



الإجراء الإستعجالي بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم

marocdroit



الأستاذ يونس العبار

MAROCDROIT.COM

تمهيد

إن الإجراءات الوقتية والتحفظية تدابير مستعجلة تدخل ضمن ولاية القضاء المستعجل، تهدف بالأساس لضمان وتأمين حق الدائن من الضياع، وهي بذلك إجراءات مؤقتة إلى حين فصل قضاء الموضوع في النزاع بحكم نهائي.

والمشروع المغربي شأنه في ذلك شأن أغلب التشريعات المقارنة، يسند الاختصاص للبت في هذه الإجراءات إلى مؤسسة القضاء المستعجل، محددًا بذلك شروط إصدارها من خلال قانون المسطرة المدنية.

ونظرا للأهمية البالغة التي يطلع بها هذا القضاء - غير العادي - فإن جل التشريعات اهتمت بتنظيمه وتأطيره بالشكل الذي يجعله قادرا على تحقيق الغايات والأهداف المتوخاة منه.

وكما هو الشأن بالنسبة لقضاء الدولة، حين يستدعي الأمر البت في طلب هذه الإجراءات، فإن الأمر يطرح نفسه كذلك بالنسبة لقضاء التحكيم بمناسبة النزاعات المطروحة عليه، ومنها لجوء المحكم إلى البت في الطلب المرتبط بالإجراء الاستعجالي¹. بالنظر إلى طبيعة هذا القضاء الذي يتسم بالمرونة وسرعة الإجراءات التي تتطلبها القضايا والنزاعات التحكيمية التي تهم المعاملات التجارية الدولية أو تلك التي تتعلق بالاستثمارات المالية الكبرى.

¹ - ينص الفصل 327/15 من القانون رقم 08/05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية على ما يلي: "يجوز للهيئة التحكيمية، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، أن تتخذ بطلب من أحد الأطراف كل تدبير مؤقت أو تحفظي تراه لازما في حدود مهمتها. إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، يجوز للطرف الذي صدر الأمر لصالحه الالتجاء إلى رئيس المحكمة المختصة بقصد استصدار أمر بالتنفيذ".

ومنه، فإن الحديث عن الإجراءات الوقتية والتحفظية في هذين النظامين القضائيين يتطلب منا بسط الأرضية القانونية لهذه الإجراءات لدى قضاء الدولة الرسمي، ثم العمل على إبراز نطاق إصدارها من طرف الهيئة التحكيمية، مع بيان حدود صلاحيتها بصفقتها تمثل نظاما قضائيا خاصا يخضع لرقابة القضاء الوطني.

الأمر الذي يقتضي تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للإجراءات الوقتية والتحفظية-قضاء الدولة-

المبحث الثاني: الإجراء الاستعجالي في قضاء التحكيم طبيعته وحدوده

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للإجراءات الوقتية والتحفظية

-قضاء الدولة-

مما لا شك فيه، أن تحديد الطبيعة القانونية للإجراءات الوقتية والتحفظية، تقتضي منا بيان الركائز الأساسية التي يقوم عليها القضاء الاستعجالي، والتي تميزه عن القضاء العادي، والمتمثلة في شروط موضوعية: (عنصري الاستعجال وعدم المساس بالموضوع)، المطلب الأول، ومميزات قانونية تضطلع بها هذه الإجراءات على ضوء قانون المسطرة المدنية المغربي، تجعله يبتعد عن قضاء الموضوع من حيث الأهداف والغايات التي يرمي إلى تحقيقها، (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشروط الموضوعية للإجراءات الوقتية والتحفظية

بالنظر إلى أن موضوع اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية يدخل ضمن وصاية القضاء،

على اعتبار أن الجهة المصدرة لها، هي جهة قضائية.

وإذا كان قانون المسطرة المدنية المغربي، قد حدد شروط إصدار هذه الإجراءات (القضاء المستعجل)².

وهما شرطان أساسيان لازمان لهذا الاختصاص، أحدهما عنصر خارجي يرتبط بظروف الواقعة موضوع الدعوى، ولا سلطة للقاضي عليه إلا من جانب إثبات وجوده وتوفره، أما العنصر الثاني فهو داخلي، ينشأ من القانون نفسه وهو مرتبط بسلطة اختصاصه للفصل في الدعوى، بحيث إذا انعدم أحد هذين الشرطين زال اختصاص القاضي الاستعجالي وانتقلت الدعوى إلى اختصاص المحكمة³.

وعلى هذا الاعتبار، كان من الضروري توفر هذين الشرطين حتى ينعقد اختصاص قاضي الأمور المستعجلة.

فماذا يقصد بالاستعجال وما هو نطاق سلطة القاضي من إصدار أمر أو تدبير يتعد أو يخرج عن دائرة المساس في موضوع النزاع؟

الفقرة الأولى: عنصر الاستعجال

بالنظر إلى منطوق المادة 149 من ق.م.م.م الذي ينص: "...يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبت بصفته قاضيا للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو لأمر بالحراسة القضائية أو أي إجراء آخر تحفظي، سواء كان النزاع في الجوهر قد أحيل على المحكمة أم لا، بالإضافة إلى الحالات المشار إليها في الفصل السابق والتي يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يبت فيها بصفته قاضيا للمستعجلات:

- إذا عاق الرئيس مانع قانوني، أسندت مهام قاضي المستعجلات إلى أقدم القضاة.

² - راجع المواد من 148 إلى 154، ضمن القسم الرابع المخصص للمساطر الخاصة بالاستعجال من قانون المسطرة المدنية المغربي.

³ - عبد الطيف هداية الله - القضاء المستعجل في القانون المغربي - مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء - الطبعة الأولى 1998، ص 73.

-إذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف مارس هذه المهام رئيسها الأول.

-تعين أيام وساعات جلسات القضاء المستعجل من طرف الرئيس.

كما نص الفصل 152 من نفس القانون على أنه " لا تبت الأوامر الاستعجالية إلا في الإجراءات الوقتية ولا تمس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر".

وجدير بالذكر أن المشرع المغربي لم يتعرض بتعريف لعنصر الاستعجال كباقي التشريعات الأخرى، الأمر الذي جعل الفقه والقضاء يتدخلان في محاولة منهما لإعطاء تعريف تبعاً لظروف كل دعوى ووقائعها.

وهكذا، فإن بعض الفقه يرى بأن الاستعجال هو الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه، والذي يلزم درؤه عنه بسرعة، لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيدته⁴. ويرى الأستاذ عبد اللطيف هداية الله، في تعليقه على التعريفات الفقهية للاستعجال، بأنها تركز بالأساس على عنصر الخطر الحقيقي المحقق بالحق، وهذا الخطر يولد الخشية من حدوث ضرر إن لم يتم درؤه، وذلك باتخاذ إجراءات تتسم بنوع من السرعة والبساطة والاختصار، لا تتوفر مجتمعة في القضائي العادي⁵.

وقد اعتبر الأستاذ منقار بنيس مفهوم الاستعجال من خلال عنصرين: الأول يتعلق بوجود حقوق أو مصالح مهددة بخطر وشيك الوقوع، والثاني يتعلق باحتمال حصول ضرر يتعذر تداركه وإصلاحه⁶.

وشرط الاستعجال هذا، يجب توفره في جميع الإجراءات التحفظية إذ به ينعقد اختصاص قاضي المستعجلات الذي هو من قبيل الاختصاص النوعي،

⁴ - بحار عبد الرحيم، الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، منشورات جمعية نشر العلوم القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والاتجاهات العدد 8 فبراير 2009، ص50.

⁵ - عبد اللطيف هداية الله- م.س، ص77.

⁶ - محمد منقار بنيس- القضاء الاستعجالي - الطبعة الثانية 1998، ص51.

بحيث لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه⁷.

وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم الاستعجال، يجب أن يتوافر من وقت رفع الدعوى حتى وقت الحكم فيها، وإن كان القضاء المغربي يشترط توفر عنصر الاستعجال عند تقديم الطلب تحت طائلة الحكم بعدم الاختصاص النوعي⁸.

وإذا كان عنصر الاستعجال شرط مرن، لا يقيد قاضي المستعجلات بل هو متروك له النظر فيه حسب ظروف كل حالة تعرض عليه؛ أي أن القاضي يكون ملزماً بأن يوضح في حيثيات الأمر الاستعجالي، مدى توفر أو عدم توفر عنصر الاستعجال.

