طبيعة الأحكام الاستعجالية المطلوب اتخاذها من طرف المحكمة التحكيمية: فإذا كانت هذه الطلبات تتعلق بالنظام العام فإنه لا يجوز للأطراف استبعاد ولاية القضاء من الفصل فيها و الاتفاق على التحكيم.

في حين إذا كانت الطلبات و الأحكام المستعجلة المراد اتخاذها تتعلق بالقواعد المكملة غير المتعلقة بالنظام العام فإنه يجوز الاتفاق على منح الاختصاص بشأنها للتحكيم ، وعليه يكون للمحكم سلطة اتخاذ بعض التدابير المؤقتة والتحفظية التي لا يلزم لاتخاذها تدخل السلطة العامة في الدولة ، كالأمر بالمحافظة على البضائع و إيداعها لدى شخص من الغير مؤتمن ، أو الأمر ببيع بضاعة سريعة التلف⁽¹⁾.

وعليه يمكن القول أنه وبالرغم من الدور الذي يمكن أن تلعبه إرادة الأطراف في منح المحكم سلطة إقرار الحماية الوقائية في بعض المسائل، إلا أنه في الوقت ذاته هناك من الإجراءات المؤقتة والتحفظية التي يمنح الاختصاص بشأنها لقضاء الدولة و من ثمة لا يمكن الاعتراف للمحكم بسلطان عام قاصر عليه في اتخاذ هذه التدابير وبالتالي حرمان قضاء الدولة صاحب الاختصاص الأصيل من ولايته بهذا الشأن خاصة و أن العديد من هذه التدابير لا يمكن إصدارها إلا من قبل قضاء الدولة إما لتعلقها بالغير أو أنها تعبر عن سلطة الإلزام المقصورة على قضاء الدولة⁽²⁾.

¹ - يوسف حسني الحر، "صلاحية اتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية في الأعمال التحكيمية" ، رسالة ماجستير كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، 2014-2015 ، ص 61.

² - يوسف حسني الحر، المرجع السابق، ص 63.

ويمكن الأخذ في ذلك كمثال عملي سلطة الحكم بتوقيع الحجز التحفظي وصحة هذا الحجز من حيث أنه أمر تختص به محاكم الدولة وحدها وليس لهيئات التحكيم اختصاص فيها⁽¹⁾.

كما يرى بعض الفقه أن الخصوم لا يمكن لهم هنا التنازل مسبقا على الضمانات التي يوفرها قضاء الدولة الذي يظل مختصا بالمسائل الاستعجالية ، كلما كانت محكمة التحكيم عاجزة عن اتخاذ الإجراء المطلوب بالسرعة والكيفية التي تتناسب مع حالة الاستعجال ، إلى الحد الذي أنه يقع باطلا كل اتفاق بين الخصوم يقصد به التنازل مسبقا على الضمانات التي يوفرها قضاء الدولة⁽²⁾.

الفرع الثاني

تأثير لجوء أحد أطراف التحكيم للقضاء على استمرارية اتفاق التحكيم

بالرغم من كون التحكيم اتفاق يتم بموجبه استبعاد القضاء الوطني وبالتالي نقل الاختصاص من قضاء هذا الأخير إلى قضاء التحكيم ، فإنه قد تحدثت عوارض أثناء سير إجراءات التحكيم قد تستدعي لجوء أحد طرفي التحكيم إلى القضاء الوطني بفعل عوامل مختلفة قد تؤثر سلبا على فاعلية التحكيم ، وهو الأمر الذي تناولته معظم التشريعات المقارنة في محاولة منها لإيجاد حلول عملية تتصدى للمشاكل التي يمكن إثارتها أثناء سير إجراءات التحكيم، من خلال وضع قواعد مكملة يمكن للأطراف الاعتماد عليها لحل النزاع⁽³⁾.

و بناء على ذلك فقد يتم اللجوء من قبل أحد أطراف التحكيم إلى القضاء الوطني بغية حل المشاكل العالقة على غرار تشكيل محكمة التحكيم، امتناع المحكم عن أداء مهامه أو رده أو عزله، المشاكل المتعلقة بمدّة التحكيم.....الخ.

¹ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 26.

² - عامر فتحي البطاينة ، "دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي"، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ،الأردن 2008، ص 128.

³ - محمد جارد ، "دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان ، الجزائر، سنة 2010، ص 112.

بما في ذلك إمكانية اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لطلب الأمر بالتدابير المؤقتة والتحفظية التي تقتضيها طبيعة النزاع بالرغم من وجود اتفاق تحكيم بين الأطراف وهي الإشكالية التي نحاول الإجابة عنها خاصة من حيث مدى تأثير لجوء أحد أطراف اتفاق التحكيم للقضاء على استمرارية اتفاق التحكيم في حد ذاته؟(1).

فقد تناول المشرع الجزائري مسألة اللجوء إلى القضاء الاستعجالي من أجل طلب التدابير المؤقتة أو التحفظية بناء على طلب أحد الأطراف كما جاء في المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وهو أمر لا يمس بموضوع النزاع أو أصل الحق ولا يحسم موضوع الحق المتنازع بشأنه ، بل يبقى الاختصاص منعقدا لمحكمة التحكيم للفصل في النزاع، إنما استبعاد قضاء الدولة بالنظر في النزاع لوجود اتفاق التحكيم ينصب فقط على القضاء الموضوعي وليس الوقي(2).

وهو الاتجاه الذي أكدته نصوص قانون الاونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 09 منه والتي أكدت على أنه " لا يعتبر مناقضا لاتفاق التحكيم أن يطلب أحد الطرفين ، قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناءها، من إحدى المحاكم أن تتخذ إجراء وقائيا مؤقتا، و أن تتخذ المحكمة إجراء بناء على هذا الطلب"(3).

وفي ذات السياق جاء في المادة 03/26 من لائحة التحكيم التي وضعتها الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أن " تقديم أحد الأطراف لطلب اتخاذ إجراءات وقائية لدى السلطات القضائية ، لا يعد متعارض مع الاتفاق على التحكيم، كما لا يعد بمثابة تنازل عن اتفاق التحكيم"(4).

وعليه بناء على ما سبق يمكن القول أن لجوء أحد أطراف اتفاق التحكيم إلى قاضي الاستعجال، قصد الحصول على الأمر باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية ، لا يؤثر على اتفاق التحكيم ولا يعد تنازلا عنه ، كما أن لجوء أحد الأطراف إلى قضاء الدولة بهدف الحصول على الحماية المستعجلة من خلال اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية

1- يوسف حسني الحر، المرجع السابق، ص 68.

2- محمد جارد ، المرجع السابق، ص 113.

3- قانون الاونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت عام 2008.

4- فوزي محمد سامي، "التحكيم التجاري الدولي"، الطبعة السادسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2012، ص 295.

لا يؤثر على إجراءات سير الخصومة التحكيمية ولا يعد مناقضا لاتفاق التحكيم ولا يعتبر تدخل من القضاء في موضوع النزاع أو أصل الحق.

كما لا يعد محل جدل لجوء أحد أطراف اتفاق التحكيم لقاضي الاستعجال من أجل طلب اتخاذ تدبير وقفي أو تحفظي قبل تمام تشكيل محكمة التحكيم ، حيث يكون هناك خطر محقق بالحق ويخشى زوال الدليل المقيم له، فيصبح القرار الصادر عن قاضي الاستعجال باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية ضرورة قصوى ولا يترتب عليها بشكل قطعي أي تأثير على صحة اتفاق التحكيم⁽¹⁾.

المطلب الثالث

الاختصاص المشترك باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية

الأساس الذي يقوم عليه الاختصاص المشترك هو أن الاتفاق على التحكيم لا يمنع الأطراف من إمكانية اللجوء إلى القضاء وطلب اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية تتعلق أساسا بموضوع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، بمعنى آخر إن اللجوء إلى القضاء لا يعد بمثابة تنازل عن اتفاق التحكيم ، ومن غير الملائم حرمان الأطراف في اتفاق التحكيم من الاستفادة من القواعد التي تحكم إجراءات الاستعجال المنصوص عليها في النظم القضائية الوطنية والتي تعد أكثر فعالية ، لمجرد الاتفاق على التحكيم. و بجانب القضاء الوطني الذي يعد جهة الاختصاص المألوفة بتوفير حماية في هذا المجال ، فإن محكمة التحكيم تختص أيضا باتخاذ التدابير الوقفية و التحفظية المتصلة بالمنازعة المعروضة عليها⁽²⁾.

وهنا يمكن أن نثير تساؤل: هل تدخل القاضي يتم على قدم المساواة مع اختصاص المحكم ؟ أم أن تدخل القضاء يقتصر على حالات قصور أو عدم كفاية سلطة محكمة التحكيم ؟

¹ - يوسف حسني الحر، المرجع السابق، ص 86.

² - كنعان معتز نابغ ، المرجع السابق، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.droitcivil.over.blog.com تاريخ الدخول 2018-03-14 على الساعة 09:50.

يرى جانب من الفقه أن تدخل القضاء بجانب محكمة التحكيم في اتخاذ هذه التدابير يجب أن يكون له طابع احتياطي و على أساس هذا المفهوم يرى هذا الاتجاه أن الاختصاص المشترك يقوم على مبدأ الاحتياطية (1).

وفي الواقع تعدد صور تنظيم الاختصاص المشترك بين جهتي القضاء و التحكيم مرجعه اختلاف النظرة إلى الجهة صاحبة الاختصاص الأصيل أو العام في اتخاذ التدابير من نظام قانوني إلى آخر، فقد يتم تنظيم الاختصاص المشترك على أساس أن محكمة التحكيم هي صاحبة الاختصاص العام وأن اللجوء إلي القضاء يكون على سبيل الاستثناء.

و قد يحدث العكس ويتم تنظيم هذا الموضوع باعتبار أن القضاء الوطني هو صاحب الاختصاص الأصيل وأن محكمة التحكيم تختص بشكل استثنائي. كما قد يتم تنظيم الموضوع بهدف إحداث نوع من التوازن و المساواة بين الجهتين عند ممارسة هذا الاختصاص وهو الأمر الذي سنتناوله وفق ما تضمنته التشريعات المقارنة و التشريع الوطني على الخصوص.

¹ - ابو العلاء علي ابو العلاء النمر ، " النظام القانوني للتدابير الوقفية و التحفظية في مجال التحكيم " دراسة علمية لأهم الصيغ التحكيمية طلبات الأوامر على عرائض - مذكرات الدفاع - أحكام التحكيم الداخلية والخارجية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، مصر ، ص 215.

الفرع الأول

موقف التشريعات المقارنة

تتجه بعض التشريعات إلى حصر حق الأمر باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية على السلطة القضائية للدولة ومنها قانون الوفاق السويسري الذي نص في المادة 01/26 منه على أن السلطات الوطنية هي التي تختص وحدها باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية وأن الأطراف يمكنهم فقط الخضوع إراديا للإجراءات الوقتية المقترحة من محكمة التحكيم ويمكن للمحكّمين أن يعلنوا عدم اختصاصهم للأمر بالإجراءات الوقتية (1).

كما أن القانون اليوناني يأخذ بنفس القاعدة بمقتضى المادة 685 من قانون الإجراءات المدنية الذي ينص على أن " القضاء المستعجل هو الذي يختص وحده باتخاذ الإجراءات الوقتية " والمادة 1/889 من نفس القانون تنص على أنه " لا يجوز للخصوم باتفاقهم على التحكيم الخروج عن هذه القاعدة كما لا يملك المحكمون تعديل أو إلغاء أي إجراء وقتي سبق للقضاء أن اتخذه " وكذا القانون الايطالي غير المغير بمقتضى تعديل 1994/01/05 الذي ينص في مادته 218 على أنه " لا يمكن للمحكّمين أن يأذنوا باتخاذ الحجوز ولا أية إجراءات تحفظية أخرى".

ولقد عالجت المواد من (183-185) من القانون الدولي السويسري الصادر في 1989/12/18 مسألة توزيع الاختصاص بالبت في الإجراءات الوقتية و التحفظية بين محكمة الدولة و محكمة التحكيم فنصت في المادة 1/183 على أنه " مالم يوجد اتفاق مخالف للأطراف فإن لمحكمة التحكيم إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية بناء على طلب أحد الأطراف " وفي الفقرة الثانية من نفس المادة " في حالة عدم الخضوع الإرادي من الطرف الصادر في مواجهته الأمر الوقتي أو التحفظي من قبل محكمة التحكيم فإن هذه الأخيرة يمكنها أن تطلب مساعدة القضاء المختص الذي يقوم بتطبيق قانونه ولمحكمة التحكيم أو للمحكمة المختصة أن تشترط في منحها الإجراءات الوقتية

¹ - عبد الرحمان المصباحي، المرجع السابق، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.marocdroit.com تاريخ الدخول 2018-03-14، على الساعة 09:50.

أو التحفظية أن يقوم الطرف الملتزم لاتخاذ هذا الإجراء بتقديم ضمانات أو كفالة مناسبة⁽¹⁾.

كما اتجه عدد من التشريعات في هذا الاتجاه بحثاً منهم على أفضل السبل لإيجاد تعاون بين القاضي و المحكم في هذا الشأن إلى تمكين الخصوم من حق اللجوء إلى القضاء الوطني لاتخاذ إجراءات وقتية دون أن يكون هذا الاختصاص قاصراً على القضاء وحده مثلما هو الحال في القانون البلجيكي (المادة 2/1679) والقانون الكويتي (المادة 6/173).

وعلى مستوى التشريعات العربية فقد تميز القانون المصري للتحكيم بموقفه الوسطي حينما أجاز بمقتضى المادة 24 منه للمحكمة المختصة بالنظر في النزاع أن تأمر بناء على طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها لكنه أجاز كذلك للطرفين الاتفاق على أن يكون لمحكمة التحكيم بناء على طلب أحدهما صلاحية توجيه أمر إلى أي منهما لاتخاذ ما تراه مناسباً من تدابير مؤقتة أو تحفظية حسب طبيعة النزاع ، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به ، فإذا تخلف من صدر عليه الأمر عن تنفيذه جاز لمحكمة التحكيم بناء على طلب الأخير أن تأذن لهذا الطرف باتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه دون إخلال بحقه في أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع الأمر بالتنفيذ (المادة 2/24)⁽²⁾.

وينحى التشريع التونسي في اتجاه منح الخيار للمدعي بين اللجوء إلى قضاء الدولة والقضاء الخاص فيما يتعلق باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية وذلك استناداً على المادة 54 من مجلة التحكيم التونسية التي تنص " لا يعتبر متناقضاً لاتفاق التحكيم أن يطلب أحد الأطراف قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثناءها من القاضي الاستعجالي أن ينفذ إجراء وقتياً وقائياً.

¹ - عبد اللطيف مشبال، المرجع السابق ، ص 118.

² - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 58.

و للقاضي الاستعجالي أن يتخذ وسيلة وقتية بناء على هذا الطلب" وهو ما يساير التوجه العام السائد الذي تم تكريسه حتى في بعض نظم التحكيم على غرار نظام التحكيم لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم⁽¹⁾.

كما أن التشريع المغربي رغبة منه لمنح أكبر قدر من الفعالية لنظام التحكيم دفع به إلى عدم إخضاع المسائل التحفظية والوقائية إلى اختصاص القضاء المغربي وحده (المادة 02/23) بل منح الأطراف الحق في طلب الحصول من المحكم على الإجراءات الوقائية أو التحفظية التي يراها ضرورية في حدود مهمته بما قد يفيد إعطاء صلاحية واسعة للأطراف إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة في مضمون اتفاق التحكيم⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي الجديد بشأن التحكيم لم يشتمل على أحكام صريحة تمنح للقضاء الفرنسي سلطة الأوامر الوقائية و التحفظية بخصوص المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم رغم أن القضاء الفرنسي أخذ بهذا الاتجاه من حيث أن وجود اتفاق على التحكيم لا يمنع المحاكم الفرنسية من اتخاذ الإجراءات الوقائية و التحفظية⁽³⁾.

كما أن القانون البلجيكي بمقتضى المادة 02/1679 أتاح إمكانية تدخل قاضي الاستعجال لاتخاذ الإجراءات الوقائية و التحفظية رغم وجود اتفاق التحكيم الذي لا يتنافى مع هذا المبدأ.

و ينص القانون الألماني (قانون إصلاح إجراءات التحكيم) في المادة 1033 (قانون 1997/12/22) على أن " تقديم طلب للمحكمة من أحد الأطراف قبل أو أثناء سريان إجراءات التحكيم بهدف الحصول على إجراءات وقتية أو تحفظية ومنح هذه الإجراءات من المحكمة لا يتنافى مع قيام اتفاق التحكيم " وتمنح المادة 1041 الاختصاص للمحكم من أجل الأمر بالإجراءات الوقائية كما تتيح للطرف المعني تقديم طلب للقاضي الوطني و الأمر بتنفيذ أمر المحكم ويمكن للقاضي في هذه الظروف

¹ - عبد اللطيف مشبال، المرجع السابق، ص 119.

² - نهال اللواح، المرجع السابق، ص 47.

³ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 57.

تغيير صيغة الأمر المقضي به إذا كان ذلك ضروريا لتنفيذه ويظل القاضي مختصا لإبطال أو تغيير قراره⁽¹⁾.

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري

المشرع الجزائري و استمرارا لما جاء به في نص المادة 458 مكرر 09 من المرسوم التشريعي رقم 93-09، أكد من خلال نص المادة 1046 من القانون رقم 08-09⁽²⁾. على مبدأ الاختصاص المشترك وحسم الجدل الفقهي بخصوص جهة الاختصاص في الأمر باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية ، خاصة من خلال ترك مباشرة الطلبات المتعلقة بالتدابير المؤقتة و التحفظية ذات الصلة بموضوع النزاع جوازيه و اختيارية بيد الأطراف بخصوص اختيار الجهة التي تأمر بها ، فكما يجوز للأطراف اعتماد محكمة التحكيم لاتخاذ هذه التدابير ، يجوز لهم في هذا الشأن تقديم طلباتهم إلى القضاء وحتى يكون هناك تطبيق سليم لهذا النص وجب التنبيه لبعض الضوابط التي يمكن إجمالها في⁽³⁾ :

- لا وجود لفكرة الاختصاص المشترك في اتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية قبل انعقاد المحكمة التحكيمية بل القاضي وحده وبصفة عامة هو من يختص باتخاذ هذه التدابير أما إذا انعقدت المحكمة للنظر في النزاع فيمكن القول بالتوزيع المشترك.
- ينبغي للقاضي أن يكون مرنا في تطبيق مبدأ توزيع الاختصاص أو الاختصاص المشترك ، متى رأى أن المحكمة التحكيمية قد تم إخطارها لاتخاذ هاته التدابير وهذا تجنبا من جهة لأي تناقض قد ينتج عن صدور قرارين من جهتين منفصلتين

1- عبد اللطيف مشبال، المرجع السابق، ص 120.

2- قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3- حفيظ قطاف ، "مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد 08/09"، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين سطيف2، الجزائر، سنة 2014، ص 64.

بشأن نزاع واحد ، ومن جهة ثانية تحقيق الغاية من التحكيم وهي السير الحسن للخصومة التحكيمية خاصة وأنه نظام اختياري للتقاضي يخضع لإرادة الأطراف⁽¹⁾.
إلا أنه يبقى كقاعدة عامة إعمالاً لمبدأ حرية الإرادة لا غير ، الطرف المعني بالتدابير المؤقتة أو التحفظية لا يمكنه اللجوء إلى القضاء الوطني لطلبها مباشرة بل ينبغي عليه أن يطلبها من المحكمة التحكيمية التي تكون مختصة بداية بالنظر في النزاع أما دور القضاء فهو احتياطي يرجع إليه المحكمون عند رفض الامتثال لهذه الإجراءات⁽²⁾.

¹- قمر عبد الوهاب، "لا اثر لشرط التحكيم على اختصاص القضاء المستعجل بإصدار الإجراءات المؤقتة والتحفظية في النزاع موضوع اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري"، مقال يتضمن تعليق على قرار المحكمة العليا بتاريخ 23-03-1985، مجلة التحكيم، العدد السابع، 2010، ص 286.

²-Terki noureddine."L'arbitrage commercial international en Algérie", OPU Alger, 1999, P114.

المبحث الثاني

موضوع الاختصاص في التدابير المؤقتة و التحفظية

إذا كان الحديث عن الغرض من اتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية من حيث أنها حماية عاجلة للحقوق والمراكز القانونية التي تقتضيها طبيعة النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، سواء كان ذلك قبل تشكيل محكمة التحكيم أو أثناء سير الإجراءات، إلى جانب مسألة إسناد الاختصاص في الأمر بهذه التدابير على أساس أنها مسألة مثار جدل في موضوع التدابير المؤقتة و التحفظية أثناء التحكيم التجاري الدولي، فإنه وقبل الحديث عن إجراءات اتخاذ هذه التدابير نحدد في المقام الأول وضمن موضوع اختصاصها مفهوم هذه التدابير وأهميتها في سير الخصومة التحكيمية إلى جانب الخصائص القانونية المميزة لها عن غيرها ، بداية من تعريف التدابير المؤقتة و التحفظية ثم الخصائص المميزة لها وصولاً إلى أهم التطبيقات المتعلقة بالتدابير المؤقتة و التحفظية.

المطلب الأول

تعريف التدابير المؤقتة و التحفظية

التدابير المؤقتة و التحفظية هي مجموعة من التدابير أو الإجراءات التي تتميز عادة بطابعها المستعجل ، والتي تأمر بها المحكمة القضائية أو التحكيمية وذلك بصدد نزاع مطروح 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⁽¹⁾. و من خلال هذا التعريف يمكن أن نبين مفهوم التدابير المؤقتة والتحفظية، على أن نميز بين مفهومهما خاصة وأن الفكرة المتداولة تجمع على أنهما مترادفان لمعنى واحد رغم اختلاف مدلولهما.

¹ - عبد العزيز مخيمر عبد الهادي ، "إشكالية التدابير المؤقتة في التحكيم التجاري الدولي" ، دراسة مقارنة مع القضاء الدولي، المؤتمر السنوي السادس عشر ، كلية القانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 2013 ، ص 744.

فإذا كانت التدابير المؤقتة تلبى حاجة بصفة مؤقتة ، و تهدف إلى حماية مصلحة عاجلة لا يتسنى حمايتها بالطرق التقليدية العادية بسبب بطئ إجراءات التقاضي، ولا ترمي للحصول على حكم حاسم نهائي في موضوع النزاع إنما هي عبارة عن حماية بديلة تحل مؤقتا محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية وتظل قائمة إلى أن يتم تحقيق الحماية العادية⁽¹⁾، كما أن القرار الصادر بها لا يقيد يد القاضي أو المحكم المدعو للفصل في موضوع النزاع مثال ذلك التعويض المؤقت الذي يطلبه أحد طرفي خصومة التحكيم أثناء سير الإجراءات حتى يتم الفصل نهائيا في طلب التعويض⁽²⁾.

فإن التدابير التحفظية تهدف للحفاظ على حالة أو حقوق أو أدلة ، عادة ما تكون لها طبيعة مؤقتة ولكن ليس بالضرورة مثال ذلك سماع شاهد، اثبات حالة ، إجراء معاينة توقيع حجز تحفظي ، فالأمر بالإجراء التحفظي قد يستنفذ آثاره قبل بداية سير الخصومة التحكيمية أو بعد الفصل النهائي في موضوع النزاع.

بمعنى آخر فهي تتخذ بهدف الاحتياط لحق يخشى زوال الدليل عليه عند حدوث نزاع حوله في المستقبل وتؤكد بذلك أن صاحب الحق الذي تقررت له الحماية سيحصل على الحماية القانونية الفعلية في المستقبل.

و من هنا يمكن القول أن التدابير التحفظية لا تلبى فوريا حاجة الطالب أو صاحب المصلحة كما في التدابير المؤقتة و إنما هي تحمي الحق في المستقبل وتحافظ عليه⁽³⁾.

¹ - علي الشحات الحديدي، " التدابير الوقائية والتحفظية في التحكيم الاختياري " ، دار النهضة العربية مصر 1997، ص 19.

² - ابوالعلا علي ابوالعلا النمر، المرجع السابق ، ص 15.

³ - ابو العلاء علي ابو العلاء النمر ، المرجع السابق، ص 19.

الفرع الأول

تعريف التدابير المؤقتة والتحفظية في القضاء الدولي

من خلال النظر في التعاريف الواردة في التدابير المؤقتة والتحفظية في الأنظمة الأساسية للمحاكم القضائية الدولية يمكن القول بأنه لا يوجد اختلاف جوهري حول تعريف ومضمون وغاية هذه التدابير⁽¹⁾.

فالمادة 41 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية تنص: " للمحكمة أن تقرر التدابير المؤقتة التي يجب اتخاذها لحفظ حقوق كل الأطراف، وذلك متى رأت بأن الظروف تقتضي ذلك".

و تنص المادة 25 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لقانون البحار الملحق بالاتفاقية الدولية لقانون البحار لعام 1982 " يكون للمحكمة و لغرفة منازعات قاع البحار التابعة لها....، سلطة اتخاذ تدابير مؤقتة تعتبرها في الظروف القائمة مناسبة لصون حقوق كل أطراف النزاع أو لمنع إلحاق ضرر جدي بالبيئة البحرية بانتظار القرار النهائي "

و تنص المادة 31 من الاتفاقية الأوروبية لتسوية المنازعات السلمية لسنة 1957 على أن المحكمة المختصة بنظر النزاع بين الأطراف المعنية ،سواء كانت هذه المحكمة هي محكمة العدل الدولية أو أية محكمة تحكيم ،اختصاص التأشير بالتدابير التحفظية الضرورية ، وتلتزم الأطراف المعنية بهذه المعايير⁽²⁾.

من خلال هذه التعاريف يتضح لنا أن مفهوم التدابير المؤقتة والتحفظية في ظل القضاء الدولي هي التدابير التمهيدية غير النهائية التي يأمر بها القاضي وهو بصدد نزاع قانوني مطروح أمامه و يتعين عليه الفصل فيه.

1- عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، المرجع السابق ، ص 739.

2- عبد العزيز مخيمر عبد الهادي ، المرجع السابق،ص 742.

الفرع الثاني

تعريف التدابير المؤقتة و التحفظية في التحكيم التجاري الدولي

التحكيم باعتباره نظام تقاضي منصوص عليه قانونا فإنه يقوم على أسس وقواعد تضمن السير الحسن للخصومة التحكيمية إلى غاية الوصول لحل نهائي يفصل في النزاع القائم وهذا ما يمكن أن نستخلصه من النصوص المنظمة للتدابير المؤقتة والتحفظية في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم ، فمعظم الأنظمة الأساسية المنشئة لغرف التحكيم التجاري الدولي، والاتفاقيات الدولية لتسوية منازعات الاستثمار وقوانين التحكيم الوطنية تسير في نفس الاتجاه الذي سار عليه القضاء في تعريفه لهذه التدابير رغم أنه لم يتناولها بالتعريف مباشرة و إنما اكتفى بالإشارة إليها فقط.

فالمادة 47 من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى تنص: "يجوز للمحكمة - إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك- في حالة ما إذا قدرت أن الظروف تتطلب ذلك ، أن توصي بأي إجراءات مؤقتة يجب اتخاذها للمحافظة على حقوق أي من الطرفين".

و تنص المادة 17 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الاونسترال) الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي بالصيغة التي اعتمدها اللجنة في دورتها التاسعة والثلاثين في عام 2006: "يجوز لمحكمة التحكيم أن تصدر تدابير مؤقتة بناء على طلب أحد الطرفين، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

بينما تنص المادة 458 مكرر 09 من المرسوم التشريعي رقم 09-93⁽¹⁾ أو ما ورد في النص المادة 1046⁽²⁾ من القانون الجديد للإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الذي يكاد يكون نفسه على أنه: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

¹ - المرسوم التشريعي رقم 09-93 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري ، المؤرخ في 25 أفريل 1993.
² - قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

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

يمكن لمحكمة التحكيم أو القاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير⁽¹⁾.

على هذا الأساس وبناء على ما جاء في نص المواد يمكن أن نستخلص فيما يخص تعريف التدابير المؤقتة والتحفظية في التحكيم التجاري الدولي⁽²⁾ مايلي:

- أنها تدابير أو إجراءات يأمر بها القاضي أو المحكم التجاري بصدد نزاع قانوني مطروح أمامه يتعين الفصل فيه.

- تدابير تمهيدية تسبق عادة الفصل في النزاع ترمي إلى إيجاد أفضل الظروف لحل هذا النزاع من الناحية الموضوعية.

- تدابير مؤقتة أي أنها غير نهائية ترتب آثارها كقاعدة عامة في الفترة السابقة لصدور القرار النهائي ، ومن ثمة يجوز إلغائها في أي وقت إذا اختفت الظروف التي أدت إلى صدورها وفي معظم الأحيان تسقط هذه التدابير بمجرد الفصل في النزاع أو تسويته.

- تدابير تتسم عادة بالاستعجال.

- تدابير لا تمس بأصل الحق المتنازع بشأنه فهي مجرد وسيلة للحفاظ والاحتياط.

