بسم الله الرحمن الرحيم

أثر إتفاق التحكيم في ولاية القضاء المستعجل

دراسة مقارنة

"The impact of arbitration treaty on the urgent judiciary's competence"

(A Comparative Study)

إعداد

ماجد فليح بخيت الرشود

الرقم الجامعي: (١٤٧٠٢٠٠٠١٦)

إشراف

الدكتور عبدالله السوفاني

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون

كلية الدراسات العليا

٢٠١٥

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

أعضاء لجنة المناقشة

أعضاء لجنة المناقشــة	التوقيـــع
الدكتور عبدالله السوفاني / رئيساً ومشرفا.....	.....
الدكتور عمر العطين / عضوا.....	.....
الدكتور جمال النعيمي / عضوا.....	.....
الدكتور حلو ابو حلو / عضوا	.....

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون

نوقشت وأوصي بإجازتها بتاريخ ٢٠١٥/١٢/٣١

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإهـداء

إلى من تعبت من أجلي وأعطتني الدعم والمساندة..

إلى زوجتي وولدي فارس ودانا..

إلى

من علماني الطيبة والوفاء والإخلاص وحب العمل .. والداي الغاليين

إلى

من أعانوني على شق دروب الحياة الشائكة الصعبة وأمضيت معهم أحلى فترات العمر ..

صديقاي القاضي العسكري ضيف الله الزبون ...

عاطف الحجايا

أخواني وأصدقائي وزملائي

أهدي هذا العمل..

الباحث

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

الشـــكر

أثمن جهدي المتواضع بالشكر الجزيل الموصول لأستاذي الفاضل الدكتور عبدالله السوفاني الذي كان نعم الأخ والصديق والذي لم يبخل عليّ بعلمه وخلقه وسعة صدره ومساندته لي طوال فترة الدراسة..

كما وأتوجه بالشكر والتقدير إلى أعضاء الهيئة التدريسية في جامعة آل البيت (كلية القانون) لما قدموه لي من نصائح وإرشادات أثناء دراستي..

الباحث

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
الإهداء	ج
الشكر	د
قائمة المحتويات	هـ
الملخص باللغة العربية	ز
المقدمة	١
مشكلة الدراسة	٦
أهمية الدراسة	٦
أهداف الدراسة	٧
أسئلة الدراسة	٧
الدراسات السابقة	٨
حدود الدراسة	٨
منهجية الدراسة	٨
الفصل الأول: طبيعة العلاقة بين الهيئة التحكيمية والقضاء المستعجل في إطار الإتفاق التحكيمي	٩
المبحث الأول: اختصاص القضاء المستعجل	١٤
المطلب الأول: ركنا الاختصاص للقضاء المستعجل	١٤
الفرع الأول: الاختصاص المحلي (المكاني)	١٤
الفرع الثاني: الاختصاص النوعي	١٨
المطلب الثاني: الشروط الموضوعية والشكلية لإتفاق التحكيم	٢٨
الفرع الأول: تأثر القضاء المستعجل باتفاق التحكيم	٣٥
الفرع الثاني: السلطات القضائية لهيئة التحكيم	٤٣
المبحث الثاني: أثر نقل إتفاق التحكيم في إختصاص القضاء المستعجل	٤٧
المطلب الأول: انعقاد العقد التحكيمي	٤٧
الفرع الأول: مبدأ الأثر النسبي للعقد التحكيمي	٤٧
الفرع الثاني: أثر الغيرية لاتفاق التحكيم في إتخاذ التدابير الوقتية	٥١

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني: الإجراءات الوقتية بالنسبة للغير	٥٨
الفرع الأول: إلزام الغير بتقديم مستندات تحت يده للفصل في المنازعة	٥٨
الفرع الثاني: حق الغير في طلب الحماية الوقتية	٦٢
الفصل الثاني: نطاق الإختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم	٦٤
المبحث الأول: اقتران القضاء المستعجل بقضاء الموضوع	٦٥
المطلب الأول: الأمور الواجب مراعاتها في الطلب المستعجل	٦٨
الفرع الأول: المنازعات المستعجلة الخارجة عن نطاق اختصاص الهيئة التحكيمية	٧٠
الفرع الثاني: مفهوم التدابير الوقتية والتحفظية	٧٣
المطلب الثاني: سلطتي هيئة التحكيم والقضاء المستعجل باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية	٧٥
الفرع الأول: الصلاحية الكاملة لمحكمة التحكيم باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية	٧٥
الفرع الثاني: معيار وحدة القضاء المستعجل في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية	٨٠
المبحث الثاني: مدى السماح لهيئة التحكيم بالتصدي للمسائل المستعجلة	٨٣
المطلب الأول: أثر نطاق الإختصاص المشترك لاتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية	٨٣
الفرع الأول: موقف الفقه من مسألة الاختصاص المشترك	٨٣
الفرع الثاني: موقف المشرعين الأردني والمصري من الاختصاص المشترك	٨٦
المطلب الثاني: الضمانات القانونية للهيئة التحكيمية	٩٣
الفرع الأول: الضمانات المقررة لكفالة استقلال الهيئة التحكيمية	٩٣
الفرع الثاني: الدفع بإتفاق التحكيم	٩٨
الخاتمة	١٢١
النتائج	١٢٢
التوصيات	١٢٣
المراجع	١٢٤
الملخص باللغة الإنجليزية	١٢٨

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الملخص

يعد التحكيم طريقاً استثنائياً لفض منازعات الأفراد، سواء كان الإتفاق على التحكيم شرطاً أم مشارطة وارد ذكره ضمن بنود العقد الأصلي أو في عقد منفصل عن العقد الأصلي المنظم للعلاقة بين الطرفين.

والتحكيم قوة تشاركية مع القضاء المستعجل في إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية اللازمة لصيانة الحق المتنازع عليه وحمايته من الضياع.

ومن الجدير بالذكر أن بعض التشريعات قد نصت صراحة على اختصاص هيئة التحكيم في إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، في حين أن البعض الآخر منها، قد منحت هذا الإختصاص إختصاصاً تشاركياً بين هيئة التحكيم والقضاء المستعجل.

هذا الإختصاص التوافقي التكاملي أخذ به المشرع الأردني في المادتين (١٣، ٢٣) من قانون التحكيم الأردني كنتيجة طبيعية للأثر السلبي لإتفاق التحكيم، وبحيث أنه متى تحقق شرط صحة التحكيم امتنع على المحكمة وضع يدها على موضوع النزاع وبحثه وكأثر لذلك امتنع عليها اتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية باعتبار أن ذلك أمسى من اختصاص هيئة التحكيم المشكلة تشكيلاً قانونياً صحيحاً.

بدوره، إتخذ القضاء الأردني موقفاً واضحاً في بيان موقفه من الأثر السلبي لإتفاق التحكيم، إذ دأبت محكمة التمييز الموقرة في أحكامها، على الأخذ بعلوية هذا الأثر على الأثر الإيجابي لإتفاق التحكيم ولكن على الجانب الآخر نجد أن القضاء الأردني وافق على إختصاص القضاء المستعجل في إتخاذ التدابير الوقتية رغم تقريره أن الإختصاص بذلك منعقد لهيئة التحكيم، الأمر الذي قد يؤدي إلى إرباك في تطبيق التدبيرين الوقتيين الصادرين عن هيئة التحكيم والقضاء المستعجل وهو ما يطلق عليه تنازع في الإختصاص.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المقدمة

يُعتبر القضاء المستعجل صورة من صور الحماية القضائية وذلك لأنه يواجه عارضاً قانونياً طارئاً يتمثل في خطر التأخير أو الإستعجال باحتمال فوات فرصة الاستقرار الذي ينشده فهو يرمي إلى تحقيق غاية قانونية بحتة هي حماية القانون أو الحقوق من خطر التأخير، وبالتالي فهو ليس نشاطاً أصيلاً في تنفيذ القانون بل على العكس من ذلك هو نشاط استثنائي لا يُتخذ إلا عند طروء ووقوع خطر التأخير؛ وهذا ما يميزه عن أعمال الضبط الإداري التي تعد وسيلة إدارية لوقاية النظام العام من الأخطار التي تُهدد الأمن أو السكينة العامة[١]. إن ضَرورة القضاء المستعجل ترجع إلى تأمين النظام القانوني من خطر التأخير في التنفيذ الفعلي للقانون، ولأهمية المصلحة محل القضية المستعجلة وبطء وتعقيد إجراءات التقاضي للقضاء العادي مما ينجم عنه من ضرر محدق يتعذر إدراكه ولمنع وقوع الضرر أصلاً أو لمنع تفاقم آثاره، وهو من هذه الناحية يعمل من خلال الحماية الوقتية الحالّة على إزالة هذا العارض بإجراءات بسيطة سريعة ناجعة.

إن تدخل القضاء بوسيلة حماية سريعة لنجدة الحق من الخطر المحدق به ينبغي ألا تأتي السرعة على حساب العدل وإلا كانت السرعة اغتيالاً للحق وانتقاصاً له لا في نجدته؛ فالعدل يقتضي وقتاً لإمهال الخصوم في الدفاع وروية القضاة في تحقيق الدعوى والحكم فيها وإلا كان الحكم المستعجل مباغتاً لم يراعِ إجراءات المحاكمة السليمة وحق الخصوم في بسط إدعائهم ودفوعهم.

هذه الوقاية والحماية من خطر داهم يهدد المصلحة التي يحميها القانون مؤقتاً هو الغاية من وجود مثل هذا القضاء المستعد دوماً لحماية مثل هذا الحق على وجه السرعة والإستعجال دونما إسفاف بحقوق الطرفين.

والإستعجال يعني قيام الضرورة الواقعية الحالة فعلاً التي تسوغ اتخاذ إجراء وقتي مستعجل لا يُجدي فيه التأخير لعرضه على القضاء العادي لما يترتب على هذا التأخير ضرراً لا يمكن إزالته أو محو آثاره الضارة اللاحقة بصاحب الحق طالب الحماية الوقتية[٢].

ولما كان ذلك كذلك فإن القضاء المستعجل يتميز بمزايا تميزه عن غيره، وهذه المزايا تتمثل في:

الميزة الأولى: إن القضاء المستعجل يُعتبر عملاً قضائياً بالمعنى الغني لأنه من ناحية يتعلق برابطة قانونية يُحتم وجودها ويرم إلى ضمان حمايتها حماية وقتية، ومن ناحية أخرى فهو يطرح نزاعاً أمام القاضي بالأوضاع القانونية ويصدر فيه أحكام مسببة ملزمة للخصوم مقيدة للقاضي

---

[١] مراد، عبدالفتاح (١٩٨٩)، **المشكلات العملية في القضاء المستعجل**، دار الفكر الجامعي، ص٥٣ وما بعدها.

[٢] محمود، سيد أحمد (٢٠٠٧)، **القضية المستعجلة وفقاً لقانون المرافعات**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ص١١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المستعجل نفسه، فلا يملك تعديلها كلياً أو جزئياً أو العدول عنها طالما لم تتغير الظروف والأحوال الداعية لمثل هذا التعديل، لهذا فإن أحكامه أحكاماً وقتية يمكن الطعن بها دائماً عن طريق الاستئناف[١].

الميزة الثانية: إن الحماية ليست هدفاً في ذاتها بل هي وسيلة أو ضمانة لتحقيق الحماية النهائية الموضوعية، فهو يرمي إلى ضمان تحقيق الدعوى الموضوعية لهدفها بحيث إذا فُصل في الدعوى الموضوعية ينتهي دور القضية المستعجلة وتصبح غير ذي موضوع وتنعدم المصلحة فيها ويحكم بعدم قبولها، وبمعنى آخر فإن القضاء المستعجل ذو أثر مؤقت فهو يرتب أثره إلى حين الفصل في القضية الموضوعية، وهو بذلك يبقى قائماً إلى حين البت بموضوع النزاع أمام المحكمة المختصة وينتهي بصدور حكماً موضوعياً برد الدعوى[٢].

الميزة الثالثة: عجل هو قضاء مجرد أي مجرد وسيلة احتياطية تُمنح بصرف النظر عن المركز الموضوعي، فهي تُمنح بصرف النظر عن وجود الحق أو المركز الموضوعي[٣].

الميزة الرابعة: كذلك فإن القضية المستعجلة تنتهي بحكم وقتي لا يمس أصل الحق فهو ذات حجية مؤقتة يصدر لحساب الدعوى الموضوعية ولحين الفصل في موضوعها[٤].

الميزة الخامسة: إن الحكم المستعجل ينفذ نفاذاً معجلاً بنص القانون[٥].

يقتضي الأثر الفوري للحكم المستعجل تمتعه بخاصية النفاذ المعجل من أجل حماية الحق من الخطر الداهم المحدق به وبانتفائها تزول غاية الحكم المستعجل وهو ما لم يقصده المشرع في المادة(٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية.

غاية في الأمر أن الحكم المستعجل المعجل التنفيذ من شأنه إخطار الطرف الآخر بجدية طالب الحماية الوقتية في صون حقه المتنازع عليه وحمايته من الزوال، وإخطاره بنية طالب الحماية الوقتية في إقامة دعواه الموضوعية مستقبلاً.

الميزة السادسة: إن الحكم المستعجل يقبل الاستئناف دائماً.

إن الحكم المستعجل كسائر الأحكام الموضوعية الصادرة عن المحاكم يقبل الطعن بطريق الإستئناف وخلال المهل القانونية المنصوص عليها في المادة(١٧٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية. غير أن مجرد مراعاة هذه المهل لا يعني فقدان الحكم المستعجل لخاصية النفاذ المعجل فتظل

---

[١] محمود، سيد أحمد، المرجع السابق، ص١٥.

[٢] إسماعيل عمر، نبيل (١٩٨٨)، **أصول المرافعات المدنية والتجارية**، طبعة أولى، ص٤٢٧.

[٣] والي، فتحي (١٩٩٣)، **الوسيط في قانون القضاء المدني**، طبعة منقحة، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ص١٢٧ وما بعدها.

[٤] محمود، سيد احمد، المرجع السابق، ص١٦.

[٥] زغلول، إسكندر سعد، (١٩٧١)، **الموسوعة في قضاء الأمور المستعجلة**، ص٢٢ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذه الخاصية ملازمة له إلى أن تبت به محكمة الإستئناف فمتى صدر الحكم الإستئنافي القاضي بفسخ الحكم المستعجل فقد زالت كافة الآثار القانونية المترتبة عليه وما يتصل به.

وبالبناء عليه فإن القضاء المستعجل يلعب دوراً بارزاً في إسعاف المتقاضين بأحكام عاجلة صادرة بالاستناد لإجراءات سريعة مختصرة ومواعيد قصيرة وهو بذلك يبعث الاطمئنان بنفس المتقاضين ويضمن لهم فعالية القرار الذي سيصدر في الموضوع.

وعلى ضوء ذلك فإنه يمكن تعريف القضاء المستعجل بأنه "نظام أنشأه المشرع للتوفيق بين اعتبارين هما:

الاعتبار الأول: يتمثل في حسن سير القضاء وتمكين الخصوم من إثبات ما يدّعونه، أو تقديم دفوعهم.

الاعتبار الثاني: ويتمثل في أن الفصل في الدعوى يكون سبباً في الإضرار بمصالح الخصوم، وإن مقتضى هذا النظام هو إسعاف الخصوم بأحكام سريعة قابلة للتنفيذ الجبري، وهذه الأحكام تضع الخصوم في مركز قانوني مؤقت ريثما يُفصل في أصل الحق"[١].

وبمعنى أكثر وضوحاً فإن القضاء المستعجل يعمل على التوفيق بين الاعتبارين أعلاه وذلك لحسن سير العدالة حتى يأتي حكم القاضي بتأني وتمهل طال الوقت أم قصر، أقرب ما يكون إلى الحقيقة، إحقاقاً للحق وإزهاقاً للباطل، هذا من جانب ولوجود أحوال يتعين فيها الإستعجال – حيث سير القضاء العادي بطيء مما يترتب التأخير في الفصل فيها إضراراً للخصوم يصعب تلافيها أو إصلاحها، بل قد يؤدي التأخير في إصدار حكم القضاء الموضوعي أن تضيع الحقوق أو المراكز القانونية أو أن تخور أوصاله وتختلط بالباطل أركانه فيستعصي الإصلاح أو لا تكون لهُ أدنى فائدة فتُغتال العدالة في صرح القضاء وعلى مرأى ومسمع القائمين عليه ودون أن يكون لهم أن يتقدموا لإنقاذها وانعدام النص القانوني الذي يسمح لهم بذلك – لذلك كانت الحاجة ضرورية للقضاء المستعجل الذي يمنح حماية قضائية سريعة وبإجراءات مبسطة من جانب آخر.

وبهذا المفهوم أمسى القضاء المستعجل حماية للحق وليس فصلاً فيه وتمهيداً للحكم الموضوعي وليس بديلاً عنه ويكون مضمونه مجرد التحفظ على الحق والمحافظة عليه لحين الفصل فيه – موضوعياً – لمن يستحقه[٢].

---

[١] نمر، أمينة (١٩٦٧)، **مناط الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة**، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص١٧.

[٢] عبد الدايم، هاني عبد اللطيف (١٩٩٢)، **بحث في حقيقة مفهوم الاستعجال كشرط لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة**، جامعة عين شمس، ص٦، المنشور على الشبكة العنكبوتية، تاريخ الزيارة ٢٠١٥/٤/١٥ الساعة٨.٣٠مساءً.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

واستناداً لهذا المفهوم فإن القاضي المستعجل مثل طبيب الإسعافات الأولية التي لا تحتاج لاتخاذها سوى مظهر خارجي لن تؤدي إلى الشفاء الأكيد طالما أنها مجرد إجراءات أولية ووقتية للإسعاف والوقاية وليس للعلاج الدائم وتأكيد الشفاء[١].

وعرّفه البعض الآخر بأنه "فرع من القضاء المدني يختص بالفصل في المنازعات المستعجلة ويُحكم فيها من ظاهر المستندات دون مساس بأصل الحق الذي يبقى سليماً للمتقاضين يتناضلون فيه أمام قاضي الموضوع. فهو يرُدّ العدوان الظاهر للوهلة الأولى من ظاهر المستندات بإجراء وقتي، غير أن له حجّية في المسألة المستعجلة ما لم تتغير الأوضاع والمراكز القانونية الذي شُيّد حكمه على أساسها"[٢].

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الأردنية بحكمها على أنه "إذا كانت الدعوى هي الوسيلة القضائية لحماية الحقوق، فمن خلال هذه الدعوى يستعجل صاحب الحق على حكم يحمي هذا ويرده إلى صاحبه، فإن بعض الحقوق تحتاج إلى تدخل سريع بحيث يكون المطلوب حماية سريعة لحق ما، هذا التدخل السريع أُنشئ له ما أصطلح على تسميته بالقضاء المستعجل، فيكون القضاء المستعجل على النحو السابق هو آلية حماية سريعة لبعض الحقوق، فاللجوء إلى القضاء والحصول على حمايته وفقاً للإجراءات العادية يتطلب وقتاً ليس بالقليل يلازمها من مواعيد تتسلسل في ترتيب منظوم يراعي فيه أن يُفسح للخصوم الوقت الكافي لإبداء وعرض كل وجهات نظرهم ووجوه دفاعهم ودفوعهم المختلفة والرّد على ما يثيره خصومهم من مزاعم وأسانيد إعمالاً لحقوق الدفاع الثابتة لهم، وأن ينتج في الوقت نفسه للمحكمة أن تبني عقيدتها في المسائل المطروحة عليها بتأنّ وتدبّر وتروٍّ، وإذا كانت اعتبارات التأنّي والتروّي هي من ضرورات حسن القضاء وكمال الأحكام فإن لها أيضاً سلبياتها في بعض الحالات إذ قد يوجد من الظروف ما ينبئ عن قيام خطر عاجل يهدد الحقوق والمراكز القانونية بأضرار محدقة تستنفذ آثارها قبل أن يتمكن القضاء بالإجراءات المعتادة من بسط حمايته التأكيدية والتنفيذية عليه فلا يجوز في هذه الحالات التدخل القضائي اللاحق لرفع الأضرار التي وقعت بالتعويض عنها، فالتعويض مهما بلغت قيمته قد لا يكون كافياً لإشباع المصالح التي أُضيرت إشباعاً تاماً، في هذه الحالة لا بدّ من الاحتكام للقضاء المستعجل، فوظيفة الحماية المستعجلة

---

[١] عبد التواب، معوض (١٩٨٤)، **الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة**، الطبعة الأولى، ص٩، وما بعدها.

[٢] إسماعيل، خميس السيد (١٩٩١)، **موسوعة القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ وإشكالاته**، الطبعة الأولى، بدون ناشر، القاهرة، ص هـ.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هي في تقديم حماية مؤقتة للحقوق إلى أن يتمكن القضاء بإجراءاته العادية من إنزال حمايته التأكيدية والتنفيذية عليه، فهي تقدم إسعافاً وقتياً للحق إلى أن يتمكن القضاء المستعجل بأنها أعمال حماية تبعية وتكميلية ومساعدة واحتياطية"[١].

مما تقدم يستفاد أن القضاء المستعجل يتحدد نطاقه بمقبولية الدعوى المستعجلة، وبموازاة ذلك ظهر طريق استثنائي لفظ المنازعات بين الأطراف دونما الحاجة للجوء إلى القضاء المستعجل، هذا الطريق يتم باتفاق الطرفين فتارة يتفق عليه ضمن بند من بنود العقد الأصلي أو في عقد مستقل عن العقد الأصلي تارة أخرى، وهذا الطريق هو ما يطلق عليه التحكيم.

والتحكيم كأسلوب استثنائي متطور يمكّن طرفيه من طلب الحماية الوقتية من الهيئة التحكيمية سواء ورد شرط الإتفاق عليه ضمن بند العقد الأصلي أو في عقد مستقل عنه.

والتحكيم كالقضاء المستعجل يمكن الهيئة التحكيمية من بسط الحماية الوقتية اللازمة لحماية الحق المتنازع عليه من الزوال أو ضياعه في القضية المستعجلة[٢].

---

[١] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١٣/١٧٩١)، منشورات مركز عدالة.

[٢] يقصد بالقضية المستعجلة هي مجموعة الإجراءات التي ينظمها القانون مضمونها اتخاذ تدابير عملية تحفظية أو معجلة لا تمس أصل الحق أو تؤثر فيه وتنصب على شيء أو على مال بقصد الوقاية من خطر التأخير في حماية حق – ظاهر – يُرجّح وجوده للمدعي فيها، وهي منازعة يُخشى عليها من فوات الوقت وفقاً للتحديد التشريعي بقصد المحافظة على الأوضاع القائمة أو لاحترام الحقوق الظاهرة أو لصيانة مصالح الطرفين المتخاصمين وتنتهي خصومتها بزوال الخطر تلقائياً أو بواسطة تحقيق الحماية الموضوعية.

ومن هذا المنطلق – سنأتي على ذكره لاحقاً – فإن قاضي الأمور المستعجلة يتناول وبصفة وقتية وفي نطاق النزاع المعروض عليه جدية النزاع لا ليفصل فيه بحكم حاسم للخصومة ولكن يتعرف منه على وجه الصواب في الإجراء الوقتي المطلوب منه حماية الحق وتقديره في ذلك من المسائل الواقعية التي يشتغل بها بغير رقابة عليه من محكمة التمييز ما دامت النتيجة التي ينتهي إليها – حماية الحق – تقوم على أسباب مبررة ولها أصلها الثابت بالأوراق إذ شأنه في ذلك شأن قاضي الموضوع، يتحسس ظاهر البنية المقدمة في الدعوى المستعجلة.

إذن فشرط الدعوى المستعجلة الواجب توافره فيها(٢) هو الخشية أو الخوف من فوات الوقت فيجب أن تكون هذه الخشية حالة وليس محتملة أي الخشية على مضي الوقت قد يؤدي بالنظر للقضية الموضوعية القائمة أو المستقبلية إلى الإضرار بالحق أو المركز المحتمل وذلك إما لأنه قد لا يمكن الحصول على قضاء موضوعي لصالح المدعي، وإما لأن القضاء في الموضوع غير مجدي، سيد، محمود أحمد، المرجع السابق، ص٢٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مشكلة الدراسة:

إن القضاء المستعجل والتحكيم في الأمور المستعجلة – رغم تشابههما – إلا أنهما يثيران عدة إشكاليات، هذه الإشكاليات تتمثل في:

الإشكالية الأولى: هل الدفع بعدم الاختصاص أو الدفع بعدم القبول دفعين متعلقين بالنظام العام وبالتالي أم هما دفعين ولائيين غير متعلقين بالخصوم، وبالتالي فإن تم قبول أي منهما فما هو الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في المسائل المستعجلة التي تقع ضمن الاختصاص النوعي للقضاء المستعجل والتي تتعلق بموضوع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم.

الإشكالية الثانية: هل يتوجب على الهيئة التحكيمية إحالة كافة المسائل المستعجلة المعروضة أمامها لقاضي الأمور المستعجلة لاستصدار قراراً وقتياً بشأنها أم يمكن القول بإمكانية تقسيم المسائل المستعجلة بحسب أهميتها وبالتالي وحسب طائفة كل مسألة يمكن إحالة أو عدم إحالة أي مسألة للقضاء المستعجل، أي بمعنى هل تملك الهيئة التحكيمية بالمطلق إحالة أي إجراء أو تدبير وقتي إلى القضاء المستعجل لاستصدار قرار بشأنه حتى وإن كانت الهيئة التحكيمية لم تعقد بعد، وهل هذا الأمر مقتصر فقط عند تشكيل الهيئة التحكيمية.

الإشكالية الثالثة: أثر تغيير المراكز العقدية على انتقال شرط التحكيم الوارد في العقد وبالتالي أثر ذلك في اختصاص القضاء المستعجل باتخاذ أمر أو إجراء وقتي ضروري لأحد طرفي العقد.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في التعرف على مضمون الإستعجال وعدم المساس بأصل الحق كركنين أساسين في الاختصاص النوعي للقضاء المستعجل الذي إذا انتفى أحدهما أو كليهما انتفى هذا الاختصاص.

وكذلك بيان التوافق بين التحكيم والقضاء المستعجل وهما بصدد اتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية وإلى أي مدى يصل هذا التوافق وهل هو توافق مطلق أم نسبي.

كذلك تكمن أهمية الدراسة في معرفة موقف المشرع الأردني من الأثر السلبي والإيجابي لاتفاق التحكيم على اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في المسائل المستعجلة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أهداف الدراسة:

تكمن أهداف الدراسة في إبراز النقاط التالية:

١- بيان الطبيعة القانونية لركني الاستعجال ومفهومة.
٢- بيان الشروط الموضوعية والشكلية للحماية الوقتية ونوع هذه الحماية.
٣- بيان أثر زوال سبب الحماية الوقتية أثناء انعقاد الدعوى أمام قاضي الأمور المستعجلة أو الهيئة التحكيمية.
٤- بيان صاحب الاختصاص الأصيل بنظر الطلبات المستعجلة وهل هذا الأمر منعقداً للقضاء المستعجل أم لمحكمة التحكيمية.
٥- بيان صلاحية القضاء المستعجل في البت بأي مسألة مستعجلة قبل انعقاد الهيئة التحكيمية وهل أن هذا الأمر مطلق أو مقيد بمواضيع معينة .
٦- بيان مدى توافق الدفع بعدم الاختصاص مع الدفع بعدم القبول في إسباغ الحماية الوقتية لاتفاق الطرفين في إطار اتفاق التحكيم والمعيار الذي تبناه المشرع الأردني حول طبيعة الدفع في التحكيم وأثره في اختصاص المحكمة الناظرة بموضوع النزاع المستعجل.
٧- هل يخضع قاضي الأمور المستعجلة في تقديره لحالة الاستعجال – في غير الحالات المفترض فيها قانوناً الاستعجال – لرقابة محكمة التمييز.

أسئلة الدراسة:

- ما الأساس القانوني لاختصاص القضاء المستعجل في المسائل الواردة باتفاق التحكيم؟
- ما أثري التحكيم في انعقاد الاختصاص للقضاء المستعجل؟
- ما المقصود بالدفع بعدم القبول والدفع بعدم الاختصاص وأثر ذلك في اختصاص القضاء المستعجل؟
- ما الوقت اللازم لتقديم الدفع بعدم القبول أو الدفع بعدم الاختصاص أمام محكمة الموضوع وأثر ذلك في اختصاص القضاء المستعجل.
- القرارات الصادرة عن المحكم في مسألة القبول وأثر ذلك في اختصاص القضاء المستعجل.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدراسات السابقة:

- **د. مصلح الطراونة – مدى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم في القانون الأردني – عمان – ٢٠٠٨.**

تحدث الباحث في درسته بشكل عام في اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم دون أن يتطرق إلى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة قبل انعقاد هيئة التحكيم، وهو ما سيقوم الباحث بالإجابة عليه.

- **أ.د علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.**

تناول دور القضاء في الرقابة على أحكام المحكمين والأمر بالتنفيذ والنفاذ المعجل للحكم التحكيمي ولم يتناول دور القضاء المستعجل في معاونة هيئة التحكيم في إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، وهو ما سيتناوله الباحث في دراسته.

حدود الدراسة:

زمانية: حدود الدراسة مقتصرة في ظل قانون أصول المحاكمات المدنية وقانون التحكيم.

موضوعية: المسائل المستعجلة بين القضاء المستعجل والهيئة التحكيمية.

منهجية الدراسة:

سيتم اتباع المنهج الوصفي التحليلي من خلال الوقوف على النصوص القانونية الناظمة والمتمثلة في قانون التحكيم الأردني لسنة ٢٠٠١ وقانون أصول المحاكمات المدنية لعام١٩٨٨، وقانون التحكيم المصري لعام ١٩٩٤، وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، لذا سأتعرض للوصف الدقيق لمحاولة الإجابة على فرضيات الدراسة والإشكاليات المطروحة وتحليلها ووضع الحلول المناسبة لأجل التوصل للهدف المنشود والمتمثل وبيان مدى التوافق بين أثري التحكيم على اختصاص القضاء المستعجل.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الأول

طبيعة العلاقة بين الهيئة التحكيمية والقضاء المستعجل في إطار الإتفاق التحكيمي

تمهيد:

لبيان ولتحديد أثر صياغة إتفاق التحكيم في إختصاص القضاء المستعجل في الطلب الذي يقدمه إليه أحد طرفي إتفاق التحكيم لإتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي، الذي يخشى عليه من فوات الوقت وضياع الحق، فإن ذلك يقتضي بيان طبيعة إتفاق التحكيم ذاته وبشيء من التفصيل.

إن إتفاق التحكيم أما أن يكون إتفاقاً موقعاً بين طرفي النزاع صادراً في مرحلة سابقة على نشوء النزاع ويرد ضمن بند من بنود العقد الأصلي المبرم بين الطرفين، وبمقتضاه يلتزم فيه طرفا التحكيم بأن يعرضا على الهيئة التحكيمية هذا النزاع الذي قد نشأ عن العقد المذكور.

وأما أن يكون إتفاقاً تالياً على نشوء النزاع بمقتضاه يلتزم فيه أطراف النزاع بعرض هذا النزاع على الهيئة التحكيمية.

وفي الحالة الأولى يسمى، الإتفاق بالإحالة على التحكيم، شرط التحكيم وهو يتعلق بنزاع لم يولد بعد فهو شرط قد يتم إعمال مقتضياته وقد لا يتم إعمالها.

ويسمى في الحالة الثانية بمشارطة التحكيم لأنه متعلق بنزاع تحقق ونشا فعلاً فيأتي في صورة إتفاق مستقل يُشار إليه في العقد الأصلي، أو يأتي في صورة إحالة إلى عقد أو وثيقة ما متضمنة لهذا الإتفاق في صورته الصحيحة.

وإتفاق التحكيم سواء أكان عقداً أم شرطاً من شروط العقد، هو قوام التحكيم وأساس تواجده، لأن سلطة المحكمين وهم بصدد مباشرتهم للعملية التحكيمية تأتي مصدرها من إرادة الخصوم وإتفاقهم على التحكيم وحرية المحكمين في عدم الالتزام بالقواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون التحكيم ولا حتى القواعد الموضوعية للقانون إذا ما أتفق الأطراف على ذلك.

هذا الرأي يجد صداه لدى مؤيدي نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم التي قوامها أن التحكيم يستمد قوته القانونية والإلزامية من إتفاق التحكيم[١].

وفي قانون التحكيم الأردني رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣، والملغى بموجب المادة (٥٥) من قانون

---

[١] شتا، احمد محمد عبدالبديع (٢٠٠٥)، **شرح قانون التحكيم دراسة مقارنة وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء وهيئات التحكيم العربية والدولية**، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٢١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التحكيم رقم (٣١) لسنة٢٠٠١، فقد أخذ بهذه النظرية وفي المادة الثانية منه التي عرفت إتفاق التحكيم "وتعني عبارة (إتفاق التحكيم) الإتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكمة أو المحكمين مذكوراً في الإتفاق أم لم يكن".

وجاءت المادة العاشرة من قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ لتؤكد على الطبيعة التعاقدية لإتفاق التحكيم بقولها ".. ويكون إتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل الإتفاق ويعد في حكم الإتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو إتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد وإذا تم الإتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة، فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم، ويعد هذا القرار بمثابة إتفاق تحكيم مكتوب".

إن الإتفاق التحكيمي وعلى النحو الذي بيناه أعلاه يقوم على مبدأ سلطان الإرادة[١]، فهذا المبدأ يسمو على معظم أحكام قانون التحكيم وبذلك يشكل أساس مشروعية إلتجاء الأطراف إلى التحكيم، ومنه يستمد المحكم سلطته في الفصل في النزاع ذاته، لأنه يتوجب عليه وفي كل مسألة إجرائية معروضة عليه الرجوع أولاً إلى الإتفاق التحكيمي، وفي حال عدم وجود إتفاق على ذلك وجب عليه تطبيق أحكام قانون التحكيم بإعتباره القانون الخاص الناظم للعلاقة القانونية لأطراف التحكيم، فإن خلا قانون التحكيم من ذلك وجب عليه تطبيق الإجراءات القانونية المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية باعتباره قانوناً عاماً ناظماً لتلك العلاقة.

وبعبارة أكثر وضوحاً فإن المشرع الأردني وفي المادة الثانية من قانون التحكيم لعام ٢٠٠١ أخذ بالطبيعة التعاقدية لإتفاق التحكيم بالاستناد إلى أن الإتفاق التحكيمي هو عقد، فالعقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما وعلى وجه يثبت أثر في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر وعلى ما أشارت إليه المادة (٨٧) من القانون المدني[٢].

كما أخذ المشرع وفي المادة (١١) من قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ بذلك بقولها

---

[١] سلطان، أنور، (١٩٨٣)، **مصادر الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام**، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، ص٥٨.

[٢] المذكرة الإيضاحية للمادة (٨٧) من القانون المدني الأردني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

"يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد مستقل بشأن كل المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وما دام أن الإتفاق التحكيمي هو عقد فإنه تبعاً لذلك يخضع للقاعدة العامة للعقود إذ أنه يستفاد من المواد الناظمة للعقد الصحيح في القانون المدني من المواد (٨٧-١٠٢) نجد أن العقد هو إرتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر، ويتم التعاقد بالإيجاب والقبول وبالإتفاق على المسائل الجوهرية في العقد أما المسائل التفصيلية فيتولى قاضي الموضوع (هيئة التحكيم) البتّ فيها حسب مقتضى الحال. والمادة(١/٩١) من القانون المدني عرفت الإيجاب والقبول بأنه "كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول". والتعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة الدالة على التراضي أو أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي. كما أن المادتين(٩٩ و١٠٠) من القانون ذاته اشترط تطابق القبول للإيجاب وإذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيده أو يعدل فيه يعتبر رفضاً ويتضمن إيجاباً جديداً.

ويتم تطابق القبول للإيجاب إذا أتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية المتفق عليها. ويستفاد من أحكام المادة (٢/١٠٠) من القانون ذاته أن القانون قد اشترط لصحة العقد الإتفاق على كل المسائل الجوهرية. ولما كان الإتفاق التحكيمي كذلك فإن مبدأ سلطان الإرادة لطرفي التحكيم هو الذي يحكم الإتفاق التحكيمي.

وبالبناء عليه، فإن هذا المبدأ يفترض صدور الإتفاق التحكيمي عن إرادة حرة واعية غير معيبة بأي عيوب من عيوب الإرادة المبحوث عنها في القانون المدني[١]. بحيث أن صدر معيباً أُعتبر كأن لم يكن إلا أنه متى صدر صحيحاً وفق الشكل القانوني الصحيح فقد ترتب عليه كافة الآثار القانونية الملزمة للمتعاقدين ومن يحل محلهما في حقوقهما والتزامهما، ولعل أبرزها نزع الإختصاص مؤقتاً عن القضاء المستعجل وجعل هيئة التحكيم هي الجهة المختصة فيما يتعلق بتفسير الإتفاق التحكيمي واستصدار التدابير الوقتية التحفظية العاجلة منعاً لضياع الحق المتنازع عليه.

---

[١] نصت المادة (١٣٥) من القانون المدني الأردني على أنه "عيوب الرضا: ١- الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً"، ونصت المادة (١٤٣) منه على أنه "التغرير هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به غيرها"، ونصت المادة (١٥١) منه على أنه "لا يعتبر الغلط إلا فيما يتضمنه صيغة العقد أو دلت عليه الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إذن فمناط إختصاص القضاء المستعجل هو صحة أو عدم صحة إتفاق التحكيم، فإن صح رفعت يد القضاء المستعجل – ولو مؤقتاً – عن البتّ في إتخاذ التدابير الإحتياطية الوقتية التحفظية ويعود الإختصاص والحالة هذه لهيئة التحكيم للبتّ في النزاع وإتخاذ ما يلزم من تدابير وقتية تحفظية حفاظاً على حقوق الطرفين من الضياع وبالإستناد إلى إتفاق التحكيم الصحيح طالما أن عبارات الإتفاق صريحة وواضحة لا لبس فيها ولا غموض.

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الموقرة بحكمها الصادر عن الهيئة العامة على أنه "إن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني والأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي وفق أحكام المادة (٢١٤) من القانوني المدني، وأن إعمال الكلام أولى من إهماله طبقاً لأحكام المادة(٢١٦) من القانون ذاته، فإن مقتضى ذلك تطبيق هذا الإتفاق. وإذا كان هذا الإتفاق كما يتضح من عباراته لا يخالف القانون أو النظام العام والآداب وأنه ورد على محل قابل لحكم العقد، فإنه إتفاق صحيح ومرتب لآثاره. وإذا كانت عبارات الإتفاق في حقيقته إتفاق تحكيم وليس إتفاق تعيين خبير وفق ما هو مستفاد من أحكام المادة(٢) من قانون التحكيم رقم (٨) لسنة ١٩٥٣ الواجب التطبيق على هذا الإتفاق ومن أحكام المادتين (٢١٤، ٢٣٩) من القانون المدني، فإن ما صدر عن المحكم من تقرير يعتبر حكم محكم وليس تقرير خبرة وحتى تترتب عليه آثاره القانونية يجب أن تراعى أحكام قانون التحكيم..."[١].

هذا الإتفاق التحكيمي متى صدر صحيحاً ترتب عليه آثاره القانونية، أهمها سلب ولاية القضاء المستعجل في إصدار التدابير الوقتية، ويكون صحيحاً بتوافر شروطه الموضوعية والشكلية.

إذن، الإتفاق التحكيمي هو ذاك الإتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء كان اسم المحكمة أو المحكمين مذكوراً في الإتفاق أم لم يكن.

ووجدنا، أنه ذاك الإتفاق الذي يبرمه طرفي المنازعة التعاقدية لحل هذه المنازعة بواسطة محكم أو محكمين على دراية وإلمام ومعرفة بالمسائل المشابهة لطبيعة هذه المنازعة المثارة بين الطرفين، وبمقتضاه يتنازل المتعاقدان المتخاصمان عن اللجوء إلى القضاء لفض هذه المنازعة للجوء إلى المحكم المتفق عليه أو المعين.

وأوضحنا أن هذا الإتفاق لا يكون صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية الملزمة لطرفيه إلا بتوافر شروط موضوعية وشكلية وبدونها يكون باطلاً غير ملزم لأطرافه وإن أجازوه فيما بعد لأن الإتفاق الباطل لا تلحقه الإجازة على مقتضى ما أشارت إليه المادة (١/١٦٨) من القانون المدني[٢].

---

[١] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١٢/١٥٠٠، هـ ع)، منشورات مركز عدالة.

[٢] نصت المادة (١/١٦٨) من القانون المدني الأردني على "العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبالبناء عليه، متى انعقد الإتفاق التحكيمي صحيحاً كان ذا طبيعة مزدوجة مختلطة فهو تارة ينعقد بالاستناد إلى سلطان إرادة المتعاقدين فيكون ذو طبيعة تعاقدية[١]، وتارة تُصبغ عليه الصبغة القضائية فيكون ذو طبيعة قضائية. وفي هذه الحالة قد تتزاين مع الطبيعة التعاقدية، هذا التزاين قد يوقع صاحب المصلحة طالب الحماية الوقتية المستعجلة في لُبس وإرتباك أيقدم طلبه المستعجل للقضاء المستعجل أم للهيئة التحكيمية لاستصدار حكماً مؤقتاً لحماية الحق المطلوب حمايته من خطر داهم حال.

هذا الطلب يجب أن يكون مستوفياً لكافة شرائطه القانونية المنصوص عليها في المواد (٣، ٥٦، ٥٧، ٥٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية وأن يكون متعلقاً بإحدى المسائل المستعجلة المبحوث عنها في المادة (٣٢) من ذات القانون وشريطة مخاصمة مقدم الطلب، مدعي الخطر الداهم، جميع خصومة في الإتفاق التحكيمي لأن قيامه بمخاصمة بعض خصومه دون غيرهم يوجب حتماً رد طلبه شكلاً لأن المادة (٥٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية تشترط مخاصمة جميع المدعى عليهم[٢].

وفي هذا الاتجاه قضت محكمة التمييز الحقوقية الأردنية بحكم لها على أنه "إذا تضمنت لائحة الدعوى إسم المدعي والمدعى عليهم وموضوع الدعوى ووقائعها وأسانيدها واسم المحكمة، فإن قبول اللائحة يتفق وأحكام القانون والمادة (٥٦) من الأصول المدنية"[٣].

وبمفهوم واضح دال هل لهذا التزاين بين الطبيعتين التعاقدية والقضائية لإتفاق التحكيم أي أثر في ولاية القضاء المستعجل النوعي بالبت في الطلب المستعجل الوقتي أم يمكن القول أن ولاية القضاء المستعجل مكملة لولاية قضاء الهيئة التحكيمية. ثم ما هو مصير الغير من ذلك فهل يحق له التدخل انضمامياً لأي فريق من فرقاء التحكيم وما يترتب على ذلك من حقه بالمطالبة بإجراء وقتي لصالحه.

---

[١] سلطان، أنور، المرجع السابق، الإشارة السابقة.

[٢] نصت المادة المذكورة على "ترفع الدعوى بناءً على طلب المدعي بلائحة تودع قلم المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك ويجب أن تشتمل لائحة الدعوى على البيانات الآتية ٣/أ اسم المدعى عليه بالكامل ومهنته أو وظيفته... الخ".

