دور القضاء فى نظر المسائل المستعجلة
فى الدعوى التحكيمية

د . عادل محمد فريد قورة

رئيس محكمة النقض الأسبق

مقدمة:

فى البداية أود أن أنوه إلى أن التحكيم قد أصبح ضرورة تقتضيها المنازعات الدولية بصفة عامة والتجارية بصفة خاصة، بإعتباره نظاماً يرتاح إليه المستثمرون فى التجارة الدولية لما يحققه من مزايا تتمثل فى سرعة الفصل فى القضايا وقلة النفقات ويسر الإجراءات. بل ودرج كثير من المستثمرين فى المنازعات الداخلية إلى اللجوء للتحكيم لفضها. وإزدادت أهمية التحكيم بذلك سواء فى التحكيمات الدولية أو الداخلية.

وعلى الرغم من تزايد دور التحكيم، فإن دور القضاء سوف يظل فعالاً وضرورياً لقيام التحكيم وإستمراره. ذلك أن ثمة أمور عديدة لا غنى لهيئة التحكيم عن الإستعانة بالقضاء لمباشرتها. لتشمل حل المشكلات التى قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم، أو رد المحكمين أو تلك التى تعرض التحكيم أثناء سير الدعوى، مثل المسائل الأولية التى تخرج عن ولاية هيئة التحكيم كالطعن بالتزوير فى ورقة قدمت لها أو فعل جنائى آخر أو كالحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور بالجزاء المنصوص عليه فى قوانين الدولة أو الأمر بالإنابة القضائية حين يقتضى الأمر تحصيل دليل فى دولة أخرى أو إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية حين تكون قبل تشكيل هيئة التحكيم أو حين إجبار من صدرت ضده بتنفيذها. وكذلك يمتد إختصاص قضاء الدولة ليصل ذروته فى الرقابة على حكم التحكيم حين يفصل فى صحة حكم التحكيم أو بطلانه وعندما يطلب أحد أطراف خصومه التحكيم الحصول على أمر بتنفيذ حكم المحكمين.

ويكمن الأساس القانونى لدور القضاء الفعال فى مجال التحكيم فى أن المحكم- حين يتولى التحكيم- يتولاه ليس بوصفه قاض معين فى السلطة القضائية بالدولة، ولكن بوصفه شخصاً عادياً، ناط به أطراف النزاع الفصل بينهم فى نزاع بذاته. ومن ثم يفتقد المحكم سلطة الأمر الذى يمتلكها قضاء الدولة. وبالتالى فهو فى حاجة إلى مساعدة قضاء الدولة، لمواجهة ما يعترض التحكيم من مشكلات تقتضى إجبار الأطراف على تنفيذها، بل وإجبار الغير فى بعض الأحوال. ومن ناحية أخرى فإن دور

القضاء الفعال فى مجال التحكيم يمثل ضمانه رئيسية للخصوم، محصلتها أن مسار الدعوى التحكيمية وتنفيذ الحكم الصادر فيها لم يخل بالضمانات القضائية الأساسية فى التقاضى. ومن ثم ينبغى أن يحكم إجراءات التحكيم مبدأ إستقلاله دون الإخلال بالضمانات القضائية اللازمة لتحقيق العدالة.

ولهذا جرت التشريعات فى الدول المختلفة على منح القضاء دوراً فعالاً فى مساعدة هيئة التحكيم ودعمها فى أداء مهمتها، وفى الرقابة على عملها بما يحقق توافر الضمانات الأساسية فى محاكمة عادلة وضمان إلتزام المحكمين بها، على أن الهدف من ذلك الدور الممنوح للقضاء فى مجال التحكيم "يتحدد وفقاً للمرحلة التى تمر بها إجراءات التحكيم، فقبل بدء الإجراءات تنشد دور المعاونة، وأثناء سير الخصومة تهدف إلى صحة الإجراءات، وبعد صدور الحكم يكون هدفها ضمان فاعلية الحكم ونفاذه مادامت توافرت له عناصر الصحة أو إبطاله إذا كان به ما يشوبه" (صالح جاد عبد الرحمن المترلاوى، الرقابة القضائية على التحكيم، مجلة القضاة، السنة الحادية والثلاثين، سنة ١٩٩٩، ص ٤٧) ولذلك قيل بحق أن الهدف من تدخل القضاء ليس إفساد نظام التحكيم، بل تأكيد وجوده وضمان فاعليته، فى حين أن إستبعاد دوره فى التحكيم ينطوى على مخاطر بحقوق الأطراف. فالتعاون بينهما لا مناص منه للحصول على حكم له عناصر الصحة بما يكفل تنفيذه.

