أمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي بين العمل الولائي والعمل القضائي

ORDER OF RECOGNITION AND EXECUTION OF THE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRAL AWARD BETWEEN ADMINISTRATIVE AND JUDICIAL WORK

قبايلي ربيعة [1]،

[1] جامعة أمحمد بوقرة بومرداس (الجزائر)،r.kebaili@univ-boumerdes.dz

تاريخ الإرسال: 25/06/2020 تاريخ القبول:10/11/2020 تاريخ النشر: مارس /2021

الملخص:

يسند المشرع الجزائري الإختصاص بإصدار أمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي لرئيس المحكمة المختصة، وهذا الأخير يصدر أوامر في إطار عمله الولائي وأوامر في إطار عمله القضائي، وفي ظل سكوت المشرع عن توضيح الشكل الذي يصدر فيه أمر الإعتراف والتنفيذ، فقد ثار جدل حول الطبيعة القانونية لهذا الأمر، بين إتجاه مؤيد لكونه عمل ولائي يصدر في شكل أمر على عريضة وإتجاه أخر مؤيد لكونه عمل قضائي يصدر في شكل أمر إستعجالي.

وقد قدم كل إتجاه المبررات التي تدعم وتؤكد موقفه، وتبين في الأخير أن جميع هذه المبررات تحتوي على جانب من الصحة، الأمر الذي يظهر من خلاله أن أمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي يأخذ بعض خصائص الأمر الولائي من حيث الشكليات والإجراءات وبعض خصائص الأمر القضائي من حيث الحجية وطرق الطعن الممارسة ضده، وهو ما يجعله ذو طبيعة قانونية مزدوجة أو مركبة تمزج بين العمل الولائي والقضائي.

الكلمات المفتاحية : أمر الإعتراف والتنفيذ – أمر على عريضة – أمر إستعجالي

Abstract:

The Algerian legislator determines the competence by issuing an order of recognition and execution of the International Commercial Arbitral Award for the President of the competent Court.

The latter issues orders in the framework of his administrative work and orders in the framework of his judicial work.

Much controversy has been generated over the legal nature of this order in the event that the legislator does not clarify the form in which the order for recognition and execution is issued,

Between those who consider it to be an administrative act issued under the form of a referee's order and those who consider it to be a judicial act issued by an emergency-interlocutory - injection.

المؤلف المرسل: قبايلي ربيعة، الإيميل المهني: **r.kebaili@univ-boumerdes.dz**

Each party presented the arguments which support and confirm its position, and it was ultimately clear that all of these justifications contain an aspect of validity, showing that the recognition and execution of the International Commercial Arbitral Award take on some of the characteristics of the administrative order in terms of formalities and procedures and certain characteristics of the judicial order in terms of authenticity and the means of appeal against it, which makes it of a double or complex legal nature which mixes administrative and judicial work.

Key words: Order of Recognition and execution - Referee's order - Emergency- Interlocutory – Injection.

مقدمة:

يعتبر التحكيم قضاء خاص وبالتالي فإن الحكم الذي ينتج عنه لا يعد بذاته سندا تنفيذيا كاملا مثل الأحكام القضائية التي تصدر مزودة بالقوة التنفيذية، فهو غير قابل لمباشرة التنفيذ الجبري إلا بعد صدور أمر من القاضي الوطني لدولة محل التنفيذ بالإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي.

وحتى يعتبر حكم التحكيم كسند تنفيذي فلا بد أن يكون مركب من عنصرين العنصر الأول يتمثل في الإلزام وهو حيازة حكم التحكيم لحجية الشيء المقضي فيه والعنصر الثاني يتمثل في الأمر بالإعتراف والتنفيذ، وباجتماع هذين العنصرين تكتمل عناصر القوة التنفيذية في حكم التحكيم كسند تنفيذي قابل للتنفيذ الجبري وهذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال المادة 9/600 من قانون رقم 08-09 التي نصت على أنه : (لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي. والسندات التنفيذية هي:

9- أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية والمودعة بأمانة الضبط).

ومن أجل تمكين الطرف المحكوم له من مباشرة التنفيذ الجبري ضد المحكوم ضده لا بد من إستصدار أمر من القاضي الوطني لدولة التنفيذ يقضي بالإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم وإمهاره بالصيغة التنفيذية، وهذا طبقا للمادة 2/1051 من قانون رقم 08-09 التي نصت على أنه : (وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة إختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني).

ويظهر من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري يسند الإختصاص بالفصل في طلب الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي لرئيس المحكمة المختصة بموجب أمر يصدره، غير أن المشرع سكت عن توضيح الشكل الذي يصدر فيه أمر الإعتراف والتنفيذ.

وطبقا لأحكام الإختصاص الوظيفي لرئيس المحكمة فإنه يصدر أوامر ولائية في إطار عمله الولائي وأوامر قضائية في إطار عمله القضائي والقانون يوجب على الرئيس التقيد بهذا التقسيم الوظيفي وعدم الخلط بينهما، بحيث يصدر كل أمر في إطار الوظيفة المخصصة له وطبقا للشكل القانوني الخاضع له ولكل أمر ما يميزه عن الأخر، وإذا حدث تداخل بين العمل القضائي والعمل الولائي فإنه يرتب عدم سلامة الإجراء المتخذ من الناحية القانونية.

