

جامعة عمار ثليجي الأغواط

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

الآليات الودية لحل المنازعات التجارية

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في القانون الخاص تخصص قانون الأعمال

تحت إشراف الأستاذ:

د. النحوي سليمان

إعداد الطلبة :

شعيب خالد

بكاير الحاج الطيب

لجنة المناقشة

الدكتور: رابحي لخضر.....رئيسا

الدكتور: النحوي سليمان مشرفا و مقررا

الدكتورة: طويسات عائشة.....ممتحننا

2018/2017

سُورَةُ الْفَجْرِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ١

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ٢ الرَّحْمَنِ

الرَّحِيمِ ٣ مَلِكِ يَوْمِ الدِّينِ ٤

إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ ٥

أَهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ ٦ صِرَاطَ

الَّذِينَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ غَيْرِ الْمَغْضُوبِ

عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّينَ ٧

إهداء



إلى من حق فيهم قوله عز وجل ﴿وَ قَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ۗ إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا (23) وَ اخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا (24)

الآية 23، 24 سورة الاسراء

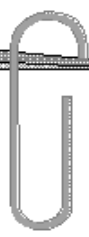
إلى من سهرة الليالي في تربيتي منبع الحنان الصافي أمي الغالية مدرستي في التربية و الصبر .

إلى أبي العزيز سندي و عوني دائما الذي أوصلني إلى هذا اليوم رمز الحياء و الأخلاق قدوتي في الحياة ، أهدي له العمل المتواضع .

إلى جدي أطال الله عمره و أمده بالصحة و العافية رمز النبل و الجودة و الكرم وسعت الصدر .

إلى اخي الحبيب أخواتي . إلى كل العائلة الكبيرة و أخص بالذكر عمي الذي كان و لا يزال إلى جانبي دوما و إلى كل الأصدقاء و إلى كل من ساهم بمن قريب أو بعيد و أخص بالذكر زميلي خالد شعيب و الأخ بريشي محمد الأمين .

بكاير الحاج الطيب



المقدمة

مقدمة:

إذا كانت الحياة الاجتماعية من لوازم الوجود الإنساني ، فإن القانون يعد ضرورة تفرضها الحاجة إلى العدالة ، لأنه ينظم العلاقات في المجتمع ، سواء علاقات الأفراد فيما بينهم ، أو علاقاتهم بالمجتمع ، وإذا كان الاصل أن الخضوع للقانون يتم تلقائيا عن طريق التطبيق الإرادي من قبل المخاطبين بأحكامه، فإن ذلك قد لا يتحقق دائما ، ومن هنا تظهر الحاجة إلى وجود القضاء في الدولة ، باعتبار أن إقامة العدالة في المجتمع من أهم وظائف الدولة في العصر الحديث.

وإذا كان اللجوء إلى المحاكم هو الآن الطريق المعتاد للفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد، فإن قيامها بذلك يواجه مشكلة تراكم أو تزاخم القضايا مما أدى إلى عجز القضاء عن القيام بمهمته على أكمل وجه . بالإضافة إلى ظاهرة عدم فاعلية الأحكام بسبب مشكل التنفيذ مما يجرّد الحق المطالب به من كل قيمة له ، إذ لا يكفي النص في الدستور على حق الشخص في اللجوء إلى القضاء في الوقت الذي يلائمه ، بل يجب أن يشعر المتقاضى بأن العدل سهل المنال ، ولا يكون ذلك إلا بوصول الحق إلى صاحبه في أقرب وقت و بأقل تكلفة. فالعدالة الناجعة، ليست أن يصل صاحب الحق إلى حقه فحسب ، وإنما في أن يستوفي حقه بغير تماطل و في زمن قصير .

وقد دفعت المشاكل التي يعاني منها القضاء إلى البحث عن الطرق أو الوسائل الكفيلة لتحقيق العدالة المأمولة من طرف افراد المجتمع ، ولأجل الوصول إلى ذلك اتجهت عديد الدول إلى تبني نظام الطرق البديلة في حل المنازعات. نظرا لما لها من مكانة بارزة في الفكر القانوني والاقتصادي ، على المستوى العالمي

و تبرز أهمية الموضوع من الأوجه التالية :

1. افضلية الطرق البديلة في حسم بعض النزعات : لقد بات من المؤكد ان المعاملات التجارية وما قد ترتبه في تعاقدها و اتفاقاتها من خلافات ، تستلزم طرق ذات طابع خاص لفض تلك المنازعات نظرا كون تلك المعاملات و التعاقدات في نفسها ذات طابع خاص حيث ان القضاء الرسمي اصبح يشكل عبء على قطاع التجارة من حيث بطئ اجراءات التقاضي وقلت ان لم نقل انعدام التخصص لدى القضاة في بعض المسائل التجارية وعلى وجه الخصوص الحديثة منها فالقاضي قد يكون فقيها بارعا و لكن قليل الخبرة بشؤون التجارة
2. ان نظام الطرق البديلة في الجزائر نظام قديم جديد فقد عرفت هذه الطرق في المجتمع الجزائري منذ القدم ، فالأعراف الجزائرية تميل إلى استحباب حل المنازعات بالآليات الودية بعيدا عن

ساحات المحاكم ، وقد تأخر المشرع في ادخال هاته الآليات ضمن النظام القانوني الجزائري إلى غاية تعديل 08-09

3. وتظهر اهمية هذا الموضوع ايضا من خلال قابلية نظام الآليات الودية لحل المنازعات كونه ذو طبيعة مرنة للتدويل وهو الاتجاه الذي يتنامى اليوم ، فقد ظهر حديثا اتجاه في العالم ينادي بتدويل نظام الآليات الودية لحل المنازعات و توحيد قواعده باعتماد تشريع نموذجي موحد بشأنه مع مراعات خصوصية كل مجتمع ولهذا الاتجاه اهمية من ناحية تقادي تنازع القوانين الاختصاص.

و ترجع اسباب اختيارنا للموضوع إلى الاتي :

- ان مشكلة العدالة مشكلة جوهرية يواجهها رجال القانون الامر الذي يستدعي البحث فيها و معرفة اسبابها وعليه فان رغبتنا في البحث في هذا الموضوع هي المساهمة في نشر فكرة نظام الآليات الودية لحل المنازعات التجارية وكذلك محاولة لإزالة الغموض الذي يعتريه .
- حداثة الموضوع: نظرا لما تحنله الآليات الودية لحل المنازعات بصفة عامة والتجارية بصفة خاصة من مكانة بارزة في الفكر القانوني على المستوى الدولي و ما شهدته العالم مؤخرا من حركة فقهية و تشريعية لتنظيم الآليات الودية و ما تمثله من فعل مؤثر على صعيد التقاضي . إن أكثر الصعوبات التي واجهت الباحثين في إعداد هذه المذكرة هو عدم وفرت المراجع المتخصصة في المكتبات وإن وجدت فهي لا تتطرق لموضوع الآليات الودية لحل المنازعات التجارية بشكل مباشر. مع وجود عدد قليل من رسائل تخرج ماجستير من جامعات جزائرية في الموضوع و انعدام كتب قانونية متخصصة و جزائرية خاصة لهذا الموضوع على وجه التحديد، و عدم القدرة على احصائها نظرا لضيق الوقت .

- صعوبة الاتصال بالجهات القضائية المعنية بتطبيق نظام الآليات الودية لحل المنازعات التجارية للحصول على الاحصائيات الخاصة بعدد القضايا التي تم حلها بواسطة هذا النظام من اجل تقييمه.

أما الهدف من دراستنا هذه يكمن في:

- السعي لدراسة نظام الآليات الودية لحل المنازعات التجارية في حالة نشوب نزاع بين طرفين ماهي الاجراءات المتبعة التي اقرها المشرع للوصول إلى حكم عادل ومرضي للطرفين

- ما هي نظرة المشرع الجزائري من خلال اقراره لنظام الطرق البديلة لحل المنازعات في تعديله لقانون الاجراءات المدنية و الادارية 08-09

ويخصوص الدراسات السابقة ، واذا كان أي عمل لا ينطلق من فراغ بل يستفيد من نتائج الجهود العلمية السابقة و هو ما ساعدنا على انجاز هذه الرسالة ، مع ملاحظة أن كثير من هذه الدراسات لم تكن بأفلام جزائرية نظرا لحدائثة الموضوع على المستوى الداخلي كما ان هذه الدراسات لم تتناول موضوع الآليات الودية لحل المنازعات التجارية كنظام بل جزأته من خلال دراسة مكوناته فنجد من الدراسات ما تناول موضوع الوساطة ومنها من تطرق إلى موضوع الصلح و اكثر الدراسات عالجت موضوع التحكيم و في هذا الصدد نذكر

- عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل المنازعات القضائية ، الصلح و الوساطة القضائية ، طبعا لقانون الاجراءات المدنية و الادارية ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر 1 ، 2012 .
- شنوف أحمد مجاهد ، الصلح في القانون التجاري الجزائري ، مذكرة ماستر ، جامعة قاصدي مرباح 2013/2014 .

اشكالية البحث:

ولما كان موضوع الآليات الودية لحل المنازعات موضوع حديث و يحظى بإهتمام التشريعات العالمية و كذا المشرع الجزائري ونظرا لحدائته و دوره الفعال الذي أوجد له مكانة هامة و أساسية في الحياة التجارية و الاقتصادية لا بد لنا من التطرق إلى هذا الموضوع من مختلف الجوانب.

على ضوء ما تقدم يمكن ان نطرح الاشكالية التالية : ما مدى فاعلية تطبيق نظام الآليات الودية لحل المنازعات التجارية ؟.

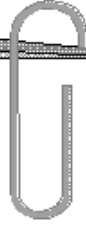
إن هذه الإشكالية تفرض علينا معالجتها باعتماد المنهج الوصفي التحليلي كونه الأنسب في هذا المقام إذ يعتمد على تحليل المواد و استنباط الأحكام منها، مدعمين ذلك بالأسلوب المقارن في بعض الأحيان.

و للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا خطة ثنائية مبنية على فصلين كالآتي:

الفصل الاول نبين من خلاله ماهية الآليات الودية لحل المنازعات بصفة عامة و قسمناه بدوره لثلاث مباحث خصصنا المبحث الاول إلى مفهوم الآليات الودية لحل المنازعات و المبحث الثاني لا نواع

الآليات الودية لحل المنازعات القانون الجزائري في حين بينا من خلال المبحث الثالث اهمية نظام الآليات الودية.

اما الفصل الثاني فقد خصناه للتطبيقات القضائية للآليات الودية لحل المنازعات التجارية و قسمناه هو الاخر إلى ثلاث مباحث فدرسنا في المبحث الاول الصلح باعتباره آلية ودية لحل المنازعات التجارية و المبحث الثاني الوساطة كآلية ودية لحل المنازعات التجارية في حين خصصنا المبحث الثالث للتحكيم كآلية بديلة لحل المنازعات.



الفصل الأول

ماهية الآليات الودية لحل المنازعات

الفصل الأول

ماهية الآليات الودية لحل المنازعات

موضوع الآليات الودية لحل المنازعات اكتسب أهمية في مختلف الدراسات الحقوقية الحديثة الى جانب اللجوء للقضاء الرسمي، بالنظر لمرونة تلك الآليات و لا سيما في المجتمعات الراقية كون الاتجاه الحديث لحل المنازعات ينصرف للأليات الودية لدى معظم الدول، وعليه سنحاول في هذا الفصل معالجة نشأة و تعريف و مصادر الآليات الودية و مميزات و خصائصها من خلال تقسيمها في ثلاث مباحث، و ذلك بمفهوم الآليات الودية لحل المنازعات في (المبحث الأول) و انواع الطرق البديلة لحل المنازعات في القانون الجزائري في (المبحث الثاني) و أخيرا أهمية نظام الآليات الودية لحل المنازعات في (المبحث الثالث) .

المبحث الأول

مفهوم الآليات الودية لحل المنازعات

لدارست مفهوم الآليات الودية لحل المنازعات يجب معالجة نشأة و تطور الآليات الودية لحل المنازعات في (المطلب الأول) وكذا تعريف الآليات الودية لحل المنازعات و تقسيماتها في (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

نشأة و تطور الآليات الودية لحل المنازعات

هذا المطلب نريد ان نجعله مدخلا لمعرفة الجذور التاريخية لنظام الآليات الودية لحل المنازعات و كيفية تطورها . لهذا سنقسمه الى فرعين نشأة الآليات الودية لحل المنازعات (الفرع الأول) و تطورها (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : نشأت الآليات الودية لحل المنازعات

عرف القدماء في مرحلة قبل الدولة (القضاء العرفي أو القبلي أو العشائري) ملجأ لاقتضاء حقوقهم، ومع رسوخ فكرة الدولة و استقرار الأنظمة السياسية جاء القضاء النظامي على قمة سلطات الدولة الوسيلة الرسمية و الحل الأمثل لحسم المنازعات¹ .

ومع التطور التكنولوجي الهائل لوسائل النقل و الاتصالات و تزايد معدلات التجارة الكبير أصبح القضاء النظامي مع ما ظهر من عيوب البطء و عدم التخصص، لا يتناسب البتة مع حاجة المنازعات التجارية لسرعة الفصل و التخصص في الموضوعات¹ .

1 علاء ابريان، الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية، الطبعة الثانية، 2012، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 7 .

وشينًا فشيئًا بدأ المتنازعون يعودون لنظام القضاء العرفي بشكل جديد فيما عرف ب >> الآليات الودية لحل المنازعات <<

ولجأت الدول الى استخدامها و كانت أمريكا و بعض الدول الأوروبية أول من استخدمها و مؤخرًا بدأت الدول العربية في استخدامها حتى انتشرت بين الكيانات الاعتبارية العامة و الخاصة و الافراد و عليه فمن الخطأ التثبت بحدثة هذه الوسائل، فلو بحثنا و تمعنا في الجانب التاريخي و الاجتماعي لها، لوجدنا انها كانت موجودة منذ القدم² و هي أصلاً منبثقة من حكمة الشعوب و لها علاقة و طيدة ووثيقة بالثقافات و التقاليد و العادات الاجتماعية و الروابط التجارية لكل بلد .

حيث أن العديد من الشعوب كانت تلجأ الى هذه الوسائل بصورة ودية و صامته قبل اللجوء للقضاء . و بعد مجيء الاسلام وضعت الشريعة الاسلامية التحكيم في أهم موقع في الحياة و هو العلاقة الزوجية لقوله تعالى (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا) سورة النساء اية 35

أما عن الوساطة فلها جذورها العميقة في الحضارات القديمة الغربية منها و غير الغربية فظهرت عند الفينيقيين في القصايا التجارية و كذلك عند البابليين و طورة ممارستها في العصر الاغريقي، و من ثم ظهرت الوساطة في الحضارة الرومانية في عصر جوستينيان فقد كان للوسيط في القانون عدة تسميات منها المتدخل أو الشفيع أو المصلح .

فكانت الشريعة الاسلامية السبابة في الاسترشاد بالوساطة كطريقة لحل النزاعات سواء القائمة بين القبائل أو بين الافراد، و كذلك في المعاملات التجارية و بين التجار فيما بينهم أو بين التجار والأشخاص العاديين³ .

و مع امتداد التاريخ الاسلامي حافظ الفقهاء في القضاء على الصلح كألية لحل الخلافات و الخصومات و برعوا في تفعيل قواعده و حصر حالاته و اركانه و شروطه، من خلال الشريعة الاسلامية التي حثت في مصادرها المختلفة على الاصلاح و فض المنازعات بين المؤمنين، فعرفت بالإضافة الى التحكيم و الوساطة، الصلح بعد مجيء الاسلام مبينا الدرجة الرفيعة و الأجر العظيم الذي يناله المصلح لقوله تعالى (وَالصُّلْحُ خَيْرٌ) سورة النساء اية 128.

1 سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، ص 14.

2 المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 2005، ص 13.

3 نفس المرجع، ص 22

وكذلك قوله سبحانه (إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ) سورة الحجرات اية 10.

فقد بات الصلح الذي يتحقق بين المتخاصمين من أنجع السبل و أحسن الطرق لتحقيق مسعى الاتقان بينهما، نتيجة للفوائد و المقاصد التي شرعها الله عز و جل الخالق البارئ للخلائق كلهم و ذلك في تألفهم و تعاطفهم و تآزرهم و نبذهم للشقاق و للخصام و للعداوة و للبغضاء، فالصلح رمز للأخوة و الالفة و السلم بين أفراد المجتمع الواحد، إذ أن من الامور التي لا يختلف فيها اثنان هو معاداة المتقاضين لبعضهم البعض على الدوام و توارث هذه العداوة، فيأتي الصلح حاسما للخصومات و للأحقاد السابقة و اللاحقة و محققا للعدالة الاجتماعية و للأخوة التي تعتبر قوامها لكل مجتمع و لكل امة¹.