- تدابير يحكم بها القاضي أو المحكم من خلال بحث أو تحقيق مختصر للدعاءات المطروحة ، وبناء على ما يستخلص من ظاهر الوثائق و المستندات، وعلى ما يبدو أنه الصواب في الموضوع لأول وهلة بخلاف القضاء الموضوعي الذي يقوم على رأي يقيني يصل إليه القاضي بعد تحقيق وبحث كاف وعميق للأدلة والمستندات.

- تدابير غايتها حماية الحقوق والمراكز القانونية لأطراف النزاع.

- تدابير تخضع لضمانات كافية وملائمة يلتزم بها الطرف الذي طالب بإيقاعها.

¹- عليوش قربوع كمال، " التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2004، ص 58.

²- عبد العزيز مخيمر عبد الهادي ، المرجع السابق، ص 745.

المطلب الثاني

خصائص التدابير المؤقتة والتحفظية

إن التدابير المؤقتة والتحفظية تلعب دورا هاما في حماية الحقوق و المراكز القانونية من حيث أن الانتظار إلى حين الحصول على الحماية القضائية الموضوعية قد ينجر عليه أخطار بالغة بما فيها ضياع الحق بصفة نهائية أو ضياع الضمانات التي كانت تحميه.

إلا أن واقع النظام القانوني للتدابير المؤقتة والتحفظية يقوم على إجراء موازنة دقيقة بين مصالح متعارضة ، فمن جانب نجد أن هذه الإجراءات تصدر دون مراعاة لمبدأ المواجهة بين الخصوم ، ودون إعطاء أحد أطراف الخصومة فرصة الدفاع وتقديم الأدلة ومن جانب آخر يتعين أن تقوم هذه الإجراءات بدور محدود، وهو حماية الحق أو المركز القانوني بصفة مؤقتة دون المساس بأصل كلاهما، وهو الأمر الذي يؤكد وجود خصائص مميزة للتدابير المؤقتة والتحفظية نجملها في الآتي :

الفرع الأول

الطابع المؤقت للتدابير المؤقتة والتحفظية

إن الحكم الذي يصدره قاضي الأمور الاستعجالية هو حكم قضائي بالمعنى الدقيق لأنه يفصل في مسألة معينة ومنتازع فيها بين خصمين فهو صادر عن سلطة قضائية مختصة ويحوز على حجية الشيء المقضي به وهذه الحجية تلزم القاضي الذي أصدره ولا تلزم قاضي الموضوع وكذلك المحكم على حد سواء عند النظر في موضوع النزاع.

ولما كان الحكم الوقتي ليس فاصلا في أصل النزاع ، بمعنى أنه لا يتعرض لموضوع الحق ، أين يمكن العدول عنه باستصدار حكم يقضي بإلغاء الإجراء الوقتي

أو التحفظي السابق أو تعديله في حال تغيرت الظروف التي بررت إصداره ، سواء من قبل قاضي الاستعجال أو المحكم الذي أصدره أو من قبل قاضي الموضوع (1).

بالإضافة إلي أن الأوامر الاستعجالية لا تثبت إلا في الإجراءات الوقتية ولا تمس بما يمكن أن يقضى به في الجوهر ، كذلك فإن هذه الأوامر تدخل ضمن الأحكام الوقتية (2) التي يكون الغرض منها الأمر بإجراء تحفظي أو تحديد مركز الخصومة بالنسبة لموضوع النزاع تحديدا مؤقتا إلى أن يتم الفصل في النزاع بحكم يصدر في موضوعها.

وعلى هذا الأساس فإن التدابير التحفظية والمؤقتة، هي تدابير غير نهائية تصدر بصفة مؤقتة ، ترتب آثارها خلال الفترة ما قبل صدور الحكم النهائي القاضي في موضوع النزاع والفاصل في جوهره ، وهي بذلك تفقد أي قيمة إذا ما اختفت الظروف التي بررت وجودها ، مما يجوز إلغاؤها في أي وقت بزوال الدافع الذي أدى إلي إصدارها و يمكن القول بأن الإجراءات الوقتية و التحفظية توقع حماية مؤقتة ينقضي دورها بمجرد صدور الحماية القضائية الموضوعية(3).

إضافة إلي ما تم التطرق إليه ضمن الخصائص المميزة للتدابير المؤقتة والتحفظية يمكن الإشارة كذلك لطابعها التبعي من حيث أنه لا يمكن اتخاذها إلا بصدد نزاع قائم أو محتمل الوجود حول الموضوع الأصلي الذي اتفق بشأنه على التحكيم ، فالغاية من التدابير المؤقتة و التحفظية هي إصدار الحكم و ضمان تنفيذه مستقبلا(4).

1- احمد مصلح الطرونة ، "مدى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم في القانون الأردني" ، مقال منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، العدد الرابع ، ص 221.

2- يونس العبار ، "الإجراء الاستعجالي بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم" ، مقال منشور في الموقع www.marocdroit.com ، الدخول بتاريخ 14-03-2018 على الساعة 09:42.

3 - يونس العبار ، المرجع السابق. www.marocdroit.com.

4- احمد سيد احمد محمود، "سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية و الأوامر في القانون المقارن والكويتي و المصري"، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، 2001، ص 89.

الفرع الثاني

مرونة التدابير المؤقتة والتحفظية

باعتبار الإجراءات الوقتية والتحفظية ترتبط بعنصر الاستعجال ، فإنها بحكم الطبيعة لا تحتل التأخير ، لما يترتب على ذلك من أضرار تلحق الأطراف ، كما أن الهدف من وجود القضاء الاستعجالي هو تقرير الحماية السريعة للمتقاضين وهو ما يقتضي بالضرورة اختلاف الإجراءات بالمقارنة مع الإجراءات العادية للتقاضي طبقا لما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 918 (1).

كما أشارت المادة 484 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي إلي طابع السرعة التي تتميز بها الأحكام الاستعجالية بنصها على أن " الحكم المستعجل حكم وقتي يصدر بناء على طلب أحد الطرفين في حضور الطرف الآخر أو بعدم إعلامه في الحالات التي يخول فيها القانون للقاضي (مع عدم المساس بأصل الحق) سلطة الحكم في الحال بإجراءات ضرورية " (2).

كما أن اتفاق التحكيم لا يمنع أي من أطرافه من اللجوء إلى قاضي الاستعجال 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 في القضايا المستعجلة مقارنة مع إجراءات الدعوى العادية أمام محاكم الموضوع (3).

إلى جانب أن الغاية من اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية هي حماية الحق من كل خطر محقق لا يتحمل الإجراءات العادية ،مما يعني بالضرورة سرعة البث فيها لحماية الحق المتنازع عليه بأحكام يصدرها قاضي الاستعجال وهي أحكام قضائية تفصل في مسألة معينة متنازع عليها بين خصمين، من جهة قضائية مختصة ، تحوز حجية الشيء المقضي به وتلزم هذه الحجية القاضي الذي أصدر الحكم وطرفي النزاع بما يقضي به القاضي بصفة مؤقتة لا تمس بأصل الحق ، وعليه فإن حكم قاضي

1- قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

2 - بونس العيار ، المرجع السابق. مقال منشور في الموقع www.marocdroit.com ، الدخول بتاريخ

2018-03-14 على الساعة 09:42.

3 - يوسف حسني الحر ، المرجع السابق،ص 21.

الاستعجال لا يجوز العدول عنه إلا إذا كان هناك تغيير في الأسباب التي استدعت إصداره أو طراً 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 محكمة التحكيم ملزمة بالبت في مدة محددة بأربعة أشهر " ...يلزم المحكمون بإنهاء مهمتهم في ظرف (4) أشهر من تاريخ تعيينهم "...وفقاً لأحكام المادة (1018) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك فكيف إذا كان الأمر مستعجلاً.

المطلب الثالث

تطبيقات عملية للتدابير المؤقتة و التحفظية في التحكيم التجاري الدولي

إن التنامي المتزايد لأهمية التدابير المؤقتة و التحفظية في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم جعل منها الإجراء الأولي الذي يتخذه المحكم بناء على طلب أحد طرفي النزاع في أي خصومة تحكيمية ضماناً للحقوق ، وهو الأمر الذي يبرر اختلاف تطبيقاتها باختلاف الموضوع المتنازع بشأنه أو اختلاف الاتفاق التحكيمي و كذا مقتضيات القضية المعروضة على التحكيم بما تستوجبه إجراءات كل خصومة لحماية الحق محل التهديد و على أساس أردنا ضمن هذا المطلب إدراج أهم تطبيقات التدابير المؤقتة و التحفظية في الخصومة التحكيمية في الفرع الأول إلى جانب صعوبات حصر حالات استصدار تدابير مؤقتة أو تحفظية في الفرع الثاني وهذا على النحو التالي:

الفرع الأول

أهم التطبيقات المتعلقة بالتدابير المؤقتة والتحفظية

إن الحديث عن أهم التطبيقات المتعلقة بالتدابير المؤقتة والتحفظية لا يعني أبدا حصر المجال العملي لها ضمن إطار محدد يقيد سلطة المحكم أو القاضي على السواء في الأمر بها، بل بالعكس تبقى سلطتهما قائمة وغير محصورة دون المساس طبعا بأصل الحق أو الجوهر في مجال حماية الحقوق و المراكز القانونية التي من الممكن أن يطرأ عليها تغيير عند قيام أي نزاع تحكيمي ولعل أهم هذه التطبيقات مايلي⁽¹⁾:

- 1- الأمر بتوقيع الحجز التحفظي على أموال المدين أو على مستحقته لدى الغير خشية تهريب هذه الأموال.
- 2- طلب إثبات حالة وإجراء معاينة.
- 3- طلب الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة للحفاظ على سلع ومعدات موضوع النزاع مع طلب إيداعها مكان أمين إلى حين الفصل في النزاع أو طلب بيعها في حالة ما إذا كانت قابلة للتلف ولا يمكن الانتظار إلى غاية الفصل في النزاع.
- 4- استدعاء خبير وتكليفه بمهام لها طابع فني أو محاسبي.
- 5- طلب تعيين حارس على الشركة أو استبداله أو الأمر بإنهاء الحراسة.
- 6- طلب الأمر بإجراء الصيانة اللازمة والضرورية لمعمل خشية الإضرار به وبمعداته.
- 7- طلب تعويض مؤقت إلى حين الفصل في دعوى التعويض نهائيا، لا سيما في عقود الإنشاء الضخمة ، إذ قد يحدث وأن ينفذ المقاول التزامه وينهي بالكامل المشروع المتفق عليه، أين تكون له بذلك مستحقات مالية ضخمة في ذمة صاحب المشروع ولكن ونظرا لوجود خلاف يتعلق بإجراءات التسليم القانوني للمشروع أو عدم مطابقة بعض الأعمال للمواصفات المتفق عليها تمتنع الشركة عن الدفع وبالتالي يجد المقاول نفسه مجبرا على اللجوء إلى التحكيم لحل هذا النزاع والحصول على مستحقته إلا أنه وبالرغم من السرعة التي يتميز بها التحكيم إلا أن حسم

¹- ابو العلاء علي ابو العلاء النمر، المرجع السابق ، ص 23.

هذا النزاع خاصة وأنه يتعلق بعمليات هندسية وفنية و محاسبية يستغرق وقتا طويلا وهو الأمر الذي يهدد الذمة المالية للمؤسسة أو المقاوله المكلفة بالانجاز من جراء حبس مستحقاتها المالية إلى جانب عدم قدرتها على الوفاء بما عليها من مستحقات واجبة الأداء للغير هي الأخرى.

وبالتالي يكون حل المشكلة عن طريق تقديم طلب تعويض مؤقت لمحكمة التحكيم إلى غاية الفصل النهائي في الموضوع ، وغالبا ما تستجيب محكمة التحكيم لمثل هذا الطلب ولا سيما إذا كانت القرائن تظهر أن المقاول له حق ثابت و الخلاف يتمحور حول مقدار الحق وليس حول وجوده⁽¹⁾.

¹ - ابوالعلا علي ابو العلاء النمر ، منقول عن اكنم أمين الخولي " النظام الإجرائي للتحكيم والتدابير المؤقتة والخبرة أمام المحكمين "، الدورة الصيفية الأولى في التحكيم التجاري، صلالة، سلطنة عمان، أوت 1997 ص 12.

الفرع الثاني

صعوبة حصر الحالات المتعلقة بالتدابير المؤقتة والتحفظية في مجال التحكيم

من الصعوبة بمكان حصر الحالات المتعلقة بالتدابير المؤقتة والتحفظية في مجال التحكيم ، ومرجع ذلك أن هذه التدابير لها من جهة أشكال وصور مختلفة تختلف باختلاف صور الحماية التي توفرها للخصوم في التطبيق العملي، أين نجد تدابير تهدف إلى تحقيق توازن في العلاقات القانونية بين الخصوم أثناء سير خصومة التحكيم و تدابير ترمي إلى إحداث حالة واقعية أو قانونية لضمان تنفيذ الحكم الذي سيصدر في المستقبل، إلى جانب تدابير تهدف إلى حفظ الأدلة اللازمة للفصل في النزاع⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى يتعذر حصر الحالات التي يمكن فيها عقد الاختصاص لمحكمة الاستعجال في مجال التدابير المؤقتة والتحفظية، بعكس الحالات المتعلقة بالأوامر على العرائض و التي سوف نتناولها ضمن الفصل الثاني ، حيث يتعلق الأمر بحالات معينة على سبيل الحصر، و لا يجوز إصدار أمر على عريضة ما لم يوجد نص يقرر ذلك وهذا هو المفهوم الذي كرسه المشرع المصري⁽²⁾.

و أساس هذه التفرقة بين سلطة محكمة الاستعجال في اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية وسلطة قاضي الأمور الوقتية في اتخاذها بناء على أوامر على عرائض في هذا المجال هو أن الأمر على عرائض طريق استثنائي على خلاف الأصل في طلب الحماية القضائية، ومن ثم يجب إعماله بحسب نطاقه⁽³⁾.

¹ - أبو العلاء علي ابوالعلا النمر، المرجع السابق، ص 144.

² - احمد سيد احمد محمود، المرجع السابق، ص 197.

³ - عبد اللطيف مشبال، المرجع السابق، ص 358.

الفصل الثاني

إجراءات اتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية

انطلاقاً من كون الغاية من التدابير المؤقتة والتحفظية هي حماية الحقوق والمراكز القانونية لأطراف النزاع والتي تستوجب سرعة البث فيها إلى جانب المرونة والبساطة في الإجراءات المتعلقة بها و مرد ذلك الخوف من الإضرار بهذه الحقوق أو زوالها خاصة وأن هذه الإجراءات تترتب عليها آثار قانونية ملزمة لأطراف النزاع ، كما أنه من شأنها أن تمس بالمراكز والأوضاع القانونية لهم لاسيما الإجراءات أو التدابير المؤقتة و التحفظية الصادرة عن القضاء في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، وهو الأمر الذي أردنا تناوله ضمن هذا الفصل من خلال مبحثين حول القواعد الإجرائية لإصدار الأحكام المتعلقة بهذه التدابير في المبحث الأول و آثار هذه الأحكام ضمن المبحث الثاني.