[٣] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠٠٥/٢١٨١)، منشورات مركز عدالة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول

اختصاص القضاء المستعجل

إن نطاق القضاء المستعجل للمسألة المستعجلة يتحدد بركنين، وقد أجاب المشرع الأردني على هذين الركنين بصريح نص المادة (٣٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية التي نصت على "تختص محكمة البداية بالنظر والفصل في الدعاوى التي لا تدخل في اختصاص محكمة أخرى بمقتضى أي قانون نافذ المفعول، كما تختص بالنظر والفصل في الطلبات المستعجلة وجميع الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي مهما كانت قيمتها أو نوعها".

يُستفاد من هذا النص أن هناك نوعين لاختصاص القضاء المستعجل هما: الاختصاص المحلي والآخر الاختصاص النوعي.

المطلب الأول

ركنا الاختصاص للقضاء المستعجل

الفرع الأول: الاختصاص المحلي (المكاني).

إن قواعد الاختصاص المحلي للقضاء المستعجل تكون واردة بنصوص متفرقة من قانون أصول المحاكمات المدنية. وهو غير متعلق بالنظام العام فلا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها فيجب التمسك به كدفع إجرائي وقبل أي دفع موضوعي آخر كالدفع بعدم القبول أو الدخول في الموضوع وإلا سقط الحق فيه[١].

ومعنى ذلك إن على المجاوب (المستدعي ضده) إبدائه في أول مثول له أمام المحكمة وضمن طلب مستقل لا أن يكتفي بذلك ضمن مذكرته الدفاعية الاعتراضية أو لائحته الجوابية وإلا سقط حقه في ذلك لأنه يكون قد تنازل ضمناً عن دفع غير متعلق بالنظام العام. وهذا ما أشارت إليه صراحة المادة(١٠٩/١/أ) بقولها "للخصم قبل التعرض لموضوع الدعوى أن يطلب من المحكمة إصدار الحكم بالدفوع التالية بشرط تقديمها دفعة واحدة وفي طلب مستقل خلال المدة المدد. المنصوص عليها في المادة(٥٩) من هذا القانون: أ- عدم الاختصاص المكاني...".

وفي هذا السياق قررت محكمة التمييز الموقرة بحكم لها على أنه "يستفاد من المادة(١٠٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية أن المشرع وفي المادة المذكورة حدد الدفوع التي يتوجب على

---

[١] محمود، سيد أحمد، المرجع السابق، ص٣٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخصم تقديمها قبل التعرض لموضوع الدعوى بشرط تقديمها في طلب مستقل ومنها الدفع بعدم الاختصاص المكاني، وحيث إن المدعى عليه أُتيحت له الفرصة أمام محكمة الموضوع لتقديم دفوعه وجوابه على لائحة الدعوى ولم يَدْفع الدعوى المقامة ضده وفقاً لشرط المادة(١٠٩) من الأصول المدنية فإنه يكون قد تنازل عن هذا الدفع ويجعل طلبه في هذه المرحلة مخالفاً للقانون.."[١].

وقضت بهيئتها العامة على أنه "إذا تقدم المدعى عليه بطلبين من اللائحة الجوابية وقائمة البينات بتاريخ ٢٠٠٩/٤/١٣ وفي أول جلسة لدى محكمة الدرجة الأولى بتاريخ ٢٠٠٩/٧/٥ أي بتاريخ لاحق لتقديم الطلبين ذكر وكيل المميز (المستدعي بالطلبين) بأنه يكرر اللائحة الجوابية وطلب إبراز حافظة المستندات وتمسك بتقديم الطلبين لمرور الزمان وعدم الاختصاص وطلب وقف السير بالدعوى الأصلية والانتقال لهذين الطلبين قبل الدخول في أساس الدعوى. فإن ذلك لا يوحي بتنازله عن هذين الطلبين وأنه لم يسقط أي منهما لا صراحة ولا ضمناً ويكون إصرار محكمة الاستئناف على قرارها المنقوض في غير محله ومخالفاً للقانون ومستوجباً للنقض"[٢].

وبالبناء عليه فإذا ما أصدر قاضي الأمور المستعجلة حكماً في قبول الاختصاص المكاني فإنه يملك ومن تلقاء نفسه إحالة الدعوى المستعجلة إلى المحكمة المختصة. وسنده في ذلك ما ورد بنص المادة (١١٢) من الأصول المدنية التي أجازت للمحكمة الناظرة في الدعوى - أيا كانت صفة الدعوى مستعجلة أم موضوعية – إحالتها إلى المحكمة المختصة وبالمقابل فإن قاضي الأمور المستعجلة – وفي حال اتفاق الأطراف على اختصاصه مكانياً – لا يملك إحالة الدعوى المستعجلة إلى المحكمة المختصة لأن الاختصاص المكاني لقاضي الأمور المستعجلة غير متعلق بالنظام العام فلا يقضي به من تلقاء نفسه ولأنه تقرر لمصلحة المدعى عليه (المستدعى ضده) فيجوز للطرفين الاتفاق على اختصاص محكمة معينة[٣].

إذن نستخلص مما تقدم أن القواعد الناظمة لإختصاص القضاء المستعجل المحلي يتحدد على النحو الوارد في أحكام المواد(٢٠، ٢٢، ٢٣) من القانون المدني وبدلالة أحكام المادة (٤٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية.

وبرجوعنا لأحكام المادة(٢٠) من القانون المدني فقد نصت على "يسري على الإلتزامات

---

[١] قرار تمييز حقوق رقم(١٩٠٨/ ٢٠١٢)، منشورات مركز عدالة.

[٢] قرار تمييز حقوق رقم(٣٩١٩/ ٢٠١١)، منشورات مركز عدالة.

[٣] انظر مزيداً من التفصيل محمود، سيد أحمد، المرجع السابق، ص٨٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناص فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك وعلى أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شان هذا العقار".

ونصت المادة(٢٢) منه على "يسري على الإلتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام".

وقضت المادة(٢٣) منه على "يسري قانون البلد الذي تقوم فيه الدعوى أو تباشر فيه إجراءاتها على قواعد الإختصاص وإجراءات التقاضي".

وقضت المادة(٤٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية على "في الدعاوى المتضمنة طلب إتخاذ إجراء مؤقت أو مستعجل يكون الإختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوع حصول الإجراء في دائرتها، وفي المنازعات المستعجلة بتنفيذ الأحكام والسندات يكون الإختصاص للمحكمة التي يجري في دائرتها التنفيذ".

يستفاد من أحكام المواد أعلاه أن قواعد الإختصاص المكاني (المحلي) للقضاء المستعجل تكون كالتالي:

أ- إذا كان المطلوب إجراءً وقتياً أو تحفظياً فينعقد الإختصاص لمحكمة الأمور المستعجلة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه... وموطن المدعى عليه هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ومحل العمل هو المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة، أو أن يقوم على إدارة أمواله فيه، وبالنسبة للموظف أو العامل هو المكان الذي يؤدي فيه عمله عادة ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن أو أكثر من محل عمل وفي أحوال التعدد يتساوى الجميع[١]. وموطن القاصر والمحجور عليه والمفقود هو موطن من ينوب عنه قانوناً، وموطن الشخص الإعتباري هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، والأشخاص الإعتبارية التي يكون مركزها في الخارج ولها فروع في الأردن يعتبر مركز فرعها موطناً لها[٢]. كما يجوز إتخاذ موطن لتنفيذ عمل قانوني معين ويكون هو الموطن بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل إلا إذا اشترط صراحة قصره على أعمال دون غيره[٣].

وفي ذات المعنى عرفه القانون المدني على أنه "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن وإذا لم يكون للشخص مكان يقيم فيه

---

[١] المادة (١٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية.

[٢] المادة (١٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية.

[٣] المادة (١٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عادة فيعتبر بلا موطن"[١].

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الموقرة بحكم لها على أنه "إن لمحكمة بداية عمان مختصة مكانياً في قرارها المستعجل بتعيين قيم لأنها تنظر بهذه المنازعة بحسبانها محكمة مستعجلة وقد ورد في المادتين (٣/٢٦، ٤٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم(١٩٨٨/٢٤) ما يستشف منه أن القرار المستأنف حسب ظاهر الحال واقع في محله"[٢].

ب- في المنازعات المستعجلة المتعلقة بتنفيذ الأحكام والسندات يكون الإختصاص للمحكمة التي يجري في دائرتها التنفيذ. وفي هذه الحالة فإن الإختصاص عند التنفيذ على المال المنقول لدى المدين يكون لمحكمة التنفيذ التي يقع المنقول في دائرتها وكذا الحال بالنسبة للعقار وحجز ما للمدين من أموال[٣].

ج- في حالة تعدد المدعى عليهم فيكفي لإختصاص قاضي الأمور المستعجلة التي يقع في دائرتها موطن أحد المدعى عليهم ولا يسوغ في هذه الحالة لقاضي الأمور المستعجلة أن يحكم بعدم إختصاصه مكانياً لمجرد أن موطن غالبية المدعى عليهم يقع خارج دائرة إختصاصه ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك[٤].

وإذا كان الحال كذلك فيما يتعلق بالإختصاص المكاني لقاضي الأمور المستعجلة فما هو المقصود بالإختصاص النوعي للقضاء المستعجل وما هي أركانه؟

---

[١] المادة (٣٩) من القانون المدني الأردني.

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠٠٠/٣٤٤٥)، منشورات مركز عدالة.

[٣] المادة (٤٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية.

[٤] المادة (٣٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: الاختصاص النوعي:

يختص قاضي الإستعجال باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية المبحوث عنها في المادة(٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية "يحكم قاضي الأمور المستعجلة بصفة مؤقتة مع عدم المساس بأصل الحق بالأمور المستعجلة، على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضاً بهذه المسائل إذا رُفعت إليها بطريق التبعية:

١- المسائل المستعجلة التي يُخشى عليها من فوات الوقت.

٢- النظر في طلبات تعيين وكيل أو قيم على مال أو الحجز التحفظي أو الحراسة أو منع السفر.

٣- الكشف المستعجل لإثبات الحالة.

٤- دعوى لسماع الشاهد الذي يُخشى فوات فرصة الاستشهاد به على موضوع لم يُعرض بعد على القضاء ويُحتمل عرضه عليه، وتكون مصروفاته كلها على من طلبه".

يُستفاد من هذا النص أن القاضي المستعجل قد يختص نوعياً بنظر الدعوى المستعجلة بمقتضى نص صريح في قانون أصول المحاكمات المدنية وهذا ما يُطلق عليه اسم الاختصاص النوعي للقضاء المستعجل وقد يختص نوعياً بنظر المنازعة استناداً إلى ولايته العامة المقررة في المادة أعلاه، وقد يختلف الاختصاص المخول للقضاء المستعجل بنص صريح في القانون عن اختصاصه العام في المواد المستعجلة وفي هذه الحالة لا يجوز امتداده إلى أمور أخرى بطريق القياس عليها إلا إذا كانت مختصاً بنظر هذه الأمور الأخيرة بناء على اختصاصه المخول له بنص خاص أما اختصاصه المستند إلى نص صريح فلا يشترط لاختصاصه بنظرها سوى شرط عدم المساس بأصل الحق فإن تخلف هذا الشرط وجب على قاضي الأمور المستعجلة أن يحكم بعدم اختصاصه نوعياً بنظر الدعوى المستعجلة[١].

وبالإستناد لذلك فإن المسائل المستعجلة الواردة في المادة أعلاه ليس على سبيل التعداد والحصر بدليل ما أورده المشرع في الفقرة الأولى من هذه المادة بقوله "المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت". وباستعراضنا لكلمة المسائل المستعجلة فإنها تعني كافة المسائل التي ذات طبيعة مستعجلة تنشأ من طبيعة الحق المطلوب صيانته ومن الظروف المستعجلة وهذا يعني إن الإستعجال لا ينشأ من فعل الخصوم أو اتفاقهم فلا يجوز لهؤلاء الاتفاق على إسباغ اختصاص مستعجل يجاوز هذا الحد[٢].

---

[١] عبداللطيف، محمد، (١٩٧٧)، **القضاء المستعجل**، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، ص٤٢٨.

[٢] زغلول، المرجع السابق، ص٢٢ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الموقرة بقرار لها الصادر بتاريخ٢٠١٢/١/١٢ "يُستفاد من أحكام المادة (٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية أنه يُشترط لاختصاص القضاءً المستعجل توافر شرطين هما: الإستعجال وعدم المساس بأصل الحق.... ويلاحظ أن الإستعجال ينشأ من طبيعة الحق المطلوب حمايته أو صيانته ومن الظروف المحيطة به لا من فعل الخصوم أو اتفاقهم فإذا تأخر المدعي في رفع دعواه أمام القضاء المستعجل وكان من شأن هذا التأخير أن يزيل عن الدعوى صفة الإستعجال فيها تعين على قاضي الأمور المستعجلة أن يحكم بعدم اختصاصه بنظرها لأنها فقدت شرط الإستعجال..."[١].

وقضت محكمة النقض المصرية في ذات السياق "جرى قضاء هذه المحكمة على أن اختصاص القضاء المستعجل يقف عند اتخاذ إجراء وقتي مبناه ظاهر الأوراق ولا يمسس أصل الحق وأنه لا يجوز الاتفاق على إسباغ اختصاص له يجاوز هذا الحد، ومن ثم التجاء الطاعنة إلى القضاء المستعجل وحصولها منه على حكم موقوف بطرد المستأجر لا يحول دون حقه في الالتجاء إلى محكمة الموضوع للفصل في أصل النزاع..."[٢].

هذا الأمر محل إجماع الفقه المدني والمرافعات المدنية إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال الاتفاق على إسباغ صفة الإستعجال على النزاع المطروح على القضاء المستعجل فمثل هذا الاتفاق يقع باطلاً لمخالفته للنظام العام بالاستناد إلى أن توافر صفة الإستعجال أو عدم توافرها يقدرها قاضي الأمور المستعجلة وحده دون غيره. فمن المعلوم – كما سنأتي على ذكره لاحقاً – أن شرط الإستعجال من النظام العام وكل اتفاق خلاف ذلك يقع باطلاً[٣].

وعلى كل حال فإن المسائل المستعجلة الداخلة ضمن الاختصاص النوعي لقاضي الأمور المستعجلة تقسم إلى طائفتين:

الطائفة الأولى: مسائل مستعجلة بطبيعتها وهي تلك التي عبرت عنها المادة (١/٣٢) – سالفة الذكر.

والعنصر المميز لهذه الطائفة هو الإستعجال الذي يُخشى منه ضياع الحقوق والأدلة نتيجة فوات الوقت إذا ما تُركت لإجراءات التقاضي العادية، وهي بذلك مسائل متعددة لا يمكن حصرها أو

---

(١) قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١١/١٢١)، منشورات مركز عدالة.

(٢) طعن رقم (٣٤٢) سنة٤٤ ق جلسة ٧٧/١٢/٢٧، منشورات مركز عدالة.

(٣) سيف، رمزي (١٩٦٤)، **الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية**، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٨٤ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ذكرها على سبيل التعداد والحصر. ومعنى ذلك أن على قاضي الأمور المستعجلة أن يبحث في كل مرة تعرض عليه مسألة مستعجلة في ركن الإستعجال وشريطة التزامه بعدم المساس بأصل الحق المتنازع عليه موضوع طلب الحماية[١].

الطائفة الثانية: مسائل مستعجلة بنص القانون وهي تلك المسائل المنصوص عليها في الفقرات (٢، ٣، ٤) من المادة سالفة الذكر. وعنصر الإستعجال فيها مفترض بنص القانون وبالتالي فإن مهمة قاضي الأمور المستعجلة تقتصر فقط بعدم المساس بأصل الحق، لأن المشرع أقام قرينه على توافره فيها.

هاتان الطائفتان تدخلان ضمن اختصاص قاضي الدرجة الأولى لا الثانية[٢].

وبالبناء عليه فإن الاختصاص النوعي للقضاء المستعجل ينعقد بتوافر ركنين:

الركن الأول: الإستعجال في المنازعة المطروحة عليه.

الركن الثاني: عدم المساس بأصل الحق بأن يكون المطلوب إجراءً وقتياً لا فصلاً في أصل الحق.

وعن الركن الأول: الإستعجال، فيعني الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم لدرئه عنه بسرعة لا تكون عادة في القضاء العادي ولو قصرت مواعيده، وهو بذلك الخطر الداهم الذي يتهدد حق من الحقوق يتعذر تداركه لو تُرك الإجراء المؤقت فيه للقضاء الموضوعي وبالإجراءات العادية[٣].

أي أن الإستعجال ينبع من طبيعة الحق المتنازع عليه وماهية الإجراء الوقتي المطلوب المحافظة عليه وعلى ذلك فليس للخصوم أن يسبغوا متى شاءوا على دعواهم (طلباتهم) صفة الإستعجال حتى تقبل أمام القضاء المستعجل، ذلك أن الإستعجال ليس وصفاً وإنما هو حاله يستظهرها قاضي الأمور المستعجلة. وأن العبرة في تحقيق ركن الإستعجال ليس فقط بتوافره وقت رفع الدعوى

---

[١] مراد، عبدالفتاح، المرجع السابق، ص٢٢.

[٢] ذهبت محكمة التمييز الأردنية مذهباً مغايراً ذهبت إلى أن محكمة الاستئناف تعتبر قاضي أمور مستعجلة وتختص بهذه الصفة بالأمور المستعجلة التي تقدم إليها فقضت بحكمها رقم (٢٠١٣/٣٦١) "يستفاد من المواد (٣٠، ٣١، ٣٢، ٣٣، ١٨٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية أن محكمة الاستئناف تعتبر قاضي أمور مستعجلة وتختص بهذه الصفة بالأمور المستعجلة التي تقدم إليها (المادة ٢/٣١) من قانون أصول المحاكمات المدنية. كما أن القرار الذي يصدره الأمور المستعجلة في المسائل المستعجلة المعروضة عليه "حكماً" وبصفة مؤقتة وهذا واضح من نص المادة (٣٢) من القانون ذاته...".

[٣] المحامي أبو خضير، إيهاب، **مذكرات الدفوع والطلبات في دعاوى القضاء المستعجل** والمنشورة على خدمة الانترنت تاريخ الزيارة ٢٠١٥/٤/١٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بل باستمراره حتى صدور الحكم فيها أيضاً. فإذا زال أثناء نظر الدعوى المستعجلة (القضية المستعجلة)، وجب على القاضي المستعجل أن يحكم بعدم اختصاصه بنظرها نوعياً لانحسار ركن الإستعجال عنها حتى ولو كانت الدعوى في مرحلة الاستئناف[١].

ويجب على قاضي الأمور المستعجلة أن يبين في حكمة مدى توافر ركن الخطر أو الإستعجال في كل دعوى من واقع تحصيله لوقائعها ومن ظاهر أوراقها وتحسس ظاهر هذه الأوراق – البينات – وإلا كان حكمه معيباً بقصور التعليل والتسبب ومستوجب فسخه.

وذلك لأن بحث ركن الإستعجال من عدمه من مهام قاضي الأمور المستعجلة فعليه أن يستظهره أخذاً من ظاهر الأوراق للدعوى ومستنداتها ولأن الإستعجال هو ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة التي لا تتحقق مع إتباع الإجراءات العادية للتقاضي وذلك نتيجة ظروف تمثل خطراً على حقوق الخصم أو تتضمن ضرراً قد يتعذر تداركه وإصلاحه[٢].

وبالبناء عليه فإن ركن الإستعجال يعتبر ركناً من أركان القضاء المستعجل بل عموده الفقري الذي يرتكز إليه قاضي الأمور المستعجلة في حكمه فهو الذي يجسد الخشية من فوات الوقت على حماية الحق أو المركز.

وهو بذلك وصف قانوني لحالة معينة – تكون الحماية المرجوة لها سريعة غير بطيئة – أي توقف نزيف الحق وإن لم تعالجه بصورة نهائية.

فالإستعجال وصف لحالة لا تصلح بإجراءات القاضي لنجدة الحق من الضياع والذي يتولى تقدير مدى هذه الصلاحية هو قاضي الأمور المستعجلة ولا تترتب عليه حينئذ أن يختار السبيل المناسب لتحديد هذه الصلاحية وفق طبيعة كل دعوى وما يمليه عليه ضميره. بمعنى أن القاضي المستعجل يملك سلطة تقديرية لاستخلاص الإستعجال على محوري الحق الموضوعي والظروف المحيطة به، فتقدير الإستعجال يعتبر مسألة واقعية ذات انعكاس إجرائي يتمثل في ثبوت الاختصاص النوعي لقاضي الأمور المستعجلة[٣].

ونستخلص مما تقدم ما يلي:

أ- أن ركن الإستعجال هو الركن الأول الرئيس في الاختصاص النوعي للقضاء المستعجل لأن المقصود منه ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة الملجئة[٤].

ب- إن ركن الإستعجال متعلق بالنظام العام، فلا يجوز للطرفين المتخاصمين الاتفاق على

---

[١] نقض مصري رقم (٧٧٢) لسنة ٤٣ – ق، منشورات مركز عدالة.

[٢] راغب، وجدي، (١٩٨٦)، **مبادئ القضاء المدني**، الطبعة الأولى، بلا دار نشر، ص٦٣.

[٣] عبداللطيف، هاني، المرجع السابق، ص٢٧.

[٤] عمر، نبيل اسماعيل، المرجع السابق، ص٤٢٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إسباغ صفة الإستعجال على نزاعهما المطروح أمام القضاء المستعجل[١].

ومؤدى ذلك أن وقع مثل هذا الاتفاق كان باطلاً لتعلقه بالنظام العام، ولقاضي المسائل المستعجلة إثارته من تلقاء نفسه ولو لم يأت على ذكره الخصوم.

ج- إن تقدير صفة الإستعجال وتوافرها أمر متروك للصلاحية التقديرية لقاضي الأمور المستعجلة بل من واجباته التصدي لهذا الركن[٢].

د- لقاضي الأمور المستعجلة أن يتناول بصفة وقتية وفي نطاق النزاع المطروح أمامه جدية هذا النزاع وصولاً إلى مدى توافر ركن الإستعجال من عدمه[٣].

هـ- إن تقدير قاضي الأمور المستعجلة لحالة الإستعجال يخضع لرقابة محكمة التمييز لأن مفهوم الإستعجال لا يعدو عن كونه مفهوماً قانونياً وليس واقعياً[٤].

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الأردنية بقرار لها على أنه "من المستقر عليه فقهاً وقضاءً وفقاً للمادة (٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية أن اختصاص القضاء المستعجل ينعقد بتوافر شرطي الإستعجال وعدم المساس بأصل الحق فشرط الإستعجال هو الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم لدرئه عنه بسرعة لا تكون عادة في القضاء العادي... وفي المسألة المعروضة لا يتوافر شرط الإستعجال الذي يُخشى عليه من فوات الوقت الذي يبرر تدخل القضاء المستعجل..."[٥].

و- وجوب استمرار ركن الإستعجال طيلة مراحل نظر الدعوى المستعجلة بل وحتى صدور الحكم فيها فإن زال الإستعجال زال معه اختصاص القاضي المستعجل لعدم جدية الإستعجال.

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الأردنية بقرار لها على أنه "يجب أن تتوافر في الدعاوى والطلبات المستعجلة شروط الخطر الداهم الذي يُصبغ عليها صفة الإستعجال وبشرط عدم المساس بأصل الحق وأن يكون للقرار الصادر فيها صفة مؤقتة وعلى ذمة الدعوى الأصلية وأن يقدم طالباً الإجراء المستعجل الدليل الذي ينبئ على ظاهره بأنه جدير بالحماية. وحيث لا يوجد بمطالعة ظاهر البينة لغايات وقف تنفيذ القضية التنفيذية المشار إليها ما ينبئ عن صفة الإستعجال أو يقرر

---

[١] راتب، كامل، المرجع السابق، ص٣٠.

[٢] سلامة، أحمد، المرجع السابق، ص١٢٦.

[٣] علي رشدي، محمد، المرجع السابق، ص٥١.

[٤] محمود، سيد أحمد، (١٩٩٨)، **أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات الكويتي**، الجزء الأول، طبعة٩٨، ص١٩٨.

[٥] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١١/١٢٦٥)، منشورات مركز قسطاس.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

جدية النزاع الذي يبرر وقف التنفيذ الأمر الذي يجعل شروط المادة (٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية غير متوفرة مما يتوجب رد طلب وقف التنفيذ"[١].

ز- إن صفات الإستعجال تتمثل في:

الصفة الأولى: وصف قانوني لحالة معينة.

الصفة الثانية: الحماية المرجوة لهذه الحالة سريعة غير بطيئة.

الصفة الثالثة: الخطر المحدق بالحق والداهم الحالّ له.

الصفة الرابعة: الإستعجال ينبع من صفة الحق المتنازع عليه وماهية الإجراء الوقتي.

الصفة الخامسة: الخشية من الانتظار لوقت طويل قد يزول معه الحق.

الصفة السادسة: يستلزم درؤه بسرعة.

الصفة السابعة: الإستعجال مسألة واقعية موضوعية ذات إنعكاس إجرائي يتمثل في ثبوت الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة.

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الموقرة بالحكم التمييزي الحقوقي الصادر بتاريخ١٩٩٧/٥/٢٦ على"... أن من صفات المسائل والأمور المستعجلة:

١- أن يحمل الطلب صفة الاستعجال لأن ظروف الدعوى لا تحتمل إجراءات التقاضي العادية والمدة اللازمة لنظرها.

٢- أن يكون هناك خطر يتهدد المصلحة مرافق لصفة الاستعجال.

٣- أن يصدر القرار على ذمة الدعوى الأصلية.

٤- أن لا يمس أصل الحق المتنازع عليه..."[٢].

الصفة الثامنة: يرمي إلى تحقيق غاية قانونية بحتة هي حماية القانون أو الحقوق من خطر الزوال، لذلك فهو نشاط استثنائي يُتّخذ لدفع هذا الخطر المحدق الداهم الحالّ وبغرض فرض الحماية الوقتية.

ح- ومن خلال هذه الصفات للإستعجال نستخلص أن هناك شروط يتعيّن توفرها في الخطر كسبب للإستعجال، هذه الشروط تتمثل في:

الشرط الأول: أن يكون الخطر حقيقياً لا وهمياً، فإذا لم يكن كذلك فإنّ حالة الإستعجال لا

---

[١] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١١/١٥٠٣)، منشورات مركز عدالة.

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (١٩٩٧/٨١٦)، منشورات مركز عدالة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

توجد، ولا ترتب آثارها. فالخطر الوهمي لا يكفي لتوافر ركن الإستعجال[١].

وهذا ما أشارت إليه محكمة التمييز الموقرة بقرار لها على أنه "من المستقر عليه فقهاً وقضاءً وفقاً للمادة (٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية ينعقد بتوافر شرطي الإستعجال وعدم المساس بأصل الحق فشرط الإستعجال هو الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه..."[٢].

وجاء بقرار آخر لها يقضي على أنه "عرف الفقه والاالقضاء المستعجل بأنّه الخطر المحدق بالحق المطلوب حمايته بإجراء وقتي لا تسعف فيه إجراءات التقاضي العادية ويتحقق ركن الإستعجال إذا استبان لقاضي الأمور المستعجلة أن الإجراء الوقتي المطلوب إتخاذه محافظة على الحق المطلوب حمايته لا يحتمل الانتظار حتى يُعرض أصل النزاع على قضاة الموضوع..."[٣].

الشرط الثاني: أن يكون الخطر حالاً[٤].

أي أن تكون الخشية أو الخوف من فوات الوقت خشية حالة وعلى هذا إذا كان الخطر الذي يوشك أن يوقع ضرراً جسيماً، قد زال، فإن شرط الإستعجال ينتفي.

وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الموقرة بقرار لها على أنه "إذا قُدم الطلب الأول استناداً للمادة (٢٠٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية وتم رفضه لأن الحكم قد نُفّذ تماماً فإن حالة الإستعجال المبررة لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة تكون قد زالت..."[٥].

الشرط الثالث: أن يكون الخطر محدقاً أي مؤثراً مستمراً في إلحاق الضرر بالحق أو المركز القانوني[٦].

الشرط الرابع: إمكانية أو احتمال وقوع الضرر اللاحق بالحق أو المركز القانوني وهو بذلك لا يعني أن يكون بعيد المنال بل يجب أن يكون وشيك الوقوع لتكون الخشية منه حالّة. كما أن الضرر

---

[١] راغب، وجدي، المرجع السابق، ص٢٥٧.

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١٢/٣٨٣٤)، منشورات مركز عدالة، لاحظنا أن محكمة التمييز أحياناً تستعمل اصطلاحي شرط أو ركن للدلالة على الاختصاص النوعي للقضاء المستعجل.

[٣] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١٠/١٣٧٩)، منشورات مركز عدالة.

[٤] محمود، سيد احمد، المرجع السابق، ص٣١.

[٥] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١١/٣١٣٩)، منشورات مركز عدالة.

[٦] والي، فتحي، المرجع السابق، ص١٣١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المستقبلي يكفي لتوفر حالة الإستعجال بشرط أن يكون وشيك الوقوع[١].

الشرط الخامس: أن يكون هدف قاضي الأمور المستعجلة من تحقق أركان الخطر هو فرض الحماية الوقتية أي اتخاذ التدبير الوقتي العاجل التي تهدف إلى تحقيق حماية وقتية للحق لسد النقص في وسائل الحماية العادية، أي أنها وسائل تهدف إلى حماية مصالح عاجلة لا يتسنى حمايتها بالطرق العادية بسبب بطء وتعقيد الإجراءات للتقاضي العادي[٢].

إن توافرت هذه الصفات والشروط في الإستعجال فقد تحقق الركن الأول – ركن الإستعجال – لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة.

وأما عن الركن الثاني – ركن عدم المساس بأصل الحق:

يقصد به ألا يكون لحكم القضاء المستعجل تأثيراً في الموضوع بمعنى ألا يكون لحكم القضاء المستعجل في الموضوع أي أنه ليس له بأي حال أن يقضي في أصل الحق وجوداً وعدماً فيدخل في ذلك ما يمس صحته أو يؤثر في كيانه أو يغير فيه أو في الآثار القانونية التي رتبها له القانون أو التي قصدها العاقدان الأمر الذي يترتب عليه أنه ليس لقاضي الأمور المستعجلة عند البحث في المنازعات الموضوعية التي تثار أمامه أن يحكم في حقيقة المسائل المتنازع عليها أو في مدى تأثيرها على حقوق الطرفين المنوط بقاضي الموضوع وحده، ويذهب بعض الشرّاح إلى أنه يُقصد به "ألا يمس اختصاص القاضي المستعجل في حكمه أصل الحق المتنازع عليها أو الالتزامات المتبادلة ما بين طرفي النزاع توصلاً إلى الحكم بالإجراء المستعجل الذي ينتهي إليه، ولكن يجوز له أن يفحص الموضوع أو أصل الحق الظاهر توصلاً لتحديد اختصاصه في الإجراء الوقتي المطلوب منه دون أن يتخذ وسائل تحقيق موضوعية يحرم عليه اتخاذها لطبيعة اختصاصه الوقتي الاستثنائي"[٣].

وعرّفه آخرون بأنه "المقصود بأصل الحق هو كل ما يتعلق به وجوداً وعدماً يدخل في ذلك ما يمس صحته أو يؤثر في كيانه أو يغير فيه أو في آثاره التي رتبها له القانون أو التي قصدها المتعاقدون، ومن ثم إذا رفعت الدعوى بطلبات موضوعية فإنها تكون خارجة عن اختصاص القاضي

---

[١] سلامة، أحمد (١٩٨٨)، **الاستعجال في المرافعات المدنية والدولية**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ص١٤٠.

[٢] عبداللطيف، محمد، المرجع السابق، ص٤٣٠.

[٣] ابوالوفا، أحمد (١٩٩٠)، **المرافعات المدنية والتجارية**، الطبعة الخامسة عشر، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية، ص٣٤٧ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المستعجل"[١].

وتتجسد مواطن عدم المساس بأصل الحق في الأمور التالية:

أ- في الطلبات المعروضة على القاضي سواء أكانت أصلية (دعوى مستعجلة مستقلة) أو عارضة[٢].

ب- في بحث أو فحص المستندات فالقاضي المستعجل يحكم بحسب الظاهر دون أن يتعمق في بحث المستندات أو يقطع في شأنها برأي حاسم أو أن يفسرها وبمعنى آخر أنه ليس لقاضي الأمور المستعجل أن يكف يده عن المنازعات والبحث في موضوعها لمجرد أنه يمس أصل الحق، بل إنه مكلفاً بإجراء الفحص والتحسس الظاهر للبيّنة توصلاً إلى القضاء في الإجراء الوقتي المطلوب منه[٣].

فالقاضي المستعجل لا يستطيع في أحيان متعددة أداء مهمته دون قيامه بتحسس موضوع الحق تحسساً عرضياً غير حاسم غايته في ذلك التوصل إلى وجه الصواب في الطلب المستعجل المطروح عليه فإن توصل إلى أن الحق يوشك على الزوال أو أن هنالك خطراً داهماً محدقاً به وكان على درجة الجدية لفرض هذه الحماية الوقتية، فعندئذ اختص بالفصل به فمجرد الأقوال المجردة التي يعوزها الدليل والبنية الظاهرة لا تكفي بسط رقابته وإصدار قضائه المستعجل والقول بخلاف ذلك يتنافى والمنطق القانوني السليم ولا يتفق وقواعد العدالة الناجزة في إسباغ الحماية الوقتية لأحد الطرفين[٤].

ج- تسبيب الحكم: ويقصد بذلك بوجه عام أن يكون الحكم مستنداً إلى وقائع وأدلة تسنده وأن تكون هذه الوقائع متفقة والتطبيق القانوني السليم. أما الحكم المستعجل وإن كان يُشترط فيه تسبيب الحكم المستعجل الصادر في الدعوى المستعجلة إلا أنه منوطاً به بعدم المساس بأصل الحق، ولهذا فأسبابه تكون مبدوءة بعبارة "سنداً لظاهرة البينة المقدمة... بتحسس ظاهر البيّنة ... وحيث أن الظاهر من أوراق الدعوى ..." وعكس هذه العبارة أنه لا يمكن للقاضي المستعجل بدء حكمه بعبارة "وحيث أنه من الثابت.... سنداً لظاهر البنية المقدمة" لأن مثل هذه العبارة تدل على أنه قد خاض في أصل الحق المطروح عليه، فإن فعل ذلك كان حكمه موجباً للفسخ[٥].

---

[١] كامل، محمد نصر الدين، راتب محمد فاروق (١٩٨٥)، **قضاء الأمور المستعجلة**، الجزء الأول، الطبعة السادسة، بند(٢٢)، ص٤٠.

[٢] مراد، عبدالفتاح، المرجع السابق، ص٢٧.

[٣] نقض مدني مصري رقم (٣٤٢) سنة٤٤–ق. جلسة ٧٧/١٢/٢٧، منشورات مركز عدالة.

[٤] نقض مدني مصري رقم (٢١٨) سنة١٨–ق. جلسة ١٩٥٠/١٢/٧، منشورات مركز عدالة.

[٥] مراد، عبدالفتاح، المرجع السابق، ص٥٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الموقرة بقرار لها على أنه "... ليس لقاضي الأمور المستعجلة عند البحث في المنازعات الموضوعية التي تثار أمامه أن يحكم في حقيقة المسائل المتنازع عليها أو في مدى تأثيرها على حقوق الطرفين الأمر المنوط بقاضي الموضوع وحده بل يجب أن يفحص نقطتين:

النقطة الأولى: ما إذا كان لمسائل المذكورة ظل من الصواب من ظاهر مستندات الدعوى أم لا.

النقطة الثانية: ما إذا كان يجب الفصل فيها أولاً من محكمة الموضوع قبل الحكم في الدعوى..."[١].

د- منطوق الحكم: لا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة البت بحكمه إلى تقرير الحق أو نفيه ذلك أن الحكم المستعجل لا يحوز حجية الأمر المقضي به أمام قاضي الموضوع، فهو لا يقيد قاضي الموضوع عند الفصل في الدعوى وأساس ذلك أن الحكم المستعجل يصدر لحساب الدعوى الموضوعية وليس فصلاً في موضوعها، وفي كل الأحوال فإنه يتعين على طالب الإجراء المستعجل المباشرة بإجراءات الدعوى الموضوعية وخلال مدة ثمانية أيام التالية لصدور الحكم المستعجل لأن ذلك يظهر جديتهُ في دعواه الموضوعية من صحته وحتى لا يُعلق الحكم المستعجل لمدة طويلة ومقيداً للمطلوب اتخاذ الإجراء بحقه[٢].

وصفوة القول أن توافر هذين الركنين يعني انعقاد الاختصاص النوعي القاضي الأمور المستعجلة وفي المسألة المستعجلة المطروحة عليه أما إذا انتفى هذين الركنين أو أحدهما كان لزاماً على قاضي الأمور المستعجلة الحكم برد الدعوى المستعجلة وفي هذه الحالة لا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة إحالة هذه الدعوى لمحكمة الموضوع لأن مسألة الاختصاص هي في حقيقتها الدعوى المستعجلة نفسها[٣].

ولا يغيب عن البال أن انعقاد اختصاص قاضي الأمور المستعجلة وإصدار حكمه – إيجاباً أم سلباً – في المسألة المستعجلة فإن مثل هذا الحكم مقيداً للخصوم فلا يجوز لأي منهما رفع الدعوى المستعجلة من جديد لأن القاضي المستعجل ليس له أن يعدل عن حكمه.

ومع ذلك يجوز لقاضي الأمور المستعجلة معاودة النظر بالحكم الصادر في الدعوى المستعجلة تصحيحاً في حال أن أغفل الفصل في بعض طلبات الخصوم المستعجلة، وفي هذه الحالة يصدر حكم التصحيح بالاستناد إلى ذات البينات المقدمة في تلك الدعوى لا أن يستند إلى بينات جديدة وإلا كان

---

[١] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١١/١٢١)، منشورات مركز عدالة.

[٢] نصت المادة (١/١٥٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية "إذا صدر قرار بإيقاع الحجز الإحتياطي أو المنع من السفر أو اتخاذ أي إجراءات احتياطية أخرى قبل إقامة الدعوى يجب على الطالب أن يقدم دعواه لأجل إثبات حقه خلال ثمانية أيام من اليوم التالي لتاريخ صدور ذلك القرار".

[٣] نقض مصري، الطعن رقم (٧٧٢)، جلسة ٧٧/٦/٢٢، منتديات ستارز، المحامي محمود حلمي، الشبكة العنكبوتية تاريخ الزيارة الساعة ١١.٣٠ تاريخ ٢٠١٥/٤/٢١، بدون رابط.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حكمه موجباً للفسخ من هذه الناحية. ومن ناحية أخرى فإن الحكم المستعجل – سواء قبل التصحيح أم بعده – لا حجية له أمام محكمة الموضوع في الدعوى المستعجلة[١].

هذا الاختصاص النوعي لقاضي الأمور المستعجلة مُقيد بشرط عدم وجود اتفاق تحكيم بين طرفي الدعوى المستعجلة.

المطلب الثاني

الشروط الموضوعية والشكلية لإتفاق التحكيم

لإتفاق التحكيم شروطاً عامة وأخرى شكلية تقتضي توافرها فيه ومتى توافرت هذه الشروط مجتمعة انعقد إتفاق التحكيم صحيحاً وهذا ما سأستعرضه تالياً:

أولاً: الشروط الموضوعية لإتفاق التحكيم.

يتطلب لصحة إتفاق التحكيم، شرطاً كان أو مشارطة، أن تتوافر الشروط اللازمة لصحة أي عقد بصفة عامة والمبحوث عنها في النظرية العامة للعقود المتعلقة بأركان قيام العقد وهي: أهلية المتعاقد، التراضي، المحل، السبب.

١- الرضا:

لا بد لتمام العقد من صدور إيجاب من أي من المتعاقدين، يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر، وحيث أن إتفاق التحكيم هو عقد فإن التراضي ركن من أركان هذا الإتفاق فهو توافق إرادتي المتعاقدين على إحداث الأثر القانوني المتوخى من العقد ويتحقق هذا التوافق بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، ويكون ذلك بصدور إيجاب يتضمن عرضاً يوجهه شخص وصدور قبول مطابق للإيجاب من الشخص الذي وجه إليه العرض فيقترن القبول بالإيجاب ويحصل التراضي وبالتالي قيام العقد وعلى الوجه المتفق عليه تفصيلياً لكافة مسائل العقد شريطة ألا يشوب إرادة الطرفين أي عيب من عيوب الرضا[٢].

والتراضي يكون متحققاً بالنسبة لشرط التحكيم، وذلك بالإتفاق على كل المسائل الجوهرية للعقد، ومن بينها شرط التحكيم، وليس ثمة حاجة إلى تراضٍ من نوع خاص بشأن شرط التحكيم.

أما بالنسبة لمشارطة التحكيم، فإن التراضي يتحقق بقبول مبدأ التحكيم ذاته كموضوع العقد وإثبات التراضي على ذلك كتابة إضافة إلى توقيع عقد التحكيم من الأطراف وسواء تم ذلك في عقد

---

[١] محمود، سيد أحمد، المرجع السابق، ص١٣.

[٢] السنهوري، عبدالرازق، (٢٠٠٠)، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٢٢٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مستقل أو ملحق أو وثيقة أو أمام المحكمة الناظرة للنزاع[١] والتي يقتصر دورها في مراقبة وتطبيق مشارطة التحكيم وتطبيق القانون لا مراقبة البينات إلا في حدود ما إذا كانت تؤدي إلى الوقائع التي توصل إليها المحكم أو أن لهذه الوقائع أصل أو مصدر في أوراق التحكيم وإجراءاته.

وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الموقرة بحكم لها الصادر بتاريخ١٩٨٣/٦/٦ على أنه "إذا فوض طرفا عقد التحكيم المحكمين أن يحكما بالنزاع دون التقيد بالأصول والقانون فإن طرفي التحكيم يلتزمان بهذا العقد ما دام أنه غير ممنوع بقانون أو نظام وليس مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة عملاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين"[٢].

وجاء بحكمها الصادر بتاريخ١٩٥٤/١/١ "ليس في القانون ما يجعل لمسألة الإختصاص علاقة في صحة إتفاق التحكيم لأن الإتفاق على التحكيم لا يخرج عن كونه عقداً عادياً يتم برضاء الطرفين وإختيارهما وهو لذلك يعتبر عقداً صحيحاً سواء تم أمام المحكمة أم خارجها وسواء أكانت تلك المحكمة التي وقع الإتفاق أمامها مختصة بالنظر في أصل النزاع الذي أُحيل على التحكيم أم لم تكن"[٣].

وقضت أيضاً بحكمها الصادر بتاريخ٢٠٠٠/١١/٢٩ على أنه ".. أن المحكم، والمحكمين يستمدون سلطتهم في بحث النزاع من إتفاق الطرفين الواضح والمحدد حتى يمكن للمحكمة فيما بعد من بسط صلاحيتها في مراقبة وتطبيق مشارطة التحكيم وتطبيق القانون"[٤].

