

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر ل.م.د في الحقوق
تخصص: قانون الأعمال

إعداد الطالبات:

بالرمضان آية

مالكي سهام

بوصبيح صالح ابتهاج

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	المؤسسة	الصفة
نادية خراز	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
حاقة	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
دريس كمال فتحي	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2024/2023

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر ل.م.د في الحقوق
تخصص: قانون الأعمال

إعداد الطالبات:

بالرمضان آية

مالكي سهام

بوصبيح صالح ابتهاج

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	المؤسسة	الصفة
خراز نادية	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
حاقة العروسي	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
دريس كمال فتحي	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2024/2023



شكر وعرافان

يسعنا ان نتقدم بالشكر والتقدير إلى الأستاذ الفاضل
حاقاة العروسي

الذي أفاض علينا بعلمه ومد لنا يد العون في انجاز هذا
البحث المتواضع إلى أعضاء اللجنة المناقشة كل باسمه
وصفته.

إهداء

اهدي تخرجي وفرحتي وثمره جهدي التي انتظرتها طوال
مشواري الدراسي إلى كل عائلتي
أمي وأبي حفظهما الله ورعاهما

إخوتي وأخواتي

والى خالتي وفاء التي لم تبخل عليا بعلمها

إلى صديقات الدراسة

إلى روح أعمامي وخالي رحمهما الله وأسكنهم فسيح جنانه إلى كل
من ساعدني في إتمام هذا البحث المتواضع من قريب أو من بعيد

آية

إهداء

اهدي تخرجي هذا إلى روح أبي الغالي رحمه الله
إلى أمي حبيبتي وعزيزة قلبي
إلى أطفالي وزوجي
إلى أخي وأخواتي
والى أخي في الله شاشة زكريا
وأستاذي الفاضل المحامي حفظه الله ورعاه صندالي مصباح
والى كل من مد يد العون لي لأكمل هذا العمل

سهام

إهداء

اهدي ثمرة جهدي هذا إلى التي حملتني وهنا على وهن
وكانت سندا لي في هذه الحياة ولم تبخل عليا يوم بالدعاء أمي
الغالية حفظها الله

إلى الذي سهر على تربيتي وتعب من اجلي أبي العزيز

إلى رفقاء دربي في الدراسة

إلى إخوتي وأخواتي كل باسمه

إلى كل من ساهم معي في انجاز هذا البحث المتواضع

ابتهاج

قائمة المختصرات

ق إ م إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ع	العدد
ط	الطبعة
ج	الجزء
ج ر	الجريدة الرسمية
ص	الصفحة
P	page

مقدمة

إن لجوء الأطراف إلى نظام التحكيم هو طريق آخر بدل القضاء لحل نزاعاتهم التجارية ولكون هذا الأخير يتم بإرادة الأطراف فإنه ظهر كضرورة ثابتة من الضرورات ومستلزمات التجارة الدولية كونه يتصف بالسرعة .

و تتنوع الأحكام والقرارات الصادرة عن هيئة التحكيم التي يمكن أن يصدرها والتي من بينها التدابير الوقائية والتحفظية أي التدابير المستعجلة ، التي تهدف لتوفير الحماية الوقائية للحقوق والمراكز القانونية المهددة بالخطر، إلى حين صدور الحكم الفاصل في النزاع، ولقد اختلف الفقه في مدى منح المحكم أو القضاء صلاحية إصدار الأوامر الوقائية والتحفظية نجد من يسند الاختصاص للقضاء على أساس أن الإجراءات الوقائية والتحفظية هي مجرد حماية وقتية لا تمس بأصل الحق.

وبالتالي أثر التحكيم قاصر على موضوع النزاع ومنهم من يسندها إلى المحكم واختلفت التشريعات والفقهاء حول تحديد هذه المسألة فمنهم من حولها للقضاء ومنهم للمحكم ومنهم من اقر بمبدأ الاختصاص المشترك وان اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية يؤول اختصاصها إلى المحكم والقضاء معا ومن بينهم المشرع الجزائري الذي اخذ بمبدأ الاختصاص المشترك .

اشتراط المشرع الجزائري على المحكم أو الأطراف أثناء لجوءهم للقضاء لتنفيذ الأمر التحفظي والوقتي على توافر مجموعة من الشروط لاعتبار اتفاق التحكيم صحيحا ومنتجا لآثاره ، ذلك أن القاضي بمجرد نظره في الدعوى يتأكد من الوجود المادي لاتفاق التحكيم والتحقق من صحته وفقا للشروط المذكورة في المواد من 1012، 1040 من ق إ م إ¹، وإلا قضى ببطلان اتفاق التحكيم ، كما يتأكد القاضي كذلك من مراكز الأطراف والأضرار التي أحدثها المدعى عليه ومدى جسامتها ، فإذا ثبت في الدعوى توفر عنصر الاستعجال وعدم المساس بأصل كان القاضي مختصا ،و إلا دفع بعدم اختصاصه.

¹ انظر القانون 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فيفبراير 2008 يتضمن ق.إ.م.إ، ج.ر.ع ،21، المعدل والمتمم .

- أهمية الموضوع:

وتكمن أهمية هذا الموضوع على اعتبار أن اللجوء الى التحكيم للفصل في الموضوع يستدعي اختصاصه في توفير حماية مؤقتة حتى لا يضيع حق المحكّمين ولبعث الثقة في اللجوء الى هذا الطريق البديل.

فحرص كل من المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة في تعزيز فعالية التحكيم في فض المنازعات على أن يكون للمحكم سلطات واسعة تميزه عن غيره لتساعده بشكل سريع وفعال على حسم النزاع، ومنها سلطة المحكم في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية.

كما تكمن أهمية هذا البحث في إبراز دور القضاء الوطني في ممارسة الرقابة على الأوامر الوقتية والتحفظية الصادرة عن المحكم إلا أن دور القضاء لا يقتصر على الرقابة فقط يكون مصدرا للتدبير أو المساعد في تنفيذه.

- أسباب اختيار الموضوع:

أ- أسباب ذاتية: الاهتمام الشخصي بالتحكيم كمقياس في تخصص قانون أعمال لأنه مقياس شيق وإجرائي. كما حاولنا تسليط الضوء على جزء منه ألا وهو سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية والبحث فيه نظرا لحدائته وأهميته التي يمتاز بها وأيضا لقلّة المراجع فيه من خلال إثراءه في مكتبة الكلية .

ب- أسباب موضوعية: تزايد الاهتمام الكبير بموضوع التحكيم وازدهاره مؤخرا ، ولتبيان سلطة المحكم في مسألة اتخاذ الأوامر الوقتية والتحفظية.

- أهداف الموضوع:

ويهدف هذه الموضوع إلى بيان المقصود من التدابير المؤقتة أو التحفظية، وسلطة هيئة التحكيم في اتخاذها بمعزل عن القضاء، وتوضيح دور القضاء في مجال إصدارها في مد يد العون إلى هيئة التحكيم من خلال ممارسة الرقابة على الأوامر الوقتية والتحفظية الصادرة عن المحكم .

- الدراسات السابقة:

من خلال البحث في هذا الموضوع وتجميع المراجع لاحظنا أن الباحثين الجزائريين لم يولوا اهتماماً لموضوع سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية على غرار التشريعات المقارنة وعلى رأسهم المشرع المصري والأردني.

مثلاً مذكورة :

1- يوسف حسني الحر، صلاحية اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في الأعمال التحكيمية، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014-2015.

*تناول فيها الباحث يوسف الحسن ي صلاحية اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية العلاقة بين القضاء والمحكم في اتخاذ مثل هذه التدابير أما دراستي ستكون في مدى سلطة المحكم في إصدار هذه التدابير ألا وهي الوقتية والتحفظية؟.

1. بشرى عمور، هارون أروان، تنفيذ التدابير الوقتية والتحفظية الصادرة عن هيئة التحكيم، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 10، العدد 01، 2022.

2. الحداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم.

3- حنيش وفاء زواري زينب، سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، مذكرة ماستر، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، ورقلة 2021-2022.

الإشكالية:

اخترنا دراسة موضوع سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية لاعتبارات عديدة من أهمها كون هذه الأخيرة تحظى بأهمية كبيرة في سير الخصومة، فمن حيث هذه الإجراءات تتم حماية الحقوق ومن هذه الانطلاقة حق لنا طرح الإشكالية التالية:

هل اللجوء للتحكيم كفيل لتوفير حماية مؤقتة للحقوق والمراكز القانونية للمحتكمين ؟

وتتدرج ضمن هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية:

1. ما موقف المشرع الجزائري من مسألة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية وموقف باقي التشريعات الأخرى؟
2. كيف نظم المشرع اتفاق التحكيم كأساس لسلطة المحكم؟
3. من آثار اتفاق التحكيم نزع الاختصاص من القضاء هل هذا الأثر يمتد ليشمل الإجراءات الوقتية والتحفظية؟
4. كيف نظم المشرع الجزائري إجراءات تنفيذ الأوامر الوقتية والتحفظية؟

- الصعوبات:

بطبيعة الحال أن كل بحث علمي لا يخلو من أي صعوبات علمية ألا وهي قلة وندرة المراجع الوطنية فجل المراجع التي تخص هذا الموضوع راجعا للتشريعي المصري والأردني.

- المنهج المتبع:

وللإجابة على الإشكالية اعتمدنا المنهج التحليلي في تحليلنا لبعض النصوص القانونية التي لها علاقة بالتحكيم ومدى انسجامها مع موضوعنا ألا وهو سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، وكذا المنهج المقارن الذي من خلاله اشرنا لبعض التشريعات مقارنة بالتشريع الجزائري وموقف الاتفاقيات الدولية في سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية.

- خطة البحث : معتمدين على الخطة الثنائية

تناولنا في الفصل الأول مصدر سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وقسمناه إلى مبحثين تطرقنا في المبحث الأول إلى التشريع كمصدر لسلطة المحكم في اتخاذ الأوامر الوقتية والتحفظية ،أما المبحث الثاني فقد خصصناه إلى اتفاق التحكيم كمصدر لسلطة المحكم في اتخاذ الأوامر الوقتية والتحفظية.

وتناولنا في الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها وقسمناه إلى مبحثين الأول نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية أما المبحث الثاني تناولنا فيه إجراءات نفاذ الأوامر الوقتية والتحفظية.

الفصل الأول

مصدر سلطة المحكم في إصدار الأوامر
الوقتية والتحفظية

تمهيد الفصل الأول:

بما أن المحكم يستمد سلطته في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية من التشريع كمصدر أول و اتفاق التحكيم كمصدر ثاني، سنتطرق في المبحث الأول إلى دور التشريع كمصدر لسلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية. أما المبحث الثاني فسوف نتطرق فيه إلى اتفاق التحكيم حيث يعتبر هذا الأخير أساس اللجوء إلى التحكيم ونقطة بدايته فهو جوهر العملية التحكيمية ، بحيث يأخذ صورتين شرط التحكيم ومشارطه التحكيم ، إلا أن باقي التشريعات الدولية الأخرى نصت على صورة ثالثة وهي شرط التحكيم بالإحالة . ولصحة اتفاق التحكيم وانعقاده يجب توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية وإلا كان باطلا كما يترتب على اتفاق التحكيم آثارا قانونية أولها الآثار الموضوعية وثانيا الآثار الإجرائية بما فيها الأثر السلبي الذي يحجب قضاء الدولة عن الفصل في موضوع النزاع و الأثر الايجابي الذي يخول سلطة إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية إلى المحكمين .

المبحث الأول

التشريع كمصدر لسلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية.

اختلفت التشريعات الدولية والوطنية في تحديد الجهة المختصة في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية فالبعض من الفقهاء يرون أن المحكم من يملك سلطة اصدار الأوامر الوقتية والتحفظية ، والبعض الآخر يخولها إلى القضاء .

في حين أن معظم التشريعات ومن بينهم التشريع الجزائري أخذ بمبدأ الاختصاص المشترك بين القضاء والمحكم باعتبار أن كل منهما يتمتع بالحق في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم سنتحدث في المطلب الأول على التشريع الوطني اما المطلب الثاني فسنخصصه إلى التشريع الدولي.

المطلب الأول

التشريع الوطني كمصدر لسلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية.

بما أن المحكم يستمد سلطته من التشريع في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية فسندرس في هذا الصدد موقف الفقه في مدى تمتع المحكم بصلاحيه إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية في الفرع الأول وسنحاول تسليط الضوء على موقف المشرع الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول :موقف الفقه.

تعددت الآراء الفقهية في توزيع الاختصاص بين القضاء والمحكم في مسألة إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية .

***الاتجاه الأول :** يري أصحاب هذا الاتجاه أن المحكم يملك وحده سلطة إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية في النزاعات المتعلقة بالتحكيم، ويستند هذا الاختصاص إلى إرادة الطرفين في اللجوء الى التحكيم لأن المحكم هو من يتولى الفصل في ذلك بعد تشكيل هيئة التحكيم، ومن هنا لا داعي للجوء إلى القضاء¹. ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا في اتفاق التحكيم على تخويل الاختصاص للمحكم بإصدار الأوامر الوقتية والتحفظية

¹MOREAU, L'intervention du tribunal au court de la procédure d'arbitrage en droit français et droit comparé, revue de l'arbitrage, 1978, p337.

نقلا عن حنيش وفاء زواري زينب ،سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، مذكرة ماستر، تخصص:قانون أعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة،ورقلة .

يجب عليه عدم الإخلال بهذا الاتفاق ، فإذا وجد الاتفاق ورفع الطلب إلى القضاء فيجب على القاضي الحكم بعدم الاختصاص ، ومن ثم يكون للمحكم ها ته السلطة ولو لم ينص القانون على ذلك¹. وحسب رأي هذا الاتجاه أن اللجوء إلى التحكيم يكون خفيف التكاليف ومقتصر الوقت ويبسط إجراءات الفصل في النزعات ، هذا يعني أن كلا من الطرفين لجؤا الى التحكيم بإرادتهم بدلا عن القضاء، ومن ثم فإنهم لن يمتنعوا عن تنفيذ ما يتخذه المحكم من إجراءات وقتية أو تدابير تحفظية.

*الاتجاه الثاني : يرى هذا الاتجاه أن القضاء وحده هو المختص بصلاحيه إصدار الأوامر الوقتية والتحفظيةويكون قاصرا عليه فقط ولا يملك المحكم صلاحية إصدار ها ته الأوامر ، ويعتمد هذا الرأي على الأسانيد التالية:

-إن اللجوء إلى القضاء يحقق مزايا غير موجودة في التحكيم أهمها افتقاد المحكم لسلطة الإلجار والتي تكون للقضاء وحده ويستطيع بمقتضاها أن يأمر بتنفيذ التدابير تنفيذا جبريا إذا تطلب الأمر ذلك.²

- لا يملك المحكم سلطة تنفيذ الأحكام الصادرة منه سواء كانت تحفظية أم وقتية مما سيضطر الخصوم إلى اللجوء للقضاء للحصول على أمر بتنفيذ هذه الأحكام فيكون من الأفضل اللجوء إلى القضاء من بداية الأمر.