وإن كان من شروط الاستعجال، حسب رأي الأستاذ عبد اللطيف هداية الله، والتي يحددها في شرطين اثنين يعتبران أساسيين، أولهما صيانة مصالح مشروعة في وقت مناسب، وثانيهما طابع الخطر والضرر المميز⁹.

وهكذا فقد أكد القضاء الاستعجالي المغربي في أحد قراراته بأنه: "لا يجب الخلط بين اختصاص قاضي المستعجلات الذي ينحصر دوره في البت في الإجراءات الوقتية المتسمة بعنصر الاستعجال، مع عدم مساسها بجوهر الحق، والذي يتعين البت فيها بشكل استعجالي أي بشكل سريع، فالفرق بينهما واضح، ولا يمكن تجاهله.

الفقرة الثانية: شرط عدم المساس بالجوهر

إن الإجراءات التحفظية بحكم طبيعتها القانونية، إجراءات لا تمس ولا تبت في أصل الحق المتنازع عليه، فهي مجرد وسيلة للحفظ والاحتياط، ومنه فإن القضاء الوقي لا يقيد قضاء

⁷ -مصطفى التراب- الحراسة القضائية بين النظرية والتطبيق،- مجلة الملحق القضائي، العدد 17، ص18.

⁸ -قرار عدد 576 صادر بتاريخ 1986/03/25 في الملف عدد 85/868، أشار إليه الأستاذ بحار عبد الرحيم، مرجع سابق، ص52.

⁹ -عبد اللطيف هداية الله- م.س، ص133.

-أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالقصر الكبير في الملف الاستعجالي عدد، 91/24 بتاريخ 1991/03/13، منشور بمجلة الإشعاع، عدد8، ص161.

الموضوع، لأن الأوامر الصادرة ببعض الإجراءات التحفظية يجوز حجيته عند نظر دعوى الموضوع.

ولعل منطوق المادة 152 من ق.م.م.م.¹⁰، الذي ينص على شرط "عدم المساس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر" جاء واضحا صريحا، من شأنه منع قاضي المستعجلات الفصل في كل ما يتعلق بأصل الحق، ولعل ما يقصد به "أصل الحق" الذي يخرج عن اختصاص هذا الأخير، السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الآخر، ولا يجوز أن يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالفسير أو التأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني بينهما، كما ليس له أن يغير أو يعدل من مركز أحد الطرفين القانوني أو أن يتعرض في أسباب حكمه إلى الفصل في موضوع النزاع.

ويترتب على ما سبق أن قاضي المستعجلات لا يتعمق في فحص جوهر المستندات، وإنما يكفي بما يمكنه أن يسترشد من ظاهرها، مما يجعله مقتنعا بتدخله واختصاصه، وذلك دون إجراء أي تحقيقات أو أبحاث أو معاينات لإثبات أو نفي الحق، وإن كان له أن يقوم بذلك من أجل إثبات الخطر الذي هو كنه عنصر الاستعجال¹¹.

وبشأن تطبيقات القضاء المغربي لهذا الشرط نورد بعض الحثيات التي استندت عليها بعض قرارات المجلس الأعلى في بعض القضايا التي عرضت عليه:

- "يعد نزاعا جديا النزاع حول علاقة الكراء التي استدل عليها الطاعن بحجج يرجع البت فيها لمحكمة الموضوع".

¹⁰ - كالقانون المصري: الفصل 45 من قانون المرافعات المدنية والتجارية، والفصل 1/78 من اصول المحاكمات السوري، والفصل 1/141 من قانون المرافعات العراقي، والفصل 808 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي، والمادة 28 من قانون الإجراءات الاتحادي، والمادة 700 من قانون المرافعات الإيطالي، والمادة 157 من قانون المرافعات الكويتي.

¹¹ - إدريس العلوي العبدلاوي- قضاء الأمور المستعجلة في التشريع المغربي، المجلة المغربية للقانون المقارن العدد الثاني.

- "عندما يقوم النزاع حول صيغة الاحتلال محل معين، هل هو احتلال ذو صبغة مؤقتة أم

أنه يرتكز على علاقة كرائية قائمة بين المتنازعين، فإن هذه النقطة تشكل منازعة جدية تتعلق بالجوهر، وتخرج بالتالي من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة"¹².

- وإذا كان قاضي المستعجلات لا يسمح له بالمساس فيما يمكن أن يتعلق بجوهر الموضوع،

فإن الأستاذ منقار بنيس يرى بأن: "الواقع العملي يحتم على قاضي المستعجلات عدم الوقوف عند تلمس ظاهر المستندات أو تحسس ظاهر الوضع، وإنما يدفعه إلى الخوض في جوهر الحق للتأكد من وجوده وهضم طبيعة النزاع القائم حوله، لا من أجل إصدار حكم في الجوهر، وإنما من أجل التأكد من توافر عنصري الاستعجال وعدم المساس بالجوهر، والبت في الإجراء المستعجل المطلوب"¹³.

وهذا التفسير الذي ذهب إليه الأستاذ منقار بنيس هو ما أكدته الواقع القضائي، وذلك من خلال مجموعة من القرارات نذكر منها على سبيل المثال، أمر رئيس المحكمة الابتدائية بأنفا، إلى أنه "لقاضي المستعجلات حق استقراء حجج الأطراف ودراستها لاستخلاص عنصر الخطر المحدق الذي يبرر تدخله لحماية الحقوق التي يخشى ضياعها"¹⁴.

وفي هذا السياق نطرح السؤال التالي: هل يكفي قاضي المستعجلات عند تخلف شرط عدم مساس بالجوهر التصريح بعدم الاختصاص، أم أنه يكون مطالباً بإحالة الملف على محكمة الموضوع المختصة؟

¹² - هذه القرارات أشار إليها الأستاذ عبد اللطيف هداية الله في مرجعه المشار إليه سابقاً، ص: 234.

¹³ - محمد منقار بنيس، القضاء الاستعجالي، م.س، ص 52.

¹⁴ - أمر استعجالي رقم 83/634 صدر بتاريخ 1991/04/05 في الملف الاستعجالي عدد 91/486، منشور بالمجلة المحامي، العدد 27 ص 77.

لقد ذهب السيد الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالرباط إلى إمكانية إحالة الملف على رئيس المحكمة الابتدائية طبقاً لأحكام المادة 16 من ق.م.م.م، بصفته القاضي المختص أصلاً بالبت في مثل هذا الطلب عندما يكون الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف غير مختص¹⁵.

وقد علق الأستاذ رشيد العراقي على هذه النقطة بقوله: "هكذا نرى بأن السيد الرئيس الأول بصفته قاضياً للمستعجلات، عندما تبين له أنه غير مختص للبت في النازلة، صرح بعدم اختصاصه وأعطى لنفسه الصلاحية لإحالة الملف على السيد رئيس المحكمة الابتدائية طبقاً لأحكام الفصل 16 من ق.م.م.م، الذي يتعلق باختصاص المحاكم، وهو اختصاص غير اختصاص قاضي المستعجلات.

ذلك أن قاضي المستعجلات تحدد اختصاصه مقتضيات الفصول 148 إلى 154 من ق.م.م.م، أما إدخال الفصل 148 بالرغم من أنه يتعلق بالأوامر المبنية على طلب، والمعائيات وهي غير الأوامر الاستعجالية، فلأن الفقرة الأولى من الفصل 149 من ق.م.م.م، أضافت إلى مهام قاضي المستعجلات الحالات المشار إليها في الفصل 148 من ق.م.م.م، التي يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يبت فيها بصفته قاضياً للمستعجلات¹⁶.

غير أنه بالرجوع إلى الفصول المنظمة للقضاء المستعجل، لا نجد من بينها ما يفيد السماح لقاضي المستعجلات حين تصريحه بعدم اختصاصه، ضرورة إحالة الملف على جهة قضائية أخرى، ولا حق له في استعمال مقتضيات الفصل 16 من ق.م.م.م، بالنظر إلى أن الفصل المذكور يتعلق بإجراءات موضوعية بحثة لا علاقة لها بالمسطرة الاستعجالية الخاصة بل وتتعارض مطلقاً مع قواعد الاستعجال¹⁷.

¹⁵ - عبد الرحيم بحار - م.س، ص 57.

¹⁶ - رشيد العراقي - اتجاهات في العمل القضائي الاستعجالي، مجلة الملحق القضائي - العدد 15، ص 14.

¹⁷ - رشيد العراقي - م.س، ص 16.