المبحث الأول

إصدار التدابير المؤقتة والتحفظية

بما أن الحديث عن القواعد الإجرائية يدفعنا للحديث عن السلطة الولائية للقاضي والمحكم في استصدار التدابير المؤقتة والتحفظية، رغم أن هذه السلطة الولائية وبخلاف المحكم معترف بها صراحة للقاضي دون المحكم من منطلق أن هذا الأخير هو قضاء اختياري فضلنا ضمن هذا المبحث التطرق إلى هذه السلطة من جانب القواعد الإجرائية المتبعة في استصدار التدابير المؤقتة والتحفظية من القضاء و التحكيم في المطالبين الأول و الثاني في حين تبياننا لما سبق نتناول في المطلب الثالث القواعد الإجرائية في التشريع الجزائري.

المطلب الأول

قواعد استصدار التدابير المؤقتة والتحفظية من القضاء الوطني

إن الاعتقاد السائد يقضي بالضرورة التفرقة بين الشكل القانوني الذي يتبع في استصدار أمر أو حكم بالتدبير الوقفي أو التحفظي من قضاء الدولة عن غيره الصادر عن قضاء التحكيم ، و أساس هذه التفرقة وهو وجود تنظيم قانوني لشكل طلب الحماية القضائية في مجال التدابير المؤقتة و التحفظية، هذه الشكلية في العمل القضائي و الملزمة لأطراف النزاع نتناولها من خلال هذا المطلب في فرعين هما:

الفرع الأول

تعريف الأوامر على العرائض

إن الأعمال الأساسية للقضاة هي الأعمال ذات الطبيعة القضائية ، إلا أنه فضلا عن ذلك يمارسون أعمالا ذات طبيعة ولائية لا تعتبر أساسية و لا تدخل ضمن وظيفتهم العادية، مصدر سلطة القاضي في ممارستها هي ولايته العامة باعتباره واحد من الحكام أو ولاية الأمور الذين يملكون توجيه الناس ومن هنا كانت تسمية هذه الأعمال بالأعمال الولائية فهي أعمال تسند إلى ولاية القاضي⁽¹⁾، وتعتبر الأوامر على العرائض أهم صور الوظيفة الولائية وشكلها النموذجي.

فإذا كان المقصود بالسلطة الولائية للقاضي هي سلطة إصدار الأوامر على العرائض أو سلطة اتخاذ القرار في غياب الخصومة أو الخصوم مع مباشرة النشاط دون وجود منازعة بين خصمين.

¹ - محمود السيد التحيوي، "أوامر الأداء وفقا لقانون المرافقات المدنية والتجارية"، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2003، ص 17.

فإن الأوامر على العرائض هي عبارة عن قرارات وقتية أو تحفظية تصدر عن غير خصومة وفي غياب من صدر الأمر ضده وتعتبر سندات تنفيذية⁽¹⁾، وتصدر بمقتضى السلطة الولائية لرئيس المحكمة أو القاضي المختص، لا تمس موضوع الحق، وقد تتعلق به أو بتنفيذه وتتضمن إذن أو تكليف أو إجازة للإجراء أو تنظيمه كما أنها تأخذ العديد من المظاهر أهمها⁽²⁾:

- 1- التوفيق والتصديق حيث تكون مهمة القاضي إثبات ما تم أمامه.
- 2- الرقابة والضبط حيث تكون مهمة القاضي مراقبة التصرفات وضبط المسائل مما يؤدي إلى التحقق من سلامتها ومطابقتها للقانون.
- 3- الإذن بالأمر، حيث يدخل ضمنها مختلف ما يقوم به القضاء لإصدار أوامر باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية لحماية الحقوق المعرضة للخطر أو الضياع كالأمر بوضع الأختام على التركات.

وقد نظم القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الأوامر على العرائض ضمن قسم خاص بعنوان " في الأوامر على العرائض " وبعض القوانين الخاصة على غرار قانون الأسرة و القانون التجاري، تضمنت في مجملها الأوامر على العرائض التي تصدر عن رؤساء الجهات القضائية بما في ذلك الحجوز التحفظية و التنفيذية و أمر التخصيص إلى جانب الأوامر على العرائض التي تصدر عن رؤساء الأقسام مثال ذلك الترخيص بالتصرف في حقوق و أموال القصر، الأمر بتعيين ولي الأمر بكفالة ، الأمر بتعديل أو رفع التقديم عن ناقصي الأهلية ، الأوامر باستبدال الخبراء، الأمر بتصفية المصاريف القضائية⁽³⁾.

و عليه يمكن أن نحصر خصائص الأمر على عريضة في الآتي⁽⁴⁾:

¹ - محمد حسنين، "طرق التنفيذ في الإجراءات المدنية الجزائرية"، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 65.

² - يوسف حسني الحر، منقول عن غصن خليل عمر، "سلطة المحكم الامرية في التحكيم الداخلي" منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005، ص 27.

³ - بوبشير محمد امقران، "قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 396.

⁴ - فتحي والي، "الوسيط في قانون القضاء المدني"، دار النهضة العربية، طبعة 2001، ص 486.

- 1- لا وجود لمواجهة في العمل الولائي.
- 2- لا يقبل التدخل في إجراءات العمل الولائي.
- 3- يتمتع القاضي في عمله الولائي بدور ايجابي سواء في تقديره ملائمة العمل أو القرار أو في تقديره صحة الإجراء المطلوب منه.
- 4- لا يجوز العمل الولائي على حجية الأمر المقضي فيه.
- 5- لا تتقضي سلطة القاضي في المسألة بإصدار الأمر الولائي.
- 6- يجوز رفع دعوى أصلية ببطلان الأمر الولائي.
- 7- لا تخضع الأعمال الولائية لطرق الطعن التي تخضع لها الأعمال القضائية.

الفرع الثاني

إجراءات إصدار الأوامر على العرائض

قد يتم طلب التدبير الوقي أو التحفظي من قاضي الاستعجال بالمحكمة المختصة بنظر النزاع المتعلق به ذلك الأمر، من خلال الأوامر على العرائض ضمن سلطته الولائية وهي إجراءات عملية لا تختلف في شكلها عن الإجراءات الجاري العمل بها في الميدان القضائي نبيها لاحقاً الغاية منها الحصول على حكم قضائي يقضي بهذه التدابير⁽¹⁾.

أولاً : تقديم الطلب على عريضة

يقدم طلب الأمر في شكل عريضة من نسختين مطابقتين إلى أمانة الضبط بالمحكمة ويجب أن تشمل العريضة على البيانات اللازمة لتحديد كل من الطالب والمطلوب صدور الأمر ضده ، وعلى بيان وقائع الطلب و أسانيد من الناحية القانونية ، وعلى بيان الموطن المختار للطالب في المكان الذي به مقر المحكمة المقدم إليها الطلب

¹ - ابو العلاء علي ابو العلاء النمر ، المرجع السابق، ص 110.

وترفق بالعريضة المستندات المؤيدة للطلب وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 311 من ق.إ.م.إ.ج⁽¹⁾.

وللقاضي السلطة التقديرية الكاملة في قبول الطلب كلياً أو جزئياً أو رفضه، على أنه ليس للقاضي قبول الطلب و إصدار الأمر إلا إذا كان الطلب مقمدا في إحدى الحالات التي ينص عليها القانون ، مع احتمال وجود الحق أو المركز القانوني الذي يتعلق به الأمر، و وجود استعجال أي خشية من احتمال وقوع ضرر بالحق على فرض وجوده إذا لم يحصل الطالب على الأمر ، وكان المطلوب إجراء وقتي لا يمس الموضوع⁽²⁾.

ثانياً: ميعاد إصدار الأمر

يفصل القاضي في الطلب في اليوم التالي لتقديم العريضة على الأكثر وهذا ما نصت عليه المادة 196 من قانون المرافعات المصري، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أورد في نص المادة 299 من ق.إ.م.إ.ج⁽³⁾ " يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب، وينادى عليها في اقرب جلسة.

يجب الفصل في الدعاوى الاستعجالية في اقرب الآجال" أي أنه أكد على عنصر الاستعجال إلا أنه لم يحدده بمدة زمنية معينة على غرار المشرع المصري. إلا أنه ورغم ذلك يبقى هذا الميعاد تنظيمي فقط لا يترتب على مخالفته أي بطلان⁽³⁾.

ثالثاً: سقوط الأمر على عريضة

ويقصد بسقوط الأمر على عريضة إذا لم يقدم للتنفيذ خلال مدة معينة ، و يتعلق هذا السقوط بمصلحة من صدر ضده الأمر أو من ينفذ ضده فله وحده التمسك به

¹ - قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - فتحي والي، "الوسيط في قانون القضاء المدني"، المرجع السابق، ص 856.

³ - فتحي والي، "الوسيط في قانون القضاء المدني"، المرجع السابق، ص 856.

على أن هذا السقوط لا يمنع من صدر لصالحه الأمر أن يستصدر أمرا جديدا ويكون للقاضي في هذه الحالة أن يقدر الظروف القائمة عند إصدار الأمر الجديد⁽¹⁾.

رابعاً: التظلم من الأمر على عريضة

يجوز لذوي الشأن الحق في التظلم إلى المحكمة المختصة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ويمكن لكل صاحب مصلحة بمن فيهم طالب الأمر الذي رفض طلبه أن يرفع التظلم كطلب فرعي تبعا للدعوى الأصلية التي صدر الأمر متعلقا بها وذلك في أية حالة تكون عليها الدعوى بشرط أن يكون ذلك قبل قفل باب المرافعة.

خامساً: إجراءات التظلم

يسير التظلم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وذلك سواء كان مرفوعا أمام المحكمة المختصة أو القاضي الأمر، أي بعريضة توضع بأمانة الضبط تم تعلن للطرف الآخر على يد محضر ينظر في جلسة علانية بحضور الخصوم وتسير الإجراءات وفق مبدأ المواجهة بين الخصوم، وتنتهي هذه الإجراءات بحكم في التظلم ، على أن يكون هذا الحكم مسببا و إلا كان باطلا⁽²⁾.

كما يصدر الحكم في التظلم إما بتأييد الأمر أو تعديله أو إلغائه ويكون باعتباره حكما قابلا لطرق الطعن المقررة قانونا وفقا لأحكام المادة 312 من ق.إ.م.إ.ج ، خاصة وان الاستجابة للطلب المقدم للقاضي لا يعني الاستجابة الحرفية لما تم المطالبة به بل يمكن للقاضي أن يصيغ الأمر بالصياغة القانونية التي يقدرها⁽³⁾.

¹ - ابوالعلا علي ابو العلا النمر ، المرجع السابق، ص 111.

² - وجدي راغب فهمي، "مبادئ القضاء المدني"، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، 2001 ص 844.

³ - براهيم محمد، " الوجيز في الإجراءات المدنية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، الجزائر 2000، ص96.

المطلب الثاني

قواعد استصدار التدابير المؤقتة والتحفظية من محكمة التحكيم الدولي

تتميز إجراءات استصدار التدابير المؤقتة و التحفظية من محكمة التحكيم عن التي تصدر من القضاء في العديد من الجوانب خاصة و أن الأصل فيها هو حرية الأطراف في الاتفاق على إجراءات التحكيم دون التقيد بالإجراءات التي ينص عليها النظام التحكيمي أو تلك التي ينص عليها قانون الإجراءات المدنية إذا لم يتعلق الأمر منها بالنظام العام، إلا أن هذه الإجراءات متى انعقد الاتفاق تكون ملزمة للطرفين شأنها في ذلك شأن الإجراءات التي ينص عليها القانون⁽¹⁾، وهو الطرح الذي نبينه في الفرع الثاني من هذا المطلب إلى جانب مدى التزام المحكم بقواعد القانون في الفرع الأول.

و يبدو التميز في الأعمال الإجرائية التي ينظمها التحكيم في مجالات محددة والتي سوف نتناولها بالدراسة لاحقا ضمن فروع هذا المطلب، تضاف للخصائص الإجرائية التي يتميز به التحكيم من حيث مرونة الإجراءات وبساطتها في تقديم الطلبات التي لا تتم على يد محضر، ولا يلزم أن تسلم في موطن المعلن إليه، وليس هناك مجال في خصومة التحكيم لشطب الدعوى أو سقوط الخصومة أو إلغائها خلال مدة زمنية محددة ، وإذا توقفت الخصومة التحكيمية أو انقطعت فليس هناك نظام خاص بتعجيل الخصومة بعد زوال سبب الوقف أو الانقطاع⁽²⁾.

¹ - فتحي والي، "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق"، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية، 2007، ص 350.

² - فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق"، المرجع السابق، ص 351.

الفرع الأول

مدى التزام محكمة التحكيم بقواعد القانون

من المعروف أن هناك إجراءات شكلية معينة تنظم استصدار حكم أو أمر وقتي أو إجراء تحفظي من القضاء وأن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد نظم هذه الشكليات على نحو مفصل، إذ أن الخروج عن هذه الشكليات يعرض طالب الأمر إلى جزاء عملي يتمثل في رفض الأمر أو الإجراء المطلوب ، كما أن تنظيم هذه الإجراءات الشكلية التي تم بيانها سابقا يرجع إلى اعتبارات قانونية أساسها فكرة أن القضاء مرفق عام يؤدي خدمة العدالة باسم الدولة ، ولا يجوز بذلك ترك كيفية أداء هذه الخدمة لمزاج الأفراد الشخصي فمن أجل ذلك ولتيسير عمل القضاة ينظم القانون هذه الجوانب الشكلية على نحو تفصيلي من باب حسن أداء العدالة⁽¹⁾.

و لكن اللجوء إلى التحكيم أمر مختلف، فالنظام القانوني للتحكيم باعتباره عدالة خاصة اتفاقية تعمل في ظل القانون يفرض كثير من التغير في هذا المقام، حتى يكون للمحكم سلطة إصدار أمر وقتي أو تحفظي سليم.

وهو الأمر الذي يدفعنا إلي التساؤل عن مدى التزام المحكم بقواعد القانون التي تنظم الشكل القانوني للأمر بالتدابير المؤقتة و التحفظية؟

الإجابة على هذا التساؤل تدور حول فكرتين أساسيتين هما⁽²⁾:

1- فكرة الاستعانة بأحكام القانون العادي وذلك فيما لم يرد تنظيمه على نحو تفصيلي في قانون التحكيم وذلك لسد الفراغ أو القصور التشريعي في سير وتنظيم الخصومة التحكيمية ، ومعنى ذلك أنه يجب على المحكم الالتزام بالقواعد الشكلية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنظم الأوامر على العرائض لعدم وجود تنظيم تشريعي لها في قانون التحكيم.

1 - أبو العلا علي ابو العلا النمر ، المرجع السابق، ص 128.