الفرع الثاني : تطور الآليات الودية لحل المنازعات

درسنا في الفرع الأول كيفية نشأة الآليات الودية لحل المنازعات من خلال العصور القديمة وصولا الى غاية ظهور الاسلام الذي حث عليها. لهذا سنتطرق في هذا الفرع الى تطور الآليات الودية لحل المنازعات في الاتفاقيات الدولية و من ثم تطورها الى التشريعات العربية .

أولا : على مستوى الاتفاقيات الدولية .

تكثف اللجوء للآليات الودية لحل المنازعات في العالم المعاصر، وواكب هذا التوجه ابرام العديد من المعاهدات الدولية ذات البعد الثنائي و الجهوي و العالمي ذات الصلة فعلى المستوى الدولي فتحة اتفاقية البنك الدولي واشنطن 1965 بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطنين الدولة الاخرى²، باب التوفيق قبل التحكيم و نصت على اجراءات ذلك باعتبارها وسيلة اخرى من وسائل حسم المنازعات بطريقة ودية .

وكذلك نص نظام المصالحة و التحكيم لغرفة التجارة الدولية على نظام المصالحة الاختيارية و وضع له اجراءات.

ووضعت اليونسفيرال (لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية) قواعد للتوفيق كان لها و قع في المنازعات الدولية و كان لها أثر في نشر التوفيق كوسيلة لحل المنازعات و ديا³.

1 طاهر بريك، عقد الصلح دراسة مقارنة بين القانون المدني و الشريعة الاسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2002، ص 7

2 اتفاقية واشنطن 8691/30/81 المتضمن انشاء المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار icsid

3 اليونسفيرال : هو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة في 21 يونيو 1985

ثانيا :على مستوى تشريعات الدول العربية

إن الدول العربية لا زالت تأسس للوصول إلى المعايير الدولية في اعتمادها، للوسائل الودية وفي هذا الصدد نجد التشريع الأردني كان من التشريعات العربية السبابة في الأخذ بنظام الطرق البديلة لحل النزاعات فعلى غرار أخذه بالتحكيم أخذ المشرع الأردني قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية رقم 12 لسنة 2006 كما استخدم القانون الموريتاني الوساطة و التحكيم و المصالحة كوسيلة تحل بها النزاعات دون اللجوء إلى البت القضائي .

أما بالنسبة لتونس فقد تبني المشرع التونسي نظام الطرق البديلة بإقراره للصلح الوساطة و التحكيم في المواد المدنية و الجزائية.

أما في بلدنا الجزائر و في إطار إصلاح العدالة و الذي ما فتئت تعمل على تجسيده السلطة العليا في البلاد كان لزاما التفكير في الآليات البديلة لحل النزاعات، ف جاء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09¹ . و بالضبط في الكتاب الخامس منه بعنوان الطرق البديلة لحل النزاعات ليقر به المشرع صراحة على بدائل النزاعات القضائية باعتماده على الصلح و الوساطة اللذان أضافهما للتحكيم كآليات بديلة لحل النزاعات.

المطلب الثاني

تعريف الآليات الودية لحل المنازعات و تقسيماتها

اكتسبت الآليات الودية لحل المنازعات أهمية كبيرة في الدول المتقدمة وأصبحت جزءا هاما في حل المنازعات، و التي لم تعرفها في تشريعاتها بل اكتفت بتحديد الاجراءات المتبعة بشأنها على غرار المشرع الجزائري الذي لم يقدم تعريفا للطرق البديلة ضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية و تركه للفقهاء .

و سنحاول في هذا المطلب تعريف الآليات الودية لحل المنازعات (فرع الأول) و تحديد تقسيماتها (فرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف الآليات الودية لحل المنازعات

يختلف مفهوم العدالة من بلد إلى آخر، بمعنى أن وظيفة القضاء ونزاعته وتنظيمه

1. قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر 21 مؤرخة في 2008/04/23.

ليست واحدة في جميع بلدان العالم، فوظيفة القاضي تختلف نسبيا من بلد إلى آخر، لذا فقد ظهرت هذه الوسائل في كل النزاعات وأخذت مكانها عن طريق مواجهة مع القضاء التقليدي¹

فظهرت هذه الوسائل بأسماء مختلفة ومتنوعة لا تخلوا من الغرابة وغير واضحة المعالم أحيانا ولا يمكن تعريفها بشكل دقيق، وقد أطلق عليها الفقه تسميات متعددة بحيث أصبحت تفوق الثمانين إسما²، وعلى سبيل المثال وليس الحصر، إعتبرها البعض بأنها قضاء غير رسمي أي قضاء اتفاقي أو قضاء ودي، والبعض إعتبرها عدالة غير رسمية، عدالة فعالة³.

ولكن التسمية الأكثر استعمالا وشيوعا في اللغة الإنجليزية والمختصرة A.D.R والتي تدل على مختصر Alternative Dispute Resolution وفي اللغة الفرنسية تعرف بالـ M.A.R.C وهي مختصر لـ Modes Alternatifs de Règlement des Conflits وجميع هذه التسميات تدور حول فكرة واحدة هو البديل أو الخيار عن النظام القضائي الكلاسيكي أو اللجوء إلى الطرق الودية التي يختارها المتنازعون لأجل حل نزاعاتهم بعيدا عن القضاء الكلاسيكي، وذلك كسبا للوقت والمال لديمومة روابطهم التجارية وحل نزاعاتهم بشكل غير معن.

فقد جاء تعريف هذه الوسائل لدى بعض الفقهاء متقاربا إلى حد ما، فقد عرفها الأستاذ Lokes Amistelis بأنها " مجموعة من الإجراءات التي تشكل بديلا عن المحاكم في حسم النزاعات وغالبا ما تستوجب تدخل شخص ثالث نزيه وحيادي"⁴.

وعرفها الأستاذ " JARROSSON " بأنها " : مجموعة غير محددة من الإجراءات لحل النزاعات بحيث تتم في أغلب الأحيان بواسطة تدخل شخص ثالث بهدف إيجاد حل غير قضائي لهذه النزاعات"⁵ .

أما الأستاذان Marriott و Brown ، فقد عرفا هذه الطرق بصفة عامة: "أنها مجموعة

من الإجراءات تهدف إلى حل النزاع بطريق غير قضائي أو غير تحكيمي ولكن ليس بالضرورة تقتضي تدخل أو مساعدة من شخص ثالث محايد يسعى إلى مساعدة الأطراف."

(1) G. Cornu, Les modes alternatifs des règlement de Reglement des confits, R.I.D.C, 1997, NO 2, P 316.

(2) J. El Hakim, Les modes alternatifs des règlement des confits dans les droit des contrats, R.I.D.C, 1997, P 350.

(3) G. Cornu, OP.Cit, P 313.

(4)Lo.A Mistelis, A.D.R in England and Wales, clive M shmitthoff senior lecturer in international commercial law, school of international Arbitration center for, commercial law studis Queen Mary, University of london, 2000, P 3.

ويرتبط تحديد مفهوم الطرق البديلة بالتسميات التي عرف بها هذا المصطلح والذي اعتمد عليها الفقه القانوني في التعريف به.

إلا انه لا يجب أن يفهم هذا المصطلح على أن هذه الطرق هي بديل عن القضاء أو منافسة له او جاءت لتزيحه، بل مكملة له ومعززة لاستقلاليتها ومساعد نزيه للأطراف في إيجاد الحل الأمثل الذي لا يضر أي طرف ولا يتجنى عن مصلحة أي أحد¹.

الفرع الثاني : تقسيمات الآليات الودية لحل المنازعات

تنقسم الآليات الودية لحل المنازعات الى قسمين، فقد تكون على أساس تدخل القضاء و عليه نكون أمام طرق بديلة قضائية أو طرق بديلة غير قضائية، وقد تكون على أساس تنظيم فنكون أمام طرق بديلة حرة أو طرق بديلة مؤسساتية، نبينها فيما يأتي :

أولاً : على أساس تدخل القضاء

على هذا الأساس يمكن أن نقسمها الى:

1: طرق بديلة قضائية

هي الطرق التي تمارس بمبادرة من القضاء أي من خلال دعوى مطروحة و قائمة أمام القاضي و هو المخول بإعمال هذه الطرق وهذا النوع معروف أكثر في الانظمة القانونية الانجلو ساكسونيا فعرفت هذه الأنظمة الوساطة القضائية كوسيلة فعالة لحل النزاعات و غيرها من الوسائل. و لا تعتمد الوسائل البديلة القضائية الا ضمن اطار تشريعي يضع قيود على اللجوء اليها تتمثل في أن لا يتعارض اعمالها مع النظام العام و الآداب العامة، حيث أن التشريعات المقارنة التي اخذت بهذا النوع من الطرق البديلة كرسست بعض القيود على مبدأ اللجوء اليها الا أنه ما يأخذ على هذا النوع من الطرق لا تمثل بديلا بالمفهوم العام انما دعوى قضائية وفق تدابير خاصة تنهي النزاع، و على هذا الأساس يكون دور هذه الطرق البديلة لحل النزاعات هو دورا علاجي لأن اعمالها جاء بعد وجود النزاع².

ب: طرق بديلة غير قضائية

هي طرق تمارس خارج جهاز القضاء أي قبل نشوء النزاع و على هذا الأساس تكون الطرق

1 أحمد انور ناجي، مدى فاعلية الوسائل البديلة لحل المنازعات و علاقتها بالقضاء، مجلة الفقه و القانون، ص 16 .

2 سوالم سفيان، مرجع سابق، ص 33

البديلة في هذه الحالة تلعب دور وقائي، وعليه فان مثل هذه الطرق هي من يصح أن يطلق عليها الطرق البديلة عن القضاء لحل النزاعات ذلك أنها الغاية الأساسية من اقرارها المتمثل في تخفيف العبء على جهاز القضاء و توفير الوقت و الجهد والمال لأطراف النزاع .

ويتم التمييز بين الوسائل البديلة التي تؤمن عن طريق القضاء، و بين هذه الوسائل التي يلجأ اليها ارادياً، وهي نفسها تتميز اما بخضوع الأطراف للالتزام بما تنتهي اليه هذه الوسائل من حلول أو ترك لهم الخيار في اتباعها ام لا¹.

ثانيا : على أساس التنظيم

قسم فقهاء القانون الطرق البديلة لحل المنازعات على أساس التنظيم الى:

1: الطرق البديلة الحرة

وهي وسائل حل النزاعات التي يحدد فيها أطراف النزاع المواعيد و المهل و يعينون المحكمين أو الخبراء و كذلك الموفق أو الوستاء و يقومون بعزلهم، أو ردهم و يقومون ايضا بتحديد الاجراءات اللازمة في القضايا و لأنهم يقومون بتحديد الاجراءات اللازمة لوحدهم . يمكن للطرق البديلة الحرة غير الخاصة للإدارة و الاشراف ان تتسم بالمرونة وانخفاض تكلفت مصاريفها و كذلك بسرعتها في نفس الوقت هذا في حال تعاون اطراف النزاع مع بعضهم البعض.

2: الطرق البديلة المؤسسية أو النظامية

لقد فرضت وسائل حل النزاعات بالطرق البديلة أهميتها و ضرورتها خصوصا في مجال علاقات التجارة الدولية مما اقتضى قيام مؤسسات من امكانيات عملية و فنية و مادية و عملية ولوائحها الخاصة في الاجراءات طرق حل النزاعات البديلة، انشئت العديد من تلك الهيئات على المستويات الاقليمية و الدولية²

المطلب الثالث

مصادر و خصائص الآليات الودية لحل المنازعات

1 سوالم سفيان، مرجع سابق، ص35

2 علاء أبريان، مرجع سابق، ص68

نظرا لارتفاع حجم المبادلات التجارية و تشعبها باستمرار و تسارع عقد الاتفاقات في الحقول التجارية و الاقتصادية لا سيما الدولية منها،ازدادت المنازعات التجارية تبعا لذلك الأمر الذي أفضى الى الاهتمام بهذه الوسائل خصوصا لدى رجال الفقه والباحثين في المجال القانوني و تناولها بجدية بحيث جعلوا منها موضوع الساعة في الوقت الحاضر .

ومن خلال هذا المطلب سنتعرف على مصادر الآليات الودية لحل المنازعات (الفرع الأول) وكذا خصائصها (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : مصادر الآليات الودية لحل المنازعات

لدراسة الآليات الودية لحل المنازعات وجب علينا التعرف على مصادرها،التشريعات الحديثة (أولا)،و الاتفاقيات الخاصة (ثانيا) .

اولا : التشريعات الحديثة :

لقد اصبحت الوسائل الودية لحسم المنازعات جزءا من الأنظمة القانونية الحديثة،فقد انشئت الوساطة في الولايات المتحدة الأمريكية بموجب النظام الفدرالي للوساطة و المصالحة وذلك عام 1947 و طبقت في العديد من ولاياتها وبانت وسيلة فعالة يتم اللجوء اليها في الكثير من النزاعات خاصة التجارية منها،وكذلك هو الحال في فرنسا حيث طبقت الوساطة و المصالحة بموجب قانون 125/95 لعام 1995 اذ بدأت المحاكم التجارية تحث المتنازعين على اللجوء لهذه الوسائل قبل اللجوء الى القضاء أو التحكيم .¹

أما على مستوى تشريعات العالم الثالث فان الانظمة القانونية في هذه الدول اكتفت بالتحكيم كوسيلة بديلة ومنها لبنان فقد نص القانون اللبناني على طرق حصرية لحسم النزاعات فحث المتنازعين باللجوء الى القضاء مكرس بالدستور،و كذلك هو الحال في القانون الايراني فقد حصر حق المتنازعين باللجوء الى القضاء و التحكيم كوسيلة بديلة لحسم النزاعات التجارية².

ثانيا : الاتفاقيات الخاصة

إلى جانب التشريعات الحديثة ومراكز التحكيم الدولية والمحلية التي تشكل المصدر الأساسي

1 علاء أبريان،مرجع سابق،ص82 .

2 المرجع نفسه،ص83،84 .

لقواعد حسم النزاعات التجارية لاسيما منها الوساطة والتوفيق هناك مصادر أخرى تنبثق منها قواعد من خلالها تحل المنازعات التجارية كالاتفاقيات الخاصة والتي لا تقل أهمية عن غيرها سيما من حيث انتشارها واستعمالها، فقد تلجأ الأطراف المتنازعة إلى إبرام اتفاق خاص بغية تسوية النزاعات التجارية بينهما وديا دون اللجوء إلى مراكز الوسائل الودية لحل النزاعات أو إلى مؤسسات التحكيم أو إلى القضاء المحلي، فقد يلجأ الأطراف إلى إدراج بند في العقد الأساسي قبل نشوء النزاع، يهدف إلى تسوية نزاعاتهم المستقبلية فيما إذا حصلت، وذلك بواسطة خبير أو وسيط يتم الاتفاق على دوره ومهامه وتعيين أتعابه¹.

و وفقا للقاعدة القانونية العقد شريعة المتعاقدين²، فان اتفاق الأطراف الذي يقضي بكيفية حل

النزاع المحتمل وقوعه اصبح ملزما بينهم .

الفرع الثاني : خصائص و مميزات الآليات الودية لحل المنازعات

لقيت الآليات الودية لحل المنازعات مكانتها في حل المنازعات وباتت الطريق الذي يسلكه

المتنازعون لتمتعها بخصائص و مميزات و مبادئ تخدم مصالحهم و للحديث عن الوسائل الودية كان لابد من التطرق ألى خصائصها (أولا) ومميزاتها (ثانيا).

أولا: خصائص الوسائل الودية:

تتمثل خصائص الوسائل الودية في:

1. خضوعها لمبدأ الحرية التعاقدية:

تؤسس جل القوانين نظرية العقد على مبدأ سلطان الإرادة وهذا المبدأ يحكم العقد في جميع مراحلها، سواء في مرحلة إنشائه أو في مرحلة تنفيذية، وفي مرحلة إنشاء العقد يتخذ مبدأ سلطان الإرادة ثلاثة أشكال مبدأ الرضائية في العقود يعني ذلك أن وجود الرضى شرط ضروري وكاف لإنشاء العقود⁽³⁾، ومبدأ حرية التعاقد أو عدمها ويعني ذلك أن لكل إنسان الحرية في أن يتعاقد متى شاء ومع من يشاء وهذه الحرية لا تسقط بمرور الزمن وأن مبدأ الحرية التعاقدية ويعني حرية التعاقد أن يدرج في العقد ما يشاء من شروط وبنود شريطة عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة وهذه الحرية تشمل مضمون العقد.

1 J. El.Hakim, Op.cit, P 353.

2 تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري (العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون) .

3 تنص المادة 59 من القانون المدني على " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية "

وبالعودة إلى الوسائل الودية فإن أغلب الفقهاء يرون أن هذه الوسائل هي بالأساس ذات مصدر تعاقدية وهي موجودة في الإجراءات المتعارف عليها والشائعة في قانون العقود وفي النتيجة هي ذات طبيعة تعاقدية¹.