وفي ظل سكوت المشرع الجزائري عن توضيح الشكل الذي يصدر فيه رئيس المحكمة المختصة أمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، فإن الأمر يستدعي ضرورة البحث عن الطبيعة القانونية لهذا الأمر والتي يترتب على تحديدها إيضاح الشكل الذي يصدر فيه هذا الأمر، وبناء عليه فإن الإشكالية التي تطرح هي كالأتي : **ما هي الطبيعة القانونية لأمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري؟**

ومن أجل الإجابة على هذه الإشكالية المطروحة والتي أثارت جدلا كبيرا لدى الفقه والباحثين كما أحدثت تداخل وتضارب في الإجتهادات القضائية للمحكمة العليا، بين إتجاه مؤيد للطبيعة الولائية وإتجاه أخر مؤيد للطبيعة القضائية، فإن الأمر يتطلب توضيح المسألة من خلال عرض الإتجاهين ضمن مبحثين: الإتجاه المؤيد لكون أمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي عمل ولائي (مبحث أول)، والإتجاه المؤيد لكون أمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي عمل قضائي (مبحث ثاني).

المبحث الأول : أمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي عمل ولائي

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الأمر المتعلق بالإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي يعتبر من الأعمال الولائية وليس من الأعمال القضائية، ويؤكدون أنه أمر على عريضة يصدره رئيس المحكمة في إطار عمله الولائي، الأمر الذي يستدعي توضيح مفهوم الأمر على عريضة (مطلب أول) وعرض المبررات التي يؤسس عليها أنصار الطبيعة الولائية موقفهم (مطلب ثاني).

المطلب أول : مفهوم الأمر على عريضة

يذهب جانب من الفقه في شرحه للعمل الولائي بأنه ذلك النشاط الذي يباشره القاضي دون وجود خصومة، حيث أن هناك حالات تقتضي الضرورة فيها الإلتجاء إلى القاضي لإتخاذ تدابير معينة، وقد تستهدف هذه التدابير المحافظة على الحق أو على ضماناته سواء لم يكن هناك نزاع أو إحتمال لقيامه أو كان ثمة نزاع قائم بالفعل ففي جميع الحالات يمكن أن يلجأ الأطراف للقاضي لإتخاذ هذه التدابير[1].

ويرجع سبب لجوء الأطراف إلى القضاء لإتخاذ هذه التدابير لكون المشرع منعهم من إتخاذها بأنفسهم وبالمقابل منح القضاء سلطة إتخاذ هذه التدابير، ولا يستند القاضي في إصداره لهذه الأوامر التي تهدف إلى إتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية إلى السلطة القضائية لأن القضاء هو حسم للمنازعة وهنا لا توجد منازعة، وإنما يستند إلى السلطة الولائية، وهي تقوم على أساس أن هناك مراكز قانونية معينة قد يصادفها عقبات أو تتعطل فعاليتها وفي ظل نص المشرع على عدم جواز إزاحة هذه العقبات عن طريق الإرادة الذاتية لأصحاب الشأن بل لابد من صدور أمر من القاضي إعمالا لوظيفته الولائية[2].

يتدخل القاضي في العمل الولائي لإزالة العقبة القانونية التي وضعها المشرع أمام إرادة الأفراد فالقاضي لا يواجه نزاعا ناشئا عن تطبيق القاعدة القانونية، حيث أن إرادة الأفراد في هذه الحالة قد تم تجريدها بواسطة القانون ذاته وليس من صلاحيتها إحداث أثار قانونية معينة، وربط توليد هذه الأثار

وإكمال فعاليتها بضرورة صدور أمر من القاضي في إطار وظيفته الولائية لإزالة العقبة القانونية التي وضعها المشرع والتي شلت إرادة الأفراد عن إنتاج الأثر القانوني[3].

يقصد بالأمر على عريضة الأمر الذي يتخذه رئيس المحكمة بناء على طلب أحد الأطراف دون مواجهة الطرف الأخر ودون تكليفه بالحضور ويعتبر أهم صورة للعمل الولائي الذي يصدره رئيس المحكمة، حيث يتمتع هذا الأخير في العمل الولائي بسلطة تقديرية واسعة في التحري فهو غير مقيد بقواعد الإثبات المقررة قانونا[4].

كما أن قراره يصدر على أساس ملائمة الظروف التي إستدعت إتخاذه ولا يتضمن حسما للنزاع فهو لا يمس أصل الحق، بالإضافة إلى كونه تدبير وقتي لا يحوز حجية الشيء المقضي فيه ولا يستنفذ ولاية القاضي الذي أصدره وإنما يمكن الرجوع إليه لتعديله أو العدول عنه إذا تغيرت الظروف التي إستدعت إصداره[5].