2- هدى محمد مجدي عبد الرحمان، "دور المحكم في خصومة التحكيم"، دار النهضة العربية، 1997 ص 197.

2- فكرة رفض الاستعانة بأحكام القانون العادي وذلك بالنظر إلى عدم جواز إعمال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على خصومة التحكيم لاختلاف طبيعة الروابط والعلاقات التي تنشأ في إطار التحكيم وهو الأمر الذي يحبذ استقلالها بقواعد خاصة مميز لها.

وفي محاولة لحسم التعارض القائم بين الآراء الفقهية المتباينة في مسألة الاستعانة بأحكام القانون الوطني من عدمها بغية تنظيم الشكل القانوني للأمر بالتدابير المؤقتة أو التحفظية ومدى التزام المحكم بذلك ، يمكن القول أنه إذا كانت الإرادة الفردية في خصومة التحكيم يمكن أن تخالف وتستبعد القواعد الإجرائية المنصوص عليها في القوانين الوطنية، وابتكار نظام إجرائي آخر مستمد من قانون آخر أو اتفاقية دولية أو لائحة مركز تحكيم، فكل هذا جائز بشرط عدم الخروج عن النظام الإجرائي العام في القانون الوطني طالما أن هذا التحكيم يخضع أصلاً إلى أحكام القانون التحكيمي الوطني⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الشكل القانوني للأمر بالتدابير المؤقتة والتحفظية الصادرة عن محكمة التحكيم

إن الاعتقاد السائد لدى جمهور الفقهاء أن الإجراءات الشكلية التي تحكم عرائض الأمر بالتدابير المؤقتة والتحفظية سواء كانت صادرة عن القضاء أو المحكمة التحكيمية لا تطرح إشكالا بحد ذاتها بقدر ما تطرحه الاختلافات التي ترجع بالأساس إلى أن المشرع نص صراحة على إمكانية أن تأمر محكمة التحكيم بتدابير مؤقتة أو تحفظية التي تقتضيها طبيعة النزاع ، في حين أن التدابير التحفظية لها نظام خاص في قانون الإجراءات، وهذا التنظيم التفصيلي قد لا يتفق مع خصومة التحكيم التي تتميز بطابع خاص⁽²⁾.

¹ - أبو العلا علي أبو العلا النمر ، المرجع السابق، ص 231.

² - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية، دار الشروق القاهرة الطبعة الأولى، 2002، ص 434.

جاء في نص المادة 1046 ق إ م إ الجزائري " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك..." و من ثمة إذا كان لمحكمة التحكيم سلطة إصدار أوامر وقتية أو تحفظية بناء على اتفاق الأطراف فإن التساؤل يثور حول مدى إمكانية التظلم من هذه الأوامر وفقا لقواعد أحكام الشريعة العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنظم هذا الموضوع، بمعنى آخر هل أحكام القواعد العامة للتظلم المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشأن الأوامر على العرائض، تسري أيضا على أحكام الأوامر على العرائض التي تأمر بها محكمة التحكيم أم أنها لها نظام خاص بها يختلف عما هو مقرر في قانون الإجراءات؟.

المشرع الجزائري في هذا الإطار نظم الأوامر على العرائض في قسم خاص تحت عنوان الأمر على العرائض ضمن الفصل الخامس من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، في المواد من 310 إلى 312 التي نص على خصائص ومميزات الأمر على عريضة ، إجراءات وشكل التقديم، كيفية الطعن وقاعدة سقوط الحق على غرار باقي التشريعات كالتشريع المصري و الفرنسي⁽¹⁾، وهذا بشكل عام دون أن يقصرها على إجراءات معينة سواء تعلق الأمر بإجراءات قضائية أو تحكيمية.

بمعنى آخر يمكن لمرونة التفسير أن تسمح بتخطي كافة العقوبات القانونية و العملية التي تواجه المحتكم الذي تظهر حاجته إلى اتخاذ تدبير وقتي أو تحفظي أثناء سير الخصومة التحكيمية فقد نظم المشرع سلطة محكمة التحكيم في اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية مراعيًا في ذلك طبيعة نظام التحكيم و فلسفته التي تقوم على الرضا والاتفاق مع ضرورة احترام القواعد الأساسية في طلب الحماية القضائية، ولذلك فقد نص عليها المشرع في إطار مساعدة ورقابة قضاء الدولة الذي يبقى صاحب الاختصاص الأصيل في الأمر بالتدابير المؤقتة والتحفظية وأحكامه في هذا الشأن تعد هي الشريعة العامة التي يتعين الرجوع إليها في كل حالة لا يوجد بشأنها حل اتفاقي بين الأطراف⁽²⁾.

¹ - سلام حمزة، "الأوامر على العرائض في قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، دار هومة، الطبعة الثانية، 2013، ص 72.

² - أبو العلا علي أبو العلا النمر، عن فتحي والي "التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المرافعات المدنية التجارية"، مطبعة جامعة القاهرة، 1993، ص 363.

إلا أنه وبالرغم من ذلك وحتى يكون القرار الوقتي أو التحفظي الصادر عن محكمة التحكيم قابلاً للتنفيذ في حال امتنع الطرف الذي صدر الأمر ضده ، لابد من توفر جملة من الشروط الموضوعية والشكلية التي نوجزها فيما يلي:

أولاً: الشروط الموضوعية

- 1- يجب أن يكون القرار المستعجل الصادر عن محكمة التحكيم في نزاع معين من اختصاص المحكمة بموجب اتفاق تحكيم، ويجب أن يكون هذا الاتفاق كامل الأركان و الشروط الموضوعية العامة الواجبة التوفر في العقد من رضا وأهلية ومحل.
 - 2- يجب أن يكون اتفاق التحكيم محددًا بدقة النزاعات المسموح النظر فيها من قبل محكمة التحكيم تحت طائلة رفض القرار المؤقت من قبل المحكمة المختصة.
 - 3- يجب أن يتضمن الاتفاق تخويل محكمة التحكيم الاختصاص باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية في النزاع الذي سيتم عرضه عليها، سواء أكان هذا الاتفاق بشكل صريح أو بند من بنود اتفاق التحكيم أو بشكل ضمني من خلال الإحالة على لائحة تحكيمية تخول محكمة التحكيم ذلك.
 - 4- يجب أن يكون القرار المستعجل له علاقة بالحق المراد حمايته أو الحفاظ على دليل له علاقة بالحق موضوع النزاع المعروض على محكمة التحكيم⁽¹⁾.
- إلا أن المتطلبات الواجب توفرها حتى يمكن للمحكمة أو محكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية هي الاستعجال أولاً و عدم المساس بالجوهر أو بأصل الحق ثانياً⁽²⁾.

و يجوز للخصوم إذا تخلف أحد الشرطين السابقين الدفع بعدم اختصاص القاضي في أي حالة كانت عليها الدعوى وليس للخصوم الاتفاق على اختصاص قاضي الأمور الاستعجالية بالنظر في مسألة تفتقر لأي من هذين الشرطين وذلك لأن اختصاص القضاء الاستعجالي لا يتولد من مجرد رغبة الخصوم في ذلك أو من اتفاقهم صراحة

¹ - يوسف حسني الحر، المرجع السابق، ص 37.

² - ابو العلا علي ابو العلا النمر ، المرجع السابق ، ص 96.

من طرح المنازعة أمامه ، بل يتولد من طبيعة الإجراء المطلوب الحكم فيه والحقوق الواجب المحافظة عليها (1).

و التساؤل الذي يمكن أن يطرح في هذا المقام هو في حالة ما إذا كانت محكمة 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 كلاهما؟

يرى جانب من الفقه أنه يمكن للمحكمة التحكيمية أن تأمر من تلقاء نفسها باتخاذ ما تراه مناسباً من إجراءات في إطار سير خصومة التحكيم كلما كانت تسعف الخصوم بحلول مؤقتة من الأخطار التي تحقق بالحق الذي هو موضوع الخصومة التحكيمية مستندا 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"(2).

و يرى جانب آخر أن هذه الإمكانية تجوز في حالة عدم اتفاق الأطراف على ما يخالف ذلك.

¹ - مصلح احمد الطراونة ، المرجع السابق، ص 8.

² - محمود صدقي احمد، "التدابير اللازمة للفصل في خصومة التحكيم"، مجلة التحكيم العربي، الجزء 2 العدد 10، 2007، ص 119.

ثانيا: الشروط الشكلية

عندما يصدر المحكم أمرا بتدبير أو إجراء تحفظي، فإنه يصدره بصورة حكم تحكيمي مؤقت، وحتى يكون هذا الحكم صحيحا من حيث الشكل وقابلا للتنفيذ لابد من توفر مجموعة من الشروط الشكلية⁽¹⁾ هي:

1- وجوب صدور قرار من محكمة التحكيم باتخاذ التدبير الوقفي أو التحفظي ويتم اثبات ذلك من خلال إظهار السند الخطي الذي يتضمن قرار محكمة التحكيم و أسماء أعضاء محكمة التحكيم وجنسياتهم وصفاتهم وعناوينهم وتاريخ و مكان صدور القرار و إذا اقتضى الأمر أسماء المحامين أو أي شخص يمثل الأطراف.

2- يجب الحصول على إذن محكمة التحكيم من قبل الطرف طالب الأمر بالتنفيذ عن طريق اللجوء إلي المحكمة المختصة للحصول على أمر التنفيذ و إلا منع الأمر بالتنفيذ.

3- يجب أن يكون طالب الأمر بالتنفيذ نفذ كل التزام تضمنه قرار محكمة التحكيم في معرض الموافقة على طلب اتخاذ القرار الوقفي مثل تكليفه بتقديم ضمان كاف لتغطية نفقات هذا التدبير.

4- يجوز الاعتراض على الحكم الوقفي أو التحفظي الصادر عن محكمة التحكيم على نحو ما هو متبع بالنسبة للاعتراض على القرارات أو الأحكام الوقفية التي تصدر عن القضاء الاستعجالي طبقا للقواعد العامة من حيث أن قانون التحكيم لم ينص صراحة أو ضمنا على جواز الاعتراض على هذا الأمر ، ولم ينص إلا على جواز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وهو حكم منهي للخصومة و التدابير ليست منهي للخصومة .

² - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص432.

المطلب الثالث

القواعد الإجرائية في التشريع الجزائري

انطلاقاً من الشكل القانوني للأمر بالتدابير المؤقتة والتحفظية المشار إليه مقدماً أردنا من خلال هذا المطلب التناول بالدراسة القواعد الإجرائية في التشريع الجزائري بالنسبة للأمر بالتدابير المؤقتة والتحفظية لا من حيث القواعد النظرية إنما من حيث القواعد الإجرائية. خاصة و أن فكرة التدبير الوقتي أو التحفظي هي نفسها في كل التشريعات الوطنية والدولية والتي تهدف بالأساس إلى حماية الحقوق والمراكز القانونية لأطراف النزاع دون المساس بأصل الحق.

ولما سلف تناولنا بالخصوص المحكمة المختصة بالتدابير و الإجراءات أمامها في الفرع الأول والضمانات الواجب تقديمها أثناء الأمر بالتدبير الوقتي أو التحفظي في الفرع الثاني كإجراءات عملية.

الفرع الأول

المحكمة المختصة بالتدابير و الإجراءات أمامها

بالرجوع إلي نص المادة 1046 من ق.إ.م.إ الجزائر نجد أن المشرع أشار إلى المحكمة المختصة بنظر طلب الأمر بالتنفيذ من خلال قول "القاضي المختص " دون تحديد هويته، على عكس مسألة تعيين المحكمين في المادة 1041 من نفس القانون⁽¹⁾.

أولاً: المحكمة المختصة

إذا كانت التدابير المؤقتة أو التحفظية تدخل في اختصاص قضاء الاستعجال، فإنه وبالرجوع للمواد من 299-305 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، نجد أن أي تدبير تحفظي أو أي إجراء مؤقت يتم طلبه أمام قاضي الاستعجال لدى المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها التدبير المطلوب وهذا في شكل دعوى عادية يتم الفصل فيها

¹ - قطاف حفيظ ، المرجع السابق، ص 66.

في اقرب الآجال، دون تكليف للطرف الآخر بالحضور⁽¹⁾، أما بالنسبة لتحديد المحكمة المختصة بنظر مسائل التحكيم بما فيها التدابير المؤقتة و التحفظية فهي تختلف باختلاف نوع التحكيم إذا ما كان يجري في الداخل أو الخارج⁽²⁾.

ثانيا: الإجراءات المتبعة

وجب التميز في هذا الإطار إذا ما كان التحكيم ينعقد في الجزائر أو خارجها.

1- إذا كان التحكيم يجري في الجزائر فإن الدعوى ترفع أمام رئيس المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها التحكيم إذا كان محددًا في اتفاقية التحكيم، أما في حالة عدم تحديد المكان في الاتفاقية فإن الاختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرتها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، والدعوى ترفع وفق الإجراءات العادية للدعوى الاستعجالية.

2- إذا كان التحكيم يجري بالخارج واختار الأطراف تطبيق الإجراءات المعمول في الجزائر فإن العريضة ترفع أمام رئيس محكمة الجزائر (محكمة سيدي محمد) والذي يفصل فيها وفق القانون الجزائري.

كما تجب الإشارة إلى حالة التدبير المتعلق بالحجز التحفظي الذي يكون الهدف منه هو تسهيل تنفيذ الحكم التحكيمي التجاري الدولي المحتمل صدوره، من خلال فرض الحظر على المدين في التصرف بأمواله التي يمكن التنفيذ عليها، وهنا من المفروض أن يختص بها القاضي حصرا دون المحكم بالنظر إلى طبيعة الإجراءات المتعلقة به وهذا بالرجوع إلى أحكام الحجز التحفظي المحددة في المواد من 646 إلى 666 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وجب - تحت طائلة البطلان - على المستفيد من تدبير الحجز التحفظي أن يرفع دعوى تثبيت الحجز خلال 15 يوم من تاريخ الأمر بالحجز (المادة 662 ق.إ.م.إ.ج)⁽³⁾.

1- محمد حسنين ، المرجع السابق، ص 65.

2- فتحي والي ، "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق" ، المرجع السابق، ص 75.

3- قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 68.

إلا أن المحكمة العليا في قرار لها⁽¹⁾ ، ذهبت عكس ذلك عندما قررت أنه عندما يوجد بند في العقد يحيل الأطراف بشأن أي نزاع يتعلق بتنفيذه إلي التحكيم وجب احترام هذا البند مهما كانت طبيعة الإجراء المطلوب احتراماً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"⁽²⁾.

الفرع الثاني

تقديم الضمانات بشأن التدابير المؤقتة والتحفظية

بالرجوع إلى نص المادة 3/1046 من ق.إ.م.إ نجدها أجازت للمحكم أو القاضي عند الأمر بالتدابير المؤقتة أو التحفظية ، الأمر بتقديم ضمانات من الطرف الذي طلب الإجراء وفي هذا تطبيق مشابه لأحكام الأمر الاستعجالي في المادة 303 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه " لا يمس الأمر الاستعجالي بأصل الحق، وهو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن".