2. قلة الشكليات

من خصائص هذه الوسائل هو قلة الشكليات والإجراءات المطولة والمعقدة كما هو الحال عليه في القضاء التقليدي والتحكيم، حيث أن إجراءات هذه الوسائل مبسطة، ومرنة وطوعية وتوافقية على اعتبار أنها معدة أصلاً لفتح الباب أماما المتنازعين للسعي وبحسن نية إلى تحقيق حلول ملائمة وفعالة لجهة حل النزاع وديا وحفظ مصالحهم واستمرار نشاطهم فالإطار غير الرسمي لهذه الوسائل وقلة الشكليات يشكل الميزة الأساسية في هذه الوسائل مقارنة بالقضاء.

3. مبدأ الوجاهية

إضافة كما ذكر فإن هذه الوسائل قد تفترض العمل بمبدأ الوجاهية كما هو الحال في التحكيم والقضاء، فالمحكومون والقضاة ملزمون باحترام حقوق الاطراف في الدفاع، وهذا المبدأ مكرس في القانون الجزائري، وبقية القوانين المقارنة ويعتبر اساس الدعوى القضائية والتحكيمية².

ثانيا: مميزات الوسائل الودية:

ثمة مميزات تتمتع بها هذه الوسائل جعلتها متقدمة على الوسائل الأساسية لحل الخلافات التجارية لا سيما القضاء، وهذه المميزات باتت مقبولة وفعالة في حسم النزاعات إن كان ذلك من حيث السعة وقلة التكاليف أو من حيث السرية التي تحيط بكافة إجراءاتها .

1) السرعة في حل النزاعات

باتت السرعة تشكل سمة من سمات العصر الحديث ولا شك ان العدالة البطيئة هي إنكار للعدالة وحيث أن السرعة تعد من دعائم العمل التجاري، لا بل من المقومات الأساسية سواء من حيث التعامل أو من حيث النزاعات، وذلك لأن التأخير في حسم النزاعات يذهب بحقوق المنازعين ويفوت عليهم فرصة لا تعوض في التعامل لا سيما إذا تم حسم منازعاتهم بعد أمد طويل تتوالى فيه المتغيرات الاقتصادية، فالعلاقات والمعاملات التجارية قائمة على الأسعار والأسعار تتغير من لحظة إلى أخرى في ظل الظروف الراهنة وما كان يرمى إليه التاجر أو الشركة التجارية من ربح قد ينقلب إلى خسارة مع تقلب

1 G. Cornu, Op.cit, P 316.

1 عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم الجزائري، الجزء الثاني، سنة 1998، دار المعارف، بيروت، ص 49.

الأسعار، وعليه لا بد من إيجاد حلول فعالة وسريعة بغية حل نزاعاتهم حيث بدأ البحث على إيجاد حلول سريعة وأكثر فعالية تواكب التطور الحاصل في ظل المتغيرات والتطورات، فجاءت هذه الوسائل لتحل محل القضاء

(2) قلة التكاليف في حل النزاعات

من الانتقادات التي وجهت إلى القضاء في الآونة الأخيرة، هي التكلفة الباهظة التي تتطلبها من حيث النفقات الإدارية وأتعاب الذين بدأوا يتقاضون أتعابا خيالية ومرتفعة نتيجة القيام بعملهم في حسم النزاع في حين أن الميزة الأساسية التي تتمتع بها هذه الوسائل الودية إضافة إلى مرونتها وغياب الشكليات فيها، هو قلة التكاليف مقارنة مع الوسائل التقليدية الأخرى.

(3) سرية إجراءات الوسائل الودية.

فمبدأ السرية يعد أحد أهم الركائز الأساسية في الوسائل الودية¹ فالمتعاملون على صعيد التجارة وخصوصا الدولية منها يرحبون بعدم معرفة النزاعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها، نظرا لما قد تؤدي إليه هذه الوسائل المعرفة من المساس بالمراكز المالية أو الاقتصادية لهؤلاء المتعاملين فمبدأ العلانية الذي يحيط بالقضاء العادي والذي يشكل ضمانا من ضمانات العدالة قد ينقلب عليهم إذ من شأنه إذاعة أسرار صناعية أو اتفاقات خاصة يحرصون على إبقائها سرا مكتوما.

المبحث الثاني :

انواع الطرق البديلة لحل المنازعات في القانون الجزائري

لقد حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري عند تنظيمه للطرق البديلة لحل

¹علاء ابريان، مرجع سابق، ص 91.

المنازعات أنواع هذه الطرق، التي تحت الاطراف على التصالح أمام القضاء، اثنان منهما لم ينص عليهما قانون الإجراءات المدنية الملغى ونعني بها الصلح والوساطة القضائيين، بينما التحكيم هو طريق منظم بشكل مفصل في القانون الملغى وقد تم تحديث قواعده بما يتلاءم مع احداث التشريعات والتطبيقات والاتفاقيات الدولية في هذا الشأن . وسنتناول هذه الأنواع وفق الترتيب الذي جاء به المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والادارية.

المطلب الأول

الصلح

للإحاطة بمفهوم الصلح كان لزاما علينا التطرق الى تعريفه لغة و اصطلاحا و هو ما أفردنا له (الفرع الأول)، وتطرقنا الى شروطه في (الفرع الثاني)، أما (الفرع الثالث) فخصصناه الى الطبيعة القانونية الفرع الأول: تعريف الصلح

يجب أن نتناول تعريفه لغة و فقها في الشريعة الإسلامية و كذا التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري.

اولا :الصلح لغة

هو إنهاء الخصومة، فنقول صالحه وصلاحا إذن صالحه وصافاه، ونقول صالحه على الشيء أي سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق، و صلح الشيء إذا أزال عنه الفساد¹

ثانيا : الصلح في الشريعة الإسلامية

عرف الصلح من طرف فقهاء الشريعة بما يلي:

- ❖ في الفقه المالكي : هو انتقال حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه .
- ❖ في الفقه الشافعي : هو الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين.
- ❖ في الفقه الحنبلي : هو معاهدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين .
- ❖ في الفقه الحنفي : هو عقد يرتفع به التنازع والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد

والفتن².

ثالثا : الصلح فقها

عرفه الدكتور أحسن بوسقيعة بأنه: " عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو محتملا و ذلك من خلال التنازل المتبادل¹ ."

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص

2 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء الخامس، دار الفكر، دمشق، ص 295

وعرفته الأستاذة ابتسام القرام بأنه "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو محتملا وذلك من خلال التنازل المتبادل".²

رابعاً: الصلح في التشريع الجزائري

عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني بقولها أن الصلح: "عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه "

الفرع الثاني: شروط الصلح

اولاً: وجود نزاع قائم أو محتمل :

ويقصد من ذلك أن يكون هناك نزاع قائم أو على الأقل نزاع محتمل أي أن تكون هناك مطالبة قضائية قائمة وبالتالي يكون الصلح كإجراء أثناء سير الخصومة أو قد يكون مجرد مصالح متعارضة مع إمكانية المطالبة القضائية أو مجرد احتمال النزاع يكفي، وتكمن أهمية تحديد وقت الصلح سواء كان قبل المطالبة القضائية أو بعدها في كون الأول صلح قضائي أما الثاني فيكون غير قضائي.³

ثانياً: نية إنهاء النزاع :

وهو اتجاه إرادة الطرفين من خلال الصلح إلى حسم النزاع القائم بينهما أو بتوقيفه إذا كان محتملاً والمقصود بإنهاء النزاع هو حسمه نهائياً أو التصالح في جزء من النزاع ويبقى جزء آخر لتبت فيه المحكمة ويمكن للطرفين أيضاً أن يتصالحا لإنهاء النزاع ويتفقان على أن يستصدرا حكماً من المحكمة بما يتصالحا عليه فيكون هذا صلحاً بالرغم من صدور الحكم.

ثالثاً : النزول المتبادل عن الادعاءات :

وحتى نكون أمام صلح يجب أن يكون هناك تنازل متبادل عن الادعاءات فلا يمكن اعتبار تمسك أحد الخصوم بادعاءاته وتنازل الخصم الآخر عن ادعاءاته صلحاً بل يجب أن يكون هناك تنازل جزئي من كلا الطرفين أو الخصمين كما لا يشترط من جهة أخرى أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة ولا يشترط أن يكون التنازل على جزء من أصل الحق فقد يكون حتى على المصاريف القضائية أو جزء منها فيكون صلحاً مهما كانت تضحية الطرف الآخر قليلة بالنسبة لتضحية الطرف الأول.⁴

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للصلح

يثار التساؤل حول الطبيعة القانونية للصلح، أي طبيعة العمل الذي يربته بين الأطراف تجاه

1 أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية في ضوء الفقه و اجتهاد القضاء و الجديد في قانون الجمارك، دار الحكمة، الجزائر 1998، ص 229

2 فضيل العيش، الصلح في المنازعات الإدارية و في القوانين الأخرى، منشورات بغدادي، الجزائر بدون سنة نشر ص 33

3 سولم سفيان، مرجع سابق، ص 125

4 بربارة عبد الرحمان شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، الطبعة الاولى 2009 منشورات بغدادي الجزائر، ص 127.

الحقوق التي أنهاها، وبعبارة أوضح البحث عما اذا كان الصلح كاشفا للحقوق المتنازع عليها أم هو ناقل لها ويعود أصل هذه المسألة الموصوفة بالاختلاف في الرأي الى عدم تحديد القانون المدني الفرنسي لطبيعة عقد الصلح، انجر عنه تباين في الرأي بين الفقهاء في فرنسا وانقسموا موضوعيا وتاريخيا الى من يصف أثر الصلح بالناقل لتلك الحقوق والى من يصفه بالكاشف لها، وهذا الرأي الأخير يعتبر الرأي المأخوذ به في الفقه المقارن عموما ومعتمدا لدى التشريعات كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري . مما يستدعي منا التطرق الى نظرية الاثر الكاشف (أولا)، ونظرية الاثر الناقل (ثانيا)، وبعدها معرفة موقف المشرع الجزائري.

أولاً: نظرية الأثر الكاشف لعقد الصلح

مفاد هذا الاتجاه من الرأي أن لعقد الصلح اثرا مميزا تجاه الحقوق المتنازع عنها أو بالأحرى المتصالح عنها وهو أنه كاشف لها، ومعنى ذلك أن ما اعترف به أحد المتصالحين للأخر كان حقا ثابتا قبل الصلح وعليه يمكن القول حسب هذا الاتجاه أن الحق المتنازع حوله موجود، السبب الذي أنشأه أو نقله الى ذمته وليس موجودا بالصلح الذي أنهاه

ثانيا : نظرية الأثر الناقل لعقد الصلح

مفاد هذا الاتجاه من الرأي أن عقد والصلح يمتاز بأن له أثرا جوهريا وهو ا نهاء النزاع وذلك بصفته ناقلا للحقوق عن النزاع، أي أن المتصالحين بإبرامهما لعقد الصلح فانهما في الوقت ذاته ينقلان لبعضهما الحقوق الناشئة عن الصلح، وينتج عن هذا الحق الذي يؤول الى أحد المتعاقدين مصدره الصلح وليس ما كان مصدرا له قبل الصلح.

ثالثا : موقف المشرع الجزائري من النظريتين

بعد استعراض الاتجاهين المختلفين حول طبيعة عقد الصلح من حيث الاثر الذي ينتجه نخلص الى أن أحدهما يرى أن أثر الصلح كاشف للحقوق المتنازع عليها والاخر يرى انه ناقل لتلك الحقوق. ومن خلال ملاحظة واستقراء النصوص التشريعية للمشرع الجزائري بخصوص اعتماده لنظرية الاثر الكاشف لعقد الصلح¹، فقد نصت المادة 463 من القانون المدني الجزائري على ما يلي "للصلح أثر كاشف بالنسبة لما اشتمل عليه من الحقوق و يقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها" ويتضح من هذا النص القانوني ميل المشرع الجزائري بطريقة جازمة لمبدأ الاثر الكاشف²

الفرع الرابع: مجالات الصلح :

بالرجوع إلى المادة 04³ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نفهم من هذه المادة أن الصلح

1 الطاهر بربايك، مرجع سابق، ص 98

2 بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق ص 128.

3 نص المادة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يمكن للقاضي إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أية مادة كانت"

القضائي منوط بالقاضي ويكون أثناء سير الخصومة القضائية وفي أي مادة كانت سواء كانت مدنية أو إدارية.

اولا :الصلح في المواد المدنية:

تجيز المادة السالفة الذكر للقاضي مصالحة الأطراف أثناء سير الخصومة في أي مادة كانت،إن هذا النص يعد المرجع الأول للصلح القضائي الذي يعتمد عليه القاضي كأساس للقيام بعملية الصلح بين الخصوم وهو ما أكدته أيضا المادة 990¹ من نفس القانون ومن المواد التي خصها المشرع بنصوص خاصة تتعلق بأجراء الصلح نجد . شؤون الأسرة . المادة العمالية و المادة التجارية.

1. الصلح في قضايا شؤون الأسرة:

إن الصلح في مسائل شؤون الأسرة يتعلق عموما وعلى الخصوص بفك الرابطة الزوجية، وبالرجوع إلى المادة49 من قانون الأسرة الجزائري نجدها تنص على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة اشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى " كما أن المادة439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تجعل من الصلح إجراء وجوبي في قضايا شؤون.

2. **الصلح في المادة العمالية:** أو ما يعرف بالمصالحة وسواء كانت المنازعات فردية أو جماعية فهي تستوجب هذا الإجراء فبالنسبة للصلح في المنازعات الفردية يعد إجراء للتسوية الداخلية للنزاع الذي يقوم بين العامل ورب العمل يتولى القيام به طرف ثالث هو مكتب المصالحة المتساوي الأعضاء وهذا حسب القانون04/90المؤرخ في06 فبراير 1990 المتعلق بتسوية المنازعات الفردية في العمل ويختص هذا الأخير نوعيا بالنظر في كافة النزاعات المترتبة عن علاقة العمل حسب المادة02 من قانون04/90 وهي العلاقة التي يحكمها القانون11/90 المتعلق بعلاقات العمل المؤرخ في21 افريل 1990.

1 نص المادة 990 من نفس القانون "يجوز للخصوم التصالح تلقائيا، أو بسعي من القاضي جميع مراحل الخصومة"

3. **الصلح في المادة التجارية:** وهو ما جاء به المشرع الجزائري في القانون التجاري في القسم الثاني الموسوم بـ في انشاء عقد الصلح من الفصل السابع من الباب الأول من الكتاب الثالث المعنون بـ في الإفلاس و التسوية القضائية و رد الاعتبار و التفليس و ما عاده من جرائم الإفلاس يعد الصلح في المادة التجارية احد الإجراءات التي تمهد لإنهاء حالة الإفلاس.

ثانيا :الصلح في المادة الإدارية

كما سبق ذكره أن الصلح يعرف عموما بأنه تسوية ودية لنزاع قائم وقد يتم خارج مرفق القضاء فيعتبر صلح غير قضائي،وقد يكون بسعي من السلطة الإدارية المعنية بالنزاع إما إراديا أو بموجب إلزام قانوني كحال النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية¹

المطلب الثاني

الوساطة

سنتطرق في مطلبنا هذا إلى موضوع الوساطة كطريق بديل لفض النزاعات،لكون الوساطة قبل أن تكون قانونا فهي كانت و لا تزال عرفا و سلوكا و تقليدا متأصلا في مجتمعنا،خاصة و أن الشريعة الإسلامية نادت بهذا السلوك كونه محببا لدى النفس البشرية،التي ترفض بطبيعتها فرض الأحكام عليها. إذن فالوساطة هي إحدى الطرق الفعالة بين الأشخاص من حيث تقريب وجهات النظر من خلال استخدام وسائل وفنون مستحدثة في المفاوضات قصد الوصول إلى تسوية ودية و مرضية لكل الأطراف. لذا سنتطرق في الفرع الأول إلى بيان تعريف الوساطة و ماهيتها،محاولين إزالة الغموض حول هذا الأسلوب الجديد،و لا يمكن ذلك إلا بتمييزها عن غيرها من النظم في الفرع الثاني.

الفرع الأول تعريف الوساطة

لم يعرف المشرع الجزائري الوساطة كطريق بديل لفض النزاعات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية صراحة،و إنما اكتفى بوضع آليات ممارستها من خلال النص عن كيفية تنظيمها وفقا للمواد من 994 إلى 1005 من القانون السالف الذكر. و من خلال تحليلنا لهذه النصوص يمكن استخلاص تعريف للوساطة.

أولا : الوساطة لغة

ويقصد بالوساطة في اللغة أنها مأخوذة من الوسط و هو ما بين طرفي الشيء و المعتدل من كل شيء ومن قوله تعالى " : وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا" سورة البقرة،الاية 143 و في القاموس الوسيط هو المتوسط بين المتخاصمين و الوساطة بهذا المعنى قد تظهر في عدة مجالات كالسياسة و التجارة و غيرها.