- تصدر الأوامر الوقتية والتحفظية دون مواجهة في حين أنه ليس للمحكم الإخلال بمبدأ المواجهة، وبالتالي لا يحق له إصدارها ولو اتفق الأطراف على تخويله هذه السلطة، وان هذه السلطة قاصرة على القضاء وحده.³

*الاتجاه الثالث : يرى أصحاب هذا الاتجاه بمنح سلطة إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية لكل من المحكم والقضاء يحكما مبدأ الاختصاص المشترك من خلال:

- تخويل المحكم الاختصاص باتخاذ الأوامر الوقتية والتحفظية لا يمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء، لأن الأوامر التي يصدرها القضاء يمكن تنفيذها جبرا ومن ثم يكون

¹ علي سالم، والية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1995، ص260.

²Couchez (G), note sous cassation civil, 18 juin 1986, p581.

نقلا عن حنيش وفاء زواري زينب، سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، مذكرة ماستر، تخصص:قانون أعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة،ورقلة.

³ أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإلجباري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص127.

الاختصاص مشتركا بين كل من المحكم والقضاء ولو اتفق الأطراف على اختصاص المحكم.¹

- تقسيم الاختصاص في إصدارها ته الأوامر بين المحكم باعتباره المختص بالفصل في الأوامر الوقتية والتحفظية بهدف المحافظة على حقوق ومصالح الأطراف، وبين القضاء الذي يختص بالإجراءات التي تكفل تنفيذ الأوامر والتدابير الوقتية والتحفظية الصادرة عن سلطة المحكم.² ويعتمد هذا الاتجاه على ثلاث حجج:

أ- إذا كانت المحكم غير قادر على اتخاذ الأوامر الوقتية والتحفظية المطلوبة بشكل يحمي الحق المتنازع عليه، ذلك أن الأمر يستدعي سرعة وفعالية في الإجراءات وهذا ما نجده في القضاء.³

ب- إذا طلب الأمر تحفظي في الفترة ما بين الاتفاق على التحكيم وقبل تشكيل وتعيين المحكم فنكون في هذه الحالة مضطرين اللجوء إلى القضاء .

ج- إذا صدر أمر من المحكم باتخاذ تدبير تحفظي وامتنع الطرف الآخر عن التنفيذ ففي هذه الحالة يتم اللجوء للقضاء لاستصدار أمر بتنفيذه جبرا.⁴

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري .

لقد أخذ المشرع الجزائري بالنظام لتشاركي⁵ وقبل الغوص في هذا نحاول تسليط الضوء على القانون الذي اعتمده المشرع الجزائري في التحكيم ، حيث نضمه في الكتاب الخامس الباب الثاني ،من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 يتضمن ق إ م إ في المواد من 1006 إلى 1061 حيث نصت المادة 1046 من ق. إ . م على أنه: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك". فإذا لم يتم

¹ أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 23.

² نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 79.

³ نبيل إسماعيل عمر، مرجع نفسه، ص 20.

⁴ حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص 178.

⁵ مريم داوس ومحمد أنيس زياد، دور القاضي الوطني في سير الخصومة التحكيمية الدولية: سلطة القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، مجلة جيل للدراسات المقارنة، العدد 7 يونيو 2018م، ص 19.

الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير.¹

يستشف من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري خول الأطراف إمكانية اللجوء إلى المحكم لاتخاذ الأوامر الوقتية التحفظية، وباعتبار أن المحكم لا يتمتع بسلطة الجبر التي يتمتع بها القضاء وبالتالي فإذا رفض أحد الأطراف الامتثال إلى هذه الإجراءات فللمحكم طلب مساعدة القضاء، ويرجع هذا إلى أن الأوامر الوقتية و التحفظية المتخذة من طرف المحكم لا تشمل في حد ذاتها على طابع تنفيذي كما هو الشأن بالنسبة للتنفيذ الجبري للأوامر الصادرة عن القاضي لأن المحكم يملك سلطة إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية لكن لا يملك سلطة الإجبار والإزام تنفيذها فيكون اللجوء إلى القضاء دائما لطلب المساعدة في تنفيذها جبرا.²

يتضح مما سبق ذكره أن المشرع قد غلب الاختصاص للمحكم في اتخاذ الأوامر الوقتية والتحفظية لكن في نفس الوقت حزم ذلك الاختصاص بإرادة الأطراف فإذا اتفقوا على خلاف ذلك نزع منه الاختصاص ومن جهة أخرى يختص القضاء بإصدارها ته الأوامر التي تثار في خصومة التحكيم وهذا ما نصت عليه المادة 1046 في فقرتها الأولى: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك."

ومفاد ذلك أن إرادة الأطراف هي أساس سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية، و بهذا الصدد في حالة وجود اتفاق يمنع هيئة التحكيم من إصدار أوامر مستعجلة، سيؤدي بالطرفين إلى ضرورة اللجوء إلى القضاء من أجل التنفيذ.

¹ المادة 1046 من قانون رقم 09/08 السالف الذكر.

² عبد القادر سرحاني، سلطات المحكم في خصومة التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراية، إدرار 2021-2022.

ومن خلال ما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ الاختصاص المشترك من خلال إعطاء الخيار للأطراف في اللجوء إلى المحكم لطلبها ته التدابير مع إمكانية لجوء الأطراف إلى القضاء في حالة عجز هيئة التحكيم عن التنفيذ.

المطلب الثاني

التشريع الدولي كمصدر لسلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية :

أصبح التحكيم البديل الناجح للنظام القضائي في حسم المنازعات على المستوى الدولي لذا نجد العديد من الاتفاقيات واللوائح تنظم هذه المسألة سنتطرق في الفرع الأول إلى التشريعات المقارنة والفرع الثاني إلى الاتفاقيات الدولية.

الفرع الأول : التشريعات المقارنة.

أولا : التشريع المصري.

تنص المادة 14 من القانون التحكيم المصري على: " يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة 09 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".¹ فما نستشفه من هذه المادة أنها تجيز للمحكمة المشار إليها بنظر النزاع عن طريق إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية سواء قبل البدء بالإجراءات التحكيم أو أثناء سيرها ، وأن اللجوء إلى القضاء لا يعني تنازل الأطراف عن اتفاق التحكيم، كما أن وجود هذا الاتفاق إلى يعني عدم جواز الأطراف من اللجوء إلى القضاء لطلب اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية، فالمشرع المصري منح سلطة إصدار هذا النوع من الأوامر للمحكم ، وذلك في حالة ما إذا اتفق الطرف المعنى منحه هذه السلطة وهذا ما نجده في نص المادة 24 من نفس قانون على أنه: "يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما، أيا منها باتخاذ ما تراه مناسبا من تدابير التي أمر به".

إذ لم يتم أحد الأطراف بتنفيذ ما جاء به الأمر التحكيمي الوقتي والتحفظي الصادر عن المحكم فيمكن له أن يسمح للطرف الذي يهمله التعجيل باتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه

¹ مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات، حسب آخر تعديل ق.إ.م.إ، ص. 228.

وذلك دون إخلال بحقه في طلب تنفيذه من رئيس المحكمة طبقا لما هو مشار إليه في المادة 09 من نفس القانون.¹

وبهذا النص تخضع المنازعات كلها لاختصاص المحكم لتشمل موضوع النزاع من جهة والأوامر الوقتية والتحفظية من جهة أخرى بشرط اتفاق الأطراف على تخويل المحكم الاختصاص باتخاذ تلك الأوامر.²

ثانيا : التشريع الفرنسي.

وبالرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي نجدها تؤيد منح المحكم الاختصاص في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية إذا اتفق الأطراف على ذلك ، لأن منحه الاختصاص يتضمن تقديرا لموضوع النزاع فال يجوز أن يعهد به القضاء باعتبار انه تم بموجب اتفاق الأطراف صراحة.³

استقر القضاء الفرنسي قبل صدور قانون الإجراءات المدنية الحالي، على أن وجود شرط أو اتفاق التحكيم لا يعد مانعا لاختصاص القضاء للفصل في طلبات اتخاذ الأوامر الوقتية والتحفظية، لان القضاء الاستعجالي يختص باتخاذ إجراء مؤقت لا يمس بأصل الحق الذي يبقى الفصل فيه من اختصاص المحكم.

بناء على اتفاق الأطراف، ونص المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لا يعني إلا القاضي الذي ينظر نفس الموضوع الذي اتفق بشأنه الأطراف على التحكيم.⁴

ثالثا : التشريع الليبي.

نجد أن المشرع الليبي وفي قانون المرافعات قد نص صراحة في المادة 758 منه على أنه " ليس للمحكمين أن يأذنوا بالحجز ولا بأية إجراءات تحفظية وإذا أذن قاضي مختص بالحجز في قضية منظورة بطريق التحكيم فعليه أن يقرر صحة الحجز دون المساس بموضوع النزاع، وعلى هذا القاضي أن يصدر قررا بإلغاء الحجز حين يقرر المحكمون ذلك."

¹ مناني فراح، مرجع سابق، ص 332، 333.

² علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري ، في المنازعات المدنية والتجارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية - مصر 2004، ص94.

³Cassation civil, 18/06/1986, revue d'arbitrage, 1986, note couchez p 565

⁴Cassation civil, 09/07/1979, revue d'arbitrage, 1980, p 379

نقلا عن حنيش وفاء زواري زينب، سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، مذكرة ماستر، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، وقلّة.

فالمشرع الليبي وحسب نص هذه المادة السالفة الذكر يمنع المحكم من اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية ويخول هذا الحق لقضاء الدولة فقط وهو ينطبق أيضا كما هو الحال في القوانين العربية للمرافعات وأن لم يرد بها نص صريح بذلك.¹

الفرع الثاني : الاتفاقيات الدولية .

اتسم موقف المعاهدات الدولية المرتبطة بالتحكيم من مسألة توزيع الاختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية بين قضاء الدولة وهيئة التحكيم ، وعليه سنتطرق الى موقف كل من معاهدة جنيف ومعاهدة نيويورك ثم موقف معاهدة واشنطن التي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات.

أولا : معاهدة جنيف.

تهدف الاتفاقية الأوروبية للتحكيم الدولي إلى تسهيل نمو التجارة بين بلدان الاقتصاد الحر وبلدان الاقتصاد الاشتراكي في ذلك الوقت ، لتحقيق ذلك تم تشكيل لجنة عمل برعاية هيئة تنمية التجارة التابعة للجنة الاقتصادية الأوروبية في الأمم المتحدة حيث وقعت الاتفاقية في جنيف بتاريخ 21/01/1996 ومنحت الاتفاقية القضاء سلطة اتخاذ الأوامر الوقتية والتحفظية حتى في ظل وجود اتفاق التحكيم.²

تعتبر محكمة لندن للتحكيم الدولي أقدم مؤسسة تحكيمية في العالم، ولقد طرأ على نظام هذه المحكمة عدت تعديلات وآخر تعديل معمول به سنة 1985 ولقد جاء في نص المادتين الثالث عشر و الخامس عشر من نظام المحكمة بأنه يجوز للأطراف في حال اتفقوا على التحكيم أن يطلبوا من المحكم وليس من السلطة القضائية وهذا طبقا لمحكمة لندن أمرا يتعلق بـ:

-حفظ أو بيع أشياء محل نزاع بحضور الأطراف

-إصدار أمر أحد الأطراف بتقديم ما لديهم من مستندات تعتبر هامة وضرورية لعرضها على المحكم وهو ما يعني منح المحكم سلطة الأمر بالنسبة لهذه المسألة.³

ثانيا : معاهدة باريس.

¹ سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، ط السادسة، 2012 دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 287، 286.

² احمد ابو الوفاء، مرجع سابق، ص 140.

³ علي الشحات الحديدي، التدابير الوقتية والتحفظية في التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 91.

الفصل الأول مصدر سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية

أوضحت المادة الثامنة من لائحة هيئة التحكيم التابعة للغرفة الدولية بباريس، فإنه يجوز للأطراف قبل عرض القضية على المحكم، واستثناء بعد ذلك أن يطلبوا من أي سلطة قضائية باتخاذ الأوامر الوقتية والتحفظية، دون أن يعد هذا مخالفا لاتفاق التحكيم.

ثالثا : اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار.

من المتعارف عليه أن اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة بين الدول والناجمة عن الاستثمارات، قد خلقت نظاما تحكيميا منفصلا فيما يخص الإجراءات المتعلقة بالتحكيم عن كل قانون وطني، فمسألة تعيين المحكمين، أو إبطال أحكام التحكيم الصادرة عن المركز، عهد بها إلى جهاز تابع للمركز أنشأته الاتفاقية، كما أن هذه الاتفاقية تلزم الدول المتعاقدة بالاعتراف وتنفيذ كل حكم صادر عن المركز الدولي الذي انبثق عن هذه الاتفاقية والمتخصص في تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار.¹

وفيما يتعلق بموقف هذه المعاهدة من مسألة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، يرى جانب من الفقه ما دام الأطراف قد لجأ للتحكيم وفقا لقواعد المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار فإنهم قد تنازلوا وبشكل تلقائي عن أية وسيلة من وسائل الرجوع وبالتالي يظل المركز هو المختص في حسم النزاع سواء تعلق الأمر بالجانب الموضوعي أو الإجرائي، مما يعني أنه يشمل حتى الإجراءات الوقتية والتحفظية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك،² وسنده في ذلك نص المادة 26 من هذه الاتفاقية والتي تنص على أنه " تعتبر موافقة الأطراف على التحكيم في ظل هذه الاتفاقية موافقة على استبعاد أي وسيلة أخرى من وسائل الرجوع، ما لم ينص على خلاف ذلك، ويجوز لأي طرف متعاقد المطالبة باستبعاد كافة سبل التسوية القانونية المحلية والإدارية كشرط لازم لقبول التحكيم في ظل هذه الاتفاقية".

¹ سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص375.

² على الشحات الحديدي، مرجع سابق، ص92 و 93

المبحث الثاني

اتفاق التحكيم كمصدر لسلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية.

على أساس أن اتفاق التحكيم يقوم بدور أساسي في عملية التحكيم ، ومن أهم العناصر التي تميزه عن غيره ،فهو المصدر الأول الذي يستمد منه المحكم سلطته في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية فهو يأخذ شكل صورتين شرط ومشارطة التحكيم ،وهناك صورة ثالثة لم ينص عليها المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى شرط التحكيم بالإحالة فهذا الاتفاق شأنه شأن سائر العقود ينبغي أن تتوفر فيه شروط لصحة هذا الاتفاق وعليه سنتطرق إلى مفهوم اتفاق التحكيم كمطلب أول ،أما المطلب الثاني سنعالج فيه آثار اتفاق التحكيم.

المطلب الأول : مفهوم اتفاق التحكيم .

يعتبر اتفاق التحكيم أهم مرحلة من مراحل العملية التحكيمية وأولها وعند الرجوع إلى ق إ م إ نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف اتفاق التحكيم وإنما نص على صورته¹ وميز بينهم بإعطاء تعريف إلى شرط التحكيم ومشارطه التحكيم بخلاف التشريعات الأخرى التي عرفت اتفاق التحكيم، من خلال هذا المطلب سنبرز ونوضح تعريف شامل لاتفاق التحكيم بما فيه التعريف التشريعي والفقهية في الفرع الأول ثم نتطرق إلى صور اتفاق التحكيم في الفرع الثاني وأخيرا الشروط الواجب توافرها في هذا الاتفاق في الفرع الثالث.