وفي حالة الطعن لا يوجد ضابط معين في كيفية تقدير الكفالة و تقديمها وتنفيذها فهي تخضع لأحكام الاتفاق التحكيمي، أو نظام المؤسسة التحكيمية وفي كل الأحوال لرضا الأطراف المسبق⁽³⁾.

أما بخصوص القاضي فله الحرية المطلقة في تقدير ما إذا كان يجب تقديم كفالة سواء كانت شخصية أو نقدية، ففي الحالة الأولى يحدد القاضي في الأمر تاريخ تقديم الكفيل الشخصي أو إيداع المبلغ النقدي، ويجب أن تكون الكفالة ضامنة ومغطية بالقدر الممكن لجبر الضرر الذي قد يلحق المنفذ ضده من جراء عملية التنفيذ، ومنه إذا تم تقديم الكفيل يجب أن يكون ميسورا ومقتدرا ، وإذا لم يحدد الحكم أو الأمر تاريخ تقديم الكفالة

¹ - قرار المحكمة العليا الغرفة التجارية والبحرية ، الصادر بتاريخ 16-01-2008، تحت رقم 00008 رقم الملف 404566، مجلة التحكيم، العدد الرابع، سنة 2009، ص 255.

² - مصطفى تراري، تعليق على قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 16-01-2008، مجلة التحكيم ، العدد الرابع أكتوبر، 2009، ص 263.

³ - قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 283.

أو الكفيل فيجوز تقديمها في أي وقت، ولكن في هذه الحالة لا يمكن مباشرة التنفيذ قبل استيفاء هذا الإجراء⁽¹⁾.

المبحث الثاني

أثار الأحكام المؤقتة و التحفظية

إذا كانت الغاية من الإجراءات الوقتية والتحفظية هي معالجة القضايا التي تحتاج إلى بت سريع قصد حماية الحقوق من كل الأخطار المحدقة بها، فقد أحاطها المشرع بإجراءات خاصة تتسم بالبساطة والمرونة تكفل الغاية المرجوة و المتمثلة في إصدار أحكام تحمي الحقوق أثناء سير الخصومة.

إلا أن صدور القرار المؤقت أو التحفظي يترتب عنه مجموعة من الآثار القانونية المهمة التي قد تمس على السواء بعمل المحكمة التحكيمية وكذا بمصالح أطراف النزاع بما في ذلك التغيير الذي قد يطرأ على المراكز القانونية لهم.

و للإحاطة بهذا المبحث ارتأينا تقسيمه إلى مطلبين وفق الآتي:

المطلب الأول: حجية الأحكام الوقتية و التحفظية.

المطلب الثاني: نفاذ الأحكام الوقتية و التحفظية.

¹ - براهيم محمد، "القضاء المستعجل"، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، الجزء الأول، الطبعة الثانية، سنة 2007، ص 198.

المطلب الأول

حجية الأحكام المؤقتة و التحفظية

لما كانت الأحكام والقرارات الصادرة بمناسبة اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي تقوم على ظروف طارئة وهي مرتبطة أساسا بعنصر الاستعجال وبوقائع ومستجدات جديدة لا تحتل البطء، لأنها جاءت خصيصا لحماية الحقوق والمراكز القانونية المعرضة للأخطار، فإن هذه الأحكام سواء كانت الجهة المصدرة لها هي القضاء الاستعجالي أو المحكمة التحكيمية تتسم بطابع الوقتي.

وهو الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن حجية هذه الأحكام الوقتية الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة أو المحكمة التحكيمية حسب الأحوال من حيث أنها تحوز حجية الأمر المقضي به أم لا؟⁽¹⁾.

وقصد الإجابة عن هذا السؤال، نتناول بالدراسة حجية الأمر الوقتي الصادر عن القضاء الاستعجالي أو قضاء الدولة في نزاع مرتبط بالتحكيم في الفرع الأول وكذا حجية الحكم التحكيمي الوقتي الصادر عن المحكمة التحكيمية في الفرع الثاني.

الفرع الأول

حجية الأحكام الوقتية و التحفظية الصادرة عن قضاء الدولة

من خلال مقتضيات نص المادة 303 من ق.إ.م.إ الجزائر والتي تنص على أنه " لا يمس الأمر الاستعجالي أصل الحق، وهو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن كما انه غير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل".
فإن الأحكام الصادرة عن القضاء الاستعجالي هي أحكام وقتية لا تمس جوهر الحق وهي بذلك أحكام غير قطعية.

¹ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 187.

ويعرف الحكم غير القطعي بأنه الحكم الذي لا يحسم نزاعا 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⁽¹⁾.

وتنقسم الأحكام غير القطعية إلى نوعين⁽²⁾:

النوع الأول: يتعلق بسير الدعوى أو بإجراءات الإثبات وهذا النوع يعرف بالأحكام التمهيدية أو التحضيرية، حيث الهدف من ورائها هي تجهيز الدعوى والمرتبطة أساسا بإجراءات الإثبات، كالانتقال لمعاينة مكان النزاع أو بتوجيه اليمين، انتداب خبير... الخ.

النوع الثاني: يتعلق بالأحكام الوقتية والحكم المستعجل لا يبت إلا في الإجراءات الوقتية التي يكون الغرض منها الأمر بإجراء تحفظي أو تحديد مركز الأطراف بالنسبة لموضوع النزاع تحديدا مؤقتا 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 حيث لا يمكن للجهة التي أصدرته الرجوع فيه بحكم آخر، وإنما يمكن ذلك لمحكمة أعلى درجة عن طريق طرق الطعن المعروفة، فإن الحكم الوقتي الذي يوصف بأنه غير قطعي لا يحوز حجية الأمر المقضي به، حيث يمكن للمحكمة التي أصدرته أن تعدله أو تلغيه بحكم وقتي آخر، كما أن الحكم الوقتي لا يلزم محكمة الموضوع في شيء⁽³⁾.

ونجد أن المشرع الفرنسي في نص المادة 488 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي يأخذ بهذا الاتجاه حيث تنص المادة على أن الأمر الاستعجالي ليست له مبدئيا حجية الشيء المقضي به.

فيما يرى اتجاه آخر، أن الحكم الوقتي يمكن أن يحوز حجية الأمر المقضي به، فالحكم الوقتي ولو أنه يتسم بالطابع المؤقت وعدم المساس بالجوهر، إلا أنه يمكن أن يحوز الحجية أمام الجهة التي أصدرته وكذا بين أطرافه، طالما لم تتغير الظروف التي قام عليها⁽⁴⁾.

¹ - حضري عبد العزيز، المسطرة المدنية، مكتبة طه حسين، المملكة المغربية، طبعة 2006، ص 56.

² - خديجة فكاك، "سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية"، كلية الحقوق جامعة الحسن الأول 2008، ص 26.

³ - يوسف حسني الحر، المرجع السابق، ص 102.

⁴ - خديجة فكاك، المرجع السابق، ص 47.

فالحكم الوقتي شأنه في ذلك شأن الحكم القطعي له حجية الأمر المقضي به طالما أن الظروف لم تتغير .

لكن في حالة حدوث وقائع أو عناصر جديدة من شأنها تغيير العلاقات التي تربط الأطراف يجوز للقاضي الذي أصدر الحكم أن يعدله أو يلغيه حسب الأحوال .

بمعنى آخر الحكم الوقتي يكسب حجية وقتية ونسبية في نفس الوقت، فعندما نقول أنه يكسب حجية وقتية نعني به أنه يقيد القاضي الذي أصدره حيث لا يمكن له أن يغيره أو يلغيه ما دام لم يحصل تغيير في حالة الأشخاص أو ظروف الدعوى ووقائعها كما أن القول بأن الحكم الوقتي له حجية نسبية نعني به أن هذا الحكم لا تكون له حجية إلا على أطرافه، ولا تمتد إلى الغير الذي لم يكن طرفا في الدعوى التي صدر فيها طبقا للمبدأ القاضي بأن حجية الأحكام نسبية، لا تلزم إلا من صدرت له أو عليه .

فمثلا لو رفع أحد الشركاء في شركة دعوى بطلب وضع عقار مشترك تحت الحراسة القضائية واكتفى بمخاصمة فريق من الشركاء دون مخاصمة الباقيين فإن الحكم الذي يصدر بالحراسة في هذه الحالة لا يمتد أثره بالنسبة لمن لم يكن خصما في الدعوى⁽¹⁾ .

و التساؤل الذي يمكن أن يطرح في هذا الصدد، إذا كان النزاع قد عرض على التحكيم فهل تملك محكمة التحكيم سلطة إلغاء أو تعديل الحكم الوقتي الصادر عن قضاء الدولة؟

الأصل أن قضاء الدولة هو الذي يمارس الرقابة على قضاء التحكيم سواء قبل تشكيل المحكمة التحكيمية أو بعد صدور الحكم التحكيمي، حيث أن تدخل قضاء الدولة في شؤون التحكيم يبدوا واضحا من خلال تشكيل المحكمة التحكيمية واتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، وتنفيذ الحكم التحكيمي، لكن أن يمارس قضاء التحكيم الرقابة على الإجراءات الوقتية والتحفظية الصادرة عن قضاء الدولة فهي مسألة محل نظر⁽²⁾ .

إن الاختصاص المعترف به لقاضي الأمور المستعجلة لن يحرم في نهاية المطاف المحكمين من سلطتهم في الفصل في المسألة المعنية، فالطابع المؤقت للقرارات الصادرة

¹ - يوسف حسني الحر، المرجع السابق، ص 103.

² - معمر نعمان النظاري، " الرقابة القضائية على التحكيم"، رسالة ماجستير، جامعة محمد الأول 2007، ص 413.

عن قاضي الأمور الاستعجالية، من شأنه أن يعطي للمحكّمين الفرصة في الرجوع عن هذه الإجراءات المتخذة من قبل قضاء الدولة، الذي يظل الجهة الأصلية في إصدار مثل هذه الأحكام كون بعض الإجراءات الوقتية والتحفظية متصلة بالنظام العام كما هو الشأن بتنفيذ الأحكام وبالتالي لا سلطة ولا تعقيب لقضاء التحكيم على ما صدر من قضاء الدولة من أحكام في هذا الخصوص⁽¹⁾.

الفرع الثاني

حجية الأحكام الوقتية والتحفظية الصادرة عن التحكيم التجاري الدولي

تنص المادة 1046 من القانون 08-09 في فصله الثالث المتعلق بأحكام التحكيم " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

إذا لم يقر الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي. يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير "

من خلال ما ورد في نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري وعلى غرار بعض التشريعات المقارنة قد منح الاختصاص للمحكمة التحكيمية باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية⁽²⁾ ، دون أن يشير إلى مسألة حجية الأمر الوقي أو التحفظي الصادر عن المحكمة التحكيمية.

في حين نجد البعض الآخر من التشريعات المقارنة قد اهتمت بهذا الجانب كالتشريع الهولندي الذي ينص في المادة 1051 على أن الأحكام الصادرة في التدابير المؤقتة أو التحفظية التحكيمية لها قوة الحكم التحكيمي، وكذا المادة 2/26 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري حيث اعتبرت أن الإجراءات الوقتية يمكن أن تصدر

¹ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 24.

² - عليوش قريوع كمال ، المرجع السابق، ص 58.

في شكل طابع حكم تحكيمي وقتي، في حين أنه لا يمكن في منظور القانون الدولي الخاص السويسري أن يتخذ قرار تحكيمي وقتي طابع حكم تحكيمي⁽¹⁾.

أما موقف الفقه من طبيعة الحكم التحكيمي الوتقي، فلا يختلف في نظرهم عن طبيعة الأحكام القضائية المستعجلة، حيث تحوز حجية قضائية مؤقتة تجيز للقاضي الذي أصدرها أن يعيد النظر فيها، وينطبق ذلك على القرار المستعجل الصادر عن محكمة التحكيم فهو لا يحوز حجية الأمر المقضي به سواء قبل اكتساب الصبغة التنفيذية أو بعدها حيث لا ترتبط الحجية بأمر التنفيذ⁽²⁾.

و يمكن التساؤل هنا لمن يعود الاختصاص بنظر تعديل أو إلغاء القرار الصادر عن محكمة التحكيم والمقترن بأمر التنفيذ هل هو لمحكمة التحكيم أم للمحكمة التي أصدرت أمر التنفيذ أم الاختصاص مشترك بينهما؟

يرى بعض الفقه بأن المحكمة التحكيمية وحدها لها الحق في تعديل أو إلغاء القرار الصادر بمناسبة اتخاذ الإجراء الوتقي أو التحفظي، ذلك أن هذا القرار قد صدر عن تلك المحكمة ووفقا لقناعتها و على ضوء الظروف المحيطة بالنزاع مثل وجود الخطر المحقق بالحق واحتمال ضياع الدليل، على أن يستخلص من خلال أوراق الدعوى والمستندات، والتي لا معقب عليها من محكمة الاستئناف مصدرة أمر التنفيذ فيها يتعلق بالسلطة التقديرية لاتخاذ هذا القرار⁽³⁾.

فيما يرى البعض الآخر من الفقه وتفاديا لتعارض الأحكام الصادرة من الجهتين، أنه ليس هناك ما يمنع قضاء الدولة من إمكانية التدخل من أجل تعديل أو إلغاء حكم تحكيمي صادر بشأن اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي وما يعزز ذلك أن هذه الإجراءات يأمر بتنفيذها من قبل القضاء، حتى ولو أن المحكمة أمرت بها، فإن القضاء من جهة قد يرى خلاف ذلك وبالتالي لا يأمر بتنفيذها، ويقضي على أثر ذلك برفض الطلب⁽⁴⁾.

1- عبد اللطيف مشبال، المرجع السابق، ص 124.

2- عبد الكريم المدني، "سلطة المحكم الامرية في اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية"، دراسة مقارنة، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2014، ص 30.

3- معتز نابغ كنعان، مقال بعنوان "دراسة في أحكام القرارات المستعجلة والوقتية في القرارات المعروضة على التحكيم وفق أحكام التحكيم، قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 منشور في الموقع الالكتروني الآتي:

www.droitcivil.over-blog.com تاريخ الدخول 2018-03-16 على الساعة 09:25.

4- خديجة الفكك، المرجع السابق، ص 49.