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون التحكيم الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى بيان الأسس التى قام عليها القانون ما يلى:- "رابعاً: إستقلال محكمة التحكيم، وهو بدوره من المبادئ الأصولية التى تقوم عليها الأنظمة المتقدمة فى التحكيم .... بيد أن هذا الإستقلال، وإن كان مطلوباً فى ذاته، ينبغى ألا يصل إلى حد القطيعه بين القضائين. فهناك أمور لا غنى لمحكمة التحكيم عن الإستعانة فى شأنها بقضاء الدولة، كالأمر بإتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية، والحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن أداء الشهادة. وهناك حاجة إلى وجود جهة قضائية يرجع إليها كلما وقع أمر يترتب عليه إعاقة سير إجراءات التحكيم لتزيل العقبة وتعيد إلى الإجراءات انسيابها، وهناك أمور لا مناص فيها من تقرير الرقابة لقضاء الدولة على محكمة التحكيم، كالنظر الطعن فى حكم التحكيم بالبطلان، وإصدار الأمر بتنفيذ الحكم".

وقد درجت التشريعات التى تنظم التحكيم فى معظم الدول على تعيين المحكمة المختصة بنظر مسائل التحكيم.

وقد نصت المادة ٩ من قانون التحكيم على ما يلى:- "١- يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج، فيكون الإختصاص لمحكمة إستئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على إختصاص محكمة إستئناف أخرى فى مصر، ٢- وتظل المحكمة التى ينعقد لها الإختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الإختصاص حتى إنتهاء جميع إجراءات التحكيم".

ولا شك أن تحديد محكمة واحدة لنظر جميع مسائل التحكيم الذى يحيلها القانون إلى قضاء الدولة، يحقق تيسيراً على أطراف التحكيم، فلا تتشتت دعاواهم أمام عدة محاكم مما يؤدى إلى زيادة النفقات وتأخير الفصل فى دعوى التحكيم. كما أن من شأن تحديد محكمة واحدة لنظر تلك المسائل أن ينشأ نوع من قضاء الدولة المتخصص فى التحكيم يحقق الرقابة على توافر الضمانات القضائية الأساسية فى الدعوى التحكيمية دون عرقلتها وتعطيلها.

وإذا كان دور القضاء الفعال فى مسار الدعوى التحكيمية يشمل كل تلك الحالات السابق الإشارة إليها، والتى هى موضوع مؤتمرنا برمته، فإننا سوف نقصر حديثنا عن دور قضاء الدولة المساعد أو المشارك فى إتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية تقتضيها الدعوى التحكيمية.

١- وقبل أن نبين أحكام قانون التحكيم المصرى فى هذا الصدد نشير، فى عجاله، إلى الإتجاهات المختلفة فى القوانين الأجنبية والإتفاقيات الدولية التى عالجت موضوع الجهة المختصة بإصدار تلك التدابير.

والواقع أن الرأى قد أختلف فى ثلاث إتجاهات:-

الأول: ذهب إلى القول بإختصاص قضاء الدولة، على سبيل القصر، بإتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، وقد أخذ بهذا الرأى قانون المرافعات الإيطالى، وقانون المرافعات اليونانى والقانون الليبى كما تبنته إتفاقية جنيف للتحكيم التجارى الدولى سنة ١٩٦١. وحجة هذا الإتجاه أن قضاء الدولة أكثر قدره على تلبية حاجة الخصوم العاجلة، نظراً لتواجد قاضى الأمور المستعجلة فى حالة إنعقاد على الدوام، عكس هيئات التحكيم التى تتباعد جلسات إنعقادها، كما أن قضاء الدولة يملك سلطة تنفيذ أحكامه وأوامره جبرا وهو ما يفتقده قضاء التحكيم.