الفرع الأول : تعريف اتفاق التحكيم .

اتفاق التحكيم أساس التجاء الأطراف إلى التحكيم حيث تعددت التعاريف التشريعية والفقهية لاتفاق التحكيم .

¹ انظر القانون 09/08 مرجع سابق، ص 90 .

أولاً : التعريف التشريعي لاتفاق التحكيم.

1-تعريف اتفاق التحكيم في التشريع المصري :

عرف المشرع المصري اتفاق التحكيم في المادة 10 على انه : " اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية ."¹

2-تعريف اتفاق التحكيم في التشريع الفرنسي :

نصت المادة 1442 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر سنة 1975 المعدلة بالمرسوم رقم 48 لسنة 2011 على أن اتفاق التحكيم ينصرف إلى شرط التحكيم ومشارطه التحكيم وقد عرفت هذه المادة شرط التحكيم بأنه : " اتفاق بمقتضاه يخضع أطراف عقد أو أطراف عدة عقود للتحكيم المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد أو تلك العقود . " ومشارطه التحكيم هي: "الاتفاق الذي يخضع به الأطراف منازعاتهم للتحكيم ."

3-تعريف اتفاق التحكيم وفقاً للقانون النموذجي:

اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 1985 اليونيسترال في المادة السابعة "اتفاقية التحكيم هي اتفاقية بين طرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو صورة اتفاق منفصل. " ²

4-تعريف اتفاق التحكيم وفقاً لاتفاقية نيويورك :

عرفت اتفاقية التحكيم المتعلقة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 وجاء حسب نص المادة الثانية بفقرتها الأولى والثانية على :

- "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي تنشأ بينهم بشأن موضوع من

¹ المادة 10 من قانون التحكيم المصري ،القانون رقم 27 لسنة 1994

² قانون اليونيسترال للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت سنة 2006.

روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم
1 .

-المراد بالاتفاقية الكتابية هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع
من الأطراف أو رسائل أو برقيات متبادلة .

نص نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس على² : يتضمن طلب التحكيم على
الأخص الاتفاقيات القائمة ولا سيما اتفاق التحكيم والمعلومات التي توضح ظروف القضية .
يمكن أن نعرفه بشكل عام : هو الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في
المنازعات التي قد تنشأ فيما بينهم عن طريق التحكيم.

5- تعريف اتفاق التحكيم في التشريع السعودي:

هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة
التي نشأت بينهما في شأن علاقة نظامية محددة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية سواء كان
اتفاق التحكيم في صورة شرط وارد في عقد أم في صورة مشاركة .

يعتبر المركز السعودي للتحكيم التجاري مؤسسة تأسست في المملكة العربية السعودية
في 2014 بهدف توفير منصة لتسوية المنازعات التجارية من خلال التحكيم للمعايير
الدولية في 2023 تماشياً مع رؤيتها في أن تصبح المفضلة في المنطقة، وعليه استحدث
هذا المركز السعودي محكم الطوارئ الذي يتيح إمكانية الاستفادة من التدابير المستعجلة قبل
تشكيل هيئة التحكيم بدلاً من الذهاب إلى المحكمة. على الطرف الراغب في طلب التدبير
المستعجل تقديم طلب للمركز لتعيين محكم طوارئ والذي سينظر في الطلب في غضون
أيام.³

¹- Terki Nouredine , L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U.ALGER
1999,p 24

² تأسست غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1919 من طرف وزير التجارة الفرنسي وفي سنة 1923 تم إنشاء محكمة
التحكيم التابعة للغرفة أما قواعد التحكيم السارية بالغرفة فقد دخلت حيز التنفيذ سنة 1998 وتسمى قواعد غرفة التجارة
الدولية

³ انظر الموقع www.sadm.org.s.a في يوم 24 جوان 2024 على الساعة 9:47.

ما نستخلصه من التعريفات السابقة أن اتفاق التحكيم عقد يتفق فيه الأطراف المتعاقدان على التنازل من مراجعة القضاء والاحتكام إلى محكم أو أكثر للفصل في نزاع .

ثانيا : التعريف الفقهي لاتفاق التحكيم.

1- يرى الدكتور قادري عبد العزيز : " أن تعريف اتفاق التحكيم يجب أن يستعمل فيه لفظ أطراف النزاع بدل طرفي النزاع لان هذا اللفظ غير جامع ."

2-تعريف اتفاق التحكيم التجاري الدولي :

يقصد باتفاق التحكيم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية.¹

- وعرفه بعض الفقهاء اتفاق التحكيم "عبارة عن تصرف قانوني يتخذ شكل اتفاق مكتوب ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان وإجراءات التحكيم ، وقد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمين وعادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحقا على نشوب نزاع ."

وذهب البعض الآخر إلى إعطاء تعريف لاتفاق التحكيم على ضوء النصوص السابقة وغيرها على التشكيلة الآتية : "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لفض نزاعاتهم المحتملة أو الواقعة فعلا فيكون هذا كتابة وقد يحدد فيه الأطراف موضوع النزاع ومكان إجراء التحكيم وأسماء المحكمين وكذا القانون الواجب التطبيق ."

الفرع الثاني : صور اتفاق التحكيم .

يأخذ اتفاق التحكيم صورتين شرط التحكيم ومشارطه التحكيم فكلاهما يعبران عن اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات المعينة باتفاق التحكيم سننترق أولا إلى شرط التحكيم وثانيا إلى مشارطه التحكيم ثم إلى شرط التحكيم بالإحالة .

أولا: شرط التحكيم .

هو اتفاق مكتوب بين طرفين في عقد يتعهدان بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم في المنازعات التي يحتمل أن تنشأ عن العقد ،يرد اتفاق التحكيم على أي نزاع قد يحدث بين

¹ شحاتة غريب شلفامي ، (إشكالات اتفاق التحكيم) ، دراسة مقارنة ،دار الجامعة الجديدة ،مصر 2015 ،ص15

الأطراف في المستقبل بمناسبة تفسير العقد الذي يتضمنه أو تنفيذه¹، فلا يرد على نزاع معين ويرد شرط التحكيم عادة في العقد الأصلي المبرم بين أطرافه كبند من بنود العقد وقد يكون منفصلا بحيث يرد في عقد لاحق يكون مبرما بينهما.²

-نص المشرع الجزائري في المادة 1007 من ق إ م إ على أن شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.³

نستخلص أو نستشف من هذه المادة أن شرط التحكيم يكون قبل وقوع النزاع وقد يرد بند في العقد أو في عقد مستقل .

ثانيا :مشارطه التحكيم (اتفاق التحكيم) .

تعريفها : الاتفاق الذي يتم بين طرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرضه على التحكيم ولقد أجازته المشرع صراحة في نص المادة 1011 من ق إ م إ على أن "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم " والمميز لمشارطه التحكيم هي أنها تتم بعد نشوء النزاع مفترض ضروري لصحة مشارطه التحكيم.⁴

ويمكن تعريف "مشارطه التحكيم" أيضا على أنها : " اتفاق بين الأطراف المتحكمن أطراف اتفاق التحكيم كما أنها تتعلق بوجود منازعة قائمة أو ناشئة بالفعل بين أطرافه لحظة الاتفاق على التحكيم بصدد علاقة قانونية محددة ،سواء كانت علاقة ناشئة عن تعاقد مبرم بين الأطراف المتحكمن . " أطراف الاتفاق على التحكيم أو تصرف حدث أو بشرط واقعة تحققت ، تؤثر على حقوقهم ومراكزهم وان يكون موضوع النزاع قائم بالفعل بينهم داخلا في نطاق المسائل التي يجوز الفصل فيها عن طريق التحكيم ومن ثم لا يصح إبرام عقد التحكيم أو مشارطه التحكيم بالنسبة لنزاع انتهى بالفعل بين أطرافه إما بحكم قضائي صادر من القضاء العام في الدولة يكون حاسما له أو حتى بحكم التحكيم صادر عن هيئة التحكيم

¹ محمود السيد عمر التحيوي ،أركان الاتفاق على التحكيم ،شروطه وصحته ،دار الفكر الجامعي الإسكندرية ،2007،ص65.

² المرجع نفسه ص67،68.

³ القانون رقم 09/08 مرجع سابق ص 90.

⁴ العريايوي نبيل صالح ،دفا تر السياسة والقانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة بشار ،الجزائر 2016 ص362

المكلفة بالفصل فيه¹ أي أن مشارطه التحكيم في حقيقتها هي اتفاق مستقل بين المتنازعين بعد وقوع نزاع ودون أن يكون منصوص على التحكيم في العقد الأصلي وذلك بإحالة النزاع إلى التحكيم وهذا ما نصت عليه المادة 1011 من ق إ م إ أي انه اتفاق بين الخصوم بعد وقوع نزاع معين قائم بينهم فعلا يلتزمون مقتضاه بعرض هذا النزاع على محكم أو محكمين للفصل فيه.

ثالثا : شرط التحكيم بالإحالة.

بالإضافة إلى الصور التي تطرقنا لها سابقا هناك صورة ثالثة شرط التحكيم بالإحالة لم ينص عليها المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى وعلى رأسهم التشريع المصري والفرنسي ، حيث عرف المشرع المصري شرط التحكيم بالإحالة في المادة العاشرة الفقرة الثالثة على انه : "يعتبر اتفاق التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء منه " ونصت أيضا المادة 1443 من القانون الفرنسي التي اشترطت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوب وإلا كان الشرط باطلا ، سواء ورد هذا الشرط في العقد أو في وثائق أخرى أحال إليها العقد.² ويقصد بهذا الشرط إشارة متعاقدين في عقد من عقود التجارة الدولية على وثيقة تتضمن شرط التحكيم واعتبارها جزء لا يتجزأ من العقد .ويعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم، والغرض منها أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم، بل اكتفى الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي، وذلك لتكملة النقص أوسد الثغرات التي تعترى عقدهم، وكان ذلك العقد الأصلي من بين بنوده بندا يقضي تسوية المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم، وفي هذه الحالة ينسحب أثر هذا البند إلى العقد الأصلي ويلتزم الأطراف به.³

¹ شعران فاطمة ،اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية ، ع الثاني ،سنة 2016،ص15.

² عرفت المادة 1442 من القانون المدني الفرنسي شرط التحكيم في المادة Article 1442 منه بأنه:

La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

³ لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة الجزائر، 2012،ص56.

الفرع الثالث : الشروط الواجب توافرها لصحة اتفاق التحكيم.

اتفقت جميع التشريعات على أن اتفاق التحكيم مثله كمثل سائر العقود يجب أن تتوفر فيه شروط موضوعية وأخرى شكلية التي أوجب المشرع مراعاتها عند إبرام أي تصرف قانوني حتى يكون صحيحا ومنتج لآثاره .

أولا : الشروط الموضوعية .

يلزم اتفاق التحكيم كونه عقد كباقي العقود مجموعة من الشروط الموضوعية ، فالتراضي في العقد أصلي وعنصر جوهري لا بد من وجوده وإلا كان باطلا، اما السبب هو النزاع الذي من اجله لجأ الأطراف إلى التحكيم وأبرموا اتفاق التحكيم والمحل يتمثل في المنازعة المعروضة على التحكيم المهم أن يكون النزاع متعلق بعلاقة قانونية عقدية أو غير عقدية بحيث نص المشرع الجزائري أن يكون النزاع مما يجوز التحكيم فيه نصت عليه المادة 1006 " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها . "

"لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أحواله الأشخاص وأهليتهم".¹

1-التراضي: لقد عمل المشرع الجزائري بازدواجية الإرادة أي اتفاق الأطراف من اللجوء إلى

التحكيم بدل القضاء للفصل في المنازعات التي تثور بينهما بشأن العلاقة الأصلية.²

أ- ركن الرضا في اتفاق التحكيم : تطابق إرادتين إيجاب وقبول على اختيار التحكيم كوسيلة لحسم النزاع الذي يثور بشأن العلاقة الأصلية وإذا تعلق الأمر بشرط التحكيم تكون إرادة الأطراف بشأن شرط التحكيم كأحد شروط العقد، أما إذا تعلق الأمر بمشارطه التحكيم فسيكون التحكيم هو محل هذا الاتفاق وليس مجرد بند في العقد.

ويشترط لوجود اتفاق التحكيم خلو العقد من عيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكراه لان الرضا ركن جوهري من الاتفاق فلولاها لا يقوم العقد.

ب-الأهلية: يشترط بالنسبة للطرفين توفر الأهلية فهي لازمة لمن يبرم اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف بمعنى ضرورة توفر أهلية الأداء في طرفي التحكيم³ وليس هناك نص وارد في شأن أهلية الشخص الطبيعي، يعني هنا المشرع الجزائري لم يحدد أهلية للشخص

¹المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم هي التي تتعلق بالأحوال الشخصية أو الجنسية ...

² لأكثر تفاصيل راجع عليوش كربوع كمال ، ، ص23 .

³ العرياوي نبيل ،مرجع سابق ،ص366.

الطبيعي أو المعنوي .بالرجوع إلى نص المادة 1006 من ق إ م إ نجد إنها نصت على "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها . " تبين هذه المادة حق الأشخاص الذي لهم أهلية قانونية من اللجوء إلى التحكيم ، فالأهلية المقصودة هنا أهلية تصرف في الحق . والاتفاق على التحكيم لا يكون فقط على الأشخاص الطبيعية بل حتى الاعتبارية كالشركات¹ يمكنها اللجوء إلى التحكيم وهذا ما أكده قانون التحكيم المصري في المادة الحادي عشر الذي ينص على : " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي و الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه . " على خلاف المشرع الجزائري استثنى الشخص المعنوي إلا اذا كانت علاقات دولية أو صفقات عمومية .

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية .²

2-المحل : أن يكون موضوع النزاع من المسائل التي يجوز فيها التحكيم وإلا كان باطلا بمعنى يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة ،فالحكمة من عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام كون هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة وإشرافها وان تسري عليها قواعد محددة وهو الأمر الذي لا يتحقق في حالة اللجوء إلى التحكيم بصدد هذه المسائل.³

3-السبب : السبب ركن جوهري لا ينعقد بدونه العقد فسبب إبرام اتفاق التحكيم هو اللجوء إلى التحكيم كعدالة خاصة لما فيها مميزات تقاديا لقضاء الدولة لما فيه من تعقيدات إجرائية ووقتيية ولما تحققه من سرية مطلوبة ويديره متخصصون مع فرض حسن النية .⁴

ثانيا : الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم⁵ .

¹ سامية راشد، مرجع سابق،ص61.

² قانون 09/08، مرجع سابق ،ص90.

³ كيسوم كاميليا ،اتفاق التحكيم التجاري الدولي ،مذكرة ماستر ، تخصص:قانون أعمال ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة مولود معمري تزي وزو،2018.

⁴ كيسوم كاميليا ، المرجع نفسه.

⁵ سامية ، راشد، مرجع سابق،ص236.

أوجب المشرع الجزائري الكتابة لوجود شرط التحكيم وإلا كان باطلا وهذا ما نص عليه في المادة 1008 من ق إ م إ في فقرتها الأولى انه "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها" ونص أيضا في نص المادة 1012 على انه "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم ،وإذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه،ويستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة." وقد أوضحت المادة 1040 من ق إ م إ ذلك أكثر حيث قالت انه : "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة."