وقضت كذلك بحكم آخر لها على أنه "لا تعتبر محكمة البداية محكمة موضوع في قضايا طلب تصديق أو فسخ قرارات المحكمين عملاً بالقواعد المقررة في قانون التحكيم رقم(١٨) لسنة١٩٥٣ وليس لها صلاحية تقدير الشهادات ووزن البينات المقدمة للمحكمين وإعمال قناعتها فيها، لأن وظيفتها تنحصر في مراقبة تنفيذ وتطبيق مشارطة التحكيم وتطبيق القانون، وعليه فإن المحكمة لا تراقب البينات المقدمة إلا في حدود ما إذا كانت تؤدي إلى الوقائع التي توصل إليها الحكم وأن لهذه الوقائع أصل أو مصدر في أوراق التحكيم وإجراءاته"[٥].

وهكذا، فإن الرضا ركن من أركان إتفاق التحكيم وما دام أنه كذلك فيجب أن يكون خالياً من

---

[١] سلامة، أحمد عبدالكريم، (٢٠٠٦)، **التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية – دراسة مقارنة**، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٢١٦.

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (١٩٨٣/٣٣)، منشورات مركز عدالة.

[٣] قرار تمييز حقوق رقم (١٩٥٤/١٣٢)، منشورات مركز عدالة.

[٤] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠٠٠/١٩٠٢)، منشورات مركز قسطاس.

[٥] قرار تمييز حقوق رقم (١٩٩٩/٣٠١)، منشورات مركز عدالة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عيوب الإرادة بأن يكون صادراً عن إرادة حرة غير مضطرة ومتبصرة بموضوع إتفاق التحكيم، فإذا انتفت عنه كان العقد معيباً بعيب الرضا المؤدي لبطلانه.

٢- الأهلية في إبرام إتفاق التحكيم:

عالج القانون المدني أحكام الأهلية في المواد (٤٣، ٤٥، ١١١، ١٢٣) منه باعتبار أن أهلية الأداء هي أحدى خصائص الشخص الطبيعي، وجاء قانونا التحكيم رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣ ومن بعده قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ ليؤكدا على ذلك حيث نصت المادة (٢/١٣) على "إذا كان أحد فريقي التحكيم أو الفيصل أو أحد المحكمين فاقداً الأهلية القانونية - كأن يكون قاصراً أو محجوراً عليه - يجوز للمحكمة أن تفسخ حكم المحكمين".

وجاءت المادة (٩) من قانون التحكيم لسنة ٢٠٠١ لتؤكد ما ورد بحكم المادة (٢/١٣) من قانون التحكيم الملغى لسنة ١٩٥٣ بقولها "لا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الإعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه...".

يستفاد من أحكام المادتين أعلاه أن الإتفاق التحكيمي يشكل عقداً ضمن العقد، وعليه فإن المشرع قد أبرز شرط التحكيم مستقلاً عن بقية بنود العقد بالرغم من إدراجه ضمن هذه البنود وأن هذا الشرط يحاكي شرط التحكيم وبما يتضمنه هذا الشرط عن بقية الشروط لوحده.

ولما كان ذلك كذلك فإن إتفاق التحكيم يعد تصرفاً قانونياً، تتجه إرادة طرفيه إلى إحداث الأثر القانوني الناشئ عنه، والمتمثل في نزع إختصاص القضاء المستعجل مؤقتاً في فرض الحماية الوقتية للنزاع ومنحه للهيئة التحكيمية، وإذا كان هذا الأمر يتعلق بالشخص الطبيعي فإن ذات الأمر ينطبق على الشركات التجارية فيشترط في عقد تأسيس الشركة تمتّع الشركاء بالأهلية اللازمة لممارسة التجارة، أي أهلية التمثيل[١].

وبالبناء عليه، فإنه من الضروري أن تتوفر لدى كل طرف أهلية الأداء اللازمة لصدور إرادة كافية لإبرام الإتفاق وغير محجوراً عليه بالنسبة للشخص الطبيعي أما الشخص الاعتباري فيتوجب أن يكون له الأهلية لإبرام العقد. ومناط أهلية الأداء هو توفر أهلية التصرف في الحقوق، فكل من يملك التصرف في حقوقه المالية أصلاً أو بإذن من المحكمة أو بحكم القانون، يكون أهلاً لمباشرة إتفاق التحكيم. ومتى أُبرم الإتفاق التحكيمي وجب تنفيذه طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما

---

[١] ناصيف، إلياس، (٢٠٠٣)، **الأحكام العامة للشركة**، الجزء الأول،الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٨١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يوجبه حسن النية[١].

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الموقرة بحكم لها على أنه "يستفاد من المادة (٩) من قانون التحكيم والتي تنص (لا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح). وفيما يتعلق بالشخص الطبيعي فيتوجب أن يكون متحققاً بالأهلية وليس محجوراً أما الشخص الاعتباري فيتوجب أن يكون له الأهلية لإبرام العقد إلا إذا كان محجوراً عليه"[٢].

٣- محل إتفاق التحكيم:

يُفترض لقيام إتفاق التحكيم أن يكون النزاع المتفق على التحكيم فيه ناشئاً عن علاقة قانونية محددة لا تقبل التأويل، بحيث أن وجود مثل هذه العلاقة القانونية أمر متميز عن الخلاف الذي يثور بصدد هذه العلاقة بمعنى أنه إذا كان يلزم لقيام الإتفاق على التحكيم قيام العلاقة التي يثور بمناسبتها النزاع المحكم فيه فإنه لا يلزم لذلك أن يكون هذا النزاع قائماً بالفعل وقت الإتفاق على التحكيم. ذلك أنه من المقرر وفقاً لصريح نص المادة العاشرة – سالفة الذكر – من قانون التحكيم لسنة٢٠٠١، أن الأطراف يُمكنهم الإتفاق على التحكيم بالنسبة للخلافات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل، وهو ما يطلق عليه شرط التحكيم[٣].

وبعبارة واضحة جلية لا تقبل التأويل فإنه يُشترط في محل إتفاق التحكيم ذات الشروط العامة الواجب توافرها في سائر العقود الأخرى والمبحوث عنها في المادة (١٥٨) من القانون المدني، حيث يجب أن يكون محل إتفاق التحكيم:

أ- موجوداً أو ممكناً.

ب- معيناً أو قابل للتعيين.

ج- أن يكون المحل مشروعاً أي ألا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة.

د- أن يكون إتفاق التحكيم منصباً على نزاع مالي مما يجوز فيه الصلح، فإذا كان لا يقبل الصلح كان إتفاق التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام[٤].

---

[١] نصت المادة (٢٠٢) من القانون المدني الأردني على "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق وحسن النية".

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١٠/١٧٨٣)، منشورات مركز عدالة.

[٣] راشد، سامية، (بلا سنة)، **التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، إتفاق التحكيم**، منشأة المعارف، ص٧١.

[٤] حداد، حمزة، (٢٠٠٧)، **التحكيم في القوانين العربية**، ط١٠، ج١٠، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص١٤٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويتضح مما سبق، أن محل التحكيم يحتل مكانة بارزة للقول بصحة أو عدم صحة إتفاق التحكيم، فإن صح نُزعت يد القضاء المستعجل – ولو مؤقتاً – في اتخاذ التدابير الوقتية فيُترك ذلك للهيئة التحكيمية للبتّ فيها.

٤- السبب في إتفاق التحكيم:

طالما أن إتفاق التحكيم، هو عقد كسائر العقود الأخرى، فإن سببه يجب ان يتوفر فيه الشروط العامة في سبب العقود الأخرى والواردة في المادة (١٦٥) من القانون المدني وبمقتضاها فإنه يجب أن يكون سبب إتفاق التحكيم مشروعاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، موجوداً صحيحاً مباحاً، وهو بذلك الغرض المباشر المقصود من العقد[١] أي إتجاه إرادة الأطراف إلى استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر بذلك إلى المحكمين دون الإخلال بحقهما في الرجوع عنه.

ومما يجدر الإشارة إليه أنه قد يكون محل العقد التحكيمي صحيحاً مشروعاً وسببه غير مشروع، ففي هذه الحالة يبطل العقد التحكيمي لعدم مشروعية سببه.

ثانياً: الشروط الشكلية لإتفاق التحكيم:

إذا كانت القاعدة العامة في العقود هي قاعدة الرضائية، أي أن العقد ينعقد بمجرد توافر أركانه الثلاثة وهي التراضي والمحل والسبب، أي أنه يتم بمجرد تطابق الإرادتين دون حاجة إلى إفراغ الإرادة في شكل خاص، إلا أن المشرع الأردني وفي المادة العاشرة من قانون التحكيم الساري المفعول قد خرج عن هذه القاعدة بشكل صريح، فيلزم لإنعقاد العقد، إضافة إلى توافر الأركان الثلاثة الأولى، ركن رابع هو ركن الشكلية، وهذا هو حال عقد التحكيم، فقد جعل منه المشرع الأردني عقداً شكلياً، لا ينعقد إلا إذا توافرت أركانه الأربعة وعند تلك اللحظة تترتب عليه آثاره القانونية[٢].

وقد توسع المشرع الأردني في مفهوم الشكل الكتابي لإتفاق التحكيم "عقد التحكيم" في الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون التحكيم سالف الذكر، وبرجوعنا لأحكام هذه المادة فإن إتفاق التحكيم يرد إما في شكل عقد رسمي أو عقد "مستند" عرفي، أو أن يرد في شكل وثيقة موقعة من الأطراف، أو في رسائل متبادلة أو برقيات عن طريق التلكس أو الفاكس أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل الإتفاق، إلى جانب كل إحالة في العقد إلى أحكام

---

[١] سلطان، أنور، المرجع السابق ص١٥٤.

[٢] المليجي، أسامة أحمد شوقي، (٢٠٠٤)، **هيئة التحكيم الاختياري**، دراسة تحليلية مقارنة لطبيعتها القانونية ولطبيعة العمل الذي تقوم به، دار النهضة العربية، ص٣٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عقد نموذجي أو إتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

وبالبناء عليه، وأمام صراحة نص هذه المادة، يتبين أن إتفاق التحكيم هو من العقود الشكلية التي يتوقف انعقادها وترتيب آثارها على إفراغها في سند كتابي، فلا يمكن إقامة الدليل على إتفاق التحكيم شفوياً أو بأية وسيلة أخرى غير كتابية حتى ولو كان ذلك بإقرار الخصم في محاضر الدعوى المنظورة[١].

وبمعنى آخر أكثر وضوحاً، فإن إرادة المشرع إتجهت صراحة على إعتبار الكتابة ركن لقيام إتفاق التحكيم وليست مجرد وسيلة للإثبات، وهذه الشكلية في إتفاق التحكيم متعلقة بالنظام العام وبالتالي فإن البطلان الناشئ عن تخلفها، يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام فلا يجوز للخصوم الإتفاق على خلاف ذلك، بل ويجب على المحكمة التصدي له من تلقاء نفسها ولو لم يأتِ على ذكره الخصوم[٢].

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الموقرة بحكم لها على أنه "أن المادة (٢) من قانون التحكيم اشترطت أن يكون إتفاق التحكيم خطياً"[٣].

وقضت أيضاً بحكم لها على أنه " يستفاد من المادة(٢) من قانون التحكيم رقم (١٩٥٣/١٨) أنها أطلقت على الإتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم، يعتبر إتفاق تحكيم سواء كان اسم المحكمين مذكوراً في الإتفاق أم لم يكن"[٤].

وجاء بحكم آخر لها على أنه "إذا كان أصل المطالبة ناشئ عن عقد المقاولة الذي ورد به شرط التحكيم مكتوباً فإن لجوء المدعية للقضاء وعدم التمسك بالتحكيم لا يجيز لها المطالبة بتطبيق شرط التحكيم على الدعوى المتقابلة وتنازلها عن ذلك، يضاف إلى ذلك أن المدعى عليها أيضاً بإجابتها على لائحة الدعوى لم تتمسك بشرط التحكيم وتكون قد تنازلت عنه أيضاً"[٥].

---

[١] لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة حول واقعة إتفاق التحكيم وعلى النحو الذي أشارت إليه المادة (٥٣) من قانون البينات، كما لا يجوز للمحكمة توجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسها لأنها في ذلك تكون قد خالفت مبدأ الشكلية لإتفاق التحكيم.

[٢] نصت المادة (١٠) من قانون التحكيم على أنه "يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً".

[٣] قرار تمييز حقوق رقم (١٩٥٥/٣١)، منشورات مركز عدالة.

[٤] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠٠٢/٢٢٦)، منشورات مركز عدالة.

[٥] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١٤/٥٥٥)، منشورات مركز عدالة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وجاء بحكم آخر لها على أنه ".... كما نصت المادة العاشرة من قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ على ما يلي [أ- يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً وإلا وقع باطلاً ويكون إتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة التي تعد بمثابة سجل الإتفاق، إن المستفاد مما تقدم أن شرط التحكيم يجب أن يرد في إتفاق خاص ومنفصل عن الشروط العامة في وثيقة التأمين وبموجب إتفاق مكتوباً وموقع من المتعاقدين وفي حال عدم توفر ذلك يعتبر الإتفاق باطلاً"[١].

وبشكل عام أكثر وضوحاً فقد قضت محكمة التمييز الموقرة بحكم لها على أنه "ونجد أنه ومن استقراء نصوص المواد (١٠، ١١، ١٢) من قانون التحكيم والتي تنص على ما يلي:

المادة (١٠/أ): (يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون إتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان...).

المادة (١١): (يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقً على نشوء النزاع).

المادة (١٢/أ): (على المحكمة التي يُرفع إليها نزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى فإن المستفاد من هذه النصوص أنه يوجد عقداً مكتوباً وسابقاً على النزاع وأن هنالك نزاع يوجد بشأنه شرط تحكيم مدون في العقد)"[٢].

مما سبق يتضح، أن الفقه والاجتهاد العالي لقضاء محكمة التمييز الأردنية الموقرة قد أعطيا لإتفاق التحكيم أهمية بالغة، إذ أن كليهما أكدا على ضرورة التثبيت من صحة إتفاق التحكيم بشروطه الموضوعية والشكلية لأنه متى كان إتفاق التحكيم محكماً رصيناً مصاغاً صياغة قانونية سليمة انعكس ذلك في تفسير إرادة الطرفين تفسيراً صحيحاً ودون إنحراف عن المعنى الحقيقي لإرادتهما، وبالتالي تمكين المحكمة بالاضطلاع بدورها بإحالة نزاعهما للهيئة التحكيمية صاحبة الإختصاص في اتخاذ التدابير الوقتية التحفظية ودون إخلال بحق الطرفين في الالتماس من القضاء المستعجل فرض مثل تلك التدابير الوقتية قبل إحالة النزاع إليها.

إذن إتفاق التحكيم كأصل عام يستمد وجوده وكيانه القانوني من إرادة المتعاقدين تماشياً مع مبدأ سلطان الإرادة لطرفي الإتفاق، إلا أن هذه الإرادة ليست مطلقة فيتوقف أثرها المطلق في اللحظة التي يتقرر فيها إحالة النزاع إلى الهيئة التحكيمية فعندئذ يُسبغ عليه الصبغة القضائية لأنه وفي تلك اللحظة تباشر الهيئة التحكيمية إجراءات قضائية شبيهة بالإجراءات القضائية لدى المحاكم.

---

[١] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١٣/٣٧٣١)، منشورات مركز عدالة.

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١٣/٢٦٢٠)، منشورات مركز عدالة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذا المزيج أخذ به المشرع الأردني في نصوص قانون التحكيم الملغى والساري.

الفرع الأول: تأثر القضاء المستعجل بإتفاق التحكيم.

لبيان مدى تأثر القضاء المستعجل بالإتفاق التحكيمي، عند استصداره حكماً مؤقتاً في إحدى المسائل المستعجلة موضوع الإتفاق، فإن ذلك يتطلب دراسة مبدأ استقلال الإتفاق التحكيمي بالنسبة للعقد الأصلي والسلطات القضائية لهيئة التحكيم.

لذا سأعمد إلى تناول هذين الأمرين ضمن فقرتين منفصلتين وعلى النحو الآتي:

الفقرة الأولى: استقلال الإتفاق التحكيمي عن العقد الأصلي:

من المبادئ المستقرة في المدونات العربية التجارية أن إتفاق التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي. هذه الاستقلالية مردها الموضوع المختلف لكل من العقدين. فالإتفاق التحكيمي ينصب محله على الفصل في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي مما يترتب عليها إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم إتفاق التحكيم ودون أن يؤثر ذلك في مسألة الإختصاص[١].

هذه الاستقلالية أخذ بها المشرع الأردني في المواد (٢، ٤، ٢/٧) من قانون التحكيم رقم(١٨) لسنة ١٩٥٣ والمادة (١١) من قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١، وقد تيممت محكمة التمييز الموقرة بذلك إذ قضت على أنه "ليس في القانون ما يجعل لمسالة الإختصاص علاقة في صحة إتفاق التحكيم ذلك لأن الإتفاق على التحكيم لا يخرج عن كونه عقداً عادياً يتم برضاء الطرفين واختيارهما، وهو لذلك يعتبر عقداً صحيحاً سواء تم أمام المحكمة أم خارجها..." [٢].

وبذلك يكون القانون الأردني قد حسم أمر استقلالية إتفاق التحكيم من عدمه وما يترتب على هذه التفرقة من آثار ولاسيما سلطة المحكم في الفصل في مسألة إختصاصه. وهذه المسألة الأخيرة أيضاً قد حسمها المشرع الأردني بنصه في المادة (٢١/أ) من قانون التحكيم التي نصت على "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود إتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع"[٣].

---

[١] المليجي، أسامة أحمد شوقي، المرجع السابق، ص٢١.

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (١٩٥٤/١٣٢)، منشورات مركز عدالة.

[٣] هذه المادة متطابقة ومنقولة حرفياً من نص المادة (٢٢/أ) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ إذ جاء نصها "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود إتفاق تحكيم أو سقوط أو بطلان أو عدم شموله لموضوع النزاع"، وتشابه نص المادة (١/٢١) من لائحة التحكيم التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ١٩٧٦ إذ جاء نصها "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المثارة بشأن عدم إختصاصها، بما في ذلك كل دفع يتعلق بوجود وصحة شرط التحكيم أو إتفاق التحكيم المستقل".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذه الاستقلالية يشملها نوعي عقد التحكيم: أي الشرط التحكيمي لنزاع يمكن أن ينشأ والإتفاق التحكيمي لنزاع نشأ.

الفقرة الثانية: النتائج المترتبة على إستقلال إتفاق التحكيم:

(أ)- عدم ارتباط مصير إتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي:

يعتبر فك إرتباط مصير إتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي أول وأهم الآثار المترتبة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم. ويعني ذلك أن سريان إتفاق التحكيم وصحته لا يتوقف ولا يتأثر بمصير العقد الأصلي الذي يشير إليه هذا الإتفاق. فالإدعاء بأن العقد الأصلي لم يبرم أو أنه أصبح باطلاً أو أنه فسخ لا يفضي إلى انعدام أثر إتفاق التحكيم، كما أن القول أن الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها لا يؤدي إلى المساس بإتفاق التحكيم، وكذا الحال إذا تم التوصل إلى تسوية بشأن الحقوق الواردة في العقد الأصلي لا يؤدي بالضرورة إلى انقضاء شرط التحكيم[١].

هذه القاعدة، أي قاعدة استقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، أثارت خلافاً فقهياً حول المعيار الذي ينبغي الاعتداد به في تحديد مفهوم الاستقلالية التي يجب التمسك بها، وانعكس ذلك على اجتهاد القضاء المقارن، ويمكن رد معايير الاستقلالية إلى معيارين هما:

المعيار الأول: معيار البطلان.

يذهب أصحاب هذا المعيار إلى أنه متى كان العقد الأصلي باطلاً انعكس ذلك على الإتفاق التحكيمي، أي متى كان العقد الأصلي باطلاً فإنه يمتد ليشمل إتفاق التحكيم فهو يدور وجوداً وعدماً مع العقد الأصلي[٢]، وسندهم في ذلك الحجج الآتية:

١- إن إتفاق التحكيم لن يكون له وجود متى كان العقد الأصلي لا وجود له في حد ذاته.

٢- إن البطلان[٣] يفترض الغياب الكامل لرضاء الأطراف، هذا الانعدام في الرضا يشمل كل من الإتفاق الأصلي والإتفاق التحكيمي على حد سواء.

وبحسب هذا الرأي، كما يرى الباحث، أن أياً من الهيئة التحكيمية أو القضاء المستعجل لا يملكان البتّ في المسائل المستعجلة المعروضة عليهما لوقوع البطلان لأن على كليهما التعرض للبطلان عفواً ودون إثارة ذلك من الخصوم وهو ما يتنافى مع طبيعة المسائل المستعجلة الواجب

---

[١] عبدالقادر، ناريمان، (١٩٩٦)، **اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية**، الطبعة الأولى، بلا دار نشر، ص٥٢ وما بعدها.

[٢] حالات البطلان محددة على سبيل الحصر على ما أشارت إليه المادة (١٦٨) من القانون المدني.

[٣] السنهوري، عبدالرزاق (٢٠٠٠)، **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام**، المجلد الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٥٣٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اتخاذها لصون الحق المتنازع عليه، ولأن تبني مثل هذا الرأي يفضي إلى انهدام فكرة الكفاية الذاتية للإتفاق التحكيمي. وأخيراً من شأن تبني هذا المعيار أن يجعل منه وسيلة بيد الطرف سيء النية الراغب في إطالة أمد النزاع والذي وجدت فكرة استقلالية وكفاية العقد التحكيمي من أجل قطع دابر هذا الطريق عليه وحتى لا يشل ترتيب أي أثر قانوني لهذا العقد في مكنة الهيئة التحكيمية أو القضاء المستعجل في درء الخطر الداهم وصونه من أي اعتداء يصدقه ظاهرة حال النزاع موضوع العقد التحكيمي.

إن وجهة نظرنا تدعمها أحكام المادتين (١/٢١، ٤٩) من قانون التحكيم وعلى هذا الأساس فإن استقلالية العقد التحكيمي عن العقد الأصلي يسمح بالإبقاء عليه مستقلاً طالما أن أصله وغرضه ومحله وسببه صحيحاً ومستوفياً للشكل الذي رسمه القانون وطالما أنه لم يلحق به أي عيب من عيوب الإرادة التي لحقت بالعقد الأصلي وبالتالي فإن الإرادة المعيبة في العقد الأصلي ليس بشرط أن تكون كذلك في العقد الأصلي.

المعيار الثاني: معيار الكفاية الذاتية.

قوام هذا المعيار أن الإتفاق التحكيمي ولكون محله نزاعاً تجارياً – في الغالب – فهو بذلك يتمتع بالكفاية الذاتية عن العقد الأصلي، وسند أصحاب هذا المعيار الحجج الآتية:

١- إن الإتفاق التحكيمي عقد رضائي ذي طبيعة تجارية في الغالب.

٢- إنه بالاستناد لطبيعته التجارية فهو يكفي بذاته لإثبات رضا المتعاقدين الذي يكفي بذاته عن إثبات رضا المتعاقدين في الإتفاق الأصلي قياساً على مبدأ الكفاية الذاتية للأوراق المالية التجارية[١].

ومن وجهة نظر الباحث فإن هذا المعيار أقرب إلى العدالة وأكثر صوناً للحق المتنازع عليه، إذ أن هذا المعيار يفصح عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين في الالتجاء للتحكيم الذين يلتمسون فيه الفصل في نزاعهم بأسرع وقت ممكن لا يجدونها في القضاء العادي، ويعطيهم الحق في مراقبة إجراءات الهيئة التحكيمية وطالبين منها اتخاذ التدابير الوقتية التي تصون الحق المتنازع عليه والمحافظة عليه من ضياعه أو فقدانه واحتفاظهم بالوقت ذاته في الطلب من القضاء المستعجل إصدار مثل هذه التدابير كلما اقتضت الضرورة ذلك.

وما يؤيد وجهة نظرنا ما جاء بنص المادة(٢٢) من قانون التحكيم التي نصت على أنه"يعد شرط التحكيم إتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي تضمنه إذا كان الشرط صحيحاً في ذاته".

---

[١] يعني مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية: أن الورقة التجارية ذاتها تغني حاملها عن إثبات أصل الالتزام.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كذلك ما يسعف وجهة نظرنا ما جاء بالمادة (٥٤/أ/١) من ذات القانون التي قضى حكمها "تنظر المحكمة المختصة في طلب التنفيذ تدقيقاً وتأمر بتنفيذه إلا إذا تبين لها: أ- أن هذا الحكم يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة، وإذا أمكن تجزئة الحكم في ما يتضمنه من مخالفة للنظام جاز الأمر بتنفيذ الجزء الباقي".

موقف القضاء الأردني من المعيارين:

إن القضاء الأردني كان أكثر ميلاً للإتجاه الثاني المنادي باستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إذ قضى الاجتهاد العالي لمحكمة التمييز على أنه "أجاز قانون التحكيم الإتفاق على أن يكون التحكيم داخل المملكة الأردنية الهاشمية أو خارجها حيث أن الإتفاقية موضوع الدعوى "إتفاقية الوكالة التجارية" قد اشترطت في المادة(٢٣) منها على أن يحال أي نزاع حول تطبيق هذه الإتفاقية إلى التحكيم في انجلترا، وعليه فإن ما توصلت إليه محكمة الاستئناف من قبول الطلب لرد الدعوى لوجود شرط التحكيم يكون متفقاً والمادة (١٢) من قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ ولا يرد الاحتجاج بأن إحالة الدعوى إلى التحكيم في انجلترا فيه مخالفة للنظام العام ذلك أن النص الوارد في المادة (١٦) من قانون الوسطاء والوكلاء التجاريين التي حصرت حسم النزاع حول الوكالة التجارية بالمحاكم الأردنية فقط ذلك أنه لم يتم إحالة النزاع إلى محكمة دولة أجنبية وإنما جرى إحالة النزاع للتحكيم في دولة أجنبية وهو ما يتوافق مع قانون التحكيم الأردني الواجب التطبيق على هذه الدعوى"[١].

وقضت أيضاً على أنه "يجوز التعاقد على ما يخالف القواعد القانونية الموضوعة لمصلحة المتعاقدين أما القواعد القانونية الأخرى التي يمنع الإتفاق على ما يخالفها فإن الشرط الوارد بشأنها في إتفاق التحكيم هو الذي يعتبر باطلاً بينما يعتبر إتفاق التحكيم ذاته صحيحاً وملزماً للفريقين"[٢].

وأزيد من ذلك فإن القضاء الأردني واعترافاً منه لمبدأ استقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي فقد أخذ بنظرية انتقاص العقد المبحوث عنها في المادة (١٦٩) من القانون المدني[٣] وأصبغها على إتفاق التحكيم ودون أن يحول ذلك من صلاحية القضاء المستعجل في إصدار التدابير الوقتية التحفظية لأي من طرفي الخصومة التحكيمية.

---

[١] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠٠٧/٢٠٦)، منشورات مركز عدالة.

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (١٩٦٥/٣١٣)، منشورات مركز عدالة.

[٣] يشترط لإعمال هذه المادة شرطين: الأول أن يكون العقد باطلاً في جزء منه الثاني: أن يكون العقد قابلاً للانقسام، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني "هل كان المتعاقدان يريدان أن يتم العقد بغير الشق الذي وقع باطلاً أو كانا لا يريدان ذلك، ففي الحالة الأولى ينتقص العقد، وفي الحالة الثانية يبطل العقد فالمسألة إذن مردها إلى نية العاقدين وهو معيار ذاتي".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي هذا السياق فقد قضت محكمة التمييز بحكم لها على أنه "من المبادئ التي انعقد عليها إجماع الفقه والقضاء أن التحكيم إذا كان يقبل التجزئة بطبيعته سواء من ناحية الموضوع أو من ناحية الأطراف وظهر أن شقاً منه باطل فإن البطلان ينحصر في هذا الشق ولا يمتد إلى الشق الآخر بل يبقى هذا الشق قائماً وصحيحاً ما دام أن موضوعه غير ممنوع بقانون ولا يهدد قاعدة متعلقة بالنظام العام أو الآداب[١]. فإذا كان الشرط المدرج في إتفاق التحكيم يرمي إلى إعطاء القرار الذي يصدره المحكمون الدرجة القطعية وهي قوة أكثر من القوة التي قررها له القانون إذ أن القانون يشترط لحيازة قرار المحكم الدرجة القطعية أن يحصل ذو المصلحة على حكم من المحكمة المختصة، ولهذا فإن مجرد مخالفة الشرط وحده للقانون يجعل هذا الشرط باطلاً ولا يمتد إلى إتفاق التحكيم ذاته ما دام أن موضوعه غير ممنوع بقانون أو مخالف للنظام أو الآداب أو أنه مما لا يجوز فيه التحكيم..."[٢].

وصفوة القول أن امتناع المحاكم الموضوعية بالنظر في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، استناداً لمبدأ استقلال إتفاق التحكيم، فإنه في المقابل لا ينزع إختصاصها، بصفتها قاضياً للأمور المستعجلة، بالنظر في اتخاذ الإجراءات والتدابير الوقتية المتصلة بهذه المنازعات وعلى الرغم من إتفاق أطراف التحكيم على إختصاص المحكم بالفصل في موضوع المنازعة؛ تدخل القضاء المستعجل في تكوين محكمة التحكيم في حالة تعذر تشكيلها، الرقابة على حكم المحكمين، عزل المحكم بإنهاء مهمته بناء على طلب الطرفين.

هذه الصور تشكل نوعاً من المساعدة القضائية للنظام التحكيمي في الفترة السابقة على قيام هيئة التحكيم بأداء مهمتها[٣].

وإذا كان الأمر كذلك، أي استقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فهل يمكن خضوع إتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي وما أثر ذلك على إختصاص القضاء المستعجل؟

(ب) إمكانية خضوع إتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي:

قاعدة استقلالية العقد التحكيمي عن العقد الأصلي تؤدي إلى قبول عدم خضوع العقد التحكيمي عفواً إلى ذات القواعد التي تحكم العقد الأصلي، سواء تم إخضاع العقد التحكيمي إلى

---

[١] السنهوري، المرجع السابق، ص٥٤٧.

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (١٩٨٠/١٤٠)، منشورات مركز عدالة.

[٣] أبوالوفا، أحمد، (بلا سنة نشر)، **التحكيم في القوانين العربية**، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، ص٢٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قانون محدد بالإعمال لقواعد الإسناد المقررة في المادة (٢١) من القانون المدني أو تم إخضاع العقد التحكيمي إلى قواعد مادية تتماشى مع الطابع الداخلي للتحكيم[١].

وفي هذه الحالة يصدق السؤال التالي: هل يملك القضاء المستعجل صلاحية الإختصاص بإصدار إجراء وقتي في نزاع تقرر إحالته للتحكيم في بلد آخر.

الواقع أن التشريع الأردني كغيره من التشريعات الأخرى لم يتطرق لمثل هذه المسألة وتاركاً الأمر للاجتهادات القضائية.

ويرى الباحث: أن القاعدة كأصل عام، أنه لا يوجد ما يمنع إحالة النزاع للتحكيم في دولة أجنبية ومتى تقرر ذلك فإنه يمتنع على القضاء المستعجل البت في اتخاذ أي إجراء وقتي، لأن حكم الهيئة التحكيمية في هذه الحالة يأخذ معنى الحكم الأجنبي ويطبق عليه أحكام قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (٨) لسنة ١٩٥٢. إلا أن هذا المنع ليس مطلقاً، إذ يعود إليه الإختصاص في حال تحقق أمور أربع:

الأمر الأول: إقامة دعوى إكساء حكم أجنبي لدى محكمة بداية عمان مدفوع عنها الرسم القانوني المقرر وبقيمة المال المحكوم به بحكم التحكيم الصادر عن الهيئة التحكيمية الأجنبية.

الأمر الثاني: وجود عبارة "الصبغة التنفيذية" على حكم المحكمين، ما لم يكن مخالفاً لأحكام المادة السابعة من ذات القانون.

الأمر الثالث: دفع نصف الرسم القانوني، للإجراء الوقتي، المقرر لدعوى الحكم الأجنبي وتقديم الكفالة المقررة في المادة (١٤١) من الأصول المدنية.

الأمر الرابع: تحقق ركني الإستعجال والخطر الداهم.

متى تحققت هذه الشروط كان قاضي الأمور المستعجلة مختصاً في إصدار التدبير الوقتي الحال لدرء الخطر الداهم المحدق بالحق موضوع حكم الهيئة التحكيمية الأجنبية.

هذا الرأي استخلصناه من رأي محكمة التمييز الموقرة بحكم قضت فيه على أنه "أجازت المادة(١٤١) من قانون أصول المحاكمات المدنية لقاضي الأمور المستعجلة إيقاع الحجز التحفظي بالاستناد إلى حكم أجنبي وقد ذهب الاجتهاد القضائي إلى أن لقاضي الأمور المستعجلة إيقاع

---

[١] هذا يتماشى مع الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الحجز التحفظي في الطلب لإكساء حكم أجنبي صيغة التنفيذ بعد تقديم طالب الحجز الكفالة المنصوص عليها في المادة (١٤١) من قانون أصول المحاكمات المدنية"[١].

وجاء بحكم لها " إذا كان الحكم المطلوب تنفيذه في المملكة قد اشتمل على عبارة (نأمر بوضع الصيغة التنفيذية على حكم المحكمين) وأن هذه العبارة صادرة عن رئيس المحكمة الكلية في الكويت، فإن هذا الحكم أصبح قابلاً للتنفيذ في الأردن، باعتباره حكماً أجنبياً قابلاً للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه، ... إن المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية قد عددت على سبيل الحصر الأسباب التي يجوز معها للمحكمة رفض طلب تنفيذ حكم أجنبي، وليس من بينها مراقبة مشارطة التحكيم"[٢].

وعكس السؤال السابق يثور السؤال التالي: هل يملك قاضي الأمور المستعجلة البتّ في صحة التدبير الوقتي الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة في دولة أجنبية؟

أجابت محكمة التمييز على ذلك بحكم لها الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٢/٢٥ بقولها "حيث أن الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في هذه الدعوى هو أمر أداء صادر عن قاضي الأمور الوقتية في دولة الكويت وفقاً لشروط المواد (١٦٦-١٦٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي التي تجيز استثناءً للقواعد العامة إصدار أمر بأداء الدين دون تكليف المدعى عليه بالحضور أمامه أو دون تبليغه مذكرة الحضور فإن هذا الحكم لا يقبل التنفيذ وفقاً لشروط المادة (١/٧/ج) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية"[٣].

وعلى مقتضى هذا الاجتهاد فإن قاضي الأمور المستعجلة لا يملك حق إصدار تدبيراً وقتياً أو تدبيراً تحفظياً ضرورياً المعروض عليه بمناسبة دعوى إكساء الحكم الأجنبي الصبغة التنفيذية إلا بعد الفصل في مسألة قابلية الحكم الأجنبي للتنفيذ على أراضي المملكة الأردنية الهاشمية، وهو في هذا الشأن يلوج موضوعاً في مدى قابلية الحكم الأجنبي للتنفيذ في الأردن وهذا مساس بجوهر الإستعجال لا مناظعة وقتية فيه ويتعين عليه في هذه الحالة رد المطلب موضوعاً.

لكن الجدلية المنطقية التي تفرض نفسها ما مصير إتفاق التحكيم الغامض ومدى سلطة القضاء المستعجل في تفسيره وصولاً منه لاتخاذ تدابير تحفظية لازمة لصون الحق المتنازع عليه موضوع إتفاق التحكيم الغامض.

---

[١] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠٠٦/٣٠٩)، منشورات مركز عدالة.

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠٠١/٣٠٤٨)، منشورات مركز عدالة.

[٣] قرار تمييز حقوق رقم (٩٨/٨٧)، منشورات مركز عدالة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سبق أن أوضحت أن الإتفاق التحكيمي عقد والأصل به أن يكون واضح الدلالة يعبر عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني والأصل في الكلام الحقيقة حسب أحكام المادة (٢١٤) من القانون المدني.

غير أن عبارات الإتفاق قد تكون غامضة لا تفصح عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين وبالتالي فإنه لا بد من تحديد معاني الألفاظ الواردة في العقد على مقتضى قاعدة "الأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي[١]، وقاعدة "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله"[٢]، قاعدة نصوص العقد يفسر بعضها بعضاً، وقاعدة لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح[٣]، قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل[٤].

وفي ضوء هذه الضوابط القانونية إن أمكن الوصول إلى المعنى الحقيقي للإتفاق جاز لقاضي الأمور المستعجلة أن يفحص الموضوع أو أصل الحق الظاهر توصلاً لتحديد إختصاصه في التدبير الوقتي المطلوب منه دون أن يتخذ وسائل تحقيق موضوعية يحرم عليه اتخاذها لطبيعة إختصاصه الوقتي الاستثنائي بمعنى ألا يكون بحكم القضاء المستعجل تأثيراً في الموضوع أي أنه ليس له بأي حال أن يقضي في أصل الحق وجوداً وعدماً فيدخل في ذلك ما يمس صحته أو يؤثر في كيانه أو يغير فيه أو في الآثار القانونية التي رتبها له القانون أو التي قصدها العاقدان الأمر الذي يترتب عليه أنه ليس لقاضي الأمور المستعجلة عند البحث في المنازعات الموضوعية التي تثار أمامه أن يحكم في حقيقة المسائل المتنازع عليها أو في مدى تأثيرها على حقوق الطرفين المنوط بالمحكم وحده البتّ بها لأن وظيفته محصورة بالبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

فعلى سبيل المثال إن تقدم أحد أطراف الإتفاق التحكيمي الغامض بطلب لدى محكمة البداية لتعيين محكم فإن ذلك لا يمنع قاضي الأمور المستعجلة من إصدار حكماً مؤقتاً في إحدى المسائل المستعجلة المنصوص عليها في المادة (٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية أو في قانون التحكيم متى استوثق إرادة المتعاقدين الحقيقية.

---

[١] نصت المادة (٢/٢١٤) من القانون المدني الأردني على "الأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي".

[٢] المادة (٢١٧) من القانون المدني الأردني.

[٣] المادة (٢١٥) من القانون المدني الأردني.

[٤] المادة (٢١٦) من القانون المدني الأردني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: السلطات القضائية لهيئة التحكيم.

إن عمل المحكم أثناء نظره للنزاع يعد عملاً ذو طبيعة قضائية وبالتالي فإن مظاهر الطبيعة القضائية لعمل هيئة التحكيم لا تقع تحت حصر، حيث أنها كثيرة ومتشابكة، وتشمل كل ما تقوم به هيئة التحكيم في أثناء مراحل عملها. وذلك نظراً للأساس المزدوج الذي يقوم عليه إتفاق التحكيم (إتفاقي رضائي، تشريعي)، فبعض هذه السلطات تجد أساساً لها في نصوص القانون والبعض الآخر يجد مصدره في إتفاق التحكيم[١].

فالنسبة لسلطات هيئة التحكيم ذات الأساس الإتفاقي، قد يمنح أطراف التحكيم الهيئة التحكيمية سلطة الفصل في النزاع القائم بينهم، ويحددون لممارسة هذه المهمة مدة محددة سلفاً في إتفاق التحكيم، لا تزيد عن اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، أو يتركون تحديدها لنصوص قانون التحكيم.

وبانقضاء هذه المدة تزول سلطة الهيئة التحكيمية في حسم النزاع. ما لم يطلب طرفي التحكيم من رئيس المحكمة المختصة، أن يصدر أمراً لتمديد موعد إضافي أو أكثر أو بإنهاء إجراءات التحكيم بحيث أن انقضى الميعاد الأصلي أو الإضافي جاز لأي من الطرفين رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها وهذا ما أشارت إليه المادة (٣٧) من قانون التحكيم "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الموعد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد إتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم وفي جميع الأحوال تمديد هذه المدة على ألا تزيد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة، أن يصدر أمراً لتمديد موعد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم فإذا صدر القرار بإنهاء تلك الإجراءات يكون لأي من الطرفين رفع دعواه إلى المحكمة المختصة بنظرها".

ويتولى أطراف التحكيم تحديد القواعد القانونية الناظمة لموضوع النزاع بحيث تلتزم هيئة التحكيم بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي يختاره أطراف التحكيم دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين. فإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع

---

[١] محمد مجدي عبدالرحمن، هدى، (١٩٩٦)، **دور المحكم في خصومة التحكيم وتحديد سلطاته**، جامعة القاهرة، بلا دار نشر، ص٤٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية التي ترى أنها الأكثر اتصالاً بالنزاع[١] وهذا ما أشارت إليه المادة(٣٦/أ/ب) من قانون التحكيم الأردني[٢].

وفي هذا السياق قضت محكمة استئناف عمان بحكم لها "كرس المشرع الأردني في المادة (٣٦) من قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع وبالتالي تلتزم هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع بتطبيق القواعد القانونية التي اختارها الأطراف أو تركوا لهيئة التحكيم اختيارها"[٣].

أما إذا تعذر إتفاق الخصوم على الإجراءات الواجبة الإتباع من هيئة التحكيم فالأخيرة سلطة إختيار إجراءات التحكيم التي ترى أنها مناسبة لطبيعة النزاع أو مراعية في ذلك شروط العقد موضوع النزاع وآخذة في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين وهذا ما أشارت إليه المادة (٣٦/ج) صراحة[٤].

هذه الصلاحية لهيئة التحكيم في اختيار الإجراءات التي تطبقها أثناء سير الخصومة التحكيمية مستمدة من الإتفاق التحكيمي، إلا أنها بذات الوقت صلاحية مقيدة بخصوص النزاع المتفق عليه بين أطراف التحكيم أنفسهم. فليس لها سلطة البتّ في أي نزاع آخر خارج إطار التحكيم ولو كان مرتبطاً به إلا بموافقة الأطراف. وهذا يفرض على هيئة التحكيم أن تتحقق من نطاق إتفاق التحكيم ذاته سواء من حيث موضوع النزاع أو من حيث أطرافه أو الغير.

---

[١] شفيق، محسن، (١٩٧٤)، **التحكيم التجاري الدولي**، بلا دار نشر، ص١٠.

[٢] نصت المادة المذكورة على "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع".

[٣] قرار استئناف حقوق رقم (٢٠٠٣/٢٠٧)، منشورات مركز عدالة.

[٤] نصت المادة المذكورة على "في جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الأعراف المادية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهذه الصلاحية تعطي بالمقابل لهيئة التحكيم وبإتفاق طرفي الخصومة التحكيمية سلطة تسوية النزاع صلحاً، وهذا ما أشارت إليه المادة (٣٩) من قانون التحكيم الأردني[١].

وإذا كانت الهيئة التحكيمية تتمتع بصلاحية تسوية النزاع صلحاً فإنها تملك أيضاً صلاحية اتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع ويكون ذلك إما من تلقاء نفسها أو بناء على طلب طرفي التحكيم وشريطة تكليف طالب التدبير الوقتي أو التحفظي تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات هذه التدابير[٢].

إن تمتع الهيئة التحكيمية بسلطة إصدار تدابير وقتية أو تحفظية لا يغل أو يشل يد قاضي الأمور المستعجلة في إصدار مثل هذه التدابير، إن كانت ضرورية للحفاظ على الحق المتنازع عليه وخوفاً على ضياعه وسواء كانت قبل تشكيل هيئة التحكيم أو أثناء مراحل عملها.