ويعد الأمر على عريضة حسب القانون الجزائري قرار ولائي يصدر عن رئيس الجهة القضائية المختصة أو عن القضاة رؤساء الأقسام بناء على طلب العارض من غير مرافعة ودون تكليف الطرف الأخر العارض ضده بالحضور وهو من السندات التنفيذية[6]، ويصدر هذا الأمر وفقا لإجراءات بسيطة وسريعة، وهذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال المادة 1/310 التي نصت على أنه : (الأمر على عريضة أمر مؤقت يصدر دون حضور الخصم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك)[7].

ولقد جاء المشرع الجزائري في قانون رقم 08-09 بالكثير من الأوامر على العرائض، لذا سيتم الإكتفاء بذكر أهمها في الممارسة القضائية وعلى سبيل المثال لا الحصر، وقد تم تقسيمها إلى ثلاثة أنواع وهي كالتالي:

1- أوامر على عرائض تصدر دون وجود نزاع

يجيز المشرع بموجب المادة 2/310 من قانون رقم 08-09 لكل شخص أن يستصدر أمرا على عريضة دون أن تكون له دعوى معروضة أمام القضاء، و ذلك من أجل إثبات حالة مادية بحتة كإثبات وجود أشغال بناء أو حرث أو هدم أو توجيه إنذار للمستأجر أو للمدين مثلا أو إجراء إستجواب في موضوع لا يمس بحقوق الأطراف وذلك إستعدادا للجوء إلى القضاء، ويختص نوعيا بإصدار هذا الأمر على عريضة رئيس الجهة القضائية [8].

2- أوامر على عرائض تصدر أثناء سير النزاع

يلجأ الخصوم لهذا النوع من الأوامر على عرائض في هذه المرحلة لطلب إتخاذ تدابير تحفظية ومستعجلة في ظل وجود نزاع مطروح أمام الجهات القضائية، ومثال على ذلك الأمر على عريضة من رئيس المحكمة بتوقيع الحجز التحفظي على أموال المدين المنقولة والعقارية عندما يخشى الدائن فقدان الضمان لحقوقه طبقا للمواد 646 - 647 - 649 من قانون رقم 08-09 [9].

3- أوامر على عرائض تصدر بعد إنتهاء النزاع

وهي أوامر تتخذ لصالح الطرف المحكوم له لتسهيل مباشرة عملية التنفيذ الجبري ومنها ما يؤول الإختصاص النوعي فيها لرئيس المحكمة، كالأوامر على العرائض بتوقيع الحجز التنفيذي طبقا للمادتين 687- 722 من قانون رقم 08-09 [10].

المطلب الثاني : مبررات الإتجاه المؤيد للطبيعة الولائية

يرى أنصار هذا الإتجاه أن المشرع الجزائري لم يبين الشكل الذي يصدر فيه أمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي في المادة 2/1051 من قانون رقم 08-09 التي نصت على أنه : (وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة إختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني)[11].

وهذا بعكس ما كان مكرسا في المرسوم التشريعي رقم 93-09 (ملغى) والذي بين فيه المشرع شكل أمر الإعتراف والتنفيذ بأنه يصدر بذيل أصل الحكم أو بهامشه بموجب المادة 458 مكرر 20، حيث إستعاض عن الأمر على ذيل العريضة المقدمة من صاحب الطلب وإكتفى بتذييل الأمر في أصل حكم التحكيم أو هامشه لإستيفاء الغاية منه [12].

ونظرا لعدم وجود نص صريح يبين شكل الأمر فإن الأمر يستدعي ترجيح الطبيعة الولائية وإلحاق هذا الأمر بالقواعد العامة لإصدار الأوامر الولائية في شكل أمر على عريضة المنصوص عليه في المادة 310 من قانون رقم 08-09 [13]، ويدعمون موقفهم بالحجج التالية:

- ما يؤكد الطبيعة الولائية لأمر الإعتراف والتنفيذ هو أن دور رئيس المحكمة في إصدار هذا الأمر الذي ينحصر في إزالة العقبة القانونية التي وضعها المشرع أمام المحكوم له، حيث أن هذا الأخير لا يدعي أي إعتداء يكون قد وقع على حقه أو مركزه القانوني وإنما يواجه عدم فعالية حكم التحكيم التجاري الدولي في دولة محل التنفيذ، وذلك لأنه حصل على حكم التحكيم غير أنه لا يستطيع مباشرة التنفيذ الجبري إلا بعد الإعتراف له بمركز الدائن في دولة محل التنفيذ، وهذا يتحقق بعد إصدار أمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم من طرف السلطة المختصة في دولة محل التنفيذ[14].

- كما أن قاضي التنفيذ والذي هو رئيس المحكمة لا يجد نفسه مدعوا إلى حل النزاع وإنما هو مدعو إلى إزالة العقبة القانونية وذلك عن طريق إصدار أمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي، على عكس العمل القضائي الذي يهدف إلى إزالة العقبة المادية التي يضعها أحد الأطراف والتي تحول دون التطبيق التلقائي للقاعدة القانونية [15].