نستخلص من المادة 1040 أن المشرع الجزائري اشترط أن يبرم اتفاق التحكيم بأي وسيلة اتصال تجيز الإثبات بالكتابة وهذا إذا ورد شرط التحكيم في وسائل الاتصال المكتوبة والالكترونية ولكن يجب تحقق الإيجاب والقبول بشأن العملية التحكيمية فهنا الكتابة تعتبر شرط لانعقاد وهذا طبقا للمادة أعلاه.

على خلاف ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة 12 من قانون التحكيم المصري وأيده في ذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري¹.

المطلب الثاني : آثار اتفاق التحكيم.

يعتبر اتفاق التحكيم صحيحا متى توافرت أركانه والشروط القانونية المتطلبة لإبرام التصرفات القانونية ،والتي بتحققها يترتب آثاره القانونية فيخول سلطة الفصل إلى محكمين بحجب قضاء الدولة عن الفصل في موضوع النزاع بين الطرفين ، هاته الآثار تتمثل في اكتساب اتفاق التحكيم لقوة ملزمة توجب عرض النزاع على التحكيم ولا يملك احد أطرافه الاتفاق أن يعطله بإرادته المنفردة وكذا مبدأ استقلال اتفاق التحكيم حيث تعد هذه من الآثار الموضوعية سنتطرق لها في الفرع الأول ، كما يترتب أيضا آثارا إجرائية هي الأثر المانع ومبدأ الاختصاص بالاختصاص أي تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها في الفرع الثاني.

¹ المادة 12 من قانون التحكيم المصري : "يجب أن يكون مكتوبا ،ووقعه الطرفان ، أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل وبرقيات وغيرها من رسائل الاتصال المكتوبة ."

الفرع الأول : الآثار الموضوعية.

سنتناول في هذا الفرع القوة الملزمة لاتفاق التحكيم أولاً، ثم استقلال اتفاق التحكيم ثانياً .

أولاً : القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.

مفادها أن هناك التزام بتحقيق نتيجة يكون على عاتق الطرفين وضرورة المساهمة في اتخاذ إجراءات التحكيم والامتناع من عرض النزاع على القضاء¹ ولا يستطيع احد الأطراف التصل منه بإرادته المنفردة أو ينقصه أو يعدله ، و اذا سعى لذلك اجبره الطرف الآخر على تنفيذه فإذا امتنع لجأ إلى المحكمة ، فالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو الذي يحدد مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم وجزاء الإخلال بها ، إذا ينفذ الطرف المتقاعس التزامه اختيارياً وإلا لجأ الطرف الآخر إلى القضاء لإجباره على ذلك كما يحكم على التعويض للطرف الآخر بما لحقه من ضرر نتيجة إخلاله بأي التزام².

وقد أشار المشرع الجزائري كذلك للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم في التحكيم الداخلي حيث نص في المادة 1009 ق إ م إ على أنه : " إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم ، يفعل احد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين ، فيعينهم رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه ."

وبالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فلقد عالج المشرع الجزائري كذلك هذه المسألة من خلال ما تضمنته المادة 02/1041 من ق إ م إ حيث نصت على انه : " في غياب التعيين ، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي :

1-رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها إذا كان التحكيم يجري في الجزائر .

2-رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر .

¹زيدوني محمد الطيب ،النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ،رسالة دكتوراه دولة،الجزء الثاني ،كلية الحقوق جامعة الجزائر ص 360.

²زيدوني محمد الطيب،مرجع نفسه ص 360 وما يليها

***نطاق القوة الملزمة :**

أ-نطاقها من حيث الأشخاص: حسب المبادئ العامة في نظرية العقد، فإن العقد لا يتعدى أثره أطرافه، والوضع نفسه بالنسبة لاتفاق التحكيم باستثناء الخلف العام والخلف الخاص، ولا يعتبر من الغير الشريك والمدين المتضامن¹ و يتضح جليا في شركات الأشخاص وشركات المحاصة .

ب-نطاقها من حيث الموضوع: يتضح أن نطاق التحكيم في القانون الداخلي يفسر تفسيراً ضيقاً و في الحدود التي تحقق الغرض منه لأنه طريق استثنائي لفض المنازعات، وعلى ذلك إذا ورد اتفاق التحكيم على المنازعات الخاصة لتفسير عقد معين ، فلا تمتد سلطات هيئة التحكيم إلى المنازعات المتصلة بتنفيذه.

ثانيا : استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي .

نظرا لأهمية هذه المسألة في مجال تفعيل التحكيم التجاري الدولي و تشجيع الأطراف على اللجوء إليه خاصة في مجال التجارة الدولية، وبهدف إعطاء اتفاق التحكيم الحصانة اللازمة والضرورية من أجل حمايته من تقاعس وتماطل الأطراف السيئة النية، مما دفع بمعظم القوانين الداخلية لدول إدراج نص صريح يؤكد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.²

قد أقر المشرع الجزائري مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي و حيث نص في الفقرة الرابعة من المادة 1040 من ق إ م إ على أنه: " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي."

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري فرق بين اتفاق التحكيم الداخلي والتحكيم لتجاري الدولي و إن كان قد تطرق لمسألة استقلال اتفاق التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي فإنه لم يتطرق لها في مجال التحكيم الداخلي، حيث لم يرد نص صريح ولا حتى إشارة تدعونا إلى تطبيق المبدأ السالف الذكر في مجال التحكيم الداخلي.

¹ سامية راشد ، مرجع سابق ، ص237.

² حفيظة السيد حداد،الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص119.

الفرع الثاني : الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم .

يترتب عن الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم تتمثلا في الأثر المانع لاتفاق التحكيم (عدم اختصاص القضاء) سنتناوله أولا ثم مبدأ الاختصاص بالاختصاص ثانيا .
أولا : مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم.

يترتب على اتفاق التحكيم، أثران هما، أثر إيجابي هو حق كل من طرفيه في اللجوء إلى التحكيم وأثر سلبي هو التزام طرفيه بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة لنظر المنازعة محل التحكيم إعمالا لهذا الأثر الأخير يلتزم كل من الطرفين بعدم عرقلة استعمال الطرف الآخر لحقه في اللجوء إلى التحكيم ، كما تلتزم محاكم الدولة بالامتناع عن النظر النزاع المتفق على التحكيم بشأنه.¹

وقد تبني المشرع الجزائري مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم حيث نصت المادة 1045 من ق إ م إ على أنه: " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع ، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة ، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف".

بالتالي يترتب على وجود اتفاقية التحكيم حجب قضاء الدولة عن نظر النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق التحكيم وقد اشترط المشرع الجزائري لكي يطبق القاضي الأثر المانع ، لاتفاق التحكيم أن يدفع أحد أطراف النزاع بأنه يوجد اتفاق تحكيم بشأنه.²
ثانيا : مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

أول مسألة إجرائية يجب على هيئة التحكيم أن تبت فيها هي التأكد من ثبوت اختصاصها للفصل في النزاع المبرم بخصوصه اتفاق التحكيم، فالمحكم لكي ينظر ما يعرض عليه من نزاع لا بد له أن يقر أولا اختصاصه، ولو اقتضى الأمر البحث في وجود، وصحة واستمرار اتفاق التحكيم الذي يستند إليه طالب التحكيم إذ هو يستمد ولايته من إرادة الطرفين أي من هذا الاتفاق، ولهذا فهو يختص بالنظر في مسألة اختصاصه ومبدأ

¹ وهذا ما كرسه الاجتهاد القضائي الجزائري ولا سيما القرار الصادر عن المحكمة العليا ، الغرفة التجارية والبحرية الصادر بتاريخ 2010/06/30 ، تحت رقم 626204 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول، 2012، ومفاده : "لا يمكن التحجج بالحق الدستوري في النقاضي لاستبعاد أعمال شرط اللجوء إلى التحكيم المتفق عليه".

² علي عوض حسن ، ص93

الاختصاص بالاختصاص لا يشمل فقط ما يتعلق ببطلان اتفاق التحكيم وإنما أيضا ما يتعلق بوجوده وكذا ما يتعلق بتحديد نطاق ولاية هيئة التحكيم.¹

وباستقراء نص المادة 1044 من ق إ م إ يظهر جليا اعتراف المشرع الجزائري بمبدأ الاختصاص بالاختصاص ، حيث نصت على انه : "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، و يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع . و تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي، إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع" .

يتضح من النص السالف الذكر أن المشرع قد وضع شرطين لإعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص:²

1- الشرط الأول: يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل إبداء أي وجه من أوجه الدفاع في الموضوع.

2- الشرط الثاني: اشترط المشرع أن يكون الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم فيما يخص تحديد اختصاصها حكما أوليا، إلا إذا كان مرتبطا بموضوع النزاع، هنا يكون الفصل في هذه الدفوع بحكم نهائي.

¹ لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 83

² د. دريس كمال فتحي ، محاضرات في مادة التحكيم التجاري الدولي ، ألقيت على طلبة سنة ثانية ماستر ، قانون أعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي 2021/2022 ص 32

ملخص الفصل الأول :

من خلال دراسة وإثراء الفصل الأول المتمثل في مصدر سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية ، فإن هذا الأخير يستمد سلطته من اتفاق التحكيم كمصدر أول والتشريع كمصدر ثاني، فاتفق التحكيم سواء كان شرط أو مشارطه لكي يكون صحيحا ومنتجا لآثاره يجب أن تتوفر فيه شروط موضوعية وأخرى شكلية خالية من أي عيوب ، وان هذا الاتفاق ينجر عنه اثرين اثر سلبي هو التزام الطرفين بعدم اللجوء إلى القضاء واثرا ايجابي هو حق الطرفين في اللجوء إلى التحكيم ، واختلفت الأنظمة والتشريعات على الصعيدين الدولي والوطني في مسألة تحديد الجهة المختصة بإصدار الأوامر الوقتية

الفصل الأول مصدر سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية

والتحفظية فمنهم من رأى أن القضاء من يملك سلطة إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية لأنه من يملك سلطة التنفيذ الجبري ومنهم من اقر أن المحكم الذي يتمتع وحده بهذه السلطة، في حين اخذت بعض التشريعات ومن بينهم المشرع الجزائري باختصاص كل من المحكم والقضاء في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية باعتبار أن القضاء وحده من يملك سلطة الجبر اذا عجز المحكم من التنفيذ .

الفصل الثاني :

نطاق سلطة المحكم في إصدار
الأوامر الوقتية والتحفظية
وإجراءات نفاذها

تمهيد الفصل الثاني:

قد تقتضى طبيعة موضوع النزاع أو ظروف وملابسات الدعوى المعروضة على هيئة التحكيم سرعة اتخاذ بعض التدابير المؤقتة أو التحفظية تجنباً لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم نتيجة الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة.

هذا ما جعل الفقهاء أن يضعوا لها جملة من الشروط باعتبار أن القرارات المتضمنة الإجراءات الوقتية والتحفظية والتي تصدر من قاضي الاستعجال تهدف إلى توفير حماية وقتية عند توفر شرطين، أولهما وجود ظرف استعجال في المنازعة المطروحة عليه وثانياً كون المطلوب اتخاذه مجرد إجراء وقتي لا يفصل في موضوع الحق وعلى هذا ارتأينا أن نقسم الفصل الثاني إلى مبحثين سنتناول في المبحث الأول نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية من خلال شرط الاستعجال في المطلب الأول وشرط عدم المساس بأصل الحق في المطلب الثاني ، إما المبحث الثاني فقد خصصنا إلى إجراءات نفاذ الأوامر الوقتية والتحفظية في المطلب الأول وتنفيذها كالحراسة القضائية والحجز التحفظي في وكيف تتم الرقابة على ها ته الأوامر من خلال الاعتراف بالحكم التحكيمي في المطلب الثاني .

المبحث الأول

شروط انعقاد اختصاص المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية

بما أن غاية الأوامر الوقتية والتحفظية هي معالجة القضايا التي تحتاج إلى بت سريع قصد حماية الحقوق من كل الأخطار إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريفها تاركا هذه المسألة للفقهاء الذي يشترط لذلك أن يتوافر في تلك التدابير أو الأوامر الوقتية والتحفظية طابع الاستعجال وهو ما سنعالجه في المطلب الأول، وألا يكون هناك مساس بأصل الحق موضوع الخصومة والذي سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول

الاستعجال

يعتبر الاستعجال الشرط الأساسي لانعقاد الاختصاص للقضاء المستعجل سنعالج

تعريف وأنواع الاستعجال في الفرع الأول وتقدير وجوده في الفرع الثاني.

الفرع الأول : تعريف وأنواع الاستعجال .

أولا : تعريف الاستعجال.

لغة: من عجل وعجلته وهو السرعة من البطء والتأخير والانتظار.

اصطلاحا: الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا، أو انه الخطر المباشر الذي لا يكفي في اتقائه

رفع الدعوى بالطريق المعتاد حتى مع تقصير المواعيد.¹

وقد عرفه الفقيه شارل باش: "يتحقق الاستعجال بمجرد وجود وضعية يخشى أن تصبح غير

قابلة للإصلاح."²

¹ أمينة نمر، مناط الاختصاص والحكم في الدعوى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1967، ص46.

² مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص488.

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

وعرفه الفقه الفرنسي انه: "الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه بسرعة قد لا تتوافر إذا ما لجأ مدعيه إلى القضاء العادي، ويستمد كيانه من طبيعة الحق ذاته ومن الظروف المحيطة به لا من عمل الخصوم واتفاقهم".¹

لم يعرف المشرع الجزائري كباقي التشريعات الاستعجال، ولكن ما نستشفه من التعاريف الفقهية تعتبر حالة الاستعجال حالة قانونية، تنشأ من الخطر الناتج عن التأخير من فوات الوقت، قبل الحصول على الحماية القضائية ويولد الخطر الحاجة إلى حماية قضائية عاجلة يتم بمقتضاها تفادي وقوع الضرر، بالحقوق أو المراكز القانونية التي يراد المحافظة عليها، فالاستعجال حالة تستخلص من طبيعة الحق أو المركز القانوني المتنازع عليه وليس من إرادة الخصوم على حكم مستعجل لطلباته.²

إن شرط الاستعجال مبدأ غير ثابت يتغير بتغير ظرف الزمان والمكان، فإن لهيئة التحكيم سلطة تقديرية واسعة في تقدير نسبة الاستعجال في الطلب المقدم أمامها.³

وتجدر الإشارة على، أنه يجب أن يبقى الاستعجال قائم من وقت رفع الدعوى إلى حين صدور الحكم المستعجل، فإذا سقط شرط الاستعجال قبل الفصل في الدعوى لأي سبب من الأسباب، وجب على القاضي الحكم بعدم اختصاصه لأنه لا يوجد في الدعوى عنصر الاستعجال.⁴

¹ أشار إليه: محمد خالد صقر ألهاجري، مدى صلاحية المحكم في اتخاذ التدابير الوقتية والمستعجلة في القانون القطري: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، قسم القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة مؤتة، 2017 م، ص 22.

² داود سليمان، داود العزاوي، صلاحيات المحكم، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2015 م، ص 70.

³ حاتم غائب سعيد، الإجراءات الاحترازية المؤقتة للمحكم التجاري، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، ع 32، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، 2021 م، ص 83.