المطلب الثاني

نفاذ الأحكام المؤقتة والتحفظية

تترتب على القرارات الصادرة بمناسبة اتخاذ إجراءات وقائية أو تحفظية آثار قانونية مهمة تمس بمصالح الأطراف سواء كانت هذه القرارات صادرة عن قضاء الدولة أو قضاء التحكيم، والحديث عن الآثار يعني الحديث عن الغاية من تنفيذ القرار الوقي سواء كان ذلك طواعية أو جبرا من قبل السلطة المختصة، ولكن ولتفادي تعسف الطرف الطالب للتدبير أو المستفيد من هذا الإجراء، أقرت معظم التشريعات المقارنة إلى جانب لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (قواعد الاونسترال للتحكيم) ضرورة تقديم ضمانات في جانب الطرف طالب التدبير على غرار ما ورد في أحكام المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

وهذه الآثار تمس بالأساس مصالح الأطراف المتفقة على التحكيم باعتباره الأداة لفض نزاعاتهم، كما أن الأوامر الصادرة عن القضاء الاستعجالي في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، تؤثر على عمل محكمة التحكيم، فما هي هذه الآثار؟

وللإجابة على هذا السؤال تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين بحسب الآثار التي يمكن أن تنشأ عن الأحكام المؤقتة أو التحفظية من حيث النفاذ وفق التقسيم الآتي:

- الفرع الأول: نفاذ الأحكام المؤقتة و التحفظية في مواجهة أطراف النزاع.
- الفرع الثاني: نفاذ الأحكام المؤقتة و التحفظية في مواجهة محكمة التحكيم.

الفرع الأول

نفاذ الأحكام المؤقتة والتحفظية في مواجهة الأطراف

من خلال ما سبق ذكره تتجلى الآثار القانونية الناجمة عن اتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية والتي لها تأثير على مصالح الأطراف في تنفيذ الإجراء المؤقت إلى جانب تقديم ضمان لكفالة الإجراء المؤقت⁽¹⁾.

أولاً: تنفيذ الإجراء الوقي أو التحفظي حماية للحق المعرض للخطر

حماية للحق المتنازع عليه والمعرض لخطر داهم، أجاز المشرع إمكانية طلب اتخاذ إجراء وقي أو تحفظي سواء من قبل قاضي الأمور المستعجلة أو المحكمة التحكيمية لكن لا تكتمل هذه الحماية إلا بتحريك أجهزة قضاء التنفيذ قصد تنفيذ الإجراء المؤقت، إذ أن عدم التنفيذ أو التماطل فيه يدفع المستفيد من الإجراء الوقي أو التحفظي إلى الإحساس بعدم الحماية و الأكثر من ذلك قد تضيع حقوقه دون أن يعرف صاحب الحق أن الإجراء الوقي أو التحفظي هو بمثابة ضمان حماية مؤقتة للحق بالنسبة للمتقاضين⁽²⁾.

ونجد المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد نص في المادة 1046 فقرة 02 على إمكانية الالتجاء إلى رئيس المحكمة المختصة بقصد استصدار أمر بالتنفيذ في حالة عدم قيام الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً "إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

ونجد أن المادة (8/6) في بندها الأول من قواعد غرفة التجارة الدولية قد قضت بأنه "في حال رفض أحد الأطراف تنفيذ قرار مستعجل أو لم ينفذه، يحق للجهة المختصة

¹- يوسف حسني الحر، المرجع السابق، ص 109.

²- عبد الكريم المدني، المرجع السابق، ص 31.

أن تحدد ما إذا كان هذا الطرف مسؤولاً اتجاه الطرف الآخر عن الضرر الناتج عن هذا الرفض أو عدم التنفيذ (1).

انطلاقاً من 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 بمسؤولية عن فوات كسب بسبب التأخر في التنفيذ، وهذا يؤدي بطبيعة الحال إلى توفير الوقت والنفقات (2).

و نفس النهج سار المشرع المصري من خلال نص في المادة 2 / 24 (3).

لكن إذا كان الطرف المحكوم ضده ملزماً بتنفيذ الإجراء الوتقي أو التحفظي جبراً فهل يحق له في المقابل الطعن في الحكم المؤقت؟

بالنسبة للتشريع الجزائري وأمام غياب أي مقتضى قانوني في القانون رقم 08-09 يخول الطرف المحكوم ضده الطعن في القرار المؤقت سواء كان صادر عن القضاء الاستعجالي أو المحكمة التحكيمية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، يمكن القول استنتاجاً أنه يمكن الرجوع في هذه الحالة إلى القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز إمكانية الطعن بالاستئناف في الأوامر الاستعجالية الصادرة في أول درجة ، و الطعن بالمعارضة في الأوامر الاستعجالية الصادرة غيابياً، على أن يرفع الاستئناف والمعارضة في أجل 15 يوماً من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر، ويجب أن يفصل في ذلك في أقرب الآجال وهو ما نصت عليه أحكام المادة 304 من ق.إ.م.إ. الجزائري (4).

وعليه وبناء على ما سبق ذكره يمكن القول أنه مادام أن الأحكام المستعجلة تحوز حجية مؤقتة وبالتالي يمكن تعديلها أو إلغاؤها كلما استجدت ظروف جديدة، فإنه يمكن استئناف

¹ - نظام التدابير المؤقتة والتحفظية السابقة للتحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية، نافذاً اعتباراً من أول جانفي 1990، الهيئة الدولية للتحكيم، 38-كور ألبير برمييه 75008-باريس فرنسا، الموقع

الإلكتروني: www.iccarbitration.org

² - يوسف حسني الحر، المرجع السابق، ص 109.

³ - أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 225.

⁴ - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 65.

القرار المتخذ من قبل المحكمين بالتدبير الوقفي والتحفظي وذلك من خلال رفع دعوى ابتدائية ببطلان الحكم الذي أصدرته محكمة التحكيم بالتدبير المتخذ، ذلك أن الحكم الوقفي الصادر عن محكمة التحكيم لا يعتبر حكم قطعي أسوةً بالأحكام المنهية للخصومة التي تصدر عن المحكمين، وبالتالي يمكن الدفع ببطلانه عند طلب الأمر بتنفيذه أمام محكمة الاستئناف⁽¹⁾.

ثانيا: تقديم ضمانات لكفالة الإجراءات المؤقتة

تفاديا لأي تعسف يمكن أن يصدر عن أحد الأطراف في استعمال حق طلب اتخاذ الإجراءات الوقفية أو التحفظية ضد الطرف الآخر، نصت معظم التشريعات المقارنة⁽²⁾ على غرار المشرع الجزائري على إلزامية كفالة وتأمين الإجراءات المؤقتة، قصد التصدي لسوء النية في استعمال حق طلب اتخاذ إجراء وقفي أو تحفظي، وقد نهج نظام القضاء المستعجل لقواعد القانون التجاري الدولي مبدأ تأمين وكفالة الإجراءات المؤقتة من قبل طالب هذا الإجراء أو المستفيد منه.

و في حالة ما إذا تبين عدم صحة الإجراء المتخذ، هل يمكن إعادة الوضع إلى الحالة الأولى التي كان عليه أم تكفي المحكمة بالتعويض؟ و ما هي الجهة المختصة في الحكم بالتعويض إن تم الأمر بذلك؟

أمام صعوبة إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل اتخاذ الإجراء الوقفي أو التحفظي لا يبقى أمام المتضرر سوى المطالبة بالتعويض لجبر الضرر الذي لحقه من جراء تنفيذ ذلك الإجراء⁽³⁾.

وقصد تحديد الجهة المختصة لابد من معرفة الجهة المصدرة للإجراء، حيث إذا كان قضاء الدولة هو الجهة المصدرة للإجراء الوقفي أو التحفظي، فإن طلب الحكم بالتعويض عن الأضرار الناتجة جراء تنفيذ الإجراءات المؤقتة يقدم إلى ذات الجهة القضائية التي أمرت به، وإذا كانت المحكمة التحكيمية هي المختصة وفقا لاتفاق التحكيم بإصدار

¹ - يوسف حسني الحر، المرجع السابق، ص 111.

² - عبد الكريم المدني، المرجع السابق، ص 33.

³ - خديجة فكاك، المرجع السابق، ص 39.

هذا الإجراء، فإن لها أن تثبت في كافة الآثار المترتبة على صدور هذا الإجراء دون شرط جديد أو اتفاق الأطراف من جديد على ذلك بشرط احترام مبدأ الواجهية بين الأطراف⁽¹⁾.

الفرع الثاني

نفاذ الأحكام المؤقتة و التحفظية في مواجهة محكمة التحكيم الدولي

كمنبداً عام العلاقة التي تحكم قضاء التحكيم بقضاء الدولة هي خضوع القضاء الأول لرقابة القضاء الأخير، كما يعد قضاء مساعد لقضاء التحكيم سواء في تشكيل المحكمة التحكيمية عند عدم الاتفاق الأطراف على ذلك أو لتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر عن المحكمة التحكيمية، أو اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية من قبل القضاء المستعجل رغم أن جوهر النزاع قد تم عرضه على المحكمة التحكيمية، فما هي آثار هذه الإجراءات في سير الخصومة التحكيمية؟ وما مدى قدرة قضاء التحكيم على ممارسة أي نوع من الرقابة أي كانت الصورة التي تتخذها هذه الرقابة على القرارات الوقتية والتحفظية الصادرة عن قضاء الدولة؟

جاء في نص المادة 303 ق.إ.م.إ الجزائر أنه " لا يمس الأمر الاستعجالي أصل الحق" و يستخلص من هذا النص وفق ما تم الإشارة إليه سابقاً ، أن قاضي الاستعجال لا ينظر في جوهر الحق.

مما يعني أن القرار الصادر عن القضاء المستعجل بمناسبة اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي لا يؤثر على عمل المحكمة التحكيمية في شيء، و لا يلزمها أن تتبع ما قضى به القضاء المستعجل، كما أن الاختصاص المعترف به لقاضي الأمور الوقتية لا يحرم المحكمة التحكيمية من سلطتها في الفصل في جوهر الحق⁽²⁾.

¹ - مشبال عبد اللطيف ، المرجع السابق ، 124.

² - فتحي والي ، "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق" ، المرجع السابق، ص480.

يرى جانب من الفقه بأنه إذا كانت الأطراف قد اختارت التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة بينهما فإنه يبدو من الملائم وتحقيقاً أيضاً لرغبات الأطراف أن يكون للمحكم أيضاً السلطة في تحدي الاختصاص المقرر للجهات القضائية، وإن وصل الأمر بالمحكّمين إلى تبديل القرارات الصادرة عن الجهات القضائية.

في حين وبالمقابل يرى غالبية الفقه أنه من الصعوبة بما كان إلغاء أو تعديل الإجراء المؤقت أو التحفظي الصادر عن قضاء الدولة من طرف المحكمة التحكيمية ، مما يعني أنه ليس للمحكم ولا لمحكمة التحكيم أن تمس الإجراءات التي تصدر عن قضاء دولة⁽¹⁾. فحكم المحكّمين وإن كان يحوز حجية الأمر المقضي به عند صدوره ، ليس له بذاته قوة تنفيذية تمكن المحكوم له من اقتضاء حقه جبراً ، فالقوة التنفيذية لا تلحق حكم المحكّمين إلا بصدر أمر خاص بها من قضاء الدولة يسمى بأمر التنفيذ. و لهذا فإن السند التنفيذي لأحكام المحكّمين يتكون من عمل قانوني مركب من عنصرين حكم تحكيم يتضمن إلزام المحكوم عليه بأداء معين، و أمر بالتنفيذ وهو الذي يعطي حكم المحكّمين قوته التنفيذية⁽²⁾.

¹ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 242.

² - فتحي والي ، "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق"، المرجع السابق، ص 480.

الخاتمة

من خلال موضوع الدراسة المتعلق بالتدابير المؤقتة والتحفظية أثناء التحكيم التجاري الدولي حاولنا الإحاطة والإلمام بالموضوع وذلك من خلال التصدي بداية لمفهوم التدابير الوقائية والتحفظية وتحديد خصائصها مع بعض التطبيقات المتعلقة بها ضمن الإطار العام للاختصاص بنظر التدابير المؤقتة و التحفظية، وصولاً إلى إجراءات اتخاذ هذه التدابير من أجل استصدار أحكام بشأنها وما يترتب عليها من آثار ملزمة تتعلق أساساً بالحجية و النفاذ.

إلا أن العنوان البارز في هذه الدراسة هو التساؤل المتعلق بجهة الاختصاص في الأمر باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية ومدى سلطة المحكم أو المحكمة التحكيمية حيث حاولنا الإجابة عن هذا السؤال من خلال الوقوف على جوانب القصور التي تحيط بشخصية المحكم الذي يعد شخصاً عادياً وبمثابة قاضي خاص يفتقر إلى سلطة الإيجاب والإلزام كما أنه ولو تم الاعتراف له بسلطة أمرية في ميدان الإجراءات الوقائية والتحفظية ، تبقى سلطة أمرية نسبية ومؤقتة حيث لا يمكن أن تلزم إلا من كان طرفاً في اتفاق التحكيم ، كما أنها سلطة مؤقتة حيث تبتدئ منذ تشكيل المحكمة التحكيمية إلى غاية صدور الحكم التحكيمي المنهي لخصومة التحكيم .

بالإضافة إلى كون بعض الإجراءات الوقائية والتحفظية تبقى من اختصاص قاصر على قضاء الدولة كالحجوزات وإجراءات تنفيذ الأحكام، كون المحكم كما تطرقنا سلفاً يفتقر إلى سلطة الإيجاب والإلزام.

كما حاولنا من خلال هذه الدراسة التطرق إلى موقف كل من التشريعات الوطنية والدولية، وكذا موقف الفقه والقضاء من مسألة إسناد الاختصاص أو سلطة الأمر بها. أين لاحظنا من خلال تقييم و دراسة الاتجاهات الفقهية الثلاث والتي هي على التوالي:

الاتجاه الأول: الاختصاص القاصر للقضاء باتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية.
الاتجاه الثاني: اختصاص محكمة التحكيم باتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية.
الاتجاه الثالث: الاختصاص المشترك لكل من قضاء الدولة و محكمة التحكيم.
أن الاتجاه المدافع عن الاختصاص المشترك هو الأنسب والأكثر فعالية وملائمة لنظام التحكيم كطريق خاص لتسوية المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، كون هذا الاتجاه يبقي من جهة على اختصاص قضاء الدولة رغم الاتفاق على التحكيم و من جهة أخرى لا يعد اختصاصه هذا تنازلا عن هذا الاتفاق كما أن هذا الاتجاه يمنح للمحكمة التحكيمية حق اتخاذ كل إجراء وقتي أو تحفظي تراه لازما لخصومة التحكيم.

كما أن الاختصاص تماشيا مع هذا الاتجاه ينعقد للجهة التي لها أكثر قدرة على كفاءة الإجراء الوتقي أو التحفظي المطلوب اتخاذه وضمانا لتنفيذه على درجة السرعة نظرا لحالة الاستعجال التي تقتضيها هذه الإجراءات.

