سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري

الدكتور سيد أحمد محمود أحمد
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمـــة

أولاً: صور الحماية القضائية(١):

تتنوع صور الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية تبعاً لصور الاعتداء عليها؛ ومن ثم تنقسم إلى:

أ – حماية موضوعية (لتواجه ظاهرة التجهيل بالقانون، ومن ثم التجهيل بالحقوق أو بالمراكز القانونية) ويتولى القضاء الموضوعي في الدولة تحقيقها (محاكم أول درجة "جزئية أو كلية" وفقاً لقواعد الاختصاص القيمي والنوعي، إضافة إلى محاكم ثاني درجة لإمكانية الطعن بالاستئناف في أحكام محاكم أول درجة، وتراقب محكمة التمييز قانونية الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف كأصل عام). ويصدر القضاء الموضوعي قراراته كأصل في صورة أحكام بناء على صحف دعاوى واستثناء في صورة أوامر

(١) بصدد صور الحماية القضائية انظر تفصيلاً لذلك: وجدي راغب وسيد أحمد محمود، قانون المرافعات الكويتي (وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية)، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م، الناشر: مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ص ٢٢: ٤٤.

بناء على عرائض أو في صورة أوامر فاصلة في أصل الحق (أوامر الأداء في حالة الديون الثابتة بالكتابة والمعينة المقدار والحالة الأداء وبعد تكليف المدين بالوفاء قبل تقديم العريضة بخمسة أيام على الأقل، وكذلك في شكل أوامر التقدير)، وذلك استجابة لظروف خاصة حينما يكون الحق ظاهراً لا يحتاج إتيانه إلى واقعة[١].

ب – حماية وقتية أو مستعجلة، وهي حماية لمواجهة خطر التأخير في توفير الحماية الموضوعية للحقوق أو المراكز القانونية، وذلك عن طريق اتخاذ تدابير مستعجلة أو تحفظية. ويختص بذلك القضاء المستعجل (يتولاه قاضي الأمور المستعجلة أو محكمة الموضوع إذا قدم لها الطلب المستعجل كطلب تبعي للطلب الأصلي) الذي يصدر قراراته كأصل في شكل أحكام (م ١١٦ مرافعات كويتي، م ١٧٨ مرافعات مصري) بناء على صحف دعاوى (كإثبات الحالة أو سماع الشاهد أو النفقة الوقتية أو الحراسة)[٢]، وقد يصدر القضاء الوقتي قراراته في صورة أوامر على العرائض كما هو الحال في الحجز التحفظي (م ٢٢٤ مرافعات كويتي، م ٣١٦: ٣٢٠، ٣٢٧ مرافعات مصري)، حيث يكون الغرض منه منع المدين من تهريب أمواله مما يتطلب مفاجأته ويستبعد اتخاذ الإجراءات في مواجهته مقدماً للحصول على إذن بالحجز التحفظي[٣].

---

(١) انظر: وجدي راغب وسيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٢) تتحقق الحماية الوقتية أو المستعجلة في حالة وجود خشية من فوات الوقت (كإثبات الحالة) أو الخطر المحدق (كسماع الشاهد أو التعويض المؤقت أو النفقة الوقتية) أي الخشية من التأخير في إعمال القانون أو تنفيذه، حيث يكون المطلوب فيها اتخاذ تدابير وقتية لوقاية الحقوق من خطر ضياعها بسبب التأخير في حمايتها الموضوعية.

(٣) انظر: وجدي راغب وسيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٢٥. "ومرجع هذه الحماية أن الحق أو المركز القانوني قد يتعرض لخطر داهم يهدده أو ضرر محدق يصيبه، مما يتطلب الأمر معه اتخاذ إجراء عاجل لحمايته إلى حين الفصل في النزاع عليه. ومثل =

ج – حماية ولائية وهي حماية تعالج القصور القانوني في إرادة الأفراد لمصلحتهم أو لحماية مصلحة الغير حينما تعجز الإرادة بمفردها عن إنشاء العمل أو ترتيب آثاره القانونية، لأن تحقيق هذه الحماية يكون من خلال اللجوء للقاضي (قاضي الأمور الوقتية أو رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى أو مدير إدارة التنفيذ) الذي سيكمل إرادة الأفراد في هذا الأمر؛ أي يعالج القصور من خلال إتمام العمل أو ترتيب آثاره أو لمراقبة مدى توافر شروطه الموضوعية والشكلية. والأصل أن تصدر قرارات الحماية الولائية في صورة الأوامر على العرائض كالإذن والإجازة والتوثيق والتصديق والتعيين، واستثناء تصدر في صورة أحكام، كالحكم بالحجر على المجنون أو المعتوه أو الحكم بشهر إفلاس التاجر، وذلك بسبب خطورة القرار على مركز التاجر(١).

د – حماية تنفيذية للحقوق أو المراكز القانونية تكون عند مخالفة القانون، أي عدم مطابقة أحكام القانون مع الواقع مما يستلزم وجود حماية تنفيذية تعمل الجزاء القانوني عند مخالفة قواعده من خلال اللجوء إلى إدارة التنفيذ (في

= هذا الإجراء يكون مؤقتاً لمجرد منع الخطر أو توقي الضرر الذي يتعرض له الحق أو المركز القانوني، كما يكون خارجاً عن النزاع عليه فلا يؤثر على نتيجة الفصل فيه، وتعرف الإجراءات التي يمكن اتخاذها على هذا النحو بالأمور المستعجلة. مثال ذلك إثبات واقعة يخشى زوال معالمها أو تقرير بيع مال قابل للتلف السريع أو إيداعه مخزناً تتوافر فيه متطلبات السلامة المناسبة لطبيعته أو الحجز التحفظي على مال لأحد الطرفين تحت يده أو تحت يد الغير أو فرض الحراسة عليه أو محو إعلان كاذب أو التحفظ على أشياء مقلدة أو وقف أعمال أو أنشطة مهنية، أو تقدير نفقة مؤقتة للمدعي في دعوى المسئولية الذي لا يمكنه الانتظار لحين الفصل فيها"، مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، وضع التحكيم من النظام القانوني الكلي، اتفاق التحكيم – خصومة التحكيم، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، الفتح للطباعة والنشر، بند ١٣٠، ص ١٩٨ وما يليها، والمرجع الأجنبي المشار إليه في نفس المؤلف، ص ١٩٩، هامش ١.

(١) انظر: وجدي راغب وسيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٢٥.

الكويت) أو قاضي التنفيذ (في مصر)، والأصل أن قرارات الحماية التنفيذية تكون في شكل أوامر على العرائض (كالأمر بإيقاع الحجز التنفيذي) واستثناء يكون في شكل حكم (كحكم رسو المزاد العلني عند بيع المال المحجوز في التنفيذ على العقار م ٢٧٦ مرافعات كويتي، م ٤٤٦ مرافعات مصري وذلك لأهمية العقار)[١].

وهكذا يقرر القانون – كقاعدة – شكل الحكم لقرارات القضاء الموضوعي والقضاء المستعجل، في حين يقرر – كقاعدة – شكل الأوامر لقرارات القضاء الولائي والتنفيذي، ولكن توجد استثناءات على هذه القواعد استجابة لمقتضيات الظروف[٢].

ثانياً: المعنى العام والخاص للحماية الولائية:

قد يكون للحماية الولائية – باعتبارها إحدى صور الحماية القضائية – التي تتقرر بناء على السلطة الولائية معنى واسع، وقد يكون لها معنى ضيق:

والمعنى الواسع للحماية الولائية أنها تحقق حماية وقتية أو تحفظية، ومن ثم قد تطلب من طريق الدعوى (أو صحيفة)، ويكون القرار حكماً وليس أمراً، وهذا استثناء مطبق بالنسبة للدعوى المستعجلة التي يختص بها قاضي الأمور المستعجلة (م ٣١، ١/٢١٠ مرافعات كويتي، ٤٥، ٢/٢٧٥ مرافعات مصري)[٣] أو محكمة الموضوع (م ٣١ مرافعات كويتي، م ٤٥/ فقرة أخيرة مرافعات مصري)، وقد تطل الحماية عن طريق عريضة، وهو الأصل كما هو موجود في الأوامر على العرائض التي تصدر من قاضي الأمور الوقتية أو رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى أو من مدير إدارة التنفيذ. ويتسم هذا القضاء بأنه لا يحوز حجية الأمر المقضى، حيث إنه قضاء وقتي وتحفظي يوفر الحماية

(١) انظر: وجدي راغب وسيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٢) انظر: وجدي راغب وسيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٢٥.

(٣) في القانون المصري يفصل قاضي التنفيذ – وفقاً للمادة ٢/٢٧٥ مرافعات – في منازعات التنفيذ الوقتية بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة، في حين أن المختص بهذه المنازعات في القانون الكويتي هو قاضي الأمور المستعجلة نفسه (م ١/٢١٠ مرافعات).

القضائية بسبب الوقت أو الظروف المعاصرة للنزاع، فهو يوفر تدابير عملية تباشر قبل وقوع الضرر ويمنع وقوعه.

أما المعنى الضيق للحماية الولائية التي تتقرر بناء على السلطة الولائية فهي تدابير معجلة أو تحفظية تصدر في شكل أوامر على العرائض، ومن ثم يقوم بها قاضي الأمور الوقتية في المحكمة المختصة (م ٢٢ مرافعات كويتي، م ٢٧ مرافعات مصري)[١] أو رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى (م ١٦٣ مرافعات كويتي، م ١٩٤ مرافعات مصري)[٢] أو مدير إدارة التنفيذ في الكويت (٥/١٨٩ م مرافعات كويتي) أو قاضي التنفيذ في مصر (م ١/٢٧٥ مرافعات)[٣].

ثالثاً: المسائل التي تثيرها السلطة الولائية للمحكم:

تثير السلطة الولائية للمحكم مسائل عدة منها مدى سلطته في إصدار قرارات تحفظية أو وقتية، ومدى سلطته في إصدار أوامر ولائية من حيث الشكل

(١) قاضي الأمور الوقتية في المحكمة الكلية (في الكويت أو الابتدائية في مصر) هو رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه أو من يندب لذلك من قضاتها. وفي المحكمة الجزئية هو قاضيها (م ٢٢ مرافعات كويتي، م ٢٧ مرافعات مصري).

(٢) في الأحوال التي يكون فيها للخصم وجه في استصدار أمر يقدم عريضة بطلبه إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة أو إلى رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى.... (م ١٦٣ مرافعات كويتي). وتنص المادة ١٩٤ من قانون المرافعات المصري على أنه "في الأحوال التي ينص فيها القانون على أن يكون فيها للخصم وجه في استصدار أمر، يقدم عريضة بطلبه إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة أو إلى رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى..."

(٣) ولمدير الإدارة أو من يعاونه من القضاة إصدار الأوامر الولائية في الحالات التي يخول فيها القانون لمدير إدارة التنفيذ سلطة إصدار هذه الأوامر، ويكون التظلم فيها على الوجه الوارد في الفصل الخاص بالأوامر على العرائض، وتعامل من حيث التظلم فيها كالأوامر الصادرة من رئيس المحكمة الكلية (م ٥/١٨٩ ق. المرافعات الكويتي). وتنص المادة ١/٢٧٥ من قانون المرافعات المصري على أن "يختص قاضي التنفيذ دون غيره بالفصل في جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أياً كانت قيمتها، كما يختص بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ".

والمضمون (الأوامر على العرائض)، أو من حيث الشكل فقط (كأوامر الأداء وأوامر التقدير).

وقبل الإجابة عن هذه التساؤلات فإنه يتعين أن ندرس:

أولاً: ما المقصود باصطلاح السلطة الولائية أو باصطلاح "الإجراءات التحفظية أو الوقتية" ؟

ثانياً: هل تتفق طبيعة نظام السلطة الولائية (الذي يستند إلى سلطة الأمر والإجبار والتنفيذ ويفترض عدم وجود نزاع، ومن ثم عدم وجود مواجهة بين الخصوم) مع طبيعة نظام التحكيم (الذي يفترض وجود نزاع معين يفصل فيه محكم مختار من الخصمين ولا يملك المحكم سلطة الأمر والإجبار[١] والتنفيذ ولا يملك إلا سلطة الحكم في النزاع المطروح عليه)؟

ثالثاً: ما موقف كل من الفقه والتشريع والقضاء من مسألة سلطة المحكم في القيام بالأعمال الولائية؟

رابعاً: ما النطاق الزمني الذي يملك المحكم القيام بالعمل الولائي خلاله؟ وهل يملك إصدار العمل الولائي قبل بداية التحكيم أو منذ بداية التحكيم وحتى صدور الحكم؛ وهل يجوز له ممارسة ذلك بعد صدور الحكم؟

خامساً: هل اتفاق الخصوم على تخويل المحكم سلطة القيام بالعمل الولائي يمنع أو يَجُب سلطة قضاء الدولة في القيام بذلك أو يشترك معه قضاء الدولة في هذا الأمر؟

---

(١) وتزيد حدة هذه المشكلة بالنسبة للنزاع المتعلق بالعلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، حيث يكون مكان التحكيم مختلفاً عن مكان تنفيذ الإجراء الوقتي، علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، ط ١٩٩٦، دار النهضة العربية، ص ٤١٥، بند ٤٢١.

رابعاً: خطة البحث:

المقصود بالسلطة الولائية بالمعنى الشكلي هو سلطة إصدار الأوامر على العرائض، في حين أن المعنى الموضوعي لها هو اتخاذ القرار في غيبة النزاع أي الخصومة أو الخصوم. وتتمتع السلطة القضائية في الدولة بالسلطة الولائية كأصل عام، لما لها من سلطة الأمر والإجبار والتنفيذ (لذلك يلزم بيان مفهوم السلطة الولائية عموماً في الفقه التقليدي والحديث وأمثلتها وطبيعة أعمالها ونظامها القانوني، وذلك في المبحث الأول). أما سلطة المحكم الولائية فهي محل جدل فقهي وتشريعي وقضائي سواء على مستوى القانون المقارن عموماً (مبحث ثانٍ) أو على مستوى القانونين الكويتي والمصري (مبحث ثالث)، وخصوصاً أن هذا يرجع إلى عدم تمتع المحكم بسلطة الأمر والإجبار والحكم وإلى ضرورة احترام مبدأ المواجهة لأنه يحسم نزاعاً بين الخصوم؛ لذلك يلزم توضيح مدى مصداقية هذه المسائل من خلال تناول مدى سلطة المحكم الولائية بالنسبة للأعمال الولائية بالمعنى الفني الدقيق (شكلاً ومضموناً، كالأوامر على العرائض عند عدم وجود نزاع) من ناحية، وبالنسبة للأعمال الولائية في الشكل (أمر على عريضة) دون المضمون (حيث يوجد النزاع الخفي، كأوامر الأداء وأوامر التقدير) من ناحية أخرى.

إن معالجة مدى سلطة المحكم في إصدار الأوامر على العرائض كأعمال ولائية بالمعنى الفني الدقيق (المبحث الثالث – المطلب الأول) في القانون الكويتي تتطلب أن نتناول سلطة المحكم العادي في هذا الصدد وفقاً لقانون المرافعات الكويتي لسنة ١٩٨٠، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى نتطرق إلى معرفة سلطة المحكم الولائية في التحكيم القضائي وفقاً للقانون الكويتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ الذي يشكل هيئة التحكيم من خمسة أعضاء (ثلاثة قضاة واثنين من المحكمين العاديين) يرأسهم عضو قضائي بدرجة مستشار (المبحث الثالث – المطلب الأول – الفرع الأول). كما ينبغي إلقاء الضوء على مدى سلطة المحكم في إصدار الأوامر على العرائض وفقاً للقانون المصري للتحكيم (التحكيم الداخلي والخارجي) رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (المبحث الثالث – المطلب

الأول – الفرع الثاني) ثم نستعرض بعد ذلك مدى سلطة المحكم في إصدار الأوامر الموضوعية (أوامر الأداء وأوامر التقدير) في القانونين الكويتي والمصري (المبحث الثالث – المطلب الثاني) حيث تعالج أوامر الأداء كعمل ولائي من حيث الشكل وكقضاء موضوعي من حيث المضمون في كل من القانونين الكويتي (سواء بالنسبة للمحكم العادي أو بالنسبة للمحكم القضائي) والمصري (المبحث الثالث – المطلب الثاني – الفرع الأول) حيث نتطرق إلى كل من القانونين الكويتي والمصري لمعرفة مدى سلطة المحكم – العادي في كل من الكويت ومصر أو المحكم القضائي في الكويت – في إصدار أوامر التقدير كعمل ولائي من حيث الشكل، وكقضاء موضوعي من حيث المضمون (المبحث الثالث – المطلب الثاني – الفرع الثاني)، ونختتم هذه الدراسة بتوضيح وجهة نظرنا في مدى سلطة المحكم الولائية.

المبحث الأول
مفهوم السلطة الولائية

المطلب الأول
تحديد السلطة الولائية وحالاتها

الفرع الأول
تحديد السلطة الولائية والمقصود بالإجراءات التحفظية والوقتية

أولاً: تحديد ماهية السلطة الولائية[١]:

المقصود بالسلطة الولائية وفقاً للفقه التقليدي – في أهم تطبيقاتها – سلطة إصدار الأوامر على العرائض، أو سلطة اتخاذ القرار في غيبة الخصومة أو الخصوم ومباشرة النشاط دون وجود منازعة بين خصمين[٢]. فهو قرار يصدر من القاضي بناء على عريضة يقدمها الطالب دون مواجهة الطرف الآخر[٣]. ويصدر من القاضي ليس باعتباره قاضياً بل باعتباره حاكماً فهو قديماً نشاط إداري تقوم به المحاكم لأسباب تاريخية وعملية[٤]، وإن ذهب الفقه

(١) ZAGHLOUL (A), la juridiction gracieuse, thèse Lyon III, 1981.
عبدالباسط جميعي، سلطة القاضي الولائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يوليو ١٩٦٩ – السنة ١١ – العدد الثاني، ص ٥٧١: ٦٤٧، حسن اللبيدي، أصول المرافعات الولائية، ط ١٩٨٤.

(٢) انظر: المراجع الأجنبية والعربية المشار إليها في: وجدي راغب وسيد أحمد، مرجع سابق، ص ٤٠، هامش ٤٨.

(٣) رمزي سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي، ١٩٧٤، ص ٤١٠، بند ٢٣٠، فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، ١٩٧٧، ص ٤٢٩، بند ٣٢٩، وجدي راغب وسيد أحمد، مرجع سابق، ص ٥٦٤.

(٤) قديماً كان الأصل في وظيفة المحاكم هي الوظيفة الولائية، حيث كانت المحاكم تأمر بناء على تفويض من الحاكم في ذلك حسب نظام الدولة، ولكن حديثاً نشأت الوظيفة =

والقضاء الحديث إلى اعتباره عملاً قضائياً، وهي وجهة النظر التي اعتمدها قانون المرافعات الفرنسي الجديد.

= القضائية للمحاكم التي تحقق المساواة بين المواطنين في العدل من خلال حسم المنازعات بينهم، وذلك بوجود ضمانتين أساسيتين هما استقلال السلطة القضائية عن غيرها من سلطات الدولة وضمان شمول الأحكام على دليل صحتها، أي ضمانة تسبيب الأعمال، معوض عبدالتواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة، ط ١٩٨٤، ص ٨٣١. فإلى جانب هذه الوظيفة القضائية خولت المحاكم أيضاً سلطة إصدار أوامر، وذلك بحكم ولايتها العامة، (عبدالباسط جميعي، سلطة القاضي، مرجع سابق، ص ٦٤٦، بند ١٤٨، للمؤلف نفسه، مباديء المرافعات، ط ٧٣ – ٧٤، ص ١٦٠ وما يليها) سواء أثناء خصومة قائمة أو عند صدور حكم فيها أو من دون خصومة حالية، فهي وظيفة أقرب إلى الإدارة منها إلى القضاء، فهذه الوظيفة الولائية تباشرها بحسب الأصل في صورة أوامر على عرائض (سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات الكويتي، مراحل الخصومة في القضية الموضوعية، القسم الثاني، القضية المستعجلة، الجزء الثاني "التقاضي بدون قضية"، الطبعة الأولى ١٩٩٨، ص ٨١٩).
الأعمال الولائية لا تعد أعمالاً أصلية للقاضي بل هي تكرم منه لأنها لا تدخل في طبيعة وظيفته، وهي الفصل في المنازعات، حيث يمارس القضاء هذه الأعمال بمقتضى ولايته العامة باعتباره من الحكام أو من ولاة الأمور، لذلك سميت بالأعمال الولائية استناداً إلى ولاية القاضي العامة، ومن ثم يصدر أوامر imprédium، ومن المبررات العملية لإسناد الأعمال الولائية للقضاة توافر ضمانات خاصة فيهم، كعلمهم بالقانون وخبرتهم في تطبيقه (وحيادهم وكفاءتهم)، كما أن النشاط الولائي يرتبط بالإرادة الخاصة، والقانون يعترف بسلطان الإرادة، ولكن في بعض الأحوال تحتاج فاعلية الإرادة إلى تدخل سلطة الدولة ممثلة في السلطة القضائية، حيث يهدف التدخل إلى حماية صاحب المصلحة أو يحد من تعسفه أو يعوض قلة خبرته، وتصدر قرارات القضاء الولائي في شكل أحكام مستعجلة أو في شكل أوامر على عرائض، ومن أهم خصائص هذا القضاء أنه لا يرتب حجية الأمر المقضى، فهو قضاء وقتي وتحفظي يوفر الحماية القضائية عند عدم فاعلية القانون بسبب الوقت أو الظروف المعاصرة للنزاع، ويوفر التدابير العملية التي تباشر قبل وقوع الضرر ولمنع وقوعه. (عبدالعزيز طاهر ملا جمعه "المحامي"، الإجراءات الوقتية والتحفظية في التحكيم والعلاقة بين التحكيم والقضاء في دولة الكويت، مجلة المحامي، السنة الثالثة والعشرون، يوليو، أغسطس، سبتمبر ١٩٩٩، ص ٢٩١: ٣١٩، خصوصاً ص ٣٠٢).

والسلطة الولائية وفقاً للفقه الحديث هي السلطة التي تواجه القصور القانوني في إرادة الأفراد عن رعاية مصالحهم القانونية[١]، وذلك بنص القانون إما لأسباب تتعلق بالإرادة – ذاتها – كما في حالة عدم الأهلية أو نقصانها، وإما تتعلق بأهمية المصلحة بالنسبة للغير أو المجتمع فيتطلب القانون تدخل القاضي فيها لمراقبة هذه الإرادة أو تكملتها لتحقيق الرعاية المنشودة، ومن ثم يكون دور القاضي فيها منشئاً[٢] وليس كاشفاً، حيث يسهم مع الأفراد أو يحل محلهم في هذا الإنشاء، ونكون في هذه الحالة إزاء مركز ولائي، أي مركز أو حق مراقب Situation controleé، وهو المركز أو الحق الذي يتطلب إنشاؤه أو ممارسته تدخلاً إلزامياً للقضاء[٣].

ثانياً: المقصود بالإجراءات التحفظية والوقتية:

اختلف الفقهاء حول المقصود بالإجراءات التحفظية والوقتية، فبعضهم[٤] قسمها على أساس الغرض منها إلى إجراءات التحقيق، وهي إجراءات تهدف إلى حفظ الأدلة اللازمة للفصل في النزاع. وإجراءات تهدف إلى حفظ العلاقات القانونية أو توازنها بين الخصوم أثناء الخصومة. وإجراءات تحفظية، وهي إجراءات تهدف إلى صنع أو إحداث حالة واقعية أو قانونية لضمان تنفيذ الحكم

(١) انظر: وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة عين شمس ١٩٦٤، ط ١٩٧٤، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٧٩، ٩٨، وجدي راغب وسيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٤٢.

(٢) انظر: المراجع الأجنبية والعربية المشار إليها في: وجدي راغب وسيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٤١، هامش ٤٩.

(٣) وجدي راغب وسيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٤٢.

(٤) Ph. OUAKRAT "l'arbitrage commercial international et les mesures provisioires, dr. part. com. int., 1988. p. 239, spec. p. 242, No. 11.

مشار إليه في: علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، ط ١٩٩٦، دار النهضة العربية، ص ٤٠٤، بند ٤١٢.

الذي سيصدر). وقد قسمها بعضهم الآخر[١] بحسب مفهومها إلى اتجاه موسع، حيث يعد إجراءً وقتياً كل إجراء يهدف إلى تأمين السير الطبيعي لإجراءات الخصومة. أو إلى اتجاه ضيق، وهي الإجراءات التي تسبق تنفيذ الحكم، ويكون

(١) F.R. MENDEZ "l'arbitrage international et mesures conservatiores, rev. arb. 1984. p. 51, spec. p. 53.

انظر: علي بركات، المرجع السابق، ص ٤٠٤، بند ٤١٢.

الإجراءات الوقتية والتحفظية هي تدابير مؤقتة تتم بصفة مستعجلة ولا تمس أصل الحق، وتكون في صورة طلب تحفظي للحفاظ على إمكانية تنفيذ الحق في المستقبل أو طلب مستعجل لتحقيق مصلحة آنية للطالب أو حمايتها. وتعد هذه الإجراءات حماية قانونية في صورة مستعجلة لمواجهة خطر التأخير في الحماية الموضوعية، حيث يترتب على التأخير أضرار قابلة للاستنفاد بطبيعتها أو حماية عاجلة لمن يبدو للوهلة الأولى أنه صاحب حق، وتنتهي الخصومة فيها إما بزوال الخطر تلقائياً وإما بوساطة أعمال الحماية الموضوعية. والطلب المستعجل للإجراء الوقتي والتحفظي قد يقدم في شكل طلب أصلي أمام دائرة الأمور المستعجلة، وقد يقدم في صورة طلب عارض أثناء سير الخصومة في طلب موضوعي ويعد طلباً تبعياً للطلب الموضوعي، مثل طلب إثبات الحالة أو الحراسة أو تعويض مؤقت أو سماع شاهد. وعند تقديم الطلب المستعجل كطلب أصلي أمام محكمة الأمور المستعجلة يجب أن تكون المنازعة مستعجلة بمعيار موضوعي، أي مستعجلة بطبيعة ظروفها، مثل الخشية من فوات الوقت أو ضياع المصالح أو هلاك محل الحق المتنازع فيه أو تفويت فرصة الانتفاع به أو يقوم اعتداء فعلي يهدد الحق، فإذا لم تكن المنازعة مستعجلة على النحو المذكور فلا محل لرفع الدعوى إلى محكمة الأمور المستعجلة أو طلب إصدار قضاء عاجل فيها فتحكم هذه المحكمة بعدم اختصاصها، والقضاء المستعجل قضاء وقتي وتحفظي لا يفصل في صميم النزاع، لذا يجب توافر شرطي الاختصاص في المستعجل وهما توافر ظروف الاستعجال وأن يكون الإجراء وقتياً لا يمس أصل الحق. ولذلك لا يتمتع الحكم الصادر في الدعوى المستعجلة بحجية الأمر المقضى أمام الطلب الموضوعي أو أمام محكمة الموضوع، فهي حجية مؤقتة ومقصورة على الحكم ذاته، حيث يحق للقاضي أن يعدل عنه بتغير الظروف أو المراكز القانونية، عبدالعزيز طاهر، مرجع سابق، ص ٣٠٣ وما يليها.

الغرض منها ضمان تنفيذ الحكم. وبعضهم الثالث[1] يذكر أمثلة منها (كتعيين حارس على العقار أو تغييره أو إنهاء الحراسة أو إثبات الحالة أو استدعاء خبير أو تسليم عين بصفة مؤقتة، والقيام بالصيانة اللازمة لمصنع ما أو إجراءات المحافظة على السلع موضوع النزاع وطلب إيداعها في مكان أمين أو الأمر ببيعها إذا كانت قابلة للتلف أو الأمر بالحجز التحفظي على أموال الأطراف أو على حقوقه ومستحقاته لدى الغير).

وتتسم الإجراءات الوقتية والتحفظية بالخصائص الآتية[2]:

١ – الطابع التبعي لهذه الإجراءات، حيث لا توجد إلا بصدد نزاع موجود أو سيوجد حول الموضوع الأصلي الذي اتفق بشأنه على التحكيم.

٢ – إجراءات تتسم بالطابع الوقتي، ومن ثم فهي ليست حاسمة أو قاطعة، حيث إن بقاءها متوقف على بقاء الخصومة الأصلية، ولا تتمتع بأي حجية أمام قاضي الموضوع.

٣ – برغم ارتباطها بالدعوى الأصلية فإنها لا تهدف إلى حل النزاع مباشرة بل تهدف إلى تسهيل تحقيق غرض الخصومة الأصلية، وهو إصدار الحكم وضمان تنفيذه مستقبلاً؛ ولذا فإن إجراءات إصدارها مختلفة عن الإجراءات التي تتم أثناء نظر موضوع النزاع.

---

(١) فتحي والي، الوسيط في شرح قانون القضاء المدني، ط ١٩٩٣، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ص ٩٢٢، بند ٤٤٦، د. سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ١٩٨٦، ص ١٣٤، بند ٧٥.

(٢) علي بركات، مرجع سابق، ص ٤٠٥، بند ٤١٢، والمراجع الأجنبية التي أشار إليها في الهوامش من ١ إلى ٣ من الصحيفة نفسها. حول مفهوم الإجراءات التحفظية على مستوى التحكيم الدولي، انظر:

RAMOS - MENDEZ, Arbitrage international et mesures conservatiores, Rev. arb. 1985, 51.

الفرع الثاني
حالات السلطة الولائية[١]

توجد ثلاث طوائف تجسد حالات السلطة الولائية:

الطائفة الأولى: الأمر أو الإذن:

أ – الأمر: هو الطلب الجازم بفعل أو كف عن عمل أو اتخاذ تدبير معين عندما يوجد مقتضى لذلك، كإصدار أمر على عريضة، كالأمر على عريضة لمباشرة القضاء الموضوعي مثل أوامر الأداء (م ١٦٧ مرافعات كويتي، م ٢٠١ مرافعات مصري) وأوامر التقدير (م ١٢٣ مرافعات كويتي، م ١٨٤ مرافعات مصري لأمر تقدير مصروفات الدعوى و م ٢٤٦ مرافعات كويتي، م ٣٦٧ مرافعات مصري لتقدير أجر الحارس) وإن كان لهما قواعد شكلية خاصة، والأمر بحبس المدين (م ٢٩٢ مرافعات كويتي)، والأمر بمنع المدين من السفر (م ٢٩٧ مرافعات كويتي)، وكالأمر الولائي الصادر من قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة التي أصدرت الحكم عند امتناع إدارة الكتاب عن إعطاء الصورة التنفيذية الأولى (م ٢/١١٨ مرافعات كويتي، م ١٨٢ مرافعات مصري)، وكذلك لتسليم الصورة الثانية عند ضياع الصورة الأولى أو تعذر استعمالها لسبب من الأسباب (م ٣/١١٨ مرافعات كويتي)[٢]، وكالأمر بإعفاء الحارس من الحراسة (م ١/٢٤٨ مرافعات كويتي)[٣]، وكالأمر الولائي من مدير إدارة التنفيذ أو من

---

(١) انظر: سيد أحمد، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات الكويتي، الجزء الثاني، ط ١٩٩٨، ص ٨٣٤: ٨٣٧.

(٢) لكن في القانون المصري "لا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية لذات الخصم إلا في حالة ضياع الصورة الأولى. وتحكم المحكمة التي أصدرت الحكم في المنازعات المتعلقة بتسليم الصورة الثانية عند ضياع الأولى بناء على صحيفة تعلن من أحد الخصوم إلى خصمه الآخر" (م ١٨٣ مرافعات مصري).