⁴ عباس العبوري، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات الأردني، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2009 م، ص 100.

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

كما قلنا يعتبر الاستعجال الشرط الأساسي لانعقاد الاختصاص للقضاء المستعجل. يمكن أن نعرفه بشكل عام " الاستعجال على أنه الخطر الذي يهدد الحق الذي من شأنه إحداث ضرر يصعب تداركه وإصلاحه مستقبلا إذا اتبعت إجراءات التقاضي العادي".¹

ثانيا : أنواع الاستعجال.

تختلف درجة الاستعجال من دعوى إلى دعوى فهو يختلف من حيث الزمان والمكان، واختلاف الدعاوى وأطرافه فارتأيا جانبا من الفقه أن يقسمون الاستعجال إلى نوعين :

1- الاستعجال من ساعة إلى ساعة: نجد أن حالات الاستعجال من ساعة إلى ساعة نص عليها المشرع في المادة 302 من ق.إ.م.إ وذلك في حالة الاستعجال القصوى التي يلزم فيها التعجيل كإزالة خطر جسيم والتي تتطلب اتخاذ تدابير مؤقتة لا تقبل الانتظار من خلال تقديم طلب إلى رئيس المحكمة ، وان ينظر في ها ته الطلبات حتى في أوقات خارجة عن العمل ولا يمكن الانتظار حتى تنفيذها تفاديا لزوال الآثار المترتبة عنه أو فوات المصلحة وضياح الحق باعتبار أن ها ته التدابير التحفظية تهدف لحماية الحقوق ، إلا أن السلطة التقديرية ترجع للقاضي وحده فهو الذي يحدد هذه الدعوى فاذا اقتنع بها أمر بتسجيلها وتحديد موعد نظرها وأمر بتبليغ للخصم.²

2- حالة الاستعجال العادية: وتسمى أيضا حالة الاستعجال البسيطة تكون في القضايا الاستعجالية العادية التي بمقتضاها تسجل الدعوى في أقرب جلسة وتوَجَل القضايا أسبوعيا للأجوبة والردود.

¹ أمينة النمر، مرجع سابق، ص44.

² طاهري حسين ، قضاء الاستعجال فقها وقضاء ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2005، ص 51.

الفرع الثاني : تقدير وجود الاستعجال .

يكون الاستعجال مفترض أي يفترض القانون وجوده فيتعين على القاضي أن يثبت أن النزاع المطروح أمامه من النوع الذي افترضه القانون توفر الاستعجال فيه ، وأما أن يكون الاستعجال واجب الإثبات لانعقاد الاختصاص.

أولاً- إثبات الاستعجال : تقع مهمة إثبات الاستعجال على عاتق القاضي الذي يتعين عليه أن يستشفه من ظروف الدعوى ووقائعها دون أن يتدخل الأطراف¹ .

اذ لم ترفع الدعوى يكون القاضي مختصاً وحده بإثبات الاستعجال من خلال الظروف التي تحيط به ، والأضرار المترتبة على تصرفات المدعي ومدى جسامتها فهذا الأخير ملزم بعرض وقائع الدعوى وتقديم طلباته وغير ملزم بإبراز ركن الاستعجال فيها ، كما أن من حق المدعي إبداء دفاعه وكل هذا لا يمنع القاضي من إثبات الاستعجال بل يجب عليه أن يقرر وحده وجود الاستعجال من عدمه من خلال حكم القانون عليه فان توفر الاستعجال انعقد اختصاصه وانتقل لفحص طلب المدعي وان لم يتوفر حكم بعدم اختصاصه .

ثانياً- وقت تقدير الاستعجال: اختلف الفقهاء حول مسألة تقدير وقت الاستعجال فمنهم من يرى توفره أثناء رفع الدعوى ومنهم من يرى توافره عند الحكم في الدعوى.

1- توفر الاستعجال أثناء رفع الدعوى: ويرى أنصار هذا الاتجاه أن ركن الاستعجال يتوفر أثناء رفع الدعوى ، ويتم تقديره من قبل قاضي الاستعجال بناء على الوقائع المثبتة أمامها وقت رفع الدعوى.

وما اعتقدوه أن الاستعجال إذا توفر بعد رفع الدعوى أو حتى عند الاستئناف نكون أمام دعوى جديدة ولا يجوز لجهة الاستئناف أن تقضي باختصاصها كون الاستئناف جاء بعد رفع الدعوى أو بعد صدور الحكم المستأنف.²

2- توفر الاستعجال عند النظر في الدعوى: يعتقد أنصار هذا الاتجاه أن الاستعجال يقدر عند النظر في الدعوى حتى إن توفر أو لم يتوفر عند رفعها ، يجوز لجهة الاستئناف القضاء باختصاصها إذا توفر الاستعجال وكان قائماً حتى وان لم يتوفر أمام الدرجة الأولى

¹ أمينة نمر ، المرجع السابق، ص105.

² عز الدين الدناصوري، حامد عكاز، مركز دلنا للطباعة، ط 5، 1997 ص 142.

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

ولا يمكن تقديم طلبات جديدة أمام جهة الاستئناف بمجرد تغيير وسائل الدفاع أو سبب الدعوى و ذلك باعتبار أن الاختصاص من النظام العام يمكن إثارته في أية مرحلة من مراحل الدعوى.¹

و نكون بصدد استعجال ، كلما كنا بصدد وضعية استثنائية بحيث تتطلب مواجهتها بإجراء أو تدبير سريع فعال ، و نكون كذلك بصدد الاستعجال كلما تطلب الأمر اتخاذ تدبير سريع قصد تفادي حدوث وضعية ضارة ، أو قصد الحفاظ عمى وضعية في طريق الاندثار ، سواء كانت الوضعية مادية مثل بناية على وشك السقوط أو قانونية مثل طلب توقيف قرار إداري بالطرد من التراب الوطني .

ويمكن القول أن الاتجاه الثاني هو السائد باعتبار أن عنصر الاستعجال يمكن تقديره عند النظر في الدعوى لكن بشروط أولها أن على قاضي على مستوى الدرجة الأولى أن يظهر الاستعجال ويقدره من الوقائع المقدمة أمامه ، إلا أن على جهة الاستئناف أن تتقيد بجميع الوقائع التي تطرق إليها الأمر المستأنف فهي تتقيد بالوقائع الموجودة بالأمر المستأنف فقط أما إذا انقضى الاستعجال بعد صدور الأمر المستأنف فليس من حقها إلغائه والتصدي للدعوى ورفضها لعدم توفر الاستعجال.

¹ محمد إبراهيم، القضاء المستعجل ، ج،1 الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، ص96.

المطلب الثاني

عدم المساس بأصل الحق.

لا يكفي لإصدار الأوامر الوقتية والتحفظية توفر شرط الاستعجال ، وإنما لابد أن تكون هذه الإجراءات وقتية لا تمس بأصل الحق وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب تعريف وشروط عدم المساس بأصل الحق في الفرع الأول والتطبيقات القضائية والآثار المترتبة على عدم مساس بأصل الحق في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم عدم المساس بأصل الحق.

لم يعرف المشرع الجزائري شرط عدم المساس بأصل الحق تاركاً هذه المسألة لاجتهاد الفقهاء أولاً وإنما نص على شروطه ثانياً.

أولاً: تعريف شرط عدم المساس بأصل الحق.

يقصد بالحق ، موضوع النزاع ، الذي من أجله ترفع الدعوى من أحد الخصوم أمام القضاء لأجل المطالبة بالحماية الموضوعية النهائية.

عرفه الأستاذ حسن عكوش: "أن أصل الحق هو صميم النزاع الموضوعي، يتحسس القاضي ظواهره لا للمساس بحق أي من الخصوم، بل لاتخاذ إجراء وقتي لحماية صاحب الحق الأرجح حتى يفصل فيه قاضي الموضوع."¹

وقد عرفه الأستاذ محمد علي رشدي من خلال تعريفه للحكم الاستعجالي فيقول : " إن حكم قاضي الأمور المستعجلة ينشئ بين الطرفين مركزاً معيناً مؤقتاً يدعوا إليه الاستعجال والضرورة غير المتنازع فيها ،يبقى حتى يفصل ف أصل الحق بينهما من الهيئة المختصة."²

ومفاد شرط عدم المساس بأصل الحق هو أن اختصاص قاضي الأمور المستعجلة عند توافر حالة الاستعجال هو إصدار الأمر بالتدبير الوقتي لحماية الحق والمحافظة عليه بدرء الخطر عنه في انتظار البت في صحته ومداه وصاحبه، لذلك فإن اختصاص قاضي

¹ حسن عكوش، المستعجل في الفقه والقضاء ، ج1، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، د.س، ص18.

² المرجع نفسه ، نفس ص.

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

الأمر المستعجلة ليس الفصل في أصل الحق، وأصل الحق هو السبب القانوني الذي يتحدد بموجبه حقوق والتزامات كل طرف قبل الآخر.¹

ويعتمد قاضي الأمور المستعجلة على هذا المبدأ باعتباره من المبادئ الأساسية التي يجب عليه مراعاتها مهما كان الاستعجال فهو بالتالي ملزم بتزك النظر والفصل في أصل النزاع لقاضي الموضوع.²

ثانيا : شروط عدم المساس بأصل الحق.

من خلال التعاريف السالفة الذكر يمكن أن نستنتج شروط نص عليها المشرع الجزائري في المادة 303 من ق.إ.م.إ. :

1- يعتبر شرط ملزم لقاضي الاستعجال وحده ويلزم أن يتقيد بهذا الشرط وأن يؤسس حكمه دون المساس بأصل الحق وجوهره.³

2- عدم المساس بأصل الحق أي المحافظة على الحق لأن الدعوى الاستعجالية أسلوب من أساليب التقاضي وإقرارها من طرف المشرع كان الهدف منها المحافظة على الحق كما هو عليه الحال ، حيث تبقى مؤقتة إلى حين الفصل في أصل الحق الذي قد يلحقه من تصرفات الخصوم كطرد المستأجر من العين المؤجرة لانتهاء مدة الإيجار ، كما أنه يعتبر شرط مقيد للقاضي يؤدي إلى بطلان قضاؤه إذا ما تجاوز حدوده القانونية وسلطته واختصاصه بناء على مبررات أقرها المشرع الجزائري في:

- حق الأفراد تقديم أوجه دفاعهم لإثبات حقهم ومنحهم المجال لاستعماله على وجه الإلزام .
- يحدد شرط عدم المساس بأصل الحق توزيع الاختصاص بين قاضي الاستعجال وقاضي الموضوع لما لهذا الشرط من أهمية بالغة في تحديد الجهة القضائية المختصة من خلال تكييف الطلبات في الدعوى ، فإذا عرض نزاع على قاضي الاستعجال فعليه أن ينظر في

¹ لحمصي، محمد طلال، نظرية القضاء المستعجل في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، لسنة 1988 دراسة مقارنة، ص 186 وما بعدها.

² محمد إبراهيم، ج1، مرجع سابق ص 98.

³ المرجع نفسه، نفس ص.

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

مستندات القضية عرضيا ويصدر أمرا وقتيا دون المساس بأصل الحق الذي يبقى متروكا لقاضي الموضوع ويقضي بعدم اختصاصه إذا كان يمس بأصل الحق.¹

الفرع الثاني : التطبيقات القضائية والآثار المترتبة على عدم المساس بأصل الحق.

من بين تطبيقات مبدأ عدم المساس بأصل الحق في القانون الجزائري ما قضت به الغرفة المدنية الأولى بالمحكمة العليا : " لا يختص قاضي الأمور المستعجلة في مجال ملكية العقارات أو المنقولات والحقوق العين المنقوعة عنها ومع ذلك يمكنه اتخاذ الإجراءات التحفظية التي تكون من شأنها الحفاظ على الأموال والحقوق المتنازع عليه أو الحفاظ على حقوق الغير."

أ- أنه من حق الأفراد استعمال كافة أوجه دفاعهم من خلال إثبات حقهم أو نفيه من خلال إفساح المجال لهم لاستعماله.

ب- يتعين على قاضي الاستعجال عدم المساس بأصل الحق وجوهره بل هو متروك لقاضي الموضوع، ومن هنا يعتبر شرط عدم المساس بأصل الحق آلية قانونية تبرزها ضرورة توزيع الاختصاص بين قاضي الموضوع الذي يفصل بصفة نهائية في الحقوق وبين قاضي الاستعجال الوقتي الذي يهدف إلى توفير حماية وقتية له ، ولما كان الهدف من إصدار إجراء تحفظي هو تقرير حماية وقتية تعد لحل نهائي يمس بشكل مباشر و غير مباشر بموضوع الخصومة المعروضة على التحكيم ، لذلك فإن هذا الإجراء ليس له أي حجية أمام محكمة الموضوع إذ يكون لها أن تلغيه أو تعدله أو تؤيده وفقا لما تراه هي من ظروف الدعوى وملاستها.²

من خلال ما تقدم يمنع على القاضي المطلوب منه اتخاذ التدبير التحفظي التعرض إلى كل ما يتعلق بحقوق والتزامات الطرفين وجودا أو عدما ، ذلك أن التدابير لا تتعرض لموضوع النزاع الذي يظل محجوزا للمحكم ليفصل فيه ، كذلك لا يجوز للمحكم أن يأمر باتخاذ تدابير تحفظية متى كانت في نطاق موضوع النزاع.³

¹ المادة 216 من المرسوم التشريعي رقم 09/08 ،مرجع سابق

² عز الدين الدناصوري و حامد عكاز ، مرجع سابق، ص448.

³ علي الحديدي، التدابير التحفظية في التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص70.

المبحث الثاني

إجراءات نفاذ الأوامر الوقتية والتحفظية .

عند انتهاء هيئة التحكيم في النزاع المعروض عليها فإنها تصدر حكم تحكيمي لذلك، فالمشرع الجزائري حدد جملة من الشروط التي يجب توافرها حتى يكون هذا الحكم منتجا لآثاره وجب توافر شروط شكلية وأخرى موضوعية عليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول نتطرق فيه إلى الرقابة على الأوامر الوقتية والتحفظية أما الثاني نتكلم فيه عن تنفيذ هذه الأوامر.

المطلب الأول

تنفيذ الأوامر الوقتية والتحفظية.

وأمام تنوع التدابير الوقتية التحفظية في خصومة التحكيم نظرا لطبيعة النزاعات المعروضة على المحكم والتي يصعب تصنيفها الأمر الذي جعل المشرع في النصوص ذات الصلة يكتفي بالقول بحق كل الطرفين طلب اتخاذ التدبير التحفظي الذي تقتضيه طبيعة النزاع سنتناول إجراءات تنفيذها والتدابير والمنصوص عليها في أحكام القضاء المستعجل الحراسة القضائية في الفرع الأول والأوامر على عرائض في الفرع الثاني.

الفرع الأول : الحراسة القضائية.

لقد نظم المشرع الجزائري الحراسة القضائية بموجب التقنين المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري وكذا بموجب القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25/02/2008 المتضمن ق.إ.م.إذ رتبها من خلاله التقنين المدني الجزائري انطلاقا من نص المادة 602 إلى غاية نص المادة 611 منه، كما رتبها من خلال أحكام ق.إ.م.إ انطلاقا من نص المادة 697 إلى غاية نص المادة 699 فقرتها 01 - 02 وهي المواد التي تنص على الإجراءات الواجبة الإلتباع في حراسة الأموال المحجوزة بالإضافة إلى بعض المواد المتفرقة الواردة بذات القانون.