وهكذا تبقى الفصول الواردة في قانون المسطرة المدنية المغربي قاصرة عن الجواب على التساؤل أعلاه، الشيء الذي يدفعنا إلى القول بأنه عند تخلف شرط عدم المساس بالجوهر، فإن قاضي المستعجلات يصرح بعدم اختصاصه¹⁸.

الأمر الذي أكده الأستاذ منقار بنيس بقوله: "إن القاضي الاستعجالي وهو يصرح بعدم اختصاصه بالبت في الطلب، لا يستطيع إحالة النزاع على الجهة التي يراها مختصة لأن مسطرة القضاء المستعجل مسطرة خاصة وليس فيها ما يفيد إمكانية إحالة الأطراف والملف على الجهة المختصة"¹⁹.

وعلى خلاف شرط الاستعجال، فإن شرط عدم المساس بالجوهر، يقع تحت رقابة أنظار المجلس الأعلى، ولعل السبب في تأكيد المجلس الأعلى على أن الأوامر التي تصدر عن قاضي المستعجلات لا تمس بالموضوع بقوله: "ودون البت في جوهر النزاع"؛ هو أن قانون المسطرة المدنية القديم كان يجيز له أن يفصل في الجوهر بطلب من الخصوم واتفقهم على ذلك"²⁰.

إلا أن الاتجاه الذي ذهب إليه المجلس الأعلى - حسب رأي الأستاذ عبد الكريم الطالب - يبقى محل نظر لأنه تارة يعتبر نظر قاضي المستعجلات في موضوع الدعوى يمس بأصل الحق ويؤثر على مسطرة الاستعجال، وتارة يعتبر نظره عرضيا وبالتالي لا أثر له على الحق والمسطرة الاستعجالية²¹.

¹⁸ - عبد الرحيم بحار - م.س، ص 58.

¹⁹ - محمد منقار بنيس - م.س، ص 14.

²⁰ - محمد منقار بنيس - م.س، ص 55.

²¹ - عبد الكريم الطالب - الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، الطبعة الخامسة 2009، مطبوعات المعرفة، مراكش، ص 112.

-أنظر قرار المجلس الأعلى عدد 622، بتاريخ 18 مارس 1987، ملف عدد 2290، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى - عدد 40، ص 48 وما يليها.

*أشار إليه الأستاذ عبد الكريم الطالب، ص 112.

المطلب الثاني: خصائص الإجراءات الوقتية والتحفظية

القضاء الاستعجالي قضاء استثنائي، خصه المشرع بإجراءات استثنائية ليست هي تلك التي يطبقها قضاء الموضوع وذلك تحقيقاً للهدف المتوخى من وظيفة هذا الصنف من القضاء²².

وهكذا ميز المشرع، القضاء الاستعجالي ببساطة الإجراءات وقصر الآجال وأعفى الخصوم من بعض الشكليات، وجعل أوامر قاضي الأمور المستعجلة مشمولة بالنفذ المعجل بقوة القانون، ولم يسمح الطعن فيها عن طريق التعرض أو إعادة النظر²³.

وبصفة عامة، فإن أهم الخصائص التي تميز هذه الإجراءات أنها ذات طابع مؤقت، وتصدر بأمر من القضاء المختص وتتميز بسرعة البت، وقد حددت التشريعات الوطنية لمختلف الدول ومنها القانون المغربي، خصائص الإجراءات التحفظية إما بمقتضى قانون المسطرة المدنية أو بمقتضى نصوص خاصة²⁴.

الفقرة الأولى: الطابع المؤقت للإجراءات الوقتية والتحفظية

كما سبقت الإشارة إلى كون الأوامر الاستعجالية لا تبت إلا في الإجراءات الوقتية، ولا تمس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر، كذلك فإن هذه الأوامر تدخل في طائفة الأحكام الوقتية.

²² - محمد منقار بنيس - م.س، ص 15.

²³ - اختصاص المحكم في المجال الاستعجالي - اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية - نجات عز الدين الإدريسي، السنة الجامعية 2006-2007، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا، ص 24.

²⁴ - نظم قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري القضاء المستعجل والأوامر على العرائض في الكتاب الأول الخاص بالتداعي أمام المحاكم، بينما نظم إشكالات التنفيذ والحجوز التحفظية في الكتاب الثاني الخاص بالتنفيذ. أما قانون المسطرة المدنية الفرنسي فقد نظم القضاء المستعجل في فصل أخير من كتاب التنفيذ، أما الحجوز التحفظية وبعض الإجراءات التحفظية الأخرى، فتأتي في الفصل الأول من الكتاب الخاص بإجراءات التقاضي أمام محاكم الدرجة الأولى، بالإضافة إلى ذلك نظم المشرع الفرنسي بمقتضى قانون 9 يوليوز 1991 الإجراءات التحفظية في الفصول 67 إلى 73، والفصول 210 إلى 219 من مرسوم 31 يوليوز 1992.

وفي القانون الألماني نظم الفصل الأخير من الكتاب الخاص بالتنفيذ الحجز التحفظي والحراسة والقرارات الوقتية.

- أنظر في هذا الصدد: وجدي راغب فهمي، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي، المجلة القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، السنة الخامسة عشرة، يناير 1973، ص 173 وما يليها.

وقد عرف بعض الفقه الحكم الوقي بأنه الحكم الذي يصدر في طلب وقتي، بحيث يكون الغرض منه الأمر بإجراء تحفظي أو تحديد مركز الخصومة بالنسبة لموضوع النزاع تحديدا مؤقتا إلى أن يتم الفصل في النزاع بحكم يصدر في موضوعها²⁵.

وعلى هذا الأساس فإن الإجراءات الوقية والتحفظية، هي إجراءات غير نهائية بحيث تصدر بصفة مؤقتة، ترتب أثرها خلال الفترة ما قبل صدور القرار النهائي القاضي في موضوع النزاع والفاصل في جوهره، وهي بذلك تفقد أية جدوى؛ ما إذا اختفت الظروف التي بررت وجودها، مما يجوز إلغاؤها في أي وقت بزوال الدافع الذي أدى إلى إصدارها، وبذلك يمكن القول بأن الإجراءات الوقية والتحفظية توقع حماية مؤقتة ينقضي دورها بمجرد صدور الحماية القضائية الموضوعية.

ويستفاد مما سبق أن التدابير الوقية والتحفظية لها حجة مؤقتة، خلافا للأحكام العادية، التي تكون لها حجة نهائية، مما يترتب عليه عدم تقييد قضاء الموضوع بهذه الإجراءات عند نظره للنزاع.

كما يتفرع على تلك الحجة - التي تعد مؤقتة - أنه يجوز إعادة النظر في الإجراءات التحفظية واستصدار حكم مستعجل يقضي بإلغاء الإجراءات التحفظية أو الوقي أو تعديله، دون أن يتمسك أحد الأطراف في الدعوى، بسبق الفصل فيها، غير أنه يشترط لذلك تغير الظروف التي دعت إلى إصدار الإجراءات التحفظية أو الوقي السابق²⁶.

هذا ما يؤكد قرار السيد الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء، جاء فيه: "إن الأوامر الصادرة في المادة الاستعجالية تحوز حجة الشيء المقضي به مؤقتا وتلزم القضاء

²⁵ -مأمون الكزبري- الإدريسي العلوي العبدلاوي: شرح قانون المسطرة المدنية على ضوء القانون الجديد، الجزء الثالث، ص67.

-Voir dans ce sens: Abdellah Boudahrain, droit judiciaire privé au Maroc -Edition Babel 1994, Rabat, p:242.

²⁶ -أمينة النمر- أصول التنفيذ الجبري، الدار الجامعية 1985، ص4 و49.

الاستعجالي، كما تلزم طرفي الخصومة في حدود الظروف التي صدرت فيها، ولا يمكن العدول عنها إلا إذا حصل تغيير أو تعديل في الوقائع المادية، أو في المراكز القانونية للطرفين أو لأحدهما²⁷.

كما نجد أن المجلس الأعلى قد أكد في العديد من قراراته هاته الخاصة.

ومن تطبيقات القضاء المقارن، ما قضى به، في إحدى القرارات على: "أن الأحكام الاستعجالية لها صفة مؤقتة لحفظ الحقوق بدون أن تمس بالأصل، وتفريعا على ذلك فإن الأذن -الأوامر- الاستعجالية لا تحرز على قوة اتصال القضاء، كما لا يسوغ لقاضي الأمور المستعجلة أن يعيد النظر فيما كان قد قرره إلا إذا حصل تغيير في الأسباب أو في مركز الخصوم من الوجهة القانونية²⁸."