ولما كان الأمر كذلك، فإن ذات الأمر ينطبق عل سلطات هيئة التحكيم ذات الأساس التشريعي، إذ فرض المشرع على هيئة التحكيم ضرورة معاملة أطراف التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه[٣] (مادة (٢٥) من قانون التحكيم الأردني) أو طلبه المستعجل ومنحها سلطة البتّ بالدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها، بما في ذلك كافة الدفوع المتعلقة بالإتفاق التحكيمي[٤]. وإذا ما عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن إختصاص هيئة التحكيم أو تم الطعن بالتزوير في ورقة قدمت لها واتخذ إجراءات جزائية بشأن تزويرها أو بشأن أي فعل جزائي آخر، يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة أو في تزوير الورقة أو في الفعل الجزائي الآخر ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع، وإلا وقف الإجراءات حتى تصدر حكم قطعي في موضوع النزاع ويترتب على ذلك وقف سريان الموعد المحدد لإصدار حكم المحكمين (مادة (٤٣) من قانون التحكيم الأردني).

---

[١] نصت المادة المذكورة على "إذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية النزاع كان لها أن يطلبا إثبات شروط التسوية أمام هيئة التحكيم، التي يجب عليها في هذه الحالة أن تصدر شروط التسوية وتنهي الإجراءات ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة التنفيذ".

[٢] يكون بالعادة كفالة مصرفية أو عدلية وحسب مقتضى الحال، نصت المادة (٢٣/أ) من قانون التحكيم الأردني "مع مراعاة أحكام المادة (١٣) من هذا القانون، يجوز لطرفي التحكيم الإتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أي من طرفي التحكيم، أن تأمر أياً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب ضماناً كافٍ لتغطية نفقات هذه التدابير".

[٣] راغب، وجدي، (٢٠٠٤)، **مبادئ القضاء المدني**، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، ص٣٩٠.

[٤] على سبيل المثال الدفع المتعلق بعدم وجود إتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كل هذه المسائل والدفوع بموضوع النزاع لا يمنع هيئة التحكيم من إصدار تدابير وقتية أو تحفظية، كما لا يمنع قاضي الأمور المستعجلة بناء على طلب هيئة التحكيم أو طلب الخصوم من إصدار مثل هذه التدابير التحفظية.

وبعبارة واضحة جلية إن الطبيعة الإتفاقية أو القضائية لعمل هيئة التحكيم لا تشكل عائقاً قانونياً يحول دون إصدار القضاء المستعجل للتدابير الوقتية شريطة تقديم طلب بذلك من أطراف الخصومة التحكيمية أو الهيئة التحكيمية إلى القضاء المستعجل[1].

لكن ما الحل إن امتنعت الهيئة التحكيمية عن إحالة الطلب المستعجل – المقدم من أحد الخصوم – إلى القضاء المستعجل بغية استصدار تدبير مؤقت.

لقد أجابت المادة (٢٣) من قانون التحكيم الأردني على ذلك حيث أنه وبمقتضى هذه المادة يجوز لطرفي الخصومة التحكيمية الالتجاء مباشرة إلى القضاء المستعجل لاتخاذ مثل هذا التدبير والعلة في ذلك أن الأصل بالهيئة التحكيمية اتخاذ ما من شانه الحفاظ على حقوق المتخاصمين حتى إن أخلت بهذا الواجب كان للقضاء المستعجل حق التدخل لضمان حقوق الطرفين المتنازعين طالما أن حق الالتجاء للقضاء هو حق مقدس كفله الدستور على ما أشارت إليه المادة (١٠٢) من الدستور الأردني.

بل وأزيد من ذلك أن المشرع الأردني أجاز للطرفين المتنازعين الالتجاء إلى القضاء المستعجل حتى وإن حظر الإتفاق التحكيمي التجائهما إلى القضاء المستعجل لغرض اتخاذ تدبير تحفظي، لأن مثل هذا الإتفاق مخالفاً للقانون وكل إتفاق مخالف للقانون يقع باطلاً على مقتضى المادة(١٦٨) من القانون المدني.

(١) المليجي، أسامة أحمد شوقي، المرجع السابق، ص١١٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني

أثر نقل إتفاق التحكيم في إختصاص القضاء المستعجل

الأصل كقاعدة عامة أن أثر العقد التحكيمي ينصرف لعاقديه وعلى العاقدين تنفيذ ما التزما به.

فالمتعاقدان دون غيرهما هما اللذان يلتزمان بالعقد وهما صاحبا الحق في طلب الحماية المؤقتة دون غيرها سواء كانت تلك الحماية صادرة عن الهيئة التحكيمية أم من القضاء المستعجل.

لكن ما هو مصير الغير من الإتفاق التحكيمي وحقه في طلب الحماية الوقتية بالرغم أنه ليس طرفاً فيه.

ومن هنا سوف أقوم بتحديد مفهوم نسبية العقد التحكيمي، واختصام وانضمام الغير لهذا العقد وأثر ذلك في إختصاص الهيئة التحكيمية والقضاء المستعجل بإصدار التدابير الوقتية، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

انعقاد العقد التحكيمي

إن الاتفاق التحكيمي يتم بتطابق إرادتين على إنشاء إلتزام فيتحدد بموجبهما مجال العقد التحكيمي بالإتفاقيات المنشئة للإلتزامات بين أشخاص القانون الخاص بحيث ينحصر أثره من حيث المبدأ على طرفي العقد التحكيمي دون سواهما وهو ما يعبر عنه بالأثر النسبي للعقد التحكيمي.

الفرع الأول: مبدأ الأثر النسبي للعقد التحكيمي.

تتحدد آثار العقد من حيث النطاق الشخصي بالمتعاقدين، وهذا ما يعرف بالأثر النسبي للعقد أو بنسبية آثاره. وتنطبق قاعدة قصور حكم العقد، من باب أولى، على العقد التحكيمي، وذلك مما يتنافى مع مبدأ سلطان الإرادة، إلزام أطرافه بعقد ليسوا طرفاً فيه[1].

فالعقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا المتعاقدين، والمقصود بالمتعاقدين هما ومن يمثلانه في التعاقد سواء الخلف العام أو الخلف الخاص لكن من هو الغير المقصود به في العقد التحكيمي؟

برجوعنا لأحكام المادة (٢/ب) من قانون التحكيم الأردني لعام ٢٠٠١ يمكن أن نستنبط عدة معايير لتمييز الغيرية عن أطراف في إتفاق التحكيم، بعضها شكلية والأخرى موضوعية.

---

[1] سلطان، أنور، المرجع السابق، ص١٩٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(١) المعيار الشكلي:

قوامه: اشتراط المشرع التحكيمي لاعتبار الشخص طرفاً في إتفاق التحكيم، أن تكون إرادته مكتوبة[١]، فالكتابة تعد ركن انعقاد وليس شرط إثباتوشريطة تبادل المستندات الدالة على القبول، وكذلك يعتبر إتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم شريطة أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد على أن الوضوح هنا لا يعني وضوح الإرادة ذاتها، إذ أن الظروف الخارجية قد تلعب دوراً تفسيرياً في الإفصاح عن إرادة المتعاقدين[٢].

وإذا كان هذا الأساس إلا أننا نجد أن الإتفاق التحكيمي قد لا ينصرف أثره إلى المتعاقدين - رغم وجود الإتفاق الكتابي – كأن لم يكن لهم سلطة التوقيع عليه أو عدم علم الأطراف المتعاقدة بالوثائق المتبادلة بينهم.

(٢) المعيار الموضوعي:

قوامه: أن المتعاقدين لا يلتزمان إلا بإرادتهما تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، ولا يلتزم أحد بعقد ليس طرفاً فيه.

ووفق هذا المعيار فإن الغير هم: الأشخاص الذين يعتبرون أجانب كلية عن العقد وعن المتعاقدين، حيث لا توجد رابطة قانونية بينهم، وقد يكون الغير: الأشخاص الذين ليسوا من الغير وليسوا بأطراف في العقد، ومن هؤلاء الدائنون العاديون والخلف الخاص[٣].

(٣) المعيار المختلط:

قوامه: تجاهل مدى سلطة الشخص في إبرام العقد أو إبطال، أو تنفيذ العقد ومستنداً في ذلك إلى التوفيق بين المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي أي استناده إلى سلطة الأداء في إبرام الإتفاق التحكيمي وإبرازها كتابة في العقد[٤].

وبمفهوم هذه المعايير في تحديد الغير فإن الإتفاق التحكيمي، شرطاً كان أو مشارطة، يخضع لقاعدة الأثر النسبي للعقود ويقبل أيضاً الاستثناءات التي يمكن أن ترد على هذه القاعدة بحيث يقبل

---

[١] هاشم، محمود (١٩٩٠)، **النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية**، الجزء الأول، دار الفكر العربي، ص٧٨.

[٢] سبق أن بينا ذلك في الشروط الشكلية لإتفاق التحكيم.

[٣] شحاته، محمد نور (١٩٩٦)، **مفهوم الغير في التحكيم، دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير**، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٢٥.

[٤] عبدالرحمن، أحمد شوقي، (١٩٧٧)، **قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة ومدى تأثير الإثبات عليها**، بدون دار نشر، ص٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النقل إلى غير الأطراف الأصليين الذين أبرموا الإتفاق الأصلي بأنفسهم، أو عن طريق من يمثلهم، وسواء كان هذا النقل بناء على إتفاق أو بنص القانون وتبرير ذلك:

المبرر الأول: أن الإتفاق على التحكيم يعد عقداً، ويجوز لأطرافه التنازل عنه أو نقله للغير[١].

بيان ذلك: أن إتفاق التحكيم ينتج عنه في نفس الوقت حق والتزام بالنسبة لكل من الطرفين، بإخضاع نزاعاتهم إلى التحكيم، وأن هناك علاقة تبادلية بين الحق والالتزام بالتحكيم. وأن الالتزام بالخضوع للتحكيم له مظهران: إيجابي وسلبي وهما يشكلان العمود الفقري لوحدة الشرط التحكيمي ويترتب عليهما أن نقل الشرط يتضمن نقل الحق والالتزام بالتحكيم[٢].

وأساس ذلك أن طرفي العقد الأصلي يتمتعان معاً بالحق في اللجوء إلى التحكيم وهما يستمدان هذا الحق من إتفاق التحكيم التعاقدي إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

المبرر الثاني: إذا كان هذا الأصل، أي لجوء الأطراف إلى التحكيم أو نقله، إلا أن هذا الأصل يرد عليه استثناء يتعذر معه نقل إتفاق التحكيم إلى الغير وهو حالة ما إذا كان اللجوء إلى التحكيم حقاً خالصاً لأحد الطرفين دون غيره ففي هذه الحالة يجوز للطرف المقرر التحكيم لصالحه اللجوء إلى التحكيم دون أي اعتبار لإرادة الطرف المتعاقد الآخر فلا يجوز لهذا الأخير جذب الطرف الأول – المقرر لصالحه التحكيم – ما لم يوافق عليه. كما لا يجوز للغير جذبه أو إجباره على سلوك قضاء التحكيم.

وبيان ذلك: إنه في بعض العقود تتم مراعاة الإعتبار الشخصي للمتعاقد فعندئذ يتعذر نقل الإتفاق التحكيمي إلى الغير.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هل أن الإتفاق التحكيمي ينتقل إلى الغير مجرداً من الإتفاق الأصلي أم ينتقلان معاً؟

قد يتبادر للوهلة الأولى أن الإتفاق التحكيمي هو من ينتقل وحده إلى الغير اعتماداً على مبدأ استقلال العقد التحكيمي عن العقد الأصلي، لكن المتمعن لنصوص قانون التحكيم الأردني وبالأخص نص المادة الثالثة منه التي نصت على "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم إتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزع مدني أو تجاري بين أطراف القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقدية"، يجد أن الإتفاق التحكيمي هو بمثابة عقد إجرائي مستقل ومتميز عن الإتفاق الأصلي، فالإتفاق الأصلي يتعلق بالحق الموضوعي، وإتفاق التحكيم يتعلق بالحق الإجرائي الذي يخدم الحق الموضوعي لأنه ينظم كيفية حمايته. وعلى

---

[١] شحاتة، محمد نور، المرجع السابق، ص١١٦.

[٢] سنأتي على ذكر هذين المظهرين تفصيلاً عند الحديث عن أثري التحكيم.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذا الأساس فإن مصير الإتفاق التحكيمي "شرطاً كان أم مشارطة" يتبع مصير الالتزامات الجوهرية بإعتباره أحد أوصاف الحق المنقول فلا يمكن فصله عن مكونات العقد قياساً التابع تابع لا يفرد بحكم[١] المنصوص عليها في المادة (٢٢٨) من القانون المدني الأردني وما يحكم الأصل يحكم الفرع[٢].

هذه التبعية لا تتعارض مطلقاً مع مبدأ الكفاية الذاتية والاستقلالية للإتفاق التحكيمي مع الإتفاق الأصلي الذي أبرم الإتفاق التحكيمي بمناسبته.

وبيان ذلك:

إن تبعية الإتفاق التحكيمي للإتفاق الأصلي مجالها حماية الإتفاق الأصلي والذود عن محل الحق الموضوعي، أما استقلالية الإتفاق التحكيمي عن الإتفاق الأصلي فمجالها حماية الإتفاق التحكيمي ذاته. ذلك أن التمسك باستقلال إتفاق التحكيم عن الأصلي، يحدث عند إثارة مسألة بطلان الإتفاق الأصلي، أو سقوطه، أو انقضاؤه، ومدى تأثير ذلك البطلان أو السقوط أو الانقضاء على إتفاق التحكيم وعلى إمكانية اللجوء إلى هيئة التحكيم رغم ذلك.

وبالبناء عليه، لا يتصور أن ينتقل إتفاق التحكيم بمفرده إلى الغير، لأن إتفاق التحكيم غير متصور وجوده دون وجود إتفاق أصلي يحكم النزاع موضوع محل إتفاق التحكيم.

وصفوة القول، أن انتقال العقد الأصلي إلى الغير يوجب حتماً، في الوقت ذاته، نقل العقد التحكيمي إلى هذا الغير ما لم تكن طبيعة العقد الأصلي تنبئ عن أنه كان قد أبرم بمراعاة الاعتبار الشخصي لأحد أطرافه الأصلية أو وجد نص قانوني يحظر نقل العقد الأصلي إلى غير المتعاقدين.

وعلى هذا الأساس ما التعريف القانوني السليم لمفهوم الغير؟

---

[١] تنص هذه المادة على "التابع تابع لا يفرد بحكم"

[٢] قياساً على ما ورد بنص المادة (٢٢٩) من القانون المدني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: أثر الغيرية لإتفاق التحكيم في إتخاذ التدابير الوقتية.

ماهية مفهوم الغيرية:

لعل أبرز تعريف قانوني لمفهوم الغير الذي وضعه أحد فقهاء القانون المدني بقوله: "إنه يعتبر من الأطراف كل من الأشخاص الذين يسهمون بإرادتهم في تكوين أو صياغة العقد، سواء أسهم في ذلك بشخصه أو عن طريق الإنابة القانونية. فالأشخاص الذين يتم باسمهم ولحسابهم إبرام الإتفاق يعتبرون أطرافاً فيه، بالرغم من أنه لم يتم تبادل للرضا بينهم وبين المتعاقد الآخر"[١].

وفي ضوء هذا التعريف يمكن أن ينتقل إتفاق التحكيم إلى الفئات التالية:

- الخلف العام:

وهو "من يخلف سلفه في ذمته المالية كلها، أو في حصة منها كالوارث أو الموصى له بكل التركة أو بنسبة منها. وكذلك الشخص المعنوي الذي يندمج فيه شخص آخر، والأشخاص التي ينقسم إليها الشخص المعنوي"[٢].

وانتقال الحقوق والواجبات الناشئة عن العقد إلى الخلف العام ليس إلا أصلاً عاماً يقبل الاستثناء فيعد الخلف العام من الغير استثناءً من الأصل: وفي هذه الحالة لا تنصرف إليه آثار العقد والاستثناء قد يرجع إلى طبيعة التعامل، وقد يكون مصدره إتفاق طرفي العقد، وقد يكون مصدره القانون، فطبيعة العقد أو ما ينشأ عنه من حقوق والتزامات، قد تفترض عدم انصراف أثر هذا العقد إلى الخلف العام أو عدم إنتقال هذا الحق أو الالتزام إليه كما هو الشأن في عقود الاعتبار الشخصي التي يكون لشخصية أحد المتعاقدين أو لصفه من صفاته إعتبار خاص فيها.

وتأسيس ذلك أن قاعدة انصراف أثر العقد إلى الخلف العام ليست من النظام العام، بحيث يجوز لطرفي العقد الإتفاق على عدم امتداد أثره إلى الخلف العام لأحدهما أو لهما معاً وانتهائه من ثم بوفاته.

هذه القاعدة قررتها صراحة نص المادة (٢٠٦) من القانون المدني[١].

---

[١] شحاته، محمد نور، المرجع السابق، فقرة ٥٥، ص٤٠.

[٢] الجمال، مصطفى محمد، عبدالعال عكاشة (١٩٩٨)، **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**، الطبعة الأولى، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٤٦٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة التمييز الموقرة بحكم لها "إن القاعدة المقررة في المادة (٢٠٦) من القانون المدني تقضي بأن اثر العقد ينصرف إلى الخلف العام (الورثة) شريطة عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث إلا أنه يستثنى من ذلك الحالات التالية:

١- إذا اتفق المتعاقدان على ذلك وبما لا يخالف القانون أو النظام العام أو الآداب.

٢- إذا كان هناك في القانون بأن لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام.

٣- إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ عن العقد تأبى أن ينتقل من المتعاقد إلى خلفه العام"[٢].

يستفاد من الصور الثلاثة الواردة في المادة (٢٠٦) سالفة الذكر أن شرط التحكيم لا يكون له من أثر إلا بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالعقد المنقضي ذاته، وفي حدود المنازعات المتفق على التحكيم بشأنها في هذا الشرط، أما إذا أضفى طرفاً إتفاق التحكيم عليه طابعاً شخصياً، فينصان في هذا الشرط على اقتصار أثره عليهما وحده دون الخلف العام لأي منهما. وفي هذه الحالة سوف ينقضي الإتفاق ذاته مع العقد الأصلي، نتيجة الوفاة.

أيضاً من المتصور أن يتفق طرف العقد الباقي على قيد الحياة مع الخلف العام للطرف الآخر المتوفى على استمرار العقد المنقضي بينهما دون تعديل في شروطه. وفي هذه المسألة سوف يعتبر هذا الإتفاق بمثابة عقد جديد وبالشروط ذاتها ومن بينها شرط التحكيم بحيث يسري شرط التحكيم على خلف المتعاقد المتوفى.

- الخلف الخاص:

وهو الخلف الذي يخلف سلفه في حق معين بحيث تقتصر خلافة الخلف الخاص لسلفه على حق معين من الحقوق[٣]. والأصل في الخلف الخاص أن يكون من الغير، فلا تنصرف إليه آثار العقد أبرمه سلفه، إلا أنه واستثناء من هذا الأصل يعتبر الخلف الخاص بقوة القانون طرفاً تنصرف إليه آثار العقد من حقوق والتزامات، في الوقت الذي ينتقل فيه العقد إليه، وكان الخلف الخاص يعلم بمستلزمات العقد وقت انتقال العقد إليه. وبتعبير آخر فإن آثار العقد الأصلي تنتقل إلى الخلف الخاص في حال تحقق شرطي الخلافة: أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات العقد المستخلف فيها، وأن يكون الخلف الخاص على علم بها وقت الاستخلاف.

---

[١] نصت المادة المذكورة على أنه "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام".

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (٩٨/٣٧٦٧)، منشورات مركز عدالة.

[٣] السنهوري، (١٩٨١)، **مصادر الالتزام**، الطبعة الثالثة، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، فقرة(٣٤٧)، ص٧٢٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذين الشرطين يمكن تطبيقهما على انتقال إتفاق التحكيم ذاته إلى الغير. ففي الشرط الأول فهو متحقق ذلك أن موضوع العقد التحكيمي هو المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي ذاته، وليس غيره، لذلك تكون من مستلزماته ولأن هذا العقد الأصلي يحمي موضوع الإتفاق الأصلي، ويحدد الجهة المختصة بالفصل في المنازعة المتعلقة به.

وأما عن شرط علم الخلف الخاص بإتفاق التحكيم وقت انتقال الإتفاق الأصلي إليه، فالأمر مختلف بحسب ما إذا كان الإتفاق التحكيمي قد أخذ صورة الشرط التحكيمي أو مشارطة التحكيم.

فإذا كان الإتفاق التحكيمي في صورة لشرط أدرج في الإتفاق الأصلي فالخلف الخاص يكون عالماً علماً يقينياً بشرط التحكيم لتحقق علمه بالإتفاق الأصلي.

أما إذا كان الإتفاق التحكيمي قد أخذ شكل مشارطة مستقلة عن الإتفاق الأصلي فمن المتصور أن يتحقق العلم بالإتفاق الأصلي ومن ثم تحقق الاستخلاف عليه، دون أن يكون هناك علم بإتفاق التحكيم وعندئذ يكون بمقدور الخلف الخاص أن يتمسك بعدم انتقال إتفاق التحكيم إليه رغم انتقال الإتفاق الأصلي إليه إعمالاً لقاعدة العقد لا يرتب شيئاً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً[١].

- الاشتراط لمصلحة الغير:

ينطوي الاشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيقي على قاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم فالمتعهد يلتزم قبل المشترط لمصلحة المنتفع فيكسب الأخير حقاً مباشراً، ولو أنه ليس طرفاً في التعاقد وبهذه المثابة يكون التعاقد بذاته مصدراً لهذا الحق[٢]. هذا الإشتراط لمصلحة الغير قررته نص المادة (٢١٠) من القانون المدني[٣].

---

[١] تنص المادة (٢٠٨) من القانون المدني الأردني على "لا يرتب العقد شيئاً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً".

[٢] شحاتة، محمد نور، المرجع السابق، ص٧٢.

[٣] نصت المادة المذكورة على أنه "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على حقوق يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذها مصلحة مادية أو أدبية ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل التعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك فيكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد ويجوز أيضاً للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو صاحب الحق في ذلك".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يستفاد من أحكام المادة أعلاه أن مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير يشكل خروجاً على مبدأ نسبية آثار العقد فبمقتضى هذا المبدأ أن آثار العقد[١] لا تنصرف إلا لأطرافها وحق المنتفع ينشأ مباشرة عن العقد المبرم لمصلحته وهذا العقد ينعقد بإرادة كل من المشترط والمتعهد ودون حاجة لقبول من المنتفع، وبالتالي فإن مناط توافر الاشتراط لمصلحة الغير هو توافر أمرين معاً في وقت واحد:

الأمر الأول: أن يتم التعاقد باسم من يبرم العقد ولمصلحة شخص آخر يظهر في العقد.

الأمر الثاني: اتجاه الإرادة المشتركة للمتعاقدين إلى إنشاء حق خاص مباشر للغير المستفيد الذي يستطيع المطالبة بالحق الناشئ عن العقد المبرم بين الطرفين دون حاجته للرجوع إلى المشترط كي يطالب له من تعاقد معه بهذا الحق.

وبالبناء على هذين الأمرين، يستطيع المشترط لصالحه الحق في التمسك بشرط التحكيم مثله في ذلك مثل المشترط وشريطة علم المشترط لصالحه بشرط التحكيم. وبيان ذلك أن المشترط لصالحه عندما يطالب بهذا الحق – تمسك بشرط التحكيم – إنما يستند في هذه المطالبة إلى العقد الذي أنشأه، فيكون عليه الالتزام بما تضمنه العقد من شروط ومن بينها شرط التحكيم.

وخلاصة القول أن نقل إتفاق التحكيم إلى الغير يكون إما بناء على طلب الغير ذاته وإما بناء على طلب الخصوم وبصرف النظر عن طبيعة الدعوى المقامة[٢].

ففي الحالة الأولى: هو ما يطلق عليها صورة التدخل، والتدخل يتم بناء على طلب الغير الذي يرغب في التدخل، فيصبح طرفاً في الخصومة التحكيمية بإرادته واختياره. ولهذا التدخل صورتان قررتها أحكام المادة (١١٤) من أصول المحاكمات المدنية:

الصورة الأولى: التدخل الإختصاصي: وهو التدخل الذي يطلب فيه الغير الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى المنظورة[٣].

الصورة الثانية: التدخل الانضمامي أو التبعي، وهو التدخل الذي يقتصر فيه دور المتدخل على الانضمام لأحد الخصوم، فالمتدخل لا يطالب بحق لنفسه، وإنما يتدخل لتأييد طلبات الخصم أو ذاك[٤].

---

[١] سامي، فوزي، (١٩٨٦)، **التحكيم التجاري الدولي**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص٢٣١.

[٢] قد تكون الدعوى مباشرة أو غير مباشرة أو دعوى بوليصية أو دعوى الحلول القانوني.

[٣] شحاتة، محمد نور، المرجع السابق، ص١٤٠.

[٤] شحاتة، محمد نور، المرجع السابق، ص١٤٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- ففيما يتعلق بالصورة الأولى: أن تدخل الغير يعني التعبير عن إرادته في الانضمام إلى إتفاق التحكيم وعلى نحو يصير معه طرفاً في هذا الإتفاق. فقد يكون هذا التدخل بنص يضمنانه الخصوم في إتفاق التحكيم ذاته، وقد يعبران عن الرضا بالتدخل بعد بدء خصومة التحكيم وبمناسبة طلب الغير التدخل وفي هذه الحالة يتعين موافقة هيئة التحكيم لأن طالب التدخل ليس طرفاً في الإتفاق التحكيمي المبرم بين الأطراف وبين هيئة التحكيم، ثم إنه قد يترتب على التدخل إطالة أمد النزاع على نحو لا تتمكن هيئة التحكيم في الفصل في موضوع النزاع في الميعاد المحدد.

وإذا اعترض على طلب تدخل الغير فإنه يظل غيرياً بالنسبة لإتفاق التحكيم ويكون تدخله واجب الرفض ما لم تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو التزام لا يقبل التجزئة (مادة (١١٤) من أصول المحاكمات المدنية)[1].

-أما عن التدخل الانضمامي أو التبعي:

المتدخل الانضمامي هو شخص من الغير ليس طرفاً في الرابطة الموضوعية موضوع الخصومة ولكن مصالحه سوف تتأثر مباشرة بما تسفر عنه الخصومة من نتائج، ولذلك، فإن دوره يقتصر على تأييد طلبات من ينضم إليه مدعياً كان أو مدعى عليه، ولذلك ليس هناك ما يمنع من تدخل الغير في خصومة التحكيم تدخلاً انضمامياً ودون أن يتوقف ذلك على رضاء الأطراف بتدخله صراحة أو ضمناً، شريطة أن تتوافر للمتدخل الانضمامي مصلحة قائمة يقرها القانون من تدخله، فالتدخل الانضمامي إما أن يكون بهدف تحفظي لرقابة الخصم في الدعوى منعاً لغشه وتدليسه مما قد يتسبب للمتدخل ضرراً حتى لو بقي خارج الدعوى وإما مساعدة أحد الخصوم المنضم إليه على

---

[1] نصت المادة (٣/١١٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني "للمحكمة ولو تلقاء نفسها أن تقرر إدخال:

١-من كان مختصماً في الدعوى في مرحلة سابقة.

٢-من كان تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو التزام لا يقبل التجزئة.

٣-من كان وارث المدعى أو المدعى عليه على الشيوع إذا كانت الدعوى متعلقة بالتركة قبل قسمتها أو بعدها أو بالشيوع.

٤-من قد يضار من قيام الدعوى أو الحكم فيها إذ بدت للمحكمة دلائل جدية على التواطؤ أو الغش أو التقصير عن جانب الخصوم".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النجاح في الدعوى وهذا ما يفهم من سياق الفقرتين الأولى والثانية من أحكام المادة (١١٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني[١].

وفي الحالة الثانية: هو ما يطلق عليها الإدخال أو الاختصام وتعني إجبار الغير على أن يصبح طرفاً في الخصومة المنظورة أو على المثول فيها وذلك بناء على طلب أحد الخصوم أو بأمر تصدره المحكمة لهذه الغاية.

وتفترض هذه الحالة تعدد أطراف التحكيم، إذ قد ترفع خصومة التحكيم من أحد الأطراف المتعددين دون الباقين، أو ترفع على أحد أفراد الطرف المتعدد دون الآخرين ففي هذه الأحوال ليس هناك ما يمنع من اختصام من لم ترفع منهم أو عليهم الدعوى من قبل أحد أطراف الخصومة التحكيمية طالما أن أياً من هؤلاء يعتبر طرفاً في إتفاق التحكيم، كما يمتد هذا الحكم إلى الأغيار الذين يمتد إليهم أثر إتفاق التحكيم وبشرط توافر الارتباط بين موضوع الدعوى القائمة وطلب الأدخال.

وفي سبيل ذلك قضت محكمة التمييز الموقرة بحكم لها على أنه "يستفاد من المادة (١/١١٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية أن الخصم سواء أكان مدعياً أو مدعى عليه يملك إدخال من كان يصح اختصامه ابتداءً بالدعوى تجنباً لتعدد المنازعات وتعدد الأحكام. وهذا يقتضي توافر الارتباط بين موضوع الدعوى القائمة وموضوع طلب الإدخال"[٢].

غاية في الأمر أن وجود أي من الحالات المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة(١١٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية عندها يمكن القول بحتمية اختصام الغير في الخصومة التحكيمية.

أما غير هؤلاء ممن لا تنصرف إليهم أثر الإتفاق على التحكيم فلا يجوز اختصامهم في خصومة التحكيم، نظر لعدم ملاءمة الإدخال مع إتفاق التحكيم، أو أنه يتعارض مع سرعة البتّ في النزاع التي هي قوام التحكيم وغايته.

---

[١] نصت الفقرتين الأولى والثانية من المادة المذكورة على "يجوز لكل ذي مصلحة أن يدخل في الدعوى بانضمامه لأحد الخصوم ويعفى من دفع الرسوم المقررة كما يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى الأصلية وفي حالة إجابة طلبه يُكلف بتقديم لائحة بإدعائه وفق الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وبدفع الرسوم المقررة".

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١٤/٣٧١)، منشورات مركز عدالة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الموقرة بحكم لها على أنه "يستفاد من المادة (٢/١١٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية أن طلب الإدخال والتدخل يتطلب توافر الشروط التالية:

١- أن يكون طالب الإدخال من غير أطراف الخصومة القائمة في الدعوى الأصلية.

٢- أن يكون له علاقة في الدعوى القائمة.

٣- أن يتأثر من نتيجة الحكم فيها.

٤- أن تتوفر علاقة ارتباط بين طلب الإدخال والدعوى الأصلية.

٥- أن يكون له مصلحة في التدخل بالدعوى..." [١].

وعلى هذا النحو قضت بحكم لها على أنه "من حق المطلوب إدخاله بصفته طرفاً بالإتفاقية ولم يسلم بطلب المدعى عليها أن يطلب من المحكمة قبل التعرض لموضوع الدعوى بوجود شرط التحكيم..." [٢].

وقضت كذلك بحكم آخر لها "إذا كان النزاع موضوع الدعوى يتعلق بالتعدي على حدود أرض المدعي بعد تسجيلها فإن إختصاص النظر في هذا النزاع يعود للمحاكم النظامية ولا يعود إلى جهات التحكيم المحددة بالمادة (٤١) من نظام الجمعيات التعاونية رقم ١ لسنة ١٩٧٠ إذ أن إختصاص هذه الجهات بفض النزاعات إنما يكون قبل تسجيل القطع المخصصة لأعضاء الجمعيات حيث أن النزاع بين المدعي والمدعى عليه يقتصر على إزالة التعدي الذي أقدم عليه الثاني على حدود قطعة أرض الأول حسب ما هي مبينة في دائرة تسجيل الأراضي ولا علاقة لمدير الأراضي أو غيره بمثل هذا النزاع فإن ما ذهبت إليه محكمة الموضوع بعدم إدخال مدير الأراضي أو المساحين الذين ساهموا بترسيم حدود الأرض قبل تسجيلها هو في محله" [٣].

---

[١] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١١/٢٤٦٣)، منشورات مركز عدالة.

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠٠٣/٤١٥٠)، منشورات مركز عدالة.

[٣] قرار تمييز حقوق رقم (٩٨/٩٢٢)، منشورات مركز عدالة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني

الإجراءات الوقتية بالنسبة للغير

القاعدة العامة، كأصل عام، أن الخصومة التحكيمية يتحدد نطاقها منذ اليوم الأول الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم، ففي هذا الوقت يتحدد الأثر القانوني للإجراءات والتدابير الوقتية بالنسبة لأطراف الخصومة التحكيمية وبموجبه يحق لأحد أطرافها الطلب من هيئة التحكيم أو قاضي الأمور المستعجلة، حسب مقتضى الحال، اتخاذ تدابير وقتية أو إجراءات حالة من شأنها صيانة الحق المتنازع عليه وحماية أدلته من الضياع.

الفرع الأول: إلزام الغير بتقديم مستندات تحت يده للفصل في المنازعة.

في هذا الفرض لا يمكن أن يكون الأغيار طرفاً في الخصومة التحكيمية لأن الغاية من طلب إلزامه بتقديم مستند تحت يده كشف وقائع النزاع محل الإتفاق التحكيمي بشكل واضح يمكّن هيئة التحكيم من بسط رقابتها على وقائع الدعوى التحكيمية وصولاً للتطبيق القانوني السليم.

غاية في الأمر تنوير قناعة هيئة التحكيم في شأن واقعة محددة لتتمكن هيئة التحكيم من بسط رقابتها على النزاع التحكيمي.

وإذا كان هذا الأمر بهذه البساطة فهل تملك هيئة التحكيم سلطة إجبار الأغيار على تقديم ما تحت يدهم من مستندات وفرض جزاءات عليهم؟

برجوعنا لأحكام قانون التحكيم الأردني فإننا لا نجد ما يشير إلى معالجة مثل هذه المسألة، واقتصر حكمه في الإجبار على طرفي الخصومة التحكيمية دون الإغيار.

ومؤدى ذلك أن هيئة التحكيم تبتّ في المنازعة التحكيمية بحكم صادراً عنها استناداً إلى الأدلة المتوافرة لديها[1]، وبمعنى آخر هل يجوز لهيئة التحكيم الطلب من قاضي الموضوع إجبار الغير على تقديم مستند تحت يده؟

يرى الباحث، أن سكوت المشرع التحكيمي عن الإشارة إلى هذه المسألة لا يحول دون استعانة هيئة التحكيم بقاضي الموضوع لإلزام الأغيار بتقديم المستندات التي تحت يدهم لغايات البتّ بموضوع النزاع محل الإتفاق التحكيمي.

---

[1] شحاتة، محمد نور، المرجع السابق، فقرة(٥٥)، ص١٤١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والسند القانوني في ذلك ما أورده المشرع في المادة (٢٥) من قانون البينات التي قضى حكمها "يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى أن تدعو الغير لإلزامه بتقديم ورقة أو مستند تحت يده وذلك في الأحوال والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة مع مراعاة أحكامها ويجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تقرر جلب إسناد وأوراق من الدوائر الرسمية الخصوم أن تقرر جلب إسناد وأوراق من الدوائر الرسمية إذا تعذر ذلك على الخصوم".

ويرى آخر عكس هذا الرأي بقوله "لا يمكن إعمال حكم المادة (٢٠، ٢٦) من قانون الإثبات ذلك لأنه يشترط لإعمالها أن يرد نص في القانون يجيز مطالبته بتقديم المحرر أو تسلمه، وهو ما لم ينص عليه قانون التحكيم"[١].

وأرى أن هذا الرأي ينقصه الدقة لنواحي عديدة أهمها:

- أن إغفال قانون التحكيم على إيراد مثل هذا النص لا يعيبه، لأن القاعدة الفقهية المستقر عليها فقهاً وقضاءً أن نصوص القوانين تقرأ كوحدة واحدة، ولما لم يرد في قانون التحكيم ما يحظر الاستعانة بقانون البينات أو أي قانون آخر، فمؤدى ذلك إن إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده استناداً لأحكام المادة (٢٥) سالفة الذكر ليس فيه أي مخالفة قانونية بل على العكس تصويباً لأمر غفل المشرع عن بيانه.

- من شأن هذا الرأي إضعاف ثقة المتخاصمين بالنظام التحكيمي.

- من شأن هذا الرأي أن ينال من الطبيعة القضائية لعمل هيئة التحكيم.

وفي الجهة المقابلة لهذا الفرض يثور التساؤل هل يمتد طلب الإلزام للأغيار إلى القضاء المستعجل، أي هل يجوز لهيئة التحكيم الطلب من قاضي الأمور المستعجلة إلزام الأغيار بتقديم مستندات تحت يدهم لغايات تمكينها من اتخاذ تدابير وقتية مستعجلة صوناً للحق المراد حمايته أم أنها مقيدة في إصدار هذا أو ذاك التدبير بما تحت يدها من مستندات ووثائق؟

لكن ما مدى إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده للفصل في الإجراء الوقتي؟

من المبادئ الفقهية المستقرة أنه وأن كانت مهمة القضاء المستعجل عدم التعرض لأصل الحق أو صميم النزاع إلا أن هذا لا يمنع القضاء المستعجل من اتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لحماية حقوق الطرفين ووضع الحلول التي تستقر معها العلاقة القانونية مؤقتاً ريثما يقول القضاء الموضوعي كلمته ولها في سبيل أداء مهمتها أن تبحث في ظاهر الأدلة المقدمة لمعرفة أي من

---

[١] شحاته، محمد نور، المرجع السابق، الإشارة السابقة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الطرفين أجدر بالحماية الوقتية واتخاذ الإجراء التحفظي الذي يكفل هذه الحماية من خلال حكم القانون وطبيعة العلاقة بين الطرفين؛ لأن من حق الدائن أن يسعى لبقاء أموال المدين جميعها باعتبارها ضامنة للوفاء بديونه تحت يد المدين، وله أن يعتمد البينات المقدمة من طالب الحماية وتحسس ظاهرها وبما يكفل اتخاذ التدبير الوقتي موضوع المناظعة الوقتية للنزاع[١].

هذه القاعدة العامة التي ينطلق منها قاضي الأمور المستعجلة في اتخاذه للتدابير الوقتية والتحفظية فيصدر حكمه المؤقت بالاستناد إلى ما قدم إليه من بينات بحيث لا تمتد سلطته وهو بصدد إصدار حكمه المؤقت إلى إلزام أحد الطرفين بتقديم مستند تحت يده فإن فعل ذلك كان حكمه موجباً للفسخ من هذه الناحية لدخوله في أصل الحق.

وبعد قراءة متأنية لأحكام القضاء الأردني فإننا نجد أنه قد أخذ بهذه القاعدة وطبقها في الكثير من أحكامه:

ففي قرار لمحكمة التمييز الصادر بهيئتها العامة بتاريخ ٢٠١٢/٩/٢٧ نص على ".... فإنه لا يجوز لمحكمة بداية عجلون بصفتها الاستئنافية إجراء خبرة فنية على التوقيع المنسوب لمؤجر على عقد الإيجار، باعتبار الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات وفقاً للمادة(٦/٢) من قانون البينات وعلى ضوء ذلك ينحصر دور محكمة بداية حقوق عجلون بصفتها الاستئنافية التحقق من شروط الطلب المستعجل المعروض عليها من خلال ظاهرة الأوراق والمستندات المقدمة فيه وكان عليها على ضوء إنكار المستدعى ضده توقيعه على عقد الإيجار فسخ القرار المستأنف وإعادة الأوراق إلى مصدرها ليصار إلى إفهام المستدعي بتقديم دعوى موضوعية، ولما لم تفصل فإن هذه الأسباب تغدو واردة على قرارها المطعون فيه وتوجب نقضه"[٢].

وقضت بحكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٢/١٣ " أن البحث في مسألة قبول الدعوى من عدم قبولها لعلة مرور الزمن وكذلك البحث في مسألة الخصومة بين طرفي الدعوى يخرج عن إختصاص قاضي الأمور المستعجلة كون ذلك من الدفوع الموضوعية التي لا يملك القضاء المستعجل أمر التصدي لها وفقاً لأحكام المادة (٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ وتعديلاته. إن مسألة وقف تنفيذ القضية التنفيذية وكذلك وقف تنفيذ القضية المتفرعة منها بداعي

---

[١] نصت المادة (٣٦٥) من القانون المدني على "مع مراعاة أحكام القانون، أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان".

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١١/٣٨٤٢)، منشورات مركز عدالة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بطلان إجراءات رفع رأس مال الشركة المميزة من مائة ألف دينار إلى ثلاثمائة ألف دينار لحين البت في الدعوى هي من المسائل التي يختص بها القضاء المستعجل إختصاصاً نوعياً وفقاً لأحكام المادة (٣٢) من قانون الأصول المدنية. إلا أن القضاء المستعجل في معرض معالجة المسائل المعروضة عليه وأن كان لا يملك اللجوء إلى وسائل التحقق الموضوعية إلا أنه غير محظور عليه تفحص البينات المقدمة من حيث ظاهرة الحال وصولاً إلى الحكم في الإجراء الوقتي المطلوب منه إذ أن تفحص ظاهر الأوراق لا تحسم موضوع النزاع بل يترك إلى محكمة الموضوع..."[١].

وفي قرار آخر لها الصادر بالهيئة العامة تاريخ ٢٠٠٥/٩/٦ " لا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يطلب بينات لم تقدم بالطلب لأن قاضي الأمور المستعجلة يحكم حسب ظاهر البينة المقدمة له، وإذا طلب بينات يكون قد دخل في أصل الحق وهذا يتنافى وطبيعة القضاء المستعجل"[٢].

وكنتيجة طبيعية لهذه القاعدة فإنه يحظر على قاضي الأمور المستعجلة الطلب من الغير بتقديم مستندات تحت يده للوصول إلى الحكم في الإجراء الوقتي المطلوب منه.

وترتباً على ذلك فإنه لا يحق لهيئة التحكيم - سواء كان بطلب منها أو بطلب أحد طرفي الخصومة التحكيمية – الطلب من قاضي الأمور المستعجلة إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده لتتمكن من إصدار الحكم في الإجراء الوقتي المطلوب منها، وهذا ما يتطابق وأحكام المادتين (٧، ٢٣) من قانون التحكيم الأردني.

---

[١] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠٠٦/٣٥٧٤)، منشورات مركز عدالة.

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠٠٥/١٢٥٤)، منشورات مركز عدالة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: حق الغير في طلب الحماية الوقتية:

متى وافقت هيئة التحكيم على طلب تدخل الغير الاختصامي ففي هذه اللحظة ينشأ للغير حقاً مباشراً في طلب الحماية الوقتية، إلا أن هذا الحق مقيد بشروط ثلاثة:

الشرط الأول: انعقاد هيئة التحكيم.