إن واقعية هذا الاتجاه دفعت معظم التشريعات المقارنة لتبنى فكرة الاختصاص المشترك بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم في الأمر بالتدابير المؤقتة و التحفظية والمشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات ذهب في هذا الاتجاه من خلال القانون رقم 09-08 في الفصل المتعلق بالتحكيم ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث أجاز للأطراف إمكانية اللجوء إلى محكمة التحكيم كما للقضاء لاتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية التي تراها لازمة لضمان حماية الحقوق والمراكز القانونية لأطراف النزاع أثناء سير الخصومة التحكيمية.

ومن خلال مقتضيات الفصلين السابقين يتضح أن المشرع الجزائري قد جعل من قضاء الدولة الاستعجالي هو الأصل، حيث خول لرئيس المحكمة صلاحيات اتخاذ الإجراءات الوتقية أو التحفظية سواء قبل تشكيل المحكمة التحكيمية أو أثناء تشكيلها، و جعلها قاصرة عليه حصرا فيما تعلق بالنظام العام، كذلك منح في المقابل للمحكمة التحكيمية إمكانية اتخاذ هذه الإجراءات التي تراها ضرورية وذلك في حدود مهمتها التحكيمية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

ومن خلال هذه الدراسة يمكن أن نخلص إلى مايلي من نتائج و توصيات:

أولاً:النتائج

- 1- التشريعات الحديثة اعترفت لمحكمة التحكيم باختصاصها باتخاذ قرارات مستعجلة و أوامر وقتية.
- 2- السلطة القضائية هي صاحبة الاختصاص الأصلي بنظر الطلبات المستعجلة والوقتية.
- 3- اللجوء إلى القضاء المستعجل لا يعني التنازل عن اتفاق التحكيم.
- 4- الحكم الوقتي الصادر عن القضاء المستعجل لا يقيد المحكمة التحكيمية في شيء عند النظر في جوهر الحق.
- 5- بعض الإجراءات الوقتية والتحفظية تبقى من اختصاص قضاء الدولة ولو اتفق الأطراف على منح الاختصاص فيها للمحكمة التحكيمية.
- 6- القرار الوقتي الصادر عن محكمة التحكيم يحوز حجية مؤقتة ونسبية، إذ يمكن لمحكمة التحكيم أن تعدله أو تلغيه في حال تغيرت الظروف التي أوجبتة، كما أنه لا يلزم إلا من كان طرفاً في الخصومة.
- 7 - مبدأ الاختصاص المشترك بين كل من قضاء الدولة وقضاء التحكيم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، هو الأنسب لضمان فعالية التحكيم ، كما أنه مبدأ يمنح المحكم صلاحية اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية طالما كان بوسعه ضمان كفالة هذا التدبير وتنفيذه في الوقت المناسب وبالسرعة الممكنة

ثانياً: الاقتراحات

من خلال هذه الدراسة يمكن أن نشير إلى التوصيات التالية:

* ضبط إجراءات الطعن في القرار المؤقت سواء كان صادر عن القضاء الاستعجالي أو المحكمة التحكيمية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

قائمة المراجع

1- باللغة العربية

أولاً: النصوص القانونية

1- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 / 02 / 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج، ر، العدد 21، المؤرخ في 2008/04/23.

ثانياً: الاتفاقيات الدولية

1- قانون الاونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت عام 2008 .
2- نظام التدابير المؤقتة والتحفظية السابقة للتحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية، نافذاً اعتباراً من أول جانفي 1990، المحكمة الدولية للتحكيم، 38 كور ألبير برمييه 75008- باريس فرنسا.

ثالثاً: الكتب

1- حفيظة السيد الحداد ، "مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الدولية المتفق بشأنها على التحكيم"، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، مصر ، 1996
2- علي الشحات الحديدي، " التدابير الوقتية والتحفظية في التحكيم الاختياري" دار النهضة العربية، مصر 1997.
3- ابو العلا علي ابو العلا النمر، " النظام القانوني للتدابير الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم " دراسة علمية لأهم الصيغ التحكيمية طلبات الأوامر على عرائض - مذكرات الدفاع - أحكام التحكيم الداخلية والخارجية ، كلية الحقوق جامعة عين شمس مصر.

- 4- عامر فتحي البطاينة ، "دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي "، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ،الأردن،2008.
- 5- خالد محمد القاضي، "موسوعة التحكيم التجاري الدولي"، الطبعة الأولى دار الشروق، القاهرة، 2002.
- 6-عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2004.
- 9- فتحي والي، "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق"، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية، 2007.
- 10- فوزي محمد سامي، "التحكيم التجاري الدولي"، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان 2008.
- 11- فوزي محمد سامي، "التحكيم التجاري الدولي"، الطبعة السادسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012.
- 12- محمد حسنين، "طرق التنفيذ في الإجراءات المدنية الجزائرية"، الطبعة الثانية ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- 13- بوشير محمد امقران ،"قانون الإجراءات المدنية ، نظرية الدعوى،نظرية الخصومة،الإجراءات الاستثنائية"، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1998.
- 14- وجدي راغب فهمي، "مبادئ القضاء المدني"، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، 2001.
- 15- براهيم محمد، "الوجيز في الإجراءات المدنية"، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزء الأول،الجزائر ، 2000.
- 16- هدى محمد مجدي عبد الرحمان، "دور المحكم في خصومة التحكيم"، دار النهضة العربية، 1997.
- 17- براهيم محمد، "القضاء المستعجل"، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، الجزء الأول، الطبعة الثانية، سنة 2007.

- 18- سلام حمزة ، " الأوامر على العرائض في قانون الإجراءات المدنية والإدارية " دار هومة ، الطبعة الثانية ، 2013
- 19- حضري عبد العزيز، "المسطرة المدنية"، مكتبة طه حسين، المملكة المغربية طبعة 2006 .
- 20- خديجة فكاك، "سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية"، كلية الحقوق جامعة الحسن الأول 2008.

رابعاً: الرسائل و المذكرات

- 1- حفيظ قطاف ، "مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد 09/08"، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ،جامعة محمد لمين دباغين سطيف2، الجزائر، سنة 2014.
- 2- يوسف حسني الحر ، " صلاحية اتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية في الأعمال التحكيمية " ، رسالة ماجستير كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، 2014-2015.
- 3- معمر نعمان النظاري ، " الرقابة القضائية على التحكيم"، رسالة ماجستير ، جامعة محمد الأول، 2007.
- 4- جارد محمد، "دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص- دراسة مقارنة-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقائد، تلمسان 2009/2010.
- 5- الصالح إيلاف خليل إبراهيم، "القانون الواجب التطبيق على التحكيم- دراسة مقارنة" رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن 2014.
- 6- محمد بولعابيز، "مبدأ استقلال الإرادة في التحكيم التجاري الدولي"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013.

خامسا: المقالات

- 1- احمد مصلح الطرونة ، "مدى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم في القانون الأردني" ، مقال منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، العدد الرابع.
- 2- يونس العبار، "الإجراء الاستعجالي بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم" ، مقال منشور في الموقع www.marocdroit.com .
- 3- احمد سيد احمد محمود، "سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية و الأوامر في القانون المقارن الكويتي و المصري"، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، 2001.
- 4- عبد اللطيف مشبال، "القاضي الوطني والتحكيم التجاري الدولي" ، دفاتر المجلس الأعلى، مركز النشر والتوثيق القضائي، ط الأولى، الرباط ، 2001.
- 5- محمود صدقي احمد، "التدابير اللازمة للفصل في خصومة التحكيم"، مجلة التحكيم العربي، الجزء 2 العدد 10، 2007
- 6- عبد الرحمان المصباحي، " التحكيم و التدابير المؤقتة والتحفظية" ،مقال منشور في الموقع www.marocdroit.com
- 7- نهال اللواح ، " الإجراءات التحفظية والوقتية المرتبطة بالتحكيم التجاري الدولي " دراسة مقارنة مجلة الملف ، دار المنظومة ، المملكة المغربية، العدد 22 ، 2014.
- 8- معتز نابغ كنعان، "دراسة في أحكام القرارات المستعجلة والوقتية في النزاعات المعروضة على التحكيم وفق أحكام قانون التحكيم الأردني رقم 31 سنة 2001" ، مقال منشور في الموقع الإلكتروني: www.droitcivil.over.blog.com
- 9- قمر عبد الوهاب، "لا اثر لشرط التحكيم على اختصاص القضاء المستعجل بإصدار الإجراءات المؤقتة والتحفظية في النزاع موضوع اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري"، مقال يتضمن تعليق على قرار المحكمة العليا بتاريخ 23-03-1985 مجلة التحكيم، العدد السابع، 2010.

10- عبد الكريم المدني، "سلطة المحكم الامرية في اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية" دراسة مقارنة، جامعة محمد الأول ، وجدة ، المغرب، 2014.

سادسا: الملتقيات و المؤتمرات

1- معيوف سيد علي، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض للتحكيم مداخله ألقيت ضمن الملتقى الوطني حول تسوية نزاعات الاستثمار أمام المركز الدولي (CIRDI)، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 13 و 14 ديسمبر 2017.

2- موكه عبد الكريم، "القانون الواجب التطبيق في خصومة التحكيم"، مداخله ألقيت ضمن أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات، حقائق وتحديات، بكلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 26 و 27، أبريل 2016.

3- عبد العزيز مخيمر عبد الهادي ، "إشكالية التدابير المؤقتة في التحكيم التجاري الدولي"، دراسة مقارنة مع القضاء الدولي، المؤتمر السنوي السادس عشر ، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة 2013.

4- اكثم أمين الخولي " النظام الإجرائي للتحكيم والتدابير المؤقتة والخبرة أمام المحكمين " الدورة الصيفية الأولى في التحكيم التجاري، صلالة، سلطنة عمان، أوت 1997.

II- باللغة الفرنسية :

1- MOSTEFA TRARI-TANI, **DROIT ALGERIEN DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL**, BERTI EDITIONS, ALGER, 2007.

2- Terki noureddine. "**L'arbitrage commercial international en Algérie**" OPU Alger, 1999.

3- Constance Ollat, "**l'arbitrage Commercial International Face A l'ordre Juridique Etatique**", Etude Comparée Des Droits Français Et Américain Et Suisse, Université paris II panthéon-Assas, institut de droit comparé.

الفهرس

الإهداء

شكر و تقدير

1.....	مقدمة
4.....	الفصل الأول: الاختصاص بنظر التدابير المؤقتة و التحفظية
5.....	المبحث الأول: إسناد الاختصاص في التدابير المؤقتة و التحفظية
6.....	المطلب الأول: الاختصاص القاصر للقضاء باتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية
7.....	الفرع الأول : الاختصاص قبل تشكيل المحكمة التحكيمية
9.....	الفرع الثاني : الاختصاص بعد تشكيل المحكمة التحكيمية
10.....	المطلب الثاني :اختصاص محكمة التحكيم باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية
12.....	الفرع الأول :صحة اتفاق التحكيم القاضي باستبعاد قضاء الدولة
13.....	الفرع الثاني :تأثير لجوء أحد أطراف التحكيم للقضاء على استمرارية اتفاق التحكيم ...
15.....	المطلب الثالث :الاختصاص المشترك باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية
17.....	الفرع الأول :موقف التشريعات المقارنة
20.....	الفرع الثاني :موقف المشرع الجزائري
22.....	المبحث الثاني :موضوع الاختصاص في التدابير المؤقتة و التحفظية
22.....	المطلب الأول : تعريف التدابير المؤقتة و التحفظية
24.....	الفرع الأول : تعريف التدابير المؤقتة والتحفظية في القضاء الدولي
25.....	الفرع الثاني :تعريف التدابير المؤقتة و التحفظية في التحكيم التجاري الدولي
27.....	المطلب الثاني : خصائص التدابير المؤقتة والتحفظية
27.....	الفرع الأول :الطابع المؤقت للتدابير المؤقتة والتحفظية

- الفرع الثاني: مرونة التدابير المؤقتة والتحفظية 29
- المطلب الثالث :تطبيقات عملية للتدابير المؤقتة و التحفظية في التحكيم التجاري الدولي .. 30
- الفرع الأول : أهم التطبيقات المتعلقة بالتدابير المؤقتة والتحفظية..... 31
- الفرع الثاني:صعوبة حصر الحالات المتعلقة بالتدابير المؤقتة والتحفظية في مجال التحكيم 33
- الفصل الثاني: إجراءات اتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية..... 34
- المبحث الأول :إصدار التدابير المؤقتة والتحفظية..... 34
- المطلب الأول: قواعد استصدار التدابير المؤقتة والتحفظية من القضاء الوطني 35
- الفرع الأول :تعريف الأوامر على العرائض..... 35
- الفرع الثاني: إجراءات إصدار الأوامر على العرائض 37
- أولا : تقديم الطلب على عريضة..... 37
- ثانيا: ميعاد إصدار الأمر 38
- ثالثا: سقوط الأمر على عريضة..... 38
- رابعا: التظلم من الأمر على عريضة 39
- خامسا: إجراءات التظلم 39
- المطلب الثاني: قواعد استصدار التدابير المؤقتة والتحفظية من محكمة التحكيم الدولي 40
- الفرع الأول : مدى التزام محكمة التحكيم بقواعد القانون 41
- الفرع الثاني: الشكل القانوني للأمر بالتدابير المؤقتة والتحفظية الصادرة عن محكمة التحكيم42
- أولا: الشروط الموضوعية..... 44
- ثانيا: الشروط الشكلية..... 46
- المطلب الثالث : القواعد الإجرائية في التشريع الجزائري 47
- الفرع الأول : المحكمة المختصة بالتدابير و الإجراءات أمامها 47

47	أولاً: المحكمة المختصة
48	ثانياً: الإجراءات المتبعة
49	الفرع الثاني : تقديم الضمانات بشأن التدابير المؤقتة والتحفظية
50	المبحث الثاني : أثار الأحكام المؤقتة و التحفظية
51	المطلب الأول : حجية الأحكام المؤقتة و التحفظية
51	الفرع الأول : حجية الأحكام الوقتية و التحفظية الصادرة عن قضاء الدولة
54	الفرع الثاني : حجية الأحكام الوقتية والتحفظية الصادرة عن التحكيم التجاري الدولي ..
56	المطلب الثاني : نفاذ الأحكام المؤقتة والتحفظية
57	الفرع الأول :نفاذ الأحكام المؤقتة والتحفظية في مواجهة الأطراف
57	أولاً: تنفيذ الإجراء الوقتي أو التحفظي حماية للحق المعرض للخطر
59	ثانياً: تقديم ضمانات لكفالة الإجراء المؤقت
60	الفرع الثاني: نفاذ الأحكام المؤقتة و التحفظية في مواجهة محكمة التحكيم الدولي
62	الخاتمة
64	أولاً:النتائج
64	ثانياً: الاقتراحات
65	قائمة المراجع
70	الفهرس