1 تنص المادة102 فقرة 2 "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل". المرسوم الرئاسي250/02 المعدل والمنتتم بالمرسوم الرئاسي338/08 المؤرخ في26/10/2008

ثانيا : الوساطة فقها

عرفت الوساطة على أنها: "اسلوب من أساليب الحلول البديلة لفض النزاعات تقوم على توفير ملتقى للأطراف المتنازعة للاجتماع و الحوار و تقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد، وذلك لمحاولة التوسط لحل النزاع"

كما يمكن تعريفها أيضا على أنها: "إحدى الطرق الفعالة لفض النزاعات بعيدا عن عملية التقاضي و ذلك من خلال اجراءات سرية تكفل الخصوصية بين أطراف النزاع من خلال استخدام وسائل و فنون مستحدثة في المفاوضات بغية الوصول إلى تسوية ودية مرضية لجميع الأطراف." كما تعرف أيضا أنها: "تقنية اجرائية لحل النزاعات يستطيع من خلالها طرف محايد و مستقل و نزيه يدعى الوسيط مساعدة الخصوم على حل مشاكلهم عبر الحوار و التفاوض للوصول إلى اتفاق يلائمهم."

الفرع الثاني: تمييز الوساطة عن النظم المشابهة لها

لقد تطرق المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية و الادارية للطرق البديلة لحل النزاعات و تتمثل في الصلح و الوساطة و التحكيم و نظرا لأن كل هذه الوسائل تهدف إلى التقريب بين أطراف النزاع و مساعدتهم على الوصول إلى إتفاق مشترك بمساعدة طرف ثالث، يجب الوقوف على التمييز بين كل من الوساطة و الصلح ز التحكيم لتجنب الخلط بين المفاهيم .

أولا :التحكيم و الوساطة

لم تتعرض الغالبية من القوانين المنظمة للتحكيم في الدول العربية و الأجنبية إلى تعريف التحكيم، لذا فقد عرفه شراح القانون تعريفات، منها ما يصدق على اتفاق التحكيم ومنها ما يعطي أهميته لإرادة أطراف النزاع و منها ما يعطي أهميته للطبيعة الخاصة للتحكيم يتصف بالعمومية¹ و يمكن إجمال أوجه الشبه و الفروق الموجود بين نظام الوساطة و نظام التحكيم على النحو التالي:

1:من حيث الإجراءات

يخضع التحكيم لإجراءات خاصة يتفق عليها الخصوم أنفسهم أو يحيلونها إلى هيئة التحكيم بمقتضى الاتفاق على التحكيم إلى لائحة تحكيم لدى أحد مراكز التحكيم المؤسساتي، و قد يتكون لهذه الهيئة حرية إعمال القواعد الإجرائية المناسبة، شريطة ألا تتعارض مع النظام العام فالقضاة يلتزمون بإعمال قواعد القانون الموضوعي و الإجرائي معا فلا يجوز لهم الخروج عليها وإلا كان قضاؤهم معرضا للبطلان.

2: من حيث نتيجته

1 إبراهيم محمد الحريري، القواعد و الضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، دار عمار للنشر، عمان الأردن، 1998، ص185 .

يعتبر التحكيم من حيث نتيجته ملزما لأن المحكم أو هيئة التحكيم يملكان سلطة اتخاذ القرار أما الوسيط فلا يملكها¹.

ثانيا :الوساطة و الصلح

يتضح التمييز بين الوساطة و الصلح من خلال النقاط التالية :

1. يحاول الوسيط العمل لإيجاد النقاط الأكثر تقديرا و أن يقارنها بتلك التي تعتبر أكثر أهمية و يحاول موازنتها بهدف الوصول إلى حل يرضي المتنازعين. أما في الصلح فالموفق هو الذي يحاول أن يقترح بنفسه اتفاق الصلح لحل النزاع،غير أنهما ينتشبهان في كون أنه لا يمكنهما فرض حكم ملزم على المتنازعين²
2. من حيث الإجراءات فالصلح يمكن القيام به في أي مرحلة من النزاع
3. من حيث المجال :فهو محدد بجملة من النزاعات.
4. يتميز الصلح أنه في حالة إغائه من المحكمة المختصة انه يجب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ³
5. إن كلا من الوسيط والمصلح لا يملكان سلطة التحقيق.
6. كل من الوسيط والمصلح لا يمكنهما حل نزاع يتعلق بمسألة النسب.

المطلب الثالث

التحكيم

لتبيان مفهوم التحكيم كان لزاما علينا تقديم تعريف له و هو ما أفردنا له الفرع الأول و توضيح طبيعته القانونية في الفرع الثاني

الفرع الأول : تعريف التحكيم

ليكون تعريف التحكيم دقيقا جامعا مانعا كان من الضروري تعريفه عند اللغويين وكذا الفقهاء القانون و لدى رجال القضاء وهو ما نتناوله على التوالي:

أولا :المعنى اللغوي للتحكيم

التحكيم في اللغة معناه التفويض ومصدره حكم بتشديد الكاف مع الفتح،ويقال حكمت فلانا في مالي تحكيما،إذا فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم علي في ذلك،واستحكم فلان في مال فلان إذ جاز فيه حكمه،وحكموه فيما بينهم أمره أن يحكم في الأمر،أي جعلوه حكما فيما بينهم⁴. وفي القرآن

1 جعفر مشيمش،التحكيم في العقود الإدارية و المدنية و التجارية،منشورات زين الحقوقية،الطبعة الأولى 2009، صيدا القدعة،ص. 43

2 علاء أباريان مرجع سابق،ص. 56

3 الأنصاري حسن النيداني،الصلح القضائي،دور المحكمة في الصلح و التوفيق بين الخصوم،دراسة تأملية و تحليلية،دار جامعة الجديدة،الإسكندرية2009، ص245 .

4 مختار الصحاح،دار القلم بيروت،1999،ص148،القاموس المحيط للفيروز أبادي،المجلد الرابع،دار الفكر،بيروت،

الكريم، قوله تعالى "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا" سورة النساء الآية 35

والتحكيم في اصطلاح الفقهاء يعني توليه الخصمين حكما يحكم بينهما أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر للحكم فيما تنازعا فيه، دون إن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهما ومن ثم فإن التحكيم شرعا يعني توليه وتقليد من طرفي الخصومة لثالث ليفصل فيما تنازعا¹

ثانيا :تعريف التحكيم فقها

يعرف التحكيم بأنه (اتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به²).

ويعرف الأستاذ robert التحكيم بأنه نظام للقضاء الخاص تقضي فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي وعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها³ " ويعرف آخر التحكيم بأنه إجراء اختيار لتسوية المنازعات بحكم ملزم بتأسيس على القبول المسبق، من جانب الأطراف في النزاع.)

ثالثا :تعريف التحكيم قضائيا

عرفت المحكمة الدستورية العليا في مصر التحكيم بأنه (عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نهائيا عن شبهة الممالة، مجردا من التحايل، وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد ان يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية...)

الفرع الثاني :الطبيعة القانونية للتحكيم

لقد اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للتحكيم، هل له طبيعة تعاقدية أو قضائية وهذا ما

سنوضحه فيما يلي¹ :

1987، ص 97، معجم لسان العرب لابن منظور، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، القاهرة، الجزء 15، ص - 31

32

1 أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998 ص 19

2 أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987م، ص 15 وما بعدها.

3 محسن شقيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، ص 11

أولاً : النظرية التعاقدية

ترى هذه النظرية أن التحكيم له طابع تعاقدى وذلك بالاستناد إلى الحجج التالية :

- 1- إن الأمر الذي له أهمية عند تحديد طبيعة التحكيم هو رغبة الأفراد في حل نزاعاتهم بطريقة ودية عن طريق إحلال تقدير شخص ثالث و هو المحكم، محل تقديرهم وقبولهم لتقدير هذا الأخير.
- 2- إن التحكيم يختلف في هدفه عن القضاء، فالقضاء يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة أما التحكيم فإنه يرمي إلى تحقيق مصلحة خاصة للأطراف .
- 3- إن الأفراد باتفاقهم على التحكيم يتفوقون ضمناً على التنازل عن الدعوى، ويخولون المحكم سلطة مصدرها إرادتهم وهذه السلطة لا يمكن أن تكون سلطة قضائية إذ تقوم على إدارة ذوي الشأن.
- 4- القانون الوضعي يؤيد هذه الطبيعة الخاصة للتحكيم وذلك من خلال :
 - أنه إذا لم يقم المحكم بواجبه فلا تنطبق عليه قواعد إنكار العدالة .
 - إذا أخطأ المحكم، فإنه لا يخضع لقواعد المخاصمة .

ثانياً : النظرية القضائية

وهو الرأي الغالب بحيث يرى أن التحكيم هو قضاء، فجوهر القضاء هو تطبيق إرادة القانون في الحالة المعنية بواسطة شخص لا تتوجه إليه القاعدة القانونية التي يطبقها، والأشخاص عندما يتفقون على التحكيم لا يتنازلون عن الدعوى وإنما يتنازلون عن الالتجاء إلى القضاء الذي تنظمه الدولة لصالح قضاء آخر يختارون فيه قضائه وتعترف به الدولة فالتحكيم نوع من أنواع القضاء إلى جانب قضاء الدولة حقيقة أن القضاء مظهر من مظاهر السيادة، ويجب لهذا ألا تقوم به سوى الدولة لكن الدولة لما لها من سلطة تستطيع أن تعترف لبعض الأشخاص بالقيام بهذه المهمة في صورة التحكيم في نطاق معين وليس أدل على الصفة القضائية للتحكيم من أن المحكم يقوم بتطبيق قواعد القانون الموضوعي ويكون لقراره الذي يصدره حجية الأمر المقضي به وهي حجية من المسلم أنها لا تمنح إلا للأعمال القضائية إضافة إلى هذا فرغم أن التحكيم يرمي إلى حماية مصالح خاصة فإنه في الواقع هذا يعد هدف عقد التحكيم أما حكم المحكم فهو يرمي كحكم القضاء إلى تطبيق القانون، وكما يقول الدكتور احمد أبو الوفاء

1 إبراهيم شحاتة، نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي، مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة مصر المعاصرة، العددان 417، 418، 1989، ص 387

فإنه يجب أن ينظر إلى الهدف الذي يرمى إليه الخصوم من وجوده ألا وهو السعي إلى العدالة على أسس تختلف عن المفهوم التقليدي للعدالة أمام المحاكم¹ .

وما يمكن قوله في الأخير أن التحكيم هو عمل قضائي ذو طبيعة خاصة لا يمكن تصنيفه كعمل قضائي لوحده ولا كعمل تعاقدى لوحده نظرا للخصائص المجتمعة فيه من العملين، قضائي وتعاقدى، وبعبارة أدق فباتفاق التحكيم يحل قضاء التحكيم محل قضاء الدولة في حماية الحقوق ويكون إلزاميا شأنه شأن قضاء الدولة فالتحكيم اتفاق ثم إجراءات تحل محل الإجراءات القضائية بنص القانون ثم حكم، شأنه شأن الحكم الصادر من السلطة القضائية في الدولة.

المبحث الثالث

أهمية نظام الطرق البديلة

إن استخدام الطرق البديلة لحل النزاعات ينطوي على فوائد عديدة لا سيما لجهة الهدف

¹ ابراهيم شحاتة، مرجع سابق، ص 388.

منها ألا وهو التوصل إلى حل ودي،فضلا على إجراءاتها، وإمكانية تكييفها مع ظروف كل قضية هذا بالإضافة إلى ما تتسم به من تخفيف اللجوء إلى القضاء، واختصار مدة النظر في القضايا وتقليص التكاليف والنفقات.

المطلب الأول

أسباب اعتماد نظام الطرق البديله

تعرف الوسائل البديلة لحل المنازعات انتشارا واسعا في العالم المعاصر، فقد أصبحت نظاما قانونيا قائما بذاته تبنته أغلب التشريعات المعاصرة، بل أصبحت هذه الوسائل أولوية سياسية في بعض الدول، والمشرع الجزائري واكب هذا التطور والتحول وتبنى هذا النظام في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقبل أن يصبح نظام الطرق البديلة لحل المنازعات نظاما قانونيا كان ولا يزال سلوكا متجذرا في مجتمعنا، ومرسحا لمقومات الشعب الجزائري الأصيلة، والمتمثلة في رأي الجماعة ووساطة أهل الخير والمصلحين والحكماء، وكل هذا نابع من تعاليم ديننا الإسلامي الحنيف الذي حث على الصلح والإصلاح بين المتنازعين، لقد جاء في قوله تعالى ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴾ سورة الحجرات الآية 10، وقوله أيضا ﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾ سورة النساء الآية 128، كما يلاحظ أن جميع الأنظمة القضائية في العالم أصبحت تعاني من مشكل كثرة القضايا الرابجة أمام المحاكم، وتراكم الملفات بسبب تعدد الإجراءات، وتعقد القوانين، والبطء في البت في النزاعات، والتأخير في إصدار الأحكام، وقصور النصوص التشريعية عن الاستجابة للحاجيات والمتطلبات بسبب التغيير الذي عرفته الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية وفرضته سياسة العولمة والانفتاح الاقتصادي على العالم الخارجي، من اجل تشجيع الاستثمار الأجنبي والتبادل الحر، مما خلق نوعا من التذمر في نفوس المتقاضين وأدى إلى نوع من عدم اطمئنانهم في سير الإجراءات ودفع المهتمين بإصلاح الأنظمة القضائية إلى التفكير في إحداث وسائل بديلة للبت في النزاع، بمساهمة الأطراف المتنازعة في البحث عن الحلول التوفيقية والملائمة لإنهاء الخلاف بشكل رضائي في اقرب وقت وبأقل تكلفة. تختلف أسباب اللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاعات حسب النظام القضائي المتبع في كل دولة، فقد كانت انطلاقتها من البلدان التي تتبنى النظم الأنجلوساكسونية مثل الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا التي تفضل أنظمتها القانونية الحوار والتراضي في حل النزاعات وظهرت كرد فعل من الاستياء العام للمواطنين من العمل القضائي كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية. (وهكذا في عام 1977 في و.م.أ. كانت هناك دعوى عالقة أمام القضاء منذ ثلاث سنوات وكان هناك محامون و مرافعات وخبراء وجلسات ومستندات ونفقات خبرة، ونفقات قضائية وأتعاب محامين، فأرهقت الدعوى الأطراف بالوقت والمصارف ثم طرحت فكرة الوسائل البديلة لحسم هذا النزاع، لماذا لا نؤلف محكمة مصغرة كل طرف يختار كبار موظفيه ممن له دراية ومعرفة بتفاصيل النزاع

ثم يختار الموظفون رئيسا محايدا، وراقت الفكرة للطرفين وأوقفت إجراءات المحاكمة القضائية، وعقدت المحكمة المصغرة جلسة ليست إلزامية في شيء واستمرت الجلسة نصف ساعة، وأدلى بعدها رئيس المحكمة برأي محايد شفهي للطرفين، ثم دخل الطرفان إلى غرفة جانبية فدخل في مفاوضات استمرت نصف ساعة وخرجا ليعلنا اتفاقهما وانتهت الدعوى فكان ميلاد ADR وهو مختصر « Alternative Dispute Resolution » . وكان السبب الأساسي في ابتكار هذه الطريقة هو طول الإجراءات وضياع الوقت بالإضافة إلى ارتفاع التكلفة، كما قد يكون الدافع الرئيسي من وراء الأخذ بهذه الطرق هو ما يتحمله الأطراف من تكاليف مرتفعة لمتقاضي كما هو الحال في بريطانيا. أما الدول التي تعتمد النظام اللاتيني، فإن تعقيدات النظام القضائي أقل من النظام الأنجلوساكسونية ومن الطبيعي أن يكون اللجوء إليه أقل كلفة وسهل المنال، إلا أن ذلك لم يخفي الوضع المتأزم للقضاء الذي يبرز تحت ضغط الكم الهائل من القضايا مع قلة الإمكانيات المادية والبشرية والكلفة المرهقة، كما أن تطور المبادلات يقترن بتزايد المنازعات فضلا على الاعتبارات السياسية والاجتماعية التي تضافرت مع الاعتبارات الشخصية و الرامية إلى اقتصاد الكلفة وضمان السرعة و النجاعة. ففي فرنسا أصبحت العدالة مكلفة للغاية، وبطيئة جدا ومعقدة وفقد الفرنسيون الثقة بها، وتدل الإحصائية بأن أكثر من 50 بالمئة من الفرنسيين يؤيدون ذلك، ولكن رغم هذا التأييد فإن أغلب النزاعات في فرنسا تحل عن طريق القضاء التقليدي، لسببين أساسيين، يقول الأستاذ جاك كركسون الرئيس الشرفي للمحكمة التجارية بباريس: إن العدالة تقض العدد الأكبر من النزاعات الخاصة بالمقاولات.¹

والجزائر تشهد تطورا اقتصاديا و تراكما تشريعي لا تشكل الاستثناء بحيث تولي اهتماما خاصا

لهذه الوسائل وهكذا صدرت عدة تشريعات تنحو هذا المنحى، فقانون الإجراءات المدنية

1966 نظم التحكيم بنوعيه الوطني كما أقر المشرع الجزائري الصلح في قانون الإجراءات الجزائية بشأن جرائم محددة، كما جعل الصلح في قضايا الطلاق والتطويق إجراءا جوهريا، هذا فضلا عما تضمنه قانون علاقات العمل من مقتضيات تتعلق بالصلح والوساطة والتحكيم. وفي إطار إصلاح العدالة والذي ما فتئت تعمل على تجسيده السلطة العليا في البلاد كان لزاما التفكير في الآليات البديلة لحل النزاعات فجاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 بعنوان الطرق البديلة لحل النزاعات وبالضبط في الكتاب الخامس، ليحدث ثورة في المنظومة القانونية ومن هنا كان اعتماد الصلح والوساطة والتحكيم كآليات بديلة لحل النزاعات جزءا من هذا الإصلاح.