إن حق الغير في طلب الحماية الوقتية مقيد بتشكيل هيئة التحكيم فمتى تم تشكيل هيئة التحكيم كان للغير الحق في التقدم إليها بطلب إصدار الحماية الوقتية لصالحه. وبالفرض المعاكس فإن الغير لا يستطيع التقدم بمثل هذا الطلب متى كانت هيئة التحكيم غير مشكلة لأن حقه بطلب الحماية الوقتية مقترناً بتشكيل هيئة التحكيم ولأن الخصومة التحكيمية تتحدد بأطرافها وقت تشكيلها لا قبلها.

الشرط الثاني: البتّ في طلب التدخل.

مضمون هذا الشرط أن على هيئة التحكيم البتّ في طلب التدخل المقدم إليها بإحالته إلى قاضي الأمور المستعجلة، فإن أصدر الأخير حكمه بقبول الطلب كان حكمه كاشفاً في مواجهة الغير.

ومن تاريخ صدور هذا الحكم يتحدد المركز القانوني للغير بالنسبة للخصومة التحكيمية. وبتحديد مركزه القانوني والواقعي فإنه يملك الحق في طلب الحماية الوقتية. وما يتفرع عنها من أوامر تنفيذية بمواجهته أو في مواجهة خصومة الآخرين.

الشرط الثالث: توفر المصلحة.

سبق وان بينا مفهوم المصلحة للدعوى ضمن نطاق قانون أصول المحاكمات المدنية ونضيف أن المصلحة هي كذلك مناط التدبير الوقتي فيجب أن تكون المصلحة قانونية أي أن تكون مستندة إلى حق أو وضع قانوني وأن تهدف إلى الاعتراف بهذا الحق أو الوضع القانوني وحمايته ذلك أن المطلب المستعجل وسيلة قانونية لحماية الحق الذي يسبق وجود الطلب[1].

والمصلحة المقصودة هي المصلحة القانونية وتكون المصلحة قانونية عندما تهدف إلى حماية حق ذاتي أو موضوعي ويتوفر المظهر الذاتي للمصلحة عندما يسند الغير طلبه إلى الاعتداء على حق ذاتي له أو أن هناك اعتداء على حق موضوعي.

---

[1] الحجار، حلمي محمد (٢٠٠٧)، **الوجيز في أصول المحاكمات المدنية**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٣٢ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إذن شروط المصلحة المطلوب توافرها لدى الغير هي ذات الشروط الواجب توافرها في جميع الدعاوى والطلبات الأخرى[١].

وبالبناء عليه، متى توافرت الشروط السابقة كان للغير الاختصامي الحق في طلب الحماية الوقتية وسواء كان ذلك بطلب يقدمه إلى هيئة التحكيم أو بطلب مستقل يقدمه مباشرة لقاضي الأمور المستعجلة.

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الموقرة بحكم لها الصادر بتاريخ٢٠٠٢/٤/٨ "حددت المادة (١/٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية شروط إدخال الشخص الثالث، وهي أن يكون طالب الإدخال له إدعاء قبل ذلك الشخص أو مطالبة تجاهه، فهو بهذه الصفة مدعى عليه وما قد يحكم عليه به يكون لصالح طالب الإدخال"[٢].

ومما يجدر الإشارة إليه أن الأهلية لا تدخل في إطار المصلحة أوالصفة المتلازمتين لطلب الإدخال لأن المقرر فقهاً وقضاءً أن الأهلية لا تعتبر شرطاً لقبول الدعوى وإنما شرطاً لصحة المطالبة القضائية وبالتالية لصحة الإجراءات ولذا فإن وسيلة التمسك بعدم توافر الأهلية تكون عن طريق الدفع ببطلان الإجراء وليس الدفع بعدم قبول الدعوى ولهذا تصحح الإجراءات بواسطة إشتراك الممثل القانوني"[٣].

وفي ضوء هذه الشروط فإنه يتعين علينا التطرق إلى نطاق الإختصاص في إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم. والأمور الواجب مراعاتها في طلب الإستعجال وما يترتب على ذلك من نتائج قانونية بالنسبة لطالب الحماية الوقتية للحق المتنازع عليه.

---

[١] المصلحة بهذا المعنى تختلف عن الصفة فالأخيرة يقصد منها السلطة التي يمارس بمقتضاها شخص معين الدعوى أمام القضاء وهي بذلك القدرة القانونية التي يملكها الشخص لإقامة الدعوى أمام القضاء، راجع المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية.

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠٠٢/٦٦٨)، منشورات مركز عدالة.

[٣] قرار تمييز حقوق رقم (١٩٩٧/١١١٩)، منشورات مركز عدالة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثاني

نطاق الإختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم

تمهيد:

إذا كانت المادة (٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية قد أرست النطاق القانوني للإختصاص النوعي للقضاء المستعجل في مجال المواد المدنية، فإن المادة (٢٣) من قانون التحكيم قد حددت الإطار القانوني المحدد لهيئة التحكيم في مجال المسائل المستعجلة المعروضة عليها بمناسبة نزاع سواء كان نزاعاً مدنياً أم تجارياً وبحسب ما ينص عليه إتفاق التحكيم.

وإذا كان قاضي الأمور المستعجلة يملك صلاحية إصدار أحكاماً وقتية مستعجلة في صورة تدابير وقتية وتحفظية وبمناسبة إحدى المسائل المستعجلة المنصوص عليها في المادة (٣٢) سالفة الذكر فإن لهيئة التحكيم أيضاً وبمقتضى المادة (٢٣) المشار إليها أعلاه صلاحية اتخاذ مثل هذه التدابير الوقتية والتحفظية. وحيث أن قانون التحكيم لم يتطرق إلى تحديد مفهوم المسائل المستعجلة التي يجوز فيها لهيئة التحكيم اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية فإن ما ينبني على ذلك أن التدابير الوقتية والتحفظية التحكيمية هي ذات التدابير الوقتية والتحفظية التي تصدر في المسائل الواردة في المادة(٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية.

وباستعراضنا لأحكام المادة (٣٢) المذكورة فإننا نجد أن المسائل المستعجلة إما أن تكون: مسائل مستعجلة بطبيعتها، وإما أن تكون مسائل مستعجلة بنص القانون وفي كلتا الحالتين أجاز المشرع التحكيمي لهيئة التحكيم اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية فيها مشاركة والقضاء المستعجل.

وسبق أن تطرقنا إلى هذين النوعين من المسائل المستعجلة إلا أننا سوف نقوم بالتزيد في هذه الحالة لطبيعة النظام التحكيمي مبيناً الفرق بين التدابير الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم.

وعلى كل حال فإن المسائل المستعجلة بطبيعتها الواردة في المادتين المذكورتين تقتضي ضرورة توافر ركنين أساسيين هما: ركن الإستعجال وركن عدم التعدي على الموضوع عدم المساس بأصل الحق.

والمسائل المستعجلة بطبيعتها لا تقع على سبيل الحصر والتعداد بل هي مسائل يُترك أمر تقديرها لقاضي الأمور المستعجلة أو هيئة التحكيم ومن خلال الظروف المحيطة بكل نزاع مطروح على حده وعلى هذا المنوال فإنه يمكن وضع تعريف قانوني لها "تلك المسائل التي تستمد صفة الإستعجال من طبيعة الحق المتنازع عليه، أو من الظروف المحيطة بهذا الحق".

ومن أمثلة المسائل المستعجلة بطبيعتها: دعوى إثبات الحالة الراهنة، الإجراءات التحفظية الوقتية التي تصون حق الملكية في قسمة المال الشائع، دعوى بيع مواد تموينية سريعة العطب.

هذه الأمثلة وغيرها يتوجب على قاضي الأمور المستعجلة عند النظر في الطلب المستعجل مراعاة أمور معينة، فما هذه الأمور؟

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول

اقتران القضاء المستعجل بقضاء الموضوع

تمهيد:

إن القضاء المستعجل لا يفصل في المسألة المستعجلة بصفة مؤقتة إلا إذا كان القضاء المدني بمعناه الواسع مختصاً في الفصل في موضوع هذه المسألة – أي أصل الحق – وهو بذلك يتميز عن القضاء المدني بأنه ذو أثر مؤقت، فحكم القضاء المستعجل يرتب أثره منذ صدوره إلى أن يقول القضاء الموضوعي كلمته في أصل النزاع وهو بذلك يكون حكمة مؤقتاً وذو حجية مؤقتة ولحساب الدعوى الموضوعية[١].

إذن القضاء المستعجل يملك صلاحية النظر بالمسائل المستعجلة استقلالاً عن القضاء العادي، لكن ما هي شروط اختصاص القضاء المستعجل، هذا ما سأتناوله في المطلب الثاني.

إن وظيفة قاضي الأمور المستعجلة ليست هي تفسير الأحكام والعقود الواجبة التنفيذ ولا الفصل في أصل الحق، بل إن وظيفته هي إصدار حكم وقتي بحت يرد به عدواناً بادياً للوهلة الأولى من أحد الخصمين على الآخر أو يوقف مقاومة من أحدهما للآخر بادية للوهلة الأولى أنها بغير حق، أو أن يتخذ إجراءاً عاجلاً يصون به موضوع أحق أو دليلاً من أدلة الحق. وأنه إذا كان قاضي الأمور المستعجلة لا يستطيع – في بعض الصور – أداء مهمته إلا إذا تعرف الحكم أو العقد الواجب التنفيذ أو تناول موضوع الحق لتقدير قيمته فإن ذلك لا يمنعه من القيام بذلك، لكن تفسيره أو بحثه في موضوع الحق لا يحسم النزاع بين الخصمين لا في التفسير ولا في موضوع الحق، بل لا يكون إلا تفسيراً عرضياً عاجلاً يتحسس به ظاهر البينة وما يحتمل أن يكون هو وجه الصواب في الطلب المعروض عليه فيبقى التفسير أو الموضوع سليماً يتناضل فيه ذوو الشأن لدى محكمة الموضوع. فقاضي الأمور المستعجلة لا يختص بالفصل بشكل نهائي في الالتزامات المترتبة على الطرفين لمساس ذلك بأصل الحق[٢].

ومثال ذلك: أن قاضي الأمور المستعجلة لا يختص بالفصل في صحة السند أو تزويره لمساس ذلك بأصل الحق، ولكن له فحص ظاهر المستندات ومما يثار أمامه لا ليقضي برد الطلب من عدمه وإنما ليتبين مدى جدّية الطعن في صحة هذا السند.

---

[١] هرجة، مصطفى مجدي، (١٩٨٦)، **أحكام وآراء في القضاء المستعجل والتنفيذ الوقتي**، بلا طبعة، ص٦٧.

[٢] هرجة، مصطفى مجدي، (١٩٨٢)، **القضاء المستعجل**، الطبعة الثانية، بلا دار نشر، ص٧٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعلى هذا الأساس فإن اختصاص قاضي الأمور المستعجلة مناطه قيام حالة الإستعجال وأن يكون المطلوب إجراءاً وقتياً لا فصلاً في أصل الحق المطلوب حمايته بالإجراء المطلوب فله في سبيل ذلك تقدير مدى الجدية في المنازعة فإذا استبان له أن المنازعة جدية بحيث لم يعد أصل الحق واضحاً وضوحاً يستأهل حماية القضاء المستعجل حكم بعدم الاختصاص لتتولى محكمة الموضوع الفصل فيه وأن السند ذلك أن الإستعجال مبدأ مرن غير محدد فيسمح لقاضي الأمور المستعجلة أن يقدر في وصفه للواقعة ظروف كل دعوى على حده. لأن الإستعجال حالة تتغير بتغير ظروف الزمان والمكان وتتلازم مع التطور الاجتماعي في الأوساط والأزمنة والأمكنة المختلفة.

ولما كان ذلك كذلك تبرز أهمية الدعوى المستعجلة محل الادعاء التي تتمثل في بطء وتعقيد إجراءات القضاء الموضوعي مما يرتب ضرراً محدقاً يتعذر إصلاحه أو تداركه، فيكون الهدف منها إشباع مصلحة فورية لطالب الحماية فيتدخل القضاء. بناء على الطلب المستعجل وذلك لتأمين النظام القانوني من خطر داهم يؤخر التنفيذ الفعلي للقانون وهذا يتم من خلال إزالة عارض الخطر بإجراءات بسيطة وسريعة وناجعة. الأمر الذي يعني أن القرار الصادر في هذا الطلب (الدعوى المستعجلة) عبارة عن تدابير وقتية تحفظية[١].

وبناءً عليه فالقضاء الوقتي عبارة عن تدبير عملي يتخذه القضاء وفقاً للإجراءات التي ينظمها القانون وللوقاية من خطر التأخير في حماية حق يُرجح وجوده للطالب. فالخطر الناجم عن بطء الحماية القضائية الموضوعية للحق عقيمة ما لم يتدخل القضاء بسرعة لحماية هذا الحق وعلى وجه السرعة والإستعجال. لأن الاعتداء على الحق قد يترتب عليه ضرر محدق لا يمكن إزالته أو جبره بعد وقوعه حيث لا تجدي الحماية الموضوعية فينبغي عندئذ تدخل القضاء بسرعة لمنع وقوع الضرر النهائي. وإلا صارت حماية القضاء غير جدية وتناثر معها الحق وصعب جمعه[٢].

هذه الحماية الوقتية المستعجلة أشار إليها المشرع الأردني بنص المادة (٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (٢٤) لسنة (١٩٨٨) "حيث لفتت على "يحكم قاضي الأمور المستعجلة بصفة مؤقتة مع عدم المساس بالحق بالأمور التالية...."

وقاضي الأمور المستعجلة هو رئيس محكمة البداية أو من يقوم مقامه أو من ينتدبه لذلك من

---

[١] زغلول، المرجع السابق، هامش ص١٨٦.

[٢] مسلم، أحمد، (١٩٦٠)، **الاختصاص والموضوع في قضاء الأمور المستعجلة**، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، بند٤، ص٩٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قضاتها وهذا ما نصت عليه المادة (٣١) من القانون أعلاه حيث نصت على "قاضي الأمور المستعجلة هو رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه أو من ينتدبه لذلك من قضاتها"

ويستفاد من هذين النصين أن اختصاص قاضي الأمور المستعجلة على هذا النحو لا يسلب محكمة الموضوع اختصاصها بنظر الأمور المستعجلة إذا دُفعت إليها بطريق التبعية ولهذا فإن ولاية إحدى المحكمتين لا تنفي ولاية المحكمة الأخرى، ويترتب على ذلك نتيجتين هما:

النتيجة الأولى: إن رفع الدعوى المستعجلة أمام قاضي الأمور المستعجلة لا يمنع من رفع دعوى الموضوع بعد ذلك أمام قاضي الموضوع (محكمة الموضوع) ومن استمرار كل منهما في نظر الدعوى المرفوعة أمامه وإصدار التدابير الوقتية الكفيلة بحماية الحق المتنازع عليه.

إذن نستخلص مما تقدم ما يلي:

أ- لقاضي الأمور المستعجلة السلطة في أن يتصرف كقاضي موضوع في إتخاذ التدابير المستعجلة بالمسائل المستعجلة؛ فصلاحياته في هذا الإطار تكون كصلاحيات قاضي الموضوع في فحص مدى جدية النزاع وحاجته إلى الحماية الوقتية.

ب- إن التدبير الوقتي يشتمل على طابع الإستعجال.

النتيجة الثانية: إن رفع دعوى الموضوع أولاً أمام محكمة الموضوع لا يمنع من رفع الدعوى المستعجلة أمام القضاء المستعجل ومن اختصاصه بالحكم فيها أثناء نظر دعوى الموضوع.

هاتين النتيجتين تقتضيان على المدعي عدم الجمع بين الاختصاص فله إما اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة لإجراء مؤقت تحفظي كدعوى مستقلة[١]، وإما رفع الدعوى المستعجلة تبعاً للدعوى الموضوعية.

---

[١] تخضع لذات شروط قبول الدعوى الموضوعية سواء تلك المنصوص عليها في المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية أو تلك المنصوص عليها في المواد (٥٦-٥٩) من ذات القانون.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول

الأمور الواجب مراعاتها في الطلب المستعجل

يتعين على قاضي الأمور المستعجلة التثبت من مراعاة أمور جوهرية عند نظره الطلب المستعجل فإن خالفها كان حكمه عرضة للفسخ، هذه الأمور تتمثل في:

أ- وجود الإستعجال الحقيقي الحالّ المبرر لإختصاص قاضي الأمور المستعجلة:

ففي دعوى إثبات الحالة الراهنة المحالة إلى قاضي الأمور المستعجلة من طرفي التحكيم أو هيئة التحكيم فإنه يتعين على قاضي الأمور المستعجلة التثبت من كون الحالة المراد إثباتها عرضة للتبديل والتغيير مع مرور الزمن، أو أن تكون عرضة للزوال بفعل الإنسان أو العوامل الطبيعية... أما لو كانت الآثار المطلوب إثباتها باقية وغير قابلة للتغيير فإنه يتوجب على قاضي الأمور المستعجلة رد الطلب[١].

ب- تقيد قاضي الأمور المستعجلة بذات القيود التي تحد من إختصاص القضاء العادي:

يقصد بهذا الأمر تقيد قاضي الأمور المستعجلة بالإختصاص فلا يجوز له التعدي على إختصاص غيره – اختصاص هيئة التحكيم – أي يجب أن يبتّ أولاً في مسألة إختصاصه فإن كان مختصاً أصدر التدبير الوقتي التحفظي الذي يصون الحق المتنازع عليه وحماية أدلته من الضياع، أما إذا كان ذلك من اختصاص هيئة التحكيم فالأولى به أن يصدر قراراً برد الطلب.

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الموقرة بحكمها الصادر بتاريخ٩٢/١٠/٧ "لا يتحقق الإختصاص النوعي لقاضي الأمور المستعجلة إلا بتوافر ثلاثة شروط مجتمعة وهي: شرط الإستعجال وشرط عدم المساس بأصل الحق وشرط التقيد بقواعد الإختصاص الولائي..." [٢].

وجاء بحكم آخر لها الصادر بتاريخ١٩٩٢/٧/١٢ "يشترط لتوافر الإختصاص النوعي لقاضي الأمور المستعجلة:

١- وجود الإستعجال.

٢- عدم المساس بأصل الحق.

٣- التقيد بقواعد الإختصاص الولائي.

فإذا تخلف شرط أو أكثر منها لا يكون هناك إختصاص نوعي لقاضي الأمور المستعجلة"[٣].

ومن الأمثلة العملية على ذلك:

---

[١] محمود، سيد أحمد، المرجع السابق، ص٣٣.

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (٩٢/١١٩٥)، منشورات مركز عدالة.

[٣] قرار تمييز حقوق رقم (٩٢/٩٤٣)، منشورات مركز قسطاس.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الطلب الذي يُقدم لقاضي الأمور المستعجلة لإثبات الحالة الراهنة لمهربات جمركية، طلب إثبات الحالة لسلاح استعمل في جرم، طلب إثبات الحالة لإبطال قرار المحافظ بالجلوة العشائرية.

ج- ألا يتصدى قاضي الأمور المستعجلة لموضوع النزاع:

يحظر على قاضي الأمور المستعجلة أن يتناول في حكمه ما يؤدي إلى التعرض لموضوع محل إتفاق التحكيم. لذلك لا يجوز للقاضي المستعجل تعيين خبير للإطلاع على الدفاتر التجارية للخصم وإثبات ما تضمنته هذه الدفاتر من بيانات حسابية تتعلق بالمدعي لأن ذلك أمر موضوعي تبتّ به الهيئة التحكيمية دون غيرها إذ يجب أن يبقى جوهر النزاع سليماً يتناضل به ذوو الشأن أمام الهيئة التحكيمية وما يقدمونه لها من أدلة دامغة[1].

وأما عن المسائل المستعجلة بنص القانون:

هناك مسائل مستعجلة يعتبر ركن الإستعجال فيها مفترضاً بحكم القانون فلا يكلف قاضي الأمور المستعجلة ببحث هذا الركن كما أن تصدي قاضي الأمور المستعجلة للفصل في هذه المسائل لا يعد تدخلاً في الموضوع وهو ما ينطبق على المنازعة محل الإتفاق التحكيمي.

هذه المسائل وردت في قوانين متعددة منها:

١- قانون أصول المحاكمات المدنية (م٣٢) منه.

٢- القانوني المدني.

٣- قانون التجارة البحرية.

٤- قانون البينات.

ومن الأمثلة على المسائل المستعجلة بنص القانون:

الحجز الاحتياطي، دعوى سماع شاهد، تعيين قيم، منع السفر، تعيين الحارس القضائي وتقدير أتعابه، إكساء حكم المحكمين صيغة التنفيذ، تعيين خبراء لتسوية الخسائر البحرية، ... إلخ.

ومتى توافرت صفة الإستعجال وعدم المساس بأصل الحق كان لقاضي الأمور المستعجلة السلطة القضائية الوظيفية بإصدار تدابير وقتية وتحفظية من شأنها حفظ الأدلة اللازمة للفصل في النزاع مستقبلاً.

ونستخلص مما تقدم أن المسائل المستعجلة، سواء كانت مستعجلة بطبيعتها أو بنص القانون، في القضاء المستعجل هي الإطار العام في قضاء التحكيم مع ملاحظة الفارق في سلطة إصدار الأوامر التنفيذية في كلا النظامين.

وعلى هذا الأساس فإن هناك منازعات تتسم بصفة الإستعجال إلا أنها لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم وبالتالي محلاً لإصدار تدابير وقتية، فما هذه المنازعات؟

---

[1] نقض مدني مصري الطعن رقم٤٤/٧٨٠ ق. جلسة١٩٧٩/٦/٢٠. منشورات مركز عدالة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول: المنازعات المستعجلة الخارجة عن نطاق إختصاص الهيئة التحكيمية[١].

هناك مسائل مستعجلة تكون بطبيعتها مستعجلة إلا أنها بذات الوقت تخرج عن نطاق إختصاص الهيئة التحكيمية منها ما يتصل بالنظام العام (أولاً)، ومنها ما يتصل بالحالة الشخصية لطرفي التحكيم(ثانياً)، ومنها ما يتصل بالمسائل الجنائية (ثالثاً)، ومنها ما يتصل بالإجراءات القضائية والتنفيذية(رابعاً).

أولاً: المسائل المتصلة بالنظام العام:

يقصد بالنظام العام: مجموعة القواعد القانونية الآمرة التي تحكم علاقات الأفراد بعضهم ببعض والتي تشكل في مجموعها الأصول والقيم العليا[٢]، وبحيث تبطل كافة التصرفات عقدية كانت أم غير ذلك، إذا ما خالفت هذه القواعد، ويحق لصاحب الشأن أن يطالب إبطال هذا التصرف وللقاضي التصدي لهذا البطلان من تلقاء نفسه ولو لم يأت على ذكره الخصوم.

وفي مجال التحكيم فإنه يُشترط لإعمال قاعدة البطلان توافر شرطين:

الأول: إتفاق الأطراف على إخضاع منازعة ما للتحكيم متعلقة بإحدى القواعد الآمرة.

الثاني: أن يتضمن البتّ في هذه المنازعة عن طريق التحكيم، مخالفة للنظام العام.

ومتى تحقق هذين الشرطين أصبح إتفاق التحكيم غير قابل للتنفيذ لأن الإتفاق في مثل هذه الحالة يعد باطلاً حتى وإن استمرّ المحكم في إجراءات الخصومة التحكيمية دون أن ينتبه لهذا البطلان حيث يكون الحكم التحكيمي باطلاً غير قابلاً للتنفيذ لوقوعه على مسألة تتعلق بالنظام العام"[٣].

وهذا البطلان أشار إليه قانون التحكيم الأردني في المادة (٩) منه[٤].

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة التمييز الموقرة في حكم لها صادر بتاريخ ٢٠٠٣/٦/٣٠ على أنه "يجيز قانون التحكيم حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم حسب متطلبات المادة (٣٧/أ) من إتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة١٩٨٣، إذ ورد في المادة التاسعة من قانون التحكيم ذاته رقم(٢٠٠١/٣١) ما مفاده (... لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح) ، وحيث أن محل التحكيم موضوع الطلب يجوز فيه الصلح، يكون التحكيم جائزاً في هذه الحالة"[٥].

إن هذا الحكم ربط جوازية التحكيم بمسألة الصلح أي أنه ربط مسألة قابلية خضوع محل التحكيم للصلح بقاعدة النظام العام تيمناً بما جاء بالمادة التاسعة المشار إليها أعلاه.

---

[١] أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص١٠٦.

[٢] سلطان، أنور، المرجع السابق، ص١٣٥.

[٣] الصاوي، أحمد (٢٠٠٢)، **التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤**، الطبعة الأولى، مطبعة القاهرة، ص٤٤.

[٤] إذ قضى حكمها "لا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

[٥] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠٠٣/٩٨١)، منشورات مركز عدالة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: المسائل المتصلة بالحالة الشخصية البحتة التي لا يجوز فيها التحكيم أو الصلح:

هذه المسائل لا يجوز الإتفاق على مخالفة القواعد الآمرة الصادرة فيها، لأنها تعد من الأركان الرئيسة التي يقوم عليها المجتمع، فلا يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها، وبالتالي لا يجوز فيها الصلح أو التحكيم فإن وقع الإتفاق كان باطلاً لوقوعه على محل متصل بالحالة الشخصية البحتة للأطراف[١].

ومثال ذلك: شروط صحة عقد الزواج، شروط الطلاق، زواج المحارم، المنازعات المتعلقة بأهلية الزوجين...إلخ.

وإذا كان البطلان يقع في مسائل الأحوال الشخصية البحتة فإنه على نقيض ذلك يقع التحكيم صحيحاً في المسائل المالية المتعلقة بمنازعات الأحوال الشخصية ومثالها: التعويض عن عقد الزواج الباطل، تحديد مقدار النفقة للصغار أو للزوجة، تنظيم إدارة التركة، الخلع، فكل هذه المسائل يجوز فيها التحكيم كما يجوز فيها الصلح.

ثالثاً: المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب.

إن النيابة العامة بوصفها الحارس الأمين على الدعوى العمومية تختص بكافة المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب، وهي التي تطالب بإيقاع العقاب على الجاني وتحديد مسؤوليته، وبالتالي لا يجوز لطرفي الدعوى العمومية الإتفاق صلحاً على تحديد المسؤولية الجنائية لتعلق ذلك بالنظام العام، وكل إتفاق يقضي بذلك يقع باطلاً، إلا أنه ومع ذلك يجوز التصالح عن التعويض المدني في الدعوى المدنية المرفوعة تبعاً للدعوى العمومية[٢].

رابعاً: المنازعات المتعلقة بإجراءات التقاضي والتنفيذ.

أجمع الفقه والقضاء على عدم جواز الإتفاق على التحكيم في نزاع يتعلق بإجراءات التقاضي أمام القضاء فلا يجوز التحكيم في إختصاص المحاكم أو في بطلان أو صحة إجراءات التقاضي أمام المحكمة وهذا ما أشارت إليه المادة (١١١) من قانون أصول المحاكمات المدنية[٣].

وبالبناء عليه، متى كانت المنازعات المتصالح عليها لا تدخل ضمن مفهوم المسائل التي لا يجوز فيها الصلح امتنع على قاضي الأمور المستعجلة وهيئة التحكيم البتّ بها تحكيماً أما إذا كانت

---

[١] شتا، احمد عبدالبديع، مرجع سابق، ص١٩٠.

[٢] ابو الوفا، احمد، مرجع سابق، ص٦٩.

[٣] هاشم، محمود، المرجع السابق، ص١٤٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تدخل ضمن مفهوم المنازعات الجائز فيها الإتفاق على التحكيم بالصلح، جاز لأي منهما. اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية صوناً للحق المتنازع عليه ولكن في مقابل ذلك توجد مسائل مستثناة من قاعدة عدم المساس بأصل الحق يختص بها القضاء المستعجل بالحكم فيها حتى لو مس قضاؤه الموضوع وهي[١]:

١- إذا حصل الصلح بين الخصوم أمامه فيختص بالحكم بالتصديق عليه حتى لو اشتمل محضر الصلح على حقوق والتزامات يخرج من وظيفته الفصل فيها وهذا ما تؤكده أحكام المادة(٧٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية وبدلالة المادة (١٦٤٧) من مجلة الأحكام العدلية وبدلالة المادة(٤٤٤) من القانون المدني.

٢- محو العبارات الجارحة من محضر الجلسات إذ أن ما يطبق على قاضي الموضوع يطبق على قاضي الإستعجال إعمالاً لحكم المادة (٧٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية.

٣- تقدير رسوم ومصاريف الطلب المستعجل بما في ذلك أتعاب المحاماة عملاً بأحكام المادتين(١٦١، ١٦٦) من قانون أصول المحاكمات شريطة نظر الطلب المستعجل مرافعة.

وعلى هذا الأساس فما هو المقصود بالتدبير الوقتي والتدبير التحفظي؟[٢] فأيهما يقصد به طبيعة القرار، وما الذي يقصد به مضمون القرار؟

---

[١] راتب، محمد علي، كامل، محمد نصر الدين، راتب، محمد فاروق، المرجع السابق، ص٥٣.

[٢] التدبير الوقتي أو التحفظي يختلف عن التدابير الاحترازية المشار إليها في المادة (٢٨) من قانون العقوبات الأردني بنصها "التدابير الاحترازية هي: ١- المانعة من الحرية ٢-المصادرة العينية ٣- الكفالة الاحتياطية ٤- إقفال المحل ٥- وقف هيئة معنوية عن العمل".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: مفهوم التدابير الوقتية والتحفظية.

سيتناول الباحث مفهوم التدابير الوقتية (أولاً)، والتدابير التحفظية (ثانياً).

أولاً: مفهوم التدابير الوقتية:

يقصد بالتدابير الوقتية بأنها تلك التدابير العاجلة التي تهدف إلى تحقيق حماية وقتية حالّة لسد النقص في وسائل الحماية العادية المقررة في القضاء العادي لبطء الإجراءات الناتجة عن إتباع طرق الحماية العادية وهي بذلك تهدف إلى حفظ الأدلة اللازمة بين الخصوم أثناء الخصومة بحيث يكون القرار الصادر بشأنها قرار وقتي ذو حجية مؤقتة لا يلزم القاضي أو المحكم عند تعرضه للفصل في جوهر النزاع نفسه لأن الغرض منها ضمان تنفيذ الحكم التحكيمي حيث تظل قائمة إلى أن يتم تحقيق الحماية العادية المقررة بالطرق القضائية العادية[١]. وهو بهذا يستهدف طبيعة القرار الذي لا يحول بينه وبين الهيئة التحكيمية من بسط رقابتها على جوهر النزاع.

ثانياً: مفهوم التدابير التحفظية:

هي التدابير التي تهدف إلى منع أو إحداث أو تغيير في حالة واقعية أو قانونية لضمان تنفيذ الحكم الذي سيصدر فيما بعد فهي لا تهدف إلى إحداث تغيير في الوقائع القانونية أو المادية للطلب المستعجل[٢].

غاية في الأمر أنها تهدف إلى توقي خطر محدق حالّ أو ضرر محتمل وشيك الوقوع أو لإنهاء حالة تعرض للحق يدل الظاهر أنه تعرض غير مشروع وهي بهذا المعنى يقصد بها مضمون القرار التي تهدف إلى حفظ الأدلة لحماية الحق المتنازع عليه.

وبتعبير آخر فإن التدابير التحفظية ترمي للحفاظ على إمكانية تنفيذ الحق في المستقبل وبغرض تحقيق مصلحة آنيّة حالّة محقة للطالب أو حمايتها.

وعلى هذا الأساس فإن كل إجراء مستعجل هو إجراء وقتي والعكس ليس صحيحاً لأن نطاق التدابير الوقتية أوسع من نطاق الإجراءات المستعجلة والعلّة في ذلك أن التدبير المستعجل يقتضي حتماً أن يكون تدبيراً وقتياً لتعلقه بشرط عدم المساس بأصل الحق (عدم التعدي على الموضوع)، بينما التدبير الوقتي ليس بالضرورة أن يكون إجراء مستعجلاً لأنه لا يقترن بركن الإستعجال.

---

[١] مزيداً انظر: ابوالوفا، أحمد (١٩٨٧)، **التعليق على نصوص قانون المرافعات**، منشأة المعارف، ص٨٣٤ وما بعدها.

[٢] وهي بذلك شبيهة بركائز السبب للقرار الإداري.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وسواء كانت التدابير المتخذة وقتية أو تحفظية فكلتاهما تتسمان بالطابع المؤقت، حيث إنها تهدف إلى حماية الحقوق بشكل مؤقت وتبقى حجية الحكم الوقتي نسبية أمام القاضي الذي أصدره ولا يلزم المحكم عند النظر في موضوع النزاع أو جوهره[١].

فالحكم الوقتي بحكم حجيته النسبية يمكن الرجوع عنه وتعديله إذا ما طرأت ظروف ووقائع جديدة تساند المحكم أو قاضي الأمور المستعجلة في هذا الرجوع وشريطة تقديم طلب بذلك من الخصم الصادر بحقه التدبير الوقتي أو التحفظي[٢].

فالتدابير الوقتية لا تهدف إلى الحصول على حكم في موضوع النزاع أو لتنفيذ هذا الحكم وإنما هي عبارة عن حماية بديلة تحل مؤقتاً محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية وتظل قائمة إلى أن يتم تحقيق الحماية العادية بوساطة قاضي الموضوع.

إن هدف القضاء المستعجل ليس فقط فرض الحماية الوقتية وإنما اتخاذ التدابير التحفظية وهي تلك التدابير التي تهدف إلى المحافظة على الحق لضمانه في المستقبل، وهي بذلك تتضمّن الوسائل التي تكفل وجود الحق عندما يصدر حكم في الموضوع بتقرير الحماية القضائية الموضوعية، رغم أنّها لا تؤدي إلى إشباع فوري لمصلحة الطالب كما هو الحال في التدابير الوقتية وإنما لحماية الحق في المستقبل.

وهي بهذا المعنى تتفق مع التدابير الوقتية في أنها وسيلة لحماية الحق لسدّ النقص في وسائل حمايته العادية فهي تجعل الحق ممكناً في المستقبل. ومن أمثلتها الحجز التحفّظي والرهن الحيازي لبضائع محل تجاري أو الحراسة أو تعيين قيّم[٣].

لكن من يختص بإصدار التدابير الوقتية أو التحفظية في حالة وجود إتفاق تحكيم استوفى كافة شرائطه القانونية الشكلية والموضوعية؟

---

[١] أ.د مبروك، عاشور (١٩٩٨)، **النظام الإجرائي لخصومة التحكيم**، الطبعة الثانية، الجزء الأول، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ص١٣٠.

[٢] يختلف عن الحكم الموضوعي في أن هذا الأخير تزول سلطة قاضي الموضوع في التعديل أو الرجوع عنه بمجرد صدور الحكم الموضوعي باستثناء تصحيح الأخطاء الكتابية أو المحاسبية وعلى النحو الذي أشارت إليه المادة (٢/١٦٨) من الأصول المدنية.

[٣] الحديدي، علي الشحات (١٩٩٧)، **التدابير الوقتية والتحفظية في التحكيم الاختياري**، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٢٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني

سلطتي هيئة التحكيم والقضاء المستعجل بإتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية

أيد الفقه وجهة النظر القائلة بانعقاد محكمة التحكيم وقاضي الأمور المستعجلة باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية.

الفرع الأول: الصلاحية الكاملة لمحكمة التحكيم في إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية:

أولاً: الفقه المؤيد لصلاحية محكمة التحكيم للتدابير الوقتية والتحفظية (الصلاحية الكاملة):

قد يتفق طرفي الخصومة التحكيمية صراحة في شرط أو مشارطة التحكيم على إنعقاد الإختصاص لمحكمة التحكيم باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية وقد يستخلص هذا الإنعقاد من سياق إتفاق التحكيم وبشكل ضمني ومتى تم الإتفاق صراحة أو ضمناً فيجب إحترام إرادة المتعاقدين المعبرة عنها في هذا الإتفاق، لأنه طالما أباح القانون للأفراد الإتفاق على عرض نزاعهم إلى هيئة التحكيم ومنع القضاء من البتّ به، فإنه من باب أولى إجازة إتفاقهم على عرض التدابير الوقتية والتحفظية على محكمة التحكيم بحيث تكون هي صاحبة الولاية الخاصة للفصل والبتّ في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية من عدمها، ويمتنع على قاضي الأمور المستعجلة اتخاذ مثل هذه التدابير الوقتية، فإن طرح عليه الأمر، في ظل وجود هذا الإتفاق، فيجب عليه أن يحكم بعدم الإختصاص الولائي بنظر مثل هذا الطلب المتفق على نظره أمام محكمة التحكيم.

وبيان ذلك: إذا كان للمحكم سلطة الفصل في موضوع النزاع التحكيمي فيكون له من باب أولى سلطة البتّ باتخاذ التدابير الوقتية التي من شانها توفير الحماية الوقتية لطالبها[1].

وإختصاص محكمة التحكيم باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية يستند إلى مبررات لعل أهمها:

المبرر الأول: أن إختصاص محكمة التحكيم باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية يتفق ومبدأ سلطان الإرادة للأطراف الذين فضلوا نظام التحكيم عن الالتجاء إلى قضاء الدولة.

المبرر الثاني: توحيد جهة الفصل في النزاع، فالهيئة التي تتولى التصدي لموضوع النزاع هي التي تتخذ التدابير الوقتية والتحفظية بشان هذا النزاع. وهي الأقدر في تقدير مدى ملاءمة اتخاذ مثل هذه التدابير، ما دام لها حق النظر في جوهر الموضوع تطبيقاً لقاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع، ومن ثم فمحكم الأصل هو محكم الفرع، فمتى كان يباح له الفصل في أصل النزاع فيكون من باب أولى مسموحاً له بإصدار التدابير المرتبطة بموضوع النزاع إعمالاً لقاعدة من يملك الأكثر يملك الأقل.

---

[1] سامي، فوزي محمد، المرجع السابق، ص٢٩٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبرر الثالث: أن وجود جهة واحدة مختصة باتخاذ التدابير الوقتية من شأنه تحقيق الاقتصاد في الرسوم وتوفير في الوقت وتبسيط في الإجراءات[١].

المبرر الرابع: لا وجود لتعارض بين طبيعة التدابير الوقتية والتحفظية وطبيعة التحكيم كنظام خاص للتقاضي، إذ إن للمحكم سلطة اتخاذ تدابير وقتية حالّة في مواجهة أحد الخصوم، فإن امتنع عن التقيد بهذا التدبير الصادر ضده جاز للطرف المستفيد من ذاك التدبير اللجوء إلى قضاء الدولة قصد تنفيذ الحكم التحكيمي الوقتي.

المبرر الخامس: منع تجزئة الإختصاص، إن إختصاص قاضي الأمور المستعجلة بالتدابير الوقتية والتحفظية يؤدي إلى تجزئة الإختصاص وتوزيع النزاع بين قضاء التحكيم والقضاء المستعجل مما قد ينتج عنه صدور أحكام متناقضة الذي بدوره يصعّب دور المحكم عند الفصل في موضوع النزاع.

وإزاء هذه المبررات، فقد ظهرت عدة انتقادات حول مدى فعالية التدابير التحفظية والوقتية التي يتخذها المحكم، ولعل أبرز هذه الانتقادات:

أ- أن المحكم لا يملك سلطة الإجبار سواء في مواجهة الأطراف أو الغير وبالتالي لا مناص من اللجوء إلى قضاء الدولة لإكمال عدالة التحكيم. كما هو الحال في الحجز التحفظي الذي يقتضي في أحيان استعمال القوة الجبرية[٢].

ومفاد ذلك: أن قاضي الأمور المستعجلة يملك سلطة قضائية تتيح له إجبار أطراف الخصومة القضائية والغير في احترام الأحكام الوقتية الصادرة عنه، هذه السلطة في الإجبار غير متوافرة لدى المحكم – لافتقاره لوسائل الإجبار – الأمر الذي يتعين عليه في كل مرة يصدر تدبيراً وقتياً الطلب من الطرف الذي صدر لصالحه التدبير الوقتي أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة لإلزام خصمه بذلك.

ب- يصعب اتخاذ تدبير وقتي فوري نظراً لصعوبة اجتماع هيئة التحكيم بالسرعة الكافية لاتخاذ مثل هكذا تدبير، ولصعوبة انعقاد جلساتها بصورة دائمة ومن ثم فمن غير المتصور إصدار مثل هذا التدبير في غير أوقات انعقادها، الأمر الذي يؤدي إلى ضياع أدلة الحق.

---

[١] ابو الوفا، أحمد، (بلا تاريخ)، **التحكيم في القوانين العربية**، الطبعة الأولى، ص٢٣.

[٢] راغب، وجدي (١٩٧٣)، **نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات**، جامعة عين شمس، العدد(١٥)، ص٢٠٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ج- لما كان مبدأ الخصومة من مقومات نظام التحكيم فإن احترامه يضيع الغرض من التدبير الوقتي القائم على عنصري السرعة والمباغتة، إذ يعطي الخصم سيء النية الفرصة لتعطيل اتخاذه.

ولتوضيح ذلك فإننا نسوق المثال التالي:

لنفرض وجود نزاع بين طرفين موضوعه عقد ضمان مزرعة زيتون، ولخوف الضامن من تصرف المالك بثمار الزيتون، تقدم بطلب لهيئة التحكيم موضوعه تعيين حارس قضائي على المزرعة إلى حين البتّ في موضوع النزاع. فإنه تأسيساً لنظام التحكيم يتوجب على هيئة التحكيم دعوة الطرفين، احتراماً منها لمبدأ المواجهة، لسماع أقوالهما، فضلاً أنه يتوجب على طالب الحماية الوقتية "تعيين الحارس القضائي" الانتظار إلى حين عقد هيئة التحكيم بجلساتها وبحضور الطرف الآخر مما يمكن هذا الأخير من استغلال الوقت من التصرف بثمار الزيتون وبيعه للحيلولة دون اتخاذ تعيين قيم على مزرعته.

د- امتداد الحكم المستعجل المؤقت الذي يتخذه قاضي الأمور المستعجلة إلى الشخص الثالث في حين نرى أن امتداد أثر القرار الذي يتخذه المحكم ينحصر بطرفي الخصومة التحكيمية فلا يمتد لغير طرفي النزاع.

هـ- إن منح المحكم مثل هذه الصلاحية لا يقيد لجوء الأطراف إلى القضاء المستعجل للحصول على أمر تنفيذ التدابير الوقتية أو التحفظية لافتقاد المحكمين سلطة الإجبار[1].

ثانياً: القضاء المؤيد لصلاحية هيئة التحكيم بالتدابير الوقتية والتحفظية:

إن القضاء الأردني ومن قبله القضاء المصري لم يساير الموقف المؤيد بمنح محكمة التحكيم الصلاحية الكاملة بالتدابير الوقتية والتحفظية حيث لم أجد اجتهادات قضائية سواء كانت صادرة عن محكمة النقض المصرية أو محكمة التمييز تسعف في هذا الشأن. مما يدلل أن القضائين الأردني والمصري لا يؤيد فكرة منح محكمة التحكيم الصلاحية الكاملة باتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية.