- كما أنه من الأمور التي تؤكد الطبيعة الولائية لهذا الأمر أن رئيس المحكمة يصدر أمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم أثناء مباشرته الوظيفة الولائية دون أن يفتح المجال لنقاش حضوري بين أطراف النزاع ودون تكليف بالحضور، حيث يكتفي برقابة ظاهرية ليتحقق خلالها من توافر الشروط المطلوبة قانونا

للإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي، فهو إجراء يقوم على المباغتة ولا يتطلب المواجهة طبقا لأحكام المادة 310 من قانون رقم 08-09 [16].

- إصدار أمر الإعتراف والتنفيذ لا يتطلب الفصل في نزاع معين وإنما يكتفي القاضي فيه بمنح القوة التنفيذية التي يفتقدها حكم التحكيم، وبالنظر لطبيعة الإجراءات المتبعة لإصدار أمر الإعتراف والتنفيذ فهو عمل ولائي[17].

ويستدل أنصار هذا الإتجاه المؤيد للطبيعة الولائية لأمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي بقرار قضائي صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 2004/12/29 في قضية (شركة الدهن للغرب) ضد (شركة رازنو أنبورة)، يقضي من حيث المبدأ بأن إختصاص رئيس المحكمة الناظر في أمر الإعتراف والتنفيذ يدخل ضمن عمله الولائي وأن مخالفة ذلك فيه خرق لقواعد الإختصاص الولائي.

وقد ورد في هذا القرار ما يلي : (حيث أن ما تعيبه الطاعنة على القرار المطعون فيه في محله، فلا يجوز للجهة القضائية المختصة أن تأمر بتنفيذ القرارات التحكيمية الدولية، إلا إذا توافرت فيها الشروط المنصوص عليها بالمادة 458 مكرر 18 المذكورة أعلاه، والمادة 2/4 من إتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها والتي إنضمت إليها الجزائر بموجب مرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988 ... وتبعا لذلك لا يجوز إصدار الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي إذا تخلف أحد الشروط المنوه بها أعلاه ولا يمكن إستيفاء هذا الشرط على مستوى جهة لإستئناف إذا تخلف، لأن الأمر بالتنفيذ باعتباره من الأوامر الولائية إذا صدر ولم يكن مستوفيا لتلك الشروط فيترتب عليه بطلانه.

ولا يمكن تصحيح هذا البطلان إلا بالرجوع إلى نفس القاضي الذي أصدر الأمر ذلك أن سلطات جهة الإستئناف تنحصر في تقرير البطلان، ويترتب عليه إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدور هذا الأمر على إعتبار أن الأمر الصادر بالتنفيذ هو من الأوامر الولائية، وبالتالي لا تستنفذ الجهة الصادرة عنها ولايتها، بل يحق لمن له مصلحة الرجوع إلى نفس القاضي، بعد إستيفاء الشروط المطلوبة قانونا لإصدار الأمر بالتنفيذ.

وحيث أن قضاة الموضوع لم يتقيدو بالشروط القانونية لإصدار الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي الدولي مما يعرض قضائهم للبطلان)[18].

وقد تعرض هذا الإتجاه للنقد على أساس أنه يمكن القول أن الأمر بالإعتراف والتنفيذ بشكل عام لا يتطلب المواجهة بين الأطراف ولا يفصل في نزاع تم نظره والفصل فيه من طرف محكمة التحكيم، وإنما يمنح القوة التنفيذية لهذا الحكم وهي جميعها مواصفات الأمر الولائي في صورة أمر على عريضة، غير أن أمر الإعتراف والتنفيذ يحوز حجية الشيء المقضي فيه ولا يخضع لنفس نظام الطعن في الأمر على عريضة وإنما يخضع لنظام الطعن في العمل القضائي [19].

المبحث الثاني : أمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي عمل قضائي

يعتبر أنصار هذا الإتجاه أن الأمر المتعلق بالإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي من الأعمال القضائية وليس من الأعمال الولائية، ويؤكدون أنه أمر إستعجالي يصدره رئيس المحكمة في إطار عمله القضائي، وعليه ينبغي توضيح مفهوم الأمر الإستعجالي (مطلب أول) وبالمقابل عرض مبررات الإتجاه المؤيد للطبيعة القضائية (مطلب ثاني).

المطلب الأول : مفهوم الأمر الإستعجالي

يصدر رئيس المحكمة في إطار عمله القضائي أوامر قضائية لها طابع إستعجالي وتتطلب السرعة في إتخاذها ويختص بها القضاء الإستعجالي الذي يعد صورة من صور الحماية القضائية وهو جزء من القضاء العادي، ويتميز بقصر مواعيده وبساطة إجراءاته وذلك تحقيقا للحماية السريعة للحقوق وللمراكز القانونية للأطراف التي يمكن أن تتغير وتضيع مع مرور الوقت[20].

تساهم الأوامر الإستعجالية التي يصدرها القضاء الإستعجالي بدور بالغ الأهمية نظرا لكون الفصل في القضايا الموضوعية بحكم نهائي يتطلب المرور بإجراءات عديدة ووقت طويل مما قد يضر بمصالح الأطراف ضررا بليغا لا يمكن إصلاحه بعد صدور الحكم.