(٣) في القانون المصري "لا يجوز للحارس أن يطلب إعفاءه من الحراسة قبل اليوم المحدد للبيع إلا لأسباب توجب ذلك، ويرفع هذا الطلب بتكليف المحجوز عليه والحاجز الحضور أمام قاضي التنفيذ بميعاد يوم واحد ولا يجوز الطعن في الحكم الذي يصدر ويجرد المحضر الأشياء المحجوزة عند تسليم الحارس الجديد مهمته ويثبت هذا الجرد في محضر يوقع عليه هذا الحارس ويسلم صورة منه " (م ٣٦٩ مرافعات مصري).

يعاونه من القضاة في الحالات التي يخوله فيها القانون ذلك (م ١٨٩/٥ مرافعات كويتي)[١] والأمر بتنفيذ حكم التحكيم من رئيس المحكمة التي أودع الحكم إدارة كتابها (م ١٨٥ مرافعات كويتي، م ٥٦ ق. التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤)، وكالأمر بتنفيذ المحررات الموثقة الصادرة في بلد أجنبي (م ٢٠٢ مرافعات كويتي، م ٣٠٠ مرافعات كويتي) وكالأمر بالجرد أو وضع الأختام والجرد (م ٤/ ثالثاً، ٢ من القرار الوزاري الكويتي رقم ٧٣ لسنة ١٩٩٠، م ٩٥٥ مرافعات مصري ألغيت بالقانون ١ لسنة ٢٠٠٠، م ١)، ووضع الأختام عند الحجز على مصوغات أو سبائك ذهبية أو فضية أو من معدن نفيس آخر أو على مجوهرات أو أحجار كريمة (م ٣/٢٤٣ مرافعات كويتي، م ٣٥٨/ فقرة أخيرة مرافعات مصري)، وبإجراء من إجراءات التنفيذ (ببيع المنقولات المحجوزة في غير مكانها م ٣/٢٥٦ مرافعات كويتي، م ٣٧٧ مرافعات مصري)، وتقدير أجر الحارس (م ٣٣/ ج، ٢٤٦ مرافعات كويتي، م ٣٦٧ مرافعات مصري) والأوامر الإجرائية البحتة، كالأمر بإنقاص ميعاد التكليف بالحضور (م ٣/٤٨ مرافعات كويتي، م ٣/٦٦ مرافعات مصري) والأمر بإنقاص ميعاد المسافة لمن يكون موطنه في الخارج (م ٢/١٨ مرافعات كويتي، م ١٧ مرافعات مصري)، والأمر بمد ميعاد البيع (م ٣/٢٥٢ مرافعات كويتي، م ٢/٣٧٥ مرافعات مصري) والأمر بالبيع في غير الميعاد والمكان المحدد (م ٢/٢٥٦، ٣/٢٥٦ مرافعات كويتي، م ٣٧٦، ٣٧٧ مرافعات مصري)، والأمر بتحديد جلسة لبيع العقار (م ٤٢٦ مرافعات مصري، استصدار إذن بنشر إعلانات أخرى لبيع العقار م ٢/٢٦٨ مرافعات كويتي)، الأمر بالنشر عن البيع بالصحف وغيرها من وسائل الإعلان أو بلصق عدد من الإعلانات (م ٢/٢٥١، ٢/٢٦٨ مرافعات كويتي، م ٣٧٩ مرافعات مصري)[٢].

(١) والأوامر المتعلقة بالتنفيذ الصادرة من قاضي التنفيذ في مصر (م ٢٧٥ مرافعات).

(٢) وكذلك في القانون المصري الأمر باختصاص الدائن بعقارات مدينه (م ١٠٨٩ مدني، فهو من اختصاص قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية، ذلك بصرف النظر عن قيمة النزاع) أو إصدار أمر وقتي بنفقة وقتية على أموال التركة (م ٨٨٣ مدني، م ٩٥٠ مرافعات)، انظر: سيد أحمد محمود، التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٥٤١ وما يليها.

ب – الإذن: يتحقق الإذن حيث يكون عمل القاضي هو إزالة عائق يمنع صاحب الشأن من اتخاذ إجراء معين أو إبرام تصرف فيلجأ للقاضي ليصرح له بذلك، كالإذن للمحجور عليه بالوقف أو بالوصية (م ١٠٢ مدني كويتي)، والإذن للسفيه بإدارة المال (م ١٠٣ مدني كويتي)، والإذن للولي للتبرع من مال الصغير (م ١٢٧ مدني كويتي) أو بالتصرف بما يجاوز ٢٠٠ ألف دينار (م ١٣١ مدني كويتي) أو الإذن للمساعد القضائي بإبرام التصرف (م ١٠٨، ١٠٩ مدني كويتي) والإذن للوصي بالتصرف (م ٢/١٣٧ مدني كويتي)، والإذن للصغير بالإدارة (م ٩١ مدني كويتي)، ورد الوصية بإذن (م ٢٣٠ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي)، والإذن للحارس بالتصرف (م ٣٣/ب ق. المرافعات ك، م ٧٤١ مدني ك) أو بإدارة المال واستغلاله (م ٢/٢٤٧ ق. مرافعات ك)، والترخيص لمأمور التنفيذ بدخول العقار المحجوز للحصول على بيانات لازمة لوصفه وتحديد مشتملاته (م ٢٦٣/ فقرة أخيرة مرافعات كويتي) وكالإعلان في غير المواعيد وتقصيرها (م ٦ مرافعات ك، م ٧ مرافعات مصري) أو بإجراء التنفيذ في غير المواعيد (م ٦ مرافعات ك، م ٧ مرافعات مصري) المسموح بها (م ٢٠٦ مرافعات ك، م ٢٧٩ مرافعات مصري) أو عند الامتناع عن الإعلان (م ٧ مرافعات ك، ك ٨ مرافعات مصري) أو الإذن ببيع الأشياء المحجوزة المعرضة للتلف (م ٢/٢٥٢ مرافعات ك، م ٣٧٦ مرافعات مصري) أو الإذن بالحجز التحفظي (م ٢٢٤، ٢٢٩ مرافعات ك، م ٣١٩، ٣٢٧ مرافعات مصري)[(١)].

فالإذن هو إباحة القاضي لتصرف معين وتخيير المأذون في إجرائه، كإذن القاضي للوصي في التصرف في بعض أموال القاصر، فهو إذن للقيام بعمل قانوني معين أو بإجراء قضائي معين.

الطائفة الثانية: التوثيق والتصديق لبعض الإقرارات أو التصرفات:

أ – التوثيق: هو إسباغ الصفة الرسمية على إعلانات إرادات الأفراد بمعرفة الموظف العام يعطيها الصفة الرسمية لجميع البيانات الواردة في الورقة

(١) وكالإذن بالجني والحصاد في القانون المصري (م ٣٧٠ مرافعات).

سواء كانت التزامات أو توقيعات بالإضافة إلى التوثيق (م ٧٣ مرافعات ك، م ١٠٣ مرافعات مصري).

ب – أما التصديق: فهو يقتصر على صدق التوقيع على تلك الورقة دون مضمونها ومحتوياتها الأخرى (مثل إشهار ثبوت الوفاة والوراثة، كالإعلام الشرعي، وكذلك إثبات الصلح بمحضر الجلسة م ٧٣ مرافعات ك، م ١٠٣ مرافعات مصري)، وعلى ذلك فالتوثيق والتصديق يكون فيه عمل القاضي مجرد إثبات لما يتم أمامه من تصرفات أو إجراءات أو يكون عمله تصديقاً على تصرف تم خارج مجلس القضاء وعرض على القاضي لفحصه وللتعرف على مدى مطابقته للقانون، كإثبات الصلح في محضر الجلسة والتصديق عليه (م ٧٣ مرافعات ك، م ١٠٣ مرافعات مصري)، والتصديق على التبني وأحكام رسو المزاد (م ٢٧٦ مرافعات ك، م ٤٦٦ مرافعات مصري).

الطائفة الثالثة: التعيين والإنشاء:

١– التعيين:

هو عبارة عن أعمال للمحافظة على أموال القصر ومن إليهم من ناقصي أو عديمي الأهلية من تعيين الأوصياء (م ١١٠، ١١٢، ١١٦، ١١٧، ١٢٢: ١٢٣، ١٢٦ مدني ك) أو القوامة (م ٩٨، ١٠٠، ١٣٨، ١٤١، ١٤٢ مدني ك) أو عزلهم أو مراقبتهم (م ٩٢٤ مرافعات مصري ألغيت بنص القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ م ٩/ ثانياً، ٥٣، م ١١٤ مدني ك، المواد ١٠/٥، ١٤: ١٧/٢، ١٨ من القانون الكويتي رقم ٤ لسنة ١٩٧٤ في شأن إدارة شئون القصر)، أو تعيين الولي على النفس (م ٢٠٩، ٢١٢ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي)، أو تعيين المساعد القضائي (م ١٧ مدني ك)، أو تعيين الحارس (م ٧٣٨ مدني ك، م ٣٣ / هـ مرافعات ك)، أو تعيين البنك أو السمسار أو الصراف الذي يقوم ببيع الأسهم والسندات وغيرها المحجوزة (م ٢٦٢ مرافعات ك) أو تعيين وصي للتركة (م ٩٣٨ مرافعات مصري) أو الأمر بتعيين من يقوم بالبيع بالأسهم والحصص (م ٢٦٢ مرافعات ك، م ٤٠٠ مرافعات مصري).

٢- الإنشاء:

هو القرار الولائي الذي ينشيء حقاً لم يكن موجوداً من قبل وهي سلطة مخولة في الوقت نفسه للقضاء الموضوعي بالنسبة للدعاوى المنشئة (كدعوى الشفعة أو التطليق أو فسخ العقد)[١].

ويختلف الرأي حول نطاق إعمال نظام الأوامر على العرائض، فيرى بعض الفقه أنه قاصر على الحالات المنصوص عليها لأنه استثناء على النظام العادي، وهي الخصومة (م ١٩٤ مرافعات مصري المعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢)[٢]. في حين يرى بعضهم الآخر أن الحالات جاءت على سبيل المثال (م ١٦٣ مرافعات كويتي)[٣]. وهكذا فإن الحالات تكون بالنسبة لعديمي الأهلية أو ناقصيها مثل تعيين وصي للقاصر، والحجر على المجنون أو السفيه وتعيين قيم له ومراقبة الأوصياء والقوام، وكذلك توثيق بعض الإقرارات والتصرفات كإشهار ثبوت الوفاة والوراثة وإثبات الصلح بين الخصوم بمحضر الجلسة والتصديق. وقد تستخدم الأوامر على العرائض بالنسبة لبعض القرارات الإجرائية البحتة، مثل الأمر بتقصير المسافة (م ١٨ مرافعات كويتي، م ١٧ مرافعات مصري) أو الإذن بإنقاص ميعاد الحضور (م ٤٨ مرافعات كويتي، م ٣/٦٦ مرافعات مصري).

(١) لذلك يعد الحكم الصادر فيها حكماً مختلطاً (موضوعي – ولائي)، انظر: وجدي راغب وسيد أحمد، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٢) أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، بند ٢٢ والتعليق على نصوص قانون المرافعات، ج ١، ص ٤٥، مشار إليهما في: وجدي راغب وسيد أحمد، مرجع سابق، ص ٥٦٥، هامش ١٠.

(٣) عبدالباسط جميعي، مباديء المرافعات، ص ١٧٤، فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، ١٩٧٧، بند ٣٢٩، ص ٤٢٩، المراجع الأجنبية والعربية المشار إليها في: وجدي راغب وسيد أحمد، مرجع سابق، ص ٥٦٥، هامش ١١. ويذهب رأي ثالث إلى أن نظام الأوامر على العرائض يعد نظاماً إجرائياً استثنائياً في مجال القضاء الموضوعي والقضاء الوقتي، ومن ثم فإن مجالاته واردة على سبيل الحصر، في حين يُعد نظاماً عادياً في مجال القضاء الولائي والتنفيذ القضائي ومن ثم فإن مجالاته واردة على سبيل المثال لا الحصر، فهو نظام واجب الاتباع أمام القضاء ما لم ينص القانون على غير ذلك، وجدي راغب وسيد أحمد، مرجع سابق، ص ٥٦٦.

وقد ينص القانون على اتباعها لإصدار أمر ولائي، كأمر تنفيذ حكم المحكمين (م ١٨٥ مرافعات كويتي، م ٥٦ ق. تحكيم مصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤) أو الأمر بحبس المدين الممتنع عن التنفيذ بوساطة مدير إدارة التنفيذ[١] أو وكيل المحكمة الكلية (م ٢٩٢ مرافعات كويتي)، وقد ينص على اتباعها لإصدار أمر وقتي، مثل الأمر بمنع المدين من السفر لمدير إدارة التنفيذ أو وكيل المحكمة الكلية (م ٢٩٧ مرافعات كويتي) أو الإذن بالحجز التحفظي (م ٢٢٤، ٢٢٩ مرافعات كويتي، م ٣١٩، ٣٢٧ مرافعات مصري)، كما قد يتطلبها لمباشرة القضاء الموضوعي في بعض الحالات كما في حالة أوامر الأداء وأوامر التقدير، وإن كان يخصهما ببعض القواعد الشكلية الخاصة[٢].

المطلب الثاني
طبيعة السلطة الولائية ونظامها القانوني

الفرع الأول
طبيعة السلطة الولائية

تُعد السلطة الولائية للمحاكم مثل سلطة قضائية وليست إدارية[٣]، لأنها تتميز وتختلف من ناحية عن القرارات الإدارية، ومن ناحية أخرى تشترك مع صور القضاء الأخرى في بعض الخصائص، حيث تخول المحاكم سلطة القيام بها، وينظمها قانون المرافعات، ويستخدم للقيام بها الأشكال الإجرائية العامة التي يستخدمها في سائر أعمال القضاء.

(١) ولكن القانون الكويتي خول لمدير إدارة التنفيذ سلطة إصدار الأوامر على العرائض في حالات محددة على سبيل الحصر وفقاً للمرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٩، انظر: وجدي راغب وسيد أحمد، مرجع سابق، ص ٥٦٧، هامش ١٤.

(٢) وجدي راغب وسيد أحمد، مرجع سابق، ص ٥٦٥.

(٣) انظر: المرجع الأجنبي المشار إليه في: وجدي راغب وسيد أحمد، مرجع سابق، ص ٤٣، هامش ٥٢.

الفرع الثاني
النظام القانوني لسلطة المحاكم الولائية

١ – يتمتع القاضي عندما يباشر السلطة الولائية بسلطة تقديرية واسعة بالنسبة للولاية على المال، في حين أنها منعدمة في حالات التوثيق.

٢ – تعد إجراءات الأوامر على العرائض هي النموذج العام للأعمال الولائية، في حين قد يتطلب القانون في تنفيذ الأعمال الولائية إجراءات الأحكام لإصدار بعض قرارات الولاية على المال، مثل الحجر والحكم الصادر بإيقاع بيع العقار المحجوز عليه والحكم الصادر باعتماد التسوية الودية لتوزيع حصيلة التنفيذ.

٣ – القرار الولائي لا يتمتع بحجية الأمر المقضى على النحو الذي تتمتع به الأحكام[١] – باستثناء الأحكام المختلطة الموضوعية الولائية، كالحكم بالتطليق – لذا يجوز إبطاله بدعوى أصلية ببطلان التصرفات التي تمت بناء عليه لعيب في الشكل أو الإرادة مثلاً.

كما يجوز للقاضي الولائي – قاضي الأمور الوقتية[٢] أو رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى الموضوعية (م ١٦٣ مرافعات كويتي، م ١٩٤ مرافعات مصري)[٣] – العدول عن القرار الولائي وإصدار قرار مخالف بشرط ألا يمس حقوق الغير حسن النية، وأن تذكر أسباب القرار وفقاً للقواعد العامة في الأمر على العرائض (م ٢/١٦٣ مرافعات كويتي، م ٢/١٩٥ مرافعات مصري).

٤ – يتمتع الأمر على عريضة بقوة ملزمة لمن صدر ضده، ويجوز تنفيذه جبراً

---

(١) أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الرابعة عشرة، ١٩٨٦، ص ٧٦١، بند ٥٦٩، فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ص ١٣٩، بند ٨٥، وجدي راغب وسيد أحمد، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٢) هو رئيس المحكمة الكلية (أو الابتدائية) أو من يقوم مقامه أو من يندب لذلك من قضاتها، وفي المحكمة الجزئية هو قاضيها (م ٢٢ مرافعات كويتي، م ٢٧ مرافعات مصري).

(٣) يخول القانون الكويتي لمدير إدارة التنفيذ إصدار الأوامر على العرائض المتعلقة بإجراءات التنفيذ الجبري (م ٥/١٨٩ مرافعات كويتي) في حين يخول القانون المصري لقاضي التنفيذ سلطة إصدار الأوامر المتعلقة بالتنفيذ (م ٢٧٥ مرافعات مصري).

عليه بمجرد صدوره لأنه نافذ نفاذاً معجلاً قانونياً وبغير كفالة ما لم ينص الأمر ذاته على تقديم كفالة لتنفيذه (م ١٩٣/٥ مرافعات كويتي، م ٢٨٨ مرافعات مصري) ولكن يسقط الأمر إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره (م ١٦٣/٤ مرافعات كويتي، م ٢٠٠ مرافعات مصري) وهذا السقوط لا يمنع من استصدار أمر على عريضة من جديد (م ١٦٣/٤ مرافعات كويتي، م ٢٠٠ مرافعات مصري).

٥ – كما يجوز التظلم منه بغير ميعاد بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى (م ١٦٤ مرافعات كويتي، وخلال عشرة أيام في القانون المصري معدلاً بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩)[١]، ويكون التظلم من الطالب أمام المحكمة التابع لها القاضي الآمر. أما من صدر ضده الأمر فيكون له التظلم إما أمام القاضي الآمر نفسه وإما أمام المحكمة التابع لها أو يقوم بإجراءات الطلب العارض إذا قدم مع الدعوى الموضوعية (م ١٦٤/٢، م ٨٥/٢، م ٨٩/١ مرافعات كويتي، م ١٩٧: ١٩٩ مرافعات مصري) وأن يكون التظلم مسبباً؛ ويصدر إما بتأييد الأمر وإما بإلغائه وإما بتعديله. ولما كان الأمر على عريضة أمراً وقتياً فيكون الحكم في التظلم منه حكماً وقتياً ويقبل الحكم في التظلم الطعن المقرر للأحكام، فإذا كان صادراً من المحكمة الجزئية فيكون الاستئناف أمام المحكمة الكلية بدوائر استئنافية، وإذا كان الحكم صادراً من المحكمة الكلية فيكون الاستئناف أمام محكمة الاستئناف. وينفذ الحكم الصادر في التظلم تنفيذاً معجلاً قانونياً بغير كفالة ما لم ينص الحكم ذاته على تقديم كفالة (م ١٩٣/ جـ، ٥ مرافعات كويتي، م ٢٨٨ مرافعات مصري).

لذلك تقتصر دراستنا في مفهوم السلطة الولائية على الإجراءات الوقتية والتحفظية في القانون المقارن (المبحث الثاني) وعلى الأوامر التي يمكن إصدارها من المحكم العادي أو من المحكم القضائي في دولة الكويت أو من المحكم العادي في مصر (المبحث الثالث) كما يلي:

---

(١) وفقاً للقانون المصري يكون التظلم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام المحكمة خلال عشرة أيام من تاريخ صدور الأمر بالرفض أو من تاريخ البدء في تنفيذ الأمر أو إعلانه بحسب الأحوال (م ١٩٧/٢ مرافعات مصري).

المبحث الثاني
مدى تمتع المحكم بسلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في القانون المقارن

المطلب الأول

هل يملك المحكم بصدد النزاع المطروح عليه للتحكيم سلطة إصدار الإجراءات الوقتية والتحفظية، ومن ثم يفصل في الشق الموضوعي والمستعجل أو يبقى لقاضي الأمور المستعجلة سلطة اتخاذ هذه الإجراءات برغم وجود اتفاق على التحكيم ؟

للإجابة عن هذا السؤال ينبغي التفرقة بين ثلاثة فروض[(١)]:

الأول قبل تشكيل الهيئة، والثاني بعد تشكيل الهيئة، والثالث بعد انتهاء مهمة الهيئة.

الفرع الأول
الفرض الأول: قبل تشكيل الهيئة

تنص المادة التاسعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (بصيغته التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ٢١ حزيران / يونيو ١٩٨٥) على أنه "لايعتبر مناقضاً لاتفاق تحكيم أن يطلب أحد الطرفين، قبل بدء إجراءات التحكيم أو في أثنائها، من إحدى المحاكم أن تتخذ إجراءً وقتياً مؤقتاً وأن تتخذ المحكمة إجراءً بناء على هذا الطلب"[(٢)]. ويوجد إجماع فقهي – مصري

(١) انظر بالتفصيل في هذا الصدد: علي بركات، مرجع سابق، ص ٤٠٥: ٤١٦، بنود ٤١٣: ٤٢١.

(٢) انظر: عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، الطبعة الثانية ١٩٩٨، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ص ٤٥٢. وكانت تقابل هذه المادة المادة ٣/٢٦ من قواعد التحكيم للأمم المتحدة لسنة ١٩٧٦، وانظر: م ١٠ من المرسوم بقانون رقم ٩ لسنة ٩٣ بإنشاء مركز البحرين للتحكيم التجاري الدولي التي أحالت إلى تطبيق قواعد التحكيم للأمم المتحدة لسنة ١٩٧٦، ومن ثم تطبق المادة ٢٦ من القواعد المذكورة ما =

وفرنسي[1] – وقضائي[2] على أن مجرد الاتفاق على التحكيم (في شكل

= لم يتفق الطرفان على غير ذلك، وتكاد تكون هذه المادة متطابقة مع المادتين ٩ (تقابلها م ٣/٢٦ من القواعد المذكورة لسنة ١٩٧٦) و ١٧ (تقابلها المادة ١/٢٦ و ٢ من القواعد المذكورة لسنة ١٩٧٦) من القانون النموذجي للأمم المتحدة لسنة ١٩٨٥. انظر: الجريدة الرسمية لدولة البحرين، ملحق العدد ٢٠٦٠، الخميس ٢٩ ذو القعدة ١٤١٣ هـ – الموافق ٢٠ مايو ١٩٩٣.

(١) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، ط ٤، بند ٤٨، ص ١٣١، محمد علي رشدي "قاضي الأمور المستعجلة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ١٩٥٢، مطبعة دار الكتاب العربي، بند ١٦١، ص ٢٣١، محمد علي راتب "قضاء الأمور المستعجلة"، دار النشر الحديث، بند ٣٣٦، ص ٢٢٩، محمد عبداللطيف، القضاء المستعجل، الطبعة الرابعة، ١٩٧٧، الناشر دار النهضة العربية، بند ٦، ص ١٧ وما يليها، وجدي راغب، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – حقوق عين شمس، يناير سنة ١٩٧٣، العدد الأول، السنة ١٥، ص ١٦٧: ٢٧٥، أحمد ماهر زغلول، دروس في المرافعات، ط ٩٣، ص ٣٥٩ وما يليها، بند ٣٠٧ وما يليه.
استقر القضاء الفرنسي على أن قيام شرط التحكيم لا يتعارض مع إمكانية اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة .(Cass. civ. 7 Juin et 9 Juillet 1972, Rev. arb. 1980, p. 78, note courtearoult)
سواء من جانب الخصوم أو المحكمين؛ في حالات الاستعجال وبشرط عدم المساس بالموضوع – وذلك في شأن الإجراءات التحفظية، ويجوز ذلك سواء قبل رفع النزاع أمام المحكم أو في خلال إجراءات التحكيم (منير عبدالمجيد، مرجع سابق، ص ١٦٦، بند ١٢١) على أن يتوافر شرطان: الاستعجال وانتفاء اختصاص هيئة التحكيم بالإجراء الوقتي أو التحفظي.
(J. ROBERT, Arbitrage civil et Commercial, No 139,
مشار إليه في: منير عبدالمجيد، مرجع سابق، ص ١٦٦، بند ١٢١، هامش ٢).
وطبقاً لنص المادة ١/٨٠٩ من قانون المرافعات الفرنسي – يجوز برغم شرط التحكيم – اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة ولو خلال إجراءات التحكيم للأمر بالمسائل الآتية: استرداد البضاعة، إلغاء إعلان كاذب، ضبط الأشياء المزورة، الوقف الفوري للأعمال أو بعض الأنشطة المهنية، طرد واضع اليد من دون سبب، رفع الحجز الموقع دون سند.
ph. BERTIN: "l'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale "Rev. arb. 1982, 331, spe. p. 338 et 341.
وانظر: المراجع العربية والأجنبية المشار إليها في: علي بركات، مرجع سابق، ص ٤٠٦، بند ٤١٤، هامش ١، ٢.

(٢) Cass. civ. 17 Juill. 1957. Bull. civ., 2 no 546, p. 354.
= Cass. civ. 20 Déc. 1982, Bul. civ., 3 no 260, p. 195.

مشارطة أو شرط تحكيم) لا يمنع الخصوم من الالتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة طلباً لاتخاذ أي إجراء تحفظي أو وقتي أو للفصل في الأمور المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت، وذلك لأن الاتفاق على التحكيم ينصب فيه على القضاء الموضوعي دون الوقتي؛ كما أن اختصاص المحاكم بالموضوع لا يمنع من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بالمسائل المستعجلة، واختصاص القاضي المستعجل بذلك تبرره حالة الاستعجال واتخاذ الإجراءات السريعة والفعالة، وتدخل القاضي المستعجل لا يمس موضوع النزاع ولا يحوز حجية الأمر المقضى أمام هيئة التحكيم. ويتجه بعض الفقهاء إلى أن يختص القضاء المستعجل وحده – قبل تشكيل الهيئة – بالبت في الطلبات الوقتية والتحفظية بالشروط نفسها التي يتدخل بها طبقاً للقواعد العامة على أن يضاف إلى هذه الشروط شرط آخر، وهو ألا يكون في إمكان الخصم طالب الإجراء الحصول على الحماية نفسها بعد تشكيل الهيئة(١).

وقضي في الكويت بأنه "لا يجدي الطاعنة في هذا المجال ما تذرعت به من أن الشركة المطعون ضدها الأولى لم تتمسك بشرط التحكيم في دعوى مستعجلة قامت بينهما، ذلك أنه من المقرر طبقاً لما تقضي به المادة ١٧٣ من قانون المرافعات أن التحكيم لا يشمل المسائل المستعجلة ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك، بمعنى الاتفاق على التحكيم إنما ينصرف إلى موضوع المنازعة دون شقها المستعجل ولا يمتد إلى المسائل المستعجلة إلا إذا نص صراحة على امتداده إليها"(٢).

= Cass. civ. 20 Mars 1989, RTDC. 1989, 624.

مستعجل مصر ١٩٥١/١٢/٥ المحاماة، السنة ٣٤، ص ٨٥٣. انظر: أحكام القضاء الفرنسي والمصري المشار إليها في: علي بركات، مرجع سابق، ص ٤٠٧، بند ٤١٥، هوامش ١: ٤.

(١) علي بركات، المرجع السابق، ص ٤١٦، بند ٤٢١.

(٢) تمييز جلسة ١٩٩٣/١٢/١٩، الطعن ٩٣/١٥٧ تجاري، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١٩٩٢/١/١ حتى ١٩٩٦/١٢/٣١ في المواد التجارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية، القسم الثالث، المجلد الثاني (يوليو ١٩٩٩)، ص ٦٧، بند ٣.

نستخلص من هذا القضاء أن اللجوء للقضاء المستعجل هو الأصل مادامت هيئة التحكيم لم تنعقد بعد، ولم يوجد بعد انعقادها اتفاق صريح على تخويلها هذا الأمر، وهذا أيضاً يستفاد بمفهوم المخالفة من المادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي، حيث إن اختصاص القضاء هو اختصاص أصيل مستمد من القانون. ويترتب على اختيار التحكيم عدم جواز لجوء الخصوم إلى القضاء للفصل في الموضوع المتفق عليه في التحكيم ما دام الاتفاق صحيحاً. وهذا المنع الموضوعي لا ينفي اختصاص القضاء المستعجل بنظر طلبات الإجراءات الوقتية والتحفظية المتعلقة بالموضوع، لأن استبعاد قضاء الدولة في النزاع لوجود اتفاق تحكيم ينصب على القضاء الموضوعي دون القضاء الوقتي(١).

وقضي في مصر "بأن مشارطة التحكيم لا تمنع القاضي المستعجل من الحكم في الإجراءات الوقتية والتحفظية، لأنه ليس من العدالة في شيء أن يقف القضاء المستعجل مكتوف اليدين أمام خطر داهم يستوجب اتخاذ إجراء وقتي حتى يفصل في موضوع الحق لا لشيء إلا لأن طرفي الخصومة قد عهدا بالفصل في هذا النزاع إلى هيئة تحكيم، وقد يمتد الفصل في هذا النزاع أمداً طويلاً أمام هذه الهيئة، وقد تتعرض خلالها مصالح أحد الطرفين للضياع، ومن ثم كان حقاً على القضاء المستعجل أن يتخذ إجراءً وقتياً حفظاً لحقوق المتخاصمين حتى ولو كان النزاع مطروحاً أمام هيئة التحكيم لأن في ذلك صوناً للحقوق وعلى الأخص إذا ما لوحظ أن الإجراءات التحفظية هي إجراءات وقتية لا تمس صميم الحق ولا تتعرض لأصل النزاع، وهي بذاتها لا تحوز قوة الأمر المقضى فيه، كما أن منطق القانون لا يمنع من ذلك لأن مناط اختصاص القضاء المستعجل يقوم بصفة عامة على توافر ركني الخطر وعدم المساس بأصل الحق، فإذا ما استوى في الدعوى هذان الركنان كان لزاماً على القضاء المستعجل أن يأمر بما يراه حفاظاً للحقوق على الوجه الذي يستظهره من أوراق الدعوى ومستنداتها، وهو في ذلك يحفظ لهما حقوقهما ويصونها من كل

(١) انظر: عبدالعزيز طاهر، مرجع سابق، ص ٣٠٥.

عبث حتى تقول هيئة التحكيم كلمتها"[١]. كما قضت محكمة جنوب القاهرة الابتدائية "بأن الاتفاق على التحكيم لا يمنع صاحب الشأن من اللجوء إلى القضاء المستعجل في شأن الطلبات الوقتية إلا إذا اتفق على عرضها على التحكيم"[٢]. ويستفاد بمفهوم المخالفة من نص المادة ٤٢ من قانون التحكيم الموحد جواز اللجوء إلى القاضي المستعجل قبل انعقاد الهيئة لإصدار الأحكام الوقتية. وللخصوم الحق قبل اللجوء إلى التحكيم في طلب اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية أو الوقتية (كتوقيع الحجز التحفظي أو المحافظة على الأدلة التي يخشى عليها)، لذلك ووفقاً للمادة ٥/٨ من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية وللأطراف المعنية أن تطلب، قبل تسليم ملف التحكيم للمحكم أو بعد تسليمه، ولكن بصفة استثنائية إلى أي سلطة قضائية اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية دون أن يشكل طلبها مخالفة لاتفاق التحكيم الذي يربطها، ودون المساس بالسلطة المقررة للمحكم في هذا الصدد (وعندئذ يجب دون إبطاء إبلاغ هيئة التحكيم هذا الطلب والإجراءات التي اتخذتها الهيئة القضائية، وتقوم الأمانة بعد ذلك بإعلام المحكم بها، م ٥/٨) ولقد أعدت غرفة التجارة الدولية، إضافة إلى ذلك، نظاماً قبل سلوك التحكيم بمقتضاه يجوز للأطراف اللجوء إلى شخص يصدر تعليمات – تؤدي إلى حل وقتي أو مؤقت للمشكلة الطارئة السريعة التي تظهر أثناء تنفيذ العقد الأصلي محل النزاع انتظاراً للتحكيم – بصدد بعض الإجراءات التحفظية أو تسجيل بعض الأدلة[٣].