الإتجاه الثانى: الإتجاه القائل بإختصاص قضاء التحكيم وحده بإتخاذ تدابير وقتية وتحفظية: وذلك يؤدى إلى توفير الجهد والنفقات، فضلاً عن عدم صدور تدابير متعارضة تؤدى إلى إضطراب مهمة هيئة التحكيم عند الفصل فى موضوع النزاع. كما أن الإتفاق على التحكيم يحتم عرض كل ما يتعلق بالنزاع من الناحيتين الموضوعية والمستعجلة أمام هيئة التحكيم. وقد أخذ بهذا الإتجاه القانون الهولندى والقانون التونسى والقانون الجزائرى والقانون الفدرالى الأمريكى. كما تبناه نظام محكمة لندن للتحكيم وإتفاقية واشنطن لمنازعات الإستثمار، ولكن بشرط إتفاق طرفى التحكيم.

الإتجاه الثالث: الإتجاه القائل بالإختصاص المشترك بين قضاء الدولة وهيئة التحكيم: ذلك أن هناك بعض الإجراءات يمكن صدورها من هيئة التحكيم دون أية صعوبات، سواء عند صدورها أو عند تنفيذها: مثل الأمر بحفظ البضائع لدى شخص من الغير أو أن يتم تخزينها بشكل يلائم طبيعتها أو أن يأمر ببيعها إذا كانت قابلة للتلف. فى حين أن بعض الإجراءات لا يتصور صدورها من هيئة التحكيم، وتصدر من قضاء الدولة الذى يتمتع بسلطة الجبر مثل الأمر بتوقيع حجز تحفظى أو تعيين حارس. وفى المقابل ثمة إجراءات يتصور صدورها من كل من هيئة التحكيم وقضاء الدولة مثل المحافظة على الشئ وإيداعها لدى شخص من الغير أو بيعها.

٢- موقف القانون المصرى:

نصت المادة ١٤ من قانون التحكيم المصرى على أنه "يجوز للمحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من هذا القانون أن تأمر، بناء على طلب أحد طرفى التحكيم بإتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها" وكذلك تنص المادة ٢٤ منه على أنه: "١- يجوز لطرفى التحكيم الإتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، أن تأمر أياً منهما بإتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتية أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، ٢- وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه جاز لهيئة التحكيم، بناء على طلب الطرف الآخر، أن تأذن لهذا الطرف فى إتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف فى أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من هذا القانون الأمر بالتنفيذ".

ويبين من جماع النصوص السابق الإشارة إليها أن الحال لا يخرج عن أحد إحتمالين:

الأول: إما إلا يتفق الطرفان على إختصاص هيئة التحكيم بإتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية.

الثانى: أو أن يتفق الطرفان على إختصاص هيئة التحكيم بإتخاذ الإجراءات التحفظية والوقتية.

٢-١ ففى الحالة الأولى:

تنص المادة ١٤ من قانون التحكيم على منح الإختصاص بإتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية للمحكمة المشار إليها فى المادة ٩- وهى المحكمة المختص أصلاً بنظر النزاع متى كان التحكيم داخلياً ومحكمة إستئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على إختصاص محكمة إستئناف محكمة إستئناف أخرى فى مصر، وذلك إذا كان التحكيم دولياً. وقد منحها هذا الإختصاص- بناء على طلب أحد طرفى التحكيم. ويعنى ذلك أن قضاء الدولة هو المختص- من حيث الأصل- بإتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية. فإذا اختصت تلك المحكمة- فى هذه الحالة- بنظر المسائل المستعجلة فإنها تختص وحدها ودون غيرها بمباشرة هذا الإختصاص فلا يشاركها فيه قضاء التحكيم أو أية جهة أخرى فى قضاء الدولة.