وللتوفيق بين التأني في الفصل في موضوع النزاع الأصلي والذي هو من مقتضيات السير الحسن للعدالة وتجنيب الأطراف أضرار هذا التأني وتأخير الفصل في القضية، تم إيجاد القضاء الإستعجالي والذي خولت له سلطة إصدار أوامر إستعجالية تقضي باتخاذ إجراءات وقتية وسريعة في المسائل التي يخشى عليها من تأثير مرور الوقت، على أن يبقى أصل النزاع من إختصاص القضاء الموضوعي ليفصل فيه[21].

ومن بين هذه الأوامر التي تصدر ضمن العمل القضائي الأمر الإستعجالي، وهو عبارة عن قرار مؤقت وسريع يصدره قاضي الإستعجال لحماية الحق الموضوعي، وهو يتميز بالاقتصاد في المواعيد والإجراءات دون المساس بأصل الحق، ويتمتع هذا الأمر بحجية الشيء المقضي فيه وهي مرهونة بعدم تغير الظروف التي صدر فيها، وعليه لا يمكن الرجوع لنفس القاضي الذي أصدره لإلغائه أو تعديله وإنما يباشر ضده طرق الطعن الممارسة ضد الأعمال القضائية[22].

ويتميز القضاء الإستعجالي بكونه لا يحقق الحماية الكاملة التي يمنحها القضاء الموضوعي العادي وإنما يقدم حماية عاجلة سريعة في صورة حلول إنتقالية أي تدابير تمنح مؤقتا حماية إحتياطية، فالحلول التي يمنحها القضاء الإستعجالي وقتية وقائية وليست علاجية يمليها حسن سير العدالة التي تأبى أن يضيع حق بسبب بطء إجراءات القضاء الموضوعي الذي يختص بالفصل في أصل النزاع[23].

ويشترط القانون لرفع دعوى إستعجالية لطلب إستصدار هذا الأمر توفر شرطين مهمين وهما كالتالي:

1- شـــرط الاستعجـــال

يقصد بتوفر حالة الإستعجال أن تكون هناك ضرورة مستعجلة لإتخاذ إجراء وقتي يبرره خطر داهم أو أمر يتضمن ضررا يتعذر أو يصعب إزالته إذا لجأ الأطراف إلى المحاكم بإجراءات الدعوى العادية[24]، كما يعتبر من النظام العام فلا يجوز للأطراف الاتفاق على وجوده من عدمه ولا يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بأي إجراء ما لم يكن هذا الأمر مسببا على أساس توافر عنصر الاستعجال[25].

كما يترتب على الدعوى المستعجلة أن القضاء المستعجل خلافا للقضاء العادي لا يتقيد عند الحكم في المطالبة المستعجلة بذات الطلبات التي تقدم إليه، وإنما يملك السلطة في أن يعدلها أو يقضي بخلافها وفقا لما يحفظ حقوق ومصالح الأطراف وهذا ما يسمى تحوير الطلبات، ولكن شريطة أن لا يتجاوز الحدود التي أرادها الأطراف وإلا قضى بما لم يطلب منه وبالتالي يصبح حكمه مخالفا للقانون[26].

ويملك القاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد هذا العنصر وفقا لظروف كل قضية على حدى، وتوفر عنصر الإستعجال كشرط للاختصاص لابد أن يكون مستمرا فلا يلزم توافره عند رفع الدعوى فحسب وإنما يلزم وجوده كذلك وقت صدور الأمر[27]، وقد نصت على هذا الشرط المادة 299 من قانون رقم 08-09 [28].

2- شرط عدم المساس بأصل الحق

إن القضاء المستعجل لا يفصل في موضوع النزاع وإنما يحكم بصفة مؤقتة، فيقضي بتدبير وقائي أو إجراء وقتي لا يعتبر حسما للحق المتنازع عليه في صميمه طبقا لما نصت عليه المادة 303 من قانون رقم 08-09 [29]، وليس لقاضي الاستعجال أن يتعمق في فحص مستندات الخصوم وإنما يكتفي بتصفحها ليضمن من يبدو لأول وهلة أنه أجدر بالحماية من الأطراف، وليس له أن يجري تحقيقات واسعة تتنافى مع الاستعجال[30].

ويقصد بأصل الحق الذي يمتنع القاضي الإستعجالي عن المساس به هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين مقابل الأخر، بحيث لا يجوز أن يتناول هذه الحقوق والإلتزامات بالتفسير والتأويل والتي تعد من إختصاص قاضي الموضوع[31]، كما لا يحق له أن يغير أو يعدل في مركز أحد الطرفين القانوني أو أن يؤسس قضاءه في الطلب الوقتي على أسباب تمس أصل الحق بل يتعين عليه أن يترك موضوع النزاع ليفصل فيه قاضي الموضوع، ويكون الأمر المستعجل ماسا بأصل الحق كقاعدة عامة إذا وجد نزاع جدي في الموضوع وتقدير ذلك يعود لرئيس الجهة القضائية المختص تحت رقابة المحكمة العليا[32].