الفقرة الثانية: صدور الإجراءات الوقتية والتحفظية بإذن من القضاء

أولا: المرحلة الابتدائية:

يقضي الفصل 149 من ق.م.م.م، على أنه: "يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده، بالبت بصفته قاضيا للمستعجلات، كلما توفر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو الأمر بالحراسة القضائية، أو أي إجراء آخر تحفظي، سواء كان النزاع في الجوهر قد أحيل على المحكمة أم لا، بالإضافة إلى الحالات المشار إليها في الفصل السابق، والتي يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يبت فيها بصفته قاضيا للمستعجلات. إذا عاق الرئيس مانع قانوني، أسندت مهام قاضي المستعجلات إلى أقدم القضاة...".

²⁷ -القرار الاستعجالي عدد 105 صادر بتاريخ 1982/06/22 منشور بمجلة المحامي، العدد 27، ص 78.

²⁸ -تعقيب تونسي رقم 5950 صدر بتاريخ 1968/07/29، أشار إليه: عبد الرحيم بحار، م.س، ص 61.

إذن فالقاعدة أن رئيس المحكمة الابتدائية هو المختص بالنظر في القضايا المستعجلة، واستثناء ينتقل الاختصاص إلى أقدم القضاة بالمحكمة إذا كان تمة مانع يحول دون مباشرة الرئيس شخصيا لهذه المسطرة²⁹.

ثانيا: مرحلة الاستئناف:

تقضي الفقرة الثالثة من الفصل 149 من ق.م.م، بأنه: "إذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف مارس هذه المهام رئيسها الأول، فانطلاقا من الفقرة المذكورة ينتقل الاختصاص في قضايا الأمور المستعجلة إلى الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف".

من الملاحظ أن المشرع أسند البت في الأمور المستعجلة للرئيس الأول وحده دون غيره وذلك على خلاف اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية في قضايا الأمور المستعجلة المتميز بإطلاقه، فإن صلاحية الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف نسبية ومشروطة بكون النزاع معروضا على محكمة الدرجة الثانية³⁰.

وهذا ما يؤكد قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الذي ورد فيه: "حيث إن

الاختصاص المخول لرئيس المحكمة الابتدائية في نطاق الفصل 149 من ق.م.م، اختصاص مطلق وغير مقيد، سواء كان النزاع معروضا على المحكمة أم لا، بينما الاختصاص المخول للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بمقتضى نفس الفصل مشروط بعرض جوهر النزاع على محكمته".

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن القضاء الاستعجالي بالمحكمة الإدارية وبالمحكمة التجارية له خصوصيات تميزه عن نظيره في المحاكم الابتدائية صاحبة الولاية العامة.

²⁹ - مع ذلك نجد بعض الحالات التي منع فيها المشرع لمحكمة الموضوع صلاحية البت ولو بطريق التبعية في بعض الطلبات الاستعجالية، من ذلك وضع الشيء محل الحيازة تحت الحراسة القضائية في حالة تنازع المدعي والمدعى عليه حول حيازته (الفصل 170 من ق م م) واتخاذ الإجراءات الضرورية المستعجلة الرامية للمحافظة على التركة (الفصلان 222 و223 من ق م م) ومن ذلك أيضا أمر المحكمة الإدارية لوقف تنفيذ قرار إداري رفع إليها، يهدف إلى إلغائه إذا التمس ذلك منها طالب الإلغاء صراحة (المادة 240 من قانون إحداث المحاكم الإدارية) - * أشار إليه الأستاذ عبد الكريم الطالب، في مؤلفه: "الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية" - م، س، ص 114 و 115.

³⁰ - عبد الكريم الطالب - م، س، ص 122.

ففي إطار القضاء الإداري، فإنه تطبيقاً للفصل 19 من قانون إحداث المحاكم الإدارية، فإن رئيس المحكمة الإدارية أو من ينيبه عنه، يختص بصفته قاضياً للمستعجلات والأوامر القضائية بالنظر في الطلبات الوقتية والتحفظية.

وفي نفس الإطار نجد التشريع الفرنسي، قد أسند بدوره مهمة إصدار الإجراءات الوقتية والتحفظية إلى رئيس المحكمة الابتدائية بمقتضى الفصلين: 808 و809 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي، وإلى رئيس المحكمة التجارية بمقتضى الفصلين 872 و873 من نفس القانون³¹. كما أن قانون المحاكم التجارية بدوره، أسند مهمة البت في الإجراءات الوقتية والتحفظية إلى رئيس المحكمة التجارية، أو إلى أحد نوابه K وللرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التجارية إذا كان النزاع في الجوهر معروضا عليها.

حيث تنص المادة 21 من قانون المحاكم التجارية على أنه: "يمكن لرئيس المحكمة التجارية بصفته قاضياً للأمور المستعجلة وفي حدود اختصاص المحكمة أن يأمر بكل التدابير التي لا تمس أية منازعة جدية.

إذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف التجارية، مارس هذه المهام رئيسها الأول..."

والجدير بالإشارة أن المشرع، لم يشترط بالنسبة للمحاكم الإدارية، الأقدمية في القضاة لمباشرة القضاء المستعجل نيابة عن رئيس المحكمة الإدارية، حيث أفسح المجال لرئيس هذه المحكمة

³¹ -Nouveau code de procédure civile, Dalloz, édition 2001.

L'article 872: "Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de commerce peut dans les limites de la compétence du tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent d'aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend".

L'article 873: "le président peut, dans les mêmes limites (décret n°:87-434 du 17 juin 1987) "et même en présence d'une contestation sérieuse" prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remises en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite".

لاختيار من يراه أقدر على مباشرة الاختصاص الاستعجالي نيابة عنه، فيما نلاحظ، أن المشرع كلف نفسه عناء اختيار من ينوب عن الرئيس في القضاء العادي (المحكمة الابتدائية/أقدم القضاة).

ولربما قصد المشرع ما فعل، بالنظر إلى غياب محاكم استئناف إدارية آنذاك وانسجاما مع المادة 46 من قانون المحاكم الإدارية التي تحيل بدورها على المادتين 329 و 336 من ق.م.م.³²

غير أن صدور قانون محاكم الاستئناف الإدارية في فبراير 2006 جعل الأمر محسوما إذا منح الاختصاص هذه المحاكم بدلا من المجلس الأعلى³³.

أما بالنسبة للمحاكم التجارية فالملاحظ أن المشرع أسند الاختصاص في القضايا المستعجلة لرئيس المحكمة التجارية وحده في المرحلة الابتدائية، وأغفل السماح لأقدم القضاة بمباشرة هذه المسطرة نيابة عن الرئيس.

ويرى الأستاذ عبد الكريم الطالب: أن صياغة المادة 21 من قانون إحداث المحاكم التجارية تنطوي على بعض الاضطراب، فبعد أن أفرغ من التنصيب على اختصاص رئيس المحكمة التجارية وانتقل إلى تنظيم اختصاص الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التجارية، عاد من جديد ليتناول بعض التطبيقات التي يختص بالنظر فيها، رئيس المحكمة التجارية وحده دون الرئيس الأول، فكان الأولى تنظيم اختصاص رئيس المحكمة التجارية برمته قبل الانتقال إلى تحديد اختصاص الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التجارية³⁴.

³² - عبد الكريم الطالب - م.س، ص 125.

³³ - لمزيد من التوسع في القضاء الاستعجالي الإداري راجع:

- عبد اللطيف هداية الله - م.س، ص 451-454.

- عبد الله حداد، القضاء الإداري المغربي على ضوء القانون المحدث للمحاكم الإدارية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1994، ص 201 وما بعدها.

³⁴ - عبد الكريم الطالب، - م.س، ص 127.

35 وإذا كان المشرع بتعدداده بعض الحالات التي يختص رئيس المحكمة التجارية بالبت فيها، وكأنه يقصد حصر تدخل الرئيس من خلالها، نجد أن المادة 25 من قانون إحداث المحاكم التجارية تنص على أنه: "يمارس رئيس المحكمة التجارية الاختصاصات المسندة إلى رئيس المحكمة الابتدائية بموجب قانون المسطرة المدنية وكذا الاختصاصات المخولة له في المادة التجارية".