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

أولاً: تعريف الحراسة القضائية¹.

الحراسة القضائية هي إجراء وقتي يأمر به القاضي بوضع منقول أو عقار أو مجموع من المال تحت يد شخص يتكفل بحفظه وإدارته وذلك بناء على طلب صاحب المصلحة إذا تجمع لديه من الأسباب المعقولة وذلك حتى ينتهي النزاع.

كما تعرف بأنها تدبير تحفظي مؤقت يأمر ب القضاء بناء على طلب من له مصلحة استناداً إلى نص القانون ،بوضع منقول أو عقار أو مال مشاع أو مشترك متنازع فيه أو يهدده خطراً عاجلاً من بقاءه تحت يد حائزه ،بين يدي شخص يلتزم بحفظه وصيانته وإدارته الإدارة الحسنة واستغلاله لحساب ذوي الشأن ، ورده مع ثماره وتقديم حساب إلى من يثبت له الحق فيه رضاً أو قضاء شريطة أن تكون الحراسة القضائية هي الوسيلة الضرورية .

ويرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري²: "إن الحراسة لم تشرع لكي تكون طريقة للتنفيذ ، وطرق التنفيذ قد نظمها قانون المرافعات وليست الحراسة من بينها وما الحراسة إلا إجراء تحفظي مؤقت لا يمس أصل الموضوع ،بخلاف استيفاء الدين من مال المدين فهو إجراء تنفيذي غير مؤقت ولا يمس أصل الحق ،ولكن الحراسة على مال المدين تجوز إذا أريد بها أن تكون إجراء تحفظي مؤقت ويكون الغرض منها المحافظة على هذا المال من خطر عاجل يهدده كأن يكون المدين قد شرع في التصرف فيه لتهريبه ،ولا يشترط في هذه الحالة ان يكون هناك نزاع قائم بين الدائن والمدين بل يكفي قيام الخطر العاجل المبرر لفرض الحراسة القضائية.

ويعتبر الحكم القضائي المنشأ للحراسة القضائية هو حكم يقضي إلى حماية وقتية متعلقة بإجراء تحفظي يتعين اتخاذه إذا دعت الضرورة إلى المحافظة على الأشياء المتنازع عليها إذا طلبها صاحبها . وبرجوعنا إلى أحكام المادة 600 من ق. إ. م. و. إ. في أحكام التنفيذ الجبري نصت على أنه لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي. والسند التنفيذي³ عبارة عن محرر مكتوب وال يصح التنفيذ الجبري إلا به ، وتنقسم السندات التنفيذية إلى

¹ دريس كمال فتحي ،الحماية المؤقتة للحق في نظام التحكيم ، ط1، جوان 2009، ص34 ص35.

² دريس كمال فتحي، مرجع سابق ، ص 35.

³ السيد بكر كامل، مداخلة بعنوان " الحراسة القضائية " ، محكمة قسنطينة ، مجلس قضاء قسنطينة، ص

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

السندات الصادرة عن الجهات القضائية وتتمثل في أحكام المحاكم، الأوامر الاستعجالية قرارات المحكمة العليا المتضمنة التزاما بالتنفيذ، أحكام المحاكم الإدارية، قرارات مجلس الدولة، الأحكام التحضيرية، الأحكام التمهيديّة ومحاضر الصلح أو الاتفاق. القاعدة العامة أن القوة التنفيذية لا تمنح إلا للأحكام الحائزة على قوة الشيء المقضي فيه، إلا أن تأخير التنفيذ إلى حين تبليغ الحكم يؤدي إلى أضرار بالغة للدائن، لهذا أجاز المشرع الجزائري في حالات النفاذ العجل وحسب المادة 600 من ق.إ.م.إ تنفيذ الأحكام الابتدائية رغم المعارضة والاستئناف إذا تم تذييلها النفاذ المعجل وتكون في حالات النفاذ المعجل أين يصبح فيها الحكم سندا تنفيذيا بالرغم من قابليته للظعن بالطرق العادية والغير عادية. المادة 02/323 ق.إ.م.إ

الفرع الثاني : الأوامر على عرائض.

عرفتها المادة 310 من ق.إ.م.إ على إنها: " أمر مؤقت يصدر دون حضور الخصم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

الأوامر على العرائض واجبة النفاذ بناء على النسخة الأصلية وهي مشمولة بالنفاذ المعجل، يتمتع القاضي بالسلطة التقديرية إذ يمكنه الموافقة على طلب إصدارها كما يمكنه رفض الطلب، كما يستطيع تقديم طلب جديد أمام نفس القاضي الذي رفض الطلب. يقدم طلب استصدار أوامر على عرائض في شكل عريضة معللة على نسختين مع الإشارة إلى الوثائق المدعمة لطلبه، ذا كان الطلب مستقلا فتقدم العريضة إلى رئيس المحكمة أو من يناوبه، أما إذا كان آو الطلب من دعوى موضوعية قائمة أمام قاضي الموضوع فإن الطلب يقدم أمامه. غير أن القاضي ملزم بتسبيب هذا الأمر والخاص برفض طلب التنفيذ، حيث أن المشرع أجاز استئناف هذا الأمر، أما في حالة إصدار الأمر بالتنفيذ، فيمكن لأي طرف من أطراف التحكيم أن يطلب نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم من رئيس أمناء الضبط.¹ ومن بين ها ته الأوامر الحجز التحفظي وأوامر الأداء.

أولا : الحجز التحفظي.

¹ لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 317-318.

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

عرفت المادة 646 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحجز التحفظي بأنه " وضع أموال المدين المنقولة المادية والعقارية تحت يد القضاء ومنعه من التصرف فيها، ويقع الحجز على مسؤولية المدين.

ويعرف هذا الحجز أيضا بأنه " تدبير مؤقت يهدف إلى وضع، مال المدين أو الأموال والحقوق المترتبة له بذمة الغير تحت يد القضاء بهدف حفظ المال أو الحق وعدم إنقاص قيمته، حماية لحقوق الدائن أو الدائنين الحاجزين.¹

ويعرف الحجز التحفظي أيضا بأنه ذلك " الحجز الذي يكون هدفه الوحيد مجرد وضع الأموال التي يملكها المدين تحت يد القضاء، وذلك لمنعه من التصرف فيها تصرفا يضر بالحاجز.²

يعد الحجز التحفظي إجراء ضروريا وهاما بالنسبة للدائن الذي يرغب في تقادي قيام مدينه بإخفاء بعض أمواله من ذمته المالية أنه يستطيع توقيع هذا الحجز ولو لم يكن بيده سند تنفيذي.

يهدف نظام الحجز التحفظي إلى ضبط المال المحجوز لمنع المدين من التصرف يضر بدانيه، لذا فمن الطبيعي أن لا يستلزم الم فيه تصرفا شرع إجراء مقدمات التنفيذ الواجب إتباعها في الحجز التنفيذي ألن القيام بهذه الإجراءات يتنافى والغاية التي من أجلها وضعت قواعد الحجز التحفظي وهي مباغطة المدين بالحجز قبل قيامه بتهريب أمواله.

1: خصائص الحجز التحفظي.

أ- الحجز التحفظي إجراء وقائي: يراد من الحجز التحفظي وضع الأموال المحجوزة تحت يد القضاء دون أن يؤدي ذلك أليا إلى البيع فهو إجراء وقائي يتخذه الدائن لمنع المدين من تهريب أمواله، للحفاظ على حقه في الضمان العام من أموال المدين.³

ب- الحجز التحفظي إجراء مؤقت : يمثل الحجز التحفظي صورة من صور الحماية الوقتية للحق لمواجهة حالة مستعجلة تتطلب المباغطة بغرض تجنب تهريب المدين لأمواله، لهذا

¹ حلمي محمد الحجار، أصول التنفيذ الجبري دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ، 2003ص375.

² لعربي شحط عبد القادر ، طرق تنفيذ في المواد المدنية والإدارية وفق قانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 منشورات الألفية الثالثة، 2010 ص109.

³ حمدي باشا عمر ، طرق التنفيذ ، دار هومة ، الجزائر، 2012 ، ص 219.

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

حددت مدة صلاحية الأمر المتضمن حجز أموال المدين تحفظيا، بخمسة عشر يوما من تاريخ صدور أمر الحجز، إذ يجب على الدائن الحاجز أن يرفع دعوى تثبيت الحجز أمام قاضي الموضوع خلال الأجل المحدد وإلا كان الحجز والإجراءات التالية له باطلين.¹

ج- عدم اشتراط السند التنفيذي: لا يلزم إجراء الحجز التحفظي توافر السند التنفيذي فيجوز إجراء هذا الحجز ولو كان الدائن مزودا بمجرد سند عرفي، بل يجوز توقيعه ولو لم يكن بيد الدائن سندا تنفيذيا على الإطلاق ، وذلك بشرط الحصول على إذن من القضاء.²

2: إجراءات توقيع الحجز التحفظي.

تتمثل إجراءات توقيع الحجز التحفظي في التالي:

أ- تقديم طلب الحجز إلى المحكمة المختصة: يعود الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدين أو مقر الأموال المطلوب حجزها إذا تعلق الأمر بحجز تحفظي على منقول أما في حالة الحجز التحفظي على العقار ، فيجب أن يقدم الطلب أمام محكمة مقر الأموال المطلوب حجزها محكمة موطن العقار تماشيا مع الحكم المقرر بنص المادة 722 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي يعطي الاختصاص للمحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار.³

لم يحدد المشرع الجزائري شكل الطلب المقدم من الدائن، وال صيغته ولكن استقر الاجتهاد القضائي على أنه إذا أراد الدائن أن يستصدر أمرا بالحجز التحفظي أن يقدم عريضة مكتوبة إلى رئيس المحكمة تتضمن اسم ولقب وموطن الدائن الحاجز، واسم ولقب وموطن المدين المحجوز عليه، ثم عرض موجز لسبب الدين، والمستندات التي تؤيده مع ذكر مقداره إن كان محددًا في سند الدين. ثم يلتزم الدائن في آخر العريضة من رئيس

¹ بريارة عبد الرحمن ، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية، للتشريع الجزائري لا سيما قانون وفقا لإجراءات المدنية والإدارية رقم ،08-09، ط1 منشورات بغداددي، الجزائر ،2009 ص157.

² بصري بالقاسم محمد، طرق التنفيذ من الناحية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة،-2015
2014، ص227.

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

المحكمة أن يمنحه أمرا لتوقيع الحجز التحفظي على الأموال المراد حجزها، ثم يوقع الدائني آخر العريضة.¹

ب- صدور أمر بإجراء الحجز التحفظي: يتأكد رئيس المحكمة من استيفاء العريضة للشروط الشكلية والموضوعية وبوجه خاص يتأكد من توافر الصفة لدى طالب الحجز والأسباب المبررة للحجز ويصدر أمر على عريضة بإيقاع الحجز.

واهم جديد استحدثه المشرع هو إلزام القاضي بالفصل في طلب الحجز في أجل أقصاه خمسة عشر يوما من تاريخ إيداع العريضة بأمانة الضبط، تماشيا مع ما يتطلبه عنصري السرعة والمباغثة.²

ج- تبليغ وتنفيذ أمر الحجز التحفظي: وبمجرد حصول الدائن على أمر بالحجز التحفظي، عليه تبليغه إلى المدين وحينئذ يقوم المحضر القضائي على الفور بإيقاع الحجز وتحرير محضر بذلك الحجز وجره للأموال الموجودة تحت يد المدين، أو حيازة تابع كالخادم والبواب والسائق، ويسلم نسخة منه للمدين تحت طائلة البطلان، مع تعيينه حارسا عليها وفي حالة ما إذا واجهت المحضر القضائي مقاومة من المدين، فيمكنه الاستعانة بالقوة العمومية لتنفيذ أمر الحجز.³

وإذا كان محل الحجز سندات تجارية محررة لفائدة المدين ، مثل الشيكات، ففي هذه الحالة، يجب أن تعين في محضر الحجز وتودع في أمانة ضبط المحكمة،⁴ وإذا وقع الحجز على مجوهرات أو أشياء ثمينة، فيجب أن يتضمن محضر الحجز بالإضافة إلى جردها، وصف دقيق لها وتقدير قيمتها بمعرفة خبير يعين بأمر على عريضة، أو من طرف الإدارة المكلفة بدمج المعادن الثمينة، وهذا بحضور المدين أو ممثله القانوني أو بعد صحة تكليفه بالحضور، وفي كل الأحوال، يرفق تقرير الخبير الخاص بالتقدير والوزن بمحضر الحجز، ويجب بعد الوزن والتقييم، أن توضع في حرز مختوم ومشتمع وأن يذكر ذلك في محضر الحجز مع وصف الأختام وإيداعها بأمانة ضبط المحكمة ،وبعد انتهاء عملية الجرد وإعلان

¹ بجلال فاطمة الزهراء، الرقابة القضائية على إجراءات الحجز، المركز الأكاديمي للنشر، الإسكندرية، 2019، ص9.

² المرجع نفسه، ص10.

³ لعربي شحط عبد القادر: المرجع السابق، ص116

⁴ أنظر المادة 664 من ق.إ.م.إ.

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

أمر الحجز إلى المحجوز عليه، من قبل المحضر القضائي، يبلغه بأنه عين حارسا على الأموال المحجوزة إلا إذا كان أمر الحجز يقضي بخلاف ذلك، كان يأمر بتعيين شخص آخر حارسا على هذه الأموال وينبئه بأنه مسؤول مدنيا وجزائيا إذا تسبب في إخفائها أو تبديدها¹، أما إذا كانت المنقولات المحجوزة في حيازة الغير، فيتولى المحضر القضائي تبليغ أمر الحجز رسميا إلى الغير المحجوز لديه شخصا إذا كان شخصا طبيعيا، أما إذا كان شخصا معنويا، فيتم التبليغ إلى ممثله القانوني مع تسليمه نسخة من أمر الحجز والتتويه بذلك في محضر التبليغ.²

ويجب على المحضر القضائي أن يبلغ محضر الحجز إلى المدين المحجوز عليه خلال أجل ثمانية 8 أيام التالية إجراء الحجز مرفقا بنسخة من أمر الحجز والتتويه على ذلك في محضر التبليغ الرسمي، وإلا كان الحجز قابلا للإبطال، وإذا كان المدين المحجوز عليه مقيما خارج الوطن، وجب تبليغ أمر الحجز لشخصه أو إلى موطنه في الخارج حسب الأوضاع المقررة في البلد الذي يقيم فيه.³

3: آثار الحجز التحفظي.

يبلغ أمر الحجز إلى المدين شخصا أو أحد أفراد عائلته البالغين وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 688 من ق إ م إ من طرف المحضر القضائي الذي يجب عليه على الفور جرد الأموال وتعيينها مع وصفها وتحرير محضري الجرد والحجز. مع وجوب تسليم نسخة من محضر الحجز⁴ والجرد إلى المحجوز عليه في أجل 3 أيام وبنوه المحضر القضائي في حالة الرفض بالاستلام بموجب محضر. إذا تم الحجز في غياب المدين أو لم يكن له موطن معروف يتم تبليغ الحجز عن طريق التعليق بلوحة إعلانات المحكمة أو أمام مقر البلدية.

¹ حمدي باشا عمر: المرجع السابق، ص 225.