وذلك طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٩ التى تنص صراحة، وبلا حاجة إلى أى تفسير أو تأويل، أن تلك المحكمة تظل مختصة دون غيرها بنظر مسائل التحكيم الذى يحيلها قانون التحكيم إليها حتى إنتهاء جميع إجراءات التحكيم. فإن تلك المحكمة تكون هى المختصة دون غيرها بنظر الطلبات التى يبديها أحد طرفى الخصومة التحكيمية لإتخاذ إجراء وقتى أو تحفظى، وبذلك ينحسر هذا الإختصاص عن هيئة التحكيم. وينحصر فى قضاء الدولة صاحب الولاية العامة. ولا يمكن التذرع فى ذلك بما هو مقرر من إختصاص قضاء الموضوع (هيئة التحكيم) بهذه المسائل المستعجلة إذا رفعت إليه بطريق التبعية المنصوص عليه فى الفقرة الأخيرة من المادة ٤٥ من قانون المرافعات. ذلك أن من المقرر- على نحو ما جرى به قضاء النقض- "أن التحكيم طريق إستثنائى سنه المشرع لفض الخصومات، قوامه الخروج على طريق التقاضى العادى وما يكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتما على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين على عرضه على هيئة التحكيم" (نقض ١٩٩٧/٦/٢١، مجموعة أحكام النقض، س ٤٣، جـ٢، ص ٩٣٧).

وعليه فإن إعتبار التحكيم طريقاً استثنائياً لفض الخصومات يقتضى حتما أن تكون إرادة أطراف التحكيم واضحة، لا لبس فيها، فى تحديد نطاق الخصومة أمام هيئة التحكيم، وبيان ما إذا كان مقتصراً على نظر موضوع النزاع أم يمتد إختصاصها ليشمل نظر المسائل المستعجلة. ويؤيد هذا النظر أن المادة

٢٤ من قانون التحكيم اشترطت أن يتفق طرفا التحكيم كى تختص هيئة التحكيم بإتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية. فإذا لم يتفقا، فليس ثمة سند لمد إختصاصها ليشمل نظر تلك المسائل الوقتية والتحفظية، لأن إختصاصها يستمد سنده، ومن ثم مشروعيته، من إتفاق أطراف التحكيم على ذلك. وفى الجملة إذا انتفى إتفاق الطرفين على منح هيئة التحكيم نظر المسائل المستعجلة، فقدت سند اختصاصها الذى تطلبه المشرع فى هذا الصدد. ويظل قضاء الدولة مختصا وحده بنظر المسائل المستعجلة فى ذات النزاع.

ولكن ما هو المقصود بقضاء الدولة المختص وحده بنظر المسائل المستعجلة فى حالة خلو شرط أو مشارطة التحكيم من إختصاص هيئة التحكيم بها؟