المطلب الثاني

المبررات الموضوعية لاعتماد الطرق البديلة لحل النزاعات

لتحقيق الإصلاح القضائي المنشود، أصبح من الضروري البحث عن كل الوسائل

1 هادي منذر، الحلول البديلة لمنازعات القضائية، دليل تطبيقي، طباعة شمالي، لبنان، 2004، ص 12

والطرق الكفيلة لترسيخ سيادة القانون والشفافية والنزاهة والإنصاف والسرعة في الإنجاز على مستوى إصدار الأحكام وتنفيذها، مما أصبح معه النظام القضائي الجزائري مطالبا بتطوير موارده البشرية وأجهزته واجراءاته، ليستجيب لمتطلبات العدل ومتطلبات عولمة الاقتصاد وتنافسيته. في هذا السياق فتحت عدة ورشات إصلاح من أجل تحديث القضاء الجزائري، يستنتج تحميل أهدافها وغايتها أن هناك مشاكل وصعوبات تحد من دوره ورسالته، فظاهرة البطء الذي يعرفه سير القضايا، وتعقيد الإجراءات، والتعسف في استعمال الضمانات وحقوق الدفاع، والتقاضى بسوء نية، وتعدد أوجه الطعن، وارتفاع التكلفة... كلها عوامل ومبررات لم تزد معه فكرة إدخال أو اعتماد وسائل بديلة لحل المنازعات سوى ترسيخها، وأصبح اللجوء إلى هذه الوسائل البديلة مطلبا ملحا لما تتميز به من مرونة وما تحققه من فعالية. وذلك موازاة مع المجهودات المبذولة لتحديث القضاء على الصعيد الوطني لا سيما من خلال تحديث الإدارة القضائية والتعميم التدريجي للمعلومات واحداث المحاكم المتخصصة وتوجيه عناية خاصة بالتكوين.

مما سبق يمكن حصر هذه المبررات في ما يلي:

الفرع الأول : واقع القضاء

ان طول أمد التقاضي أمام المحاكم وتأخر الفصل في المنازعات التي تعرض عليه، أصبح عائقا أمام تطور العلاقات الخاصة الدولية وانسياب التجارة بين الدول. وهذا كنتيجة لعدة عوامل منها الزيادة المضطردة في عدد القضايا وتعقد إجراءات التقاضي وتعدد درجاتها وقمة عدد القضاة. كما أنه هناك مشكل حقيقي يطرحه التقاضي التقليدي يتمثل في صعوبة تطبيق الأحكام القضائية.

إذ إن الحصول على حكم من المحكمة لا يعد مرضيا وكافيا كذلك فإن نقص الخبرة لدى القضاة خصوصا في البلدان النامية، يلقى الشك حول قدرة القضاء في هذه الدول على تقديم حلول عادلة للمنازعات التي تبلغ حدا معيناً من التعقيد، مما يؤدي إلى نفور المتعاملين مع هذه الدول من الخضوع لقضائها والاتجاه لقضاء دول أخرى أو إلى التحكيم¹ وعلى الرغم من محاولات هذه الدول تخصيص القضاة إلا أن هذه المحاولات وعلى الرغم من جدتها لم تفي بحاجة المعاملات الحديثة. لذلك وفي سبيل تفادي سلبات العمل القضائي المذكورة أعلاه بات لزاما على هذه الدول تنظيم سلطتها القضائية بإقرار نظام الطرق البديلة.

الفرع الثاني : واقع المنازعات وطبيعتها

إن طبيعة المنازعات المعروضة على القضاء، أصبحت أكثر تعقيدا وتنوعا نتيجة التطور العلمي والتكنولوجي، كمنازعات الملكية الفكرية والتجارة الإلكترونية ومسؤولية المقاول والمهندس والنقل البحري والجوي والحوالات المصرفية الإلكترونية.... إلخ وهي أمور لا يتصور أن يكون بمقدرة القاضي

¹ جورج حزيون، ورضوان عبيدات، إلزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي والدولي مجلة الشريعة-

والقانون، العدد السادس والعشرون، أبريل . 2006 ص 469

الإحاطة والفصل بها، بل وكثيرا ما تكون هذه الأمور محكومة بأعراف وعادات وممارسات مهنية لا علم للقاضي بمضمونها وهكذا صار الفصل في النزاع يتطلب شخص فني ملم ليس فقط بوقائعه وإنما كذلك بالقواعد التي تحكمه خصوصا في ضوء عدم اعتماد التخصص في ميدان القضاء، وأمام هذه الضغوط الناتجة عن التنوع والتقدم التقني أصبح الفصل في المنازعات يتطلب تدخل أهل الخبرة، فأصبحت خبرتهم هي الأساس في صدور الأحكام القضائية بدلا من أن تكون مجرد رأي استشاري.

وأخيرا فإن بروز أنواع مستحدثة من العقود مازالت تفرزها الحياة الاقتصادية يوميا ويقف القاضي غير المتخصص عاجزا عن فهم مضمونها أو تفاصيلها، مما يجعل نظام الطرق البديلة وسيلة أفضل من القضاء لفهم مكوناتها والحكم في منازعاتها. ويتفرع عن واقع المنازعات وطبيعته واقع آخر يرتبط بطبيعة العلاقة بين فريقين في النزاع، حيث أنه في الغالب الأعم يرغب كلا الفريقين في استمرار علاقتهم الاقتصادية والتعاقدية وانتهاء الخلاف بينهما بصورة لا تخرج إلى العلن وأن طرح النزاع أمام القضاء قد يؤدي إلى انتشار الخلاف نظرا لأن من ضمانات حسن التقاضي العلانية، الأمر الذي لا يرغب به الطرفان.

ومن هنا يلجأ الأطراف إلى الطرق البديلة لحل منازعاتهما نظرا لما يتسم به نظام الطرق

البديلة من مزايا غير متوفرة في القضاء .

الفرع الثالث واقع المعاملات التجارية والمالية

لقد بات من المؤكد أن المعاملات التجارية والمالية المحلية منها والدولية خاصة، وفي سبيل حل ما قد ترتبه تعاقدها واتفاقاتها من خلاف، تستلزم سبلا ذات طابع خاص لفض تلك المنازعات، نظرا لأن تلك المعاملات والتعاقدات هي نفسها ذات طابع خاص¹ فواقع هذه المعاملات التي تنشأ عنها المنازعات فالغالب فيها أن تكون هذه المعاملات مجرد مظهر من مظاهر علاقات مستمرة يحرص طرفاها على تواصلها رغم ما نشب بينهما من خلاف بالإضافة إلى رغبة أطراف العلاقة في السرية.

من هنا تبدو أفضل الطرق البديلة في حسم منازعات العقود التجارية والمالية خاصة منها العقود الاستثمارية فالتحكيم يشجع ويحمي الاستثمارات و يؤكد في نظر المستثمرين الأجانب الحياد اللازم والضمانات الضرورية لحماية استثماراتهم، وذلك على خلاف الوضع بالنسبة للقضاء الرسمي.

ولعل الأمر هو ذاته مع الوسائل البديلة الأخرى، فالوساطة والتوفيق كوسائل بديلة لتسوية المنازعات المترتبة عن تنفيذ العقود التجارية، هي أيضا خيارات أفضل من القضاء لأطراف المنازعات التجارية والمالية، تتميز بسهولة إجراءاتها، والسرعة في إنهاء النزاعات وحسمها وبالشكل الذي

1 هاني محمد البوعاني، الآليات والوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية، مداخلة مقدمة لـ : ورشة العمل الوطنية

صنعا، 2009، ص 20

يمكن الأطراف من ضمان سرية تعاملاتهم، استمرارها، ويحول بينهم وبين التورط في تعقيدات القضاء وإجراءاته الطويلة والبطيئة، والتي قد تؤثر دون شك في نشاطاتهم التجارية واستمرارها بالشكل الدائم. وأخيرا فإن اللجوء إلى الآليات البديلة لتسوية النزاعات المترتبة والناجمة عن تنفيذ العقود التجارية والمعاملات المالية من شأنه المساهمة في تحسين مناخ الأعمال وتعزيز جاذبيته. بالإضافة إلى تشجيع اللجوء إلى الوساطة والتحكيم والمصالحة والتفاوض وغيرها من الوسائل، والنهوض بهذه الآليات البديلة والموازية، مع ما توفره من أفاق إيجابية من حيث مرونتها وقلة تكاليفها، سيسهم دون شك في تنمية الاستثمارات المحلية والأجنبية والمساهمة في خلق المناخ الآمن والملائم لقطاع الأعمال¹ وعليه فإن تطوير أنظمة القضاء والبحث عن أنظمة جديدة تساهم في حل المنازعات وتكون رديفا لآلية التقاضي التقليدية من شأن ذلك أن يكون ذو اثر فعال في تطوير الناحية الاقتصادية و في تقوية الحقوق المالية، فإذا وضعت قواعد مختصرة ميسرة مؤدية إلى سرعة الحصول على الحقوق كان لذلك أثره في زيادة قيمة تلك الحقوق وانتعاش الحالة الاقتصادية ويقوي الائتمان ويزيد الضمان، مما يؤدي إلى زيادة المعاملات وتنشيط الحياة الاقتصادية في المجتمع²، من ناحية أخرى فإن تطوير آليات حل المنازعات باعتماد الطرق أو الوسائل البديلة لحل المنازعات يكون له دور اجتماعي مهم، مظهره ما يحدثه قيام قواعد صالحة لحل المنازعات من إشاعة الطمأنينة في نفوس أصحاب الحقوق وصونها والدفاع عنها، من هنا كان وجود نظام الطرق البديلة لحل المنازعات من العوامل المهمة في إشاعة السلام بين الناس وعلى اطمئنانهم على حقوقهم والحصول عليها ببسر وسهولة .

1 هاني محمد البوعاني، مداخلة، سابقة، ص 11

2 بشير الصليبي، الحلول البديلة للنزاعات المدنية، دار وائل للنشر، طبعة الاولى عمان، الاردن، 2010، ص 26.



الفصل الثاني

التطبيقات القضائية للآليات الودية لحل

المنازعات التجارية

الفصل الثاني

التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

لقد رأينا في الفصل الأول مفاهيم عامة حول الآليات الودية لحل المنازعات و سنتطرق في هذا الفصل إلى التطبيقات القضائية حيث قسمنا هذا الفصل إلى ثلاث مباحث سنتطرق في (المبحث الأول) إلى الصلح كوسيلة بديلة لحل النزاعات التجارية و تناولنا الوساطة كوسيلة بديلة لحل المنازعات التجارية في (المبحث الثاني) و خصصنا (المبحث الثالث) للتحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات التجارية .

المبحث الأول

الصلح كوسيلة بديلة لحل النزاعات التجارية

نظم المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد كغيره من القوانين الخاصة في شتى المجالات الصلح بإجراءات محددة تضمنتها المواد من 990 إلى 993 من نفس القانون، وخصها بعناية واهتمام أكثر من القانون الملغى مما يستوجب التعرض إلى الإجراءات القانونية للصلح في المطلب الأول، ثم الآثار التي تترتب عنه في المطلب الثاني.

المطلب الأول

إجراءات الصلح

قد يجنح طرفي النزاع إلى تصالح فيما بينهما لإنهاء النزاع القائم وفي هذه الحالة على الطرفين إتباع الإجراءات المقررة قانونا في الصلح والتي تأتي بتحديدتها تباعا وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: المبادرة نحو الصلح

من خلال استقراءنا لنص المادة 990¹ من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يتضح لنا أن الصلح القضائي إجراء جوازي سواء بالنسبة للخصوم أو بالنسبة للقاضي إلا في الحالات التي نص القانون على خلاف ذلك، كما هو الشأن في شؤون الأسرة طبقا لما نصت عليه المادة 439 من نفس القانون على أن محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية، والمشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أعطى الأولوية في المبادرة نحو الصلح إلى الخصوم وذلك تجسيدا منه لفكرة تقريب العدالة من المواطن واعطاء فرصة للخصوم لحل النزاع بأنفسهم كون الهدف من هذه

نص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "يجوز للخصوم التصالح تلقائيا أو بسعي من لقاضي، في جميع مراحل الخصومة".
المادة 990 من

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

الاليات البديلة هو الحل الودي الذي يرضي الطرفين¹، وعليه فان كانت المبادرة من الخصوم فيكون حل النزاع بعيدا عن كل الأحقاد والضغائن.

ومن جهة أخرى يمكن أن تكون المبادرة نحو الصلح بسعي من القاضي وفي هذا الشأن نجد أن المشرع الجزائري قد أحدث وثبة ببيكولوجية وذلك إقتداءً بالمشرع الفرنسي، حيث جعل دور القاضي ايجابيا فلم يعد مجرد حكم يدير الخصومة المتبادلة بين الأطراف ثم يصدر في نهايتها حكما دون أن يكون له دور فيها، بل أصبح للقاضي دور فعلا سواء في إدارة الخصومة وتسييرها أو في مراقبة صحة الإجراءات التي يتخذها الأطراف. أهم دور ايجابي يقوم به القاضي هو التوفيق بين الأطراف والتصالح بينهما وبعد هذا الدور من بين المبادئ المستقر عليها في القانون الفرنسي، إذ يعتبر من بين المهام التي يقوم بها القاضي وفقا لما نصت عليه المادة 21 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد وقد عرف قانون المرافعات الفرنسي هذا التطور بالنسبة للقاضي منذ صدور القرار المؤرخ في 17/12/1973²

وما يجب الإشارة إليه هو أنه لا يجوز للقاضي أن يفوض غيره في القيام بمحاولة الصلح، كأن يفوض مهمة الصلح إلى خبير وذلك لأن هذه المهمة من المهام الأساسية للقاضي مثلها في ذلك مثل مهمة الفصل في النزاع التي لا يجوز أن يفوض غيره في القيام بها، وهذا ما ذهب إليه اجتهاد المحكمة العليا إذ إعتبره تنازلا للقاضي عن صلاحياته.

الفرع الثاني: انعقاد جلسة الصلح

من خلال نص المادتين 990 و 991 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن الصلح يتم في جميع مراحل الخصومة وفي المكان والوقت الذي يراها القاضي مناسبين ما لم توجد نصوص خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك، فالقاضي يمكنه أن يتحين اللحظة المناسبة لعرض الصلح على الأطراف كما أنه من حق الأطراف أن يطلبوا من القاضي في أي لحظة إثبات الاتفاق، فيجوز لهم أن يطلبوا من القاضي القيام بالتصالح فيما بينهم قبل النظر في النزاع والفصل فيه.

2 بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 237

2 حليلة حبار، دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف على ضوء أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة و الصلح .و التحكيم، الجزء الثاني، قسم الوثائق، الجزائر 2009 ص

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

فالمدعي بعد رفعه للدعوى، يقوم أمين الضبط بتحديد الجلسة الأولى أمام مجلس الصلح لعرض الصلح على الخصوم، والدعوى تعتبر مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفتها لدى أمانة ضبط المحكمة ويترتب عن ذلك اعتبار جلسة الصلح جزء من إجراءات الخصومة¹.

إذن فالقاضي لا يقوم بعرض الصلح على الخصوم إلا بعد انعقاد الخصومة بإعلان المدعى عليه لشخصه إعلانا صحيحا وطالما أن غالبية الصلح تستوجب تدخل القاضي فإنه يجوز لهذا الأخير أن يقترح عليهم حل معين بل يجوز له أن يعرض عليهم عدة حلول للنزاع ولا شك أن أي تسوية يقترحها القاضي على الخصوم تستوجب موافقة الطرفين أو الأطراف عند تعددهم فإذا رفض أحدهم هذا العرض فلا يجوز للقاضي إقراره، كما يجوز للقاضي عرض الصلح على الأطراف حتى أثناء اتخاذ إجراءات التحقيق أو في لحظة الحضور الشخصي للأشخاص حيث يمكن للقاضي استدراج الخصوم لغرض التسوية بينهم بل يجوز أيضا للقاضي عرض الصلح على الخصوم بعد إقفال باب المرافعة، وذلك إذا طلب أحد الخصوم فتح باب المرافعة من جديد، ويمكن له أيضا عرض الصلح حتى في جلسة النطق بالحكم إذا كان كلاهما حاضرا إلا أنه إذا نطق بالحكم فلا يجوز له بعد ذلك عرض الصلح على الخصوم وذلك لأنه قد استنفذ ولايته في الدعوى .