المطلب الثـــاني: مبررات الإتجاه المؤيد للطبيعة القضائية

ينادي أنصار هذا الإتجاه بالطبيعة القضائية لأمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي ويرون أنه أمر قضائي وليس أمر ولائي، ويبررون موقفهم هذا من خلال إنتقاد مؤيدي الطبيعة الولائية

لأمر الإعتراف والتنفيذ وإظهار الفروقات والمميزات بين الأمر على عريضة وأمر الإعتراف والتنفيذ وفقا لما يلي:

– تخضع الأوامر الولائية إلى نظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي تخضع له الأوامر القضائية فالأوامر الولائية لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه ويتظلم فيها أمام نفس القاضي الذي أصدرها للرجوع عنها أو تعديلها، بينما الأمر بالإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم يحوز حجية الشيء المقضي فيه وهو غير قابل للعدول عنه أو تعديله من طرف قاضي التنفيذ الذي أصدره كونه يستنفذ ولايته وإنما يجب إستئنافه[33].

– يرى مؤيدي الطبيعة القضائية ضرورة إستبعاد فكرة العمل الولائي والقبول بفكرة العمل القضائي حتى وإن غابت عنه المواجهة بين الأطراف التي قامت أصلا أمام محكمة التحكيم[34]، وقاضي التنفيذ لا يحتاج لها لأنه لا يمس أصل الحق بحيث لا يراجع موضوع حكم التحكيم بل يتحقق من توافر الشروط القانونية لمنح الإعتراف والتنفيذ لحكم التحكيم التجاري الدولي[35].

– كما أن نظام الطعن في أمر الإعتراف والتنفيذ يؤكد الطبيعة القضائية لهذا الأمر كونه لا يخضع لنظام الطعن في الأمر على عريضة والذي بينه المشرع الجزائري من خلال المادة 312 من قانون رقم 08-09 [36].

– حيث أنه في حالة الإستجابة إلى الطلب يمكن مراجعة هذا الأمر على عريضة والتظلم فيه أمام نفس القاضي مصدر الأمر، بينما لا يمكن مراجعة أمر الإعتراف والتنفيذ لكونه يحوز حجية الشيء المقضي فيه وليس للطرف المنفذ عليه سوى الطعن بالإستئناف في حالات محددة على سبيل الحصر أمام قاضي الدرجة الثانية، كما أن حق الطعن بالإستئناف متاح للطرف صاحب المصلحة سواء صدر أمر بقبول أو رفض الإعتراف والتنفيذ بخلاف الأمر على عريضة فلا وجود للإستئناف إلا في حالة رفض الطلب وهذا ما أكده المشرع من خلال المادتين 1055 و1056 من قانون رقم 08-09 هذا من جهة[37].

– ومن جهة أخرى فإن موضوع الأمر على عريضة يختلف عن موضوع أمر الإعتراف والتنفيذ، وهذا راجع لكون موضوع طلب أمر الإعتراف والتنفيذ مبني على شروط منصوص عليها في القانون فإذا توفرت قبل الطلب وصدر أمر قبول الإعتراف والتنفيذ وإذا لم تتوفر رفض الطلب وصدر أمر رفض الإعتراف والتنفيذ، ما يعني أن لرئيس المحكمة المختصة سلطة تقديرية محدودة[38]، بينما في الأمر على عريضة يملك رئيس المحكمة سلطة ملائمة وتقدير كبيرتين كونها ترمي إلى المحافظة على وضع معين وصيانة مصلحة لأحد الأطراف وترتبط بالظروف المستوجبة لمنح الأمر[39].

ويستدل أنصار هذا الإتجاه المؤيد للطبيعة القضائية لأمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي بقرار قضائي صادر عن الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 2008/05/07 في قضية (شركة بلكانكار يمباكس) ضد (شركة عتاد التعويم والصيانة جيرمان) يقضي من حيث المبدأ بأن الإختصاص بالأمر بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي من إختصاص القاضي الإستعجالي وبتالي عمل قضائي.

وقد ورد في هذا القرار ما يلي : (حيث يتبين من القرار المطعون فيه أنه قضى بعدم إختصاص القاضي الإستعجالي نوعيا على أساس أنه إستنادا لأحكام المادة 268 من قانون الإجراءات المدنية، فالمجلس ملزم بقرار الإحالة في المسألة التي قطعت فيها المحكمة العليا وبذلك فالقرار التحكيمي النهائي الصادر عن محكمة التحكيم الدولي لغرفة التجارة الدولية في 30 مارس 1998 والمتعلق بإثبات الإستلام الفعلي لمصنع أو مركب العربات الرافعة بعين سمارة الذي أنجزته المرجعتين لفائدة المرجع ضدها وبرفع اليد عن الضمانات البنكية قابل للتنفيذ بالجزائر طبقا لأحكام المادة 458 مكرر 17 من ذات القانون، وبذلك تكون محكمة الخروب مختصة محليا خلافا لما أمرت به.