---

(١) استئناف مختلط في ١٩٣٦/٤/٢٢، المحاماة، السنة ١٧، رقم ٦١٨، ص ١٢٤٨، بني سويف الجزئية في ١٩٣٠/١/٨، المحاماة، السنة ١١، ص ١٨٣، مستعجل مصر في مصر ١٩٥١/١٢/٥، المحاماة، السنة ٣٤، ص ٨٥٣.

(٢) مستعجل جنوب القاهرة، في ١٩٨٧/٢/٢٨، مشار إليه في: علي بركات، مرجع سابق، ص ٤٠٨، بند ٤١٥، هامش١.

(٣) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، قواعد وإجراءات التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق – جامعة الكويت، السنة ١٧، العدد الأول والثاني، رمضان – ذو الحجة ١٤١٣ هـ، مارس – يونيو ١٩٩٣ م، ص ٥٩: ١٠٩، خصوصاً ص ٧٨ وما يليها.

وهكذا يذهب الاجماع الفقهي إلى أن صاحب المصلحة يستطيع الاستعانة بقضاء الدولة المختص أصلاً بتوفير تلك الحماية لتذليل الصعوبات التي تواجهه برغم وجود اتفاق على التحكيم أو بعد فض هيئة التحكيم وخصوصاً أن ما يصدره من أحكام وأوامر لا تكون له حجية أمام هيئة التحكيم[١] وإلى هذا ذهب القضاء[٢].

الفرع الثاني
الفرض الثاني: بعد تشكيل الهيئة

توجد ثلاثة اتجاهات فقهية وتشريعية بصدد سلطة المحكم في مسألة الإجراءات التحفظية أو الوقتية على النحو التالي:

الاتجاه الأول: يرى أن اختصاص قضاء الدولة باتخاذ الإجراءات التحفظية أو الوقتية يكون قاصراً عليه ولا يشاركه في ذلك المحكم[٣]، وذلك لاعتبارات عملية منها: (أ) وجود ضمانات خاصة في القضاة لدرايتهم ومعرفتهم بالقانون والخبرة في تطبيقه. (ب) كما أن استبعاد قضاء الدولة لوجود اتفاق التحكيم ينصب على القضاء الموضوعي دون القضاء الولائي أو الوقتي. (جـ) ولا يملك المحكم سلطة الإجبار

(١) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الرابعة، ١٩٨٣، منشأة المعارف بالإسكندرية، بند ٤٨، ص ١٣٠ وما يليها، فتحي والي، الوسيط، ط ١٩٩٣، ص ٩٢٢، محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٣، ص ١٨٠ وما يليها، عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء، دار المعارف، ١٩٨٦، ص ١٩.
MATTHIIEU de Boisséson, le droit français de l'arbitrage éd. 1990, no 295, p. 249.
انظر: المراجع الفقهية العربية والأجنبية الواردة في: عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، الطبعة الثانية، ط ١٩٩٨، مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة، ص ٢٧٠، بند ١٥٦، هامش ١.

(٢) انظر: أحكام القضاء المصرية والفرنسية المشار إليها في: عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٧٠، بند ١٥٦، هامش ٢.

(٣) انظر: في عرض هذا الاتجاه، حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، ط ١٩٩٦، ص ١٨ وما يليها، هامش ١.

imperium بوصفه قاضياً خاصاً لا في مواجهة الأطراف ولا في مواجهة الغير. (د) وأن هيئة التحكيم لا تعقد جلساتها بصورة دائمة وإنما قد تجتمع على فترات متقاربة أو متباعدة، ومن ثم فقد يجد من الأحداث ما يبرر اتخاذ إجراء تحفظي أو وقتي في غير أوقات انعقادها ويصعب اجتماع أعضائها بالسرعة الكافية لاتخاذ الإجراء المطلوب. (هـ) وأن نظام التحكيم يتطلب احترام المواجهة في حين أن اتخاذ الإجراءات التحفظية أو الوقتية يستوجب إضافة إلى السرعة عنصر المفاجأة، فاحترام مبدأ المواجهة فيها يضيع الغرض من هذا الإجراء ويعطي الخصم سيئ النية الفرصة لتعطيل اتخاذه. (و) كما أن الأصل الاتفاقي للتحكيم لا يجعل للمحكم سلطة تجاه الغير الذي يمسه الإجراء، ومن ثم تكون سلطة المحكم عديمة الأثر من الناحية العملية. (ز) كما ان المحكم لا يملك سلطة تنفيذ الأحكام الصادرة منه سواء أكانت موضوعية أم وقتية مما سيضطر الخصوم إلى اللجوء للقضاء للحصول على أمر بتنفيذ هذه الأحكام فيكون من الأفضل اللجوء للقضاء من البداية. (ح) كما أنه لا يمكن الاستناد إلى أحكام النقض الفرنسية التي منعت القضاء المستعجل من النظر في منح الدائن نفقة وقتية بعد تشكيل الهيئة لأنها أسست قضاءها على أن النفقة لا يمكن اعتبارها إجراءً تحفظياً أو وقتياً، بدليل أن المشرع لم يشترط لمنحها شرط الاستعجال وإنما عدم وجود منازعة جدية حول أصل الدين (م ٢/٨٠٩ من قانون المرافعات) ولم يشترط حداً أقصى للنفقة مما دفع الخصوم إلى المبالغة في تقدير ذلك بشكل يمس موضوع النزاع، وهو المجال المحجوز للمحكمين، إضافة إلى أن بعض الإجراءات التحفظية لا يملك فيها المحكم سلطة الجبر ومن ثم تطلب من قاضي الدولة كطلب توقيع الحجز التحفظي على أموال المدين أو على حقوقه ومستحقاته لدى الغير[١].

(١) محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، دراسة مقارنة، ط ١٩٨٥ م – ١٤٠٥ هـ، دار الفكر العربي، بند ٨١/٤، ص ٢٤٥ وما يليها.
Cass. civ. 14 Mars 1984, Rev. arb. 1985, p. 69, note C., BERNARD, l'arbitrage, op. cit, p. 66.

انظر: المراجع المصرية والفرنسية المشار إليها في: عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٧٦، بند ١٦٢، هامش ١٥، ١٦، وفي: علي بركات، مرجع سابق، ص ٤١٢، بند ٤١٩، هامش ٢: ٣.

وينص الوفاق السويسري للتحكيم (م ١/٢٦ منه) على أن "السلطات الوطنية هي التي تختص وحدها باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية"[١] ويأخذ بذلك القانون اليوناني، حيث تنص المادة ٦٨٥ من قانون المرافعات على أن "القضاء المستعجل هو الذي يختص وحده باتخاذ الإجراءات الوقتية" وتنص المادة ١/٨٨٩ من القانون نفسه على أنه "لا يجوز للخصوم باتفاقهم على التحكيم الخروج على هذه القاعدة، كما لا يملك المحكمون تعديل أو إلغاء أي إجراء وقتي سبق للقضاء أن اتخذه"[٢].

وتقرر المادة ٧٥٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي أنه ليس للمحكمين أن يأذنوا بالحجز ولا بأي إجراءات تحفظية. وإذا أذن أي قاضٍ مختص بالحجز في قضية منظورة بطريق التحكيم فعليه أن يقرر صحة الحجز دون المساس بموضوع القضية، وعلى هذا القاضي أن يصدر قراراً بإلغاء الحجز حينما يقرر المحكون ذلك. وهذا ما تقرره أيضاً صراحة المادة ٨١٨ من قانون المرافعات الإيطالي التي تعالج إمكانية الأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية[٣].

الاتجاه الثاني: خضوع الإجراءات التحفظية أو الوقتية المتصلة بالمنازعة المتفق بشأنها على التحكيم لاختصاص المحكم وحده. ويستند هذا الخضوع إلى إرادة الأطراف ذاتها على أساس وجود شخص (المحكم) يتولى الفصل في ذلك بعد تشكيل الهيئة، ومن ثم فلا حاجة للجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة،

---

(١) ولا يلتزم الخصوم بما تصدره هيئة التحكيم من إجراءات وقتية إلا إذا قبلوها بإرادتهم الحرة، ومن ثم يُعد ما تصدره هيئات التحكيم في هذا الصدد مجرد اقتراحات لا تحوز القوة التنفيذية ويمكن للخصوم اللجوء إلى القضاء برغم ذلك إذا كان ما أصدره المحكمون غير كاف أو لم يتم تنفيذه اختيارياً من جانب أحد الخصوم. انظر: المرجع الذي أشار إليه علي بركات، مرجع سابق، ص ٤٠٩، بند ٤١٧، هامش ١.

(٢) انظر: المرجع الذي أشار إليه علي بركات، مرجع سابق، ص ٤٠٩، بند ٤١٧، هامش ٢.

(٣) انظر: المراجع التي أشار إليها عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة، ص ٢٧١، بند ١٥٧، هامش ٣.

وأن هذه الهيئة هي الأقدر من غيرها على تقدير مدى ملاءمة اتخاذ مثل هذه الإجراءات، كما أنها تملك الفصل النهائي في موضوع النزاع، ومن باب أولى تستطيع اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تمس هذا الموضوع، بالإضافة إلى ما يحققه ذلك من اقتصاد في النفقات وتوفير في الوقت وسهولة تنفيذ ما تأمر باتخاذه من إجراءات وقتية أو تحفظية وتوحيد جهة الفصل في النزاع، وأن فلسفة نظام التحكيم تسمح بهذا الحل، فالخصوم قد اختاروا طريق التحكيم بإرادتهم وارتضوا به بديلاً عن اللجوء إلى القضاء، ومن ثم فإنهم لن يمتنعوا عن تنفيذ ما يتخذه المحكم من إجراءات وقتية أو تحفظية(١).

ولقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الرأي في بعض أحكامها وقضت بأنه لا يجوز للدائن بعد تشكيل هيئة التحكيم أن يلجأ إلى القضاء طلباً لنفقة وقتية، وإنما تملك هيئة التحكيم وحدها الفصل في هذا الطلب(٢).

---

(١) اتجه رأي في الفقه الفرنسي إلى أن قاضي الأمور المستعجلة لا يختص بنظر المسائل المستعجلة إذا كان النزاع الموضوعي مطروحاً بالفعل على المحكمين.

A. BERNARD, l'arbitrage volontaire, 1937, p. 66.

ولكن ذهب رأي في الفقه المصري (أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٤٨، ص ١٣١)، إلى انه إذا اتفق الخصوم صراحة في عقد التحكيم على أن المحكم يختص وحده أيضاً بنظر المسائل المستعجلة فمن الواجب احترام هذا الاتفاق. ومع ذلك حكم بأنه حتى في حالة الاتفاق الصريح على اختصاص المحكم بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت فإن القضاء المستعجل يختص بنظر المسائل إذا كان ليس من الميسور لهيئة التحكيم أن تفصل على الفور فيها لسبب يتصل بتشكيلها مثلاً أو أي سبب جدي آخر (نقض فرنسي ٢١ يونيو ١٩٠٤، سيريه ١٩٠٦، ١، ٢٢، مشار إليه في: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، بند ٤٨، ص ١٣١، هامش ٣).

(٢) Cass. civ. 14 Mars, 1984, Rev. arb. 1985, 69, cass. civ. 6 Mars 1990, Rev. arb. 1990, 633.

انظر: المراجع المصرية والفرنسية المشار إليها في هذا الصدد في: علي بركات، مرجع سابق، ص ٤١١، بند ٤١٨، هامش ١: ٣ في الصحيفة نفسها، وانظر: تفصيل هذا الاتجاه وتقديره، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص ٢٣ وما يليها.

ولقد أشار الفقه الفرنسي J. VINCENT et S. GUINCHARD =

ويذهب رأي[1] إلى أن هيئة التحكيم تختص وحدها بالبت في الطلبات الوقتية والتحفظية بعد تشكيلها إلا في حالتين؛ الأولى أن ينطوي الإجراء المطلوب على سلطة الجبر ويرفض الخصم أو الغير الذي اتخذ ضده الإجراء تنفيذه طواعية؛ والثانية أن يكون الإجراء المطلوب سيتم اتخاذه في دولة غير الدولة التي يجلس فيها المحكمون حتى ولو لم ينطو الإجراء المطلوب على

= Procédure civile, vingt et unième édition, Dalloz, 1987, No 1357 bis, p. 1079.

إلى أن وجود شرط التحكيم لا يمنع من اللجوء إلى القاضي المستعجل مادام الاستعجال قد توافر.

Com. 29 Mai 1978, Rev. arb. 1979. 221, note Rubellin - Devichi - contra: Orléans, 16 Juin 1983, J.C.P. 1984. 11. 20130, note N.S.; Paris, 22 Oct. 1985, D. 1986. I.R. 66, P. BERTIN, le référé et le nouvel arbitrage, G. Pal. 1980. 2. Doct. 520, X. TANDEAU et MARSAC, le référé francais et l'arbitrage international, G. Pal. 1984. 2. Doct. 375.

ولكن حديثاً لا يشترط الاستعجال بل يكفي حتى ينعقد الاختصاص للقاضي المستعجل بصدد اتخاذ إجراءات التحقيق في المستقبل الاستناد إلى المادة ١٤٥ من قانون المرافعات.

Civ. 3e, 20 Déc. 1982, Gaz. pal. 1983 pan. 134, obs. GUINCHARD, Rev. trim. dr. com. 1983. 552, obs. Dubarry et Bénabent.

أما بالنسبة للنفقة الوقتية فيقبل ذلك في ظل وجود شرط تحكيم.

Paris, 19 Déc. 1980, Rev. trim. dr. com. 1981. 730, obs. Dubarry et Bénabent, Rev. arbit 1983. 181., note Moreau; 19 Oct. 1984, Gaz. Pal. 1985. somm. 32 - contra: Paris, 3 Juill. 1979, J.C.P. 1980. 11. 19389, note Couchez; 22 Oct. 1985, Rev. arbit. 1986 250, Versailles 23 Janv. 1985, Gaz. pal. 28 Oct. 1986. somm.

أما في المشارطة فيوجد تحفظ عندما تكون محكمة التحكيم منعقدة.

La 3e chambre admet cette saisine,mais en exigeant l'urgence alors qu'elle n'est pas une condition du référé Ù provision: civ. 3e, p Juill. 1979, J.C.P. 1980. 11. 1938¿, note Couchez; Rev. arbit 1980. 78, note courteault; colmar, 7 Oct. 1981, Rev. trim. dr. com. 1981. 731, obs. Dubarry et Bénabent; Paris 10 Juin 1982, Rev. arb. 1983. 181, note Morea. Cette possibilite est repoussée par la 2e chambre en arbitrage interne (civ. 2e, 18 Juin 1986, G. p. 13 Janv. 1987. somm. annotés, obs. Guinchard et Moussa, Rev. arbit. 1986. 565, note Couchez) et par la première en arbitrage international (civ. 1re, 14 Mars, 1984, D. 1984. 629, Rapp. Fabre et note Robert, J.C.P. 1984. 11. 20205, concl. GULPHE et note SYNVET, Rev. trim. 1985. 208, obs. Normand, Rev. arbit 1985. 69, note Couchez), V. COUCHEZ, référé et arbitrage, Rev. arb. 1986. 2. 155.

(١) علي بركات، مرجع سابق، ص ٤١٦، بند ٤٢١.

سلطة الجبر. وفي الحالات التي يجوز فيها لهيئة التحكيم اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية يجب الحصول على أمر تنفيذ الحكم الصادر بالإجراء المطلوب في حالة اعتراض أحد الخصوم. كما يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر الخصم طالب الإجراء بتقديم أي ضمانات، كالكفالة قبل الأمر باتخاذ الإجراء الوقتي. وأن تأمر بتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في هذا الشأن نفاذاً معجلاً طبقاً للقواعد العامة(١). ولكن يبقى التنفيذ من سلطة جهات الدولة المختصة.

وهكذا إذا كانت هيئة التحكيم قد تشكلت ولا يتطلب الأمر استخدام القوة الجبرية فينعقد الاختصاص لهيئة التحكيم فقط، وكذلك الحال لو كانت هيئة التحكيم لم تشكل بعد ولكن لا يوجد عنصر الاستعجال والضرورة التي تحتم اتخاذه فوراً، حيث ينتظر تشكيل الهيئة لتباشره بنفسها، علماً بأن تحديد الوقت الذي تكون فيه الهيئة قد تشكلت يخضع لقواعد الإجراءات المطبقة(٢).

أما إذا كانت الإجراءات المطلوب اتخاذها متعلقة بالغير أو ذات طبيعة قمعية فإن الاختصاص يظل منعقداً لقضاء الدولة في تلك الحالات بجانب هيئة التحكيم برغم تشكيلها، وذلك من أجل ضمان فعالية الإجراءات التحكيمية، ومن باب أولى إذا كانت هيئة التحكيم لم تتشكل بعد(٣).

ولكن الفقرة «أ» من المادة الحادية عشرة من نظام جمعية التحكيم الفرنسية تحظر اللجوء إلى قضاء الدولة بعد تشكيل هيئة التحكيم، حيث تنص

---

(١) علي بركات، مرجع سابق، ص ٤١٦، بند ٤٢١.

(٢) MATTHIEU de BOISSESON, le droit français de l'arbitrage éd. 1990, p. 761.

(٣) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، ص ١٣، وبند ٤٨، ص ١٣١، عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، ص ٢٤٨، مشار إليهما في عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٧٧، بند ١٦٢ إضافة إلى المراجع الأجنبية المشار إليها فيه في الصحيفة نفسها، هامش ١٧. وفي ألمانيا تذهب قلة من الفقهاء وبعض أحكام القضاء إلى أنه بإمكان المحكم الأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية اللازمة، في حين لا تجيز الأكثرية للمحكم الأمر باتخاذ تلك الإجراءات إلا في حال الاتفاق عليها أو إذا كانت لائحة التحكيم التي أحيل إليها تجيز له الأمر باتخاذها.
A. KOHL, L'arbitrage au droit allemend, Rev. int. dr. comp. 1990, 1, 7.

على أن أطراف التحكيم لا يمكنهم بعد تشكيل محكمة التحكيم تقديم مثل تلك الطلبات إلا أمام محكمة التحكيم أو رئيسها بحسب الأحوال[١].

الاتجاه الثالث: الاختصاص المشترك بالإجراءات التحفظية أو أو لقضاء الدولة والمحكمين[٢]: وزع القانون المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في المواد ١٤، ٢٤/١، ٢٤/٢) الاختصاص باتخاذ الإجراءات التحفظية والوقتية بين القاضي والمحكم، فأعطى للقضاء – من حيث الأصل – سلطة اتخاذ هذه الإجراءات (م ١٤ ق. التحكيم الموحد) – والذي يتقيد في اعتقادنا بحالات إصدار الأوامر على العرائض المحددة قانوناً وفقاً للمادة ١٩٤ من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ – ولكنه أجاز في الوقت نفسه للخصوم الاتفاق على إعطاء هذه السلطة لهيئة التحكيم (م ٢٤ ق. التحكيم المصري الموحد)[٣].

(١) MOREAU et BERNARD, droit interne et droit international de l'arbitrage, 2e éd. Paris, 1985, op. cit., p. 149.

مشار إليه في عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٧١، بند ١٥٨، هامش ٤.

(٢) بصدد عرض هذا الاتجاه وتقديره، انظر: حفيظة السيد، مرجع سابق، ص ٢٨ وما يليها.

(٣) علي بركات، مرجع سابق، ص ٤١٣ وما يليها، بند ٤٢٠، فالمشرع المصري في المادة ١٤ من قانون التحكيم الموحد أجاز اللجوء إلى قضاء الدولة للحصول على الحماية العاجلة والسريعة إذا ما تطلبت الظروف ذلك، حيث إن المحكم لا يملك سلطة التنفيذ مما يبطل فعالية الإجراءات التي يتخذها من الناحية العملية، حيث إنها محصورة في السلطة العامة ممثلة في قضاء الدولة (فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، ص ٢٩٤، عبدالحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٥٢، مشار إليهما في عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٧٨، بند ١٦٣، هامش ١٨)، إلا إذا كان قانون الإجراءات الواجب التطبيق يعطي للمحكم الحق في إصدار مثل تلك الأوامر (عبدالفتاح مراد، شرح قوانين التحكيم، ص ١١٢، مشار إليه في: عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٧٨، بند ١٦٣، هامش ١٩). لذلك نص المشرع المصري في مادته ٢٤ من قانون التحكيم الموحد على جواز اتفاق طرفي التحكيم على إعطاء المحكم حق إصدار قرارات لاتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية كانت أم وقائية، ولكن هذا الاتفاق لا يصادر اختصاص المحاكم القضائية بل يظل قائماً أيضاً بدليل اللجوء إليها للحصول على الأمر بالتنفيذ (فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، ط ٢، عمان ١٩٩٢، ص ٢٩٧، مشار إليه في: عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٧٩، بند ١٦٣). انظر: ما سيلي: ص ٥٧ وما يليها.

وعلى ذلك تنص المادة ١٤ من قانون التحكيم الموحد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة(١) من هذا القانون أن تأمر، بناء على طلب أحد طرفي التحكيم، باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها". وتنص المادة ٢٤ من القانون نفسه على أنه "(١) يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، بناء على طلب أحدهما، أن تأمر أياً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات 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 في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون الآمر بالتنفيذ".

وتضيف المادة ٤٢ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أنه "يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية أو في جزء من الطلبات، وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها"[(١)].

ولأن المشرع الكويتي نظم اختصاص قضاء الدولة المستعجل واختصاص هيئة التحكيم في المسائل المستعجلة التي تثور أثناء التحكيم العادي في المادة ١/١٧٣ من قانون المرافعات، حيث نصت على أنه "لا يشمل التحكيم المسائل المستعجلة ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك"، ومن ثم يكون اختصاص هيئة التحكيم المسائل المستعجلة استثنائياً وبالاتفاق الصريح على ذلك وإلا ينعقد الاختصاص بحسب الأصل لقضاء الدولة في المسائل المستعجلة، ويكون الاختصاص بينهما، ومن ثم مشتركاً، خصوصاً في الحالات التي تتطلب بطبيعتها وجود هذا الاختصاص المشترك إذا أثيرت مسألة مستعجلة قبل أن تباشر هيئة التحكيم عملها أو بسبب تعذر عقدها

(١) هل يقبل الحكم الوقتي الاستئناف وفقاً للقواعد العامة الواردة في المادة ٢٢٠ من قانون المرافعات أو وفقاً للمادة ٢١٢ من قانون المرافعات أو لا يقبل الاستئناف وفقاً للمادة ١/٥٢ من قانون التحكيم الموحد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ التي تتضمن أن أحكام التحكيم لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية؟

وظروف الاستعجال لا تحتمل التأخير أو بسبب قصور سلطة هيئة التحكيم عن إلزام الغير بالأمر الصادر منها بخصوص المسائل المستعجلة، وحينما تباشر هيئة التحكيم سلطتها المستعجلة بالاتفاق الصريح على ذلك يجب أن تتأكد من شروط الطلب المستعجل من توافر ركن الاستعجال وأن يكون المطلوب إجراءً وقتياً وعدم المساس بأصل الحق.

وإذا اتفق الخصوم صراحة على تخويل المحكم العادي سلطة اتخاذ التدابير الوقتية كإيداع البضائع المتنازع عليها تحت الحراسة للحفاظ عليها أو الأمر ببيع البضاعة سريعة التلف فيجب أن تتخذ هذه التدابير خلال سير إجراءات التحكيم وقبل صدور الحكم النهائي. وإذا اتفق صراحة على اختصاص المحكم وحده بنظر المسائل المستعجلة فيجب احترام هذا الاتفاق لما يحققه من مصلحة خاصة بأطراف النزاع ويحفظ سريته. ولكن المحكم قد يواجه صعوبات – كالمتعلقة بتشكيل الهيئة أو الادعاء ببطلان اتفاق التحكيم – تحول دون قيامه بنظر المسائل المستعجلة، وخصوصاً أن المحكم العادي يفتقر إلى سلطة الإجبار وإلى القوة التنفيذية لتنفيذ أحكامه وأوامره، حينئذ يسترد قضاء الدولة المستعجل سلطته الأصلية في نظرها[1].

(١) يظل الاختصاص مشتركاً بين هيئة التحكيم وقاضي الأمور المستعجلة، عبدالعزيز طاهر، مرجع سابق، ص ٣٠٦. وفكرة الاختصاص المشترك بين القضاء المستعجل وهيئة التحكيم في المسائل المستعجلة تأتي أهميتها في الحالات التي تتطلب بطبيعتها وجود هذا الاختصاص المشترك، مثل أن تثور مسألة مستعجلة قبل أن تباشر هيئة التحكيم عملها أو بسبب تعذر عقد الهيئة وظروف الاستعجال لا تحتمل التأخير، أو بسبب قصور سلطة هيئة التحكيم عن إلزام الغير – عن اتفاقية التحكيم – بالأمر الصادر منها بخصوص المسائل المستعجلة. وفي الحالات التي يجوز فيها الالتجاء إلى قاضي الدولة المستعجل برغم وجود اتفاقية التحكيم فإن حكمه يكون وقتياً لا حجية له أمام هيئة التحكيم باعتبارها محكمة الموضوع فلا تتقيد بما قد أصدرته من أحكام مستعجلة عند قضائها في موضوع النزاع. ومن نافلة القول أيضاً إنه يجب على هيئة التحكيم أن تتقيد بشروط اختصاصها بالمسائل المستعجلة مثل أن يكون إجراءً وقتياً مستعجلاً تحوطه خشية من فوات الوقت ولا تتعلق بأصل الحق متى كان لها بمقتضى اتفاق التحكيم التصدي لاختصاصات قاضي الأمور المستعجلة. (انظر: عبدالعزيز طاهر، مرجع سابق، ص ٣٠٦ وما يليها)، وانظر ما سيلي: ص ٥٢ وما يليها.

ويجيز القانون البلجيكي (م ٢/١٦٧٩)[١] للخصوم اللجوء إلى القضاء الوطني طلباً لاتخاذ إجراءات وقتية دون أن يكون هذا الاختصاص مقصوراً عليه وحده، وعلى ذلك يختص القضاء أصلاً بالفصل في المسائل الوقتية، ولكن يجوز إسناد الفصل في هذه المسائل لهيئة التحكيم إذا اتفق الخصوم صراحة على ذلك[٢].

والبعض الآخر من التشريعات يعطي للمحكمين سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية دون أن يكون الاختصاص مقصوراً عليهم، ومثال ذلك ما جاء في المادة ١/١٨٣ من القانون الدولي الخاص السويسري والنظام الإيرلندي والنظام الإنجليزي[٣]. فالقانون السويسري للتحكيم الدولي الذي ينص في مادته ١/١٨٣ على انه "ما لم يوجد اتفاق مخالف، فإن هيئة التحكيم تستطيع اتخاذ أي إجراءات تحفظية أو وقتية بناء على طلب أحد الخصوم، فإذا لم يمتثل أحد الخصوم للإجراءات التي اتخذتها هيئة التحكيم جاز لها أن تلجأ إلى القضاء لإجبار هذا الخصم على تنفيذ الإجراء المتخذ (م ٢/١٨٣) وللقاضي والمحكم أن يأمر الخصم طالب الإجراء الوقتي أو التحفظي أن يقدم ضماناً كافياً قبل اتخاذ الإجراء المطلوب (م ٣/١٨٣ من القانون نفسه)[٤].

---

(١) انظر: المرجع الأجنبي المشار إليه في: علي بركات، مرجع سابق، ص ٤٠٩، بند ٤١٧، هامش ٣.

(٢) عزمي عبدالفتاح، التحكيم في القانون الكويتي، ط جامعة الكويت ١٩٩٠، ص ١٦٩، أحمد أبو الوفا، التحكيم في البلاد العربية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ص ٢٤، بند ١٢.

(٣) انظر في هذا الصدد: عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٧٢، بند ١٥٩، هوامش ٥: ١٠.

(٤) انظر: المرجع الأجنبي المشار إليه في: علي بركات، مرجع سابق، ص ٤١٠، بند ٤١٧، هامش ١. كما يذهب الفقه البرتغالي إلى إمكانية الخصم – بعد تشكيل الهيئة – ما لم يتفق على غيره في اللجوء إلى محكمة التحكيم للأمر باتخاذ تلك الإجراءات مع مراعاة وجوب الرجوع إلى قضاء الدولة لتذليل المشكلات والصعوبات التي تنجم بمناسبة تنفيذها.

D.M. VICENTE, l'evolution récente de l'arbitrage au Portugal, rev. arb. 1991. 419, spe. p. 428.

مشار إليه في: عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٧٧، بند ١٦٢، هامش ١٧.

وتنص المادة ١٧ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته الأمم المتحدة في سنة ١٩٨٥ على أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أياً من الطرفين بناء على طلب أحدهما باتخاذ أي تدبير وقائي مؤقت تراه ضرورياً بالنسبة إلى موضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. ولهيئة التحكيم أن تطلب من أي من الطرفين تقديم ضمان مناسب فيما يتصل بهذا التدبير(١).

وقرار المحكمين في هذه الحالة لا يلزم سوى أطراف التحكيم المفترض فيهم قيامهم بتنفيذه طواعية واختياراً. فإن لم يتم التنفيذ الرضائي فلا مناص من الاستعانة بقضاء الدولة للتنفيذ جبراً مع إلزام المتسبب في التأخير بالتعويض. والواقع أن نسبة التنفيذ الرضائي لا تتجاوز ٢٠٪ من مجموع القرارات الصادرة في هذا الشأن(٢).

وتنص المادة ٢٦ من لائحة التحكيم التي وضعتها لجنة القانون الدولي والتابعة للأمم المتحدة(٣) على أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تتخذ – بناء على

(١) سامية راشد، مرجع سابق، ص ١٤٣، مشار إليها في: عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٧٨، بند ١٦٣، هامش ٢٠، وللمؤلف الأخير نفسه والمرجع نفسه، ص ٤٥٧.

(٢) فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، ص ٢٩٨، مشار إليه في: عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٧٨، بند ١٦٣، هامش ٢٠. وانظر: م ٢٧ من لائحة إجراءات التحكيم – بمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية – التي أقرت من قبل لجنة التعاون التجاري لدول مجلس التعاون بالرياض في نوفمبر ١٩٩٤ والتي تنص على أنه "للهيئة أن تتخذ بناء على طلب أحد الطرفين ما تراه ضرورياً من تدابير مؤقتة بشأن الموضوع محل النزاع: بما في ذلك إجراءات المحافظة على البضائع المتنازع عليها، كالأمر بإيداعها لدى الغير، أو بيع القابل للتلف منها وفقاً لما تقضي به القواعد الإجرائية في البلد الذي يتم اتخاذ الإجراء الوقتي فيه"، تقابلها (م ١/٢٦ من قواعد التحكيم للأمم المتحدة لسنة ١٩٧٦، وم ١٧ من القانون النموذجي للأمم المتحدة لسنة ١٩٨٥).