---

[1] يحظر القانون على المحكم الحكم بالغرامات التهديدية أو الحبس لأنها مسائل يختص بها القضاء وحده، فهو لا يتمتع بسلطة الإجبار أو استخدام القوة الجبرية، فهو ليس قاضٍ.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وباعتقادنا، فإن أسباب هذا الرفض تكمن فيما يلي:

أ- إن الاعتراف لمحكمة التحكيم بالصلاحية الكاملة باتخاذ تدابير وقتية وتحفظية من شانه أن يؤدي إلى تغوّل محكمة التحكيم على سلطات القضاء ووظيفته القضائية، فيقتصر دوره في هذا المضمار على مراقبة أعمال الهيئة التحكيمية دون أن يملك حق إصدار مثل هذه التدابير.

ب- إن إعطاء الصلاحية الكاملة لمحكمة التحكيم باتخاذ مثل هذه التدابير من شأنه تكريس مبدأ قانوني مخالف لأحكام الدستور إذا ما علمنا أن الدستور قد كفل للأفراد حق اللجوء إلى القضاء وعلى ما أشارت إليه المادة(١٠٢) من الدستور الأردني.

ج- رغم إتفاق أطراف الخصومة التحكيمية على تخويل الهيئة التحكيمية النظر في النزاع بكل تفرعاته، سواء في جوهر النزاع أو اتخاذ تدبير وقتي، فإن هناك من التدابير الوقتية والتحفظية ما لا يمكن للهيئة التحكيمية اتخاذها، حيث تظل من إختصاص القضاء المستعجل.

د- إن التسليم بهذه الفكرة تصبح الهيئة التحكيمية صاحبة الولاية العامة باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية والاستثناء ولاية القضاء المستعجل باتخاذ مثل هذا التدبير والعكس ليس صحيحاً.

هـ- إن صحة إجراءات التنفيذ وبطلانها تخرج عن نطاق الهيئة التحكيمية لارتباط التنفيذ بسيادة الدولة ولا يمكن أن يقع إلا تحت أجهزتها وقضائها[١]. وهذا ما كرسته الفقرة (ب) من المادة(٢٣) من قانون التحكيم الأردني التي قضت "وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه يجوز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه بما في ذلك حقه في الطلب من المحكمة إصدار أمرها في التنفيذ".

و- في الوقت الذي يسبق تشكيل هيئة التحكيم هل يبقى طالب التدبير الوقتي منتظراً لحين تشكيل هيئة التحكيم حتى تصدر هذه الأخيرة التدبير الوقتي، الأمر الذي ينبئ أن الأخذ بفكرة الصلاحية الكاملة لهيئة التحكيم باتخاذ التدابير الوقتية من شأنه الإضرار بالطرف طالب التدبير الوقتي نتيجة خطر التأخير مما يجعل طالب التدبير الوقتي عاجزاً عن حماية حقه وبالتالي لا مناص أمامه سوى اللجوء إلى القضاء المستعجل لفرض مثل هذا التدبير حماية لحقه المحدّق به خطر داهم لا يحتمل التأخير.

---

[١] قضى حكمها "لمحكمة التحكيم صلاحيات قضائية فلها بناء على طلب أحد الطرفين أن تتخذ أي إجراء مؤقت أو تحفظي تراه ضرورياً".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ز- إن الاستناد لأحكام المادة (٢٩) من إتفاقية عمان للتحكيم التجاري لتبرير الأخذ بالصلاحية الكاملة لهيئة التحكيم هو تبرير غير سديد، لأن ظاهر هذا النص يشير إلى التحكيم التجاري الدولي لا التحكيم التجاري الداخلي، ثم وفي كلتا الحالتين لا بد من اللجوء إلى القضاء المستعجل لإجبار الطرف الصادر ضده التدبير الوقتي.

ح- وجود معوقات تشريعية تتمثل في عدم وجود نص تشريعي يمنح الصلاحية الكاملة لهيئة التحكيم لاتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية أضف إلى ذلك أن قانون التحكيم يحيل لالقضاء المستعجل سلطة اتخاذ التدابير الوقتية وبالاشتراك مع هيئة التحكيم.

ط- معوقات الخبرة القانونية لدى هيئة التحكيم:

أ- القدرة على الأخذ بمعيار الإستعجال.

ب- القدرة على تبيان جدية طالب الإستعجال.

ج- القدرة على تمييز أصل الحق المتنازع عليه وعدم المساس به، والذي يترك للخصوم التناضل فيه أمامها.

د- القدرة على مراعاة الجوانب القانونية المحيطة بالنزاع.

هـ- القدرة على تقدير الكفالة المطلوبة.

ي- معوقات تتعلق بالخصوم أنفسهم:

أ- مدى قبول الخصوم للتدبير المستعجل الصادر بحق أي منهما.

ب- مدى التزام الخصوم بالحضور حال أن طلب إليهم ذلك.

ك- مدى الإلزامية للأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم:

أ- مدى إمكانية التزام الأطراف للحكم الوقتي الصادر عن هيئة التحكيم التي شكلت بإرادتهم.

ب- ما الجزاء المترتب على عدم هذا الالتزام.

إزاء هذه الانتقادات السابقة ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى إعطاء القضاء المستعجل وحده صلاحية اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: معيار وحدة القضاء المستعجل في إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية.

وقوام هذا الاتجاه: إختصاص القضاء المستعجل باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية استناداً للنصوص القانونية الناظمة لإختصاص القضاء المستعجل ويسوق أنصار هذا الرأي المبررات والبراهين الآتية:

المبرر الأول: يظل القضاء المستعجل صاحب الولاية العامة مختصاً بإسباغ الحماية الوقتية حتى في ظل وجود إتفاق على التحكيم[١].

المبرر الثاني: أن الأثر السلبي لإتفاق التحكيم يقتصر نطاقه على موضوع النزاع ولا يمتد إلى اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية التي تظل من إختصاص القضاء المستعجل صاحب الولاية العامة، أي أن استبعاد قضاء لوجود إتفاق التحكيم ينصب على القضاء الموضوعي دون القضاء الولائي أو الوقتي[٢].

المبرر الثالث: إذا كانت الغاية من التدابير الوقتية والتحفظية مواجهة حالة إستعجال ناشئة من خطر التأخير فإن اللجوء إلى قضاء الدولة يحقق الغرض منها بصورة أفضل وناجعة مما لو تم الالتجاء إلى هيئة التحكيم[٣].

المبرر الرابع: أن الحكم المستعجل يكون قابلاً للتنفيذ الجبري على عكس حكم المحكم الذي يحتاج إلى وسائل تنفيذية مما يستلزم اللجوء إلى القضاء المستعجل لتنفيذه فهو يفتقر لوسائل الإجبار[٤].

المبرر الخامس: اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية والمتعلقة بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم من قبل قضاء الدولة يمثل جانب من جوانب التعاون بين قضاء الدولة وهيئات التحكيم[٥].

---

[١] والي، فتحي، المرجع السابق، ص٩٠٩.

[٢] أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص٢٣.

[٣] الحديدي، علي الشحات، المرجع السابق، ص١٠٩.

[٤] قرار تمييز حقوق دبي، طعن رقم ٩١ لسنة١٩٩٣، منشورات مركز عدالة.

[٥] الحديدي، المرجع السابق، ص١١١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبرر السادس: إن الالتجاء إلى القضاء المستعجل لاتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية لا يعد تنازلاً عن التمسك بإتفاق التحكيم فالهيئة التحكيمية تظل مختصة بالفصل في النزاع الذي تم الإتفاق بشأنه على التحكيم[١].

المبرر السابع: استقرار القضاء على بقاء الإختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية للقضاء المستعجل حتى في ظل وجود الإتفاق التحكيمي.

المبرر الثامن: تخويل التشريعات، ومن ضمنها التشريع الأردني، إلى تخويل قضاء الدولة الإختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية.

المبرر التاسع: إن طبيعة العمل التحكيمي هو من قبيل الأعمال التحضيرية للسندات التنفيذية الذي يتطلب في شأنه القانون التنفيذي أمرين هما:

الأول: وجوب استصدار أمر قضائي بتنفيذه[٢].

الثاني: أوجب على القاضي التنفيذي فحص العمل التحكيمي من عيوبه الإجرائية وإلا فلا يأمر بتنفيذه[٣].

المبرر العاشر: الخبرة القانونية والعملية للقضاة في حسن تطبيق القانون مما يوفر ضمانات حقيقية للمتقاضين في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية عكس قضاء التحكيم إذ يفتقر المحكم للخبرة العملية في النزاع المطروح أمامه.

هذه المبررات تحقق هدفين رئيسين هما: السرعة في حماية الحق وسلطة الإجبار في مواجهة الطرف الصادر ضده التدبير الوقتي.

إلا أنه ورغم هذه المبررات والأهداف فقد تعرض هذا الرأي لانتقادات أهمها:

أ- أن الأخذ بهذا الرأي من شأنه أن يؤدي إلى تجزئة النزاع وتوزيعه بين قضاء الدولة وهيئة التحكيم وهو ما يتعارض مع إتفاق التحكيم[٤].

ب- إن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى إشراك قضاء الدولة في حل النزاع وهذا يتنافى وإرادة الأطراف في اختيار التحكيم وسيلة لحل منازعاتهم بعيداً عن تدخل القضاء.

---

[١] سعد، إبراهيم، (بلا سنة)، **القانون القضائي الخاص**، الجزء الأول، بلا دار نشر، ص٣٧٠.

[٢] ما أشارت إليه المادة (١٩) من قانون المالكين والمستأجرين.

[٣] بريري، مختار أحمد، (١٩٩٥)، **التحكيم التجاري الدولي**، دار النهضة العربية، هامش٢١٦، ص١٦٢.

[٤] الحديدي، علي الشحات، المرجع السابق، ص٩٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ج- الزيادة الكمية في عدد القضايا التحكيمية المنظورة أمام القضاء. الأمر الذي من شأنه أن يعطل تحقيق العدالة الناجزة نتيجة ذلك.

ورغم هذه الانتقادات فإنه يمكن القول إن الالتجاء إلى القضاء المستعجل لاتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية يحقق عدة مزايا تتمثل في:

أ- يهدف إلى دعم التحكيم ومساندته في الوقت الذي يعجز فيه المحكم عن إجبار أحد أطراف الخصومة التحكيمية عن تنفيذ التدبير المطلوب تنفيذه[١].

ب- تفادي عرقلة إجراءات التحكيم لما قد يثيره الخصوم من دفوع أثناء المحاكمة التحكيمية لذلك يجب أن يلتزم قاضي الإستعجال بضابط عدم المساس بأصل الحق عند تقريره التدبير الوقتي وأن يصدر حكمه الوقتي في أسرع وقت[٢].

ج- وحده القضاء الذي يفصل في النزاع من جميع الوجوه أي في المسائل الموضوعية والوقتية.

وإزاء هذه الانتقادات لكلا الاتجاهين تبصّر جانب كبير من الفقه رأياً راجحاً تمثل في اعتناق فكرة الإختصاص المشترك للقضاء المستعجل وهيئة التحكيم في اتخاذ التدابير الوقتية والمستعجلة (مدى السماح لهيئة التحكيم بالتصدي للمسائل المستعجلة).

---

[١] أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص٨٣٤.

[٢] راغب، وجدي، المرجع السابق، ص٢٠٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني

مدى السماح لهيئة التحكيم بالتصدي للمسائل المستعجلة

تمهيد:

من الآثار القانونية المترتبة على إتفاق التحكيم أثرين هامين، أحدهما إيجابي أو ما أتفق على تسميته إصطلاحاً الدفع بعدم الإختصاص والآخر سلبي أو ما يطلق عليه إصطلاحاً الدفع بعدم القبول.

أما عن الدفع بعدم الإختصاص قوامه: فض الخصومة القائمة بين الطرفين بطريق التحكيم بإباحة إلتجاء طرفي الخصومة إلى هيئة التحكيم المتفق عليها للفصل فيها والإعتداد بالحكم الصادر فيه وكأنه صادراً عن محكمة مختصة أصلاً للفصل فيه.

وأما عن الأثر السلبي، فيتمثل في إلتزام الطرفين بالإمتناع عن الإلتجاء إلى القضاء للفصل في موضوع النزاع محل التحكيم[1] وهو بذلك يقصد به حرمان أطراف العقد الأصلي من الإلتجاء إلى القضاء بصدد الخصومة المتفق فيها على التحكيم؛ فإتفاق التحكيم هو الأساس الذي تستمد منه محكمة التحكيم إختصاصها بالفصل في موضوع النزاع محل الإتفاق التحكيمي.

المطلب الأول

أثر نطاق الإختصاص المشترك لاتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى توزيع الإختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية بين القضاء المستعجل من ناحية وهيئة التحكيم من ناحية أخرى، فكل منهما يختص باتخاذ هذه التدابير. ويؤيد الفقه في هذا الاتجاه التشريع الأردني والمصري وبعض أحكام القضاء وسأعرض لمؤيدي هذا الاتجاه من الفقه والتشريع وأحكام القضاء.

الفرع الأول: موقف الفقه من مسألة الإختصاص المشترك

لدراسة الموقف الفقهي في توزيع الإختصاص بين القضاء المستعجل وقضاء التحكيم في مسألة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، لا بد من دراسة الموضوع من ناحيتين:

الناحية الأولى (الفرضية الأولى): اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية قبل تكوين هيئة التحكيم.

الناحية الثانية (الفرضية الثانية): اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية بعد تكوين هيئة التحكيم.

---

[1] الجمال، عبدالعال، المرجع السابق، ص٥٠٨..

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرضية الأولى: اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية قبل تكوين هيئة التحكيم

المعول عليه بإجماع الفقه أن إتفاق الأطراف على التحكيم ليس من شأنه أن يمنع الأطراف أو يحول بينهم دون الالتجاء إلى القضاء المستعجل بطلب اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي وذلك ما دامت هيئة التحكيم لم تكن قد شُكّلت بعد ولتبرير ذلك فقد سيقت الحجج الآتية:

أ- أن الأثر السلبي لإتفاق التحكيم يتحدد نطاقه بالفصل في جوهر النزاع محل الإتفاق على التحكيم دون امتداده إلى المسائل الأخرى التي قد تثور لاحقاً كالتدابير الوقتية والتحفظية[١]، لأن من مقتضيات الأثر السلبي امتناع قاضي الأمور المستعجلة البتّ في جوهر النزاع والتدابير الوقتية والتحفظية ليست من جوهر النزاع وبالتالي فإن إختصاص قاضي الأمور المستعجلة بإصدار الحكم الوقتي المستعجل ليس فيه التعدي على موضوع النزاع الذي يبقى إختصاصاً أصيلاً لهيئة التحكيم البتّ به.

ب- إن القضاء المستعجل هو الأصل ما دامت هيئة التحكيم لم تتشكل بعد ولم يوجد بعد على انعقادها إتفاق صريح على تخويلها هذا الأمر، ففي هذه الحالة لا مناص أمام صاحب الشأن من الالتجاء إلى القضاء المستعجل لطلب اتخاذ هذه التدابير[٢].

ولأن القول بعكس ذلك من شأنه ضياع أدلة الحق المطلوب حمايته حيث يتوجب على طالب التدبير الوقتي الانتظار لحين تشكيل هيئة التحكيم التي قد تطول أو تقصر وفي هذه الفترة من الممكن أن يضيع الدليل فيصبح التدبير الوقتي الصادر فيما بعد عديم الجدوى والفائدة.

ج- إن الالتجاء إلى القضاء المستعجل أشمل وأعم لأنه يشمل إمكانية إصدار مثل هذه التدابير سواء أثناء إجراءات التحكيم أو قبل البدء في إجراءات التحكيم، الأمر الذي يسعف صاحب المصلحة في حماية حقوقه من الزوال إذا ما ضاعت معالم الدليل الذي يمكن الاستناد إليه في موضوع النزاع[٣].

د- إن تقسيم الإختصاص بالتدابير الوقتية والتحفظية بين كل من هيئة التحكيم وبين القضاء المستعجل يهدف إلى إختصاص هيئة التحكيم باتخاذ هذه التدابير و إلى الدور التكميلي لالقضاء المستعجل بالتكفل بتنفيذ هذه التدابير الصادرة عن هيئة التحكيم الأمر الذي يحقق التوازن في توزيع الإختصاص[٤].

---

[١] عبدالحميد، منير، (١٩٩٥)، **قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية**، بلا دار نشر، ص١٤٩.

[٢] الحديدي، علي الشحات، المرجع السابق، ص١٣٧.

[٣] بريري، مختار، المرجع السابق، ص١٥٦.

[٤] يشبه ذلك إلى حد كبير مبدأ التكاملية للمحكمة الجنائية الدولية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرضية الثانية: اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية بعد تشكيل هيئة التحكيم.

بعد تمام تشكيل هيئة التحكيم وبدء الإجراءات فيكون لهيئة التحكيم الإختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية تنفيذاً للإتفاق التحكيمي الواردة بشأنه مثل هذا الشرط[١].

ومتى وجد هذا الشرط كان الإختصاص منعقداً ابتداءً لهيئة التحكيم باتخاذ تدابير وقتية وتحفظية إلا أنه حتى ولو وجد مثل هذا الشرط الإتفاقي فإن ذلك لا يمنع أحد الأطراف الالتجاء لقاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ مثل هذه التدابير، وهذا الالتجاء – كما قلنا – لا يتعارض مع هذا الشرط الإتفاقي لأن وجود هذا الشرط الإتفاقي لا يعني سلب إختصاص قاضي الأمور المستعجلة من اتخاذ مثل هذه التدابير متى طلب إليه ذلك. فالمبدأ العام جواز الالتجاء إلى القضاء المستعجل للحصول على التدابير الوقتية والتحفظية حتى في ظل وجود مثل هذا الشرط الإتفاقي.

والحقيقة أقول أن الشرط الإتفاقي الوارد في إتفاق التحكيم والذي يقضي باستقلال هيئة التحكيم باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية لا يعدو عن كونه شرطاً غير لازماً لطرفي الإتفاق التحكيمي إذ لكل منهما أن يستقل بفسخه إذا كان بطبيعته غير لازم إليه أو شرط لنفسه خيار فسخه بإرادته وحده دون توقف على رضاء العاقد الآخر[٢].

وللتدليل على ذلك: يستطيع أحد طرفي الإتفاق التحكيمي الطلب من هيئة التحكيم إصدار تدبير تحفظي. وإذا افترضنا صدور مثل هذا التدبير فإن ذلك لا يمنع الطرف الآخر من الالتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة للحصول منه على حكم مستعجل يناقض ما توصلت إليه هيئة التحكيم. وهذا يؤكد ما توصلت إليه.

لكن المعضلة الرئيسة التي قد تنشأ عن ذلك هي في احتمالية نشوء تعارض بين التدبير المؤقتين الصادرين هيئة التحكيم والقضاء المستعجل مما يترتب تضارباً في الأحكام، وبالتالي أيهما ينفذ: القرار المستعجل لهيئة التحكيم، أم الحكم المستعجل لالقضاء المستعجل.

ميز الفقه بين أمرين:

---

[١] يوسف عبدالستار، سحر، (٢٠٠٦)، **المركز القانوني للمحكم**، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ص٩٩.

[٢] نصت المادة (١٧٦) من القانون المدني على "يكون العقد غير لازم بالنسبة إلى أحد عاقديه أو لكليهما رغم صحته ونفاذه إذا شرط له حق فسخه دون تراض أو تقاض ولكل منهما أن يستقل بفسخه إذا كان بطبيعته غير لازم بالنسبة إليه أو شرط لنفسه خيار فسخه".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأول: إذا صدر الحكم المستعجل أولاً من هيئة التحكيم فإنه لا ينفذ إلا إذا صدر الأمر بتنفيذه من القضاء المستعجل[١].

الثاني: إذا صدر الحكم المستعجل أولاً من القضاء المستعجل أولاً فتكون له حجية مؤقتة قائمة ويمتنع على هيئة التحكيم إصدار قرار يتعارض مع هذا الحكم طالما أن الظروف لم تتغير[٢].

الفرع الثاني: موقف المشرعين الأردني والمصري من الإختصاص المشترك

أولاً: موقف المشرع الأردني من الاختصاص المشترك

اتجه المشرع الأردني للأخذ بفكرة توزيع الإختصاص بين هيئة التحكيم وقاضي الأمور المستعجلة في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في ما يلي:

أ- من حيث الإجراءات وقواعد الإثبات.

أجاز المشرع الأردني في المادة (٩) من قانون التحكيم لطرفي التحكيم حرية اختيار الإجراء الواجب الاتباع في مسألة معينة الواجب اتباعها من المحكم الذي يختارونه عند فصله في النزاع المطروح عليه سواء كانت هذه القواعد إجرائية أو موضوعية وفي المكان الذي يحددانه وبما لا يتعارض مع القواعد الآمرة أو النظام العام.

ومعنى ذلك أن للأفراد حرية كاملة في طرح نزاعاتهم في مسألة معينة أمام القضاء أو الإتفاق على عرضها أمام هيئة التحكيم موضحين في إتفاقهم كيفية قيام التحكيم وإجراءاته وقواعد إثباته وشريطة أن لا تكون إجراءات التحكيم أو قواعد الإثبات مخالفة للقواعد الآمرة المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية وقواعد الإثبات[٣].

ب- ما أشارت إليه المادة (٨) من قانون التحكيم لنصها على "لا يجوز لأي محكمة أن تتدخل في المسائل التي يحكمها هذا القانون إلا في الأحوال المبينة فيه، وذلك دون إخلال بحق هيئة التحكيم في الطلب من المحكمة المختصة مساعدتها على إجراءات التحكيم وفق ما تراه هذه الهيئة مناسباً لحسن سير التحكيم مثل دعوة شاهد أو خبير أو الأمر بإحضار مستند أو صورة عنه أو الاطلاع عليه أو غير ذلك".

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة التمييز بحكم صادر عنها بهيئتها العامة بتاريخ ٢٠١٣/٦/٣ "يستفاد من المادتين (١٦٣،٦٠) من القانون المدني أن أملاك الدولة هي على نوعين منها منقولات

---

[١] الحديدي، علي الشحات، المرجع السابق، ص١٠٩.

[٢] القاضي، المالكي، خالد (١٩٧٩)، **قاضي الأمور المستعجلة في التشريع السوري**، منشورات فرع نقابة المحامين في دمشق، ص٥٥ وما بعدها.

[٣] مثال ذلك: مراعاة قاعدة عدم إثبات المداينة بالبينة الشخصية وفي الحدود المشار لها في المواد (٢٨-٣٠) من قانون البينات.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أو عقارات مخصصة للنفع العام وهذه الأموال لت تجز المادة(٢/٦٠) من القانون المدني التصرف أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم، أما الثانية فهي الأملاك الخاصة للدولة التي يجوز لأشخاص القانون العام التصرف بها وفقاً للقواعد القانونية التي تحددها القوانين والأنظمة وأن ما يستفاد من المادة (١٦٣) من القانون المدني أن الإجراءات اللازمة للتصرف في مال الدولة والتي تحددها القوانين والأنظمة هي من النظام العام بمعنى أنه لا يجوز الإتفاق على مخالفة هذه الإجراءات عند التصرف بتلك الأموال وأن مخالفة تلك الإجراءات ترتب البطلان، وحيث أنه بالرجوع إلى عقد التحكيم وأوراق الدعوى الاستئنافية يتبين أن الأموال موضوع التحكيم لا تتعلق بمال عام بالمعنى الذي يمنع التصرف به وفق النصوص، المانعة آنفة الذكر فإن القول بأن التصرف بها وفقاً للقواعد التي حددتها القوانين والأنظمة سواء بالتحكيم أو غيره مخالف للدستور لا يستند إلى أساس سليم...."[١].

ج- حالة عدم البدء بإجراءات التحكيم:

وهي الحالة التي أشارت إليها المادة (١٣) من قانون التحكيم – المشار إليها آنفاً – حيث لا تمنع هذه الحالة أي طرف من أطراف العقد التحكيمي الطلب من قاضي الأمور المستعجلة اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية.

د- حالة إتفاق أطراف عقد التحكيم أثناء إجراءات المحاكمة التحكيمية اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي[٢].

هـ- حالة إتفاق أطراف التحكيم على الرجوع عن الإحالة لقاضي الأمور المستعجلة وإناطة الإختصاص بهيئة التحكيم[٣].

و- حالة عدم الإتفاق الصريح على إختصاص هيئة التحكيم باتخاذ تدبير وقتي وتحفظي فينعقد الإختصاص في مثل هذه الحالة لقاضي الأمور المستعجلة وهذا ما أشارت إليه المادة (٢٣) من قانون التحكيم الأردني.

---

[١] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١٣/٣)، منشورات مركز عدالة.

[٢] نصت المادة (٢٣) من قانون التحكيم الأردني على "مع مراعاة أحكام المادة (١٣) من هذا القانون، يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أي من طرفي التحكيم أن تأمر أي منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات هذه التدابير".

[٣] نصت المادة (١٣) من قانون التحكيم الأردني على "لا يمنع اتفاق التحكيم أي طرف الطلب من قاضي الأمور المستعجلة سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية ويجوز الرجوع عن تلك الإجراءات بالطريقة ذاتها".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ز- حالة تعذر المحكم عن أداء مهمته أو انقطع عن أدائها مما يؤدي إلى تأخير غير مبرر في إجراءات التحكيم، بما فيها اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي، فيجوز لأي طرف الطلب من قاضي الأمور المستعجلة اتخاذ الإجراء الوقتي أو التحفظي لدرء الخطر الذي قد يلحق به من جراء ذلك[١].

ح- الاستعانة بالقضاء المستعجل للإذن لطرف الصادر لصالحه التدابير الوقتية والتحفظية في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه بما في ذلك أمرها بالتنفيذ، لأن ذلك يوفر ضمانة رئيسة وهي مسرعة التنفيذ[٢].

ط- حالة سكوت الأطراف على إختصاص هيئة التحكيم باتخاذ تدابير وقتية وتحفظية، ففي هذه الحالة أيضاً لا يوجد ما يمنع من لجوء الأطراف للقضاء المستعجل لاتخاذ مثل هذا التدبير لأن هذا القضاء يوفر ضمانة رئيسة وهي سرعة التدخل في حالة وجود خطر داهم، إذ أن القضاء المستعجل قضاء يهدف إلى سرعة الفصل في موضوع لا يحتمل ضياع عنصر الوقت فيه، فضلاً أن الحكم لا يعطل هيئة التحكيم في مباشرة إجراءات التحكيم ولا يسلبها الحق في اتخاذ تدابير أخرى تحفظية أو تكميلية إذا ما اتفق الأطراف لاحقاً على ذلك[٣].

هذا الأمر يعطي للقضاء المستعجل وظيفة مساعدة لهيئة التحكيم في مباشرتها لعملها ومتماشياً معها جنباً إلى جنب للوصول إلى أفضل الطرق وأنجعها لحماية الحق وإنفاده.

ي- منع المشرع الأردني القضاء المستعجل وهيئة التحكيم من اتخاذ التدابير التحفظية والوقتية في المسائل التي لا يجوز فيها أن تكون محلاً للتحكيم بل وأزيد من ذلك منع اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في المسائل التي يتنازل فيها العامل عن حقوقه العمالية الناشئة عن عقد العمل[٤].

وعلى ما أشارت إليه المادة (٩) من قانون التحكيم وبدلالة المادة (٤) من قانون العمل الأردني رقم(٨) لسنة ١٩٩٦ وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز بحكم لها الصادر بالهيئة العامة بتاريخ٢٠٠٥/٦/١٦ "أن الأصل في فض النزاعات بشكل عام هو من إختصاص المحاكم بأنواعها، وأن اللجوء إلى المحاكم هو حق لكل شخص أكان طبيعياً أو اعتبارياً وأن هذا الحق مصون بالمادة

---

[١] نصت المادة (١٩) من قانون التحكيم الأردني على أنه "إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير غير مبرر في إجراءات التحكيم ولم يتنح ولم يتفق الطرفان على عزله، يجوز للمحكمة المختصة الأمر بإنهاء مهمته بناءً على طلب أي من الطرفين بقرار لا يقبل أي طريق من طرق الطعن".

[٢] نصت المادة (٢٣/ب) من قانون التحكيم الأردني على "وإذا تخلى من صدر إليه الأمر عن تنفيذه يجوز لهيئة التحكيم بناءً على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف في إتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه بما في ذلك حقه في الطلب من المحكمة المختصة إصدار أمرها بالتنفيذ".

[٣] جميعي، عبدالباسط، (١٩٦٩)، **سلطة القاضي الولائية**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، القاهرة، ص٣٦.

[٤] شتا، أحمد محمد عبدالبديع، المرجع السابق، ص٢٠٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(١٠١) من الدستور وأوضحت التشريعات النافذة في المملكة إختصاصات كل محكمة، ويستفاد من المادة (١٣٧/أ) من قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة١٩٩٦ أن محاكم الصلح هي صاحبة الإختصاص للنظر في الدعاوى العمالية مهما بلغت قيمة المطالبة. ولما كان التحكيم هو عبارة عن عقد بمقتضاه يتفق شخص أو أكثر على إحالة نزاع نشأ أو ينشأ بينهما في تنفيذ عقد معين على ركنين للفصل منه بدلاً من الالتجاء إلى القضاء المختص وإذا وجد مثل هذا الشرط التزم الطرفان به وليس لهما أن يطرحا على المحكمة نزاعاً اتفق في العقد على أن يكون الفصل فيه بواسطة المحكمين.

فإذا اتفق طرفا عقد العمل في المادة (٧) من عقد العمل على ما يلي: (أية خلافات تنشأ بين الفريقين وتكون ناتجة عن هذا العقد تحال للتحكيم وفق أحكام قانون التحكيم الأردني الساري المفعول). فإن المستفاد من حكم هذه المادة بأن الطرفين اتفقا على حل أي نزاع ينشأ بينهما عن تنفيذ عقد العمل يتم اللجوء فيه على التحكيم. وحيث أن العقد شريعة المتعاقدين وبما أن الجهة تمسكت بشرط التحكيم الوارد بعقد العمل فإن تمسكها لا يخالف حكم العقد ... أجازت المادة (٩) من قانون التحكيم اللجوء إلى التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح. وحيث أن الحقوق العمالية التي يطالب بها العامل بعد انتهاء عمله فإنه يملك حق التصرف في هذه الحقوق والمصالحة عليها، لذلك فإن اللجوء إلى التحكيم لا يحرمه من حقوقه العمالية ما دام أن التحكيم طريق إتفاقي على النزاع أمام هيئة التحكيم وفقاً لأحكام قانون العمل"[١].

ك- حالة انعقاد جلسات المحاكمة في غير أوقاتها[٢].

ثانياً: موقف المشرع المصري من الإختصاص المشترك.

وبالنسبة لقانون التحكيم المصري فإن مظاهر الإختصاص المشترك بين هيئة التحكيم والقضاء المستعجل تتجلى في المظاهر الآتية:

أ- جواز اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في كافة المعاملات المدنية والتجارية سواء أكانت عقدية أو غير عقدية، وهذا يتوافق ما أخذ به قانون التحكيم الأردني، إلا ما استثني منها بنص خاص في القانون أو ما تعلق منها بنص آخر لا يجوز الإتفاق على مخالفته[١].

---

[١] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠٠٥/١٠)، منشورات مركز عدالة.

[٢] نصت المادة (٢/٧١) من قانون أصول المحاكمات المدنية على "يحق للمحكمة أو لقاضي الأمور المستعجلة أن يعقد جلساته في غير قاعة المحكمة وفي أي وقت يحدده" يقابله نص المادة (٢٧) من قانون التحكيم الأردني التي نصت على "لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة أو خارجها فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها ولا يحول ذلك دون أن تجتمع هيئة التحكيم في أي مكان تراه مناسباً للقيام بأي إجراء من إجراءات التحكيم".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ب- ما يستفاد من نص المادة (١٤) من قانون التحكيم المصري أن لجوء أحد الأطراف إلى القضاء المستعجل لطلب اتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية لا يتعارض مع إتفاق التحكيم وهذا الالتجاء لا يعني تنازل الأطراف عن إتفاق التحكيم، كما وجود هذا الإتفاق لا يعني عدم جواز الالتجاء إلى القضاء المستعجل لطلب تدابير وقتية أو تحفظية[٢].

ج- حالة جواز الالتجاء إلى القضاء المستعجل ولو لم يوجد إتفاق صريح على إختصاص القضاء المستعجل بذلك.

د- جواز الالتجاء إلى القضاء المستعجل لطلب اتخاذ تدبير وقتي ولو كانت هيئة التحكيم لم تنعقد بعد أو انعقدت فعلاً وباشرت عملها لأن المبدأ العام هو جواز الالتجاء إلى قضاء الدولة للحصول على التدابير الوقتية والتحفظية[٣].

هـ- يجوز لهيئة التحكيم اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية بأن تأمر بناءً على طلب أحد الأطراف بإيداع البضائع المتنازع عليها في يد شخص ثالث أمين أو تعيين حارس عليها فإن رفض من صدر إليه الأمر عن تنفيذه جاز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر الصادر الأمر لصالحه أن تأذن له اللجوء إلى القضاء المستعجل لتنفيذه بالقوة الجبرية[٤].

و- حالة التجاء الأطراف إلى القضاء المستعجل في الفترة ما بين إبرام إتفاق التحكيم واتصال محكمة التحكيم بالنزاع[٥].

---

[١] نصت المادة (٣) من قانون التحكيم الأردني على أنه "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة التي يدور حولها النزاع عقديةً كانت أو غير عقدية".

[٢] ما أشارت إليه المادة (١٤) من قانون التحكيم المصري التي نصت على "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة(٩) من هذا القانون أن تأمر بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ تدابير وقتية مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها".

[٣] محمد سامي، فوزي، المرجع السابق، ص٢٩٥.

[٤] نصت المادة (٢٤) من قانون التحكيم المصري بقولها "١- يجوز لطرفي التحكيم الإتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناءً على طلب أحدهما أن تأمر أي منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به ٢- وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، جاز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون الأمر بالتنفيذ".

[٥] الحديدي، علي الشحات، المرجع السابق، ص٦٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذه النصوص المحددة للإختصاص المشترك سواء الواردة في قانون التحكيم الأردني أو المصري مستقاة من بعض الإتفاقيات الدولية الناظمة لأحكام التحكيم وهي على النحو الآتي:

١- إتفاقية واشنطن السارية المفعول بتاريخ ١٩٦٦/١٠/١٤.

طبقاً لهذه الاتفاقية فإن هيئة التحكيم هي المختصة باتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف ما لم يتفق الأطراف صراحة على غير ذلك.

كذلك مما يعني اعترافها بالإختصاص المشترك لهيئة التحكيم والقضاء المستعجل في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية[١].

٢- إتفاقية نيويورك السارية المفعول بتاريخ١٩٥٨/٦/١٠.

يستفاد من هذه الاتفاقية أن هيئة التحكيم وحدها صاحبة الصلاحية في إصدار تدابير الوقتية والتحفظية باعتبارها صاحبة الإختصاص الأصيل في نظر النزاع وبكل ما يتفرع عنها إلا أن ذلك لا يمنعها أن تطلب من قضاء الدولة اتخاذ مثل هذه التدابير[٢].

٣- إتفاقية عمان للتحكيم التجاري السارية المفعول في ١٩٨٧.

يستفاد من هذه الاتفاقية ما يلي:

أ- أن محكمة التحكيم صاحبة الصلاحية الوحيدة المختصة بإصدار إجراء وقتي أو تحفظي تراه ضرورياً.

ب- لا يحق لمحكمة الموضوع اتخاذ مثل هذا الإجراء الوقتي أو التحفظي لأن في ذلك مساس بإختصاص هيئة التحكيم.

ج- لا يجيز هذه المادة الإختصاص المشترك مع القضاء المستعجل[٣].

٤- القانون النموذجي للتحكيم الدولي (قواعد أونيسترال).

جعلت قواعده للتدابير المؤقتة أو التحفظية إختصاصاً مشتركاً بين هيئة التحكيم من ناحية والقضاء المستعجل من ناحية أخرى، فالأطراف يحق لهم الالتجاء إلى أي منهما.

---

[١] نصت المادة (٢٦) من الاتفاقية المذكورة على "موافقة الأطراف على التحكيم طبقاً لهذه الإتفاقية يعتبر إتفاقاً على استبعاد سائر سبل حل النزاع الأخرى إلا إذا نص على غير ذلك، ويجوز للدول المتعاقدة أن تطلب استنفاذ سبل حل النزاع المحلية كشرط لقبول التحكيم طبقاً لهذه الإتفاقية".

[٢] نصت المادة الثانية بفقرتها الثالثة من الاتفاقية المذكورة على "عندما تطرح أمام محكمة من محاكم الدول المتعاقدة دعوى في موضوع أبرم الأطراف في صدده إتفاق تحكيم وفقاً للمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم إلى التحكيم برغم أن الأمر لا يتعلق بإحالة بالمعنى الفني – بناءً على طلب أحدهم إلا إذا تبين للمحكمة أن الإتفاق باطل أو غير قابل للتطبيق".

[٣] نصت المادة (٢٩) من هذه الاتفاقية على "لمحكمة التحكيم صلاحيات قضائية فلها بناءً على طلب أحد الطرفين أن تتخذ أي إجراء مؤقت أو تحفظي تراه ضرورياً".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٥- قواعد الغرفة التجارية الدولية بباريس لسنة ١٩٨٩.

بينت هذه الاتفاقية أن الإختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية يكون مشتركاً بين قضاء الدولة وبين المحكم ودون أن يشكل ذلك تعارضاً مع إتفاق التحكيم أو تنازلاً عنه بالنسبة لمسألة الفصل في موضوع النزاع الذي يبقى من صلاحية هيئة التحكيم يتناضل فيه الأطراف أمامها[١].

كما بينت أنه إذا لم تنعقد هيئة التحكيم وتباشر عملها يمكن تقديم الطب إلى القضاء المستعجل لاتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية وهذا ما يؤكد الإختصاص المشترك بين الجهتين جهة هيئة التحكيم وجهة القضاء المستعجل تفادياً لمواجهة المشاكل المتعلقة بانعقاد هيئة التحكيم وما يؤول إليه ذلك من فوات الدليل والاستشهاد به للحق المتنازع عليه.

نستخلص مما تقدم أن دور القضاء المستعجل في مساعدة هيئة التحكيم قد يكون معاوناً ومساعداً للهيئة التحكيمية في مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم وقد يكون دوراً رقابياً على الهيئة التحكيمية في مرحلة لاحقة، هذا ما أخذ به المشرعين الأردني والمصري تطبيقاً لقاعدة الإختصاص المشترك التكاملي بين هيئة التحكيم والقضاء المستعجل في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية وعلى النحو الذي بيناه سابقاً.

---

[١] نصت المادة الثامنة بفقرتها الخامسة من الاتفاقية المذكورة على أنه "للطرفين قبل تسليم المحكم الملف وبصفة استثنائية بعد ذلك أن يطلب من أية سلطة قضائية اتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية، دون أن يشكل طلبهما مخالفة لإتفاق التحكيم ودون مساس بسلطة المحكم في هذا الصدد، وتبلغ سكرتارية محكمة التحكيم بذلك وتقوم هي بإخطار المحكم".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني

الضمانات القانونية للهيئة التحكيمية

لما كان الثابت أن الإختصاص في إتخاذ التدابير الوقتية هو إختصاص مشترك تكاملي بين الهيئة التحكيمية والقضاء المستعجل فإن مؤدى ذلك أن الهيئة التحكيمية حينما تمارس هذا الإختصاص فإنها تمارسه بالإستناد إلى الضمانات التي كفلها لها القانون فمتى وجدت هذه الضمانات كان للهيئة التحكيمية السلطة الكاملة للبت في كافة المسائل التي تثار أمامها إعمالاً لمبدأ إستقلالية الهيئة التحكيمية والحيادية المطلوبة منها عند النظر في النزاع محل الإتفاق التحكيمي.

الفرع الأول: الضمانات المقررة لكفالة إستقلال الهيئة التحكيمية.

إن مبدأ الإستقلال يرتبط إرتباطاً وثيقاً متلازماً بالعدالة الحقّة إذ بدونه تنحرف العدالة عن مسارها القانوني السليم وهو أمر يؤدي إلى الإخلال بحقوق المتقاضين وإنعكاس ذلك على حسن سير العدالة فيولد الحكم التحكيمي مشوهاً لا يمكن الركون إليه[١].

وإستقلال المحكم يستمده من إتفاق الخصوم، فرضاء طرفي الخصومة التحكيمية هو أساس وجوهر التحكيم فيجب أن يمارس المحكم دوره بعيداً عن أي تأثيرات جانبية سواء صادرة عن طرفي إتفاق التحكيم أو من الغير. فاستقلال المحكم ليس مطلوباً لذاته بل يعد شرطاً وضمانة لحرية المحكمة في إصدار حكمه بعيداً عن أي مؤثرات خارجية.

والإستقلال بهذا المعنى يقصد به عدم وجود رابطة بين المحكم وبين أحد الخصوم يكون من شأنها التأثير بشكل سلبي على أداء مهمته بحيث تشكل عائقاً قانونياً تحول دون إصدار حكم عادل ونزيه في النزاع محل إتفاق التحكيم، فالإستقلال يتعلق بصلة المحكم بالخصوم أنفسهم أما الحياد فيتعلق بصلة المحكم بالنزاع فيجب أن لا يكون له مصلحة شخصية في الفصل بالنزاع كأن يكون طرفاً فيه أو له مصلحة في إطالة أمد التحكيم إلى حين إعلان إفلاس أحد الخصوم أو الحجز عليه. هذه الأمور وغيرها من شأنها أن تحول دون موضوعية المحكم وحياده في الفصل في النزاع محل الإتفاق التحكيمي[٢].

ومبدأ الإستقلال والحيادية للهيئة التحكيمية قررته المادة (١٣٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية التي قضى حكمها على "يجوز رد القاضي لأحد الأسباب التالية:

---

[١] عبدالستار يوسف، سحر، المرجع السابق، ص١٨٩.

[٢] المليجي، أسامة، المرجع السابق، ص١٢٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١- إذا كان له أو لزوجه دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها أو إذا وجدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم أو مع زوجه بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي ما لم تكن قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه.

٢- إذا كان لمطلقته التي له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عامود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجه ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي بقصد رده.

٣- إذا كان أحد الخصوم يعمل عنده.

٤- إذا كان قد اعتاد مساكنة أحد الخصوم أو كان قد تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده.

٥- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم إستطاعته عدم الحكم بغير ميل.".

يستفاد من هذه المادة أن إستقلال المحكم هو مسألة واقعية يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات الواردة في قانون البينات وبالتالي يمكن التحقق منها بانتفاء علاقة التبعية أو الخضوع للمحكم لأي من طرفي خصومة التحكيم وعلى النحو الذي أشارت إليه الفقرات الأولى ولغاية الرابعة من المادة أعلاه. أما الحياد فهو مسألة ذاتية تتعلق بذات المحكم يمكن إستخلاصها من مجريات المحاكمة وهو ما نستخلصه من الفقرتين الرابعة والخامسة من ذات المادة. وعلى هذا الأساس تواترت أحكام القضاء على أن قيام أحد طرفي التحكيم عقب صدور حكم المحكم مباشرة بتعيين هذا المحكم في شركته أو منحه سيارة فاخرة تكشف بدون شك عن وجود علاقة وطيدة بين الطرفين التي من شأنها التأثير على إستقلال المحكم وحياده الأمر الذي يكون محل للطعن أمام القضاء[١].