الفقرة الثالثة: سرعة البت في الإجراءات الوقتية والتحفظية

لما كانت الإجراءات الوقتية والتحفظية ترتبط بعنصر الاستعجال، فإنها بحكم طبيعتها لا تتحمل مرور الوقت عليها؛ لما يترتب على ذلك من أضرار تلحق الأطراف، ولما كانت السرعة هي أهم خاصية من خصائص مسطرة القضاء المستعجل، فإن هذه السرعة تحتاج لإعمالها والاستفادة من مزاياها، إلى قاض محنك يستطيع بما لديه من خبرة ودراية عملية وعلمية، أن يصدر قرارات استعجالية بأكثر ما يمكن من السرعة، دون المساس بأصل الحق³⁶.

وإذا كان الهدف من وجود القضاء المستعجل، هو تقرير حماية سريعة للمتقاضين، فإنه بالمقابل، لا بد من إجراءات تتناسب مع طبيعة هذا القضاء، وأن تكون هذه الإجراءات مختلفة عن الإجراءات العادية للتقاضي، وأشد ما يميزها سرعة البت فيها³⁷.

وهذا ما أكده الأستاذ منقار بنيس، بأن المشرع "ونظرا لتحريره السرعة في البت في هذه الإجراءات، أجاز لقاضي الأمور المستعجلة البت في أيام الآحاد والأعياد وغيرها من العطل، وحتى قبل تقييد الملف بسجلات كتابة الضبط، سواء أكان متواجدا في مقر المحكمة أو بيته"³⁸.

35 - راجع الفقرة الأخيرة من المادة 21 من قانون إحداث المحاكم التجارية، أشار إليها الأستاذ عبد الكريم الطالب، نفس المرجع، ص 128.

36 - اختصاص المحكم في المجال الاستعجالي - اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، م.س، ص 29.

37 - عبد الرحيم بحار - م.س، ص 63.

38 - منقار بنيس - م.س - ص 16.

ونظرا للسرعة التي تطبع الإجراءات في القضايا الاستعجالية، فقد سمح المشرع للقاضي المستعجلات بأن يصرف النظر عن استدعاء الخصم في حالة الاستعجال القصوى.

وقد أشارت المادة 484 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي، إلى 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 بالأصل - سلطة الحكم في الحال بإجراءات ضرورية"³⁹.

ولكون هذا القضاء يتميز بخصوصيات مسطرة الاستعجال المتمثلة في كونها مسطرة سريعة ومرنة، وحركية، وفعالة وتهدف إلى فض المنازعات بالسرعة اللازمة⁴⁰.

المبحث الثاني: الإجراء الاستعجالي في قضاء التحكيم - طبيعته وحدوده

لما كانت النظم القانونية قد اعترفت للتحكيم، كخيار بديل لحل المنازعات، وأصبح يعرف إقبالا واسعا سواء على المستوى الداخلي أو الدولي لما يظطلع به من مزايا وإيجابيات جعلت العديد من هذه النظم والتشريعات، تمنح الصلاحية للمحكم، قصد اتخاذ ما يناسب من الإجراءات الوقتية والتحفظية التي تحددها إرادة الأطراف أو القانون.

ويرجع ذلك لأن نظام التحكيم هو نظام يستمد وجوده من الاتفاق، ويبرز إلى الوجود برغبة الأطراف في إنشائه، هذا مع أن جل الأنظمة القانونية أجمعت على تدخل المشرع الوطني لتأطيره وتقنينه.

لدى سنعمد في "مطلب أول" إلى معالجة طبيعة الإجراءات الوقتية والتحفظية في نظام

التحكيم لنتقل إلى دراسة نطاق إصدارها في "مطلب ثان".

³⁹ - عبد الرحيم بحار - م.س، ص 64.

⁴⁰ - عبد اللطيف هداية الله - م.س، ص 317.

المطلب الأول: طبيعة للإجراءات الوقتية والتحفظية في قضاء التحكيم

مما لا شك فيه، أن الإجراءات الوقتية والتحفظية تلعب دورا مهما في حماية حقوق ومصالح الأطراف المتنازعة، وهذا الذي بدا لنا جليا عند دراستنا لهذه الإجراءات لدى قضاء الدولة، وما تتميز به من خصائص ومزايا وشروط تتحكم في إصدارها؛ فهل نجدها في نظام التحكيم كما هي عليه في قضاء الدولة؟ وهل يحكم إصدارها من طرف المحكم نفس الشروط؟

ونظرا لأهميتها، وما تتميز به هاته الإجراءات من المساهمة في التنفيذ الجبري، سنحاول تحديد المقصود منها، ثم نتطرق لأهميتها العملية في مجال التحكيم⁴¹.

الفقرة الأولى: المقصود بالإجراءات الوقتية والتحفظية بشأن التحكيم

بالنظر إلى أشكال الحماية التي توفرها الإجراءات الوقتية والتحفظية للخصوم في الواقع العملي، كان من الصعوبة وضع تعريف دقيق لهذه الإجراءات، وقد اختلف الفقه بشأنها في مناح كثيرة، وانتهى الأمر بتجميع كافة أشكال هذه الإجراءات وتقسيمها، حسب الشكل أو الغرض من الإجراءات، بدلا من وضع تعريف محدد لها.

وتعد هاته الإجراءات من قبيل الإجراءات المسطرية المنصوص عليها في مختلف

التشريعات، التي تعنى بتنظيم المسطرة المدنية، فوفا عند المصطلح المستعمل عموما، بشأن الإجراءات الوقتية والتحفظية فإننا نجدها لا تسعف في فهم هذه الإجراءات الفهم الصحيح.

فعبارتنا "إجراءات وقتية" و"إجراءات تحفظية" تستعملان عادة دون التفرقة بينهما من حيث المفهوم، والحال أن الأولى، طبيعة القرار (القرار المؤقت أو "الوقتي")، وهو قرار لا يقيد أو يغل يد القاضي أو المحكم المدعو إلى البت في موضوع النزاع، أما بالنسبة للثانية، فإنها تعني مضمون القرار؛ فالقرار التحفظي هو قرار يهدف إلى الحفاظ على حالة أو حقوق أو أدلة⁴².

⁴¹ -اختصاص المحكم في المجال الاستعجالي-اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية- م.س، ص32.

⁴² -Traité de l'arbitrage commercial international, Philippe Fouchard/ Emmanuel Gaillard /Benthold Goldman, Edition Litec, Paris, 1996, p723, n°1303.

وعلى العموم يمكن القول بأن الإجراءات الوقتية والتحفظية تهدف في مجملها إلى حفظ الأدلة اللازمة للفصل في النزاع أو لتحقيق التوازن في العلاقات القانونية بين الخصوم أثناء النزاع، كما يكون الهدف منها أحيانا خلق حالة واقعية أو قانونية لازمة لضمان تنفيذ الحكم الذي سيصدر، وهي بذلك إجراءات تنتهي وتستنفذ دورها بمجرد صدور حكم فاصل في موضوع النزاع، وهي على هذا الأساس تتخذ أشكالا تتميز:

- بالطابع التابع لنزاع وجد أو محتمل الوجود، حول الموضوع الأصلي الذي اتفق بشأنه على التحكيم.

- بكونها تتسم بالطابع المؤقت، ومن ثم فهي ليست حاسمة أو قاطعة، حيث أن بقاءها متوقف على بقاء الخصومة الأصلية، ولا تتمتع بأي حجية أمام قضاء الموضوع.

- برغم ارتباطها بالدعوة الأصلية، فإنها لا تهدف إلى حل النزاع مباشرة بل تهدف إلى تسهيل تحقيق غرض الخصومة الأصلية، وهو إصدار الحكم وضمان تنفيذه مستقبلا، ولذا فإن إجراءات إصدارها تختلف عن الإجراءات التي تتم أثناء نظر دعوى موضوع النزاع⁴³.

وحرري بنا إذا ما أردنا فهم الإجراءات الوقتية والتحفظية في نظام التحكيم، علينا مقارنة نظامها التي توجد عليه في القضاء العادي أو قضاء الدولة وكيف تصدر في نظام التحكيم.

فإذا كانت هذه الإجراءات في قضاء الدولة تخضع في إصدارها لشروط معينة وتتميز بخصائص معينة، فهل نجد لها كذلك في نظام التحكيم؟

في الحقيقة أنه ليس تمة اختلاف في إصدار هذه الإجراءات من حيث الشروط، أما من حيث الخصائص، فإن الواقع العملي أبرز الكثير من التباين بالنظر إلى خصوصية كل من النظامين الذي يعطي الصلاحية في اتخاذ هذه الإجراءات لقضاء الدولة

⁴³ - سيد أحمد محمود أحمد، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويني والمصري، مجلة الحقوق، عدد 3، سنة 2001، ص 83.