والقاضي حين يقوم بمحاولة الصلح فإنه يمكن أن يقوم بذلك في مكتبه أو في قاعة الجلسات أو في أي مكان آخر، والسبب في ترك السلطة التقديرية للقاضي لاختيار الوقت المناسب لإجراءات الصلح، هو أن هذه اللحظة المناسبة تختلف من خصومة إلى خصومة أخرى حسب وقائع وظروف كل قضية أو دعوى، فقد تكون بعض لحظات الخصومة أكثر ملائمة من اللحظات الأخرى للقيام بعملية الصلح، لذلك أراد المشرع ترك الحرية للقاضي في اختيار اللحظة الملائمة.

الفرع الثالث: محضر الصلح

إذا قدم الأطراف للقاضي عقد الصلح، يحسم النزاع القائم بينهم، فعلى القاضي التصديق عليه، وتصديق القاضي على الصلح يكون بإثباته لهذا الاتفاق في محضر يوقع عليه طبقا لنص المادة 992² من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وينعقد الاختصاص بالتصديق على الصلح للقاضي المختص بنظر الدعوى الأصلية التي أبرم الصلح بشأنها، فإذا كان غير مختص بنظر الدعوى، فلا يجوز له أن يثبت الصلح الذي أبرمه الأطراف .

أما إذا كانت الجهة القضائية التي قدم أمامها الصلح مكونة من عدة قضاة، كما لو كانت جهة استئناف،

1 بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 184 .

نص المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يثبت الصلح في محضر، و يوقع عليه الخصوم و القاضي و أمين الضبط و يودع بأمانة ضبط الجهة القضائية . "

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

فهل يكفي توقيع رئيس التشكيلة فقط أم يجب التوقيع من قبل كل القضاة ؟

في هذا الشأن ترى المستشارة بالمحكمة العليا **حليمة حبار** أنه يجب أن يوقعوا جميعا على المحضر، ولا يكفي توقيع الرئيس على المحضر، غير أننا نرى خلاف ذلك من حيث الإكتفاء بتصديق القاضي الأمر بالصلح فقط و إيداع المحضر بأمانة الضبط ليصبح سنداً تنفيذياً و هذا ما أكدته المادة 600 فقرة 8 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.¹

وسواء كان الصلح نتيجة لمجهودات الأطراف الخاصة أو بسعي من القاضي فإنه يستوجب وكما ذكرناه آنفاً إثبات هذا الاتفاق في محضر طبقاً لنص المادة 992 السالفة الذكر، ومن ثمة يكتسب محضر الجلسة في هذه الحالة صفة الصلح القضائي ويعتبر بذلك سنداً تنفيذياً² بمجرد إيداعه بأمانة الضبط طبقاً للمادة 993 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذلك الشأن في حالة عدم توصل الأطراف إلى صلح أين يحرر القاضي محضر عدم الصلح³، و يثار التساؤل حول اللحظة التي يعتبر فيها عقد الصلح قائماً وموجوداً هل من اللحظة التي اتفق فيها الأطراف شفاهة على إنهاء النزاع بينهما صلحاً ؟ أم انه لا يوجد إلا منذ تحريره في محضر الجلسة ؟

ذهب الفقه إلى أن عقد الصلح يعتبر موجوداً منذ اتفاق الأطراف شفاهة عليه، وليس منذ إثباته في محضر الجلسة لأن عقد الصلح رضائي، ولا يحتاج إلى أي شكل خاص لوجوده، أما قيام القاضي بإثبات ما اتفق عليه الأطراف في محضر الجلسة فهو أمر غير لازم لوجود الصلح وإنما لازم ليكتسب الصلح الصفة الرسمية ويكون سنداً تنفيذياً يمكن تنفيذه مباشرة ودون اللجوء إلى إعطائه الصيغة التنفيذية واقتضاء الأدعاء المتفق عليها بطرق التنفيذ الجبري.

المطلب الثاني

آثار الصلح وانقضائه

الصلح و بإعتبار صفته العقدية فإنه يرتب ما يرتبه العقد من آثار، كما أنه و بإعتبار صفته القضائية فإنه يرتب بعض آثار الأحكام، فيلتزم كل متصالح بما ورد في عقد الصلح من التزامات، كما أن تصديق المحكمة على الصلح يؤدي إلى استنفاد المحكمة لولايتها بالنسبة للموضوع و يرتب الصلح القضائي حجية. وللصلح أثر كاشف للحقوق المتنازع عليها و أثر ناقل للحقوق غير المتنازع عليها كما أن الصلح القضائي

1 عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة

الماجيستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012، ص 65

2 انظر الملحق رقم 1 الخاص بمحضر الصلح

3 انظر الملحق رقم 2 الخاص بمحضر عدم الصلح

يمكن الحصول بموجبه على حق تخصيص إذا صدر في شكل حكم

الفرع الأول آثار الصلح

إن الهدف الأسمى للصلح هو إنهاء النزاع بين أطرافه، وذلك بتسويته بصورة ودية، والصلح في الأصل يكشف عن الحقوق ولا ينشئها وأثره نسبي بالنسبة إلى الأشخاص وبالنسبة إلى السبب.

أولاً : حسم النزاع

الصلح يؤدي إلى إستفاد المحكمة لولايتها وذلك لأنه يؤدي إلى حسم النزاع على الحق المتنازع عليه، فلم يعد هنالك نزاع حتى تفصل فيه المحكمة.

ولا يترتب على الصلح خروج النزاع من ولاية المحكمة إلا بعد التصديق عليه من طرفها، أما قبل تصديق المحكمة على الصلح فإن المحكمة حتى هذه اللحظة لم تستنفذ ولايتها، ولذلك فإذا فرض وقدم الأطراف عقد الصلح للمحكمة للتصديق عليه و كانت شروط التصديق متوفرة و رفضت المحكمة مع ذلك التصديق عليه و إستمرت في نظر الدعوى فإن حكم المحكمة و إن كان يقبل الطعن فيه بطريق الطعن المناسب إلا أن سبب الطعن هو مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه فسبب الطعن ليس هو مخالفة المحكمة لمبدأ الإستفاد¹ و هذا ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 462 من القانون المدني - تقابلها المادة 553 من القانون المدني المصري² " ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها و يترتب عليه إسقاط الحقوق و الإدعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية."

من خلال هذا النص نجد أن للصلح أثر إنقضاء وأثر تثبیت : فينقض الحق الذي تنازل عنه صاحبه و يثبت هذا الحق للطرف الآخر المتنازل له فإذا تنازع شخصان على ملكية دار وأرض مثلا ثم تصالحا على أن تكون الدار لأحدهما والأرض للآخر، ترتب على هذا الصلح أن يلتزم من خلصت له الدار بالتنازل على إدعاءه في ملكية الأرض بحيث لا يجوز له منازعة الآخر في ملكيته للأرض، كما تثبت الملكية لمن خلصت له الدار بحيث لا يجوز للطرف الآخر منازعته في ملكية الدار.

1 كراطار بن حواء مختارية، صلاحيات القاضي في الصلح التلقائي للخصوم، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص) حول الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة و الصلح و التحكيم، الجزء الثاني، قسم الوثائق، الجزائر . 2009، ص 629

2 الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 64

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

وإذا تم حسم النزاع بالصلح فإنه يثور التساؤل عن كيفية تفسير هذا التنازل و طرق إلزام كل طرف بما تم عليه الصلح ؟

1. تفسير التنازل تفسيراً ضيقاً :

نصت المادة 464 من القانون المدني على أنه "يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً أي كانت تلك العبارات فإن التنازل لا يشمل إلا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح".

والصلح شأنه شأن غيره من العقود يقوم فيه قاضي الموضوع بالتفسير، ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا في التفسير مادام يستند إلى مبررات وأسباب، على أنه لما كان هناك نزول لكل من المتصالحين عن جزء من إدعائه، فإن هذا النزول المتبادل يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً¹، فإذا تصالح الشريك مع شركائه على ما يستحق من أرباح الشركة فإن هذا الصلح لا يشمل إلا ما استحقه فعلاً من أرباح، لا ما قد يستحقه في المستقبل.² أن يكون أثر الصلح مقصوراً على النزاع الذي تناوله، وهذا ما يعرف بالأثر النسبي للصلح فيما يتعلق بالمحل، أي دون أن يمتد إلى أي شيء آخر، فالعقد يقتصر أثره على من كان طرفاً فيه وعلى المحل الذي تناوله، فإذا تصالح وارث مع بقية الورثة على ميراث إقتصر الأثر على الميراث الذي تناوله الصلح ولا يتناول ميراثاً آخر يشترك فيه أيضاً بقية الورثة.

2. طرق الإلزام بالصلح :

فإذا أبرم الصلح بين طرفين إستطاع كل طرف أن يلزم الآخر بهذا الصلح فيمنعه من تجديد النزاع وهذا عن طريق الدفع بالصلح، فإذا إنحسم النزاع بالصلح، لم يجز لأي من المتصالحين أن يجدد هذا النزاع، ويستطيع المتصالح الآخر أن يدفع بالصلح الدعوى المقامة أو المطلوب المضي فيها أو المجددة. فوضع شرط جزائي في العقد يوقع على من يخل بالتزامه بمقتضى عقد الصلح أو يرجع إلى النزاع الذي

1 قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 56186 مؤرخ في 13/12/1989 مجلة قضائية، العدد الأول، قسم الوثائق، الجزائر 1994، ص 11 . الذي قضى بـ "من المقرر قانوناً أن عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً أي كانت تلك العبارات و لا يشمل إلا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح، و من ثم فإن القضاء بما خالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون".

2 الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 68

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

حسم،فنتبع في ذلك القواعد العامة المقررة في الشرط الجزائي وهذا كأن يكون مقررا للتأخر في تنفيذ الصلح أو كجزاء على الطعن في فسخ العقد فإذا أخل أحد المتصالحين بالتزاماته في الصلح يجوز للآخر طلب فسخ العقد، لأن الصلح عقد ملزم للجانبين.

ثانيا : الأثر الكاشف والأثر النسبي للصلح

1. الأثر الكاشف للصلح :

تنص المادة 463 من القانون المدني على أنه: " للصلح أثر كاشف بالنسبة لما اشتمل عليه من الحقوق، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها "يفهم من هذا النص أنه إذا اشتمل الصلح على حقوق غير متنازع فيها،وهو ما يسمى بدل الصلح كان الأثر ناقلا لا كاشفا. ومعنى أن للصلح أثرا كاشفا بالنسبة للحقوق المتنازع فيها أن الحق الذي يخلص للمتصالح بالصلح يستند إلى مصدره الأول لا إلى الصلح،فإذا إشتري شخصان دارا في الشيوع،ثم تنازعا على نصيب كل منهما في الدار وتصالحا على أن يكون لكل منهما نصيب معين أعتبر كل منهما مالكا لهذا النصيب لا بعقد الصلح بل بعقد البيع الذي إشتريا به الدار في الشيوع و إستند بذلك حق كل منهما إلى مصدره الأول لا إلى الصلح،وتعلل النظرية التقليدية ذلك بأن الصلح هو إقرار من كل من المتصالحين لصاحبه،والإقرار إخبار لا إنشاء فهو يكشف عن الحق ولا ينشئه،أما النظرية الحديثة تعلل ذلك بأن المتصالح إنما هو ينزل عن حق الدعوى في الجزء من الحق الذي سلم به،فهذا الجزء من الحق قد بقي على وصفه الأول دون أن يتغير¹. ويترتب على الأثر الكاشف للصلح ما يأتي :

لا يعتبر المتصالح متلقيا الحق المتنازع فيه من المتصالح الآخر ولا يكون خلفا له في هذا الحق.

لا يلتزم المتصالح الآخر بضمان استحقاق الحق المتنازع فيه الذي خلص للمتصالح الأول،لأنه لم ينقل إليه هذا الحق والإلتزام بالضمان لا يكون إلا مكملا للإلتزام بنقل الحق.

لما كان الصلح غير ناقل للحق،فإنه لا يصلح سببا صحيحا للتملك بالتقادم القصير،فإذا حاز المتصالح العقار الذي أخذه بموجب عقد الصلح لمدة خمس سنوات بحسن نية فلا يجوز له أن يتمسك بتملكه للعقار بالتقادم القصير و ليس أمامه إلا التمسك بالتقادم الطويل أو بسبب آخر صحيح غير عقد الصلح.

لا تجوز الشفعة في الصلح لأن الشفعة في البيع فقط،فإذا أراد شخص أن يتمسك بالشفعة في الصلح فيجب عليه أولا أن يثبت أنه عقد صوري و أنه يخفي بيعا و هو يجوز له الأخذ بالشفعة. إذا وقع الصلح على حق عيني عقاري فلا يلزم تسجيل الصلح أو الحكم المثبت للصلح للإحتجاج به بين المتصالحين،و لكن يجب تسجيله

1 عبد الرزاق السنهوري،المرجع السابق،ص 582،583 .

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

للإحتجاج به على الغير،فقانون الشهر العقاري يوجب تسجيل التصرفات الواردة على الحقوق العينية العقارية للإحتجاج بها على الغير،و لذلك إذا تصالح شخص مع آخر على تخليص العقار بموجبه للمتصالح الأول،و كان المتصالح الآخر قد باع العقار للغير،فلا يجوز للمتصالح الأول الإحتجاج بالصلح على الغير إلا إذا كان قد سجل عقد الصلح قبل قيام الغير بتسجيل عقد البيع الذي إشتري بموجبه العقار من المتصالح الآخر.

أما بالنسبة للحقوق غير المتنازع فيها فإن الصلح ينشئ إلتزامات أو ينقل حقوقا فيكون له أثر منشئ أو ناقل لا أثر كاشف،مثل أن يتنازع شخصان على أرض ومنزل فيتصالحا على أن يختص أحدهما بالأرض والآخر بالمنزل،فإذا كان المنزل قيمته أكبر من الأرض،واقترض الأمر أن يدفع من إختص بالمنزل معدلا مبلغا من النقود يلتزم بدفعها لمن إختص بالأرض،فهنا الصلح قد أنشأ إلتزاما في ذمة من إختص بالمنزل هو دفع المعدل،وهو لم يدخل في الحقوق المتنازع فيها.

ولكن الصلح في الصورتين المتقدمتين يبقى كاشفا فيما يتعلق بالحقوق المتنازع فيها،فالصلح إذا كان منشئا بالنسبة للإلتزام بدفع المبلغ من النقود،وناقلا بالنسبة إلى الدار،فهو كاشف بالنسبة إلى الأرض لأنها هي الحق المتنازع فيه.

2. الأثر النسبي للصلح :

الصلح شأنه في ذلك شأن سائر العقود له أثر نسبي،فهو مقصور على المحل الذي وقع عليه،وعلى

الطرفين اللذين وقع بينهما،وعلى السبب الذي وقع من أجله.

فالصلح مقصور على النزاع الذي تناوله،فإذا تصالح الموصى له مع الورثة على وصية،لم يتناول الصلح إلا الوصية التي وقع النزاع بشأنها فلا يشمل وصية أخرى للموصى له تظهر بعد ذلك.

فإذا تصالح أحد الورثة مع الموصى له على الوصية فإن الورثة الآخرين لا يحتجون بهذا الصلح ولا يحتج به عليهم،فلا يترتب على الصلح نفع أو ضرر لغير عاقيه.

و من تصالح على حق له أو على حق تلقاه بناء على سبب معين،ثم تلقى هذا الحق ذاته من شخص آخر أو بناء على سبب آخر،لا يكون هذا الحق الذي كسبه من جديد مرتبطا بالصلح السابق¹

الفرع الثاني إنقضاء الصلح

الصلح بإعتباره عقد ملزم للجانبين فإنه كسائر العقود ينقضى دائما بالفسخ أو بالبطلان وفقا للقواعد

العامة.

1 عبد الرزاق السنهوري،مرجع سابق،ص 511 .

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

أولا : إنقضاء الصلح بالفسخ

عادة ما يرد الفسخ على العقود باعتباره نتيجة لعدم تنفيذ طرفي العقد لإلتزاماتهما المتفق عليها، فيعتبر كأنه لم ينعقد ويذول كل أثر له، وبالتالي يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا إستحال ذلك جاز الحكم بالتعويض لطالب الفسخ طبقا لنص المادتين 119 و 122 من القانون المدني، وله أن يسترد ما قضي به، فإذا، كان عينا يستردها وثمارها، وإذا كان مبلغا يسترده وفوائده، وبالتالي يعود النزاع الذي أنهاه الصلح إلى الظهور ويعود الأطراف إلى الحالة التي كانت قبل إبرام العقد، واسترداد كل متعاقد لما أعطاه إنما يكون على أساس ما دفع دون حق، وكل ذلك تطبيقا للقواعد العامة التي تقوم عليها نظرية الفسخ.