يجمع الفقه والقضاء على أنها هى المحكمة المختصة أصلاً بنظر موضوع النزاع طبقاً لقواعد الإختصاص النوعى والقيمى والمحلى المنصوص عليها فى المواد من ٤٢ إلى ٦٢ عدا المادة ٤٥ من قانون المرافعات، وليست المحكمة المختصة أصلاً بنظر المسائل المستعجلة طبقاً للمادة ٤٥ من قانون المرافعات وذلك فى المنازعات التجارية غير الدولية. ومحكمة استئناف القاهرة أو أية محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الطرفان، إذا كان التحكيم دولياً. وفى هذا يقول الأستاذ الدكتور فتحى والى: "أما إذا كان التحكيم ليس تجارياً دولياً، فإن الإختصاص يكون للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع (مادة ٩/١) أى للمحكمة المختصة بنظر النزاع وفقاً لقواعد الولاية والإختصاص التى ينص عليها القانون المصرى. فإذا كان النزاع يدخل فى ولاية القضاء الإدارى، فإن محكمة القضاء الإدارى تكون هى صاحبة الولاية. وإذا كان النزاع يدخل فى ولاية القضاء المدنى تحدد إختصاص المحكمة وفقاً لقواعد الإختصاص القيمى والنوعى والمحلى التى تنطبق على هذه المنازعة. وتنطبق هنا جميع قواعد عدم الإختصاص التى ينص عليها قانون المرافعات بالنسبة لكل نوع من أنواع الإختصاص" (دكتور فتحى والى، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، ص ٧٦ بند ٣٣، وأنظر أيضاً الدكتور أحمد الصاوى، الوجيز فى التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الطبعة الثالثة، ص ٢٥٤ بند ١٨٠). وقد هدف المشرع فى نص المادة ٩ من قانون التحكيم إلى منح محكمة واحدة إختصاصاً شاملاً لكل مسائل التحكيم التى يحيلها إلى قضاء الدولة سواء تعلقت بأمور مستعجلة أو غير مستعجلة، وهى المحكمة التى كانت تختص أصلاً بنظر موضوع النزاع فيما لو لم يكن قد اتخذ مسار التحكيم، وذلك على نحو ما أفصح عنه تقرير اللجنة المشتركة من لجنتى الشئون

الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون الإقتصادية بمجلس الشعب، التى أضافت الفقرة الأولى للمادة ٩ التى وردت فى مشروع الحكومة.

ويلاحظ على تحديد المحكمة المختصة بنظر التدابير الوقتية والتحفظية طبقاً للمادتين ٩ و ١٢ ما يلى:-

١- أنه فى حالة التحكيم الداخلى: استبعد المشرع اختصاص قاضى الأمور المستعجلة المعين طبقاً للمادة ٤٥ من قانون المرافعات التى تنص على أن "يندب فى مقر المحكمة الإبتدائية قاض من قضائها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بالحق فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت. أما فى خارج دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية فيكون هذا الإختصاص لمحكمة المواد الجزئية".

وبالتالى تكون المحكمة المختصة بنظر الإجراءات الوقتية والتحفظية هى المحكمة الجزئية المختصة نوعياً وقيمياً ومحلياً بنظر النزاع، حتى ولو كانت تقع فى دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية، وذلك خلافاً لما تقضى به المادة ٤٥ من قانون المرافعات، كما يكون الإختصاص بذلك للمحكمة الإبتدائية المختصة بنظر الموضوع، وليس للقاضى الذى تندبه الجمعية العمومية للمحكمة كما تقضى بذلك المادة ٤٥ من قانون المرافعات. ولهذا يمكن أن تثار فى هذا الصدد شبهه عدم دستورية تنص المادتين ٩ و ١٢ من قانون التحكيم لمخالفتهما لمبدأى المساواه والقاضى الطبيعى المنصوص عليها فى المادتين ٤٠ و ٦٨ من الدستور.

٢- أما فى التحكيم التجارى الدولى: فإن اختصاص محكمة الاستئناف فى المسائل المتعلقة بالتحكيم الدولى- ومنها الإجراءات الوقتية والتحفظية- حتى ولو تعلق الأمر بعقد إدارى ينطوى على تجاوز لتوزيع الولاية بين القضاء المدنى والقضاء الإدارى مما يثير شبهة عدم الدستورية لمخالفة المادة ٩ من قانون التحكيم للمادة ١٧٢ من الدستور التى تنص على أن "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل فى المنازعات الإدارية" فضلاً عن أنه لا يجيز استئناف أحكام محكمة الاستئناف إلا بالطعن على الأحكام الصادرة منها بالنقض، فى حين أن الحكم الصادر من محكمة أول درجة فى المسائل المستعجلة بالنسبة

للتحكيم الداخلى تخضع للطعن عليها بالاستئناف، مما يخل بمبدأ المساواة المنصوص عليها فى المادة ٤٠ من الدستور.