فإذا كانت تتفق هذه الإجراءات من حيث إصدارها، كونها تتأسس على عنصري الاستعجال وعدم المساس بالموضوع كشرطين في كلا النظامين، فإنه بالنسبة للخصائص فإن هذه الإجراءات تصدر من جهة قضائية هو القضاء العادي أو قضاء الدولة على خلاف التحكيم فإنها لا تصدر عن جهة قضائية بالنظر إلى خصوصية نظام التحكيم، لأن القاضي ليس هو المحكم. وإذا كنا نجد أن هذه الإجراءات تكون مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون للسلطة الولائية التي تمتلكها محاكم الدولة، فالحال ليس كذلك بالنسبة للمحكم الذي لا يملك سلطة الإخبار.

وإن كنا نجد أيضا، أن المشرع المغربي أسند سلطة إصدار هذه الإجراءات لقضاء الدولة حصريا، بمقتضى النص القانوني (المادة 149) ق.م.م المغربي، فإنه لم يفعل ذلك بالنسبة للمحكم على نحو قاصر عليه، ولعل النص الذي يسعنا في هذا الأمر؛ هو الموجود بقانون المسطرة المدنية المغربي؛ الذي يدعو إلى اختصاص المحكم أيضا. الواقع تحديدا بالجزء الفرعي الثاني من الفرع الأول من الباب الثامن في شقه المتعلق بالإجراءات والطلبات العارضة والمؤطر بالمادة 15-327⁴⁴.

ويبقى أن نشير أن القاضي الاستعجالي تمكنه سلطته الولائية من إصدار هذه الإجراءات ولو في غياب أحد الطرفين، مما يجعل من مبدأ الحضورية محط نقاش عريض بالنسبة للمحكم، الذي يعتبر لديه هذا المبدأ من صحة مسطرة الإجراءات.

⁴⁴ -ينص الفصل 327/15 من القانون رقم 08/05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية على ما يلي: "يجوز للهيئة التحكيمية، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، أن تتخذ بطلب من أحد الأطراف كل تدبير مؤقت أو تحفظي تراه لازما في حدود مهمتها. إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، يجوز للطرف الذي صدر الأمر لصالحه الالتجاء إلى رئيس المحكمة المختصة بقصد استصدار أمر بالتنفيذ".

كما نضيف على أنه، وإن كانت هذه الصلاحية في إصدار هذه الإجراءات من طرف المحكم في مواجهة الأطراف، فإن المحكم لا يمكنه بطبيعة الحال، إصدار هذه الأوامر في مواجهة الغير نظرا للطابع النسبي لاتفاق التحكيم⁴⁵.

ومع هذا، نسجل، أنه بالنسبة لبعض الأنظمة القانونية، قد عملت على تجاوز هذه الوضعية وذلك بخلق ما يعرف بالقضاء المستعجل في نظام التحكيم، وتحديد ما تعرفه غرفة التجارة الدولية بباريس، حيث أنه إذا كان للمحكم وفقا لقواعد هذه الغرفة، سلطة إصدار قرارات مؤقتة وأحكام وقتية، فإنها عملت على إنشاء نظام جديد يعرف بنظام قضاء التحكيم المستعجل وبدأت سريان القواعد الخاصة لهذا النظام ابتداء من أول يناير 1990، وهو النظام الذي يستند عن طريق تعيين محكم من قبل الغرفة، بناء على رغبة الأطراف، قبل تشكيل هيئة التحكيم، إلى وضع نظام إجرائي سريع وعاجل داخل نظام غرفة التجارة الدولية بباريس⁴⁶.

وقد تقع الحاجة إلى مثل هذه الإجراءات أثناء سير الخصومة حال تصور التنظيم القانوني الذي يجري التحكيم وفقا لأحكامه عن شمول هذه الإجراءات⁴⁷.

وقد يتطلب الأمر اتخاذ مثل هذه الإجراءات حال نظر النزاع إذا ما طالت إجراءات التحكيم، ويخشى أن يترتب آنذاك خطر ما؛ كما هو الشأن بضمان تنفيذ حكم التحكيم المحتمل صدوره، وذلك نتيجة تغير المركز المالي للمدعى عليه في خصومة التحكيم مع مرور الوقت⁴⁸.

⁴⁵ -حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، م.س، ص165 وما يليها.

⁴⁶ -حفيظة السيد الحداد- مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم- م.س، ص171 وما يليها.

⁴⁷ -جمال محمود الكردي - القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، طبعة 2005، دار النشر الجديدة- ص104.

⁴⁸ -René David: "L'arbitrage dans le commerce international" Economie, Paris 1985, p5.

وف بهذا الصدد نود الإشارة إلى أن هذه الإجراءات تثير إشكالية كيفية توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم في هذا المجال؛ ولاسيما أن هناك بعض الإجراءات الوقتية والتحفظية التي تحتاج إلى تدخل السلطة العامة لما تمتلك من وسائل الإيجار.

الفقرة الثانية: أهمية القضاء الاستعجالي في نظام التحكيم

إن مسائل الإجراءات الوقتية والتحفظية المرتبطة بالتراعات المتفق بشأنها على التحكيم، وبالنظر إلى ما قُدم إليه، أضحت ذات أهمية عملية متزايدة يبرز دورها في حالات عديدة أهمها:

- الحاجة إلى اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي معين وعاجل قبل بدء خصومة التحكيم، إذا كان الأطراف يجدون أنفسهم مضطرين للجوء إلى قضاء الدولة قصد طلب اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي، مادامت الهيئة التحكيمية لم تتشكل بعد، والذي لا يعتبر تنازلا عن اتفاق التحكيم⁴⁹.

كما تجدر الإشارة، أن كلا من الفقه والقضاء في مصر وفرنسا يذهب إلى القول، أن مجرد الاتفاق على التحكيم (في شكل مشاركة أو شرط تحكيم) لا يمنع الخصوم من الالتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة طلبا لاتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي أو للفصل في الأمور المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت، وذلك لأن الاتفاق على التحكيم ينصب فيه على القضاء الموضوعي دون الوقتي⁵⁰.

⁴⁹ -تنص المادة التاسعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على أنه: " لا يعتبر مناقضا لاتفاق تحكيم أن يطلب أحد الطرفين قبل بدء إجراءات التحكيم أو في أثناءها من إحدى المحاكم أن تتخذ إجراء وقتيا مؤقتا وأن تتخذ المحكمة إجراء بناء على هذا الطلب".

⁵⁰ -سيد أحمد محمود أحمد، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مجلة الحقوق - عدد3، سنة 2001، ص93 و94.

وحتى في حالة اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فإن الإجراءات الوقتية والتحفظية قد تخضع لقانون آخر، نظرا لما لها من طابع متميز وما تحتاجه من متطلبات خاصة الشيء الذي يبرز معه أهمية تحديد نطاق القانون الواجب التطبيق⁵¹.

وتظهر أهمية اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المرحلة اللاحقة على انتهاء خصومة التحكيم، ونخص هنا تنفيذ القرار التحكيمي، فإن معظم الأنظمة القانونية تخضع إجراءات التنفيذ لقضاء الدولة الرسمي، وقد تستغل الدولة المطلوب لديها تنفيذ الحكم التحكيمي، معطى الأرض، لإعاقة عملية التنفيذ.

لذلك فإن مسألة اتخاذ الإجراءات ذات الطابع الاستعجالي على الخصوص، وقصد تذليل الصعوبات التي تعترض حماية الحق، بعد انقضاء هيئة التحكيم، تستلزم من ذوي المصلحة اللجوء إلى قضاء الدولة لإصدار الأوامر المتعلقة بتنفيذ حكم المحكمين، أو حتى بالنسبة لإصدار الأوامر المتعلقة بمنع المدين من السفر أو بحبسه وفقا للقانون الكويتي⁵².