(٣) وتنص المادة ١/٢٦ من قواعد البوتسترال لعام ١٩٧٦ على أن لهيئة التحكيم أن تتخذ بناء على طلب أحد الطرفين ما تراه ضرورياً من تدابير مؤقتة بشأن الموضوع محل النزاع، بما في ذلك إجراءات المحافظة على البضائع المتنازع عليها، كالأمر بإيداعها =

طلب أحد الطرفين – ما تراه ضرورياً من تدابير مؤقتة بشأن الموضوع محل النزاع بما في ذلك إجراءات المحافظة على البضائع المتنازع عليها، كالأمر بايداعها لدى الغير أو بيع السلع القابلة للتلف (م ٢٦/١)، ويجوز أن تتخذ التدابير المؤقتة في صورة قرار تحكيم مؤقت. ولهيئة التحكيم أن تشترط تقديم كفالة لتغطية نفقات التدبير المؤقت (م ٢٦/٢). ولا يعد الطلب الذي يقدمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية باتخاذ تدابير مؤقتة مناقضاً لاتفاق التحكيم أو نزولاً عن الحق في التمسك به (م ٢٦/٣).

وهكذا يجوز لهيئة التحكيم اتخاذ ما تراه مناسباً من إجراءات وقتية بناء على طلب أحد الطرفين متى كان الإجراء متعلقاً بنزاع يدخل في اختصاص هيئة التحكيم، ولكن اللائحة لم تمنع الخصوم من اللجوء إلى القضاء لطلب الإجراء نفسه قبل سير إجراءات التحكيم أو أثنائها على اعتبار أن اللجوء إلى القضاء في هذا الصدد لا يعد متعارضاً مع اتفاق التحكيم ولا تنازلاً عنه (م ٢٦/٣).

وتأخذ بعض لوائح منظمات التحكيم الأخرى ومراكزه بهذا الحل. فتنص المادة ٨/٥ من لائحة غرفة التجارة الدولية على "أنه يجوز للخصوم – قبل بدء خصومة التحكيم واستثناء بعده – اللجوء إلى أي سلطة قضائية وطنية لاتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي دون أن يعد ذلك متعارضاً مع اتفاق التحكيم ولا تنازلاً عنه، ويجب على الخصوم إخبار سكرتارية الغرفة بكافة الإجراءات التي تم اتخاذها بواسطة السلطة القضائية وعلى السكرتارية إخبار المحكمين بها". وتقرر المادة ٨/٥ من نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس بأن للأطراف قبل تسليم الملف للمحكم وبصفة استثنائية بعد ذلك أن تطلب إلى أي سلطة قضائية اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية، دون أن يشكل

= لدى الغير أو بيع السلع القابلة للتلف. كما تضيف الفقرة الثالثة بأن الطلب الذي يقدمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية باتخاذ تدابير مؤقتة لا يُعد مناقضاً لاتفاق التحكيم أو نزولاً عن الحق في التمسك به، فالمادة المذكورة لم تصادر حق الخصوم في اللجوء إلى قضاء الدولة للحصول على الحماية الوقتية قبل سير إجراءات التحكيم أو في أثنائها، مشار إليها في: عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٧٣، بند ١٥٩، ص ٤٨٥ وما يليها.

طلبها مخالفة لاتفاق التحكيم الذي يربطها ودون المساس بالسلطة المقررة للمحكم في هذا الصدد. وفي تلك الحالة فإنه يجب دون إبطاء إبلاغ أمانة هيئة التحكيم هذا الطلب والإجراءات التي اتخذتها السلطة القضائية وتقوم الأمانة بإعلام المحكم بها[١].

وفي هذا المعنى تنص المادة الخامسة عشرة من لائحة الجمعية الإيطالية للتحكيم والتي تستلزم إبلاغ سكرتارية الجمعية بما تم اتخاذه من إجراءات وقتية أو تحفظية بوساطة السلطة القضائية لتقوم بإبلاغه إلى كل من هيئة التحكيم والطرف الآخر إذا ما استدعى الأمر إبلاغه[٢]. وهو الحل نفسه الذي تأخذ به لوائح أخرى، مثل لائحة الجمعية الأمريكية للتحكيم (م/٣) ولائحة محكمة لندن للتحكيم الدولي (م/١٤)[٣]، والمادة الخامسة / فقرة أخيرة من قانون التحكيم القضائي الكويتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ التي تنص على أنه "كما تفصل هيئة التحكيم في المسائل المستعجلة المتعلقة بموضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان صراحة على غير ذلك"[٤].

ويؤكد على ذلك النظام التونسي الذي يسند إلى محكمة التحكيم فقط الأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية مادامت قد بدأت إجراءات التحكيم، إلا أن

---

(١) عبدالحميد الأحدب، التحكيم، مؤسسة نوفل، بيروت، ١٩٩٠، الجزء الرابع، ص ٥٦٧، فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، ص ٢٧٤، عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٧٥، بند ١٦١، هامش ١٣.

MOREAU et BERNARD, op. cit., p. 152.

(٢) انظر: المراجع المشار إليها في: عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٧٥، بند ١٦١، هامش ١٤.

(٣) علي بركات، مرجع سابق، ص ٤١٠، بند ٤١٧، وهامش ٢ من الصحيفة نفسها.

(٤) يرجع الاختلاف بين نص المادة ٦/١٧٣ مرافعات والمادة الخامسة من قانون التحكيم القضائي إلى أن هيئة التحكيم القضائي يغلب على تشكيلها الطابع القضائي، وتدخل في إطار التحكيم الإجباري بسبب فرض القانون هذا التحكيم على بعض الجهات، عبدالعزيز طاهر، مرجع سابق، ص ٣٠٧، وانظر: ما سيلي ص ٥٣.

هذا لا يحول دون استعانتها بقضاء الدولة لتذليل الصعوبات التي قد تواجهها (م ١٩/٣، ٤ من قانون التحكيم رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣)[١].

الفرع الثالث
الفرض الثالث: بعد انفضاض الهيئة
(انتهاء مهمة الهيئة بصدور الحكم أو لنهاية الإجراءات)

يكاد الفقه يجمع على حق صاحب المصلحة في اللجوء إلى قضاء الدولة باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في هذا الصدد، وذلك لتذليل الصعوبات التي تعترض حماية حقه بعد انفضاض هيئة التحكيم كضرورة اللجوء إلى قضاء الدولة لإصدار الأوامر المتعلقة بتنفيذ حكم المحكمين[٢] أو حتى بالنسبة لإصدار الأوامر المتعلقة بمنع المدين من السفر أو بحبسه وفقاً للقانون الكويتي.

(١) مشار إليه في: عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٧٤، بند ١٦١، هامش ١٢.

(٢) يختص قضاء الدولة بالفصل في منازعات التنفيذ أياً كان السند الذي يجرى التنفيذ بمقتضاه، ومن ثم توجد نتيجتان مهمتان: الأولى هي عدم قابلية منازعات التنفيذ للتحكيم سواء أكانت موضوعية أم وقتية (أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، بند ٢٤، ص ٨٣ وما بعدها)، والثانية هي إنه في حالة وجود اتفاق على التحكيم بشأن موضوع النزاع فإن ولاية المحكم تنتهي بالفصل في هذا النزاع، ولا تمتد من ثم إلى المنازعات التي تثور بشأن تنفيذه، إذ الفصل في هذه المنازعات يكون من اختصاص قاضي التنفيذ وحده. وبعبارة أخرى فالقضاء وحده هو المختص بالمنازعات المتعلقة بتنفيذ حكم المحكم (محمود السيد عمر التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، رسالة، حقوق المنوفية، ١٩٩٤، ص ٥٩٤، والمراجع المشار إليها فيها، مصطفى الجمال وعكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، بند ١٣٥، ص ٢٠٦ وما يليها وهامش ٣، ص ٢٠٧ من المؤلف نفسه).

المطلب الثاني

مدى التزام الخصوم باستبعاد اختصاص القضاء المستعجل سواء بالنص الصريح على ذلك في اتفاق التحكيم أو ضمناً بالإحالة إلى لائحة غرفة تحكيم تنظم إجراءات تحكيم خاصة بالمسائل المستعجلة(١):

يرى بعض الفقهاء أن اتفاق الخصوم على عرض النزاع بشقيه الموضوعي والوقتي على المحكمين يعني اختصاص هؤلاء المحكمين بنظر النزاع في جميع جوانبه ولا يحق لأحد الخصوم اللجوء بعد ذلك إلى القضاء المستعجل، وإلا وجب على هذا القضاء الدفع بعدم اختصاصه(٢). ولقد جاء في بعض أحكام القضاء الفرنسي(٣) أنه "يتضح من نص المادة ٨/٥ من لائحة غرفة التجارة الدولية أن السلطات الوطنية لا تختص بنظر الطلبات الوقتية والتحفظية إلا قبل بدء المحكمين في نظر النزاع، فإذا كان هؤلاء المحكمون قد بدأوا في نظر النزاع فإنهم يختصون وحدهم باتخاذ الإجراءات المذكورة". فهذا

(١) تلجأ منظمات التحكيم لتفادي مشكلة الإجراءات الوقتية والمستعجلة إلى أحد اسلوبين: الأول هو أن تعطي لهيئة التحكيم سلطة اتخاذها مع النص على إجراءات خاصة لهذا الغرض، والثاني هو تشكيل هيئة تحكيم خاصة تتشكل بمعرفة المنظمة لمواجهة الحالات المستعجلة والتي لا تحتمل الانتظار مثل م ٢/٩ من لائحة غرفة تحكيم باريس والمادة ١١ من لائحة الجمعية الفرنسية للتحكيم التي تجيز للخصوم في حالة الاستعجال اللجوء إلى هيئة التحكيم أو إلى رئيسها فقط للبت في الطلب المستعجل، علي بركات، مرجع سابق، ص ٤١٤، بند ٤٢٠، هامش ١، انظر: حفيظة السيد، مرجع سابق، ص ١٧١ وما بعدها، مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، مرجع سابق، ص ٢٠٥، بند ١٣٤.

(٢) عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٧٠، وبقية المراجع المصرية والفرنسية المشار إليها في: علي بركات، مرجع سابق، ص ٤١٤ بند ٤٢٠، هامش ٢. فيجعل بعض الفقه الاتفاق على التحكيم بشأنها سالباً لسلطة القضاء في النظر فيها مثله في ذلك مثل النظر في النزاع على موضوع الحق ذاته، انظر: المراجع التي أشار إليها محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص ٦٠٧ بالهوامش.

(٣) T.G.I Paris 20 Juin 1982, Rev., arb. 1983, p. 181.
وانظر: أيضاً حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية في ١٩٨٧/٢/٢٨، سابق الإشارة إليه، وانظر: علي بركات، مرجع سابق، ص ٤١٤، بند ٤٢٠، هامش ٣.

النص يستبعد القضاء المستعجل إذا اتفق الخصوم على ذلك صراحة أو إذا أحالوا إلى لائحة هيئة تحكيم تقضي بذلك، وهذا يعني أن اختصاص القضاء المستعجل ليس من النظام العام في هذه النظم.

ويتجه البعض الآخر تسنده بعض أحكام القضاء[1] إلى أن اختصاص القضاء المستعجل يتعلق بالنظام العام ولا يجوز للخصوم التنازل مسبقاً عن

(١) أحمد أبو الوفا، التحكيم في البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٢٤، بند ١٢، والمراجع والأحكام الفرنسية المشار إليها في: علي بركات، مرجع سابق، ص ٤١٥، بند ٤٢٠، هامش ١، ٢.
يذهب بعض الفقه إلى أن امتداد الاتفاق على التحكيم إلى الأمور المستعجلة لا ينفي سلطة القضاء في الفصل فيها. فهذه الأمور لا تحتمل بطبيعتها التأخير، مما جعل المشرع يخرج بشأنها عن القواعد العامة للتقاضي، على نحو يبرر الخروج بشأنها عن القواعد العامة الضابطة لأثر اتفاق التحكيم ذاته (مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، مرجع سابق، بند ١٣٣، ص٢٠٣، بند٣٦٠، ص ٥٢٦ وما يليها). ومن ثم فقد استقر القضاء الفرنسي على أن شرط التحكيم لا يحول دون بقاء الولاية منعقدة للقضاء في الأمور المستعجلة (نقض مدني فرنسي ١٩٧٩/٦/٧ و ١٩٧٩/٧/٩، مجلة التحكيم، ١٩٨٠، ص ٧٨ وما بعدها تعليق ب. كورتولت، مشار إليهما في مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، مرجع سابق، بند ١٣٣، ص ٢٠٣، هامش ٣). حتى ولو كانت خصومة التحكيم قد افتتحت بالفعل (نقض مدني فرنسي ١٩٧٩/٧/٩، مشار إليه سابقاً في مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، مرجع سابق، بند ١٣٣، ص ٢٠٣، هامش ٤). وقد قنن المشرع المصري اتجاه القضاء الفرنسي السابق في المادة ١٤ من قانون التحكيم التجاري الجديد. فقد نصت هذه المادة على أنه "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها".
وثبوت الولاية للقضاء في الأمور المستعجلة برغم الاتفاق على التحكيم على هذا النحو يفترض توافر الشروط العامة لاختصاص القضاء المستعجل (استعجال – إجراء وقتي) وإذا تعلق الأمر بتحكيم يجري في الخارج، وجب فوق ذلك أن يكون الإجراء المطلوب واجب التنفيذ في إقليم دولة القاضي (حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص ٢١٤ وما بعدها، مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، مرجع سابق، بند ١٣٤، ص ٢٠٤). أما إذا نص الاتفاق على اختصاص هيئة التحكيم وحدها بالمسائل المستعجلة فيترتب على ذلك انحسار ولاية القضاء عن نظر المسائل المستعجلة (باريس الكلية =

= ١٠/٦/١٩٨٢، مجلة التحكيم ١٩٨٣، ملاحظات MAYEAU، مشار إليه في: مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، مرجع سابق، بند ١٣٤، ص ٢٠٥). وإذا كانت هيئة التحكيم لم يتم تكوينها بعد وكان الإجراء المطلوب مما لا يحتمل التأخير – أو يكن الإجراء المطلوب اتخاذه لا يدخل أصلاً في نطاق ولاية المحكم في النظر في الأمور المستعجلة (مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، مرجع سابق، بند ١٣٣، بند ١٣٤، ص ٢٠٥ وحفيظة السيد، مرجع سابق، ص ٥١) أو يكن هذا الإجراء متعلقاً بالنظام العام، كما لو تعلق الأمر بطلب تقديم كفالة لضمان تنفيذ حكم التحكيم عند صدوره وكان في تقديم الكفالة إخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين لكون المطلوب تقديم الكفالة منه خاضعاً لاجراء التصفية الجماعية (مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، مرجع سابق، بند ١٣٤، ص ٢٠٥، حفيظة السيد، مرجع سابق، ص ٢١٨ وما بعدها).

ومن نافلة القول إن الخصوم لا يملكون سلب اختصاص كل من القضاء والمحكمين بنظر المسائل المستعجلة لأن هذا الاتفاق يجرد الخصم المتضرر من الحماية القضائية التي نص عليها القانون (عبدالعزيز طاهر، مرجع سابق، ص ٣٠٦). وفي حالة اتفاق أطراف النزاع صراحة على اختصاص الهيئة في التحكيم العادي بالإجراءات الوقتية والتحفظية في الكويت. فإنه يجوز لهيئة التحكيم أن تتخذ بناء على طلب أحد طرفي النزاع ما تراه من تدابير مؤقتة، مثل إيداع البضائع المتنازع عليها لدى حارس للحفاظ عليها، أو الأمر ببيع البضاعة سريعة التلف على أن تتخذ هذه التدابير خلال سير إجراءات التحكيم وقبل صدور الحكم النهائي.

وبطبيعة الحال لا يعد الطلب الذي يقدمه أحد الخصوم من تدابير مستعجلة إلى سلطة قضائية مخالفاً لاتفاق التحكيم ولا نزولاً عنه، فهذا الطلب لا يمس أصل الحق المتنازع عليه الذي يبقى دائماً من اختصاص هيئة التحكيم، واستبعاد قضاء الدولة لوجود التحكيم سببه موضوع النزاع وليس إجراءاته الوقتية. والحال إنه من الواجب احترام الاتفاق الوارد صراحة في اتفاقية التحكيم على اختصاص المحكم وحده بنظر المسائل المستعجلة، لما يحققه من مصلحة خاصة بأطراف النزاع ويحفظ سريته. ولكن المحكم قد يواجه معوقات قد تحول دون قيامه بنظر المسائل المستعجلة مثل المعوقات المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم أو النزاع على صحة عقد التحكيم، وخصوصاً أن المحكم العادي ليست له سلطة ولائية ويفتقر إلى القوة التنفيذية لتنفيذ أحكامه أو أوامره، وفي هذه الحالة يستعيد القضاء المستعجل اختصاصه فور قيام تلك المعوقات". (انظر: عبدالعزيز طاهر، مرجع سابق، ص ٣٠٨ وما يليها).

الضمانات التي يوفرها هذا القضاء الذي يظل مختصاً بالفصل في المسائل المستعجلة كلما كانت هيئة التحكيم عاجزة عن اتخاذ الإجراء المطلوب بالسرعة والكيفية التي تتناسب مع حالة الاستعجال[١]. ولذا يذهب بعض الفقهاء إلى أن يقع باطلاً أي اتفاق بين الخصوم يقصد به التنازل مسبقاً عن الضمانات التي يوفرها القضاء المستعجل[٢].

---

(١) B. LEURENT, l'intervention du juge Rev. arb. 1992, 2, 303.
DERAINS, Expertise technique et référé arbitral, Rev. arb 1982, 239.

وفي القانون الفرنسي فإنه وفقاً لنص المادة ١٤٥٧ من قانون المرافعات بصدد التحكيم الداخلي يمكن اللجوء إلى رئيس – بناء على طلب أحد الخصوم أو محكمة التحكيم – المحكمة (اختصاص نوعي الكلية أو التجارية ومحلياً التي يحددها الاتفاق أو أجري في دائرتها التحكيم أو يقع في دائرتها موطن أحد المدعى عليهم في العارض فإذا لم يوجد له موطن فموطن المدعي) كقاضي أمور مستعجلة بأمر على عريضة (لتعيين المحكم م ١٤٤٤ ولتعيين المحكم المرجح م ١٤٥٤ أو لتحديد مدة التحكيم م ١٤٥٦ من قانون المرافعات) ويكون الأمر غير قابل للطعن كقاعدة ولكن يقبل الاستئناف في حالات استثنائية (إذا كان شرط التحكيم ظاهر البطلان أو غير كاف للسماح بتكوين محكمة التحكيم، م ٣/١٤٤٤ مرافعات) فيرفع الاستئناف ويحقق ويفصل فيه بطريقة المناقضة نفسها (المعارضة) في الاختصاص.

كما يتم بالأوضاع المقررة نفسها في المادة ١٤٥٧ مرافعات اللجوء لرئيس المحكمة الكلية في باريس بالنسبة للتحكيم الدولي إذا أجرى التحكيم في فرنسا أو وافق الخصوم على تطبيق قانون المرافعات الفرنسي، وذلك عند وجود مشكلة في تعيين محكمة التحكيم (م ٢/١٤٩٣ مرافعات فرنسي).

FOUCHARD, la coopération du président du T G I. l'arbitrage Rev. arb. 1985. 5. spéc. p. 34. 42, les instiurions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique Rev. arb. 1987, 225, rpéc. 263. 274.

E. GAILLARD, les manoeuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international, Rev. arb. 1990. 759. sur le texte du règlement d'arbitrage de la CCI en vigueur au 1er Janvier 1988¤ Rev. arb. 1988, 172 ets. - sur son Règlement de référé pré-arbitral, en vigueur au 1er Janv. 1990¤ Rev. arb. 1990, 835, par J-J. ARNALDEZ et E. SCHAFFER (et le texte p. 937).

(٢) علي بركات، مرجع سابق، ص ٤١٦، بند ٤٢١.

المبحث الثالث
مدى تمتع المحكم بسلطة إصدار أوامر على العرائض وأوامر الأداء وأوامر التقدير في كل من القانونين الكويتي والمصري

المطلب الأول
مدى سلطة المحكم في إصدار الأوامر على العرائض (الأوامر غير الموضوعية) في القانونين الكويتي والمصري

هل يملك المحكم سلطة إصدار الأوامر على العرائض؟ الإجابة عن هذا السؤال تتطلب أن ندرس أولاً موقف القانون الكويتي، ثم بعد ذلك موقف القانون المصري.

الفرع الأول
مدى سلطة المحكم في التحكيم العادي والتحكيم القضائي في إصدار الأوامر على العرائض في القانون الكويتي

يكون التحكيم في القانون الكويتي اختيارياً بحتاً – وهو الأصل والذي ينظمه قانون المرافعات لسنة ١٩٨٠ (م ١٧٣ إلى ١٨٨ باستثناء م ١٧٧ التي ألغيت)، وينظمه أيضاً قانون التحكيم القضائي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ (م ١/٢ ق. تحكيم القضائي) مع خلاف جوهري في تشكيل هيئة التحكيم، وقد يكون إجبارياً بحتاً في قضايا البورصة أو المنازعات الناشئة عن عقد العمل الجماعي أو المنازعات بين الحكومة وإحدى الشركات التي تمتلك كل رأس مالها أو فيما بين هذه الشركات (م ٢/٢ من قانون التحكيم القضائي)، وقد يكون التحكيم مختلطاً أي اختياري لطرف وإجباري للطرف الآخر في حالة المنازعة بين فرد

أو شخص اعتباري خاص مع الشخص الاعتباري العام (م ٣/٢ ق. التحكيم القضائي لسنة ١٩٩٥).

والتساؤل المطروح الآن هو: ما مدى سلطة المحكم العادي من ناحية والمحكم في التحكيم القضائي من ناحية أخرى في إصدار الأوامر على العرائض؟

الأصل في التحكيم العادي أنه لا يجوز للأفراد الاتفاق على سلب اختصاص القضاء العادي بالنسبة لإصدار الأوامر على العرائض (م ١٦٣ إلى ١٦٥ مرافعات)، وذلك لأن اختصاصه بها يكون مقصوراً عليه، حيث لا يجوز إعفاء المحكم من مبدأ المواجهة[١] وان المحكم لا يملك سلطة الأمر التي يتمتع بها قاضي الأمور الوقتية[٢]، كما ان "نص المادة ٦/١٧٣ مرافعات أجاز الاتفاق الصريح على إسناد الاختصاص بنظر المسائل المستعجلة[٣] دون غيرها إلى المحكم ولم يتعرض النص لجواز الاتفاق على إسناد إصدار الأوامر على العرائض إلى المحكم فتظل من اختصاص قاضي الدولة وحده دون أن يشاركه المحكم في هذا الاختصاص.

---

(١) لوكا مقاله في الجريس كلا سير المرافعات، كراسة ١٠٣٤، فقرة ٢٥، ٢٦، مشارة إليه في: عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ط ١٩٩٠، ص ١٧١، هامش ٤٧٨.

(٢) فنسان وسيرج، فقرة ١٤٩ وبارتان:
Ph. BERTIN, l'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrage, rev. arb. 1982, p. 345.
مشار إليهم في: عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ١٧١، هامش ٤٧٩، ومن هذا الرأي أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، بند ٤٩، ص ١٢٧.

(٣) قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه "من المقرر طبقاً لما تقضي به المادة ١٧٣ من قانون المرافعات أن التحكيم لا يشمل المسائل المستعجلة ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك بمعنى الاتفاق على التحكيم إنما ينصرف إلى موضوع المنازعة دون شقها المستعجل ولا يمتد إلى المسائل المستعجلة إلا إذ نص صراحة على امتداده إليها" تمييز جلسة ١٩٩٣/١٢/١٩، الطعن ٩٣/١٥٧، مج، القسم الثاني، المجلد الثالث، ص ٦٧، بند ٣.

ولا يوجد نص في قانون المرافعات الكويتي – في باب التحكيم – يمنع أو يبيح للمحكم سلطة اتخاذ إجراءات احتياطية أو وقتية (كتعيين حارس)[١] أو تحفظية (كتوقيع الحجز التحفظي) ويتجه معظم الفقه الفقه إلى عدم إعطاء المحكم – برغم عدم النص على المنع – سلطة اتخاذ إجراءات احتياطية أو تحفظية[٢] لأنه لا يصح إعفاء المحكم من مبدأ المواجهة ولا يملك سلطة الأمر وأن المسائل المستعجلة جاءت بنص خاص، في حين ذهب جانب من الفقه – مذهباً عكسياً وبحق – وقرر "أنه ليس هناك ما يمنع في ظل الأنظمة العربية، من الاعتراف للمحكم بسلطة اتخاذ الإجراءات الاحتياطية، وذلك لأنه الأقدر بحسبان اختصاصه بالفصل في الموضوع، على تقدير ملاءمة اتخاذ مثل هذه الإجراءات، وخصوصاً أن المحكم يملك الفصل في الموضوع، فيكون له من باب أولى الأمر باتخاذ إجراءات لا تمس هذا الموضوع. ولما يحققه ذلك من اقتصاد في النفقات وتوفير في الجهد وتوحيد جهة الفصل في النزاع"[٣].

ونحن نؤيد هذا الرأي لوجاهته ونضيف إلى حججه الآتي:

---

(١) ومع ذلك يجوز للمحكم الفصل في المنازعات المستعجلة إذا اتفق الخصوم على ذلك صراحة (م ١٧٣ فقرة أخيرة مرافعات) حول السلطة المختصة باتخاذ الإجراءات الوقتية قبل تشكيل هيئة التحكيم أو بعد تشكيلها، انظر بالتفصيل: علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، ط ١٤١٧ هـ – ١٩٩٦ م، دار النهضة العربية، من ص ٤٠٣ إلى ٤١٦، بند ٤١١ إلى ٤٢١.

(٢) فتحي والي، الوسيط، ط ١٩٨٠، ص ٩٤٠، أحمد أبو الوفا، التحكيم...، بند ٤٩، ص ١٢٧، وجدي راغب، تأصيل الجانب الإجرائي، في هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل، مجلة الحقوق – جامعة الكويت – ١٩٨٢، س ٧، عدد ٤، ص ٩٧ إلى ١٢٧، وخصوصاً ص ١٠٠، ١١٧، ١١٨، عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص ١٧١ وما يليها. لقد نصت بعض القوانين صراحة على منع المحكم من اتخاذ الإجراءات التحفظية كالإيطالي (م ٨١٨) والليبي (م ٧٥٨)، انظر: محمود هاشم، اتفاق التحكيم...، مرجع سابق، ص ١٥٩، هامش ١، حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٦.

(٣) محمود هاشم، اتفاق التحكيم...، مرجع سابق، ص ١٥٩.

إن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، ومن ثم فمحكم الأصل هو محكم الفرع، فمتى كان يباح له الفصل في النزاع فيكون من باب أولى مسموحاً له بإصدار الأوامر على العرائض المتعلقة بموضوع النزاع هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى من يملك الكل يملك الجزء، إضافة إلى أن اختصاص المحكم بإصدار الأوامر على العرائض المتعلقة بموضوع النزاع يؤدي إلى الاقتصاد في الوقت والنفقات والجهد ويؤدي إلى عدم تجزئة النزاع وتوحيد جهة الفصل فيه(١)، كما أن المشرع الكويتي سمح للمحكم بالفصل في الطلب المستعجل إذا اتفق الخصوم على ذلك صراحة، فلا مانع من اتفاقهم على تخويل المحكم سلطة إصدار الأوامر على العرائض المتعلقة بموضوع النزاع. لذلك نقترح إضافة فقرة جديدة على المادة ١٧٣ من قانون المرافعات – باب التحكيم – توضع في الفقرة الأخيرة وتنص على أنه "ولا يشمل التحكيم الإجراءات التحفظية أو الوقتية المتعلقة بموضوع النزاع ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك".

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الكويتي لم يحدد في باب التحكيم بقانون المرافعات الجهة التي تختص بمسائل تصحيح أخطاء المحكم المادية أو تفسيره أو استكماله بعد صدوره(٢)، لكن القضاء الكويتي حسم هذا الأمر بتأكيده على أن الأصل أن تقوم الجهة التي أصدرت الحكم بتصحيح ما يقع به من أخطاء مادية، إلا أنه إذا كان الحكم المعيب صادراً من هيئة تحكيم وزال عنها ما كان لها من ولاية نظر الموضوع بانتهاء المدة التي كانت محددة للتحكيم فإن ذلك

(١) كما ينبغي أن يكون التظلم من الأمر أمام المحكم الآمر أو لهيئة التحكيم مجتمعة، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون التظلم أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ولو لم يوجد تحكيم.

(٢) على عكس المشرع الفرنسي الذي نص صراحة على سلطة المحكم الداخلي في هذا الصدد وفقاً للمادة ٢/١٤٧٥ من قانون المرافعات ولكن هل يملك المحكم الدولي ذلك؟
N. GARNIER, Interpréter, rectifier et compléter les sentences arbitrales internationales; Rev. arb. 1995. 565.

يحول دون الالتجاء إليها – بعد أن انفرط عقدها – لتصحيح الخطأ الواقع في حكمها، وإنما ينعقد الاختصاص بذلك إلى المحكمة التي قد يطعن أمامها في الحكم إذا كان من الأحكام القابلة للطعن أو إلى المحكمة التي ترفع إليها الدعوى مبتدأة ببطلانه(١).

الغصن الثاني
مدى سلطة المحكم في التحكيم القضائي
في إصدار الأوامر على العرائض

التحكيم القضائي وفقاً للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ هو التحكيم الذي تقوم به هيئة "تحكيم مؤسسي" تشكل من عنصر قضائي "ثلاثة قضاة" وعنصر غير قضائي "اثنان من المحكمين العاديين يختار كل طرف محكمه – ولو تعدد أطراف النزاع – أي تشكيل مختلط، وتنعقد الهيئة في مقر محكمة الاستئناف أو خارجها بأمر من رئيسها الذي يكون عادة بدرجة مستشار. ويكون اللجوء إليها اختيارياً بحتاً أو إجبارياً بحتاً أو اختيارياً – إجبارياً، بطلب بدون رسوم للفصل في المنازعات المدنية أو التجارية أو المالية غير المتعلقة بالنظام العام في حضور أمين سر في جلسة سرية، ويصدر الحكم بأغلبية الآراء، في جلسة علنية يعلن بها طرفا التحكيم، مع ذكر اسم رافض التوقيع عليه. ويحوز الحكم قوة الأمر المقضى ومذيل بصيغة تنفيذية – بناء على طلب المحكوم له – من إدارة كتاب محكمة الاستئناف ولا يقبل الطعن إلا بالتمييز – ولأسباب محددة قانوناً".

ما مدى سلطة هيئة التحكيم القضائي (الخماسية) في إصدار الأوامر على العرائض؟

---

(١) تمييز جلسة ١٩٧٦/٦/٧، طعن رقم ٧٤/١٩ تجاري، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في المدة من ١٩٧٢/١١/١ حتى ١٩٧٩/١٠/١، ص ٩٣، بند ١٣.