حيث أنها تبقى حسب ما إنتهى إليه قضاة المجلس غير مختصة نوعيا ... وأن ذلك يخرج عن إختصاص قاضي الإستعجال حيث أن هذا التسبيب مخالف لقانون الإجراءات المدنية في مادته 458 مكرر 17 و20، وذلك لأن رئيس محكمة الخروب مختص نوعيا ودون سواه للبت في مثل هذه المنازعات الخاصة بإضفاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي الدولي... وعليه يكون قضاة المجلس مختصين محليا ونوعيا، وبقضائهم بعدم إختصاصهم نوعيا لم يلتزموا صحيح القانون وعرضوا قرارهم المنتقد للنقض والإبطال)[40].

وقد تعرض هذا الإتجاه هو الأخر للنقد ومن أهم الإنتقادات التي وجهت إليه أن رئيس المحكمة يفصل في طلب الإعتراف والتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي من خلال مراقبة مدى توافر الشروط القانونية لقبول أو رفض الإعتراف والتنفيذ، وهذا تطبيقا لنص المادة 1051 من قانون رقم 08-09 التي إستوجبت إستصدار أمر بالإعتراف والتنفيذ لمباشرة التنفيذ الجبري لحكم التحكيم دون أن يكون في المسألة إستعجال يبرر إختصاص القضاء الإستعجالي.

وبالإضافة إلى تميز أمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي بأثر وقف التنفيذ أثناء ممارسة طرق الطعن ضده إلى غاية الفصل فيها إستنادا لما نصت عليه المادة 1060 من قانون رقم 08-09 والتي نصت على أنه : (يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055 و1056 و1058 تنفيذ أحكام التحكيم)[41].

وفي المقابل فإن الأمر الإستعجالي معجل النفاذ رغم مباشرة كل طرق الطعن فيه بحيث ليس لها أثر واقف للتنفيذ وهذا ما أكدته المادة 303 من قانون رقم 08-09 والتي نصت على أنه : (لا يمس الأمر الإستعجالي أصل الحق وهو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن ...)[42].

الخـــاتمة:

وفي الأخير نخلص للقول بأن رأي ومبررات كل من الإتجاهين صحيحة ومبنية على أساس منطقي، سواء الإتجاه المؤيد للطبيعة الولائية الذي يبرر أنصاره موقفهم بأن أمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي عمل ولائي على أساس أنه يصدر وفقا لإجراءات وشكليات العامة للأوامر الولائية، أو الإتجاه المؤيد للطبيعة القضائية لأمر الإعتراف والتنفيذ على أساس أن هذا الأمر يحوز حجية

الشيء المقضي فيه ولا يمكن مراجعته أمام نفس القاضي ويخضع لطرق الطعن التي تمارس ضد العمل القضائي، وبناء عليه فقد تم التوصل للنتائج التالية :

– بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من الطبيعة القانونية لأمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي فقد جاء غامضا في نص المادة 2/1051 من قانون رقم 08–09 كونه سكت عن توضيح الشكل الذي يصدر فيه أمر الإعتراف والتنفيذ، بخلاف ما كان عليه الوضع في المرسوم التشريعي رقم 93–09 (ملغى) أكثر وضوحا بحيث بين أن أمر الإعتراف والتنفيذ يصدر في ذيل أصل حكم التحكيم أو هامشه، ما يرجح أنه أمر ولائي قياسا على الأمر على عريضة.

– كما يتبين أن مبررات كل إتجاه سواء المؤيد للعمل الولائي أو المؤيد للعمل القضائي تحتوى على جانب من الصحة، الأمر الذي يظهر من خلاله أن أمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي يأخذ بعض خصائص الأمر الولائي من حيث الشكليات والإجراءات وبعض خصائص الأمر القضائي من حيث الحجية وطرق الطعن الممارسة ضده، وهو ما يجعله ذو طبيعة قانونية مزدوجة أو مركبة بحيث تمزج بين العمل الولائي والقضائي .

وبناء على ما سبق تم التوصل إلى تقديم إقتراح للمشرع الجزائري يقضي بضرورة إعادة النظر في نص المادة 2/1051 من قانون رقم 08–09، وذلك بإدخال تعديل على صياغتها وإدراج ما من شأنه توضيح وحسم موقف المشرع من الشكل الذي يصدر فيه رئيس المحكمة المختصة أمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي.

وهذا بهدف تسهيل العمل بنص هذه المادة ولغلق الباب أمام التأويلات والتفسيرات التي قد تخرجه عن سياقه، ولتفادي تداخل الإختصاص الوظيفي لرئيس المحكمة الذي ينتج عن عدم الإلتزام به إجراء غير سليم ومعيب بعيب عدم الإختصاص النوعي ويجعله معرض للطعن في صحته، والذي يؤدي إلى منح الطرف المنفذ ضده سبب للطعن في صحة أمر الإعتراف والتنفيذ أمام قاضي الإستئناف، وبالتالي عرقلة تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي وإطالة أمد النزاع بين الأطراف.

الهوامش:

1 – أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1983، ص 663.

2 – نبيل إسماعيل عمر، الأوامر على عرائض ونظامها القانوني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 20.

3 – نفس المرجع، ص 22.