٢-٢ الحالة الثانية:

أن يتفق الطرفان كتابة في شرط أو مشاركة التحكيم أو في خطابات متبادله علي أن تختص هيئة التحكيم بالإجراءات الوقتية والتحفظية، وفى هذه الحالة يكون من الواجب إحترام الشرط وأعماله، فقد نصت المادة ١/٢٤ من قانون التحكيم علي أنه "يجوز لطرفي التحكيم الإتفاق علي أن يكون لهيئة التحكيم أن تأمر اياً منهما بما تراه من تدابير مؤقته أو تحفظيه "وذلك بناء علي طلب احدهما" ومفاد ذلك:

١- أن يتفق الطرفان علي منح هيئة التحكيم إختصاص إتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية. وبدون هذا الإتفاق ينحسر عنها هذا الإختصاص على نحو ما سبق بيانه.

٢- أنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتخذ الاجراء التحفظي أو الوقتي من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن يكون ذلك بناء علي طلب احد طرفي الخصومه ولهذا يمكن للهيئة، بناء علي رضاء الطرفين في إتفاق التحكيم علي تحويلها سلطة إصدار أحكام تحفظيه أو أوامر وقتيه، ان تصدر حكماً او اوامر بناء علي طلب احدهما بتعيين حارس علي موجودات الشركة محل النزاع او ان تامر بإيداع البضائع المتنازع عليها في يد امين او في احد المخازن او بالتحفظ علي دفاتر ومستندات يحوزها احد الطرفين او تسليمها لخبير تندبه. وشأنها فى ذلك كقضاء الدولة الذى لا ينظر الدعوى إلا بناء على طلب.

٣- انه لا يجوز للغير ان يتدخل امام هيئة التحكيم طالباً الحكم باجراء وقتي او تحفظي، وانما له ان يرفع دعواه المستعجلة امام القاضي الطبيعي وهو قاضي الامور المستعجلة وهنا يمكن ان يحدث تضارب في الاحكام ما لم ترجح اختصاص القاضي الطبيعي في هذا الشأن وهو القضاء المستعجل.

٤- اما اذا رفع احد طرفي الخصومة دعوي مستعجلة لاتخاذ اجراء تحفظي امام القضاء المستعجل بالمخالفة لشرط التحكيم الذي يجعل الاختصاص بها لهيئة التحكيم فقد اختلف الرأي فذهب راي الي القول بانه "يكون لمحاكم الدولة اختصاص بنظر الدعوي المستعجلة او باصدار الامر

بالاجراء الوقتي، ولو اتفق الاطراف علي قصر هذا الاختصاص علي هيئة التحكيم "فمثل هذا الاتفاق لا يسلب محكمة الدولة اختصاصه سالف الذكر" اذا تبقي المادة (١٤) تحكم له هـذا الاختصاص، ولو حدث اتفاق علي التحكيم" (د.فتحي والي- المرجع السابق ص ١٨٩).

بينما يذهب رأي اخر- نأيده يري انه في حالة وجود إتفاق بين الاطراف تضمنه شـرط أو مشارطة التحكيم علي إختصاص هيئة التحكيم بإتخاذ التدابير المؤقته أو التحفظيه فان مثل هذا الاتفاق يمنع القضاء من نظر طلب إتخاذ هذه التدابيرتماماً كما يمنعه إتفاق التحكيم من نظـر الموضوع شريطة التمسك بالاتفاق، فلا يرفض القاضي الطلب المقـدم اليـه الا اذا تمسـك الطرف الاخر بإتفاق التحكيم، وما تضمنه من شرط البت في طلبات إتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية،ولا يستثني من ذلك الا حالة الضرورة، والتي تتمثل في وجود مبررات قويه تقتضي إتخاذ هذه التدابير بعد إبرام الإتفاق وقبل إكتمال الهيئة واتصالها بالنزاع" (د.مختـار بريـري، التحكيم التجاري الدولي، طبعه ١٩٩٩ ص ١٥٥).