يجوز لهيئة التحكيم – ولو من تلقاء نفسها[1] أن تأمر باتخاذ إجراءات الإثبات "كسماع الشهود أو المعاينة أو الاستجواب أو ندب خبير"، وهي التي تحدد موعد هذه الإجراءات وشكلها، على أن يقوم أعضاء الهيئة مجتمعين بإجراءات التحقيق وأن يوقع كل منهم على المحاضر ما لم يجمعوا على ندب واحد منهم لإجراء معين ويثبتوا ندبه في محضر الجلسة أو كان اتفاق التحكيم يخول أحدهم الانفراد بذلك"، م ٢/١٧٩ من قانون المرافعات بمقتضى الإحالة إليها وفقاً للمادة ١٢ من قانون التحكيم القضائي"[2]، وذلك عند اللجوء إلى

(١) وجدي راغب، خصومة التحكيم، محاضرة مكتوبة ألقيت على طلاب الدورة التدريبية المتعلقة بالتحكيم – كلية الحقوق – جامعة الكويت، ط ١٩٩٢، ص ١٣. يجوز في التحكيم العادي "الأمر بإحضار الخصوم أو أحدهم لاستجوابه. كما يمكنهم سماع شهود أو الانتقال للمعاينة أو الاستعانة بخبير أو أكثر، وإذا تعدد المحكمون وجب أن يقوموا مجتمعين بإجراءات التحقيق وأن يوقع كل منهم على المحاضر ولكن يجوز لهم أن يجمعوا على ندب واحد منهم لإجراء معين ويثبتوا هذا الندب في محضر الجلسة. كما يجوز ندب أحدهم لذلك بناء على اتفاق التحكيم"م ٢/١٧٩ مرافعات"، وجدي راغب وعزمي عبدالفتاح، مباديء القضاء المدني، ط ١٩٨٤، ص ٤٢٨، فتحي والي، قانون القضاء المدني، ط ١٩٨٤، ص ٤٢٨، فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، ط ١٩٩٧، بند ٣٥٣، ص ٤٥١، كما يجوز لهيئة التحكيم أن ترفض إجراء تحقيق إذا تبين لها أن الدعوى في غنى عن التحقيق أو الطلب غير جاد، تمييز ١٩٧٦/٣/٣٠، الطعن ٤٧ لسنة ١٩٧٤، مشار إليه، وجدي راغب وعزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٤٢٨، هامش ٥٧.

كما يختلف المحكم عن القاضي في أنه لا يلزم بالقواعد الإجرائية في الإثبات كإصدار حكم باتخاذ إجراء الإثبات وفقاً للمادة ٤ من قانون الإثبات ما عدا احترام مبدأ المواجهة وتقيده بالقواعد الموضوعية التي تتعلق بقوة الأدلة في الإثبات ما لم يكن مفوضاً بالصلح، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أنه لا يباشر سلطة عامة ولذا ليس له الحكم بجزاءات جنائية أو إصدار أوامر لغير الخصوم، ولذلك فإنه فيما عدا هيئة التحكيم الدائمة التي يرأسها مستشار أو قاض يمارس سلطة عامة فإن المحكم يوقف الخصومة للرجوع إلى رئيس المحكمة المختصة في حالات أ، ب، ج من المادة ١٨٠ مرافعات، وجدي راغب وعزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٤٢٨.

(٢) وجدي راغب، خصومة التحكيم، محاضرة سابقة، ص ١٣.

التحكيم القضائي اختيارياً، ويجب في كل الأحوال أن تحترم هيئة التحكيم مبدأ المواجهة عند اتخاذ إجراءات الإثبات[١].

كما تتمتع هيئة التحكيم القضائي – بخلاف المحكم العادي – بسلطة إصدار الأوامر والأحكام عند امتناع الشاهد عن الحضور أو عن الإجابة أو عند امتناع الغير عن تقديم مستند أو محرر أو الأمر بالإنابات القضائية وفقاً للمادة ١/١٨٠ أ، ب، ج من قانون المرافعات "م ٤/٥ من قانون التحكيم"[٢].

وإذا كانت الهيئة معفاة من التقيد بالقواعد الإجرائية المتعلقة بالإثبات "كصدور حكم تمهيدي بالإجراء" – ما لم تكن متعلقة بالنظام العام – إلا أنها ملزمة بتطبيق القواعد الموضوعية المتعلقة بالإثبات "المتعلقة بقوة الأدلة" ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك أو ما لم تكن مفوضة بالصلح وبشرط ألا تكون القاعدة متعلقة بالنظام العام[٣].

---

(١) فيجوز لهيئة التحكيم استجواب أحد الخصوم أو سماع شهود دون حاجة إلى صدور حكم تحضيري بذلك وإنما يلزم تحرير محضر للاستجواب أو للشهادة إذا تم ذلك في غيبة الخصم الآخر احتراماً لمبدأ المواجهة، وجدي راغب، خصومة التحكيم، محاضرة سابقة، ص ١٣. كما يجوز الاستعانة بالخبير ولكن يجب طرح تقريره على مناقشة الخصوم احتراماً لمبدأ المواجهة ورأي الخبير يكون غير ملزم. وجدي راغب، خصومة التحكيم، محاضرة سابقة، ص ١٣. كما يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أحد الخصوم بتقديم ما قد يكون في حوزته من مستندات ترى الهيئة لزومها للفصل في النزاع، زكريا جلال نقريشي، تأملات في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية الحالي، مجلة المحامي، السنة ١٩، عدد أكتوبر – ديسمبر ١٩٩٥، ص ٢٣٩ إلى ٢٩٤، بند ٤٤، ص ٢٧٦.

(٢) وهذا يساعد على سرعة الفصل في النزاع، وذلك بسبب غلبة الطابع القضائي في تشكيل الهيئة بعكس المحكم الخاص "م ٢/١٨٠ مرافعات" الذي يوقف نظر النزاع ويلجأ إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لتوقيع الجزاءات على الشاهد المتخلف عن الحضور أو الممتنع عن الإجابة أو لتكليف الغير بإبراز المستند المنتج في الدعوى أو الأمر بالإنابات القضائية. زكريا جلال، تأملات، المرجع السابق، بند ٤٤، ص ٢٧٦.

(٣) نعتقد أن هيئة التحكيم القضائي قد تعفى من التقيد بالقواعد الإجرائية في قانون الإثبات "كعدم صدور حكم تمهيدي بها مع مراعاة مبدأ المواجهة بين الخصوم عند اتخاذها" إلا أنه يجب أن تراعى القواعد الموضوعية التي تتعلق بقوة الأدلة في الإثبات ما لم تكن مفوضة بالصلح، وجدي راغب، خصومة التحكيم، محاضرة سابقة، ص ١٤.

فعلى الرغم من أن حالات الاختصاص بإصدار الأوامر على العرائض في العمل الولائي تتجسد غالباً في حماية ناقص الأهلية أو عديمها أو حماية الغير مما يجعل الاختصاص بها للقضاء العادي – حيث تنظم مصلحة عامة، ومن ثم تتعلق بالنظام العام – ولا تستطيع إرادة الأفراد أن تسلب هذا الاختصاص عن طريق اتفاق التحكيم وتخوله لهيئة التحكيم فإن هيئة التحكيم يغلب على تشكيلها الطابع القضائي ويرأسها مستشار وتملك إصدار الأوامر والأحكام الصادرة بصدد إجراءات الإثبات وفقاً للمادة ٥/٤ ق. التحكيم التي أحالت على المادة ١٨٠ مرافعات، كما تؤدي إدارة التحكيم القضائي دوراً في الإجراءات، وإذا كان المحكم ملزماً باحترام مبدأ المواجهة فهذا يكون عند المنازعة الموضوعية وإذا كان يجوز للأفراد الاتفاق على تحكيم الطلبات الموضوعية التي تمثل نزاعاً في الحق الخاص فمن باب أولى يجوز الاتفاق على تخويل الهيئة سلطة إصدار الأوامر على العرائض المتعلقة بالنزاع الموضوعي لأن سلطة الهيئة في حسم النزاع لا تكون لها قيمة إلا إذا عززتها سلطتها في الأمر وفي إصدار قرارات ملزمة[1]، وحيث تملك هيئة التحكيم الاختصاص بالطلبات المستعجلة أيضاً ما لم يتفق ذوو الشأن على غير ذلك (م ٥ ق. تحكيم قضائي)، كما تملك سلطة تصحيح الحكم بناء على عريضة من ذوي الشأن، ومن ثم فهي تملك سلطة إصدار الأوامر على العرائض – حتى من تلقاء نفسها على ما نعتقد وخصوصاً أن المادة ١٢ من قانون التحكيم القضائي تحيل على تطبيق قانون المرافعات فيما لا يتعارض مع أحكامه – فيما يخص النزاع المطروح عليها. لذلك نقترح إضافة فقرة جديدة على المادة الخامسة من قانون التحكيم القضائي توضع قبل الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة وتنص على أنه "ويجوز اتخاذ الإجراءات التحفظية والوقتية المتعلقة بموضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان صراحة على غير ذلك". ومع هذا فإن الاختصاص – في اعتقادنا

(١) بصدد تملك هيئات التحكيم الإجباري في قانون المؤسسات العامة المصري للسلطة الولائية، انظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، بند ١٣٩ مكرراً أ، ص ٣٣٩.

– يكون في هذه الحالة مشتركاً ما بين قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة أو رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى بالمحكمة (م ٢٢، ١/١٦٣ مرافعات) أو رئيس هيئة التحكيم القضائي – وخصوصاً أن تشكيلها يغلب عليه الطابع القضائي – وليس هناك ما يمنع من التظلم من الأوامر على عريضة أمام هيئة التحكيم القضائي بكاملها لأن الأمر سيصدر من رئيسها، أما استئناف الحكم الصادر في التظلم (باعتباره حكماً مستعجلاً) فيكون – في اعتقادنا – أمام محكمة الاستئناف العالي في خلال ١٥ يوماً من تاريخ صدوره كقاعدة.

ومن تطبيقات الأوامر في قانون التحكيم القضائي أنه لرئيس هيئة التحكيم القضائي إصدار الأمر بتقدير الأتعاب مؤقتاً عند الخلاف عليها بين ذوي الشأن (م ٣ ق. التحكيم القضائي)[١] أو الأمر بحفظ الطلب (م ٣ ق. التحكيم القضائي) أو الأمر بتقصير مواعيد الحضور والمسافات (بناء على الإحالة إلى قانون المرافعات الواردة في المادة ١٢ من قانون التحكيم القضائي) أو إصدار الأوامر المتعلقة بإجراءات الإثبات أو الأمر بالإلزام بتقديم مستند من الخصوم أو من الغير (م ٥ ق. التحكيم القضائي، م ١٨٠ مرافعات) أو الأمر بإحضار الشاهد أو بالإنابات القضائية (م ٥ ق. التحكيم القضائي، م ١٨٠ مرافعات) أو الأمر بتصحيح الحكم عند الخطأ المادي (م ٨ ق. التحكيم القضائي، ١/١٢٤ مرافعات) أو الأمر بالإجراء الوقتي أو التحفظي (م ١٢ ق. تحكيم، م ١٦٣ مرافعات).

(١) ويصدر رئيس الهيئة التي أصدرت الحكم أمراً بتقدير الأتعاب النهائية للمحكم بناءً على عريضة يقدمها المحكم بعد صدور حكم الهيئة في النزاع، وذلك على ضوء ما بذله من جهد وبمراعاة مؤهلاته العلمية أو خبراته العملية والحدود المنصوص عليها في الجدول المرافق لهذا القرار. ويتم صرف الأتعاب الصادر بها الأمر من المبلغ المودع لحسابها طبقاً للمادة السابقة بعد تذييل الأمر بالصيغة التنفيذية بمعرفة إدارة كتاب محكمة الاستئناف، وفي حالة زيادة الأتعاب عن هذا المبلغ يكون للمحكم الرجوع على الخصم الذي مثله بقيمة الفروق المستحقة له" (م ٤ من القرار الوزاري رقم ١٧٩ لسنة ١٩٩٥).

وعلى الرغم من عدم وجود أمر بتنفيذ حكم التحكيم القضائي – على عكس التحكيم العادي – فإن الصيغة التنفيذية يتم الحصول عليها من إدارة كتاب محكمة الاستئناف (م ٩ ق. التحكيم القضائي) لكن تسليم الصورة التنفيذية الأولى عند الامتناع أو الثانية عند الضياع أو تعذر الاستعمال لأي سبب من الأسباب يتم بأمر على عريضة من قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة التي أصدرت الحكم (م ٢/١١٨، ٣ مرافعات بناء على الإحالة إليها بمقتضى م ١٢ من قانون التحكيم القضائي).

الفرع الثاني
مدى سلطة المحكم في إصدار الأوامر على العرائض في القانون المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

القاعدة في القانون المصري أن الأوامر على العرائض لا تصدر إلا في الأحوال المقررة في التشريع، ومن قاضي الأمور الوقتية أو من يشير إليها المشرع. فالمادة ١٩٤ من قانون المرافعات كانت تنص على أنه "في الأحوال التي يكون فيها وجه في استصدار أمر يقدم عريضة بطلبه إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة... إلخ" ومن ثم كان لا يملك المحكم إصدار أوامر على عرائض تنفذ معجلاً بقوة القانون. وهذا طبيعي لأن إصدار هذه الأوامر يدخل في الوظيفة الولائية للمحاكم – ولا يملك إصدارها إلا قضاتها[١].

ثم أصدر المشرع المصري القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ متضمناً قواعد التحكيم الداخلي والدولي وفيه[٢] يجوز لهيئة التحكيم – عند عدم وجود اتفاق بين طرفي التحكيم على غير ذلك – اختيار إجراءات التحكيم المناسبة (م ٢٥، ٢٨، ٢٩ من قانون التحكيم).

---

(١) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، ط ٤، بند ٤٩، ص ١٣٢.

(٢) يفصل المحكم – حيث إن اللجوء إليه اختياري – في المنازعات المدنية أو التجارية (م ١، ٢ من قانون التحكيم) بل في المنازعات الإدارية إذا وافق الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على ذلك (م ٢/١ من قانون التحكيم).

وتطبيقاً للمادة ٢٥ من قانون التحكيم – ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك – تملك هيئة التحكيم – مع مراعاة أحكام قانون التحكيم – اختيار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة[١]. فهي تستطيع أن تأمر – من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم – باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات الموائمة لخصومة التحكيم ما دامت الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولها (م ٢، ٧٠، ١٠٩، ١٣١، ١٣٥ إثبات مصري)[٢] وذلك مع مراعاة ما اتفق عليه الأطراف أو ما وردت بشأنه نصوص خاصة، علماً بأن موضوع المواءمة مسألة متروكة لتقدير هيئة التحكيم[٣]. كما تملك هيئة التحكيم أيضاً سلطة رفض اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات إذا قدرت عدم جدواه أو إن الغرض منه الإطالة والتسويف حتى ينقضي ميعاد التحكيم[٤].

وتملك الهيئة سلطة العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات ما لم تكن أحكاماً قطعية[٥] على اعتبار أنها تقدر كل دليل أو مستند أو واقعة وفق ما يرتاح إليه ضميرها ووجدانها وتوازن بين تلك الأدلة مراعية عدم الإخلال بدفاع

---

(١) عاشور مبروك، المرجع السابق، بند ١٦٨، ص ٢٨٥.

(٢) عبدالودود يحيى، الموجز في قانون الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٢٧، عاشور مبروك، مرجع سابق، بند ١٧١، ص ٢٨٨.

(٣) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، بند ١٠٨، ص ٢٤٤، سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦، بند ٧١، ص ١٣٦، عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٨٦، إبراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخاص، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٢٦، محمد عبدالوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط أولى، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٨٥، ص ٣٣، عاشور مبروك، المرجع السابق، بند ١٧١، ص ٢٨٨.

(٤) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، بند ١٠٨، عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٢٨٦، عاشور مبروك، المرجع السابق، بند ١٧٢، ص ٢٨٩ وما يليها.

(٥) سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، الجزء الأول، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٢١.

جوهري من شأنه لو صح لتغير به وجه الرأي في الدعوى[١]، وألا يكون من شأنه مخالفة لقاعدة موضوعية من قانون الإثبات حينما تكون مقيدة بمراعاة أحكامه، وأن يكون تقديرها للوقائع مستساغاً ومقبولاً[٢].

لكن هيئة التحكيم تتجرد من سلطة الأمر في مجال الإثبات التي يملكها القضاء لأنها تستمد سلطتها من اتفاق التحكيم بين الأطراف الذين لا يملكون بدورهم سلطة الأمر، ففاقد الشيء لا يعطيه[٣] وبناءً عليه فإن المحكم لا يستطيع اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات يتطلب بطبيعته وجود سلطة، كإجبار شاهد على الحضور أمامه (م ٣٧/ أ من قانون التحكيم) أو إجبار الغير على تقديم مستند تحت يده أو طلب الإنابة القضائية[٤] بل الذي يملك ذلك هو

(١) نقض ١٩٧٨/٦/٢٧، الطعن رقم ٨٠٦ لسنة ٤٣ ق، السنة ٢٩، ص ١٥٦١، نقض ١٩٧٣/١/٢٥، طعن رقم ٥١٣ لسنة ٣٧ ق، السنة ٢٤، ص ٩٨، عاشور مبروك، المرجع السابق، بند ١٧٤، ص ٢٩١.
لهيئة التحكيم العدول عن إجراء من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول في المحضر. كما تملك من باب أولى عدم الأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أيضاً أسباب ذلك في الحكم، أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، بند ١٠٨، ص ٢٤٣ وما يليها، عاشور مبروك، المرجع السابق، بند ١٩٠، ص ٣١٤.

(٢) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، ص ٢٤٤، للمؤلف نفسه، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ط ٢، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨١، ص ٨٧ وما يليها، جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٢٦، عاشور مبروك، مرجع سابق، بند ١٧٤، ص ٢٩٢، نقض ١٩٧٣/١/٢٥، طعن رقم ٥١٣ لسنة ٣٧ ق، السنة ٢٤، ص ٩٨.

(٣) عاشور مبروك، مرجع سابق، بند ١٧٥، ص ٢٩٢.

(٤) المحكم لا يملك سلطة الإنابة القضائية إذا كان الفصل في النزاع يتطلب اتخاذ إجراء ما في دولة أخرى. من أجل ذلك أجاز المشرع له أن يطلب من رئيس المحكمة المذكورة الأمر بالإنابة القضائية، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، بند ١٢٤، ص ١٩٢، بند ٤٨٨ وما يليه، ص ٧١٧ وما يليها، وبصدد الإنابة القضائية الدولية، انظر: عكاشة محمد عبدالعال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤، خصوصاً ص ٢١ وما يليها.

رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ (م ٣٧ ق. تحكيم) أو على أحد الخصوم بغرامة لصالح الخزينة العامة[١] حيث تلجأ الهيئة في هذه الحالات إلى القضاء للحصول على مساعدته من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم[٢] مع وقف الخصومة إذا لزم الأمر وإلا استمرت في نظرها مع طلب المساعدة المذكورة[٣] (م ٤٦ ق. تحكيم موحد).

كما يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، بناء على طلب أحدهما أن تأمر أياً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به "م ٢٤/١ من قانون التحكيم"[٤].

وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، جاز لهيئة التحكيم، بناء على

---

(١) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، ص ٢٤٧، عاشور مبروك، المرجع السابق، بند ١٧٥، ص ٢٩٣.

(٢) عاشور مبروك، مرجع سابق، بند ١٧٦، ص ٢٩٥، لكن بعض الفقه يذهب إلى أن ذلك لا يكون إلا بناء على طلب أحد الخصوم، عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٢٨٦ وما يليها.

(٣) فتحي والي، الوسيط، ط ١٩٩٣، بند ٤٤٧، ص ٩٢٣، عاشور مبروك، المرجع السابق، بند ١٧٥، ص ٢٩٣.

(٤) "ولا تثير قابلية الأمور المستعجلة للتحكيم – فيما يبدو – خلافاً يذكر في الفقه من حيث المبدأ، ما دام الحق الموضوعي ذاته قابلاً للتحكيم، وما دامت الحماية المؤقتة متعلقة بهذا الحق (يبدو أن الاتجاه الحالي في القانون الدولي هو تضمين القوانين الوطنية نصوصاً تعطي المحكم الحق في إصدار قرارات باتخاذ إجراءات وقتية أو مؤقتة، فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ٢٩٦). فالتحكيم في الأمور المستعجلة المتعلقة بحق أو مركز قانوني معين يستمد شرعيته من شرعية التحكيم في الحق ذاته، باعتبار أن الغرض منها مجرد توفير حماية مؤقتة لهذا الحق أو المركز إلى حين الفصل فيه. فالفقه الغالب يسلم بجواز النص في عقد التحكيم على تخويل هيئة التحكيم سلطة النظر في المنازعات المستعجلة التي يثيرها أحد الطرفين أثناء النظر في النزاع على موضوع الحق أو المركز القانوني"، مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، بند ١٣٠، ص ١٩٩.

طلب الطرف الآخر، أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون الآمر بالتنفيذ (م ٢/٢٤ من قانون التحكيم) كما يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون أن تأمر – بناء على طلب أحد طرفي التحكيم – باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها (م ١٤ ق. التحكيم الموحد) وتنص المادة ٩ من القانون المذكور على أن "يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري، للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر". وظاهر هذا النص (م ٢٤) أنه يجوز للطرفين الاتفاق على تخويل هيئة التحكيم سلطة إصدار الأمر لأي منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع. لكن هيئة التحكيم لا تملك إجبار المأمور باتخاذ هذه التدابير على تنفيذها. ومن ثم فإذا امتنع عن القيام بالتنفيذ اختيارياً، فإنه لا يكون أمام الطالب سوى أحد سبيلين: فإما أن يطلب إلى هيئة التحكيم الإذن له بتنفيذ التدبير بنفسه متى كان ذلك في استطاعته، وإما أن يلجأ إلى رئيس المحكمة المختصة للأمر بتنفيذ التدبير الذي قررته هيئة التحكيم جبراً عن المأمور به بوساطة السلطة العامة(١).

وهكذا يستخلص من نص المادة ١/٢٤ من قانون التحكيم المصري الموحد أن لهيئة التحكيم سلطة إصدار الأوامر على العرائض – بناء على طلب أحد طرفي التحكيم – سواء باعتبارها إجراءات وقتية(٢) أو تحفظية مادامت

(١) انظر: مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، بند ١٢٥، ص ١٩٣.

(٢) توجد الحماية الوقتية بصورتيها – الصحيفة – حكم وقتي تطبيقاً لقاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع (م ٤٢ ق. التحكيم)، والعريضة – أمر (م ١/٢٤ ق. التحكيم) أمام هيئة التحكيم التي لا تلتزم في اعتقادنا بالحالات المحددة على سبيل الحصر =

تقتضيها طبيعة النزاع مع جواز أن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به.

ومن ثم يجوز لهيئة التحكيم أن تتخذ بناء على طلب أحد الطرفين ما تراه من تدابير مؤقتة، كالأمر بإيداع البضائع المتنازع عليها تحت الحراسة أو الأمر ببيع البضائع سريعة التلف (كالمواد الكيميائية سريعة التبخر أو الاحتراق الذاتي كالفحم) حتى يتم الفصل في موضوع النزاع. ولا يُعد تقديم الطلب المؤقت لقضاء الدولة مخالفاً لاتفاق التحكيم ولا نزولاً عنه لأن هذا لا يمس أصل الحق الذي يبقى قائماً لهيئة التحكيم ولأن استبعاد قضاء الدولة في النزاع لوجود التحكيم ينصب فقط على القضاء الموضوعي دون القضاء الوقتي(١)، وإذا كان التحكيم يتم بالخارج فإن المحاكم المصرية تختص بالأمر بالإجراءات الوقتية أو التحفظية التي تنفذ في مصر، وتخرج عن اختصاص هيئة التحكيم، على أساس أن هذه الإجراءات تخضع لقانون القاضي(٢)، ويتحقق في شأنها التلازم بين الاختصاصين التشريعي والقضائي.

ولا شك في أن المسائل المتعلقة بوضع البضائع المتنازع عليها تحت الحراسة أو الأمر ببيع التالف منها أو سريع التبخر تُعد من المسائل ذات الاختصاص المشترك بين هيئة التحكيم ومحاكم دولة مقر التحكيم، إلا أن هناك حالات تختص بها محاكم الدولة وحدها دون هيئات التحكيم في إصدار الأوامر

= قانوناً وفقاً للمادة ١٩٤ من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ لأن الهيئة لا تتقيد بقانون المرافعات بل تتقيد فقط بالضوابط التي يضعها قانون التحكيم الموحد أو اتفاق الأطراف.

(١) منير عبدالمجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، ط ١٩٩٧، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ١٦٤، بند ١٢٠.

(٢) تنص المادة ٣٤ من قانون المرافعات المصري على أنه "تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية"، وتنص المادة ٢/٢٧ من قانون المرافعات الكويتي على أنه "كما تختص المحاكم الكويتية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الكويت ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية".

التحفظية أو الوقتية، كالأمر بتوقيع الحجز التحفظي على أموال أحد الأطراف، ومن ثم يتعين استبعاد حكم التحكيم الذي يفصل في هذه المسائل لخروجه عن اختصاص هيئات التحكيم أو ولايتها، أما إذا تعرض إليها دون الاستناد إليها في حكمه فيكون صحيحاً[1].

ولهيئة التحكيم أيضاً أن تأمر – على سبيل المثال – مستأجر السفينة بعدم التصرف في البضاعة وتعيين حارس عليها حتى يتم الفصل في موضوع

(١) منير عبدالمجيد، مرجع سابق، ص ١٦٥، بند ١٢٠. بالنسبة لنطاق سلطة المحكم في الأمور المستعجلة يوجد رأيان: أولهما يطلق هذه السلطة لتشمل جميع الأمور المستعجلة (انظر: المراجع التي أشار إليها محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص ٦٠٧ والهوامش، وانظر: أيضاً في عرض هذا الاتجاه، حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، ط ١٩٩٦، ص ٤٣ وما يليها، ص ٤٦ وما يليها)، وثانيهما يرى أنه من غير المتصور اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية من قبل هيئات التحكيم كلما كان الإجراء المطلوب يحتاج إلى سلطة الإجبار التي تفتقر إليها هيئة التحكيم ويقتصر التمتع بها على القضاء وحده (سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، مرجع سابق، ص ١٤٣، بند ٧٦، منير عبدالمجيد، مرجع سابق، ص ١٤٩) وعلى هذا النحو فإنه يجوز لهيئة التحكيم – في حال تخويلها سلطة النظر في الأمور المستعجلة – أن تتخذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على البضائع وإيداعها لدى شخص مؤتمن من الغير أو بيعها في حال قابليتها للتلف. لكن لا يجوز لها مثلاً تعيين حارس على العقار محل النزاع أو استبدال الحارس أو الأمر بإنهاء الحراسة، كما لا يجوز لها الأمر بتوقيع الحجز التحفظي على أموال أحد أطراف النزاع أو على حقوقه واستحقاقاته لدى الغير، وهذا هو ما يتمشى مع روح حكم المادة ٢/٢٤ من قانون التحكيم التجاري الجديد. فقد عرضت هذه الفقرة للحالة التي يتخلف فيها من يصدر إليه أمر باتخاذ تدبير مؤقت أو تحفظي من هيئة التحكيم عن تنفيذه، مخولة هيئة التحكيم الإذن للطرف الآخر باتخاذ الإجراء المطلوب أو طلب تنفيذه من رئيس المحكمة المختصة المنصوص عليها في المادة ٩ من القانون. وهذا ما يستفاد منه أن الأمر يتعلق بإجراء من تلك التي يستطيع طالب الإجراء القيام بها بنفسه دون حاجة إلى تدخل القضاء، مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، بند ١٣٢، ص ٢٠٢ وما يليها.

النزاع، إلا أنه تجب ملاحظة أن هيئة التحكيم لا تملك سلطة تنفيذ هذه الإجراءات المؤقتة جبراً، وفي هذه الحالة يجب على صاحب الشأن أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بتنفيذها جبراً متى امتنع الطرف الصادر ضده الأمر عن تنفيذه اختيارياً[١]،[٢].

كما يجوز للهيئة وفقاً للمادة ٢/٢٤ من قانون التحكيم المصري عند تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه – بناء على طلب الطرف الآخر – أن تأذن للأخير في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، هذا مع مراعاة حق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون الأمر بالتنفيذ.

ولكن هل اتفاق الأطراف – وفقاً للمادة ٢٤ من قانون التحكيم المصري – الصريح على تخويل هيئة التحكيم سلطة إصدار التدابير الوقتية أو التحفظية مادامت تقتضيه طبيعة النزاع يمنع من الالتجاء إلى القضاء المختص أصالة باتخاذ هذه الإجراءات أو لا[٣]؟

الاجابة عن هذا السؤال تتطلب التمييز بين الفروض الآتية[٤]:

الفرض الأول: الفترة ما بين إبرام الاتفاق على التحكيم وحتى تشكيل الهيئة واتصالها بموضوع النزاع فلا مفر في تلك الفترة من الاستعانة بقضاء

---

(١) منير عبدالمجيد، مرجع سابق، ص ١٦٥، بند ١٢٠.

(٢) ووفقاً لنص المادة ١/٨٠٩ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، إذا تجرد المدعي من سند الدين، فإن ذلك يبرر اللجوء إلى إجراء تحفظي، يكون محله ضمان تنفيذ حكم التحكيم اللاحق حتى قبل رفع النزاع أمام المحكمة، ولا يسمح للخصم الذي يستفيد من هذا الإجراء أن يتخذ إجراءات التنفيذ قبل التدخل في الحكم.
J. ROBERT et B. MOREAU, l'arbitrage, dr. intern. et dr. international privé Dalloz, 6 éd. = 1993, p. 272, No. 306.

(٣) فتحي والي، الوسيط، ص ٩٢٢، أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ١٩٩٤، ص ٣٦٨، مشار إليهما في عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٧٩، بند ١٦٤.

(٤) انظر: في هذا الصدد، عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٧٩: ٢٨٢، بند ١٦٤: ١٦٥.

الدولة صاحبة الولاية العامة والتي تُعد من النظام العام ولكن بشرط أن توجد ضرورة ملحة ولا تحتمل إرجاءً أو تأخيراً حتى تشكيل الهيئة، وتلك مسألة متروكة لتقدير المحكمة المختصة بالتصدي للحماية الوقتية المطلوبة(١).

الفرض الثاني: تشكيل الهيئة: إعمالاً للاتفاق على التحكيم واحتراماً للإرادة الخاصة التي تمنع القضاء من نظر الموضوع(٢) ومن باب أولى من إصدار الإجراءات التحفظية أو الوقتية فإن الهيئة تكون وحدها المختصة بهذه الإجراءات ما لم يتطلب تنفيذها القوة الجبرية. فهنا توقف هذه الإجراءات ويتم اللجوء إلى قضاء الدولة، كما هو الحال عند امتناع أحد الخصوم عن تنفيذ الأمر الصادر إليه بتسليم محرر تحت يده أو لإلزام الغير بتقديم مستند تحت يده(٣).

الفرض الثالث: إذا كان الإجراء المطلوب اتخاذه تحفظياً كان أم وقتياً سيجرى خارج حدود الدولة التي توجد بها محكمة التحكيم فإنه لا مناص في تلك الحالة من الاستعانة بقضاء الدولة المطلوب اتخاذ الإجراء فيها لتذليل الصعوبات التي تواجه التحكيم(٤).

---

(١) مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥، بند ٨٩، ص ١٥٦.

(٢) محمود هاشم، اتفاق التحكيم، بند ٨١/٤، ص ٢٤٥ وما يليها، والمراجع الأجنبية المشار إليها في: عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٨٠، بند ١٦٤، هامش ٢٤ والمراجع التي أشار إليها محمود السيد التحيوي، مرجع سابق، ص ٦٠٧ بالهوامش.

(٣) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، بند ٤٨، ص ١٣١، فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، ص ٢٩٦ وما يليها، عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ١٧٠، مشار إليهم في: عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٨٠، بند ١٦٤، هامش ٢٥، الذي كان يطمع أن ينظم المشرع المصري تلك الجزئية بنص صريح وواضح على غرار النظم التي أحسنت تنظيمها، كالتونسي والسويسري، وذلك تفادياً للدفع بأن اختصاص القضاء المستعجل يتعلق بالنظام العام (أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، بند ١٦١).