ولتفادي هذه الإشكالات التي تعوق عمل المحكم عند إصداره الحكم الوقتي أو النهائي التي من شأنها التأثير في إستقلاله وحياده فقد وضع المشرع التحكيمي بعض القواعد الضامنة لإستقلال المحكم في أداء عمله ومباشرته لمهمته وبما يكفل حسن سير مقتضيات العدالة. هذه الضمانات يمكن إستنباطها من النصوص القانونية الواردة في قانون التحكيم الأردني والمتمثلة في:

[١] عبدالفتاح، عزمي، المرجع السابق ص٦١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولاً: مراعاة المحكمة عند تعيين المحكم الشروط التي يتطلبها القانون وتلك المتفق عليها من طرفي إتفاق التحكيم.

يتوجب على المحكمة عند تعيين المحكم أن لا يكون هذا الأخير محكوماً عليه بجناية أو بجنحة مخلة بالشرف أو أُعلن إفلاسه والحكمة من وراء ذلك أن المحكم المحكوم عليه بجريمة مخلة بالشرف يكون مثار جدل أدبي بين الخصوم فيتولد لديهم الشك من حسن تدبير المحكم وسلوكه الأخلاقي في التعاطي مع النزاع محل إتفاق التحكيم أو ما يتعلق باتخاذ التدابير الوقتية التي يطلبها أحدهما.

فالإستقلال يقتضي أن يكون المحكم بعيداً عن الشبهات الأخلاقية والسلوكية الشائنة التي من شأنها المس بقدسية عمل الهيئة التحكيمية وما يترتب على ذلك من تشوهات قد تصيب بنيانها الأمر الذي قد يؤدي إلى التشكيك بولادة الحكم التحكيمي سليماً[١].

ثانياً: إلتزام المحكم بالإفصاح.

أوجب المشرع في المادة (١٥/ج) من قانون التحكيم على المحكم عند إعلانه قبوله أداء مهمة التحكيم أن يفصح عن أي ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول حيدته واستقلاله فقضى حكمها على "يكون قبول المحكم القيام بهمته كتابة ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول حيدته".

يستفاد من حكم المادة أعلاه أن الإلتزام بالإفصاح بمثابة إقرار قضائي ملزماً للمحكم بخلوه مما قد يؤثر على حيدته واستقلاله وهو بذلك إلتزام وقائي غايته إزالة الشكوك حول العلاقة القائمة بينه وبين أحد أطراف التحكيم. والإلتزام بالإفصاح يرد على كافة المسائل التي لا يصل علمها لأطراف التحكيم فإذا كان الأطراف على علم بهذه المسائل فلا موجب على المحكم الإفصاح عنها.

كما يستفاد أيضاً من المادة أعلاه أن وقت إعلان الإفصاح يكون في اللحظة التي يعلن فيها المحكم قبوله بمهمة التحكيم وقبل مباشرته لمهمته. غاية في الأمر أن من شأن هذا الإفصاح إزالة الشكوك به وهو ما يتفق ومبدأ الثقة في المحكم[٢].

---

[١] عبدالستار يوسف، سحر، المرجع السابق، ص١٩٩.

[٢] عبدالستار، المرجع السابق، ص١٩٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إن الإلتزام بالإفصاح يترتب عليه نتائج عديدة، هذه النتائج تتمثل في:

أ- على الخصم إبدا رفضه لتعيين المحكم.

ب- السكوت عن إبداء المعارضة في تعيين المحكم يعد بمثابة تنازل عن هذه المكنة التي خولها له القانون.

ج- الإلتزام بالإفصاح هو إلتزام ديمومي إستمراري، فهو يتصف بالديمومة والإستمرارية طيلة سير إجراءات الخصومة التحكيمية.

د- عدم الإلتزام بالإفصاح يعطي للخصم خياران: الخيار الأول قبول الخصم الصريح أو الضمني بتعيين المحكم ما لم تطرأ ظروف جديدة لم تكن معلومة لديه عند إعلان القبول[١]. وثانيهما إبداء رفضه في تعيين المحكم أو الطعن في الحكم التحكيمي[٢].

وقضت محكمة التمييز بحكم لها على أنه "... وقد أبدى جميع المحكمون موافقتهم على القيام بمهمة التحكيم وصرحوا بأنه لا يوجد أي مانع من تولي هذه المهمة..." [٣].

نستخلص مما تقدم أن مسألة ثبوت ولاية المحكم في النظر في المسائل المستعجلة يعني إرتضاء أطراف التحكيم بإختصاص هيئة التحكيم في البتّ بكافة المسائل المتعلقة بالنزاع محل إتفاق التحكيم وبما فيها المسائل المستعجلة. وفي هذه الحالة سوف تنحسر ولاية القضاء عن النظر في هذه المسائل ما لم تكن هنالك ضرورة لذلك[٤]. حيث كلما وجدت هذه الضرورة إنعقد إختصاص القضاء المستعجل في النظر في المسائل المستعجلة وكأن القضاء المستعجل يحل محل هيئة التحكيم في إتخاذ التدابير الوقتية.

---

[١] الحكم الصادر بتعيين المحكم لا يقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن وفق ما هو مقرر في المادة (١٦/ج) من قانون التحكيم الأردني.

[٢] النمر، ابو العلا، (٢٠٠١) **النظام القانوني لرد المحكم**، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، جامعة عين شمس، ص٢٣٢، منشور على الإنترنت بدون رابط، تاريخ الزيارة ٢٠١٥/١٠/١٠ الساعة١٢.٠٠ظهراً.

[٣] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠٠٩/٢٤٨)، منشورات مركز عدالة.

[٤] منها عدم إنعقاد هيئة التحكيم، التدبير الوقتي لا يحتمل التأخير، الإجراء الوقتي لا يدخل أصلاً في ولاية المحكم في النظر في الأمور المستعجلة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتبريرنا في ذلك يعود إلى:

أ- أن الحلول في الإختصاص يستند إلى نص قانوني صريح يسمح به[١]:

إن القضاء المستعجل يحل محل هيئة التحكيم – صاحبة الإختصاص الأصيل – يستمد حقه في الحلول من النص القانوني الذي يقرره مباشرة.

وهذا ما يستفاد من أحكام المادة(١٣) من قانون التحكيم الأردني.

ب- وجود سبب يجعل صاحب الإختصاص الأصيل عاجزاً عن ممارسة الإختصاصات المنوطة به:

إن إمتداد الإتفاق التحكيمي إلى الأمور المستعجلة لا ينفي سلطة القضاء في الفصل فيها فقد تكون هناك أسباب مانعة تحول دون قيام هيئة التحكيم بوظيفتها مما يبرر الخروج عن القواعد العامة الضابطة لأثر إتفاق التحكيم ذاته وعلى نحو يبيح لالقضاء المستعجل الحلول محل هيئة التحكيم في إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية اللازمة لصون الحق وحمايته من الزوال[٢]، وفي هذه الحالة يلتقي التحكيم بالقضاء من أجل تحقيق هذه الغاية وهو ما يدعم فاعلية التحكيم للقيام بدوره على أكمل وجه.

نستخلص مما تقدم أن الدفع بعدم الإختصاص يؤطّر مفهوم الإختصاص المشترك لكلٍ من هيئة التحكيم والقضاء المستعجل في إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية.

وإذا كان الأمر كذلك فما هو الأثر السلبي لإتفاق التحكيم وما أثره في توزيع الإختصاص التكاملي لالقضاء المستعجل وهيئة التحكيم في إتخاذ التدابير الوقتية؟

---

[١] كنعان، نواف، المرجع السابق، ص٢٥٧.

[٢] نصت المادة (٥/٨) من لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية للتحكيم على أنه "للأطراف قبل تسليم ملف الدعوى إلى المحكم، واستثناء من ذلك بعد تسليمهم إياه، الحق في طلب إتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية من السلطة القضائية، وذلك دون أن يشكل هذا الأمر مخالفة أو انتهاكاً لإتفاق التحكيم الذي يجمع بين الأطراف، ودون المساس بالسلطة المحفوظة للمحكم في هذا الشأن" وهي مطابقة من حيث المعنى للمادة (٢٣) من قانون التحكيم الأردني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: الدفع باتفاق التحكيم

توطئة:

إذا كان المقصود بسبب الإدعاء هو مجموع الوقائع المكونة للحق أو المركز القانوني المطلوب حمايته وهو الأساس الذي تبنى عليه الدعوى أي نشوء الإلتزام سواء كان عقداً أو إرادة منفردة أو عملاً غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو بنص القانون. وهذا السبب يقدمه المدعي إلى القاضي الذي يقوم بدوره بتقديره وإسباغ الوصف القانوني الذي يسمح له بتطبيق حكم القانون عليه ولا يجوز للقاضي تغيير السبب وإلا يكون قد خرج عن حدود الطلب القضائي وتجاوز حدود وظيفته[١].

وقياساً على ذلك متى تقدم أحد طرفي التحكيم بدعواه إلى المحكمة المختصة ونازعه خصمه في إختصاص المحكمة لوجود إتفاق على التحكيم بشأن النزاع المذكور فليس للمحكمة الإمتناع عن إجابة الطلب بحجة أنها صاحبة الإختصاص الولائي للفصل في هذا النزاع، فإن فعلت ذلك تكون قد تجاوزت حدود سلطاتها.

غاية في الأمر، أن المدعى عليه يواجه دعوى المدعي بوسيلة منحها إياه القانون يترتب عليها منع المحكمة من الفصل في موضوع الدعوى المرفوعة أمامها. هذه الوسيلة منصوص عليها في المادة(١٠٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية. وهي ما يطلق عليها الدفع الشكلي الإجرائي الموجه إلى الإجراءات القضائية ومن المعلوم أن مباشرة الدعوى القضائية أو التحكيمية يتم عن طريق الطلبات والدفوع. والطلب هو الإجراء القضائي الذي يتقدم به الشخص صاحب المصلحة إلى القضاء طالباً الحكم له بما يدعيه. أما إصطلاح الدفع فهو "جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم في إستعمال دعواه منكرة إياها"[٢].

وهي بهذا المعنى تقسم إلى:

أ- **الدفوع الموضوعية:** وهي الدفوع التي توجه إلى الحق المدعى به "أصل الحق".

ب- **الدفوع الشكلية:** وهي الدفوع التي يطعن بها الخصم في صحة إجراءات الخصومة والواجب إبداؤها قبل التعرض لموضوع الدعوى وبقصد تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة[٣].

ج- **الدفوع بعدم القبول:** وهي الدفوع التي ينازع بها الخصم في حق خصمه في رفع دعواه[١].

---

[١] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١١/٢٣٩٤)، منشورات مركز عدالة.

[٢] د. أبو الوفا، أحمد، (١٩٧٧)، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، الطبعة الثانية، دار المعارف، ص١١.

[٣] د. الشرقاوي، عبدالمنعم، (١٩٥٦)، **شرح المرافعات المدنية والتجارية**، الطبعة الثانية، الجزء الأول، المطبعة العالمية، ص١٥٠ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبالإستناد إلى هذه التقسيمات فإن طلب التحكيم يقصد به "الإجراء القضائي الذي يستطيع أحد الطرفين من خلاله أن يوجه الدعوة إلى الطرف الآخر لبدء إجراءات التحكيم"[٢].

وقد اعتبر هذا الطلب بمثابة دفع بعدم الإختصاص، فما طبيعة هذا الدفع وأثره في ولاية القضاء المستعجل؟

أولاً: الدفع باتفاق التحكيم دفعاً بعدم الإختصاص

إن الدفع بعدم الإختصاص هو أحد الدفوع الشكلية الإجرائية الموجه إلى إجراءات الخصومة القضائية وشكلياتها وعلى نحو تمنع المحكمة من نظر موضوع الدعوى.

وبهذا المعنى عرفه الفقه بأنه "دفع شكلي يطلب به الخصم من المحكمة الإمتناع عن الفصل في الدعوى المرفوعة أمامها لكونها غير مختصة بنظرها طبقاً لقواعد الإختصاص التي حددها القانون"[٣].

وطبقاً لذلك، فإن الدفع بعدم الإختصاص يتسم بسمات تجعله متميزاً عن غيره من الدفوع الأخرى، هذه السمات تكمن في طبيعة الدفع ذاته وهي تتمثل في:

السمة الأولى: أنه دفع من الدفوع الشكلية الإجرائية.

إن الدفع بعدم الإختصاص هو من الدفوع الشكلية غير المتصلة بالنظام العام[٤]، فلا تملك المحكمة التطرّق عفواً لمسألة إختصاصها بل لا بد من وجود دفع يثيره خصم المدعي، فإلزام المحكمة بالبتّ بمسألة عدم إختصاصها لوجود إتفاق على التحكيم منوطاً بإثارة ذلك من المدعى عليه وعلى النحو الذي أشارت إليه المادة (١٠٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية.

---

[١] سعد، إبراهيم نجيب، (١٩٧٣)، **القانون القضائي الخاص**، منشأة المعارف، ص٦٣٨.

[٢] عثمان، ناصر عثمان، المرجع السابق، ص٢٤٠.

[٣] د. الزعبي، عوض، (٢٠١٣)، **الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني**، الطبعة الثالثة، دار إثراء للنشر والتوزيع، ص٢٠٩..

[٤] من أمثلتها الدفوع الموضوعية التي توجه للحق المدعى به، والدفوع بعدم القبول التي توجه إلى شروط قبول صحة الدعوى.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

السمة الثانية: يوجه إلى إجراءات التقاضي بصورة تهدف إلى منع المحكمة من الفصل في موضوع الإدعاء.

إن الهدف الرئيسي الذي يسعى إليه مقدم الدفع بعدم الإختصاص هو منع المحكمة الناظرة في موضوع المنازعة من الفصل فيها موضوعاً؛ بحيث يمتنع عليها إتخاذ أي إجراء قضائي من شأنه إغفال هذا الدفع بغية فصلها في موضوع المنازعة فتلتزم بمجرد إثارة هذا الدفع وقف الإجراءات القضائية المتعلقة بالدعوى والإنتقال حكماً إلى هذا الدفع وبسط رقابتها عليه والسير بإجراءات التقاضي به وصولاً إلى صدور الحكم الصادر فيه[١].

السمة الثالثة: يهدف إلى تعطيل إجراءات التقاضي مؤقتاً والمتعلقة بموضوع المنازعة.

متى تقدم المدعى عليه بالدفع بعدم الإختصاص ترتب على ذلك تعطيل إجراءات التقاضي الخاصة بموضوع المنازعة بحيث تبقى معلقة إلى حين صدور حكم قضائي في الدفع بعدم الإختصاص، وهو بذلك يشبه إلى حد كبير مفهوم الشرط الواقف لأنه متى صدر الحكم القضائي المعلن للإختصاص كانت المحكمة مختصة بالفصل في موضوع النزاع من وقت قيد الدعوى[٢].

السمة الرابعة: أن الحكم بعدم الإختصاص يحوز حجية محدودة متعلقة بمسألة الإختصاص.

إن الحكم الذي تصدره المحكمة بعدم الإختصاص لا يحوز حجية القضية المقضية بالنسبة لموضوع الإدعاء وإنما يحوز حجية محدودة متعلقة فقط بإختصاص المحكمة بدليل أن للأطراف الرجوع عن التحكيم والطلب من المحكمة مواصلة السير في موضوع الإدعاء[٣].

السمة الخامسة: أن الدفع بعدم الإختصاص يخضع لفكرة التنازل الصريح والضمني الصادر عن المدعى عليه صاحب المصلحة في إبدائه[٤].

إذا كانت فكرة التنازل الصريح عن التحكيم واضحة الدلالة فإن الأخذ بفكرة التنازل الضمني عنه والقبول بفكرة إختصاص المحكمة تثور صعوبة في تحديد وقت هذا التنازل.

ولتبسيط ذلك، نسوق المثال التالي: لو افترضنا أن طرفي الإتفاق التحكيمي كانا قد اتفقا وضمن أحد بنوده، إلتزامهما بإعلان كل منهما الآخر برغبته في الإلتجاء إلى التحكيم سبيلاً لحل نزاعهما

---

[١] عبدالله، عز الدين، (١٩٧٩)، **تنازع القوانين في مسائل التحكيم في مواد القانون الخاص**، بلا دار نشر، ص٨٨.

[٢] مخلوف، احمد، (بلا سنة)، **اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية**، دار النهضة العربية، ص١٥٤.

[٣] هاشم، محمود، المرجع السابق، ص٢٦٦ وما بعدها.

[٤] المليجي، أسامة، المرجع السابق، ص١٣٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وشريطة إعلان هذه الرغبة في شكل إعذار عدلي، فإذا ما أعلن أحدهما عن هذه الرغبة وأخطر الآخر عدلياً بذلك وإنقضت المدة المضروبة في الإخطار العدلي دون أن يبدي الآخر رغبته في التمسك بالتحكيم وتوجه الطرف المُعلن إلى المحكمة فليس للطرف الآخر بعد ذلك التمسك بإتفاق التحكيم ويكون دفعه بعدم الإختصاص مردود من هذه الجهة، لأن في سكوته موافقة على إختصاص المحكمة تأسيساً لقاعدة السكوت في معرض الحاجة بيان[١] التي هي التطبيق العملي لفكرة التنازل الضمني عن شرط التحكيم.

والأخذ بفكرة المظهر السلبي للإرادة يترتب عليه أمران:

الأول: أن إلتجاء أحد طرفي التحكيم إلى القضاء يعني حكماً نزوله عن التمسك بإلتزام خصمه بالامتناع عن الإلتجاء إلى القضاء.

الثاني: أن دخول المدعى عليه في موضوع الدعوى يعني أيضاً نزوله هو الآخر عن التمسك بإلتزام المدعي بعدم الإلتجاء إلى القضاء.

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الموقرة بحكم لها الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٦/٣ على أنه "إذا كان أصل المطالبة ناشئ عن عقد المقاولة الذي ورد به شرط التحكيم مكتوباً فإن لجوء المدعية للقضاء وعدم التمسك بالتحكيم لا يجيز لها المطالبة بتطبيق شرط التحكيم على الدعوى المتقابلة وتنازلها عن ذلك، يضاف إلى ذلك أن المدعى عليها أيضاً بإجابتها على لائحة الدعوى لم تتمسك بشرط التحكيم وتكون قد تنازلت عنه أيضاً"[٢].

وفي حكم آخر لها قضت على أنه"... وأن إقامة المدعي للدعوى أمام المحكمة هو بمثابة رجوع ضمني منه عن إتفاق التحكيم وبدخول المدعى عليه بأساس الدعوى وجداله بذلك يكون قد تنازل بدوره عن الدفع بالتحكيم ويبقى النزاع منظوراً من قبل المحكمة إذ لم يعد هناك مبرر للعودة إلى التحكيم الذي فقد معناه والغاية منه المتمثلة باختصار الوقت وتوفير النفقات وهو ما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز"[٣].

---

[١] هذا ما أشارت إليه المادة (٩٥) من القانون المدني التي نصت على "لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولاً".

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠١٤/٥٥٥)، منشورات مركز عدالة.

[٣] قرار تمييز حقوق رقم (١٩٩٨/١٢٢٣)، منشورات مركز عدالة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وجاء بحكم آخر لها على أنه "أن اللجوء للتحكيم لفض المنازعات هو طريق استثنائي لا يتعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً ويسقط الحق فيه بعد الدخول بأساس الدعوى"[١].

وفي حكم آخر قضت على أنه "من المبادئ المستقرة لدى محكمة التمييز أن التمسك بالتحكيم بعد إقامة الدعوى لا يكفي لوحده لوقف الإجراءات إذ تشترط المادة السادسة من قانون التحكيم رقم(١٩٥٣/١٨) لقبول طلب إحالة الخلاف للتحكيم قيام أسباب تكفي لإقناع المحكمة أن طالب التحكيم كان مستعداً قبل الشروع في الدعوى ولا زال راغباً بعدم إقامتها باتخاذ التدابير اللازمة لإنتظام سير التحكيم"[٢].

ويستفاد مما تقدم أن الدفع بإتفاق التحكيم دفعاً بعدم الإختصاص، ويسوق أصحاب هذا الرأي الحجج التالية[٣]:

أ- أن الإتفاق على التحكيم هو منع القضاء من نظر موضوع المنازعة.

ب- إن إتفاق الأطراف على التحكيم يتعلق فقط برضاء الأطراف عرض النزاع على هيئة التحكيم.

ج- أن الدفع بإتفاق التحكيم هو دفعاً بوقف الإجراءات غير متعلق بالنظام العام لتعلقه بحقوق الطرفين.

د- أن الدفع بعدم الإختصاص وإن كان يؤدي إلى توقيف الإجراءات إلا أنه لا يؤدي بحال الأخذ به إلى ردّ الدعوى وكل ما يترتب عليه رفع يد المحكمة عن الدعوى المدفوعة بهذا الدفع[٤]. إذ لا يستطيع المدعي متابعة دعواه التي صدر بها حكماً يقضي بإحالتها إلى التحكيم إلا بعد إقامته دعوى جديدة عند وجود سبب يحول دون الفصل في النزاع بطريق التحكيم وشريطة دفع الرسم القانوني المقرر عن الدعوى الجديدة ووقف الأحوال المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية[٥].

---

[١] قرار تمييز حقوق رقم (١٩٩٣/٢٣)، منشورات مركز عدالة.

[٢] قرار تمييز حقوق رقم (١٩٩١/١٣٢٠)، منشورات مركز عدالة.

[٣] المليجي، أسامة، المرجع السابق، ص١٣٦.

[٤] المومني، أحمد (١٩٨٢)، **التحكيم في التشريع الأردني والمقارن**، الجزء الأول، مطبعة التوفيق، عمان، ص١٨٣ وما بعدها.

[٥] تراعى أحكام المواد (٦، ٧، ٨، ٩) من نظام رسوم المحاكم المعدل رقم (٤٣) لسنة٢٠٠٥، نصت المادة (٦) منه "لا يجوز استعمال إستدعاء أو لائحة دعوى أو أي مستند آخر خاضع للرسم بمقتضى أحكام هذا القانون في أي دعوى أو طلب أو إجراء ما لم يكن الرسم المحدد قد دفع عنها مقدماً..." ونصت المادة (٧) "يلتزم الفريق الذي تقدم بالدعوى بدفع الرسوم المقررة وفقاً لأحكام هذا القانون ما لم يرد نص يقضي بغير ذلك" ونصت المادة (٨) منه "تحدد ==

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ورغم وجاهة هذه الحجج إلا أن هذا الرأي تعرض لانتقادات أهمها:

أ- صعوبة اعتبار الدفع بإتفاق التحكيم دفعاً بعدم الإختصاص، لأن الإتفاق التحكيم لا ينزع إختصاص المحكمة العادية في بعض المسائل المتصلة بالتحكيم، مثل الحكم على من يتخلف من الشهود[١].

ب- إختلاف أصحاب هذا الرأي في تحديد طبيعة الإختصاص هل هو إختصاص نوعي أم وظيفي إذا ما علمنا أن الدفع بعدم الإختصاص – بوجه عام – متعلق بالنظام العام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، والدفع بالإتفاق على التحكيم ليس كذلك، إذ يجوز للطرف المتمسك به النزول عنه صراحة أو ضمناً حيث لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها به إلا بناء على طلب صاحب الشأن[٢].

ج- أن الدفع الشكلي قد يكون متعلقاً بالنظام العام موجهاً إلى إجراءات الخصومة القضائية والدفع بعدم الإختصاص دفع شكلي يثور بمناسبة توزيع الإختصاص بين محكمتين، إلا أن الدفع لوجود شرط التحكيم لا يعد دفعاً في الإختصاص بين هيئتين قضائيتين، لأن المحكم ليس بمحكمة وإنما شخص أو هيئة ارتضى أطراف النزاع الإلتجاء إليه كوسيلة لفض نزاعهما بواسطته[٣].

وعوداً على بدء، فإنه متى أعلنت المحكمة إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم ترتب على هذا الإعلان نتيجتين هامتين.

قيمة الدعوى أو قيمة موضوع الإستئناف أو التمييز نقداً حيثما أمكن ذلك..." ونصت المادة (٩) "إذا كان المدعى به مبلغاً من المال وذكر بغير العملة الأردنية فيقرر الرسم على أساس ما يعادل ذلك المبلغ من العملة الأردنية".

[١] محيسن، إبراهيم، (١٩٩٨)، **طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية**، دراسة مقارنة بين القانونين الإماراتي والمقارن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص٩٢.

[٢] محيسن، إبراهيم، المرجع السابق، ص٩٢.

[٣] المليجي، أسامة، المرجع السابق، ص١٤٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النتيجة الأولى: وقف إجراءات الخصومة القضائية.

ويقصد بذلك: وقف السير بإجراءات التقاضي إلى الحد الذي وصلت إليه لوجود دفع الإتفاق على التحكيم من جهة ورفع يد المحكمة ولو مؤقتاً عن نظر موضوع المنازعة إلى حين صدور حكم قضائي نهائي صادر عنها بالدفع لوجود شرط الإتفاق على التحكيم من جهة أخرى.

ووقف إجراءات الخصومة القضائية لوجود الإتفاق على التحكيم مشروطاً بإبداء الدفع خطياً وقبل البدء في الكلام وأن مقدمه مستعداً في إتخاذ التدابير اللازمة لانتظام سير التحكيم، وأنه لا يزال راغباً في ذلك وضمن الشروط المدرجة في إتفاق التحكيم حيث أن مجرد الإتفاق على التحكيم لا يسلب سلطة القضاء في البتّ في النزاع إلا إذا تقدم أحد الخصوم بطلب لوقف الإجراءات قبل الدخول في أساس الدعوى عملاً بالمادة (١٢/أ) من قانون التحكيم الأردني.

ويترتب على وقف الإجراءات القضائية النتائج التالية:

أ- أن العبرة في تكييف الدفع هو الوصف المقرر في القانون لا بالوصف الخاطئ الذي لا يتمشى مع القانون إذ قد يتقدم أحد الأطراف لدى المحكمة بما يظنه دفعاً لعدم الإختصاص لوجود إتفاق على التحكيم ثم يتبين للمحكمة أن الإتفاق المذكور لا يدخل ضمن مفهوم التحكيم الوارد في قانون التحكيم فتقرر رد دفعه لعدم صحة التكييف القانوني للإتفاق المذكور[١].

ب- إن الإتفاق على التحكيم لا يسلب سلطة القضاء في البتّ في النزاع، إذ بمجرد صدور حكم نهائي يقضي برد الدفع بعدم الإختصاص تعاود المحكمة السير بإجراءات الخصومة القضائية من النقطة التي وصلت إليها قبل انتقالها للسير في إجراءات الدفع[٢].

ج- بسط المحكمة رقابتها كاملة على كافة وقائع الإدعاء بما في ذلك اللوائح الجوابية المقدمة من الطرفين فإن استشفت منها ما يفيد تنازل مقدم الدفع عن دفعه عادت ونظرت الإدعاء موضوعاً.

د- يحظر إثارة وقف الإجراءات لوجود إتفاق على التحكيم في المرافعة النهائية لأن الساقط لا يعود عملاً بأحكام المادة (٢٣٠) من القانون المدني[٣].

هـ- إذا كان الأصل أن الإتفاق على التحكيم لا يسلب سلطة القضاء العادي في البتّ في موضوع النزاع من باب أولى أن الإتفاق على التحكيم لا يمنع من تقديم طلب مستعجل يتعلق بمسألة مستعجلة متصلة بالنزاع المتفق على إحالته للتحكيم وفق ما تنص عليه المادة (٣٢) أصول مدنية

---

[١] مخلوف، أحمد، المرجع السابق، ص١٥٢.

[٢] هاشم، محمود، المرجع السابق، ص٢٦٣.

[٣] سبق الإشارة إلى نص المادة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حيث يحكم قاضي الأمور المستعجلة بصفة مؤقتة مع عدم المساس بأصل الحق في الأمور الواردة بتلك المادة ومنها المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت، وأن نظام القضاء المستعجل هو من الضمانات الجوهرية لحماية مصالح المتقاضين المتعلقة بالنظام العام ولا ينفي الإتفاق على التحكيم إختصاص قاضي الأمور المستعجلة إذا كان هناك خطر داهم لا يجدي لتفاديه اللجوء إلى المحكم[١] حتى وإن كانت المادة (١٢) تقضي بوقف أية إجراءات بحال الإتفاق على التحكيم لأن ذلك لا يسلب القضاء المستعجل إختصاصه بنظر الطلبات المستعجلة المتعلقة بمسائل متفرعة عن النزاع المتفق على إحالته للتحكيم – سنأتي على ذكره في المطلب الثاني – لطرفا التحكيم برضاهما التقايل عنه[٢] والطلب من المحكمة متابعة السير في إجراءات الدعوى، وفي هذه الحالة فإنه يستلزم متابعة السير في إجراءت الدعوى أن يكون بدعوى جديدة ورسوم قانونية جديدة.

النتيجة الثانية: الرجوع بموافقة المحكمة.

كما بيّنا سابقاً فإن متابعة السير في إجراءات الدعوى لا يستلزم إقامة دعوى جديدة لأن الرجوع تم بموافقة المحكمة. وبالتالي لا يلزم دفع رسم قانوني جديد.

هاتان النتيجتان يترتب عليهما أمر في غاية الدقة ألا وهو هل يملك القضاء المستعجل إصدار تدابير وقتية وتحفظية في الفترة التي تكون فيها محكمة الموضوع تنظر في الدفع بعدم الإختصاص؟

إن التطبيق العملي للقضاء الأردني أجاز لقاضي الأمور المستعجلة صلاحية البتّ بكافة المسائل المستعجلة المقدمة إليه رغم الوقف في إجراءات الدعوى؛ لأن الدعوى برمتها ما زالت تحت سلطة المحكمة من جهة ولأن توقيف الإجراءات لا يعني بأي حال من الأحوال نزع ولاية القضاء المستعجل في البتّ بالمسائل المستعجلة.

من جهة أخرى. أضف إلى ذلك أن صدور حكم قضائي في الدفع بعدم الإختصاص ليس معناه أن المحكمة لم تعد صالحة للبتّ في هذه المسائل المستعجلة إذ قد يحدث أن يصدر حكم بضي بقبول الدفع بعدم الإختصاص إلا أن تأخيراً قد يحدث في تشكيل هيئة التحكيم ويطرأ سبباً موجباً يقتضي حماية الحق المتنازع عليه من التصدع والزوال مما يستوجب الإلتجاء إلى القضاء المستعجل لفرض هذه الحماية للحق المتنازع عليه.

هذا بالنسبة لمفهوم الدفع بعدم الإختصاص ونتائجه، لكن ما موقف القضاء الأردني منه؟

---

[١] أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص١٣٤.

[٢] نصت المادة (٢٤٢) من القانون المدني على "للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بقراءة متأنية لأحكام المادة (١٢) من قانون التحكيم فإن القارئ يلحظ استخدام المشرع الأردني إصطلاح وقف الإجراءات مما يوحي أن الدفع لوجود إتفاق التحكيم هو دفع بعدم الإختصاص إلا أن القضاء العالي لمحكمة التمييز الموقرة لم يأخذ به حتى وإن وردت عبارة "توقيف الإجراءات" في المادة أعلاه وأعده دفعاً بعدم قبول الدعوى تيمناً بما توصل إليه الإجماع الفقهي في هذا المضمار.

والدفع بعدم الإختصاص هو الأثر الإيجابي لإتفاق التحكيم في اتخاذ التدابير الوقتية للقضاء المستعجل.

- المقصود بالأثر الإيجابي.

يقصد بالأثر الإيجابي لإتفاق التحكيم هو إلزام أطراف إتفاق التحكيم بأن تعهد بالمنازعة الناشئة عنه والمتفق على حلها بوساطة التحكيم إلى المحكم، وهو بذلك يعني وجوب التزام الأطراف به – سواء كان مشارطة أو عقداً مستقلاً – وعدم الرجوع فيه بإرادة إحداهما المنفردة، وعقد الإختصاص بالمنازعة المتفق على حلها تحكيمياً لهيئة التحكيم مع ما يتطلبه هذا الإختصاص من ضرورة مساهمة الأطراف واشتراكهم معاً في تشكيل هيئة التحكيم، وفي تسهيل مهمتها للفصل في موضوع النزاع زيادة على اعتداد الأطراف بالحكم الصادر عنها وضرورة تنفيذه باعتباره حكماً صادراً من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع[١].

ولما كان الحال كذلك فإن الأثر الإيجابي للتحكيم يدخل في نطاق الدفوع الشكلية المتوجب إبداؤها سلفاً وقبل أي دفع موضوعي آخر عملاً بأحكام المادة (١٠٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية. وخلال المدة المضروبة في المادة (٥٧) من ذات القانون. فإن إنقضت هذه المدة – مدة ثلاثين يوماً – دون تقديم مثل هذا الدفع عدّ طرف التحكيم (المدعى عليه) متنازلاً عنه لا يجوز معه إبداؤه في أي مرحلة لاحقة حتى وإن أثاره في اللائحة الجوابية لأن مقتضى المادة (١٠٩) توجب تقديم هذا الدفع الشكلي بطلب مستقل لا إثارته في المذكرة الدفاعية الاعتراضية أو ضمن بنود اللائحة الجوابية وبعكس القانون المصري الذي أجاز إبداؤه في أي مرحلة من مراحل المحاكمة.

وهذا ما يستفاد من أحكام المادة (١٢/أ) من قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ التي نصت على "على المحكمة التي يُرفع إليها نزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى".

---

[١] الأحدب، عبد الحميد (٢٠٠٨)، **موسوعة التحكيم الدولي**، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٢٤٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويستفاد من ذلك إذا إتفق الأطراف صراحة في شرط أو مشارطة التحكيم على إختصاص محكمة التحكيم[١] – بشأن النزاع أو باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، أو اتفقوا ضمناً على هذه الإحالة فيجب احترام هذا الإتفاق لأنه طالما أباح القانون للأفراد الإتفاق على عرض النزاع على التحكيم بدلاً من القضاء العادي، فمن باب أولى أيضاً إجازة الإتفاق على عرض التدابير الوقتية والتحفظية على التحكيم، فإذا وجد مثل هذا الإتفاق ورفع الأمر إلى قاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ تدابير وقتية فيجب عليه أن يحكم بعدم إختصاصه بنظر مثل هذا الطلب الذي أُتفق على نظره بواسطة التحكيم. وبالمقابل فإنه لا يوجد ما يمنع أي طرف الطلب من قاضي الأمور المستعجلة اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي[٢].

وهذا الجواز يستند إلى أحكام المادة (١٣) من قانون التحكيم المشار إليها آنفاً.

فالأصل أنه لا يجوز لأي محكمة أن تتدخل في المسائل التي يحكمها إتفاق التحكيم والاستثناء أنه يجوز للمحكمة مساعدة هيئة التحكيم بإجراءات التحكيم ووفق ما تراه هيئة التحكيم، وهو ما عبرت عنه صراحة نص المادة (٨) من قانون التحكيم بقولها "لا يجوز لأي محكمة أن تتدخل في المسائل التي يحكمها هذا القانون إلا في الأحوال المبينة فيه، وذلك دون إخلال بحق هيئة التحكيم في الطلب من المحكمة المختصة مساعدتها على إجراءات التحكيم وفق ما تراه هذه الهيئة مناسباً لحسن سير التحكيم...".

إذن لهيئة التحكيم كقاضي الأمور المستعجلة الحق في اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية ومبررات ذلك تكمن في:

أ: إن إختصاص محكمة التحكيم باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية يتفق وإرادة الأطراف[٣].

ب: توحيد جهة الفصل في النزاع باقتصاره على جهة التحكيم وحدها[٤].

ج: صلاحية هيئة التحكيم في تقدير ملائمة مثل هذه التدابير[٥].

---

[١] سميت بذلك لأنها تتبع ذات الإجراءات المبحوث عنها في قانون أصول المحاكمات المدنية.

[٢] بيينا الحالات التي يجوز فيها لأطراف التحكيم الإلتجاء إلى هيئة التحكيم.

[٣] أبو الوفا، أحمد، (١٩٨٣)، **التحكيم الاختياري والإجباري**، الطبعة الخامسة، منشأة دار المعارف، ص١٣٣ وما بعدها.

[٤] عبدالستار يوسف، سحر، المرجع السابق، ص١٤٠.

[٥] عبدالستار يوسف، سحر، المرجع السابق، ص١٤٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إن هذه المبررات تتيح لهيئة التحكيم – كالقضاء المستعجل – إصدار أمر باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية اللازمة بناءً على طلب أحد الأطراف لمنع ضرر محدق وشيك الوقوع فلا يكفي الضرر المحتمل الوقوع لإيقاع مثل هذه التدابير[١]، ولها أيضاً اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على دليل أو لإقامة دليل على الوقائع التي يمكن الاعتماد عليها في حل النزاع وذلك بناء على طلب أحد الأطراف.

ومثاله انتقال هيئة التحكيم للكشف الحسي على محل النزاع. بمعرفة خبير ترافقه لهذه الغاية.

كذلك لا يحوز الحكم الصادر في الدفع بعدم الإختصاص سواء بقبوله أم برفضه، حجية الأمر المقضي بالنسبة لموضوع الدعوى، فلا يمنع من إعادة طرح النزاع مجدداً على المحكمة التي أصدرته إذا ما أُلغي حكمها بعدم الإختصاص، غاية الأمر. أن الحكم الصادر بعدم الإختصاص يحوز مجرد حجية محدودة بالنسبة لمسألة الإختصاص التي فصل فيها[٢].

إن السند في ذلك – أي الدفع بإتفاق التحكيم دفعاً بعدم الإختصاص – يمكن إجماله بالحجج التالية:

أ- نص المادة (١٢/أ) من قانون التحكيم المشار إليه آنفاً.

ب- إن إتفاق الأطراف على التحكيم لا يمس أصلاً حق كل منهم في الدعوى، إذا ما وقع اعتداء على حقه وإنما يتعلق الأمر برضا الطرفين على عرض النزاع على هيئة التحكيم، وليس على محكمة الموضوع.

ج- الطبيعة الرضائية لإتفاق التحكيم:

من المعلوم أن إتفاق التحكيم هو إتفاق رضائي وهو بالتالي حق يتعلق بأحد الخصوم – المدعى عليه – وعلى هذا الطرف إثارته في أول مرحلة من إجراءات المحاكمة لأنه دفع غير متعلق بالنظام العام. وهذا ما يستفاد من أحكام المادة (١٠٩) أصول مدنية ومفهوم المخالفة لأحكام المادة (١١١) من ذات القانون.

وبالبناء عليه فإن الدفع بالتحكيم هو دفع إجرائي شكلي أي بالإختصاص المبني على فكرة توزيع ولاية القضاء بين جهات متعددة، لأن الدفع بالتحكيم يؤدي إلى حجب الإختصاص عن جهة القضاء – ولو مؤقتاً – طالما كان إتفاق التحكيم قائماً صحيحاً ومنتجاً لآثاره.

---

[١] يشترط في الضرر الإحتمالي الذي يجوز معه إيقاع التدبير الوقتي:
أ- أن يكون محدق. ب- وشيك الوقوع. ج- مباشراً لازماً لوقوع الضرر في المستقبل.

[٢] الزعبي، عوض، المرجع السابق، ص٣٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولا ينال من هذا القول أنه إذا زال هذا المانع عاد الإختصاص للقضاء العادي بنظر النزاع فبحسب الأصل إذا وجد شرط التحكيم ابتداءً لا ينعقد الإختصاص أصلاً للقاضي العادي. أما في حالة مشارطة التحكيم التي تُبرم بعد وقوع النزاع فإنها تعتبر مانعاً من اللجوء إلى المحكمة العادية. وفي كلا الحالتين يستمر حظر الإختصاص على المحاكم العادية قائماً. وهذا ما يُستفاد من أحكام المادة(١٠/ج) من قانون التحكيم[١].

بمعنى أنه لا يجوز للخصم – كما بيّنا سابقاً – التمسك بإتفاق التحكيم بعد الكلام في الموضوع أو إبداء دفع بعدم القبول. أما من جانب القاضي العادي الذي يطرح عليه نزاع تضمنه إتفاق مبرم بين الخصوم على إحالته للتحكيم فإن القاضي يكون أمام فرضين هما:

الفرض الأول: إذا لم يتمسك الخصوم أو أحدهما بإتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع، فإنه لا يستطيع – أي القاضي – أن يتنصل من التزامه بالفصل في النزاع لأنه هو الأصل فينظر فيه باعتباره صاحب الإختصاص الأصيل في نظره[٢].

الفرض الثاني: إذا تمسك أحد الخصوم بإتفاق التحكيم، تعين على القاضي عندئذ أن يقضي بعدم إختصاصه بنظر النزاع فلولا هذا النزاع لما نُزعت منه ولاية الفصل في المنازعة المطروحة عليه، وهو بذلك – أي الدفع بعدم الإختصاص – هو دفع بعدم إختصاص وظيفي ذو طبيعة خاصة لتعلقه بمصالح الخصوم أطراف إتفاق التحكيم. فمتى فصل القاضي في مسألة الإختصاص جاز للطرف الآخر الطعن بحكمه لدى محكمة الاستئناف[٣].

ويتضح مما سبق أن المشرع الأردني تبنى معيار إيقاف إجراءات التحكيم لأن المادة العاشرة المشار إليها تتيح للمحكمة معاودة النظر من جديد في النزاع الذي توقف إجراءات الدعوى بشأنه بقصد إحالته إلى التحكيم ولم يصدر به حكم لأي سبب، والواقع أن المشرع الأردني اهتم بالأثر السلبي للتحكيم – كما سيأتي على ذكره – أكثر من الأثر الإيجابي بدليل ما ورد بالمادة (١١) من قانون التحكيم [٤].

---

[١] نصت المادة المذكورة على "إذا تم الإتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة، فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم، ويعد هذا القرار بمثابة إتفاق تحكيم مكتوب".

[٢] أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص١٥٢.

[٣] ابو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص١٥٢.

[٤] نصت المادة المذكورة على ".... كما يجوز أن يتم إتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام أية جهة قضائية...".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتوضيح ذلك أن المدعى عليه عندما يدفع بإتفاق التحكيم فهو يعترض في حقيقة الأمر على سلطة الخصم في اللجوء إلى القضاء العادي للفصل في نزاع تم الإتفاق على إحالته إلى التحكيم تنفيذاً للإتفاق الذي أقره المشرع بموجب قانون التحكيم السالف الذكر، وفي هذا تحقيقاً للغاية التي توخاها الطرفان عند إتفاقهم على التحكيم. وعلى هذا النحو إذا ما تم التمسك بإتفاق التحكيم على النحو المتقدم فيجب على المحكمة أن تصدر قراراً بتوقيف الإجراءات إذا ما اقتنعت بأن طالب توقيف الإجراءات كان مستعداً ولا يزال راغباً في إتخاذ التدابير اللازمة لإنتظام سير التحكيم وبأنه ليس هناك ما يحول دون إحالة النزاع للتحكيم حسب الإتفاق، ومن هنا تنطلق إجراءات التحكيم المستعجل.