ويبدو ان هذا هو اتجاه القضاء المصري فقد قضت محكمة الإستئناف المختلطة "بأن الاتفـاق علي التحكيم لا تمنع صاحب الشأن من الالتجاء الي القضاء المسـتعجل بشـأن الطلبـات التحفظية والوقتية المتعلقة بذات النزاع، كتعيين حارس الا اذا كان متفقاً علي عرضها هـي الاخري علي التحكيم (استئناف مختلط جلسة ٣٣/١١/٢٩). كما قضت محكمـة جنـوب القاهرة الابتدائية "بان الاتفاق علي التحكيم لا يمنع صاحب الشأن من اللجوء الي القضـاء المستعجل في شأن الطلبات الوقتية الا اذا اتفق الطرفان علي عرضها علي التحكيم" (مستعجل جنوب القاهرة في ١٩٨٧/٢/٢٨، غير منشور، مجلة القضاء س٣١ ص ١٨٩).

وقضت محكمة استئناف القاهرة بان للاطراف الإتفاق علي ان تكون الإجراءات التحفظيـة والوقتيه محلا للتحكيم، وهذا الإتفاق يعد مانعاً لقضاء الدولة من نظر الطلب الوقتي لإتخـاذ تدبير وقتي أو تحفظي (محكمة إستئناف القاهرة، جلسة ٢٤ مايو ١٩٩٥ الدائرة ٦٣).

الا أنه يتعين إبداء الدفع بعدم إختصاص القضاء المستعجل، نظراً لإتفـاق الطـرفين علـي إختصاص هيئة التحكيم بالطلبات المستعجلة، قبل الكلام في الموضوع والا سقط الدفع بـه، وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن الدفع بعدم أختصاص القضاء العادي بنظر النزاع للإتفاق علي التحكيم هو دفع متعلق بالإختصاص الوظيفي لانه يحرم جهة القضاء من نظر المنازعة الا

انها رغم ذلك أعتبرت هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام بمعني انه لا يجوز الاتفاق علي مخالفته، ويسقط الحق في التمسك به بعدم ابدئه قبل التكلم في الموضوع، وقالت في حكم لها أن "مفاد نص المادة ٨١٨ من قانون المرافعات تخول المتعاقدين الحق في الإلتجاء الي التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم اصلاً، فإختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع، وأن كان يركن اساساً الي حكم القانون الذي أجاز إستثناء سلب اختصاص جهات القضاء الا أنه ينبني مباشرة وفي كل حالة علي حدة علي اتفاق الطرفين، وهذه الطبيعة الإتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم وتتخذ قواما لوجوده يجعله غير متعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بأعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به امامها،ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا، ويسقط الحق فيه فيما لو إثير متاخراً بعد الكلام في الموضوع إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمنياً عن التمسك به (نقض ١٩٦٦/٥/٢٤، س ١٧ ح٣، ص١٢٢٣) وقضت أنه "وإذا كان ما صدر من الخصم صاحب المصلحة في التمسك به "قبل إبدائه من طلب الحكم في الدعوي دون تمسكه بشرط التحكيم، وطلب التأجيل للصلح، والإتفاق علي وقف الدعوي لإتمامه، يفيد تسليمه بقيام النزاع أمام محكمة مختصه، ومواجهته موضوع الدعوي فأنه بذلك يكون قد تنازل ضمناً عن الدفع المشار اليه مما يسقط حقه فيه (نقض ٧٢/٢/١٥ ش٢٣، ح١، ص ١٦٨). ومن ثم فإذا كان لجوء الأطراف إلى التحكيم يجعل قضاء الدولة غير مختص بنظر موضوع النزاع، فإنه من باب أولى يكون غير مختص بنظر الطلب الحاد المستعجل الذى يثار فى هذا النزاع متى إتفق الأطراف على منحه لهيئة التحكيم.