ثانيا : إنقضاء الصلح بالبطلان

قد يبطل عقد الصلح للغلط، وهو ما نصت عليه المادة 465¹ من القانون المدني وهذا إستثناء على القواعد العامة في القانون المدني التي تعتبر الغلط عيب يستوجب إبطال العقد متى توافرت شروط الغلط وفقا للمواد 81، 82، و 83 من القانون المدني، فلا يجوز للمتصالح أن يطعن في الصلح على أساس أنه يجهل وجود قاعدة قانونية تنص على إكتساب الملكية بالتقادم.

أما الغلط في الواقع في عقد الصلح فقد يؤدي إلى القابلية للإبطال تطبيقا للقواعد العامة في القانون المدني، مثال ذلك إذا وقع أحد المتصالحين في غلط جوهري بحيث لو علم به قبل إبرام الصلح لما أقدم على التصالح، ففي هذه الحالة جاز للمتصالح أن يتمسك بإبطال الصلح للغلط. وقد يكون عقد الصلح باطلا إذا وقع الصلح تنفيذا لسند باطل كان المتصالح يجهل هذا البطلان فهنا جاز له المطالبة للإبطال للغلط في الواقع. وقد يبطل الصلح للتدليس وهو ما نصت عليه المادة 86 من القانون المدني بنصها على أن: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجا إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة" فللمتصالح الحق في المطالبة بإبطال العقد للتدليس و ذلك إذا أثبت أن هنالك تحايلا غير مشروع أدى إلى إيقاعه في غلط مفسد للإرادة و تطبيقا لهذه المادة فإنه يمكن المطالبة بإبطال الصلح إذا كان قد حسم النزاع بين الطرفين أو حسم جزء منها ثم ظهرت بعد ذلك أوراق تثبت أن المتصالح الآخر لم يكن له الحق فيما كان يدعيه وفي هذه الحالة يكون الإبطال للتدليس.

كما يجوز إبطال الصلح للإستغلال، فإذا استغل أحد المتصالحين في المتصالح الآخر طيشا أو هوى

1 نص المادة 465 من القانون المدني "لا يجوز الطعن في الصلح بسبب الغلط في القانون "

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

جامح دفعه إلى قبول الصلح بغبن فادح فإنه يجوز لمن كان ضحية إستغلال أن يطالب بإبطال الصلح. ويختلف الأمر في صاحب الصفة في التمسك بالبطلان فيما إذا كان البطلان نسبيًا أم مطلقًا، فبالنسبة إلى البطلان المطلق يجوز لكافة أطراف الصلح التمسك به كأن يكون السبب غير مشروع يجوز لأي متصالح التمسك به، أما البطلان النسبي فإن الصفة في التمسك بإبطال الصلح لا تثبت إلا للمتصالح صاحب المصلحة في التمسك بالبطلان فإذا شاب عيب إرادة أحدهما فهذا الطرف وحده التمسك بالأبطال

و أن المادة 466 من القانون المدني تعادلها المادة 556 من القانون المصري¹ نصت على أن:

"الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله على أن هذا الحكم لا يسري إذا تبين من عبارات العقد أو من قرائن الأحوال أن المتعاقدين قد إتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض" طبقا لهذه المادة فإن بطلان شق من عقد الصلح يؤدي إلى بطلان العقد كله خلافا للقاعدة العامة التي تجيز البطلان فقط في الجزء القابل للإبطال، وفي هذا يختلف الصلح عن الحكم حيث بطلان الحكم في شق منه أو بالنسبة إلى بعض أطرافه لا يؤدي إلى بطلانه بالنسبة لباقي الأطراف.

وقد ينقضي الصلح بالبطلان كسائر العقود وتطبق بشأنه القواعد العامة للبطلان لكن هل يكتفي عقد الصلح بهذه

القواعد العامة أم أنه ينفرد بقواعد خاصة تميزه عن العقود الأخرى ؟

تنص المادة 466 من القانون المدني على أنه :

" الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله على أن هذا الحكم لا يسري إذا تبين من عبارات

العقد أو من قرائن الأحوال أن المتعاقدين قد إتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض

بالنظر إلى هذه المادة نجدها تقر ببعض المبادئ الهامة والمتمثلة في :

• أن الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله.

• لا يسري هذا الحكم إذا تبين من عبارات العقد أن أجزاء العقد مستقلة عن بعضها البعض.

فيكون الصلح وحدة لا تتجزأ وهذه الوحدة تكون في كل بنوده وشروطه وبالنسبة لجميع أطرافه، فبطلان جزء منه أو لطرف منه يقضي عليه بأكمله وفي كل أجزائه، وبالنسبة لجميع أطرافه، فإن جمع الصلح عدة متصالحين وكان منهم قاصر إلى جانب البالغين فيكون بطلانه بالنسبة للقاصر ولغير القاصر وإذا تضمن الصلح مسألة متعلقة بالحالة الشخصية إلى جانب ما ينجر عنها من حقوق مالية، كما هو الشأن بالنسبة لصفة الوارث والحقوق التي إنتقلت إليه عن طريق الإرث، فإن الصلح في هذه الحالة يقع باطلا برمته، وتستند هذه القاعدة إلى إرادة

1 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 598

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

المتصالحين الضمنية، فالصلح عبارة عن تنازل كل طرف عن جزء مما يدعيه من حقوق في مقابل نزول الطرف الآخر عن بعض ما يدعيه.

وبالتالي يفترض أن يكون قصدهما إتجه إلى جعل صلحهما وحدة لا تتجزأ، فإذا إنهار جزء منها إنهار العمل القانوني بأكمله، لكن هذه القاعدة ليست من النظام العام، فيجوز أن تتجه فيه نية المتعاقدين صراحة أو ضمناً إلى إعتبار أجزاء الصلح مستقلة عن بعضها البعض، فإذا بطل جزء منه بقيت الأجزاء الأخرى قائمة لأنها مستقلة عن الجزء الباطل وبذلك يمكن أن يتجزأ الصلح طبقاً لإرادة الطرفين، وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 466 من القانون المدني.¹

1 نص المادة 466 من القانون المدني "الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله على أن هذا الحكم لا يسري إذا تبين من عبارات العقد أو من فرائض الأحوال أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض"

المبحث الثاني

الوساطة كوسيلة بديلة لحل المنازعات التجارية

لقد جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09 08 المؤرخ في 25/02/2008 المعدل و المتم متبنيًا نظام الوساطة القضائية كأداة قانونية بديلة لتسوية النزاعات و تخفيف العبء على المحاكم وزيادة رضا الجمهور عن النظام القضائي حيث تعد الوساطة أداة فاعلة في تحسين العمل القضائي.

وقام بتنظيمها في الفصل الثاني من الباب الأول تحت عنوان الوساطة وخصص لها 12 مادة من 994 إلى 1005 كما تضمن المرسوم التنفيذي رقم 100/09 المؤرخ في 10/03/2009 كليات وشروط تعيين الوسيط القضائي واشتمل على 16 مادة.

وعليه سنتناول في هذا المبحث، الوسيط القضائي في المطلب الأول و اجراءات الوساطة القضائية و نتائجها في المطلب الثاني

المطلب الأول

الوسيط القضائي

إن الوسيط هو محور عملية الوساطة، فهو الشخص الذي تناط به مهمة تسوية النزاع وديا . لذلك فإن اختياره هو إجراء على قدر كبير من الأهمية، لأنه يتوقف عليه نجاح أو فشل مساعي الوساطة في الوصول إلى تسوية ودية وبالتالي فإن فاعلية نظام الوساطة يتوقف على حسن اختيار الوسيط وضرورة منحه الضمانات القانونية التي تكفل له الحماية والحصانة.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى خمس فروع نتناول في الأول تحديد الوسيط اما في الثاني الشروط الواجب توفرها فيه و الثالث للتسجيل في قوائم الوسطاء و الفرع الرابع لموانع الوساطة اما الخامس و الاخير فخصصناه لاعتاب الوسيط.

الفرع الأول: تحديد الوسيط القضائي

حسب المادة 997 / 1¹ من قانون الإجراءات المدنية و الادارية نفهم بأن الوساطة يمكن أن تسند إلى

شخص طبيعي أو إلى شخص معنوي.

أولاً: إسناد الوساطة لشخص معنوي:

1 الفقرة الأولى من نص المادة 997 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية "تسند الوساطة إلى شخص طبيعي أو إلى جمعية "

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

في حالة ما إذا كان الوسيط شخص معنوي الذي يتمثل في جمعية، فإن رئيسها يتولى تعيين أحد أعضائها للقيام بمهام الوساطة القضائية بإسمها، وهذا ما أشارت إليه المادة 997 في فقرتها الثانية على مايلي " :عندما يكون الوسيط المعين جمعية يقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء بإسمها ويخطر القاضي بذلك "

ثانيا إسناد الوساطة لشخص طبيعي:

"يجب أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك و الإستقامة " وهذا حسب المادة 998 من المرسوم التنفيذي رقم 100/09 يكون الوسيط من بين الأشخاص الذين يتمتعون بالنزاهة والكفاءة والقدرة على حل النزاعات وتسويتها بالنظر إلى مكانتهم الإجتماعية¹ " زيادة على هذه الصفات التي فرضها المشرع على الوسيط أضاف شروط أخرى وهذا ما سنراه في الفرع اللاحق

الفرع الثاني : شروط الواجب توفرها في الوسيط

بالنسبة للشروط التي فرضها المشرع على الوسيط هي:

1-أن لا يكون قد تعرض لعقوبة عن جريمة مخلة بالشرف وأن لا يكون ممنوعا من حقوقه المدنية.

2-أن يكون مؤهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه.

3- أن يكون محايدا ومستقلا في ممارسة الوساطة² .

زيادة على هذه الشروط أضافت المادة 1005 واجبا آخر على الوسيط وهو حفظ السر إزاء الغير.

بعد التمعن في هذه المادة أي المادة 998 نجد بأن المشرع الجزائري أضاف مايلي " :ويتم تحديد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم."

حسب المواد السابقة نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد شخصية الوسيط، على عكس المشرع الأردني الذي نص في المادة 2 من قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية على أنه " يجوز لوزير العدل تسمية وسطاء خصوصيين يختارهم من بين القضاة المتقاعدين والمحامين والمهنيين المشهود لهم بالحيادة والنزاهة و يحدد الوزير الشروط الواجب توفرها في الوسطاء الخصوصيين³ "

إشارة إلى أن المادة 998 حددت شروط الوسيط في حالة كونه شخص طبيعي دون الشخص المعنوي أي دون التمييز بينهما من حيث الشروط، وهذا لا يتناسب مع الشروط التي تضعها الجمعية لقبول أعضائها، وهذا ما يجعل

1 المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 100/09 .

2 تراري تاني مصطفى، "الوساطة كطريق لحل الخلافات في ظل قانون الاجراءات المدنية والإدارية"، مجلة المحكمة العليا،

ج2، الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة والصلح والتحكيم، 2009، ص560

3 المادة 2 من قانون الوساطة الأردني لتسوية النزاعات المدنية.

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

العضو المختار غير مؤهل للقيام بالوساطة كما أن المادة 2/3 من المرسوم السابق الذكر نصت على أنه " يمكن إختيار الوسيط من بين الأشخاص الحائزين على شهادة جامعية أو دبلوم أو تكوين متخصص أو أي وثيقة أخرى، تؤهله لتولي الوساطة في نوع معين من النزاعات. " إضافة إلى الشروط التي وضعتها المادة 998 من قانون إ.م.، فقد نص المرسوم التنفيذي على شروط أخرى في المادة 2 منه على مايلي " :أن يطلب تسجيله في إحدى قوائم الوسطاء القضائيين وذلك مالم يكن: قد حكم عليه بسبب جنائية أو جنحى باستثناء الجرائم غير العمدية، قد حكم عليه كمسير من أجل جنحة الإفلاس ولم يرد إعتباره. ضابطا عموميا وقع عزله أو محاميا شطب إسمه أو مواظفا عموميا عزل بمقتضى إجراء تأديبي نهائي "

الفرع الثالث : التسجيل ضمن قوائم الوسطاء

"يتم إختيار الوسيط القضائي من القوائم التي يتم إعدادها على مستوى كل مجلس قضائي لا يجوز لأي كان تحت طائلة الشطب، التسجيل في أكثر من قائمة للوسطاء القضائيين " أما بالنسبة للتسجيل في قوائم الوسطاء عن طريق توجيه طلبات التسجيل في قائمة الوسطاء القضائيين إلى النائب العام لدى المجلس القضائي الذي يقع بدائرة إختصاصه مقر إقامة المترشح. يجب أن يرفق الطلب بملف يشمل الوثائق الآتية:

- مستخرج صحيفة السوابق القضائية البطاقة رقم 3 لا يزيد تاريخه عن ثلاثة (3) أشهر
- شهادة الجنسية
- شهادة تثبت مؤهلات المترشح عند الإقتضاء
- شهادة الإقامة

بعد إجراء تحقيق إداري من طرف النائب العام، يحول الملف إلى رئيس المجلس القضائي الذي يستدعي لجنة الإنتقاء لدراسة الطلبات والفصل فيها.

تجتمع لجنة الإنتقاء بمقر المجلس القضائي وتتشكل من:

- رئيس المجلس القضائي رئيسا.
- النائب العام.
- رؤساء المحاكم التابعة لدائرة إختصاص المجلس القضائي المعني.

كما يجوز للجنة أن تستدعي أي شخص يمكنه أن يفيدها في أداء مهامها .

يتولى رئيس أمانة الضبط المجلس القضائي أمانة اللجنة¹ طبقا للمادة 08 من المرسوم التنفيذي 100/09

1 بوزنة ساجية، المرجع السابق، ص90

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

ترسل القوائم إلى وزير العدل،حافظ الأختام للموافقة عليها بموجب قرار

كما تراجع هذه القوائم سنويا من طرف لجنة الإنتقاء خلال شهرين قبل إفتتاح كل سنة قضائية

كما أشارت المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 100/09 على أن الوسيط القضائي يؤدي اليمين أمام المجلس

القضائي المعين في دائرة إختصاصه وذلك قبل ممارسة مهامه،أما عن اليمين القانونية فتتمثل في القسم التالي:

(أقسم بالله العلي العظيم أن أقوم بمهمتي بعناية وإخلاص وأن أكتم سرها وأن أسلك في كل الظروف سلوك الوسيط

القضائي النزيه والوفي لمبادئ العدالة والله على ما أقول شهيد)

الفرع الرابع :موانع الوساطة

للوسيط القضائي مهمة يكلف بها وهو التوسط من أجل الوصول إلى حل لنزاع،ولكن من الشروط الواجب

الإتصاف بها هو الحياد،بحيث لا يميل إلى طرف دون الآخر مع العلم أنه في حالة وجود صداقة أو قرابة بين أحد

الأطراف المتنازعة والوسيط على هذا الأخير إعلام القاضي من أجل رده،لأن ذلك يعد مانع من موانع الوساطة

القضائية وهذا ما أشارت إليه المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم. 100/09 "يجب على الوسيط القضائي أو أحد

أطراف النزاع الذي يعلم بوجود مانع من الموانع المذكورة أدناه،أن يخطر القاضي فورا قصد إتخاذ مايراه مناسبا من

إجراءات لضمان حياد الوسيط وإستقلاليته

- " إذا كانت له مصلحة شخصية في النزاع،

- إذا كانت له قرابة أو مصاهرة بينه أو بين أحد الخصوم،

- إذا كانت له خصومة سابقة أو قائمة مع أحد الخصوم،

- إذا كان أحد أطراف الخصومة في خدمته،

- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم صداقة أو عداوة "

الفرع الخامس : أتعاب الوسيط

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى أتعاب الوسيط في نص المادة 12 /1 من المرسوم التنفيذي رقم 100/09 التي

تنص على مايلي " :يتقاضى الوسيط القضائي مقابل أتعاب،يحدد مقداره القاضي الذي عينه " من هذه المادة نجد أن

المشرع ذكر أتعاب الوسيط كمقابل عن أداء مهامه،لكن لم يبينها على وجه التحديد بل ترك السلطة التقديرية في يد

القاضي لتحديد¹

فالإضافة التي قدمها المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة 12 هو أن " : يمكن للوسيط أن يطلب من

1 لوشان علي،المرجع السابق،ص26

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

القاضي تسبقاً، يخصص من أتعابه النهائية." زيادة على ذلك يتحمل الأطراف مناصفة مقابل أتعاب الوسيط القضائي، ما لم يتفقوا على خلاف ذلك، أو ما لم يقرر القاضي خلال ذلك بالنظر إلى الوضعية الاجتماعية للأطراف . كما يتعرض الوسيط لشطب في حالة تلافيه أتعاب غير التي يحددها القاضي، مع الإلتزام باسترجاع الأتعاب المقبوضة بغير حق.