² لعربي شحط عبد القادر: المرجع السابق، ص 128.

³ حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 267.

⁴ عيساوي نبيلة، وسائل الحد من آثار الحجز على أموال المدين، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، ع

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

تبقى الأموال محجوزة تحت يد حائزها إلى حين صدور حكم يثبت الحجز أو الأمر برفعه على أن تتم المحافظة عليها.

وطبقا لنص المادة 661 من ق إ م إ يتعرض المدين للعقوبات المتعلقة بجرائم الأموال المحجوزة والمنصوص عليها في قانون العقوبات كل تصرف قانوني يصدر منه في الأموال المحجوزة وال يكون نافذا إلا أن للمدين استئجار الأموال المحجوزة بناء على ترخيص من رئيس المحكمة الذي أمر بالحجز ويكون ذلك بموجب عريضة.

ويرفع الحجز إما كليا وفق شروط حددتها المادة 663 من ق إ م إ إذا كانت للمحجوز عليه مستندات ومبررات تثبت براءته من الدين المحجوز و إذا لم ترفع دعوى تثبيت الحجز في الأجل المحدد لها والمقدرة بـ 15 يوما من تاريخ صدور أمر بالحجز أو بطلان الحجز ألي سبب من الأسباب، وطبقا لنص المادة 640 من ق إ م إ يرفع الحجز التحفظي جزئيا إذا قام المحجوز برفع الحجز الجزئي ذا كانت الأموال غير مقابل دفع مبلغ الكفالة على شرط أن يكون المبلغ مساويا لقيمة الشيء المحجوز ، أو مساوية لقيمة الدين يجب أن يكون الشيء المحجوز على بعض الأموال التي تغطي مبلغ الدين.

نجد أن الحجز التحفظي باعتباره تدبير وقتي ألزم للفصل في خصومة التحكيم والقضاء كليهما يؤدي إلى منع التصرف في المال المحجوز.

ثانيا : أوامر الأداء .

من خلال دراسة النصوص المنظمة لأمر الأداء نلاحظ أن المشرع الجزائري مل يعط تعريفا قانونيا و آمنا اكتفى ببيان الأحكام المنظمة له من شروط و إجراءات و طرق الطعن. هناك من عرف الأوامر على أنها كل ما يصدره القاضي من قرارات بناء على طلب الخصم من غير مرافعة و دون تكليف الخصم الآخر بالحضور و في غيبته كأوامر الأداء على العرائض و أوامر التقدير و هذا عند ما تشتمل هذه الأوامر مقومات السند التنفيذي و تخضع هذه الأوامر لطرق طعن خاصة بها هي التظلم.¹

¹ محمد خليل ، طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ و محاكم الطعن في المواد المدنية و التجارية ، دار المطبوعات الجامعية، سنة 2003، ص 198-199.

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

كما عرف بأنه وسيلة خاصة للالتجاء إلى القضاء و ذلك للمطالبة بحق كان من المفروض أن يتم بطريق الدعوى القضائية و هو الطريق العادي للمطالبات القضائية لولا تدخل المشرع الجزائري و ضمن تلك الإجراءات الاستثنائية التي تجعل من نظام أوامر الأداء تتسم بالبساطة و قلة التكاليف و السرعة و تلافي العيوب التي قد تنشأ عن طلب الحماية القضائية للحقوق و المراكز القانونية يف تشكيل الدعوى القضائية و إتباع نظام أوامر الأداء لا يحقق مصلحة الدائن فحسب من خلال إفشاء حقه بإجراءات بسيطة في وقت قصير و إنما يحقق المصلحة العامة في حسن سير القضاء العام في الدولة و ذلك يتفرغ المحاكم لنظر دعاوى القضائية التي تنطوي على نزاع جدي.¹

1- إجراءات استصدار أمر الأداء .

نص المشرع على إجراءات البت و الفصل في الطلب في المادة 602 قانون إ.مو.إ وعليه بعد تقديم الطلب يتعين على القاضي التدقيق و تفحص مدى توافر الشروط السابق ذكرها فإذا لم تتوافر ذلك أصدر أمر برفض الطلب ، أما إذا تبين له توافر الشروط أصدر أمرا بالأداء .

أ-إصدار أمر بالرفض : تنص المادة 307 قانون إ.م . و إ على أنه " يفصل الرئيس في الطلب بأمر خلال أجل أقصاه خمسة أيام من تاريخ إيداع الطلب ، إذا تبين أن الدين ثابت أمر المدين بالوفاء بمبلغ الدين و المصاريف و إلا رفض طلب الأمر بالرفض غير قابل لأي طعن دون المساس بحق الدائن في رفع دعوى وفقا للقواعد العامة أما إذا كان الطلب المقدم غير مؤسس لعدم توافر شرط من شروط الموضوعية أو الشكلية أو رأى أنه غير مختص محليا أصدر أمرا بالرفض.²

كما للقاضي المختص أن يصدر أمرا بالرفض إذا تبين أن غير مختص مهما كان طبيعة هذا الاختصاص سواء كان محليا أو نوعيا.

¹ احمد أبو الوفاء ، مرجع سابق ،ص 130.

² فرحات فرحات، بوسنان وفاء، أمر الأداء على ضوء ق.إ.م.إ ، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ، المجلد الرابع ، ع الثالث ر جامعة زيان عاشور بالجلفة الجزائر،سبتمبر 2019.

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

ب- إصدار أمر بالأداء : نلاحظ المشرع في المادة 307 ق. إ. م و إ أكد على أنه في حالة ما إذا تبين للقاضي المختص أن الدين ثابت يأمر المدين بالوفاء بمبلغ الدين و المصاريف أي أن لم يقتصر فقط الأداء بمبلغ الدين بل أضاف المصاريف ، و تشمل المصاريف القضائية طبقا لنص المادة 418 من ق. إ. م. إ ... الرسوم المستحقة للدولة و مصاريف الدعوى.". ووجب أن يفصل بأمر مستقل بحيث يشمل الأمر على البيانات اللازمة و ذلك لاعتباره سندا تنفيذيا متى حاز حجية الشيء المقضي به طبقا لنص المادة 600 ق. إ. م. و إ ، و يشمل وقائع الطلب و أسانيد و المبلغ الواجب أدائه من أصل و فوائد و حيث المصاريف القضائية ، كما يجب أن يتضمن الأمر اسم المدين و محل إقامته و كذا اسم و لقب الدائن و موطنه الحقيقي أو المختار.

وبعد توقيع الأمر من طرف الرئيس يقوم رئيس أمناء الضبط بتسليم نسخة رسمية من أمر الأداء إلى الدائن ليقوم هذا الأخير بتبليغ الأمر بالأداء إلى المدين تبليغا رسميا مع تكليفه بالوفاء بأصل الدين و المصاريف في أجل خمسة عشر يوما و يجب أن يتضمن التكليف بالوفاء و تحت طائلة البطلان أن للمدين حق الاعتراض على أمر الأداء خلال خمسة عشر يوما من تاريخ التبليغ الرسمي.¹

المطلب الثاني

الرقابة على الأوامر الوقتية والتحفظية .

اشترط المشرع الجزائري في المواد المتعلقة بتنفيذ أوامر التحكيم الدولي على جملة من الشروط لكي تكون هذه الأوامر معترفا بها على المستوى الوطني وترتب آثارها مثلها مثل الأحكام القضائية ولكي يتم الاعتراف بأوامر التحكيم الدولي على المستوى الوطني وترتب آثارها وجب منحها أمر بالاعتراف بتنفيذها من الجهة القضائية الوطنية التي ستنفذ الأمر التحكيمي بدائرة اختصاصها المحلي و ذلك عن طريق:

الفرع الأول : الاعتراف بالحكم التحكيم الدولي (إمهارة بالصيغة التنفيذية).

¹ بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 296.

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

لقد أدرج المشرع الجزائري مبدأ الاعتراف ضمن القسم الثالث تحت الفصل السادس بعنوان "في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي" ضمن الباب الثاني بعنوان التحكيم ومن خلال الكتاب الخامس بعنوان في الطرق البديلة لحل النزاعات في ق.إ.ج.م.إ. رقم 09/08.

يرى بعض الفقهاء بأن الاعتراف إجراء يقوم به أحد الخصوم دفاعاً عن حقه في حالة تعذر الطرف الآخر عن عرض نفس النزاع على القضاء ليقوم الطرف الطالب للاعتراف بالدفع بالزامية الحكم الصادر في القضية عن طريق التحكيم وال يتم ذلك إلا بالاعتراف بهذا الحكم.¹

ومن المتعارف عليه أن الحكم التحكيمي بمجرد صدوره يتم تنفيذه في بلد المنشأ لكن هذه الحجية موقوفة بالنسبة للأحكام التحكيمية الدولية إلى أن يتم الاعتراف بها في بلد التنفيذ وهذا ما نصت عليه المادة 1031 من ق.إ.م.إ.

الاعتراف هو أن تعترف الدولة التي يراد تنفيذ قرار تحكيمي تجاري دولي على إقليمها صادر من محكمة تحكيمية لدولة أخرى، وهو ما يعرف بالقرار أو الحكم التحكيمي الأجنبي واعترفت الجزائر بأحكام التحكيم الدولي، ويأتي ذلك تجسيدا لانضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958 والمتعلقة بالاعتراف بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.²

*ملاحظة: إن هذا الإجراء لا يتم اللجوء إليه في التحكيم الداخلي.

الفرع الثاني: شروط الاعتراف بحكم التحكيم الدولي.

متى اعتبر حكم التحكيم دوليا كان على من يرغب في تنفيذه أو الاعتراف به أن يتقدم بطلب لذلك، مع ضرورة استيفاء شرطين أساسيين حددهما قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أولها يتعلق بالوجود المادي لحكم التحكيم والشرط الثاني يتعلق بمضمون هذا الحكم.³

¹ رحمانى فريدة القوة الإلزامية للحكم التحكيمي الدولي، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود، جامعة العقيد أكلي محند ألحاج البويرة 2018، ص 86.

² لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 ق.إ.م.إ. رقم 09 لسنة 2008، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 319.

³ راجع لمادة 1051 من ق.إ.م.إ.

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

أولا : ثبوت وجود حكم التحكيم:

ويقصد بذلك لابد من وجود حكم تحكيمي صادر عن هيئة تحكيمية حائز على قوة الشيء المقضي فيه مستوفي لصحته وسلامته الإجرائية. ويثبت بتقديم أصل الحكم التحكيمي مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخة منها من نفس الجهة المصدرة للحكم المبرم أمام الاتفاقية.

أي أن هذه الأحكام موجودة ، كأن يقدم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنها تستوفي شروط صحتها ، ويتم إيداعها بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من طرف المعني بالتعجيل ، وفي هذه الحالة يقع على الخصم إثبات العكس.¹

ثانيا : عدم مخالفة النظام العام الدولي :

فعدم التعارض مع النظام العام الدولي شرط حددته المادة 1051 ق. إ. م. إ، فالملاحظ أن المادة تستعمل عبارة النظام العام الدولي تماما كما ورد في القانون الفرنسي، وكما ورد أيضا في معاهدة نيويورك ويعني هذا أن التعارض مع قواعد أمر في الجزائر تطبيقا لفكرة النظام العام الوطني لا يعتبر في مجال التحكيم الدولي مبررا كافيا لرفض الاعتراف والتنفيذ، فالقاضي الجزائري ملزم بمراقبة ما إذا كان الحكم لا يتعارض مع المفهوم السائد حول النظام العام الدولي.

فالمقصود بالنظام العام الدولي هو تلك الصورة المخففة من النظام العام التي تساير المرونة التي تتطلبها التجارة الدولية سواء تعلق الأمر بقواعد موضوعية أو إجرائية.² ولكي ينفذ حكم التحكيم الأجنبي على ارض الدولة وجب منح الصيغة التنفيذية ولا يكون ممكنا إلا بتوافر شروط :

¹ زواري زينب، حنيش وفاء، سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية ، مذكرة ما ستر، تخصص : قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مر باح ور قلة ، 2021-2022، ص32.

² بن صغير مراد، حجية الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها على ضوء ق.إ.م.إ الجديد، ورقة عمل مقدمة للملتقى الدولي حول تنفيذ الأحكام والسندات الأجنبية وقرارات التحكيم الدولي المنظم يومي 24 و 25 أبريل، 2013 كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مر باح - ور قلة ، ص 3، 4، 5.

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

1- عدم تعارض حكم التحكيم الأجنبي مع حكم قضائي سبق صدوره: يعتبر هذا الشرط عامل أساسي في التنفيذ اتفقت عليه جل الدول باعتباره من مبادئ سيادة الدولة على أرضها حيث يستحيل تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي المخالف لحكم سبق صدوره في بلد التنفيذ.¹

2- عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي : يعتبر النظام العام والآداب العامة من الضوابط التي تتأسس عليها كافة التصرفات القانونية والأحكام القضائية والتحكيمية الأجنبية ما جاءت به المادة 1006 من ق.إ.م.إ بنصها يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ، وال يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو في حالة الأشخاص وأهليتهم وال يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في و في إطار الصفقات العمومية.²

3- أن يكون حكم التحكيم الأجنبي حائزا لقوة الشيء المقضي فيه: يجب حيابة حكم التحكيم لقوة الشيء المقضي فيه طبقا لقانون بلد الإصدار ، أن يكون نهائيا فاصلا في الخصومة التحكيمية قطعيا غير قابل للطعن بالمعارضة أو بالاستئناف.³

4- عدم مخالفة الحكم التحكيمي لقواعد الاختصاص: يجب أن يصدر حكم التحكيم الأجنبي من الجهة المختصة قانونا بإصداره وحسب نص المادة 112 من ق.إ.م.إ أن لا يتضمن الحكم الأجنبي ما يخالف قواعد الاختصاص، وجب على القاضي التحقق من توافر السلطة التي تخوله مراقبة وفحص الحكم التحكيمي الأجنبي وإصدار أمر بالتنفيذ ، فالقاضي ملزم هنا باحترام قواعد الاختصاص في طلب الأمر بالتنفيذ .أما إذا كان مقر التحكيم موجودا خارج الجزائر ، فإن رئيس المحكمة محل التنفيذ هو المختص نوعيا في إصدار الأمر بالتنفيذ الخاص بأحكام التحكيم الأجنبية.

¹ عليوش كربوع كمال ،مرجع سابق ،ص72.

² زواري زينب ، حنيش وفاء ، مرجع سابق ،ص 32.

³ لمادة 1051 من ق إ م إ نصت على أنه فيما يتعلق بحكم التحكيم الدولي ، فإنه لا يجوز استئناف الحكم الصادر في لخارج أو الصادر في منازعة دولية ، بل يكون متاحا فقط الطعن بالبطلان.