٥- ويجب لمنع القضاء من ممارسة إختصاصه بإتخاذ التدابير المؤقته أو التحفظية أن يكون إتفاق الاطراف علي تخويل هيئة التحكيم هذه السلطة صريحاً واضح الدلالة لا لبس، ذلك أن التحكيم وعلي ما جري به قضاء النقض طريق إستثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج علي طرق التقاضى العادية، ومن ثم ينبغي أن تكون عبارات شرط التحكيم قاطعة الدلالة في منح هيئة التحكيم سلطة إتخاذ الإجراء الموقتية والتحفظية، فالإتفاق علي إحالة "جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقد، يثير الشك حول ملول العبارة، وهل معناها المنازعات الموضوعيه ام تمتد الي طلب إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، ويكون الامر بالغ الاهمية لانه يتعلق بحجب

إختصاص القضاء المستعجل في نظر التدابير الوقتية والتحفظية، ويتعلق من ناحية اخري بتحديد نطاق مهمة هيئة التحكيم التي ينبغي الإلتزام بها والا تعرض حكمها للبطلان.

وجدير بالذكر ان إتفاق طرفي التحكيم علي أن يتم التحكيم وفقاً لتنظيم لائحي لأحد مؤسسات التحكيم يخول الهيئة إتخاذ التدابير وحدها، يدل دلالة واضحة على إتجاه نية الطرفين تخويل هيئة التحكيم نظر الإجراءات الوقتية والتحفظية ومن ثم يلزم إحترامه والالتزام به.

وبالمثل اذا إتفق الطرفان علي جعل الإختصاص بالإجراءات الوقتية والتحفظية مشتركاً للقضاء وهيئة التحكيم، فإنه ينبغى إحترامه وإعماله- حتى وإن أدى ذلك إلى تضارب الأحكام فليس فى القانون المصرى ما يمنعه، خاصة وأن التحكيم ينبنى مباشرة وفى كل حالة على إتفاق الطرفين، وهذه الطبيعة الإتفاقية التى يتسم بها شرط التحكيم وتتخذ قواما لوجوده يجعله غير متعقل بالنظام العام.

٦- اذ كانت هيئة التحكيم لا تملك سلطة إجبار من صدر ضده الإجراء علي تنفيذه فقد عالجت الفقرة الثانية من المادة (٢٤) حالة تجاهله وإمتناعه عن التنفيذ. فنصت علي أن الهيئة بناء علي طلب الذي صدر الامر لصالحه، أن تأذن له في إتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الامر بما في ذلك حقه في الالتجاء لرئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع للحصول علي أمر بالتنفيذ أو الي رئيس محكمة الإستئناف.

٧- جواز رفع دعوي بطلان الاحكام الوقتية والتحفظية قبل الحكم المهني للخصومة.

نري أنه يجوز رفع دعوي بطلان الاحكام المستعجلة الصادرة من هيئة التحكيم قبل الحكم المنهي للخصومه، ذلك انه إذا كان قانون التحكيم لم يورد نصا خاصا في هذا الشأن فإنه ينبغى تطبيق القواعد الواردة في قانون المرافعات، ليس بإعتباره القانون العام بالنسبة لخصومة التحكيم، ولكن بإعتبار دعوي البطلان مجرد دعوي أمام المحاكم يسري عليها- فيما لم ينص عليه قانون التحكيم- إحكام قانون المرافعات. وإذا إستثنت المادة (٢١٢) مرافعات الاحكام الوقتية المستعجلة، من قاعدة عدم جواز الطعن فى الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى، فاجازت الطعن فيها دون انتظار الحكم المنهي للخصومة كلها فإنه، من ثم، يتعين اعمال هذه

القاعدة بحيث يجوز رفع دعوى بطلان الأحكام المستعجلة الصادرة من هيئة التحكـــيم فـــور صدورها دون إنتظار الحكم المنهى للخصومة وذلك إعمالاً لحكم المادة المشار إليها آنفاً.

غير ان محكمة إستئناف القاهرة قضت في الدعوي رقم ٥٨ لسنة ١٢٠ ق بعكس ذلك فقـــد حكمت بعدم قبول دعوي بطلان حكم تحكيم فصل في شق مستعجل لرفعه قبل الاوان (د. فتحي والي "المرجع السابق ص ١٥٨ وحكم محكمة استئناف القاهرة المشار إليه فى الهـــامش والتعليق عليه).