(٤) مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ص ١٥٩، مشار إليه في: عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٨٠، بند ١٦٤، هامش ٢٦. تعد التدابير المؤقتة أو التحفظية من مسائل الأمن المدني، لذلك تختص بها – من الناحية الدولية – محكمة مقر التحكيم بالإضافة إلى محكمة تنفيذ التدبير إذا كان التنفيذ يتم في دولة أخرى (منير عبدالمجيد، التنظيم =

الفرض الرابع: إذا عرض صاحب المصلحة طلب الحماية الوقتية على القضاء العادي برغم نشوء خصومة التحكيم أمام الهيئة فإن القضاء العادي لا يرفض الطلب بل يتصدى له إلا إذا تمسك صاحب المصلحة باتفاق التحكيم[١].

وهكذا فإن اللجوء إلى التحكيم لا يصادر حق كل من الأطراف وهيئة التحكيم في الاستعانة بقضاء الدولة للأمر باتخاذ الإجراءات التحفظية أو الوقتية وتنفيذها إذا ما تطلبت الضرورة أو الظروف ذلك، لأن هذا لا يقلل من شأن تنظيم التحكيم واللجوء إليه بل يكسبه قوة وفعالية[٢].

ولأن قضاء التحكيم يُعد قضاءً استثنائياً فلا يجوز – من ثم – التوسع في تفسير مصدره شرطاً كان أو مشارطة تحكيم؛ لذا يظل قضاء الدولة مختصاً باتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية ما لم يتفق صراحة على منح سلطة البت في اتخاذها إلى هيئة التحكيم[٣] وأن تكون – في اعتقادنا – متعلقة بموضوع النزاع.

= القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف ١٩٩٥، ط ١٩٩٧، ص ١٤٨ وما بعدها، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص ٢١٤ وما بعدها، مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، مرجع سابق، بند ١٣٤، ص ٢٠٥). فإذا كان مقر التحكيم في مصر أو كان تنفيذ التدبير المطلوب يتم فيها، فإن المحكمة المصرية المختصة تكون هي المحكمة المنصوص عليها في المادة ٩ من القانون، وهي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. فإذا كان التحكيم تجارياً دولياً كان الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر (مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، مرجع سابق، بند ١٣٤، ص ٢٠٥ وما يليها).

(١) مختار بريري، المرجع السابق، ص ١٥٦، وجدي راغب، طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم، بحث منشور في مؤتمر حول التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي، العريش من ٢٠ إلى ٢٥ سبتمبر ١٩٨٧، ص ٩٥ إلى ١٣٨ خصوصاً ص ١١٨، مشار إليهما في عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٨١، بند ١٦٤، هامش ٢٧.

(٢) G. de leval, le juge et l'arbitre, les mesures provisiores, Rev. intr. dr. comp. 1993 1, 71, Cass. civ. 3e, 9 Juin 1979, Rev. arb. 1980. 1, 78 note C.

انظر: المراجع الأجنبية التي أشار إليها عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٨١، بند ١٦٤، هامش ٢٨.

(٣) عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٨١، بند ١٦٥.

ويتجه جانب من الفقهاء – بحق – إلى ضرورة حسن صياغة شرط التحكيم بشكل واضح لا يثير اللبس وينتهي إلى القول بأن الاتفاق على إحالة جميع المنازعات التي تنشأ من العقد قد يثير صعوبة في التطبيق؛ إذ المتبادر إلى الذهن انصراف ذلك إلى المنازعات المتعلقة بأصل الحق، ومع ذلك تظل إمكانية الجدل قائمة حول مدلول لفظ "جميع أو كل المنازعات" وخصوصا أن هذا الإطلاق لا يوجد ما يخصصه مما يسمح بإمكانية القول بشموله للمنازعات الموضوعية أو المتعلقة بطلب اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، وينتهي إلى أن الأمر يتوقف على فحص الظروف والملابسات المحيطة والتي يمكن الاستدلال منها على ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، وتلك مسألة في غاية الأهمية لأنه يترتب على معرفة مضمونها تحديد نطاق مهمة هيئة التحكيم التي يترتب على مخالفتها بطلان التحكيم(١).

(١) مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ص ١٥٧، مشار إليه في: عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٢٨٢، بند ١٦٥، هامش ٢٩. الأصل أن يستمد المحكم سلطته في التصدي للمسائل المستعجلة من اتفاق التحكيم صراحة أو بإحالته إلى لائحة من لوائح التحكيم التي تخوله هذه السلطة (انظر: حفيظة السيد، مرجع سابق، ص ٣٧) لكن اتفاق التحكيم قد يأتي في صورة عامة لا تخصيص فيه للمنازعات المستعجلة لا بطريق مباشر أو غير مباشر، مما يطرح المسألة في إطار تفسير الاتفاق وليس في إطار مدى القابلية للتحكيم (انظر: مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، مرجع سابق، بند ١٣١، ص ٢٠٠).
فيذهب جانب من الفقه إلى امتداد الاتفاق للمسائل المستعجلة المتعلقة بالحق محل النزاع المحكم فيه (انظر: في عرض هذا الاتجاه: حفيظة السيد، مرجع سابق، ص ٢٢ وما يليها، وفي تأييده، محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، ١٩٩٠، بند ٥٢، ص ١٥١) في حين يذهب الجانب الآخر منه إلى أن الاتفاق على التحكيم يكون قاصراً على النزاع على موضوع الحق ولا يمتد إلى المنازعات المستعجلة (انظر في عرض هذا الاتجاه: حفيظة السيد، مرجع سابق، ص ١٨ وما بعدها وانظر: في تأييده، أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، ط ٥، ١٩٨٨، ص ١٣٤) التي تثار أثناء النظر فيه، ولكن وفقاً لرأي البعض فإن المسألة هنا تتعلق بحالة من حالات استحالة التفسير، حيث يتعلق بشك حول حقيقة ما قصد إليه الطرفان لأنه من ناحية الاتفاق جاء عاماً ليشمل المنازعات =

كما تملك هيئة التحكيم – من تلقاء نفسها أو بناء على عريضة من أحد الخصوم – سلطة تصحيح حكمها إذا كان مشوباً بخطأ مادي بحت – كتابي أو حسابي – (م ٥٠ من قانون التحكيم)[١].

وتجري هيئة التحكيم التصحيح من غير مرافعة خلال الثلاثين يوماً التالية لصدور الحكم أو إيداع طلب التصحيح بحسب الأحوال، ولها مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك.

ويصدر قرار التصحيح كتابة من هيئة التحكيم ويعلن إلى الطرفين خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، وإذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح جاز التمسك ببطلان هذا القرار بدعوى بطلان تسري عليها أحكام المادتين ٥٣، ٥٤ من هذا القانون.

= الموضوعية والمستعجلة على السواء ومن ناحية أخرى فإن تفكر المتعاقدين يبدو منصرفاً إلى النزاع الموضوعي وحده، لذلك يجب تفسير الشك لمصلحة من يتم التمسك باتفاق التحكيم في مواجهته ما لم يكن الأمر متعلقاً بعقد إذعان فيتم تفسيره لمصلحة الطرف المذعن ولو كان هو من يتمسك بإعمال التحكيم. وعلى هذا النحو فلا مناص من القول باقتصار صلاحية هيئة التحكيم على الفصل في الدعوى الموضوعية، ما لم يكن هناك نص صريح في اتفاق التحكيم على تخويلها صلاحية الفصل في المنازعات المستعجلة أو ما لم توصل قواعد تفسير الشك إلى هذه النتيجة، كما لو كان الأمر متعلقاً بعقد إذعان – كعقد تأمين مثلاً– وكان الطرف المذعن هو الذي يطلب اتخاذ الإجراء الوقتي أو التحفظي، مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، مرجع سابق، بند ١٣١، ص ٢٠١ وما يليها، بند ٣٧٠ وما بعده، ص ٥٤١ وما يليها.

(١) في ظل نصوص التحكيم في قانون المرافعات قبل إلغائها وجد رأي يعطي للمحكم سلطة التصحيح والتغيير بشرطين ألا يكون ميعاد التحكيم قد انقضى وألا يكون قد تم ايداع الحكم الموضوعي قلم كتاب المحكمة عملاً بالمادة ٥٠٨ مرافعات، حيث تكون سلطة المحكم قائمة آنذاك، أما إذا انقضى ميعاد الحكم وتم إيداع الحكم فيستنفد المحكم سلطته في ذلك وتكون السلطة للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع (أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، بند ١١٧، ص ٢٧٣).

المطلب الثاني
مدى سلطة المحكم في إصدار أوامر الأداء وأوامر التقدير (الأوامر الموضوعية) في كل من القانونين الكويتي والمصري

الأوامر الموضوعية التي تحسم نزاعاً في الحق (حول وجوده أو مقداره أو عدم تنفيذه) قد تكون في شكل أوامر أداء وقد تكون في شكل أوامر تقدير.

فإذا كانت المحاكم قد خولت سلطة إصدار مثل هذه الأوامر فهل يملك المحكم سلطة إصدار أوامر الأداء وفقاً للقانونين الكويتي والمصري من ناحية (فرع أول) ؟ وهل يتمتع المحكم بسلطة المحكمة نفسها في إصدار أوامر التقدير وفقاً للقانونين الكويتي والمصري من ناحية أخرى (فرع ثان) ؟

الإجابة عن هذين السؤالين ستكون محوراً للفرعين التاليين:

الفرع الأول
مدى سلطة المحكم في إصدار أوامر الأداء في كل من القانونين الكويتي والمصري

تنص المادة ١٦٦ من قانون المرافعات الكويتي معدلة بالمرسوم بالقانون الكويتي رقم ٤٤ لسنة ١٩٨٩[(١)] على أنه "استثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى ابتداء تتبع الأحكام الواردة في المواد التالية إذا كان حق الدائن ثابتاً

(١) تنص المادة ٢٠١ من قانون المرافعات المصري المعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على أنه "استثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى ابتداء، تتبع الأحكام الواردة في المواد التالية، إذا كان حق الدائن ثابتاً بالكتابة وحال الأداء، وكان كل ما يطالب به ديناً من النقود معين المقدار، أو منقولاً معيناً بذاته أو بنوعه أو مقداره. وتتبع هذه الأحكام إذا كان صاحب الحق دائناً بورقة تجارية واقتصر رجوعه على الساحب أو المحرر أو القابل أو الضامن الاحتياطي لأحدهم. أما إذا أراد الرجوع على غير هؤلاء وجب عليه اتباع القواعد العامة في رفع الدعوى".

بالكتابة وحال الأداء، وكان كل ما يطالب به ديناً من النقود معين المقدار أو منقولاً معيناً بنوعه ومقداره أو معيناً بذاته تعييناً نافياً للجهالة. وتتبع هذه الأحكام أيضاً إذا كان صاحب الحق دائناً بورقة تجارية واقتصر رجوعه على الساحب أو المحرر القابل أو الضامن الاحتياطي لأحدهم، أما إذا أراد الرجوع على غير هؤلاء وجب عليه اتباع القواعد العامة في رفع الدعوى".

وتتخذ أوامر الأداء من حيث الشكل صورة الأوامر على العرائض – في حين من حيث المضمون أو الموضوع فهو قضاء موضوعي – حيث إن الحصول عليها يتم من خلال عريضة (م ١٦٦ – ١٧٢ مرافعات كويتي، م ٢٠١: ٢١٠ مرافعات مصري)، ويجب للإجبار على سلوك أوامر الأداء توافر شروط معينة؛ هي أن يكون الحق ديناً محله من النقود أو منقولات ومعين المقدار وحال الأداء وثابتاً بالكتابة ويتم تكليف المدين – بخطاب مسجل (م ١/١٦٧ مرافعات كويتي) بعلم الوصول (م ٢٠١، ٢٠٢ مرافعات مصري) بالوفاء قبل تقديم العريضة بخمسة أيام على الأقل.

وتقدم للقاضي الجزئي أو لرئيس الدائرة بالمحكمة الكلية (الابتدائية في مصر) بحسب قيمة الدين أو نوعه (م ١٦٧ مرافعات كويتي، م ٢٠٢ مرافعات مصري) والفصل في الطلب يتم في غيبة المدين، وللقاضي الأمر أو الامتناع عن إصداره – عندئذ – يحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة المختصة وفقاً للإجراءات العادية للخصومة (م ١٦٨ مرافعات كويتي، م ٢٠٤ مرافعات مصري)، ويعلن أمر الأداء والعريضة للمدين لشخصه أو في موطنه الأصلي أو محل عمله بطريق الإعلان الرسمي على يد مندوب الإعلان في الكويت (م ١٦٩ مرافعات كويتي) أو المحضر في مصر (م ٢٠٥ مرافعات مصري) خلال ستة أشهر وفقاً للقانون الكويتي (م ١٦٩ مرافعات كويتي) أو ثلاثة أشهر وفقاً للقانون المصري (م ٢٠٥ مرافعات مصري) من تاريخ صدور الأمر وإلا تُعد العريضة والأمر الصادر عليها بالأداء كأن لم تكن (م ١٦٩ مرافعات كويتي، م ٢/٢٠٥ مرافعات مصري). ويترتب هذا الجزاء بقوة القانون ولكنه مقرر لمصلحة المدين. ويجوز له التمسك به عن طريق الطعن أو عن طريق المنازعة

في تنفيذه. ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. ويترتب على اعتبار كل من العريضة والأمر كأن لم تكن زوال آثار كل منهما. ولكن هذا لا يحول دون المطالبة بالدين من جديد بطريق أوامر الأداء، كما يجوز التظلم من الأمر خلال عشرة أيام من تاريخ إعلانه إليه (م ١٧٠ مرافعات كويتي، م ٢٠٦ مرافعات مصري)، ويرفع التظلم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام محكمة أول درجة المختصة بالطلب وفقاً للقواعد العامة للاختصاص القيمي أو النوعي، ويجب أن يكون مسبباً وإلا كان باطلاً.

وتسري على أمر الأداء وعلى الحكم الصادر في التظلم منه القواعد الخاصة بالنفاذ المعجل حسب الأحوال التي بيَّنها القانون (م ١٧١ مرافعات كويتي، م ٢٠٩ مرافعات مصري). وبسبب الطبيعة الموضوعية لأمر الأداء يجوز للمدين استئناف الأمر مباشرة بدلاً من التظلم أولاً أمام محكمة أول درجة ثم يستأنف الحكم الصادر ضده في التظلم – الذي يكون بدوره حكماً في الموضوع وليس حكماً وقتياً بعكس الحكم الصادر في التظلم من الأمر على عريضة باعتباره إجراءً وقتياً – ويرفع الاستئناف خلال ميعاده – ٣٠ يوماً – أمام المحكمة الكلية بدوائر استئناف إذا كان صادراً من الجزئية أو محكمة الاستئناف إذا كان صادراً من المحكمة الكلية. ولا يبدأ ميعاد الاستئناف من تاريخ صدور الأمر أو من تاريخ إعلانه وإنما من تاريخ فوات ميعاد التظلم منه (م ٢/١٧٠ مرافعات كويتي، م ٣/٢٠٦ مرافعات مصري)٠ وهذا يعني أنه يجوز استئناف الأمر خلال أربعين يوماً من إعلانه لأن ميعاد التظلم عشرة أيام يضاف إليه ثلاثون يوماً للاستئناف، ولكن يجوز للمدين أن يستأنف الأمر فور إعلانه إليه، وتفصل المحكمة في الاستئناف بحكم نهائي.

والتساؤل المطروح الآن هو: هل يملك المحكم مثل القاضي سلطة إصدار أوامر الأداء ؟

تتطلب الإجابة عن هذا السؤال أن نستعرض أولاً موقف المشرع الكويتي وثانياً موقف المشرع المصري.

الغصن الأول
موقف المشرع الكويتي

هل يملك المحكم المختار أو المحكم القضائي سلطة إصدار أوامر الأداء في القانون الكويتي؟

أ – مدى سلطة المحكم المختار في إصدار أوامر الأداء:

أجاز نص المادة ٦/١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي الاتفاق على إسناد الاختصاص بنظر المسائل المستعجلة دون غيرها إلى المحكم ولم يتعرض النص لجواز الاتفاق على إسناد إصدار أوامر الأداء إلى المحكم، مما يعني أن يظل الاختصاص بها لقاضي الدولة وحده دون أن يشاركه المحكم في هذا الاختصاص.

كما يذهب جانب من الفقه إلى عدم جواز إصدار أوامر أداء من المحكم لأنه لا يجوز إعفاؤه من مبدأ المواجهة وأن المحكم لا يملك سلطة الأمر – عكس القاضي – وأن اختصاص المحكم بالمسائل المستعجلة جاء بنص خاص دون التعرض بنص لجواز الاتفاق على إسناد أوامر الأداء إلى المحكم فيظل، من ثم من اختصاص قاضي الدولة وحده – مثل الأوامر على العرائض – دون أن يشاركه المحكم في ذلك "فضلاً عن التنظيم التشريعي لنظام أوامر الأداء في القانون الكويتي (م ١٦٦ – ١٧٢ مرافعات) يفترض أن الأمر لا يصدر إلا من قاضي الدولة حيث تلعب إدارة الكتاب دوراً في الإجراءات (م ١٦٧ مرافعات) ويفترض نظام الطعن في الأمر وهو التظلم والاستئناف (م ١٧١ مرافعات) صدور أمر الأداء من قاضي الدولة"[(١)].

(١) عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ط أولى، ١٩٩٠، مرجع سابق، ص ١٧١ وما يليها، حول سلطة المحكم تجاه إصدار الأوامر على العرائض عموماً في القانون الفرنسي، انظر:
ph. BERTIN, l'intervention de juridictions au cours de la procédure arbitrage rev. arb. 1982 p. 345.

ولكننا نعتقد بجواز إصدار أوامر الأداء من المحكم إذا اتفق الخصوم على ذلك – مثل اتفاقهم على إصداره حكماً إلزامياً بينهم – وذلك لأن أوامر الأداء طريق استثنائي على رفع الدعوى ولا يوجد حظر عليه في التحكيم لأن الأصل هو الإباحة، إضافة إلى أن محله حق مالي خاص يجوز التنازل عنه والتصالح فيه، فيجوز التحكيم بصدده، أي حرية التصرف في الحق، كما أن الرقابة القضائية توجد في حالة التظلم منه أو الاستئناف أو إصدار الأمر بالتنفيذ، كما ان طريق الأداء ليس إلزامياً في كل الأحوال بل قد يكون طريقاً اختيارياً في المنازعات الإيجارية الواردة على العقارات (م ٢٦ مكرر أ من ق رقم ٨ لسنة ١٩٩٤). وعلى أي حال فإن هذه المسألة تحتاج إلى تدخل تشريعي لحسمها في اتجاه تخويل المحكم حق إصدار أوامر الأداء وخصوصاً أن تنفيذه سيحتاج إلى صدور الأمر بتنفيذه من القضاء مثلما هو الحال في حكم الإلزام الصادر من المحكم.

ب – مدى سلطة هيئة التحكيم القضائي في إصدار أوامر الأداء:

جعل المشرع الكويتي استصدار أوامر الأداء مثل استثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى أمام القضاء (م ١٦٦ وما يليها مرافعات)، فهي استثناء على شكل الطلب وليس على الاختصاص، وبما أن موضوع أوامر الأداء هو حقوق خاصة (مبلغ من النقود أو منقولات) فيجوز الاتفاق على أن تصدر من رئيس هيئة التحكيم القضائي والتي يغلب على تشكيلها الطابع القضائي بشرط مراعاة الشروط الواردة في المادة ١٦٦ من قانون المرافعات، وذلك بناء على الإحالة إليه الواردة في المادة ١٢ من قانون التحكيم القضائي. وهي – في رأينا – تكون قابلة للتظلم منها أمام الهيئة مجتمعة. وبما أن الحكم الصادر في التظلم يُعد حكماً موضوعياً فلا يجوز استئنافه ولا يجوز الطعن فيه إلا بالتمييز وللأسباب المحددة له وفقاً للمادتين العاشرة والحادية عشرة من قانون التحكيم القضائي. ويحوز الحكم في التظلم قوة الأمر المقضى وتكون الصيغة التنفيذية بوساطة إدارة كتاب محكمة الاستئناف (م ٩ ق. التحكيم)، كما يخضع الأمر لقواعد النفاذ المعجل في حكم المحكمين، وفقاً للمادة ٣/١٨٢ مرافعات بناء

على الإحالة الواردة في المادة ١٢ ق. التحكيم، وأما أن يكون الأمر الصادر نهائياً – حيث يعامل معاملة الأحكام الموضوعية الصادرة من هيئة التحكيم – ومن ثم لا يجوز الطعن فيه إلا بالتمييز للأسباب المحددة وفقاً للمادتين ١٠ و١١ من قانون التحكيم، ويحوز الأمر على قوة الأمر المقضى وتكون الصيغة التنفيذية من إدارة كتاب محكمة الاستئناف (م ٩ ق. التحكيم). وعلى أي حال فإن المسألة تحتاج إلى تدخل تشريعي لحسمها.

الغصن الثاني
موقف المشرع المصري

إذا اتفق على التحكيم في عقد ما، وعمد الدائن إلى المطالبة بدين ثابت فيه تتوافر بصدده شروط استصدار أمر أداء عملاً بالمادة ٢٠١ من قانون المرافعات فهل يلتزم الدائن بشرط التحكيم أو يضطر إلى الالتجاء إلى السبيل الذي رسمه المشرع استثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى عملاً بالمادة المتقدمة[١]؟

قصد المشرع بنظام أوامر وفاء الديون سواء أكان محلها نقوداً أم منقولات مثيلة أم معينة بالذات الثابتة بالكتابة أن يجعل هذا النظام إجبارياً في كل الأحوال عند المطالبة بدين تتوافر فيه الشروط المقررة في التشريع، وواضح – وفقاً لرأي بعض الفقهاء[٢] – أيضاً أنه قد أوجب هذا النظام استثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى، وقصد بذلك تبسيط الإجراءات بحيث لا يعرض على المحاكم أي قضية أساسها دين من النقود أو محله منقولات ثابت بالكتابة، وبذا لا يتعطل نظر القضايا الأخرى[٣].

(١) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٣٥، ص ٨١ وما يليها.
(٢) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٣٥، ص ٨٢.
(٣) أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ، رقم ٧٩، للمؤلف نفسه، التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٣٥، ص ٨٢ هامش ١.

وإنما إذا كان النزاع لا يجوز أصلاً عرضه على المحاكم فهو إذن لا يخضع للقاعدة الاستثنائية المقررة في المادة ٢٠١ لأنها لا تتصل إلا بما يعرض من منازعات على القضاء فقط ولا شأن لها بما يطرح على التحكيم من خصومات، ومن ثم فإذا كان مجرد مقصود الدائن هو الحصول على حكم بتقرير دينه وجب عليه الالتجاء إلى التحكيم، إذا كان قد التزم به، أما إذا عمد الدائن إلى اتخاذ إجراء من إجراءات التحفظ وجب عليه مراعاة ما قرره المشرع في المادة ٢١٠ من قانون المرافعات(١).

وتنص المادة ٤٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه "يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية أو في جزء من الطلبات، وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها".

يستخلص من هذا النص أن المشرع المصري لم يخول المحكم إلا سلطة إصدار الأحكام المستعجلة أو الموضوعية، ومن ثم لم يتعرض إلى تخويل المحكم سلطة إصدار أوامر الأداء لا بطريقة صريحة أو ضمنية مما يعني أن يترك الاختصاص بها للقاضي بالمحاكم (الجزئية أو الابتدائية وفقاً لقيمة أو لنوع الدين، م ٢٠١، ٢٠٢ من قانون المرافعات) دون غيرها، أي دون مشاركة من المحكم في ذلك.

ولقد سبق لنا استعراض الموقف الفقهي في هذا الصدد، حيث يذهب الرأي الغالب إلى عدم تخويل المحكم سلطة إصدار أوامر الأداء على أساس أن المحكم ملزم دائماً باحترام مبدأ المواجهة، ولا يملك أيضاً سلطة الأمر والإجبار، وأن النص على سلطة المحكم في المسائل المستعجلة جاء على سبيل الاستثناء فلا يقاس عليه، وأن التنظيم التشريعي لأوامر الأداء في القانون المصري (م ٢٠١: ٢١٠ ق المرافعات) يفترض أن أمر الأداء لا يصدر إلا من قاضي الدولة، حيث يؤدي قلم كتاب المحكمة دوراً رئيساً في الإجراءات (م ٢٠٢، ٢٠٣ مرافعات مصري)، كما يفترض نظام الاعتراض على أمر الأداء بالتظلم أو بالاستئناف (م

(١) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٣٥، ص ٨٢.

٢٠٦ من قانون المرافعات المصري) أنها لا تصدر إلا من قاضي الدولة وحده. كما أن أمر الأداء من طبيعة تنفيذية لا يملكها المحكم بل تملكها السلطة القضائية في الدولة.

ولكننا أوضحنا سلفاً رأينا[١] بجواز إصدار المحكم أوامر الأداء إذا اتفق الخصوم على تخويله هذه السلطة وفقاً للحجج السابق ذكرها في هذا الصدد مع إجازة المشرع ذلك، وخصوصاً أن تنفيذ قرار المحكم – الحكم الموضوعي أو المتعلق بأمر الأداء – يحتاج في جميع الأحوال إلى إصدار أمر بتنفيذه من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من قانون التحكيم الموحد (م ٥٦ من قانون التحكيم المصري).

الفرع الثاني
مدى سلطة المحكم في إصدار أوامر التقدير في كل من القانونين الكويتي والمصري

أوامر التقدير هي أوامر تقدر مبالغ نقدية نظير القيام بخدمات معينة، فهي تتضمن قضاءً قطعياً في مقدار الحق، وتكون السلطة مخولة فيها للقاضي، حيث يقدر بناء على عريضة تقدم إليه أتعاباً (للمحكم) أو رسوماً ومصروفات للتقاضي أو أتعاباً لمن استعان بهم – من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم – من معاوني القضاء، كالخبراء والمحامين أو الشهود، ويتم نظر العريضة في غرفة المشورة بصدور أمر عليها يسمى أمر التقدير.

فهل يملك المحكم أيضاً سلطة إصدار أوامر التقدير مثل القاضي بالمحكمة؟

الإجابة عن هذا السؤال تجعلنا نتناول الأمور الآتية في كل من القانونين الكويتي والمصري:

١ – سلطة المحكم في تقدير أتعابه.

(١) انظر: ما سبق ص ٦٩ وما يليها.

٢ – سلطة المحكم في تقدير مصروفات الدعوى المطروحة عليه[١].

٣ – سلطة المحكم في تقدير أتعاب معاونيه ومصاريفهم من خبراء ومحامين وشهود.

الغصن الأول
سلطة المحكم في تقدير أتعابه في القانونين الكويتي والمصري

أولاً: في القانون الكويتي:

أ – التحكيم العادي وفقاً لقانون المرافعات:

لم ينظم المشرع الكويتي في قانون المرافعات باب التحكيم حق المحكم في أتعابه ولكن ينشأ للمحكم – بناء على العلاقة التعاقدية مع الخصوم – الحق في تقاضي أتعاب عن عمله وفي استرداد ما أنفقه في العملية التحكيمية من مصروفات، حيث إن الأصل أن التحكيم بأجر يحدد في اتفاق التحكيم (الشرط أو المشارطة) أو في اتفاق مستقل وإلا جاز للمحكم أن يرفع الأمر إلى المحكمة المختصة حسب قيمة دعواه (الجزئية أو الكلية) لكي تتولى تحديد أتعابه، حيث لا يملك المحكم سلطة تقدير أتعابه ومصروفاته لأنه لا يجوز أن يكون خصماً وحكماً في الوقت نفسه، بل عليه واجب احترام حيدته إلا إذا اتفق الخصوم على تخويله هذه السلطة[٢].

---

(١) ملحوظة مهمة: لا توجد رسوم في قضايا التحكيم، حيث يتم بالمجان سواء على مستوى القانون الكويتي (م ٢/ فقرة أخيرة من قانون التحكيم القضائي) أو على مستوى القانون المصري.

(٢) تمييز جلسة ١٩٨٨/١/٢٥، طعن رقم ٨٧/٤٥ مدني، مجلة القضاء والقانون، السنة ١٦، العدد ١، ص ٢٨٩، ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير أتعاب المحكم ومصروفاته، تمييز ١٩٨٨/١/٢٥، طعن رقم ٨٧/٤٥ مدني، المرجع السابق نفسه، السنة ١٦، العدد ١، ص ٢٨٩.

ولأن المحكم المختار يتقاضى أتعاباً عن عمله من الطرف الذي اختاره فيكون مسئولاً عن خطئه وفقاً للقواعد العامة في المسئولية المدنية ولا تسأل الدولة عن أعماله لأنه ليس تابعاً لها – بعكس القاضي – فتسأل الدولة عن أخطاء القاضي في التحكيم إذا عين محكماً[١].

ويحق للمحكم أن يسترد أيضاً ما أنفقه من مصاريف أثناء التحكيم (للانتقال أو للإقامة أو لغيرها من المصروفات). وفي التحكيم المؤسسي جرى العمل على أن يدفع الخصوم مبلغاً – مقدماً – تحت حساب أمانة التحكيم أو مصاريفه[٢].

"ويتقاضى المحكم ما أنفقه من مصاريف وفقاً للقواعد العامة، ولا يجوز أن يضمنها منطوق حكمه لأنه دائن بها ولا يجوز أن يصطنع لنفسه سنداً تنفيذياً وليس له أن يحجز مستندات الخصوم وأوراقهم لديه حتى يستوفي أتعابه من الخصوم، وإنما له أن يرفع دعوى بالمطالبة بالمصاريف أمام المحكمة المختصة وفقاً لقواعد الاختصاص النوعي والقيمي، ومن أمثلة المصاريف نفقات سفر المحكم من موطنه إلى مكان النزاع إذا تطلب الأمر ذلك، نفقات الإقامة الكاملة في هذا المكان، ونفقات الكاتب الذي عاونه في كتابة محاضر جلسات وغير ذلك من المصاريف، وهي تختلف عن الأتعاب التي هي مقابل العناء الذي بذله المحكم في نظر النزاع والحكم فيه[٣].

وهكذا لا يملك المحكم العادي سلطة إصدار أوامر بتقدير أتعابه أو مصروفاته ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك.

ب – التحكيم القضائي وفقاً للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥:

هيئة التحكيم القضائي تشكل من خمسة محكمين (م ١ ق. التحكيم القضائي) ثلاثة منهم قضاة (يختارهم المجلس الأعلى للقضاء لمدة عامين ولا يحلفوا يميناً للمرة الثانية، ويتقاضون مكافأة من الدولة عن قضايا التحكيم، فلا

(١) وجدي راغب وعزمي عبدالفتاح، مباديء القضاء المدني الكويتي، ط ١٩٨٤، ص ٤٢١.

(٢) انظر: أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، ط ١٩٩٦، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى، ص ١٤٩.

(٣) أحمد مليجي، قواعد التحكيم، مرجع سابق، ص ١٤٩، هامش ١، ٢، ص ١٥٠.

يتقاضون أتعاباً من الخصوم)[1] إضافة إلى اثنين من المحكمين العاديين (حيث يختارهما المحتكمون من الجداول الموجودة في إدارة التحكيم القضائي أو من خارجها ويحلفان يميناً قبل مباشرة العمل أمام رئيس الهيئة) ويتقاضيان أتعاباً من الخصمين اللذين اختارهما، حيث إن كل خصم يدفع للمحكم الذي اختاره (التسوية الودية بينهما للأتعاب) وعند الخلاف بينهما حول الأتعاب لا يستطيع المحكم المختار أن يفصل في مسألة أتعابه.