ورغم الميل الكبير الذي يظهره معظم الفقه إلى تأهيل قضاء الدولة في اتخاذ هذه الإجراءات ذلت الطابع الاستعجالي، فإن جانبا آخر من الفقه يرى بأن: هيئة التحكيم هي الهيئة الأجدر من غيرها على تقدير مدى ملاءمة اتخاذ مثل هذه الإجراءات، كما أنها تملك الفصل النهائي في موضوع النزاع، ومن باب أولى تستطيع اتخاذ إجراءات وقتية وتحفظية في هذا الموضوع، بالإضافة إلى ما يحققه ذلك من اقتصاد في النفقات وتوفير في الوقت وسهولة تنفيذ ما تأمر باتخاذها من إجراءات وقتية وتحفظية وتوحيد جهة الفصل في النزاع، ولإن فلسفة نظام التحكيم تسمح بهذا

⁵¹ -Philippe Fouchard: "introduction spécifique de l'arbitrage international, Rev. ARB. 1981, p499.

⁵² -سيد أحمد محمود أحمد- سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مجلة الحقوق، م.س، ص110.

الحل، فالخصوم قد اختاروا طريق التحكيم بإرادتهم وارتضوا به بديلا عن اللجوء إلى القضاء، ومن ثم فإنهم لن يمتنعوا عن تنفيذ ما يتخذه المحكم من إجراءات وقتية أو تحفظية⁵³.

يلاحظ مما سلف أن اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم، قد تعمل على إصدارها الهيئة التحكيمية أو مؤسسة قضاء الدولة ومهما يكن من أمر، فإن الدور الذي تلعبه في مجال التحكيم هو الجدير بالاهتمام، وإذا كان القضاء المصري وحتى الفرنسي في أغلب الحالات ينحو إلى تبرير تدخل قضاء الدولة الاستعجالي في هذه الفرضية عن طريق التأكيد على عدم وجود تعارض بين الاتفاق على التحكيم واختصاص القضاء المذكور، وأن هذا الحل من شأنه توفير الجهد والوقت والنفقات، فضلا عن هذا وذاك، فإن الإجراءات التي يؤمر بها في هذا النطاق تكتسي مجرد صبغة وقتية⁵⁴.

وإذا كانت الأهمية التي تتأسس وفقها الظروف الواقعية والعملية للمنازعة التحكيمية تسمح بتدخل المؤسسات التحكيمية وتلك التي ترجع إلى القضاء الرسمي، فإن الدائرة القانونية تبرز تباينا واضحا بين المؤسسات.

المطلب الثاني: نطاق سلطة المحكم

كما ذكرنا سابقا، في معرض حديثنا عن القضائي الاستعجالي وكذا ما يتطلبه من شروط وما يتميز به من خصائص، فإن كان كل من النظامين لا يختلفان من حيث شروط إصدار الإجراءات الوقتية والتحفظية فإنهما من حيث الخصائص يمكن تسجيل تباينات واختلافات مهمة،

⁵³ - اتجه رأي في الفقه الفرنسي إلى أن قاضي الأمور المستعجلة لا يختص بنظر المسائل المستعجلة إذا كان نزاع الموضوع مطروحا بالفعل على المحكمين.

-A.Bernard, l'arbitrage volontaire, 1937, p66.

-أشار إليه: سيد أحمد محمود أحمد، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مجلة الحقوق - م.س، ص100.

⁵⁴ - محمد نور عبد الهادي شحاتة - النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين - دار النهضة العربية، طبعة 1994، ص169.

رغم ما يتمتع به المحكم في إطار خصومة التحكيم من سلطات تهدف في مجملها إلى تدعيم مركزه القانوني، وإمداده بالقوة اللازمة لفرض إرادته على أطراف الخصومة.

فرغم افتقاره لسلطة الإجبار فإن له من السلطات ما يجعله يدير إجراءات التقاضي في إطار التحكيم بطريقة تختلف عما هو عليه في القضاء الرسمي، إذا كان المحكم لا يتقيد بنصوص قانونية تحد من سلطاته، وإذا كان يستمد سلطته من إرادة الأطراف، تجعل الخصوم يمثلون في أغلب الأحيان إلى أوامره والاستجابة إلى توجيهاته، كما أن ثقة الخصوم فيه تدعوهم إلى تسليم مقاليد الخصومة، بغية العمل على فض المنازعة بالسرعة المتطلبة مادامت خصومة التحكيم ترتبط بميعاد معين والذي ليس من مصلحة الأطراف إضاعته.

إلا أن هذه السلطة تلجمها مجموعة من القيود توظّر دائرة عمل المحكم، فهي تضيق وتتسع تبعاً لاتفاق الأطراف، فهي تضيق كلما كانوا أكثر دقة في اتفاهم، وتتسع كلما كان اتفاهم هذا يخلو من كثرة الشروط المضمنة في الاتفاق، وبالتالي ما إن سكتوا عما يجد من حرية المحكم لإعمال سلطته التقديرية التي يراعي فيها العادات والأعراف التجارية السائدة.

كما أن سلطاته ليست مطلقة تمتد إلى كافة المسائل القانونية التي ترتبط بالخصومة التحكيمية، فهناك ما يحظر القانون على المحكم مباشرته لأنه يخرج عن سلطاته بأمر المشرع مثلاً، كالحكم بالغرامات التهديدية أو الحبس أو توقيع الجزاء لأنها مسائل يختص بها القضاء الرسمي لسلطته الولائية أو لمسائل أخرى تخضع للنظام العام⁵⁵.

ومما لا شك فيه أن الأطراف عند اتفاهم على التحكيم، قد يضعون شروطاً تحد من سلطات الهيئة التحكيمية؛ وهو ما يعبر عنه بالحدود الاتفاقية فهل لهذه الحدود تأثير على القرار الاستعجالي للمحكم؟

الفقرة الأولى: الحدود الاتفاقية لسلطة المحكم

⁵⁵ - للمزيد من التوسع يراجع: محمد نور عبد الهادي شحاتة - النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، دار النهضة العربية، طبعة 1994، ص 362.

إن المحكم بقبوله لمهمة التحكيم يكون قد دخل في علاقة تعاقدية مع أطراف النزاع، هذه العلاقة تكون ملزمة للجانبين ومن المسؤوليات الملقاة على عاتق المحكم ما يلي:

أولاً: الالتزام بالفصل في النزاع

يلزم المحكم عند قبوله لمهمة التحكيم الفصل في النزاع المعروض عليه في الموعد المحدد في اتفاق التحكيم، والالتزام أيضاً بالشروط المتفق عليها بين الأطراف، وإذا كان المحكم لا يقابل بنفس الجزاء حالة التخلي عن مهمة التحكيم مقارنة مع القاضي الوطني، حين يعتبر هذا الأخير منكراً للعدالة، فإن إخلال المحكم بالاتفاق بعد قبوله به يجعله محط مساءلة في إطار المسؤولية المدنية.

وذلك مادام أن المحكم لا يقبل مهمة التحكيم على سبيل التبرع، وإنما مقابل مبالغ مالية، وذلك في ظل واقع يشهد بأن مهنة التحكيم أصبحت وظيفة الصفوة من كبار رجال القانون والشخصيات المرموقة، ووظيفة تدر أموالاً طائلة على من يتولاها⁵⁶.

لدى فهو ملزم بأداء مهمته التحكيمية طبقاً للاتفاق المبرم، ومنه كذلك إذا ما اتفق صراحة أو ضمناً، ما يتعلق بنظر الإجراءات الوقتية والحفظية من طرف المحكم.

ثانياً: الالتزام بموضوع النزاع

إن سلطة المحكم محكمة بعدم تجاوز اتفاق التحكيم الذي يعتبر سند التدخل وأساس انعقاد اختصاصه، ومن ثم فالمحكم لا يملك سلطة الحكم في نزاع آخر غير الذي تم الاتفاق عليه ولو كان مرتبطاً بالنزاع المتفق بشأنه على التحكيم، إلا إذا عمد الأطراف إلى الاتفاق بشأنه صراحة، وذلك مرجعه كون سلطة المحكم تجرد أساسها في إرادة الأطراف وفي الحدود التي يقرها النظام

⁵⁶ -مسؤولية المحكم -دراسة على ضوء التشريع المغربي- محمد الحبيب- رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-سلا، السنة الجامعية 2007/2008، ص12.

القانوني⁵⁷، ورغم ذلك فمن المحتمل أن ينشأ اعتراض على اختصاص المحكم في الحالات التي يواجه فيها دفعا ببطان اتفاق التحكيم أو عدم قابلية النزاع للتحكيم، عندما يصطدم بالنطاق الخارج عن سلطاته على النحو الذي حدده القانون⁵⁸، كما قد يواجه باعتراض جزئي على اختصاص عند خروج النزاع عن نطاق الاتفاق على النحو الذي حدده الأطراف.