4 – يظهر العمل الولائي ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في صور عديدة منها عقد ترشيد القاصر لمزاولة نشاط تجاري والترخيص ببيع أموال القاصر ومنح رخصة الزواج من الزوجة الثانية، الإذن بتزويج القاصر ... إلخ، قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21 صادر بتاريخ 25 فبراير سنة 2008.

5 – علي شمران حميد، «العمل الولائي في قانون المرافعات المدنية – دراسة مقارنة»، مجلة رسالة الحقوق، العدد 1، السنة الخامسة، جامعة كربلاء، 2013، ص ص 184-185.

6 – HOCINE FARIDA, L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit et sciences politiques, Université mouloud mammeri de Tizi-Ouzou, 2012, p 190.

7 – قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

8 – نصت المادة 2/310 على أنه : (تقدم الطلبات الرامية إلى إثبات الحالة أو توجيه إنذار أو إجراء إستجواب في موضوع لا يمس بحقوق الأطراف إلى رئيس الجهة القضائية المختصة، ليفصل فيها خلال ثلاثة (3) أيام من تاريخ إيداع الطلب)، قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

9 – أنظر نصوص المواد 646 – 647 – 649 من قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

10 – أنظر نص المادتين 687- 722 من قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

11 – قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

12 – نصت المادة 458 مكرر 20 على أنه : (تكون قرارات المحكمين قابلة للتنفيذ بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة بذيل أصل القرار أو بهامشه...)، مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 أبريل سنة 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر عدد 27 صادر بتاريخ 27 أبريل سنة 1993 (ملغى).

13 – قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

14 – زودة عمر، «إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية»، مداخلة ألقيت بالمؤتمر السابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية والذي نظمه المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية التابع لجامعة الدول العربية، مسقط، عمان، أيام 24-25 أكتوبر 2016، ص 12.

15 – تخنوني أسماء، «دور القاضي في مجال التحكيم الدولي»، مجلة الإجتهاد القضائي، العدد 16، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2018، ص 138.

16 – ROBERT JEAN, L'arbitrage : Droit interne, Droit international privé, Dalloz, Paris, 1993, p 191.

17 - GAVALDA CHRISTIAN et CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC, L'arbitrage, Dalloz, Paris, 1999, p 87.

18 – قرار المحكمة العليا، ملف رقم 326706 الصادر بتاريخ 2004/12/29، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2004، ص 153.

19 – عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الإستثمار الأجنبي في الجزائر (على ضوء الإتفاقيات الدولية للجزائر)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 228.

20 – ومن بين الأوامر القضائية التي يصدرها رئيس المحكمة في إطار عمله القضائي حسب قانون رقم 08-09 أمر الأداء للدين الثابت والمعين المقدار وحال الوفاء والذي نصت عليه المادة 306، الأمر الفاصل في إشكالات التنفيذ والذي نصت عليه المادة 631.

21 – أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 163.

22 – نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، 2008، ص 280.

23 – نفس المرجع، ص 281.

24 – بوضياف عبد الرزاق، أصول التنفيذ والحجز التنفيذي على المنقول والعقار، دار الهدى، عين مليلة، 2012، ص 68.

25 – نبيل صقر، مرجع سابق، ص 281.

26 – طارق زيادة، القضاء المستعجل بين النظرية والتطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1983، ص 46.

27 – بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص 219.

28 – نصت المادة 299 على أنه : (في جميع أحوال الإستعجال أو إذا إقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة إفتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب، وينادى عليها في أقرب جلسة.
يجب الفصل في الدعاوي الإستعجالية في أقرب الأجال)، قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

29 – نصت المادة 303 على أنه : (لا يمس الأمر الإستعجالي أصل الحق ...)، قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

30 – بوقندورة سليمان، الدعاوي الإستعجالية في النظام القضائي العادي، دار الألمعية، قسنطينة، 2014، ص 189.

31 – طاهري حسين، قضاء الإستعجال فقها وقضاء، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 12.

32 – بويشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 151.

33 – زروق نوال، الرقابة على أعمال المحكمين في ظل التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، 2015/2014، ص 116.

34 - BENCHEIKH NOUREDINE, L’arbitrage dans les relations commerciales de l’algérie, Thése de doctorat en droit privé, université du Mans, 1992, p 238.

35 – قطاف حفيظ، مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد (08-09)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2، 2014-2015، ص 130.

36 – نصت المادة 312 على أنه : (في حالة الإستجابة إلى الطلب يمكن الرجوع إلى القاضي الذي أصدر الأمر للتراجع عنه أو تعديله.

وفي حالة عدم الإستجابة إلى الطلب يكون الأمر بالرفض قابلا للإستئناف أمام رئيس المجلس القضائي ...)، قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

37 - أنظر نص المادتين 1055 و1056 من قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

38 - HOCINE FARIDA, Op.Cit, p 191.

39 - عبد النور أحمد، إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية - دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009، ص 143.

40 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 528940 الصادر بتاريخ 2008/05/07، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2008، ص 185.

41 - قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

42 - نفس المرجع