ولكن وفقاً للمادة ٢/٣ من قانون التحكيم القضائي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ والمادة السادسة من القرار الوزاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٥ بشأن إجراءات التحكيم القضائي – إذا لم يقم المحكم المختار بإخطار إدارة التحكيم القضائي بأن أتعابه قد تمت تسويتها، تقوم الإدارة (من خلال قسم الجدول) خلال ثلاثة الأيام التالية – وهو ميعاد تنظيمي لا يترتب على مخالفته أي جزاء – لاختيار باقي المحكمين بعرض الطلب على رئيس الهيئة لكي يقدر هذه الأتعاب وفقاً لجدول معين موضحاً شرائح معينة للأتعاب فيها الحد الأقصى والحد الأدنى (وفقاً للقرار الوزاري رقم ١٧٩ لسنة ١٩٩٥ تطبيقاً للمادة ١٣ من قانون التحكيم القضائي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥). وعلى كل من طرفي التحكيم إيداعها تحت حساب محكمه – ونحن نفضل استعمال لفظ أمانة التحكيم أو أتعاب المحكمين المختارين قياساً على أمانة الخبير الواردة في المادة الخامسة من المرسوم بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٠ في شأن تنظيم الخبرة المعدل بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٥ – ثم تقوم الإدارة بتكليف كل طرف بإيداع ما يلزم به في خزانة إدارة التحكيم خلال عشرة الأيام التالية، وعند تقاعس أحد الأطراف تقوم الإدارة (من خلال قسم الجدول) بإخطار الطرف الآخر خلال خمسة الأيام التالية بذلك، حيث له – إن شاء الاستمرار في إجراءات التحكيم (تحقيقاً للسرعة وعدم ترك هذه المسألة لهوى أحد الأطراف) – إيداع المبلغ المطلوب خلال عشرة الأيام التالية، فإذا انقضى هذا الميعاد دون إيداعه من أي من الخصوم، عرضت إدارة التحكيم طلب التحكيم على رئيس هيئة التحكيم للأمر بحفظه

(١) انظر: قرار ديوان الموظفين بدولة الكويت الصادر في ١٩٩٦/٩/١٧ (م خ م/٦١٣/١٤/٩٦).

قياساً على ما هو عليه بالنسبة لأمانة الخبير[١] – وإن كنا نفضل استعمال عبارة "الأمر باستبعاده أو عدم قبوله" بدلاً من استعمال عبارة "الأمر بحفظه" لأنها تدل على جزاء جنائي وليس على جزاء مدني[٢] – وبرد ما يكون قد أودعه أي من الخصوم من مبالغ تحت حساب أتعاب محكمه إليه.

وبناءً على ذلك فلا يملك المحكم المختار في التحكيم القضائي سلطة الفصل في تقدير أتعابه بل الذي يقدرها رئيس الهيئة الذي يكون عادة بدرجة مستشار مسترشداً بالقرار الوزاري رقم ١٧٩ لسنة ١٩٩٥ في هذا الصدد[٣].

ثانياً: في القانون المصري:

للمحكم أن يطالب – متى أتم عمله – بمصاريف (نفقات سفر وإقامة وانتقال) وأتعابه (تعويض مقابل العناء الذي بذله المحكم عند نظر النزاع على أساس مدة التحكيم والصعوبات والعناء الذي بذله وقيمة الدعوى ومركز المحكم الاجتماعي والمالي، مع الاعتداد بالعرف الجاري إذا كان ثمة عرف في هذا الصدد)[٤] إلا إذا كان قد قبل المهمة دون مقابل[٥].

---

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون التحكيم القضائي.

(٢) قياساً على جزاء عدم إيداع الرسوم القضائية وعدم تقديم ما يثبت دفعها (م ١٧ من قانون الرسوم القضائية رقم ١٧ لسنة ١٩٧٣).

(٣) وبصدد تقدير الأتعاب نهائياً، انظر: ما سبق ص ٤٠ هامش ٢.

(٤) BERNARD, op, cit, p. 354,
وأحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٩٠، ص ٢١١ وما يليها.

(٥) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٩٠، ص ٢١٢. وفي حالة التحكيم النظامي تتضمن لوائح مؤسسات ومنظمات ومراكز التحكيم الدائم قوائم معدة سلفاً بأجور المحكمين تكون ملزمة للطرفين بمجرد اختيارها للتحكيم في كنف المؤسسة أو المنظمة أو المركز، كما تكون ملزمة للمحكمين المدرجين في قوائمها بمجرد قبولهم لمهمة التحكيم. وعادة ما تقدر الأجور في هذه القوائم بنسبة معينة من قيمة الدعوى موضوع النزاع (مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، مرجع سابق، بند ٤١٢، ص ٥٩٨، فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، ١٩٩٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ٢٤١).

وللمحكم الحق في الأتعاب – ولو طلب منه الحكم في مادة لا يصح فيها التحكيم – وذلك مقابل الجهد والوقت الذي استنفده في المهمة[١].

ولا يستحق المحكم أتعاباً إذا بطل الحكم بسبب يرجع إليه (إهماله أو خطئه) أما لو كان السبب خارج عن إرادته أو لا يعلمه فيستحق الأتعاب[٢].

للمحكم أجر ولا يستحقه إلا إذا تم التحكيم بصدور الحكم في القضية المطروحة عليه. ويجوز أن يتضمن اتفاق التحكيم أتعاب المحكمين[٣] ويتفق الأطراف عادة على أن يتحمل كل طرف أتعاب المحكم الذي اختاره ويتحمل الطرفان مناصفة أتعاب رئيس الهيئة. وإذا تم الاتفاق مقدماً على تحديد الأتعاب ثم انقضى التحكيم لأي سبب من الأسباب قبل نظر الخصومة فلا يحق للمحكم أي أتعاب، اللهم إلا إذا كان ملف الدعوى قد طرح عليه مقدماً لدراسته واستنفد جهداً ووقتاً في هذا الصدد[٤].

ويجوز للخصوم تفويض المحكم في تقدير أتعابه وفي تحديد نصيب كل خصم أو تحديد الخصم الذي يتحملها وحده، وذلك عند الحكم في الموضوع

(١) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٩٠، ص ٢١٢.

(٢) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٩٠، ص ٢١٢.

(٣) يلتزم الخصوم والمحكم بهذا الاتفاق ولا يجوز تعديله من جانب أي طرف إلا إذا أضيف نزاع آخر أو تدخل الغير برضاء الخصوم أو استنفد المحكم جهداً زائداً لم يكن متوقعاً أو تنحى المحكم عن الفصل في شق من النزاع أو حسم الباقي من النزاع بالصلح بين الخصوم، أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، بند ٩٠، ص ٢١٣. ويذهب رأي إلى اعتبار الخصوم متضامنين قبل المحكم في مصاريفه وأتعابه قياساً على تضامن الموكلين للوكيل عنهم (م ٧١٢ مدني). انظر: مراجع مشار إليها في: أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند ٩٠، ص ٢١٣، هامش ١. وذهب رأي عكس ذلك على أساس عدم وجود وكالة، ومن ثم يتعذر معه القول بتضامن أطراف النزاع في دفع أتعاب المحكمين في غيبة نص في القانون ما لم يكن هناك اتفاق على التضامن (أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، ط ٥، ١٩٨٨، بند ٩٠، ص ٢١٨، مصطفى الجمال، وعكاشة عبدالعال، مرجع سابق، بند ٤١٢، ص ٥٩٩).

(٤) أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند ٩٠، ص ٢١٢.

وعند تقدير مصاريف الدعوى وتحديد الخصم الذي يكلف بها بل قيل إن المحكم يملك تحديد الخصم الذي يتحمل وحده الأتعاب ولو بغير تفويض من جانب الخصوم في هذا الصدد[١]. ويخضع تقدير المحكم لأتعابه لمطلق رقابة المحكمة التي تملك تعديله مادامت مختصة بذلك اختصاصاً قيمياً ونوعياً ومحلياً[٢]، وقيل باختصاص المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع الأصلي في جميع الأحوال[٣].

ويجمع الشراح والمحاكم في فرنسا وبلجيكا على أن المحكم لا يملك حجز مستندات الخصوم وأوراقهم لديه حتى يستوفي أتعابه من الخصوم[٤]، ويلاحظ أنه حتى إذا حكم ببطلان حكم المحكم فمن الواجب أن ترد إليه جميع المصاريف الفعلية التي أنفقها بمناسبة مباشرة مهمته، كنفقات السفر والإقامة الكاملة في غير موطنه... إلخ، اللهم إلا إذا كان سيئ النية، أي تسبب عن عمد في بطلان حكمه، أو الإجراءات السابقة عليه والتي بني هو عليها[٥].

وعند عدم اتفاق الأطراف على أجر المحكم، تتولى هيئة التحكيم بنفسها تقديره على أسس معينة، منها حجم المبالغ التي يدور حولها النزاع ومدى حجم النزاع والجهد الذي بذله المحكم في نظر الدعوى[٦] وخبرة المحكم

(١) أحكام أجنبية مشار إليها في: أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند ٩٠، ص ٢١٢، هامش ٤.

(٢) أحكام ومراجع أجنبية مشار إليها في: أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند ٩٠، ص ٢١٢، هامش ٥، ٦.

(٣) أحكام ومراجع أجنبية مشار إليها في: أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند ٩٠، ص ٢١٢، هامش ٥، ٦.

(٤) انظر: المراجع والأحكام الأجنبية المشار إليها في: أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند ٩٠، ص ٢١٤، هامش ٢.

(٥) راجع المادة ٧١٠ من القانون المدني بصدد إلزام الموكل برد ما أنفقه الوكيل في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد وقت الإنفاق، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة، انظر أيضاً: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٩٠، ص ٢١٤.

(٦) منير عبدالمجيد، مرجع سابق، ص ٢٧٩، بند ٢٣٠. الأصل أن توزع الأتعاب مناصفة بين الطرفين ما لم تقرر هيئة التحكيم غير ذلك، مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، مرجع سابق، بند ٤١٢، ص ٥٩٨.

ومؤهلاته في هذا الصدد. لكن يذهب رأي آخر في الفقه إلى أنه إذا لم يتفق الخصوم على تفويض المحكم سلطة تقدير أتعابه فإنه لا يملك بأي حال من الأحوال تقديرها، لأن هذا يخرج عن حدود المهمة المكلف بها، ولأنه لا يجوز أن يكون في الوقت ذاته خصماً وحكماً[١].

ولأن المشرع المصري لم يحدد في قانون التحكيم الجديد قواعد تنظم مسألة أتعاب المحكم ومصروفاته، فينبغي الرجوع إلى القانون النموذجي للأمم المتحدة، خصوصاً قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري "يونسيترال UNCITRAL" لسنة ١٩٧٦ – استرشاداً بالمواد الأولى والخامسة والسادسة والخامسة والعشرين من قانون التحكيم الموحد – في مواده من ٣٨ إلى ٤١[٢]:

١ – تتضمن مصروفات التحكيم أتعاب المحكمين ومصروفات الخبرة ونفقات الشهود ومصروفات النيابة أو المساعدة القانونية، وللهيئة حرية تعيين الطرف الذي يتحملها أو الأمر بتوزيعها مناصفة بين الطرفين وأي أتعاب ومصروفات لسلطة التعيين ومصروفات مركز التحكيم (م ٣٨ من القانون النموذجي للأمم المتحدة).

٢ – يجب أن يكون المبلغ الذي يقدر نظير أتعاب المحكمين معقولاً ويراعى فيه مبلغ النزاع ومدى تعقيد الدعوى ووقت نظرها ونتيجتها، ويكون ذلك إما من خلال مراعاة جدول الأتعاب الذي وصفته سلطة التعيين وإما بطلب كل من الطرفين من الأخيرة ذلك. وفي الحالتين لا يجوز إجراء تقدير الأتعاب إلا بعد استشارة سلطة التعيين، وذلك إذا طلب أحد الطرفين هذه الاستشارة وقبلت سلطة التعيين تقديمها (م ٣٩ من القانون النموذجي للأمم المتحدة).

(١) مراجع مشار إليها في: أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند ٩٠، ص ٢١٣ وما يليها، هامش ١، ص ٢١٤.

(٢) انظر بصدد هذه المواد: عاشور مبروك، مرجع سابق، بند ٩٠، ص ٤٩٢ إلى ٤٩٥.

٣ – الأصل أن يتحمل المصروفات الطرف الخاسر ما لم تر الهيئة جعلها مناصفة بين الطرفين وفقاً لظروف الدعوى، ويجب تحديد مصروفات التحكيم في الأمر بإنهاء الإجراءات أو في قرار التحكيم بشروط متفق عليها في حالة التسوية الودية.

ولا يجوز لهيئة التحكيم أن تتقاضى أتعاباً إضافية نظير تصحيح قرارها أو تفسيره أو اكماله (م ٤٠ من القانون النموذجي للأمم المتحدة).

٤ – ووفقاً للمادة ٤١ من القانون النموذجي للأمم المتحدة، لهيئة التحكيم إثر تشكيلها أن تطلب من الطرفين إيداع مبلغين متساويين كمقدم لمصروفات المحكمين والخبرة. كما لهيئة التحكيم أن تطلب من الطرفين أثناء إجراءات التحكيم إيداع مبالغ تكميلية.

في حالة وجود سلطة للتعيين لا يجوز للهيئة تقدير مبالغ الودائع أو الودائع التكميلية إلا بعد استشارة سلطة التعيين، وذلك إذا طلب أحد الطرفين هذه الاستشارة وقبلت سلطة التعيين تقديمها. ولسلطة التعيين أن تبدي للهيئة ملاحظاتها في هذا الصدد.

إذا لم تدفع مبالغ الودائع المطلوبة كاملة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم طلب الإيداع وجب أن تخطر الهيئة الطرفين بذلك ليقوم أحدهما بدفع المبالغ المطلوبة. فإذا لم يدفعها أي منهما، جاز للهيئة الأمر بوقف إجراءات التحكيم أو إنهائها.

تقدم الهيئة إلى الطرفين بعد إصدار قرار التحكيم حساباً بالودائع التي تسلمتها وترد إليها الرصيد الذي لم يتم إنفاقه.

الغصن الثاني
سلطة المحكم في تقدير مصروفات الدعوى
في القانونين الكويتي والمصري

يقصد بالمصروفات هي أتعاب المحاماة والشهود والخبرة والانتقال وغيرها من المصاريف التي تكبدها الخصم.

الأصل: أن تحكم المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم بالمصروفات على من يخسر الدعوى (م ١١٩: ١٢٠ من قانون المرافعات الكويتي، م ١٨٤ مرافعات مصري) أي المحكوم عليه[(١)]، واستثناءً يجوز للمحكمة أن تلزم من يكسب الدعوى (المحكوم له) بالمصروفات في حالات محددة في قانون المرافعات الكويتي واردة في المادة ١٢١ منه، وفي قانون المرافعات المصري تكون واردة في المادة ١٨٥ منه. وإذا قصد الكيد من الدعوى أو من الدفاع جاز الحكم بالتعويض على من قصد ذلك، وتختص بذلك المحكمة التي تختص بالدعوى أو بالدفاع أو بالطعن ويرفع إليها بطلب عارض أو بدعوى أصلية (م ١٢٢ مرافعات كويتي، م ١٨٨ مرافعات مصري). كما تقدر المصروفات بأمر على عريضة يقدمها المحكوم له لرئيس الهيئة التي أصدرت الحكم ويعلن هذا الأمر للمحكوم عليه بها. ولا يسري عليه السقوط المقرر في المادة ١٦٣ مرافعات كويتي أو في المادة ٢٠٠ من قانون المرافعات المصري (م ١٢٣ مرافعات كويتي، م ١٨٩ مرافعات مصري).

ويجوز لكل من الخصوم التظلم من هذا التقدير إما أمام مندوب الإعلان (أو المحضر في مصر) عند إعلان الأمر، وإما بتقرير في إدارة كتاب (أو قلم

(١) وإذا تعدد المحكوم عليهم جاز الحكم بقسمة المصاريف بينهم بالتساوي أو بنسبة مصلحة كل منهم في الدعوى على حسب ما تقدره المحكمة (م ١١٩ مرافعات كويتي، م ٢/١٨٤ مرافعات مصري) وإذا أخفق كل من الخصمين في بعض الطلبات جاز الحكم بأن يتحمل كل خصم ما دفعه من المصاريف أو بتقسيم المصاريف بينهما على حسب ما تقدره المحكمة في حكمها، كما يجوز لها أن تحكم بها جميعاً على أحدهما (م ١٢٠ مرافعات كويتي، م ١٨٦ مرافعات مصري).

كتاب) المحكمة التي أصدرت الحكم في ظرف ثمانية الأيام التالية لإعلان الأمر. ويحدد مندوب الإعلان (أو المحضر) أو إدارة (قلم) الكتاب – على حسب الأحوال – اليوم الذي ينظر فيه التظلم أمام المحكمة في غرفة المشورة، ويعلن الخصوم بذلك قبل اليوم المحدد بثلاثة أيام (م ١٢٣ مرافعات كويتي، م ١٩٠ مرافعات مصري)[١].

فهل يملك المحكم – مثل القاضي – سلطة إصدار أوامر تقدير مصروفات الدعوى في كل من القانونين الكويتي والمصري؟

أولاً: في القانون الكويتي:

أ – في التحكيم العادي المنظم وفقاً لباب التحكيم في قانون المرافعات فإن القاعدة هي أن يتحمل الخصم الخاسر مصروفات الدعوى ما لم يقرر اتفاق الخصوم (م ١٧٣ مرافعات كويتي) أو قرار المحكم غير ذلك.

(١) وكل من الأمر بتقدير مصاريف الدعوى والحكم الصادر في التظلم منه يعد مكملاً للحكم الصادر بالإلزام بالمصاريف مع الحكم المنهي للخصومة، ولذلك لا يخضع هذا الأمر لقواعد الأوامر على العرائض، فهو لا يسقط إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره (م ١٢٣ مرافعات كويتي، م ١٨٩ مرافعات مصري)، ولا يخضع أمر التقدير لقاعدة النفاذ المعجل بقوة القانون المقررة للأوامر على العرائض، فأمر تقدير المصروفات لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا بتوافر شرطين:
أن يصبح نهائياً بفوات ميعاد التظلم دون تظلم فعلي، أو الحكم في التظلم وأن يكون حكم الإلزام بالمصروفات نهائياً أو مشمولاً بالنفاذ المعجل، حيث إن النفاذ المعجل بقوة القانون أو بحكم المحكمة يمتد أيضاً إلى مصاريف الدعوى (م ١٩٥ مرافعات كويتي).
وهذا يعني أنه إذا كان حكم الإلزام بالمصروفات نافذاً نفاذاً معجلاً فإن أمر تقديرها ينفذ تنفيذاً معجلاً أيضاً لأن حكم الإلزام هو الأصل في الإلزام بالمصاريف ودور أمر التقدير لا يعدو أن يكون تحديداً لمقدارها لاستيفاء شرط تعيين المقدار في السند التنفيذي، فأمر التقدير ليس إلا تكملة لحكم الإلزام، ويكفي أن يكون هذا الحكم نافذاً معجلاً لأن النفاذ المعجل يمتد إلى الحكم بالمصاريف، انظر: أحمد مليجي، أصول التنفيذ في القانون الكويتي، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، مؤسسة دار الكتب، بند ١٦٤، ص ٢٣٤ وما يليها.

ومن ثم يملك المحكم سلطة تقدير مصروفات الدعوى – فيما عدا تقدير أتعابه – وفقاً لاتفاق الخصوم على ذلك أو يترك له سلطة تقديرها.

ب – وفي التحكيم القضائي وفقاً للمادة الثانية عشرة من قانون التحكيم القضائي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ فإنها قد أحالت إلى تطبيق قواعد قانون المرافعات فيما لا يتعارض مع أحكام قانون التحكيم القضائي، ومن ثم فوفقاً للتفسير الواسع لهذه الإحالة تطبق القواعد الواردة في المواد من ١١٩ إلى ١٢٣ من قانون المرافعات الكويتي – والتي سبق سردها – على مصروفات الخصومة أمام هيئة التحكيم القضائي.

ثانياً: في القانون المصري:

إن قرار التحكيم النهائي هو الذي يحدد هذه المصروفات، حيث يتحمل الخاسر هذه المصروفات ما لم تقرر الهيئة غير ذلك بأن تأمر بتوزيع المصروفات بين الطرفين على ضوء ظروف الدعوى أو وفقاً لما تم الاتفاق عليه.

وعندما تصدر هيئة التحكيم أمراً بإنهاء إجراءات التحكيم أو قرار تحكيم بشروط متفق عليها، تحدد مصروفات التحكيم(١).

وهذه القواعد نصت عليها قواعد الأمم المتحدة لسنة ١٩٧٦ وليس هناك ما يحول دون العمل بها في ظل القانون النموذجي لسنة ١٩٨٥ – ولقد اقترحنا فيما سبق أن تطبق قواعد القانون النموذجي للأمم المتحدة في هذا الصدد استرشاداً بالمواد ١، ٥، ٦، ٢٥ من قانون التحكيم الموحد، وهذه القواعد واردة في المواد من ٣٨ إلى ٤١ من القانون النموذجي الموحد للأمم المتحدة(٢) – وهي مسائل معمول بها في قوانين المرافعات الداخلية(٣).

(١) منير عبدالمجيد، مرجع سابق، ص ٢٧٩ وما يليها، بند ٢٣١.
(٢) انظر: ما سبق، ص ٨٠ وما يليها.
(٣) منير عبدالمجيد، مرجع سابق، ص ٢٣١.

الغصن الثالث
سلطة المحكم في تقدير أتعاب معاونيه ومصروفاتهم من خبراء ومحامين وشهود وفقاً للقانونين الكويتي والمصري

أولاً: القواعد العامة في تقدير أتعاب الخبراء والمحامين والشهود في القانونين الكويتي والمصري:

١ – القواعد العامة في تقدير أتعاب الخبراء في القانونين الكويتي والمصري (م ١٧ – ٢٠ ق. الخبرة الكويتي، م ١٥٧ – ١٦٢ من ق. الإثبات المصري):

تقدر أتعاب الخبير المعين في القضية ومصروفاته بأمر معين، من قاضي المحكمة الجزئية أو من رئيس الدائرة التي عينته – عند تعدد القضاة – على عريضة يتقدم بها الخبير بمجرد صدور الحكم في الدعوى أو بعد انقضاء ثلاثة أشهر لإيداع التقرير إذا لم يصدر الحكم في هذه المدة لأسباب لا دخل للخبير فيها وفقاً للمادة ١٧ من المرسوم بالقانون رقم ٤٠ سنة ١٩٨٠ المعدل بالقانون الكويتي رقم ١٤ لسنة ١٩٩٥ بشأن تنظيم الخبرة والمادة ١٥٧ من قانون الإثبات المصري. ويستوفي الخبير ما قدر له من الأمانة، ويكون أمر التقدير فيما زاد عليها واجب التنفيذ على من طلب تعيينه من الخصوم، وكذلك على الخصم الذي قضي بالزامه بالمصروفات (٢/١٧ م ق. الخبراء الكويتي). كما يجوز للخبير ولكل خصم في القضية أن يتظلم من أمر التقدير خلال ثلاثة الأيام التالية – وفقاً للقانون الكويتي – أو خلال ثمانية الأيام التالية – وفقاً للقانون المصري – لإعلانه وفقاً لإجراءات التظلم من الأوامر على العرائض (١/١٨ م من المرسوم بقانون تنظيم الخبرة الكويتي، م ١٥٩ إثبات مصري)[١]، ولا يختصم

(١) للخبير والخصوم في الدعوى التظلم من الأمر خلال ثمانية الأيام التالية لإعلانه، ويحصل التظلم بتقرير في قلم الكتاب وينظر في غرفة المشورة بعد تكليف الخبير والخصوم الحضور بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد ثلاثة أيام (١٥٩ م إثبات مصري) ولكن لا يقبل التظلم من الخصم الذي يجوز تنفيذ أمر التقدير عليه إلا إذا سبقه إيداع الباقي من المبلغ المقدم خزانة المحكمة مع تخصيصه لأداء ما يستحقه الخبير (١٦٠ م إثبات مصري).

في التظلم من لم يطلب تعيين الخبير ولم يحكم عليه بالمصروفات، وذلك إذا كان قد حكم نهائياً في شأن الإلزام بمصروفات الدعوى (١/١٨ م ق. تنظيم الخبرة).

ولكن يترتب على رفع التظلم منها وقف تنفيذها وينظر التظلم في غرفة المشورة بعد تكليف الخبير والخصوم الحضور بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد ثلاثة أيام على أنه إذا كان قد حكم نهائياً في شأن الإلزام بمصروفات الدعوى فلا يختصم في التظلم من لم يطلب تعيين الخبير، ولم يحكم عليه بالمصروفات (١٦١ م إثبات مصري، ١/١٧ ق. خبرة كويتي).

إن التظلم من أمر التقدير لا يؤدي إلى وقف تنفيذه على خلاف ما كان سائداً في ظل قانون المرافعات الملغي (١٣٢م)[١]. ومع ذلك يجوز للمتظلم – وفقاً للقواعد العامة للأوامر على العرائض – أن يطلب وقف التنفيذ من المحكمة التي تنظره، ويجوز لها أن تحكم بذلك متى توافرت شروطه الواردة في قانون المرافعات (وفقاً للمادتين ١٦٥، ١٣٣ مرافعات)، أما الحكم الصادر في التظلم فإنه يخضع من حيث تنفيذه للقواعد العامة في تنفيذ الأحكام[٢].

وإذا حكم في التظلم بتخفيض ما قدر للخبير، جاز للخصم أن يحتج بهذا الحكم على خصمه الذي يكون قد أدى الخبير مطلوبه على أساس أمر التقدير دون إخلال بحق هذا الخصم في الرجوع على الخبير (٢/١٨ م ق. الخبرة الكويتي، م ١٦١ ق. إثبات مصري).

ولقد أنشيء قسم بالمحكمة بناء على القرار الوزاري الكويتي رقم ٨٤ لسنة ١٩٨٧، حيث يتولى "استصدار أوامر تقدير أتعاب الخبرة فيما زاد عن الأمانة المقررة في الحكم ومتابعة تنفيذها" (٢/٥ م من القرار الوزاري)، وكذلك "إعداد نماذج صرف أمانات الخبرة المودعة خزينة المحكمة بعد تنفيذ الخبير للمهمة المكلف بها" (٢/٦ م من القرار الوزاري).

---

(١) انظر: فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، ط أولى، ١٩٧٨، بند ٤٠، ص ٦١، وجدي راغب، مباديء التنفيذ القضائي الكويتي، ط ١٩٨١، ص ٥٩.

(٢) وجدي راغب، مباديء التنفيذ القضائي الكويتي، ط ١٩٨١، ص ٥٩.

كما تتولى إدارة الخبراء عن طريق من تندبه من موظفيها المطالبة بالأتعاب والمصروفات المقدرة لخبراء إدارة الخبراء والمستحقة لخزانة وزارة العدل، أي الدولة (٣/١٧ م ق. تنظيم الخبرة) والحضور في الجلسات والطعن في الأوامر والأحكام الخاصة بتقديرها، في حين تتولى إدارة الكتاب تنفيذ هذه الأوامر والأحكام (١٩ م ق. تنظيم الخبرة)[١].

وينفذ أمر تقدير أتعاب الخبير ومصروفاته فور صدوره – باعتباره أمراً على عريضة، فهو يُعد نافذاً نفاذاً معجلاً بقوة القانون[٢] – من الأمانة المودعة خزينة المحكمة لحساب هذه الأتعاب والمصروفات بمقتضى الحكم الصادر بندبه، أما إذا زاد التقدير الوارد في الأمر على مبلغ الأمانة المودعة مقدماً فإن الزيادة تنفذ على الخصم الذي طلب تعيين الخبير، فإذا كان قد صدر حكم واجب النفاذ (انتهائي أو مشمول بالنفاذ المعجل) بإلزام أحد الخصوم بمصروفات الدعوى فإن الزيادة الواردة في أمر تقدير أتعاب الخبير تنفذ على هذا الخصم بمقتضى حكم الإلزام وأمر التقدير معاً[٣].

يلاحظ على أمر تقدير أتعاب الخبير أن المشرع قد جعله نافذا بمجرد صدوره (١٥٨ – ١٦١ م إثبات مصري)[٤]، على خلاف للقاعدة العامة في أمر التقدير، كما أن رفع التظلم منه يوقف تنفيذ هذا الأمر بقوة القانون (١٦١ م إثبات مصري) على خلاف القانون الكويتي. كما نجد أن هذه القواعد لا تنطبق على الحكم الصادر في التظلم من الأمر، فالاستثناء يقتصر على ما ورد عليه

(١) ولها أن تنيب عنها في ذلك إدارة الفتوى والتشريع (م ١٩ ق. الخبرة)، انظر: وجدي راغب، مباديء التنفيذ القضائي الكويتي، ط ١٩٨١، ص ٥٨.

(٢) فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، سنة ١٩٧٨، بند ٤٠، ص ٦١. إن أوامر تقدير أتعاب الخبراء تُعد نافذة فور صدورها على مَنْ طلب تعيينه من الخصوم، وكذلك على الخصم الذي قضي بإلزامه المصروفات (١٥٨ م إثبات مصري، م ٢/١٧ ق. خبرة كويتي).

(٣) وجدي راغب، مباديء التنفيذ القضائي الكويتي، ص ٥٩.

(٤) م ٢/١٧ ق. الخبرة الكويتي.

لذلك تتحدد القوة التنفيذية لهذا الحكم طبقاً للقواعد العامة، فهو لا يقبل التنفيذ ما دام قابلاً للطعن إلا في الحالة التي يتم فيها شموله بالنفاذ المعجل[١].

إن المشرع لم ينص في قانون الإثبات المصري – ولا في قانون الخبرة الكويتي – على الطعن في الحكم الصادر في التظلم من أمر تقدير أتعاب الخبير بالاستئناف. ولكننا نعتقد أن مقتضيات العدالة تستوجب – لأن الحكم الصادر في التظلم من أمر تقدير أتعاب الخبير يُعد حكماً موضوعياً – أن يكون قابلاً للاستئناف في خلال أربعين يوماً[٢] من تاريخ صدوره سواء أمام محكمة الاستئناف العالي (إذا كان صادراً من المحكمة الابتدائية) أو أمام المحكمة الابتدائية منعقدة بهيئة استئنافية (إذا كان صادراً من المحكمة الجزئية).

٢ – القواعد العامة في تقدير أتعاب المحامين في القانونين الكويتي والمصري:

أ – أتعاب المحاماة في القانون الكويتي:

نصت المادة ٣٢ من قانون تنظيم مهنة المحاماة الكويتي رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٤ المعدل بالقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٨ وبالقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٩٦ على أن "يتقاضى المحامي أتعاباً وفقاً للعقد المحرر بينه وبين موكله، وإذا تفرعت عن الدعوى موضوع الاتفاق أعمال أخرى كان للمحامي أن يطالب بأتعابه عنها، وفي حالة عدم وجود اتفاق مكتوب على الأتعاب أو بطلان الاتفاق يعرض أمر تقديرها على الدائرة المدنية بمحكمة الاستئناف للفصل فيه بعد الاستئناس برأي جمعية المحامين بقرار نهائي غير قابل للطعن فيه. وليس للمحامي أن يبتاع كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها التي يتولى الدفاع في شأنها، كما لا يجوز أن تكون أتعابه حصة عينية من هذه الحقوق".

كما أن عدم أداء الأتعاب يعطي الحق للمحامي في حبس المستندات والأوراق الأصلية وفقاً للمادتين ٣٠، ٣١ من قانون المحاماة (قارن بين المادتين

(١) أحمد ماهر، أصول التنفيذ، ط ١٩٩٠، بند ١٠٧، ص ١٦٢.
(٢) خلال ثلاثين يوماً في القانون الكويتي (م ١٤١ مرافعات).