لذا فإن نظر المحكم في نزاع غير ذلك الذي اتفق عليه الأطراف يعرض حكمه للطعن بالبطان.

وعلى هذا الأساس، فإن للأطراف الحق في الاتفاق على استبعاد بعض الإجراءات التحفظية من نطاق اختصاص المحكمين، وذلك يعتبر محض أعمال لمبدأ عام يمنح للأطراف السلطة في تحديد نطاق اتفاق التحكيم وفقا لما تراه مناسبا لها⁵⁹.

الفقرة الثانية: الحدود القانونية لسلطة المحكم

إن المحكم وإن كانت تربطه بالخصوم علاقة تعاقدية والتي مصدرها الاتفاق والعقد، ومن ثم يكون ملتزما وفق مسؤوليات عقدية، فإنه أيضا يكون مسؤولا بمناسبة القيام بوظيفة الفصل في النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، بحدود يفرضها القانون تخرج عن دائرة الاتفاق أو العلاقة التي تجمعها بأطراف الخصومة الذين اتفقوا على التحكيم ومن ثم فوضوه للنظر في نزاعهم. ومن أهم هذه الحدود القانونية التي من شأنها التأثير على التدبير الاستعجالي نذكر ما يلي:

⁵⁷ - يرى بعض الفقه: أن التحكيم بناء قانوني مركب من ثلاثة إرادات؛ إرادة المشرع وإرادة الأطراف وإرادة المحكمة، لمزيد من التفاصيل يراجع: ذ. محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، 1994، دار النهضة ص 14 إلى 20.

⁵⁸ - يراجع مقال حسن بغدادي: القانون الواجب التطبيق في شأن التحكيم وقرارات هيئة التحكيم وتنفيذها، مجلة القضاة، السنة 19 عدد 1 يناير 1986.

⁵⁹ - أنظر مقالة: "Emmanuel Guillard"

* Arbitrage commercial International, la sentence arbitrale organisation et développement de la procédure arbitrale, intervention du juge étatique, class, Dr.inter.fasc586-8-2, spec n° 102.

* أشارت إليها: حفيظة السيد الحداد في مؤلفها المشار إليه سابقا ص 40.

أولاً: الالتزام بقواعد القانون الموضوعي

المقصود بقواعد القانون الموضوعي، تلك التي تطبق على موضوع النزاع، والتي تختلف باختلاف نوعه، فإذا ما كان النزاع مدنيا كانت القاعدة الموضوعية مدنية أيضاً، وإذا كان النزاع تجارياً كانت القاعدة الموضوعية تجارية كذلك.

ومدى التزام المحكم بتطبيق قواعد القانون الموضوعي على النزاع، يختلف بحسب نوع التحكيم المطلوب أهو تحكيم بالقضاء أم تحكيم بالصلح.

فبالنسبة للتحكيم بالقضاء، هو الذي يلتزم فيه المحكم بتطبيق قواعد القانون على النزاع، وبالتالي قد يكون القانون الوطني وقد تكون قواعد القانون الأجنبي أو الدولي، وذلك حسب التحديد الذي يكون وارداً في اتفاق التحكيم.

أما بالنسبة للتحكيم بالصلح فهو يعني المحكم من التقيّد بقواعد القانون شريطة توجه إرادة الخصوم صراحة إلى ذلك⁶⁰.

واعتبار لما سلف، فإن الإجراء الاستعجالي المتخذ من طرف المحكم يجب أن يتماشى والقانون المطبق على النزاع نوعاً وموضوعاً.

ثانياً: ارتباط الإجراء الاستعجالي بموضوع النزاع

مما لاشك أنه وإن كان محرماً على المحكم النظر في إجراء وقتي يتعلق بمعاملة أخرى أو بعقد آخر ولو كان يربط بين نفس الأطراف، فإن المحكم يكون غير مختص بالنظر في الإجراءات الوقتية والتحفّضية المحالة عليه، ولو كانت لا تمس بالجوهر، إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً في أساسه⁶¹.

ثالثاً: التقيّد بمبدأ الحضورية

⁶⁰ -سيد أحمد محمود أحمد، مفهوم التحكيم، طبعة 2006، دار الكتب القانونية، ص 17 وما يليها.

⁶¹ -مداخلة د. هشام العماري: "التحكيم في المادة الاستعجالية" - بمناسبة الندوة التي أقيمت بمدينة الناظور، حول موضوع: الوسائل الودية لفض المنازعات (الوساطة-التحكيم-الصلح)-يومي 29 و 30 أبريل 2010.

إن وظيفة المحكم سواء في مجال البت في الجوهر أو البت في أمور وقتية أو تحفظية، مرتبطة بضرورة احترام مبدأ التواجهية والحضورية، وقد جعل القانون من أسباب بطلان الحكم التحكيمي عدم احترام حقوق الدفاع، ومن بينها عدم استدعاء أحد الأطراف، وينتج عن ذلك، أن القضاء الرسمي هو الجهة الوحيدة، التي يخول لها القانون تجاوز هذا المبدأ، وهو أمر مبرر في المسائل التحفظية والتدابير الاستعجالية بالطابع الرسمي لرئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات، وهو ما يعفيه من استدعاء الطرف الخصم في النزاع في حالة الاستعجال، دون أن يؤثر ذلك على صحة قراره في هذا الشأن.

رابعا: انعدام سلطة اتخاذ الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الأحكام

من المعلوم، أن الإجراءات التي تمهد لتنفيذ حكم التحكيم، تتعلق باختصاص المحاكم الوطنية على نحو قاصر عليها، ولذلك فإن الأطراف وإن كان بإمكانهم الاتفاق على عدم منح الاختصاص للمحاكم الوطنية لاتخاذ هذه الإجراءات قبل انتهاء المنازعة، لا يمكنهم على العكس من ذلك، منح السلطة للمحكّمين بإصدار أوامر الحجز أو أي إجراء آخر يمس تنفيذ الحكم، وذلك بالنظر لاحتكار القضاء الوطني لإجراءات التنفيذ⁶²

خاتمة

إن دراستنا لشروط انعقاد الاختصاص لقضاء الدولة باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية، استنادا إلى العمل القضائي، وعلى نحو ما اتجهت إليه الآراء الفقهية التي أدلت بدلوها في هذا الصدد، خلصنا إلى أن الشروط التي تؤسس لانعقاد اختصاص القضاء الرسمي لا تختلف في مجملها عن تلك المتطلبة بالنسبة لقضاء التحكيم.

⁶² - حفيظة السيد الحداد - م.س، ص 43.

كما قمنا بتسجيل الفوارق الحاصلة على مستوى الخصائص الذي يطالع بها قضاء الدولة وقضاء التحكيم، وبيننا حينها على أن هذه الإجراءات لا تصدر عن جهة قضائية رسمية؛ لأن التحكيم نظام خاص للتقاضي، كما يمكن أن تتم تسوية النزاع فيه من خلال عملية الصلح، مما ينعلم فيه إجراء أية قاعدة قانونية، كما أن هذه الإجراءات التي تصدر عن المحكم تفتقر إلى سلطة التنفيذ الجبري، وبالتالي فإن هيئة التحكيم ليست لها سلطة ولائية، ولا يمكن معاملة المحكم حين رفضه مهمة التحكيم بعد قبوله بها بنفس المعاملة حالة رفض القاضي الرسمي وظيفة الفصل في النزاع.

وقلنا بأن المحكم لا يتمتع بسلطة الإلزام أو تسخير القوة العمومية كما أنه ليس بإمكانه إلزام الغير، والذي ينتج عنه نسبة اتفاق التحكيم لأن مصدر إنشائه العقد.

كما حاولنا الوقوف على القيود الاتفاقية والقانونية التي تؤثر على اتخاذ أي إجراء استعجالي من طرف المحكم.

كما اعتبرنا أن القضاء الرسمي يبقى سيد الموقف في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية وخصوصا خلال مرحلة ما قبل تشكيل الهيئة التحكيمية.

وإذا كان المشرع المغربي قد عمل على إسناد الاختصاص فيما يتعلق باتخاذ هذه التدابير الاستعجالية بشأن التحكيم من خلال القانون 08/05 إلى جانب القضاء الرسمي، فإنه بذلك قد سار على نهج نظيره الفرنسي الذي جعل منه اختصاصا مشتركا.