ويقصد بذلك أن إجراءات التحكيم المستعجل تتسم بالسرعة ومن ثم يجب على المحكم الذي يفصل في النزاع أن يفصل به بصفة مستعجلة بتحرره قدر الإمكان من التقيد بقواعد الإثبات وحريته في تحديد القواعد التي تطبق على الإجراءات بشكل يكفل صدور قراره بأقصى سرعة وأقصر وقت ممكن، وعند ذلك يتم المباشرة بإجراءات التحكيم، فما هي تلك الإجراءات؟

- إجراءات التحكيم.

تكمن إجراءات التحكيم بالمحددات التالية:

أ- قيام المحكم بإجراء التبليغات لأحد الأطراف بأي وسيلة كانت سواء في محل أقامته أو مقر عمله أو عنوانه البريدي المعروف للطرفين أو المحدد في إتفاق التحكيم أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم وإذا تعذر معرفة أي من العناوين بعد إجراء تحريات جدية يعتبر التبليغ منتجاً إذا تم تسليمه بكتاب مسجل إلى آخر مقر عمل أو محل إقامة أو عنوان بريدي معروف للشخص المراد تبليغه، ويتم التبليغ وفق الأسس المعمول بها في قانون أصول المحاكمات المدنية[1].

ب- بعد القيام بإجراءات التبليغ وفق الأصول المقررة في المادة السادسة سالفة الذكر تُباشر إجراءات المحاكمة التحكيمية المتفق عليها وباللغة العربية وعلى ما أشارت إليه المادتين (٢٨، ٢٩) من قانون التحكيم، ثم تتم عملية تحضير الطرفين على مقتضى المادة (٣٢) من قانون التحكيم وتفحص المستندات والاطلاع عليها وإجراء التحقيقات اللازمة التي ترى أنها ضرورية. وللهيئة التحكيمية عقد جلساتها في أي مكان متفق عليه أو تراه مناسباً (م ٢٧ من قانون التحكيم)، ولها الاستماع إلى الشهود أو إجراء الخبرة الفنية. كل ذلك تقوم به الهيئة التحكيمية بعد تمكينها الطرفين

[1] هذا ما أشارت إليه المادة السادسة من قانون التحكيم الأردني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من تقديم لوائحهم الجوابية ودفوعهم عملاً بمبدأ المساواة بين الخصوم المنصوص عليه في المادة(٢٥) من قانون التحكيم[١].

ج- الفصل في كافة الدفوع المتعلقة بعدم الإختصاص بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود إتفاق تحكيم أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع التحكيم فيجب التمسك بهذه الدفوع لمدة لا تتجاوز موعد تقديم اللائحة الجوابية وللهيئة التحكيمية الفصل في هذه الدفوع قبل البت في موضوع التحكيم أو أن تضمها للموضوع لتفصل فيهما معاً. وهذا ما أشارت إليه المادة (٢١) من قانون التحكيم[٢].

د- على المحكمة إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الموعد الذي اتفق عليه الفريقان فإن لم يوجد مثل هذا الإتفاق وجب أن يُصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء الإجراءات التحكيم وفي كل الأحوال يجوز للهيئة التحكيمية تمديد هذه المدة لا تزيد عل ستة شهور ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك. وهذا ما أشارت إليه المادة (٣٧/أ) من قانون التحكيم[٣].

لكن إذا تعذر على الهيئة التحكيمية إصدار مثل هذا الحكم وخلال المدة المحددة أو المدة المتفق عليها كان لطرفي التحكيم تقديم طلب لرئيس المحكمة الابتدائية التي يتبع لها مكان انعقاد التحكيم لإصدار قرار لتحديد موعد إضافي أو أكثر أو بإنهاء إجراءات التحكيم وفي هذه الحالة الأخيرة يستطيع أي طرف رفع الدعوى إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها. وهذا ما نصت عليه المادة(٣٧/ب) من ذات القانون.

أما إذا صدر الحكم فيتوجب على الهيئة التحكيمية بناء على طلب أحد الطرفين تسليمه نسخة من الحكم وخلال مدة ثلاثين يوماً على مقتضى المادة (٤٥) من قانون التحكيم.

وللهيئة التحكيمية القيام بتصحيح الأخطاء الكتابية وتفسير حكمها وعلى مقتضى المادتين(٤٥، ٤٦) من قانون التحكيم.

ولا يفوتنا في هذا المقام أن للهيئة التحكيمية الحق في اتخاذ إجراءات أو تدابير وقتية حماية للحق موضوع النزاع.

---

[١] المليجي، أحمد، (بلا سنة)، **قواعد التحكيم في القانون الكويتي**، بلا دار نشر، ص١٤٧.

[٢] عبدالستار يوسف، سحر، المرجع السابق، ص١١٥.

[٣] نصت المادة المذكورة على "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الموعد الذي اتفق عليه الطرفان، فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم...".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لقد قلنا فيما سبق أن لطرفي التحكيم الطلب من الهيئة التحكيمية اتخاذ طلب أو إجراء أو تدبير مستعجل. ونضيف أن مثل هذا الإجراء أو التدبير يكون بإحدى صورتين:

الصورة الأولى: اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية بناء على طلب أي من طرفي التحكيم.

وهذه الصورة هي ما أشارت إليه المادة (٢٣/أ) من قانون التحكيم ويَشترط فيها:

الشرط الأول: أن يكون هناك طلباً من أي طرفي التحكيم يطلبان فيه من الهيئة التحكيمية اتخاذ إجراء مستعجل[١].

الشرط الثاني: إختصاص الهيئة التحكيمية في الطلب المستعجل.

هذا الشرط يُستفاد من أحكام المادة (٤٣) من قانون التحكيم [٢].

الشرط الثالث: يجب أن يكون الطلب المقدم باللغة المستعملة في الهيئة التحكيمية وأن يشتمل على أسماء الخصوم وملخص لوقائع الطلب وتحديد التدابير الوقتية والتحفظية المطلوب اتخاذها وبشكل واضح لا لبس فيها ولا غموض[٣].

الشرط الرابع: تقديم ضمان كافٍ لتغطية هذه التدابير الوقتية أو التحفظية. وهذا الشرط منصوص عليه في قضاء الأمور المستعجلة المنصوص عليه في المواد (٣٢، ٣٣، ١٤١) من قانون أصول المحاكمات المدنية [٤].

الشرط الخامس: توافر الشروط الواجب توافرها في ركن الإستعجال وصفات هذا الركن - سبق أن بيّنا هذه الشروط وهذه الصفات عند توضيحنا لركن الإستعجال فنحيله إليه تحاشياً للإطالة والتكرار -.

الشرط السادس: صدور الحكم التحكيمي المستعجل بشأن التدبير أو الإجراء المستعجل ويجب أن يكون هذا الحكم مسبباً ومبيناً أسماء الخصوم وعناوينهم وخبراتهم، واسم الهيئة التحكيمية وموجز

---

[١] أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص٢٥٢.

[٢] نصت المادة المذكورة على "إذا عُرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن إختصاص هيئة التحكيم .." وبدلالة المادة (٤٠) من ذات القانون التي نصت على "يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية أو في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها".

[٣] نصت المادة (٤١/ب) من قانون التحكيم الأردني على "يجب أن يشتمل حكم المحكم على أسماء الخصوم وعناوينهم وجنسياتهم وموجز عن إتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرها واجباً".

[٤] نصت المادة (٢٣/أ) المشار إليها بقولها "... وأن تطلب تقديم ضمان كافٍ لتغطية هذه التدابير".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عن إتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه ومبيناً فيه أتعاب المحاماة[١].

الصورة الثانية: أن تأمر الهيئة التحكيمية باتخاذ الإجراء أو التدبير الوقتي.

وسند هذه الصورة أيضاً ما ورد بنص المادة (٢٣/أ) من قانون التحكيم السالفة الذكر.

وخلاصة القول أن الدفع بعدم الإختصاص هو دفع إجرائي شكلي ذو طبيعة خاصة لا يمنع المحكمة الناظرة في هذا الدفع وأثناء سير إجراءات المحاكمة أن تصدر قراراً وقتياً بشأن حق يخشى من فوات الوقت عليه أو زواله، كما لا يمنع المحكمة التي قررت عدم إختصاصها بنظر الدعوى لوجود إتفاق التحكيم أن تصدر قراراً وقتياً – كما بيّناه في الصورتين السابقتين – بشأن مسألة مستعجلة. فالعلاقة بين إختصاص هيئة التحكيم وإختصاص قاضي الأمور المستعجلة تعتمد على صياغة إتفاق التحكيم، أي يجوز التحكيم في الأمور المستعجلة ولكن بإتفاق صريح أما إذا كان إتفاق التحكيم عاماً بخصوص نزاع معين فيجب أن يُفسر على أنه يقتصر على الفصل الموضوعي في النزاع دون المسائل المستعجلة المتعلقة به[٢].

وبعبارة أخرى واضحة وجليّة فإن نزع إختصاص محكمة الموضوع للفصل في موضوع النزاع وإعطاء هذا الحق للهيئة التحكيمية فهذا النزع لا يشمل التدابير والإجراءات التحفظية التي تبقى ضمن الإختصاص النوعي لقاضي الأمور المستعجلة. والسند في ذلك يعود إلى الأمرين التاليين:

الأمر الأول: أن المقصود من وقف الإجراءات سواء الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية، أو في قانون التحكيم تنصرف على موضوع الحق المتنازع عليه ولا يشمل الإجراءات والتدابير التحفظية إذ يستطيع طرفي التحكيم طلبها في أي مرحلة من مراحل التحكيم متى توافرت شروطها.

الأمر الثاني: أنه لا تناقض بين إحالة النزاع للتحكيم والإبقاء على الإختصاص النوعي لقاضي الأمور المستعجلة في المسائل المستعجلة لأنه وإن كان الغرض من التحكيم توفير الوقت واختصار الإجراءات هذه الغايات لا يقوضها اللجوء إلى القضاء المستعجل لاتخاذ تدبير مستعجل بشأن مسألة

---

[١] ما أشارت إليه المادة (٤١) من قانون التحكيم المطابقة لنص المادة (١٦٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية التي نصت على "بالإضافة إلى الرسوم والمصاريف على اختلاف أنواعها تحكم المحكمة بأتعاب المحاماة على الخصم المحكوم عليه في الدعوى".

[٢] المومني، أحمد، المرجع السابق، ص٣٢٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثم الإتفاق بشأنها على التحكيم لأن دور قاضي الأمور المستعجلة هو دور مساعد[١] ومعاون للهيئة التحكيمية وليس دوراً تدخلياً. فقاضي الأمور المستعجلة يحكم بالمسائل المستعجلة على وجه السرعة بصفة مؤقتة وهذه السمات للقضاء المستعجل لا تتعارض مع غايات التحكيم. بل على العكس من ذلك يقوي أركانه ويدعمه دعماً لا يخالجه أدنى شك في إرساء قواعد العدالة الناجزة[٢].

هذا الدور الذي يقوم به القضاء المستعجل يجعل من إختصاصه وإختصاص هيئة التحكيم إختصاصاً مشتركاً إذ يستطيع الأول معاونة الثانية في أداء مهمتها بينما تقوم الثانية بوظيفة الأول إذا اتفق الطرفان على منح هيئة التحكيم سلطة البتّ بالأمور المستعجلة.

وفي كلا الحالتين هناك توافق بين إختصاص القضاء المستعجل في المسائل المستعجلة والتحكيم فلا تعارض في إختصاصات كل منهما.

هذا الإختصاص المشترك التوافقي في اتخاذ التدابير الوقتية مستقر عليه لدى إجماع الفقه والقضاء. حيث أن إرادة الأطراف هي التي تقوم بتوزيع الإختصاص بين الهيئة التحكيمية (الهيئة التحكيمية) والقضاء المستعجل بالمسائل المستعجلة[٣].

هذا الإختصاص المشترك أشار إليه قانون التحكيم الأردني في المادة (٢٣/أ) سالفة الذكر، وهذا الإختصاص المشترك المبحوث عنه في المادة أعلاه لا يعني تنازل الأطراف عن إتفاق التحكيم كما أن وجود هذا الإتفاق لا يعني عدم جواز الالتجاء إلى القضاء لطلب اتخاذ تدابير وقتية.
هذا الإختصاص المشترك هو الأثر المباشر لدفع بعدم الإختصاص.

ثانياً: الدفع بإتفاق التحكيم – دفعاً بعدم القبول

إن الدفع بإتفاق التحكيم يستمد وجوده وكيانه من الإلتزام الإرادي لطرفي إتفاق التحكيم. هذا الإلتزام يقيمه الطرفان بإرادتهما المشتركة المعبر عنها بالإيجاب والقبول، فإذا ما أخل أحد الأطراف بإلتزامه ورفع دعواه إلى القضاء كان للطرف الآخر أن يدفع دعوى الطرف الأول بشرط وجود التحكيم وهو بهذا المعنى يقصد به الأثر السلبي لإتفاق التحكيم وبعبارة أخرى هو دفع منع القضاء من نظر المنازعة محل إتفاق التحكيم.

---

(١) سالم، علي (١٩٩٨)، **ولاية القضاء على التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة، ص١٨١.

(٢) أشرنا إلى ذلك في معرض تناولنا للمادة (٢٣) من قانون التحكيم.

(٣) الحديدي، علي الشحات، المرجع السابق، ص٢٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إذن ما هو المقصود بالأثر السلبي لإتفاق التحكيم وأثر ذلك في إختصاص القضاء المستعجل في إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية.

- ماهية الأثر السلبي لاتفاق التحكيم

إذا كان الدفع بعدم الاختصاص هو الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم، فإن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم هو الوجه الآخر لهذا الاتفاق.

إن الدفع بعدم القبول لا يتعلق بموضوع الحق المدعى به كالدفوع الموضوعية ولا بإجراءات الخصومة كالدفوع الشكلية، وإنما يتعلق بالحق في الدعوى ذاتها فهو الوسيلة التي ينكر بها الخصم حق خصمه في رفع الدعوى لعدم توافر الشروط اللازمة لممارستها. فهو حق يهدف المدعى عليه من استعماله إلى منع المحكمة من نظر طلب المدعي منحه الحماية القضائية وهو بذلك دفع إجرائي يجب إبداؤه مع غيره من الدفوع الإجرائية طالما أنه غير متعلق بالنظام العام.

وقد ساق أنصار هذا الرأي الحجج التالية[١]:

أ- نزول الخصوم بإرادتهم عن اللجوء إلى القضاء المستعجل أو العادي يؤدي إلى أن تفقد الدعوى شرطاً من شروط قبولها بحيث يُمتنع على القاضي العادي الحكم بقبول الفصل فيها.

ب- إن شرط التحكيم لا ينزع الاختصاص عن محاكم الدولة، وإنما يمنعها فقط من مباشرة إجراءات السير بموضوعها.

ج- الخصم الذي وافق على عرض النزاع على التحكيم، يكون قد نزل عن حقه في الفصل في الدعوى عن طريق الخصومة العادية[٢].

د- الاتفاق الكامل على التحكيم لا ينزع الاختصاص الكامل للقضاء العادي بل يظل مختصاً ببعض المسائل المتعلقة بالنزاع محل اتفاق التحكيم[٣].

هـ- إن الحديث عن عدم اختصاص المحكمة بالنزاع محل اتفاق التحكيم يعني أن المحكم هو المختص[٤].

هذا الأثر السلبي لاتفاق التحكيم هو ما يطلق عليه بالدفع بعدم القبول.

---

[١] منهم: راشد، سامية، المرجع السابق، ص٢٣١.

[٢] والي، فتحي، المرجع السابق، ص٤٨٢.

[٣] المليجي، أسامة، المرجع السابق، ص١٢٤.

[٤] هاشم، محمود، المرجع السابق، ص٢٦٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم يتمثل في حرمان أطراف العقد من اللجوء إلى القضاء بصدد موضوع النزاع الذي اتفقوا بشأنه على التحكيم، وذلك لنزولهم عن اللجوء إلى القضاء بمحض إراداتهم واختيارهم ولإقرار المشرع بالحق في اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات التي تنشأ بينهم في حدود النطاق المسموح به للأطراف في التنازل عن حقهم الموضوعي.

وترتيباً على هذا الأثر، فإنه إذا أثار أحد الأطراف في الدعوى المنظورة دفعاً بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم تنفيذاً لاتفاق التحكيم فإن مقتضى ذلك أن إرادة الطرفين قد ارتضت اللجوء إلى طريق خاص لفض نزاعهما بدلاً من اللجوء إلى محكمة الموضوع.

وقد أقر المشرع الأردني هذا الأثر السلبي لاتفاق التحكيم بصريح نص المادة (٨) من قانون التحكيم. أن الدفع بعدم القبول يتفق مع الدفع بعدم الاختصاص في أن كل منهما يهدف إلى منع المحكمة من نظر النزاع محل اتفاق التحكيم، إلا أنهما يختلفان في أنه عندما يدفع الخصم بعدم الاختصاص فإنه ينكر على المحكمة اختصاصها بنظر الدعوى، في حين أنه وفي حالة الدفع بعدم القبول فإن الخصم يرمي إلى إنكار حق الخصم الآخر في طلب الحماية القضائية عن طريق الدعوى وذلك لعدم توافر شروط قبولها المقررة بنصوص قانون أصول المحاكمات المدنية.

والدفع بعدم القبول (الأثر السلبي) يحدث أثره سواء رفعت الدعوى أمام المحكمة المختصة أم غير المختصة وعلى هذا النحو فإنه يتوجب على المحكمة أن ترد الدعوى. بعد أن تقرر عدم قبولها إذا وجدت أن الادعاء بوجود الاتفاق صحيحاً.

وبالتالي فإذا رفعت دعوى أمام القضاء العادي بخصوص منازعة متفق بشأنها على التحكيم كان للمدعى عليه أن يدفع بوجود اتفاق التحكيم وهو دفع لا يتعلق بالنظام العام وإنما مقرر لمصلحة الخصوم، وعلى من تقرر لمصلحته أن يتمسك به قبل الدخول في أساس الدعوى. أي قبل الدخول في موضوع الدعوى، وإلا سقط الحق فيه، وذلك لأن أساس هذا الدفع هو اتفاق الطرفين على التحكيم والتنازل عن حقهما في الفصل في الدعوى عن طريق الخصومة القضائية العادية. وهو بذلك ليس متعلقاً للنظام فلا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها بحجة أن دفع بعدم القبول لأن الدفع بعدم القبول كالدفع بعدم الاختصاص هو من الدفوع الإجرائية الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام[١].

[١] المليجي، أسامة، المرجع السابق، ص١٣٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعلى هذا الأساس فإن أُثير مثل هذا الدفع قامت المحكمة الناظرة بالنزاع برد الدعوى فقط ودون أن تقرر بذات الحكم إلزام الطرفين باللجوء على التحكيم أو اتخاذها لأي إجراء إيجابي يلزم الأطراف باللجوء إلى التحكيم.

إن هذا الموقف يحقق إرادة أحد الطرفين وهو المدعى عليه دون إرادة الآخر (المدعي) وفي ذلك تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة المعبر عن إرادة الطرفين بمشارطتهما التحكيم في العقد المبرم بينهما موضوع نزاعهما.

ولما كان الأمر كذلك فإن الطرفين يكونا ملزمين حكماً باللجوء إلى التحكيم فلا يجوز لأحدهما معاودة رفع الدعوى من جديد أمام قاضي الموضوع وإلا كانت مردودة لسبق الفصل فيها.

إذن فإنه يترتب على الأثر السلبي لإتفاق التحكيم ما يلي:

أ- إستبعاد ولاية قضاء الموضوع من نظر الدعاوى الموضوعية الداخلية في إطار إتفاق التحكيم[١].

من شأن الأثر السلبي لإتفاق التحكيم فرض إلتزام مباشر على قضاء الموضوع مضمونه أن يتخلى عن نظر المنازعات التي يكون موضوعها داخلاً في نطاق إتفاق التحكيم توافرت فيه الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لصحته.

هذا التخلي الوجوبي مناطه تقديم طلب من أحد الأطراف "المدعى عليه"، فالتمسك بإتفاق التحكيم بواسطة إتفاق التحكيم بواسطة أحد الأطراف يؤدي إلزامياً إلى التخلي عن نظر الدعوى موضوع إتفاق التحكيم من قبل قضاء الموضوع حيث أن تخلي قضاء الموضوع عن ذلك قد صار وجوبياً بمجرد أن يتمسك أحد الأطراف بوجود إتفاق التحكيم بمعنى أن قضاء الموضوع يوقف الإجراءات حكماً في نظر الدعوى متى تمسك الطرف الآخر بإتفاق التحكيم.

ب- إن المحكمة حينما ترفض متابعة السير بإجراءات الدعوى فإنها تعني بذلك توجيه الأطراف بالذهاب إلى التحكيم[٢].

لكن هل تملك المحكمة إصدار الحكم بالإحالة إلى التحكيم؟ ثم ما هو المقصود بالإحالة في هذه الحالة؟

الفقرة الأولى: ماهية الإحالة بعد الحكم بعدم الإختصاص.

---

[١] المومني، أحمد، المرجع السابق، ص١٨٢.

[٢] محيسن، إبراهيم، المرجع السابق، ص٩٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يقصد بالإحالة: نقل الدعوى من المحكمة المرفوعة أمامها ابتداءً إلى محكمة أخرى، أيا كان سبب النقل. فإذا تعلق الأمر بحكم بعدم الإختصاص قضت المحكمة المحيلة بإحالة الدعوى إلى المحكمة المحال إليها صاحبة الإختصاص[١].

هذه الإحالة هي إحالة وجوبية بنص المادة(١١٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية[٢].

إن الإحالة المقصود في هذه الحالة هي الإحالة عند الحكم بعدم الإختصاص المكاني دون حالة عدم الإختصاص الولائي فمتى قضت المحكمة بعدم إختصاصها مكانياً بنظر الدعوى وجب عليها وحسب مقتضى المادة أعلاه أن تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة أما إذا قضت بعدم إختصاصها، لانتفاء ولايتها بنظر الدعوى، اقتصر دورها على الحكم بعدم الإختصاص، دون إحالة الدعوى سواء كانت الدعوى المرفوعة إليها لا تدخل في ولاية القضاء بصفة عامة أم كانت داخلة في اختصاص جهة قضائية أخرى أو جهة خاصة.

وعلى هذا النحو متى قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لوجود إتفاق على التحكيم وجب عليها أن تقضي بعدم قبول الدعوى دون إحالة الدعوى إلى هيئة التحكيم لأن الإحالة لا يكون إلا بين المحاكم المنصوص عليها في قانون تشكيل المحاكم النظامية فقط وهيئة التحكيم ليست محكمة نظامية مشكلة وفق القانون المذكور.

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الموقرة بحكم لها على أنه "أن الإحالة بموجب المادة(١١٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية تتم بين المحاكم المنصوص عليها في قانون تشكيل المحاكم النظامية والتي ليس من ضمنها سلطة الأجور وبالتالي فإن وضع محكمة الصلح يدها على القضية وفصلها تم بشكل مخالف للقانون وبالتالي فإن كافة الإجراءات اللاحقة قد تمت بشكل مخالف للقانون مما يتعين معه نقض القرار محل الطعن والذي صدر مخالفاً للقانون"[٣].

إذن نستخلص مما تقدم أن المحكمة يحظر عليها إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم ويقتصر حكمها في هذا الإطار بعدم إختصاصها بنظر النزاع الذي أُتفق على حله عن طريق التحكيم وهذا ما يعرف بالإحالة القاصرة أو عدم الإختصاص النسبي المحدود النطاق كنتيجة للأثر السلبي لإتفاق

---

[١] الزعبي، عوض، المرجع السابق، ص٣٣.

[٢] نصت المادة المذكورة على "إذا قضت المحكمة بعدم إختصاصها وجب عليها إحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة".

[٣] قرار تمييز حقوق رقم (٢٠٠٨/٣٢٨٥)، منشورات مركز عدالة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التحكيم، فهو نسبي من ناحية أن الأطراف يجوز لهم النزول عنه بقبول الخضوع للقضاء وعدم التمسك بإتفاق التحكيم، وهو محدود من حيث أن نطاقه يقتصر على الطلبات الموضوعية محل النزاع ولكنه لا يحول دون ممارسة محكمة الموضوع لدورها في الرقابة والإشراف على صحة الإجراءات وما ينتهي إليه المحكمون في ممارستهم لصلاحياتهم بما في ذلك الفصل في الاعتراضات المتعلقة باختصاصهم. أضف إلى ذلك عدم اعتبار التحكيم عائقاً يحول دون إمكانية التقدم للمحكمة لإتخاذ تدابير وقتية وتحفظية قد يرى أحد الأطراف مناسبة اللجوء إليها تحوطاً لحقوقه أو لدواعي الإستعجال وعلى اعتبار أن السلطة القضائية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية[١].

الفقرة الثانية: إمكانية الإحالة بعد الحكم بعدم الإختصاص لوجود إتفاق التحكيم.

ذهب جانب من الفقه إلى عدم وجود ما يمنع من أن تأمر المحكمة العادية بإحالة الدعوى إلى هيئة التحكيم وحجتهم في ذلك[٢]:

أ- أن إحالة الدعوى إلى هيئة التحكيم يهدف إلى تبسيط الإجراءات.

ب- لم يرد في قانون التحكيم نص يحول دون الأخذ بفكرة الإحالة.

ج- إن الإتفاقيات الدولية الناظمة للتحكيم الدولي تأخذ بفكرة الإحالة إلى هيئة التحكيم، ومن باب أولى تطبيق ذلك في قضاء الدولة الداخلي.

د- إن هيئة التحكيم ذات اختصاص قضائي تباشر إجراءات الخصومة التحكيمية وفق القواعد الإجرائية المتفق عليها. إذ طالما أن هيئة التحكيم قد شكلت وبدأت في نظر موضوع النزاع محل التحكيم، فإنه من مصلحة الأطراف إحالتهم إلى هذه الهيئة.

هـ-ألا يكون إتفاق التحكيم باطلاً.

ورغم وجاهة هذه الحجج إلا أن هذا الرأي تعرض لانتقادات من جانب بعض الفقه[٣]:

أ- إن الحكم الدفع بعدم القبول قد يقف عند حد القضاء بعدم قبول الدعوى للإتفاق على التحكيم دون إحالة الدعوى إلى المحكم وليس في ذلك مخالفة لأحكام القانون.

---

[١] عبدالستار يوسف، سحر، المرجع السابق، ص٢٣٢.

[٢] منهم: الحديدي، علي، (٢٠٠٢)، **القضاء والتقاضي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة**، الجزء الأول، بلا دار نشر، ص٤١٤.

[٣] منهم: المليجي، أسامة، المرجع السابق، ص١٥٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ب- إن إحالة الأطراف إلى هيئة التحكيم يخلق مشكلة في تعيين هذه الهيئة مما يؤدي بالأطراف إلى اللجوء مرة أخرى على القضاء لتعيين هذه الهيئة.

ج- ثم ما مصير الإدعاء المتقابل إن صدر الحكم بعدم قبول الإدعاء الأصلي لوجود إتفاق على التحكيم، هل يلزم القضاء بإحالة الإدعاء المتقابل تبعاً وتوحيداً مع الإدعاء الأصلي على هيئة التحكيم أم أنه يلزم فقط بإحالة الإدعاء الأصلي دون الإدعاء المتقابل إلى هيئة التحكيم.

وأن المشرع الأردني التحكيمي لم يأخذ بفكرة الإحالة إلى هيئة التحكيم وكل ما أورده في هذا الصدد وجوب إصدار المحكمة حكمها في الدفع بعدم القبول دون أن يمتد هذا الحكم الإلزام الخصوم إلى هيئة التحكيم لأن ذلك أمر متروك لإرادة الأطراف واتفاقهم على تشكيل هيئة التحكيم وإختصاصها.

ويسير في ذات الاتجاه القانون المصري في المادة (١٣) من قانون التحكيم الجديد لسنة١٩٩٤ حيث نصت على أنه"يجب على المحكمة التي يرفع إليها النزاع يوجد بشأنه إتفاق التحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمـــة

لـم يكـن القـانون علمـاً قائمـاً بذاتـه بـل يسـتمد مضـمونة مـن الظـروف الواقعيـة للحيـاة، ولا يشـذ القضـاء المستعجل عن ذلك فتبين أنه أيضاً حالة واقعية قوامـه الخطـر المحدق بحق أو بمركز قـانوني لأحـد الأطـراف يسـتدعي معـه اللجـوء للقضـاء المسـتعجل لبسـط الحمايـة المؤقتـة لهـذا الحـق وبهـدف المحافظة عليه وعدم زوال معالمه. وتبين لنا من خلال هذا البحث أن الإستعجال هو الركن الأول فـي الاختصاص النوعي للقضاء المستعجل الذي يرتكز عليه لتحديد مدى تـوافر الحاجـة لحمايـة هـذا الحـق أو ذاك المركز القانوني لأحد الأطراف.

وبيّنا في هذه الدراسـة صـفات الإستعجال وشـروطه وبتمامهـا وتحققهـا يتحقق ركـن الإسـتعجال وهو بذلك يعد الركن الأول الرئيس للقضاء المستعجل.

ثم وبعد ذلك وضحنا المقصود بأصل الحق وشروطه وهو الركن الثـاني للاختصـاص النـوعي للقضاء المستعجل.

ثم تعرضنا إلى مفهوم التحكيم وطبيعته وبشكل مبسط ويسير وتناولنا فيه أثري التحكيم ومدى توافق هذين الأثرين – الأثر الإيجابي والسلبي – والاختصـاص النـوعي للقضـاء المسـتعجل وتوصـلنا إلى أنه لا تعارض بينهما سواء فـي ظـل قـانون أصـول المحاكمـات المدنيـة أو قـانون التحكيم فكليهمـا يهدف إلى تحقيق العدالـة الناجعـة بوسـاطة إجـراءات سـريعة تكفـل الحمايـة المؤقتـة للحـق أو للمركـز القانوني لأحد الطرفين. وبيّنا أوجه التشابه بينهما وشروط الحماية الوقتية.

وتوصلنا إلى أن فكرة الإستعجال واحدة فـي كـلا الاختصاصـين فـالتحكيم يرمـي إلـى تحقيـق الحماية السريعة وكذا الحال للقضاء المستعجل، ودعمنا ذلك باجتهادات قضائية.

وتوصلنا إلى أن الأثر الإيجـابي والسلبي لإتفـاق التحكيم ينـزع إختصـاص محكمـة الموضـوع عن نظر موضوع الدعوى إلا أنه بذات الوقت لا ينزع إختصاص قاضي الأمور المستعجلة فـي إتخـاذ تدابير وقتية وتحفظية تطلبها هيئة التحكيم أو أحد الخصوم كما لا يعني انتزاع هيئة التحكيم فـي اتخـاذ تدابير وقتية في حال لجوء الطرفين إلى هيئة التحكيم المتفق بشأنها.

غاية في الأمر، أن الاختصاص في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية هو اختصاص مشترك بين هيئـة التحكيم وقضـاء الأمـور المستعجلة، فـلا تعـارض بينهمـا وفـي ذلـك تحقيـق العدالـة النـاجزة لكـلا الطرفين، وتوصلنا إلى النتائج التالية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النـتـائج

١- أن القضاء المستعجل يعتبر العامود الفقري لهيئة التحكيم ومعاوناً لها في تسهيل إجراءات التحكيم لأن المشرع الأردني بإبقاء اختصاص قاضي الأمور المستعجلة جنباً إلى جنب اختصاص المحكم لأن في ذلك معاونة للمحكم وتسهيلاً لإجراءات التحكيم.

٢- أن المشرع الأردني عقد الإختصاص في تنفيذ حكم المحكم لدى المحكمة العادية لأن المحكم لا يملك سلطة إجبار لأي طرف من طرفي التحكيم.

٣- الارتباط الوثيق بين التحكيم والاختصاص النوعي لقاضي الأمور المستعجلة وهذه العلاقة الوثيقة تعتمد بالدرجة الأولى على صياغة اتفاق التحكيم.

٤- إن اللجوء إلى القضاء المستعجل لا يعني بأي حال من الأحوال التنازل عن اتفاق التحكيم.

٥- إن السلطة القضائية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية إلا أن ذلك لا يعني التنازل عن إتفاق التحكيم.

٦- أن المشرع الأردني بأخذه بفكرة الإختصاص المشترك في إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية لكل من هيئة التحكيم والقضاء المستعجل وفي ذلك منع تغول هيئة التحكيم على ولاية القضاء المستعجل.

٧- إن المشرع الأردني بإجازته لهيئة التحكيم أو أحد طرفيه باللجوء إلى القضاء المستعجل لطلب التدابير الوقتية والتحفظية رغم وجود إتفاق تحكيم فإن ذلك لا يتعارض مع ما اتفق عليه طرفي التحكيم لأن من شأن ذلك الحفاظ على الحق موضوع المنازعة من الزوال وحمايته من خطر داهم محدق به لأن النظام القانوني للمحكم يختلف عن المركز القانوني للقاضي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التوصيات

١- على المشرع الأردني النص صراحة على إختصاص القضاء المستعجل في إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في الفترة التي تسبق تشكيل هيئة التحكيم لأن في ذلك حماية للحق المتنازع عليه ومنعاً لتأويل الطرفين أيهما الأحق في الإختصاص.

٢- على المشرع الأردني النص صراحة على إيراد نص قانوني ملزم لطرفي التحكيم بدفع الرسم المقرر في جدول الرسوم الملحق بنظام رسوم المحاكم لأن في ذلك حماية للطرف مقدم الطلب من رده شكلاً تماشياً مع ما توصلت إليه الهيئة العامة لمحكمة التمييز.

٣- ضرورة منح الهيئة التحكيمية صلاحية كاملة أسوة بتلك التي يتمتع بها القضاء المستعجل، وفي ذلك احتراماً لما تصدره الهيئة التحكيمية من قرارات إعدادية أثناء الإجراءات التحكيمية.

٤- ضرورة الأخذ بفكرة الإحالة إلى هيئة التحكيم عند صدور الحكم المستعجل بعدم قبول الدعوى وفي ذلك توفيراً للوقت والجهد لطرفي التحكيم، لأن القول بعكس ذلك مدعاة لتقديم طلب جديد للقاضي لتعيين الهيئة التحكيمية.

٥- ضرورة إصدار نظام خاص بأسماء المحكمين المعتمدين في المجالات القانونية المتخصصة أسوة بنظام الخبراء الذي كان معمولاً به سابقاً وبذلك يحقق العدالة الناجزة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المراجع

○ الكتب العربية

١. د. ابوالوفا، أحمد، (بلا تاريخ)، **التحكيم في القوانين العربية**، الطبعة الأولى.

٢. د. ابوالوفا، أحمد (١٩٨٧)، **التعليق على نصوص قانون المرافعات**، منشأة المعارف.

٣. د. ابوالوفا، أحمد (١٩٩٠)، **المرافعات المدنية والتجارية**،: طبعة ١٥، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية.

٤. ابوالوفا، أحمد، (١٩٧٧)، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، الطبعة الثانية، دار المعارف.

٥. أبو خضير، إيهاب، **مذكرات الدفوع والطلبات في دعاوى القضاء المستعجل**.

٦. إسماعيل، خميس السيد (١٩٩١)، **موسوعة القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ وإشكالاته**، الطبعة الأولى، بدون ناشر، القاهرة.

٧. إسماعيل عمر، نبيل (١٩٨٨)، **أصول المرافعات المدنية والتجارية**، الطبعة الأولى.

٨. الأحدب، عبد الحميد (٢٠٠٨)، **موسوعة التحكيم الدولي**، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

٩. بريري، مختار أحمد، (١٩٩٥)، **التحكيم التجاري الدولي**، دار النهضة العربية.

١٠. الجمال، مصطفى محمد، عبدالعال عكاشة (١٩٩٨)، **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**، الطبعة الأولى، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

١١. الحجار، حلمي محمد (٢٠٠٧)، **الوجيز في أصول المحاكمات المدنية**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

١٢. حداد، حمزة، (٢٠٠٧)، **التحكيم في القوانين العربية**، ط١٠، ج١٠، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

١٣. الحديدي، علي الشحات (١٩٩٧)، **التدابير الوقتية والتحفظية في التحكيم الاختياري**، دار النهضة العربية، القاهرة.

١٤. الحديدي، علي الشحات (٢٠٠٢)، **القضاء والتقاضي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة**، الجزء الأول، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية.

١٥. جميعي، عبدالباسط، (١٩٦٩)، **سلطة القاضي الولائية**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، القاهرة.

١٦. راشد، سامية، (بلا سنة)، **التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، إتفاق التحكيم**، منشأة المعارف.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١٧. راغب، وجدي (١٩٧٣)، **نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات**، جامعة عين شمس، العدد(١٥)، ص٢٠٢.

١٨. راغب، وجدي (١٩٨٦)، **مبادئ القضاء المدني**، الطبعة الأولدن بلا دار نشر.

١٩. رشدي، محمد علي (١٩٣٩)، **قاضي الأمور المستعجلة**، مطبعة دار الكتب المصرية.

٢٠. الزعبي، عوض، (٢٠١٣)، **الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني**، الطبعة الثالثة، دار إثراء للنشر والتوزيع.

٢١. زغلول، إسكندر سعد، (١٩٧١)، **الموسوعة في قضاء الأمور المستعجلة**، بلا دار نشر.

٢٢. سالم، علي (١٩٩٨)، **ولاية القضاء على التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة.

٢٣. سامي، فوزي محمد (١٩٩٥)، **التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر.

٢٤. سعد، إبراهيم نجيب، (١٩٧٣)، **القانون القضائي الخاص**، منشأة المعارف.

٢٥. سلامة، أحمد عبدالكريم، (١٩٨٨)، **الاستعجال في المرافعات المدنية والدولية**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية.

٢٦. سلامة، أحمد عبدالكريم، (٢٠٠٦)، **التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية – دراسة مقارنة**، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة.

٢٧. سلطان، أنور، (١٩٨٣)، **مصادر الإلتزام الموجز في النظرية العامة للإلتزام**، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية.

٢٨. السنهوري، عبدالرزاق (١٩٨١)، **مصادر الالتزام**، الطبعة الثالثة، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة.

٢٩. السنهوري، عبدالرزاق (٢٠٠٠)، **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام**، المجلد الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

٣٠. السيد أحمد، حفيظة، (٢٠٠١)، **الإجراءات التحفظية بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم**، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد السابع.

٣١. سيف، رمزي (١٩٦٤)، **الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية**، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة.

٣٢. شتا، احمد محمد عبدالبديع (٢٠٠٥)، **شرح قانون التحكيم دراسة مقارنة وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء وهيئات التحكيم العربية والدولية**، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣٣. شحاته، محمد نور (١٩٩٦)، **مفهوم الغير في التحكيم، دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير**، دار النهضة العربية، القاهرة.

٣٤. الشرقاوي، عبدالمنعم، (١٩٥٦)، **شرح المرافعات المدنية والتجارية**، الطبعة الثانية، الجزء الأول، المطبعة العالمية.

٣٥. شفيق، محسن، (١٩٧٤)، **التحكيم التجاري الدولي**، بلا دار نشر.

٣٦. الصاوي، أحمد (٢٠٠٢)، **التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤**، الطبعة الأولى، مطبعة القاهرة.

٣٧. الطراونة، مصلح، (٢٠٠٨)، **مدى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم في القانون الأردني**، عمان، دار الثقافة للنشر.

٣٨. عبد التواب، معوض (١٩٨٤)، **الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة**، الطبعة الأولى.

٣٩. عبدالحميد، منير، (١٩٩٥)، **قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية**، بلا دار نشر.

٤٠. عبد الدايم، هاني عبد اللطيف (١٩٩٢)، **بحث في حقيقة مفهوم الاستعجال كشرط لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة**، جامعة عين شمس.

٤١. عبدالستار يوسف، سحر (٢٠٠٦)، **المركز القانوني للمحكم**، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية.

٤٢. عبدالله، عز الدين، (١٩٧٩)، **تنازع القوانين في مسائل التحكيم في مواد القانون الخاص**، بلا دار نشر.

٤٣. عبدالقادر، ناريمان (١٩٩٦)، **إتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية**، الطبعة الأولى، بلا دار نشر.

٤٤. القاضي، المالكي، خالد (١٩٧٩)، **قاضي الأمور المستعجلة في التشريع السوري**، منشورات فرع نقابة المحامين في دمشق.

٤٥. كامل، محمد نصر الدين، راتب محمد فاروق (١٩٨٥)، **قضاء الأمور المستعجلة**، الجزء الأول، الطبعة السادسة.

٤٦. كنعان، نواف (٢٠٠٦)، **القضاء الإداري**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

٤٧. مبروك، عاشور (١٩٩٨)، **النظام الإجرائي لخصومة التحكيم**، الطبعة الثانية،الجزء الأول، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٤٨. محمود، سيد أحمد (٢٠٠٧)، **القضية المستعجلة وفقاً لقانون المرافعات**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية.
٤٩. مخلوف، احمد، (بلا سنة)، **اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية**، دار النهضة العربية.
٥٠. مراد، عبدالفتاح، (١٩٨٩)، **المشكلات العملية في القضاء المستعجل**، دار الفكر الجامعي.
٥١. المليجي، أحمد (بلا سنة)، **قواعد التحكيم في القانون الكويتي**، بلا دار نشر.
٥٢. المليجي، أسامة أحمد شوقي (٢٠٠٤)، **هيئة التحكيم الاختياري**، دار النهضة العربية، القاهرة.
٥٣. المومني، أحمد (١٩٨٢)، **التحكيم في التشريع الأردني والمقارن**، الجزء الأول، مطبعة التوفيق، عمان.
٥٤. ناصيف، إلياس (٢٠٠٣)، **الأحكام العامة للشركة**، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
٥٥. نمر، أمينة (١٩٦٧)، **مناط الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة**، منشأة المعارف، الإسكندرية.
٥٦. هاشم، محمود (١٩٩٠)، **النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية**، الجزء الأول، دار الفكر العربي.
٥٧. هرجة، مصطفى مجدي، (١٩٨٢)، **القضاء المستعجل**، الطبعة الثانية، بلا دار نشر.
٥٨. هرجة، مصطفى مجدي، (١٩٨٦)، **أحكام وآراء في القضاء المستعجل والتنفيذ الوقتي**، بلا طبعة، بلا دار نشر.
٥٩. والي، فتحي (١٩٩٣)، **الوسيط في قانون القضاء المدني**، طبعة منقحة دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة.

- **المجلات والدوريات:**

١- منشورات مركز عدالة.
٢- منشورات مركز قسطاس.
٣- مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، دبي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

Conclusion

Law was not been a separate science, but it derives its content from the factual circumstances of life. No exception urgainst of one of the parties or legal status of one of the parties, it requires resort to eztend the temporary protection of this right, in order to mainrain it and not to the demise of its features.

Show us through this research that the urgency is the first pillar in the specific jurisdiction for the urgent elimination which is based upon to determine the availavility of the need to protect this right or that the legal status of one of the parties.

We explained in this study, the characteristics of urgency and his conditions and realize it, will be achieved the pillar of urgency it thus is the first pillar and the main of the urgent elimination.

And then after that, we explained the meaning of the origin the right and his conditions it is the second pillar in the specific jurisdiction for the urgent elimination.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com