٨٩، ٩٠ من قانون المحاماة المصري) اللتين تنصان على أنه "على المحامي عند انقضاء التوكيل أن يرد لموكله عند طلبه سند التوكيل والمستندات والأوراق الأصلية؛ ومع ذلك يجوز له إذا لم يكن قد حصل على أتعابه أن يستخرج على نفقة موكله صوراً من جميع المحررات التي تصلح سنداً في المطالبة بهذه الأتعاب، وأن يبقي لديه المستندات والأوراق الأصلية حتى يؤدي له الموكل مصروفات استخراج الصور، ولا يلزم المحامي أن يسلم موكله مسودات الأوراق التي حررها في الدعوى ولا الكتب الواردة إليه منه ولا المستندات المتعلقة بما أداه عنه ولم يؤد إليه، ومع ذلك يجب على المحامي أن يعطي موكله صوراً من هذه الأوراق بناء على طلب الموكل وعلى نفقته". و"يسقط حق الموكل في مطالبة محاميه بالأوراق والمستندات المودعة لديه بعد مضي ثلاث سنوات ميلادية من تاريخ انتهاء مهمته إلا إذا طلبها الموكل قبل مضي هذه المدة بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول فتبدأ مدة السقوط من تاريخ هذا الكتاب".

كما نصت المادة ١١٩ فقرة أولى من قانون المرافعات على أنه "يجب على المحكمة عند إصدار الحكم الذي تنتهي به الخصومة أمامها أن تقضي من تلقاء نفسها في مصروفات الدعوى. ويحكم بها – بما في ذلك مقابل أتعاب المحاماة – على الخصم المحكوم عليه في الدعوى..."(١).

ومن ثم تطبق القواعد السابق شرحها بصدد مصروفات الدعوى. كما أضافت المادة ٣٢ قبل تعديلها من قانون تنظيم مهنة المحاماة الكويتي أنه "لا يجوز للمحكمة التي نظرت القضية أن تنقص بناء على طلب الموكل الأتعاب

(١) أتعاب المحاماة تدخل ضمن مصروفات الدعوى التي يحكم بها على الخصم المحكوم عليه، تمييز كويتي ١٩٨٥/٦/١٠ طعن ١٩٨٥/١٠ عمالي، مجلة القضاء والقانون، السنة ١٣، عدد ٢، ص ٣٩٩. كما لا يجوز للقاضي أن يدخل ضمن مصروفات الدعوى أتعاب محاماة إذا كان مَنْ كسب الدعوى لم يوكل محامياً للمرافعة عنه أمام المحكمة، تمييز ١٩٧٥/٢/٢٤، الطعن ٢ لسنة ١٩٧١، مج ٧٢ – ٧٩، ص ١٧٧، لذلك فإن القضاء بها لمن لم يحضر محامياً مخالفة للقانون، تمييز ١٩٨٦/١١/٢٤، طعن ٦١/ ٨٦ عمالي، القضاء والقانون، ١٤، العدد ٢، ص ٢٩١.

المتفق عليها إذا رأت أنها مبالغ فيها بالنسبة لما تتطلب القضية من جهد ولما عاد على الموكل من نفع ولا يجوز إنقاص الأتعاب إذا كان الاتفاق عليها قد تم بعد الانتهاء من العمل، وليس للمحامي على كل حال أن يبتاع كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها وأن يتفق على أخذ جزء منها نظير أتعابه أو على مقابل ينسب إلى قدر أو قيمة ما هو مطلوب في الدعوى أو ما يحكم به فيها[1]، ولا يجوز له في أية حال أن يعقد اتفاقاً على الأتعاب من شأنه أن يجعل له مصلحة في الدعوى أو العمل الموكل فيه ولا تنتهي العلاقة بين الموكل ومحاميه ولا يستحق الأتعاب كاملة إلا من تاريخ تنفيذ الحكم أو الأمر المكلف به تنفيذا نهائياً ما لم ينص على خلاف ذلك بموجب عقد الاتفاق". لكن جاء في المادة ٢٩ من مشروع تعديل قانون المحاماة انه "وفي حالة عدم وجود اتفاق مكتوب على الأتعاب أو بطلان الاتفاق يعرض أمر تقديرها على هيئة ثلاثية برئاسة أحد وكلاء المحكمة الكلية، وعضوية اثنين من قضاتها للفصل فيه بعد الاستئناس برأي جمعية المحامين الكويتية، ويكون قرار الهيئة بتقدير الأتعاب نهائياً غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن. وليس للمحامي أن يبتاع كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها التي يتولى الدفاع في شأنها، كما لا يجوز أن تكون أتعابه حصة عينية من هذه الحقوق. ولأتعاب المحامي حق امتياز من الدرجة الأولى على الأموال والحقوق التي قام بتحصيلها لموكله ومن ضمانات الإفراج، وحق امتياز من الدرجة الثانية على أموال موكله في الحالات الأخرى وفي جميع الأحوال لا تنتهي العلاقة بين الموكل ومحاميه، ولا تستحق الأتعاب كاملة إلا من تاريخ صدور حكم نهائي في الموضوع أو إتمام الأمر المكلف به أو تمامه صلحاً، ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك".

ولكن المادة ٣٢ بعد تعديلها بمقتضى القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٩٦ أصبحت تنص على أنه "يتقاضى المحامي أتعاباً وفقاً للعقد المحرر بينه وبين موكله، وإذا تفرعت عن الدعوى موضوع الاتفاق أعمال أخرى كان للمحامي أن يطالب بأتعابه عنها، وفي حالة عدم وجود اتفاق مكتوب عن الأتعاب أو بطلان

(١) قارن المادتين ٨١، ٨٢/ ٤ من قانون المحاماة المصري.

الاتفاق يعرض أمر تقديرها على الدائرة المدنية بمحكمة الاستئناف للفصل فيه بعد الاستئناس برأي جمعية المحامين بقرار نهائي غير قابل للطعن فيه.

وليس للمحامي أن يبتاع كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها التي يتولى الدفاع بشأنها، كما لا يجوز أن تكون أتعابه حصة عينية من هذه الحقوق.

ولأتعاب المحامي حق امتياز من الدرجة الأولى على الأموال والحقوق التي قام بتحصيلها لموكله وضمانات الإفراج، وحق امتياز من الدرجة الثانية على أموال موكله الأخرى.

وفي جميع الأحوال لا تنتهي العلاقة بين الموكل ومحاميه، ولا تستحق الأتعاب كاملة إلا من تاريخ صدور حكم نهائي في الموضوع أو إتمام الأمر المكلف به أو انتهائه صلحاً، ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك ".

كما تنص المادة ٢٦ من قانون تنظيم مهنة المحاماة الكويتي على أنه "... ويجوز للمحامي أن يطلب من المحكمة التي حضر أمامها تقدير أتعابه ضد الخصم المحكوم عليه بالمصروفات وينفذ عليه بها..."، كما تنص المادة ٢/٢٧ من القانون نفسه على أنه "تقدر محكمة الجنايات عند الفصل في الجناية المنتدب فيها محام أتعاب هذا المحامي ضمن الحكم الذي تصدره، ولا يجوز الطعن في أمر التقدير المذكور، وتصرف الأتعاب المقدرة للمحامي المنتدب من خزانة وزارة العدل بموجب شهادة تعطى له من المحكمة التي قدرتها"، حيث جاء في المادة ٣٥ فقرة ثانية من مشروع تعديل قانون المحاماة الكويتي "وتقدر محكمة الجنايات أتعاب المحامي المنتدب في الحكم الذي تصدره، ولا يجوز الطعن في هذا التقدير، وتصرف الأتعاب المقررة له من خزانة وزارة العدل بناء على شهادة من إدارة كتاب المحكمة، وإذا لم يتقدم المحامي لصرف هذه الأتعاب خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديرها اعتبر متنازلاً عنها لصالح جمعية المحامين الكويتية".

و"إذا لم يكن هناك اتفاق مكتوب على الأتعاب أو كان الاتفاق المكتوب باطلاً، قدرت المحكمة التي نظرت القضية عند الخلاف وبناء على طلب المحامي

أو الموكل أتعاب المحامي بما يناسب الجهد الذي بذله والنفع الذي عاد على الموكل.

وللمحامي وللموكل حق التظلم في أمر التقدير في خلال الخمسة عشر يوماً التالية لإعلانه بالأمر، وذلك بتكليف خصمه بالحضور أمام المحكمة التي أصدرت الأمر وينظر التظلم على وجه الاستعجال وبغرفة المشورة (غرفة المداولة)، ويكون الحكم الصادر في التظلم نهائياً غير قابل للطعن. أما إذا كانت الأتعاب المختلف عليها عن عمل آخر وليس عن قضية نظرتها المحكمة فللمحامي وللموكل أن يرفع دعوى عادية لتقديرها تتبع فيها قواعد قانون المرافعات العادية ويحكم فيها على وجه الاستعجال" (وفقاً للمادة ٣٣ من قانون تنظيم مهنة المحاماة الكويتي)[١]. كما يسقط حق المحامي في مطالبة موكله بالأتعاب عند عدم وجود سند بها بمضي خمس سنوات ميلادية من تاريخ انتهاء العمل الذي قام به " (٣٤ م ق. تنظيم مهنة المحاماة الكويتي)[٢].

ب – في القانون المصري:

إذا لم يوجد اتفاق كتابي بين المحامي وموكله على تقدير أتعاب المحامي، فإن التقدير يتم بأمر بناء على طلب يقدم لمجلس النقابة الفرعية. فيعرض على لجنة ثلاثية يشكلها مجلس النقابة من بين أعضائه ويخطر الموكل بالحضور أمامها لإبداء وجهة نظره، وتشرع اللجنة في الوساطة بين المحامي وموكله، فإذا قبل الطرفان ما تعرضه عليهما حرر محضر بذلك يوقع عليه الطرفان مع ممثل النقابة وتوضع عليه الصيغة التنفيذية بطلب يقدم إلى قاضي الأمور الوقتية ودون رسوم، وإذا لم يقبل الطرفان ما تعرضه عليهما اللجنة فصلت في موضوع الطلب خلال ستين يوماً على الأكثر بقرار مسبب، وإلا جاز لكل من

(١) قارن ذلك مع المادة ٢/٢٩ من مشروع تعديل قانون المحاماة.

(٢) قارن مع المادة ٨٦ ق. المحاماة المصري. ونصت المادة ٢٠ من مشروع تعديل قانون المحاماة الكويتي على أنه "يسقط حق المحامي في مطالبة موكله بالأتعاب. وعند عدم وجود سند بها بمضي خمس سنوات ميلادية من تاريخ انتهاء العمل الذي قام به المحامي".

الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة (٨٤ م قانون المحاماة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣)[١]. وإذا أصدرت اللجنة المشكلة في النقابة الفرعية قرارها، فإنها تدخل في تقديرها أهمية الدعوى والجهد المبذول والنتيجة المحققة وأقدمية درجة قيد المحامي، ويجب ألا تزيد الأتعاب على عشرين في المائة ولا تقل عن خمسة في المائة من قيمة ما حققه المحامي من فائدة لموكله في العمل موضوع طلب التقدير (٣/٨٢ م قانون المحاماة المصري).

ولأتعاب المحامي وما يلحق بها من مصروفات امتياز يلي مباشرة حق الخزانة العامة. ويقبل أمر التقدير الطعن فيه بالاستئناف على حسب قيمة الطلب خلال عشرة أيام من تاريخ إعلان القرار (١/٨٥ م قانون محاماة مصري)، أمام المحكمة الابتدائية التي يقع بدائرتها مكتب المحامي إذا كانت قيمة الطلب خمسمائة جنيه فأقل، وإلى محكمة الاستئناف إذا جاوزت القيمة ذلك.

ويستطيع المحامي عند وجود اتفاق كتابي مع موكله حبس الأوراق والمستندات المتعلقة بموكله أو حبس المبالغ المحصلة لحسابه بما يعادل مطلوبه من الأتعاب التي لم تسدد وفق الاتفاق (١/٩٠ م محاماة مصري). وإذا لم يكن هناك اتفاق كتابي على الأتعاب يستخرج المحامي على نفقة موكله صوراً من الأوراق والمستندات التي تبرر المطالبة بأتعابه يلتزم برد الصور الأصلية لهذه الأوراق لموكله متى رد الأخير مصروفات استخراجها وفي جميع الأحوال يجب ألا يترتب على حبس الأوراق والمستندات تفويت أي ميعاد لاتخاذ

(١) لكن قضت المحكمة الدستورية العليا حديثاً بعدم دستورية المادة ١/٨٤، ٢ من قانون المحاماة رقم ٨٣/١٧ وسقوط كل من فقرتها الثالثة والمادة ٨٥ من هذا القانون، وذلك في جلستها بتاريخ ١٩٩٩/٦/٥ في القضية رقم ١٥٣ لسنة ١٩ قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية، العدد ٢٤ في ١٩٩٩/٦/١٧، وفي القضية رقم ٨١ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية"، بجلسة ١٩٩٩/١١/٦، الجريدة الرسمية، العدد ٤٦ في ١٩٩٩/١١/١٨، وفي القضية رقم ٨٤ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" بجلسة ٤/ ١٩٩٩/١٢، في الجريدة الرسمية، العدد ٥٠ في ١٩٩٩/١٢/١٦.

إجراء قانوني يترتب على عدم مراعاته سقوط الحق فيه (٢/٩٠ محاماة مصري)[١].

ولا يكون قرار التقدير نافذاً إلا بعد انتهاء ميعاد الاستئناف (١٠ أيام) أو صدور حكم فيه، وتوضع الصيغة التنفيذية على قرارات التقدير النهائية بوساطة قاضي الأمور الوقتية المختصة، وذلك بغير رسوم (٢/٨٥ م محاماة مصري)[٢]. كما لا يجوز الأمر بنفاذه معجلاً[٣].

٣ – القواعد العامة لتقدير أتعاب الشهود في القانونين الكويتي والمصري:

لم يوجد نص صريح في قانون الإثبات الكويتي، ٩٢ م ق. الإثبات المصري.

أ – مصروفات الشهادة في القانون الكويتي:

لم يضع المشرع الكويتي – على عكس المشرع المصري – في قانون الإثبات رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ نصاً ينظم تقدير مصروفات الشهادة، لكن بما أن مصاريف الشهود يمكن إدخالها ضمن مصروفات الدعوى[٤]، ومن ثم فهي تظل خاضعة للمواد من ١١٩ إلى ١٢٣ من قانون المرافعات وبصفة خاصة للمادة ١٢٣ من القانون المذكور والسابق شرحها[٥].

وهكذا فإن أوامر تقدير أتعاب معاوني القضاء ومصروفاتهم (الخبراء والمحامين والشهود) تكون نافذة بمجرد صدورها[٦] بخلاف أوامر تقدير رسوم

(١) عزمي عبدالفتاح، قانون القضاء المدني، جزء أول، ص ١٥٢ وما يليها.
(٢) عزمي عبدالفتاح، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، ط ٩١ – ٩٢، ص ٢١١.
(٣) فتحي والي، التنفيذ الجبري، ط ١٩٨١، بند ٥٤، ص ١٠٩.
(٤) انظر: فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، ط ١٩٧٧، بند ٢٩٠، ٢٩١، ص ٣٧١ وما يليها.
(٥) انظر: ما سبق، ص ٨٢ وما يليها.
(٦) م ٩٢، ١٥٨ من قانون الإثبات المصري.

ومصروفات التقاضي فإنها لا تكون نافذة إلا بعد فوات مواعيد الطعن فيها أو صيرورة أحكام الطعن فيها نهائياً.

كما أن المشرع قد قرر في حالة التظلم فقط من أوامر تقدير أتعاب الخبراء يوقف تنفيذها بقوة القانون بمجرد رفعه[1].

ومادام أن كلاً من أوامر الأداء وأوامر التقدير تُعد قضاءً موضوعياً في أصل الحق ومقداره فإن هذه الأوامر ترتب آثار الأحكام القضائية نفسها من حجية الأمر المقضى واستنفاد ولاية القاضي برغم عدم تسبيبها، كما أن الحكم الصادر في التظلم منها يطبق عليه قواعد الطعن نفسها في الأحكام الموضوعية.

ب – مصاريف الشهود في القانون المصري:

إن تقدير مصاريف الشهود ومقابل تعطيلهم يكون بأمر على عريضة بناء على طلبهم من الهيئة التي سمعت شهادتهم، ويعطى للشاهد صورة من أمر التقدير تكون نافذة على الخصم الذي استدعاه (٩٢ م إثبات). ويلاحظ على هذه المادة أنها أضافت عبارة "مقابل تعطيلهم"، ومن ثم أجاز المشرع مبلغاً يعطى للشهود كتعويض عن تعطيلهم عن أعمالهم، فلا يقتصر الأمر على ما كان سائداً في ظل المادة ٢١٨ ملغي مرافعات على تقدير مصروفاتهم (مصروفات الانتقال والإقامة)[2] كما أنه يلاحظ على نص المادة ٩٢ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أنه جعل أمر تقدير مصاريف الشهود نافذاً بمجرد صدوره مثلما فعل المشرع بالنسبة لأمر تقدير أتعاب الخبراء (١٥٨ م إثبات).

كما أن المشرع لم ينص على جواز التظلم أو المعارضة في هذا النوع من الأوامر، خلافاً لما فعل بالنسبة لأوامر التقدير الأخرى (الرسوم القضائية ومصروفات الدعوى وأتعاب الخبراء)، ولكن العدالة تقتضي تمكين من صدر ضده الأمر من التظلم قياساً على ما فعله المشرع بالنسبة لتقدير أتعاب الخبراء

(١) المادة ١٦١ إثبات مصري.

(٢) انظر: محمود هاشم، التنفيذ، ٢، ط ١٩٩٠، ص ٢٠٦، أحمد أبو الوفا، التنفيذ، ط ٩، بند ٩١، ص ٢٠٧.

وتطبيقاً للقواعد العامة فقد يرى من صدر ضده الأمر أنه ينطوي على خطأ أو قدر من المغالاة فيجب تمكينه من الطعن فيه والقول بغير ذلك معناه إقرار التحكم بلا ضابط ولا حدود[١].

كما أنه من ناحية أخرى يجب الاعتراف لمن صدر ضده الحكم في التظلم بالحق في استئنافه أمام المحكمة المختصة (العالي أو الابتدائية الاستئنافية) في خلال أربعين يوماً من تاريخ صدوره على اعتبار أن الحكم الصادر يعد حكماً موضوعياً.

ثانياً: القواعد الخاصة بالتحكيم المتعلقة بتقدير أتعاب الخبراء والمحامين والشهود في القانونين الكويتي والمصري:

١- في القانون الكويتي:

ان معاوني المحكم من خبراء وشهود ومحامين يستحقون أتعاباً مقابل أداء عملهم ومصاريف تجسد نفقات انتقالهم وإقامتهم (ومقابل تعطل الشهود عن عملهم الأصلي). ولقد سبق القول بأن هذه الأتعاب والمصروفات تدخل في مصروفات التحكيم عموماً وفي مصروفات الدعوى خصوصاً، ومن ثم تطبق عليها القواعد السابق شرحها بصدد مصروفات الدعوى[٢].

وعلى ذلك تستطيع هيئة التحكيم العادية – إذا لم يوجد اتفاق بين الخصوم على تقدير هذه الأتعاب وتلك المصروفات – تقديرها – بناء على قاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع وأن من يملك الأكثر يملك الأقل وأن الأمر متعلق بمستلزمات النزاع – بأمر على عريضة مقدمة من صاحب الشأن في ذلك.

وتملك هيئة التحكيم القضائي – استناداً إلى المادة ١٢ من قانون التحكيم القضائي التي أحالت إلى تطبيق قواعد قانون المرافعات فيما لا يتعارض مع

(١) محمود محمد هاشم، التنفيذ، ص ٢٠٦.
(٢) انظر: ما سبق، ص ٨٣ وما يليها.

أحكام قانون التحكيم القضائي – إصدار أوامر على العرائض بصدد تقدير هذه الأتعاب وتلك المصروفات عملاً بالمواد من ١١٩ إلى ١٢٣ من قانون المرافعات الكويتي.

٢- في القانون المصري:

لأن أتعاب معاوني المحكم ومصروفاتهم من خبراء وشهود ومحامين تدخل ضمن مصروفات التحكيم والتي لم تنظم المطالبة بها بنصوص في قانون التحكيم الموحد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وأنه قد سبقت الإشارة إلى أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للأمم المتحدة قد وضع نصوصاً في هذا الصدد[١]، فإنه من الملائم والمناسب الاقتداء بها واقتباسها بما يتلاءم مع طبيعة التحكيم ومادام لا يوجد تنظيم لهذه المسألة في اتفاق التحكيم (الشرط أو المشارطة) بين الخصوم.

(١) انظر: ما سبق، ص ٨٠ وما يليها.

الخاتمـة

وفي نهاية المطاف لا يملك المحكم – في رأينا – سلطة إصدار الأوامر على العرائض (في شكلها ومضمونها أو في شكلها فقط) قبل بداية التحكيم، حيث يملك ذلك قضاء الدولة، ومن ثم يملك المحكم هذه السلطة من بداية التحكيم وحتى قبل صدور حكم مُنْهٍ للخصومة كلها، على أساس أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع وعدم تجزئة النزاع وأن المسألة تكون متعلقة بموضوع النزاع ويتم اتفاق الخصوم (في الشرط أو المشارطة) على تخويل المحكم هذه السلطة، غير أن ذلك لا يمنع ولا يحجب سلطة قضاء الدولة في هذا الصدد باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في ذلك أثناء إجراءات التحكيم. ولكن بعد صدور حكم مُنْهٍ للخصومة كلها لا يملك المحكم سلطة إصدار أوامر على العرائض سواء متعلقة بتصحيح أحكامه من الأخطاء المادية – ما لم يكن محكماً قضائياً وفقاً للتحكيم القضائي الكويتي فهو يملك تصحيح أخطائه – أو بتنفيذها أو بغيرها من المسائل، حيث إنها تعود إلى صاحب الاختصاص الأصيل في ذلك وهو قضاء أو محاكم الدولة لأن المحكم لا يملك سلطة الإجبار أو التنفيذ.

وهكذا فإن قضاء الدولة أو محاكمها تملك وحدها سلطة إصدار الأوامر على العرائض قبل بداية التحكيم وبعد نهايته ولكن تشاركها هيئة التحكيم في ذلك من بداية التحكيم وحتى نهايته، مادام قد نص في اتفاق التحكيم صراحة على ذلك وكان الأمر متعلقاً بموضوع النزاع المطروح على هيئة التحكيم، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن هيئة التحكيم تملك – في اعتقادنا – سلطة إصدار أوامر الأداء لأن محلها حق مالي خاص يملك الشخص حرية التصرف فيه، ومن ثم يقبل التنازل أو الصلح مادام يوجد اتفاق صريح بين الخصوم على ذلك (في شرط أو مشارطة التحكيم) وخصوصاً في التحكيم القضائي الكويتي لأن الهيئة يغلب على تشكيلها الطابع القضائي. في حين تملك الهيئة سلطة

تقدير مصروفات التحكيم – ما عدا أتعاب الهيئة ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك أو يقوم رئيس هيئة التحكيم القضائي بتقدير أتعاب الحكم المختار – من مصروفات الدعوى أو الخبراء أو الشهود أو المحامين أو غيرها من المصروفات، لأن من يملك الأصل يملك الفرع، ولأن مصروفات التحكيم من مستلزماته، ومن ثم فإن الحكم في موضوع النزاع يستلزم الحكم في مصروفات الدعوى خاصة، وفي مصروفات التحكيم على وجه العموم، وكما يستطيع الخصوم إذا اتفقوا (في الشرط أو المشارطة) على ذلك صراحة استبعاد سلطة هيئة التحكيم في إصدار أوامر تتعلق بتقدير مصروفات التحكيم.

تم بحمد الله،

قائمة المراجع

أولاً: مراجع باللغة العربية:

- إبراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخاص، القاهرة، ١٩٨٦.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، قواعد وإجراءات التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق – جامعة الكويت، السنة ١٧، العدد الأول والثاني، رمضان – ذو الحجة ١٤١٣ هـ، مارس – يونيو ١٩٩٣ م.
- أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ط ٩.
- التعليق على نصوص قانون المرافعات، ج ١.
- المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الرابعة عشرة، ١٩٨٦.
- التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الرابعة، ١٩٨٣، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- التحكيم في البلاد العربية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى.
- التعليق على نصوص قانون الإثبات، ط ٢، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨١.
- أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ١٩٩٤.
- أحمد ماهر زغلول، دروس في المرافعات، ط ٩٣.
- أصول التنفيذ، ط ١٩٩٠.
- أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، ط ١٩٩٦، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى.
- أصول التنفيذ في القانون الكويتي، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، مؤسسة دار الكتب.

- جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.
- حسن اللبيدي، أصول المرافعات الولائية، ط ١٩٨٤.
- حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، ط ١٩٩٦.
- رمزي سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي، ١٩٧٤.
- زكريا جلال نقريشي، تأملات في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية الحالي، مجلة المحامي، السنة ١٩، العدد أكتوبر – ديسمبر ١٩٩٥، ص ٢٣٩ إلى ٢٩٤.
- سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ١٩٨٦.
- سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، الجزء الأول، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١.
- سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات الكويتي، مراحل الخصومة في القضية الموضوعية، القسم الثاني، القضية المستعجلة، الجزء الثاني "التقاضي بدون قضية"، الطبعة الأولى ١٩٩٨.
- التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
- عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، الطبعة الثانية ١٩٩٨، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة.
- عبدالباسط جميعي، سلطة القاضي الولائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يوليو ١٩٦٩ – السنة ١١ – العدد الثاني، ص ٥٧١: ٦٤٧.
- مباديء المرافعات، ط ٧٣ – ١٩٧٤.

- عبدالحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- عبدالحميد الأحدب، التحكيم، مؤسسة نوفل، بيروت، ١٩٩٠، الجزء الرابع.
- عبدالعزيز طاهر ملا جمعه "المحامي"، الإجراءات الوقتية والتحفظية في التحكيم والعلاقة بين التحكيم والقضاء في دولة الكويت، مجلة المحامي، السنة الثالثة والعشرون، يوليو، أغسطس، سبتمبر ١٩٩٩، ص ٢٩١: ٣١٩.
- عبدالودود يحيى، الموجز في قانون الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء، دار المعارف، ١٩٨٦.
- عزمي عبدالفتاح، التحكيم في القانون الكويتي، ط جامعة الكويت ١٩٩٠.
- قانون القضاء المدني، جزء أول.
- قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، ط ٩١ – ٩٢.
- عكاشة محمد عبدالعال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤.
- علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، ط ١٩٩٦، دار النهضة العربية.
- فتحي والي، الوسيط في شرح قانون القضاء المدني، ط ١٩٩٣، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي
- الوسيط في قانون القضاء المدني، ط ١٩٨٠، دار النهضة العربية، القاهرة.
- قانون القضاء المدني، ط ١٩٨٤.
- التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، ط أولى، ١٩٧٨.
- التنفيذ الجبري، ط ١٩٨١،

- قانون القضاء المدني الكويتي، ط ١٩٧٧.
- فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، ط ٢، عمان ١٩٩٢.
- محمد عبداللطيف، القضاء المستعجل، الطبعة الرابعة، ١٩٧٧، الناشر دار النهضة العربية.
- محمد عبدالوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط أولى، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٨٥.
- محمد علي راتب "قضاء الأمور المستعجلة"، دار النشر الحديث.
- محمد علي رشدي بك "قاضي الأمور المستعجلة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ١٩٥٢، مطبعة دار الكتاب العربي.
- محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٣.
- محمود السيد عمر التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، رسالة، حقوق المنوفية، ١٩٩٤.
- محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، دراسة مقارنة، ط ١٩٨٥ م – ١٤٠٥ هـ، دار الفكر العربي.
- النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، ١٩٩٠.
- التنفيذ، ٢، ط ١٩٩٠.
- مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥.
- مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، وضع التحكيم من النظام القانوني الكلي، اتفاق التحكيم – خصومة التحكيم، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، الفتح للطباعة والنشر.

- معوض عبدالتواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة، ط ١٩٨٤
- منير عبدالمجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف ١٩٩٥، و ط ١٩٩٧.
- وجدي راغب، مباديء التنفيذ القضائي الكويتي، ط ١٩٨١.
- طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم، بحث منشور في مؤتمر حول التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي، العريش من ٢٠ إلى ٢٥ سبتمبر ١٩٨٧، ص ٩٥ إلى ١٣٨.
- تأصيل الجانب الإجرائي، في هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل، مجلة الحقوق – جامعة الكويت – ١٩٨٢، س ٧، عدد ٤، ص ٩٧ إلى ١٢٧.
- خصومة التحكيم، محاضرة مكتوبة ألقيت على طلاب الدورة التدريبية المتعلقة بالتحكيم – كلية الحقوق – جامعة الكويت، ط ١٩٩٢.
- نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – حقوق عين شمس، يناير سنة ١٩٧٣، العدد الأول، السنة ١٥، ص ١٦٧: ٢٧٥.
- النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة عين شمس ١٩٦٤، ط ١٩٧٤، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- وجدي راغب وسيد أحمد محمود، قانون المرافعات الكويتي (وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية)، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ – ١٩٩٤ م، الناشر مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع.
- وجدي راغب وعزمي عبدالفتاح، مباديء القضاء المدني، ط ١٩٨٤.

ثانياً: مراجع أجنبية:

- A. BERNARD, l'arbitrage volontaire, 1937.
- ph. BERTIN: "l'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale "Rev. arb. 1982, 331.
- P. BERTIN, le juge des référé et le nouvel arbitrage, G. Pal. 1980. 2. Doct. 520.

- V. COUCHEZ, référé et arbitrage, Rev. arb. 1986. 2. 155.
- DERAINS, Expertise technique et référé arbitral, Rev. arb 1982, 239.
- FOUCHARD, la coopération du président du T G I Á l'arbitrage, Rev. arb. 1985, 5.
- les instiurions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique Rev. arb. 1987, 225.
- G. de leval, le juge et l'arbitre, les mesures provisiores, Rev. intr. dr. comp. 1993. 1, 71.
- E. GAILLARD, les manoeuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international, Rev. arb. 1990. 759.
- N. GARNIER, Interpréter, rectifier et compléter les sentences arbitrales internationales; Rev. arb. 1995. 565.
- A. KOHL, L'arbitrage au droit allemend, Rev. int. dr. comp. 1990, 1, 7.
- B. LEURENT, l'intervention du juge, Rev. arb. 1992, 2, 303.
- MATTHIIEU de Boisséson, le droit fran5ais de l'arbitrage éd. 1990.
- F.R. MENDEZ "l'arbitrage international et mesures conservatoires, rev. arb. 1984. p. 51.
- B. MOREAU et th. BERNARD, droit interne et droit international de l'arbitrage, 2e éd. Paris, 1985.
- Ph. OUAKRAT "l'arbitrage commercial international et les mesures provisioires, dr. part. com. int., 1988. p. 239.
- RAMOS - MENDEZ, Arbitrage international et mesures conservatiores, Rev. arb. 1985, 51.
- J. ROBERT et B. MOREAU, l'arbitrage, dr. intern. et dr. international privé Dalloz, 6 éd. 1993.
- X. TANDEAU de MARSAC, le référé francais et l'arbitrage international, G. Pal. 1984. 2. Doct. 375.
- D.M. VICENTE, l'evolution récente de l'arbitrage au Portugal rev. arb. 1991. 419.
- J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, vingt et unième édition, Dalloz, 1987.
- ZAGHLOUL (A), la juridiction gracieuse, thèse Lyon III, 1981.