الفصل الثاني نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها

ملخص الفصل الثاني:

اعتبر المشرع الجزائري التدابير الوقتية والتحفظية من بين الضمانات المقررة للفصل في خصومة التحكيم شأنه شأن جميع التشريعات المقارنة وفقا لشروط نظرا لطبيعة هذه الأوامر كتوفر عنصرى الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق وباعتبار إن هذه التدابير تدخل ضمن اختصاص القضاء لحساسيتها وخطورتها أحاطها بجملة من الآليات الحماية القانونية لحفظها باعتبارها تختلف بطبيعتها حسب كل تدبير من هذه تدابير ضمانا لها وخاصة عند تنفيذ حكم التحكيم كالحراسة القضائية والحجز التحفظي وباعتبار أن هذه الأوامر الصادرة عن المحكم أو الأطراف تخضع لرقابة القضاء وضع المشرع شروطا لاعتبار اتفاق التحكيم صحيحا بحيث يسهل على القاضي بمجرد نظره الدعوى التحقق من وجود اتفاق التحكيم وأن لا يكون منافيا للنظام العام والآداب العامة أو عند تنفيذها كالتأكد من وجود السند التنفيذي وكذا الطرف الأجنبي إذا كان أحد الأطراف أجنبيا وإلا اعتبر باطلا .

وباعتبار أن الأصل في التنفيذ السند التنفيذي إلا أن المشرع الجزائري خصه باستثناء عن القاعدة العامة بأن يتم تنفيذه دون الصيغة التنفيذية حماية للأطراف وصونا لحقوقهم.

خاتمة

توصلنا من خلال هذه الدراسة سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية في محاولة للإجابة عن الإشكالية العامة لدراسة أن القضاء والمحكم كلاهما من يختص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في النزاعات المتفق عليها في التحكيم ،و أن منح السلطة في إصدار هذه الأوامر للمحكم لا تكون إلا باتفاق الأطراف ،وان لجوءهم إلى القضاء من اجل تنفيذ الأوامر الوقتية والتحفظية لا يؤثر على اتفاق التحكيم لأن المحكم لا يتمتع بصفة الإلزام ومن خلال هذا المنطلق توصلنا إلى النتائج التالية :

- النتائج:

- * إن نطاق اللجوء إلى التدابير الوقتية والتحفظية في المسائل المتفق بشأنها على التحكيم يكون في حالة الاستعجال ووجود خطر يهدد الحقوق .
- * إن التفرقة بين التحكيم الدولي والوطني في مسألة التنفيذ يحظى بأهمية إلا أن الهدف الأساسي من طلب التدابير المستعجلة هو مواجهة الخطر العاجل .
- * يعتبر الرأي الفقهي الذي يمنح صلاحية إصدار التدابير الوقتية والتحفظية لكل من هيئة التحكيم والقضاء أكثر ملائمة ،ذلك أن الغاية لا ترتبط بالجهة التي تصدر هذه الأوامر ، وإنما الغاية هي توفير الحماية .
- * إن تحقيق غاية أطراف النزاع الذين يسعون إلى استبعاد القضاء من النظر في منازعاتهم وتجنبه في جميع مراحل الدعوى أمر يصعب تحقيقه في الواقع حتى في حالة استبعاد القضاء من إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية ، وتظل الحاجة من اللجوء إليه أمرا ضروريا .
- * إن لجوء الأطراف إلى القضاء من اجل فض النزاع وحصول على أمر وقتي أو تحفظي لا يؤثر على اتفاق التحكيم .
- * تلعب الأطراف دور هام في تحديد سلطات المحكم حتى لا يتعسف في تحديده لهذه السلطات.

-التوصيات:

- * نوصي بوضع نظام أكثر دقة لتنظيم السلطات التي يتمتع بها المحكم أثناء قيامه مهمته التحكيمية.
- * نقترح بأن تعامل التدابير التحفظية والوقائية بعناية باعتبارها تصدر في حالات مستعجلة لا تحتل التأخير حتى تحقق فعالية التحكيم والمحافظة على الحقوق المهددة بالخطر لذلك ندعو إلى وضع آليات تكفل تنفيذها بسرعة .
- * الأصل أن التدابير الوقائية والتحفظية ذات طابع استعجالي فنحن كباحثين نوصي بتحديد مدة معينة قصيرة المدى لأن التأخير في إصدار الأمر بتدابير الوقائية والتحفظية قد يؤدي إلى أضرار لا يمكن تقاديتها لاحقاً.
- * نوصي المشرع الجزائري بوضع قواعد خاصة ،بتنفيذ التدابير الوقائية والتحفظية في المسائل المتفق بشأنها على التحكيم تتلاءم مع ظروف الاستعجال .
- *نقترح بسن ووضع تقنين خاص للتحكيم الوطني والتحكيم التجاري الدولي كما هو الحال عند التشريعات الأخرى .

قائمة

المصادر والمراجع

أولاً : المصادر.

-النصوص القانونية :

1-القانون 08. 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فيفري 2005 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري،الجريدة، الرسمية، العدد ،21 الصادرة في 2008 /04/23.

-قواعد أنظمة التحكيم الدولية :

1- قواعد قانون التحكيم المصري، القانون رقم 27 لسنة ،1994 يتضمن أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، الصادر بتاريخ 18 ابريل سنة ،1994 جمهورية مصر العربية.

2- قانون اليونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لسنة 1985 بصيغته المعدلة في سنة 2006.

ثانيا : المراجع.

-الاجتهادات والأحكام القضائية :

1- القرار الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية ، الصادرة بتاريخ 2010/06/30 ، تحت رقم 626204.

-الكتب:

1- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية مصر، سنة 2006.

2- أمينة النمر، مناهج الاختصاص والحكم في الدعاوى ،منشأة المعارف ،الإسكندرية ،1967.

3- احمد أبو الوفاء ، التحكيم الاختياري والإجباري ، الطبعة الثالثة ،منشأة المعارف ،الإسكندرية ،1987.

4- أبو العلاء علي النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، الطبعة الأولى، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2006.

5- دريس كمال فتحي، الحماية المؤقتة للحق في نظام التحكيم، طبعة جوان 2009.

- 6- العربي شحاتة عبد القادر، طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية وفق للقانون 09/08 ، المؤرخ في 2008/04/25 ، منشورات الألفية الثالثة 2010.
- 7- بربارة عبد الرحمان ، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية ، في التشريع الجزائري لا سيما وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، الطبعة الأولى منشورات بغداد، الجزائر.
- 8- بوجلال فاطمة الزهراء، الرقابة القضائية على إجراءات الحجز، المركز الأكاديمي للنشر، الإسكندرية، 2019.
- 9- حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان سنة 2004.
- 10- حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1996.
- 11- حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ، دار هومة ، الجزائر ، 2012.
- 12- حلمي محمد الحجار، أصول التنفيذ الجبري، دراسة مقارنة ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت 2003.
- 13- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية القاهرة، 1981.
- 14- سامي فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة السادسة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2012.
- 15- شحاتة غريب شلقامي، إشكالات اتفاق التحكيم ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015.
- 16- طاهري حسين ، قضاء الاستعجال، فقه وقضاء ، دار الخلدونية الجزائر ، 2005 .
- 17- علي شحاتة الحديدي، التدابير الوقائية والتحفظية في التحكيم الاختياري ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1997.
- 18- عز الدين الديناصوري ، حامد عكاز، مركز دلتا للطباعة ، طبعة الخامسة، 1997.
- 19- علي عوض حسين ، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية - مصر ، 2004 .

- 20- عباس العبوري، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات الأردني، الطبعة الأولى ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009 .
- 21- محمود سيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم ،شروطه وصحته ،دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية،2007.
- 22- محمد إبراهيم للقضاء المستعجل ، الجزء الأول ، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية
- 23-محمد خليل ، طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ و محاكم الطعن في المواد المدنية و التجارية ، دار المطبوعات الجامعية، سنة 2003.
- 24- مسعود شيهوب،المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ،الجزء الثالث ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر .
- 25- محمصي محمد طلال، نظرية القضاء المستعجل في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ،1988.
- 26- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات، حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.
- 27- لزه بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة ،دار هومة، الجزائر،2012.
- 28- لزه بن سعيد ،كرم محمد زيدان ، دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 09 لسنة 2008 ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية - مصر 2010.
- 29- نبيل إسماعيل عمر ، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ، 2004.
- 30- نبيل إسماعيل عمر، الأوامر على عرائض ونظامها القانوني ، منشأة المعارف ،الإسكندرية 1997.
- الكتب الاجنبية:

1-Terki Noureddine ، L'arbitrage commercial international en Algérie ، O.P.U.ALGER 1999

-الأطروحات:

- 1- عبد القادر سرحاني ،سلطات المحكم في خصومة التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه تخصص:قانون أعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة احمد دراية ،إدرار 2021-2022.
- 2- علي سالم ،ولاية القضاء على التحكيم ،رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ،جامعة عين الشمس ،1995.
- 3- زيروني محمد الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ، رسالة دكتوراه دولة ، كلية الحقوق الجزائر .
- 4- بصري بالقاسم محمد ، طرق التنفيذ من ناحية المدنية ،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة محمد خيضر بسكرة .

-رسائل الماجستير:

- 1- حدادين الطاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- 2- محمد خالد صقر الهاجري ، مدى صلاحية المحكم في اتخاذ التدابير المستعجلة في القانون القطري : دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، قانون خاص ، كلية الدراسات العليا ، جامعة مؤتة ،2017.
- 3- داود سليمان ، داود العزاوي ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ،الشرق الأوسط ،2015 .
- 4- رحمانى فريدة،القوة الإلزامية للحكم التحكيمي الدولي،مذكرة ماجستير،تخصص:قانون العقود ،جامعة العقيد آكلي محند الحاج،البويرة ،2018.
- 5- كيسوم كاميليا ،اتفاق التحكيم التجاري الدولي ،مذكرة ماستر ، تخصص:قانون أعمال ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة مولود معمري تزي وزو،2018.
- 6- زواري زينب، حنيش وفاء ،سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية ،مذكرة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ،2021-2022.

7- دندن وسيلة ،التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ،مذكرة ماستر، تخصص: قانون أساسي خاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة عبد الحميد بن باديس ،مستغانم،2017-2018.

8- نبيل غافري ، دور القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي ،مذكرة ماستر ،تخصص:قانون أعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة العربي بن مهدي ،أم البواقي.

9- بن سلطان فاطمة ،شروط صحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري ،مذكرة ماستر ، تخصص: القانون العام للأعمال ، كلية الحقوق ،جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية.

-المجلات والمقالات:

1- الشعران فاطمة ، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية ، العدد الثاني ، 2016 .

2- العرابوي نبيل صالح ،دفاتر السياسة والقانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة بشار ،الجزائر 2016 ،العدد15 .

3- السيد بكار كمال ، مداخلة " الحراسة القضائية " قسنطينة مجلس قضاء قسنطينة .

4- بن الصغير مراد ، حجية الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ورقة عمل مقدمة للملتقى الدولي حول تنفيذ الأحكام والسندات الأجنبية وقرارات التحكيم الدولي المنظمة يومي 24-25 ابريل 2013 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية قاصدي مرباح ، ورقة.

5- حاتم غايب سعيد ، الإجراءات الاحترازية المؤقتة للمحكم التجاري ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ،المجلد 10، العدد 32.

6- عيساوي نبيلة، وسائل الحد من آثار الحجز على أموال المدين، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، عدد 16 جوان.

7- فرحات فرحات، بوسنان وفاء، أمر الأداء على ضوء ق.إ.م.إ. ، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ، المجلد الرابع ،العدد الثالث ر جامعة زيان عاشور بالجلفة الجزائر،سبتمبر 2019.

8- مريم داوس ، محمد أنيس زياد ، دور القضاء الوطني في سير الخصومة التحكيمية الدولية : سلطة القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية ، مجلة جيل للدراسات المقارنة ، العدد 7 يونيو 2018.

9-MOREAU ، L'intervention du tribunal au court de la procédure d'arbitrage en droit français et droit comparé ، revue de l'arbitrage ، 1978.

10-Cassation civil ، 18/06/1986 ، revue d'arbitrage ، 1986 ، note
couchez

11-Cassation civil ، 09/07/1979 ، revue d'arbitrage ، 1980

الفهرس

- 10..... مقدمة
- 6 الفصل الأول :مصدر سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية
- 7 تمهيد الفصل الأول:
- 8 المبحث الأول: التشريع كمصدر لسلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية
- 8 المطالب الأول: التشريع الوطني كمصدر لسلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية
- 12 المطالب الثاني: التشريع الدولي كمصدر لسلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية
- 12..... الفرع الأول : التشريعات المقارنة.....
- 14..... الفرع الثاني : الاتفاقيات الدولية
- 16 المبحث الثاني: اتفاق التحكيم كمصدر لسلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية
- 16..... المطالب الأول : مفهوم اتفاق التحكيم
- 16..... الفرع الأول : تعريف اتفاق التحكيم
- 19..... الفرع الثاني : صور اتفاق التحكيم
- 22..... الفرع الثالث : الشروط الواجب توافرها لصحة اتفاق التحكيم.....
- 24..... المطالب الثاني : آثار اتفاق التحكيم.....
- 25..... الفرع الأول : الآثار الموضوعية.....
- 27..... الفرع الثاني : الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم
- 29..... ملخص الفصل الأول :
- 31 الفصل الثاني: نطاق سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وإجراءات نفاذها
- 32..... تمهيد الفصل الثاني:
- 33 المبحث الأول: شروط انعقاد اختصاص المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية ...

33	المطلب الأول: الاستعجال.....
33	الفرع الأول : تعريف وأنواع الاستعجال ..
36	الفرع الثاني : تقدير وجود الاستعجال
38	المطلب الثاني: عدم المساس بأصل الحق.....
38	الفرع الأول: مفهوم عدم المساس بأصل الحق.....
40	الفرع الثاني : التطبيقات القضائية والآثار المترتبة على عدم المساس بأصل الحق.....
41	المبحث الثاني: إجراءات نفاذ الأوامر الوقتية والتحفظية.....
41	المطلب الاول: تنفيذ الأوامر الوقتية والتحفظية.....
50	المطلب الثاني: الرقابة على الأوامر الوقتية والتحفظية.....
51	الفرع الثاني :شروط الاعتراف بحكم التحكيم الدولي.....
53	ملخص الفصل الثاني.....
55	خاتمة.....
58	قائمة المصادر والمراجع:.....

الملخص باللغة العربية:

اعتبر التحكيم من بين الوسائل البديلة الممنوحة للأطراف لحل نزاعاتهم الناشئة بينهم متى اتفقوا على ذلك. ونظرا لما قد يشوب أعمال المحكم من قصور لافتقاره لسلطة الإلزام والإلزام عن تلك الممنوحة للقضاء فإن الاعتراف له بهذه السلطة عند إصداره لأوامر وقتية وتحفظية نسبية كونها تلزم إلا من كان طرفا فيها ، إلا أن المشرع الجزائري بالرغم من اعترافه بهذه السلطة شأنه شأن جميع التشريعات المقارنة أحاط هذا الاعتراف بجملة من القواعد والإجراءات الواجب احترامها من المحكم للاعتداد بهذا الحق.

الكلمات المفتاحية: السلطة - المحكم - الأوامر الوقتية والتحفظية.

Summary in English:

Arbitration is considered one of the alternative means granted to parties to resolve their disputes arising between them when they agree to do so. In view of the shortcomings that may mar the arbitrator's work due to his lack of coercive and compulsory power beyond that granted to the judiciary, the recognition of this power for him when issuing relative temporary and precautionary orders is binding except on those who were a party to it. However, the Algerian legislator, despite his recognition of this power, like all comparative legislation, took This recognition of a set of rules and procedures that must be respected by the arbitrator in order to invoke this right.

Keywords: authority - arbitrator - temporary and precautionary orders.