على عكس المشرع الأردني الذي نص في المادة 9 من قانون الوساطة الاردني بحيث ميز بين أتعاب الوساطة في حال نجاحها، فإن المدعي يسترد نصف الرسوم التي دفعها للمحكمة، ويدفع النصف الآخر للوسيط على أن لا تقل عن مبلغ 300 د. أردني، وإذا كان أقل فإن الطرفين يدفعها بالتساوي، أما إذا فشلت الوساطة يقدرها قاضي إدارة الدعوى بما لا يتجاوز 200 د. أردني، قد أحسن المشرع الأردني في التمييز بينهما، وذلك من أجل تحفيز الوسيط على أداء مهامه على أحسن وجه والوصول إلى حل يرضي الطرفين.

المطلب الثاني

إجراءات الوساطة القضائية ونتائجها

بعد دراستنا في المبحث السابق للمجال الذي يمكن فيه القيام بعملية الوساطة، وتبيان كيفية تعيين

الوسيط القضائي سنتطرق في هذا المطلب لسير الوساطة، وذلك من خلال إظهار المراحل والاجراءات المتبعة في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فنخصصه للنتائج المترتبة عن عملية سير الوساطة القضائية.¹

الفرع الأول: إجراءات سير الوساطة القضائية

لسير الوساطة القضائية لا بد من إجراءات، وهذه الأخيرة تتمثل في دور الوسيط لحل النزاع ويظهر

ذلك بعد موافقة الخصوم، وتحديد الآجال الخاص بالوساطة لكن التساؤل الذي يثار:

هل في هذه المرحلة للقاضي الحق في التدخل لإتمام عملية الوساطة؟

وهذا ما سنراه في الفروع اللاحقة.

أولاً: سير الوساطة

لقد حدد المشرع الجزائري الوساطة في اثنا عشر مادة كاملة أين أظهر من خلال هذه المواد إجراءات

سير الوساطة وآثارها.

ولقد إختصرت المواد من 999 إلى 1001 مراحل سير الوساطة من مدتها، وكذا قبول المتنازعين

1 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 596 و ما يليه

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

الوساطة كحل بديل، صنف إلى تلك المواد المادتين 994 في فقرتها الثانية، و 996 اللتان حددتا مهام وصلاحيات الوسيط من أجل الوصول إلى حل يرضي الطرفين.

مرحلة سير الوساطة بمثابة تحقيق يتم استدعاء المتنازعين للسماع إليهم وكذا الأشخاص الآخرين للإدلاء بأقوالهم إذا كان في ذلك فائدة.

أ. : عرض القاضي الوساطة على الخصوم

أثارت المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم " من هذه المادة نفهم أنه من وجوب القاضي عرض الوساطة على الخصوم، وفي حالة موافقتهم يتم تعيين الوسيط القضائي.

يجب أن يتضمن أمر القاضي بتعيين الوسيط ما يأتي "موافقة الخصوم " حسب المادة 1999. كما أضافت المادة 1000 من نفس القانون على أنه " بمجرد النطق بالأمر القاضي بتعيين الوسيط، يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم والوسيط "

ب. تحديد مدة الوساطة

ثاني مرحلة نص عليها المشرع الجزائري في المادة 999 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بعد قبول الخصوم هو تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته وتاريخ رجوع القضية إلى الجلسة، حسب هذه الفقرة، نجد أن المشرع الجزائري منح للوساطة مدة معينة من أجل الوصول إلى حل للنزاع، ويتمثل ذلك من خلال تحديد التاريخ الذي يتم فيه رجوع القضية للجلسة، والأجل الممنوح للوساطة، في هذا الإطار يتضمن اصلا وإستثناء :

- الأصل هو تحديد المدة بثلاثة أشهر حسب المادة 996 فقرة 1 وهي تنص على مايلي "لا يمكن أن تتجاوز مدة الوساطة ثلاثة أشهر"، ويبدأ إحتساب هذه الفترة من تاريخ تبليغ الوسيط بمحتوى الحكم أو القرار.¹
- الإستثناء هو القابلية التي وضعها المشرع الجزائري في تجديد المدة بشرط أن تكون مرة واحدة وقياس زمني مقدر بثلاثة أشهر طبقا للفقرة الثانية من المادة 996 .

يمكن تمديد المدة بطلب من الوسيط مع شرط موافقة الخصوم، والسلطة التقديرية في التمديد تعود للقاضي²

ت. دور الوسيط في حل النزاع

في هذا الفرع سنقوم بدراسة المراحل التي تمر عليها الوساطة، والدور الفعال للوسيط فيها.

1 سنفوقه سائح، قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج2، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص1183

2 هراة عبد الكريم، " الصلح والوساطة كبدائل جديدة لفض المنازعات القضائية في القانون الجزائري"، نشرة المحامي، عدد

9، سطيف، 2009، ص 27

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

1- دعوة الخصوم:

فبعد تحديد القاضي لتاريخ أول جلسة يقوم الوسيط بدعوة الأطراف المتنازعة إلى أول لقاء¹. وذلك حسب المادة 1000 فقرة " 2 يخطر الوسيط القاضي بقبوله مهمة الوساطة دون تأخير يدعو الخصوم إلى أول لقاء للوساطة" إذن يعتبر دعوة الطرفين إلى أول جلسة بمثابة الإجراء الأولي الذي يقوم به الوسيط، بشرط إلتزامه بحفظ السر إزاء الغير.

2- تلقي وجهة نظر الأطراف :

الفقرة 2 من المادة 994 نصت على أنه حين قبول الخصوم لإجراء الوساطة على القاضي المبادرة في تعيين الوسيط، وذلك بهدف تلقي وجهات نظر كل طرف بغية الوصول إلى حل يرضي الطرفين، ويزيل ذلك الخلاف، إلا أن لا يصح للوسيط أن ينفرد بأحدهما دون الآخر².

3- الإستماع للغير:

زيادة على سماع الوسيط للمتازعين فيمكن له سماع لأي شخص يرى في سماعه فائدة، وهذا الذي أدلت به المادة 1001 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية بأن " يجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل بذلك ويرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع " كما يمكن لممثلي الخصوم ومستشارهم أن يحضروا الجلسات التي تكون بين الوسيط والخصوم³. هناك إشكالية تثار حول صفة الوسيط في سماع الغير لأن في الواقع الوسيط لا يمكن أن يصل إلى درجة القاضي، كما أن أقوالهم لا تعاد بمثابة شهادة شهود، لأن هذه الأخيرة ترتبط دائما باليمين. الذي يدلي به مسبقا قبل الشهادة، وهذا نقيض الإستماع، كما أن الوسيط لا يملك السلطة مثل القاضي، لذا فالإستماع للغير لا يعتبر شهادة بل مساعدة للوصول إلى حل للنزاع .

4- محاولة الوسيط في التوفيق:

المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية أشارت إلى محاولة التوفيق بينهم وذلك من أجل إيجاد حل للنزاع " إذا قبل الخصوم هذا الإجراء يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم، ومحاولة التوفيق بينهم . لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع . والمشرع الجزائري نص في المادة 1/995 من قانون الاجراءات المدنية والادارية "تمتد الوساطة إلى كل أنواع النزاع او جزء منه " يتضح من خلال هذه المادة ان في الوساطة لم يشترط

1 تراري تاني مصطفى، المرجع السابق، ص 563

2 سنقوقة سائح، المرجع السابق، ص 1184

3 الزاهي عمر، المرجع السابق، ص 593

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

فيها حل كل النزاع بل يمكن حل شق معين من النزاع، أما الجزء الآخر فيستمر بإجراءات التقاضي العادية. على الوسيط أن يكون على دراية . بعناصر المنازعة لتوجيه الخصوم للحلول المرضية لمصالحهم¹ . ويمكن للوسيط الرجوع إلى القاضي الذي كلفه بالمهمة، متى واجه أية صعوبة من أجل اتخاذ التدابير اللازمة²، وهذا ما عبرت عنه المادة 1001 لهذا نرى بأن الوسيط يمكن أن يقترح أي حل يراه في صالح الأطراف المتنازعة، وقد يؤدي إلى حل للنزاع.

ثانيا سلطات القاضي

كما سبق لنا الإشارة في الفروع السابقة على أن الوساطة تسند لشخص محايد خارج عن النزاع إذن نفهم بأن الوساطة تتم عن طريق الوسيط فهل هذا يعني إستبعاد القاضي عن الخلاف؟ فهل له دور أو سلطات يصدرها أثناء عملية الوساطة؟.

للإجابة على هذا التساؤل لابد من تبيان سلطات القاضي، وهذه الأخيرة محددة في قانون الاجراءات المدنية والادارية وهي تبقى سارية طوال فترة سير الوساطة القضائية فحسب المادة 994 السابقة الذكر القاضي هو من يعتبر مجبر على عرض الوساطة على الخصوم .

كما نصت الفقرة 2 من نفس المادة على أن القاضي هو من يقوم بتعيين الوسيط القضائي الذي يكلف بحل النزاع . أما المادة 995 أضافت بأن القاضي لا يتخلى عن القضية في حالة الوساطة بحيث يمكن للقاضي، التدخل في أي مرحلة من مراحل سير الوساطة، واتخاذ أي تدبير يراه ضروري لتسهيل مهام الوسيط كما لا يمكن للقاضي إصدار أي حكم في هذه المرحلة³.

فضلا عن هذا يتمتع القاضي خلال فترة إجراء الوساطة القضائية بسلطة إنهاء الوساطة القضائية في أي وقت⁴.

الفرع الثاني: نتائج الوساطة القضائية

بعد رؤيتنا لكل المراحل التي تمر عليها الوساطة أثناء سيرها نتوصل إلى النتائج التي تترتب عنها والتي تتمثل

فيمايلي:

النهاية العادية للوساطة أي إنتهاء مهام الوسيط، وقد تكون ناجحة وتكلل بمحضر صلح، كما قد تكون غير ناجحة ويحرر الوسيط محضر عدم الصلح.

1 نيب عبد السلام، المرجع السابق، ص 554

2 جلول دليلة، المرجع السابق، ص 49

3 نيب عبد السلام، المرجع السابق، ص 550

4 هرادة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 28

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

غير أنه يمكن للوساطة أن تنتهي من طرف القاضي وهي النهاية الغير العادية وذلك في حالة استحالة السير الحسن للوساطة.

أولاً: النهاية الغير العادية للوساطة

في هذا الفرع سنحاول دراسة النهاية التي تكون غير عادية لأن الأصل كما سبق هو إنتهاء الوسيط لمهامه سواء في مدة ثلاثة أشهر أو بعد تجديد المدة، لكن العكس هنا القاضي هو من يقوم بإنهاء عملية الوساطة والمادة 1002 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية نصت على مايلي " :يمكن للقاضي في أي وقت إنهاء الوساطة بطلب من الوسيط أو الخصوم ويمكن للقاضي إنهاء الوساطة تلقائياً عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها " . حسب هذه المادة نفهم من الفقرة 1 بأنه يمكن للقاضي إنهاء الوساطة بطلب من الوسيط، وذلك خاصة في حالة عدم القدرة على المواصلة في السير الحسن للوساطة، وكما يمكن أن يكون الإنهاء بطلب من الخصوم، أما الفقرة 2 فقد أضافت سلطة أخرى للقاضي، وهي سلطة إنهاء الوساطة من تلقاء نفسه وذلك في حالة وجود سوء تصرف من طرف الوسيط، أو عدم جدوى الوساطة أصلاً، أو لأي سبب جدي آخر يرى فيها القاضي إنهاء الوساطة أفضل¹ . وفي جميع الحالات ترجع القضية إلى الجلسة، ويستدعي الوسيط الخصوم إليها عن طريق أمين الضبط، يتم إرجاع القضية إلى الجلسة التي حددها القاضي مسبقاً أي أثناء تعيين الوسيط، والطلب من أجل إصدار أمر نهائي للفصل في النزاع، والدافع من قيام القاضي باستدعاء الوسيط والخصوم بعد إعادة جدولة القضية هو السماع إليهم.

ثانياً: النهاية العادية للوساطة

بالنسبة للنهاية العادية هي التي تكون بانتقاء الوسيط لمهامه في المدة المحددة له من طرف القاضي، وهذا وفقاً لما جاء في المادة 1/1003 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية التي نصت على مايلي "عند إنهاء الوسيط لمهامه يخبر القاضي كتابياً بما توصل إليه الخصوم من إتفاق أو عدمه " كما أضافت هذه الفقرة من المادة 1003 "على الوسيط إخبار القاضي بكل ما توصل إليه، والوسيط عند إنهاء مهامه قد يتوصل إلى حل للنزاع أو العكس".

أ. في حالة فشل الوساطة

المشرع الجزائري لم ينص على حالة عدم نجاح الوساطة، فقد ركز على حالة الإتفاق فقط، وهذا عكس المشرع الأردني الذي نص على فشل الوساطة وذلك من خلال فرض على الوسيط تقديم للقاضي تقرير يبين فيه أسباب فشل الوساطة²، وهذا طبقاً للمادة 7 من القانون الأردني التي تنص على مايلي " :إذا لم يتوصل الوسيط لتسوية النزاع

1 سنقوكة سائح، المرجع السابق، ص 1189

2 عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 113

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

فعلية تقديم تقرير إلى القاضي إدارة الدعوى، أو قاضي الصلح يذكر فيه عدم توصل الأطراف إلى تسوية على أن يوضح في هذا التقرير مدى التزامهم و وكلاتهم بحضور جلسات الوساطة.

أما إذا فشلت الوساطة بسبب تخلف أحد الأطراف أو وكيله عن حضور جلسات التسوية فيجوز لقاضي إدارة الدعوى، أو قاضي الصلح فرض غرامة على ذلك الطرف أو وكيله " ...من هذه المادة نتوصل إلى القول بأن الوساطة في حالة نجاحها أو فشلها تتوقف على شخصية ذلك الوسيط الذي يتم تعيينه للوصول إلى حل يتم من خلاله تسوية النزاع وديا".

ب. في حالة نجاح الوساطة

المشعر الجزائري كغيره من المشرعين الآخرين نص على حالة النجاح وهو الهدف الأصلي للوساطة، وعلى

الوسيط إذا توصل إلى إتفاق أن يحرر محضر الصلح ويتم التوقيع عليه من طرف

الخصوم والأطراف¹، فحسب المادة 1003 فقرة 2 " في حالة الإتفاق يحرر الوسيط محضرا يضمه محتوى الإتفاق، ويوقعه والخصوم " تعاد القضية إلى الجلسة المحددة لها ويقوم القاضي بالمصادقة على ذلك المحضر بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ويصبح قابلا للتنفيذ.²

ولقد تشعبت الأراء حول التراجع عن محضر الاتفاق ولهذا يثار إشكال حول ذلك.

نجد أن المشعر الجزائري منح للوسيط حرية تحرير المحضر والتوقيع عليه، وهذا ما جعله يكسب صفة الموثق، ثم يقوم القاضي بالمصادقة على ذلك المحضر وهو ما يكسبه الصيغة التنفيذية عليه، يتم المحافظة على المحضر لدى أمانة الضبط، وتسلم نسخة منه لمن يطلبها من الخصوم ليستعملها كإجراء التنفيذ الجبري.

لهذا فإن التراجع عن محضر الاتفاق غير ممكن لأن ذلك يدفع بالخصم لاستعمالها كوسيلة لإطالة النزاع، إلا أنه في حالة الضغط والتدليس يمكن التراجع عنه .³ وحجية محضر الاتفاق لا يتعدى إلى الغير فيتعلق بالخصوم فقط، إلا أنه يمكن للغير الذي يتضرر من جراء هذا الاتفاق أن يدفع ببطلانه، وطلب إغائه أمام قاضي الموضوع .

1 سنقوطة سائح، المرجع السابق، ص 1190

2 لوشان علي، المرجع السابق، ص 26

3 آيت عبد المالك لامية، إسماعيل لطفي، المرجع السابق، ص 62

المبحث الثالث

التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات التجارية

سنحاول من خلال هذا المبحث دراسة التحكيم التجاري كوسيلة لحل المنازعات التجارية، من خلال

اتفاقيات التحكيم (المطلب الأول) وكذا الخصومة التحكيمية (المطلب الثاني)

المطلب الأول

اتفاقيات التحكيم

نظرا لما يتميز به التحكيم من بساطة في الإجراءات كون هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأكثر من

القضاء الوطني فيما يتعلق بإجراءات التقاضي، احترام المبادئ الأساسية.

الفرع الأول شرط التحكيم:

يتميز شرط التحكيم باعتباره تصرفا قانونيا كونه بندا يتفق عليه قبل نشوء الالتزام وهو ما يعرف بشرط التحكيم ومنه يكون الالتزام معلقا على شرط واقف هو حصول النزاع، فقد جاء في نص المادة 1007 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أن " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الاطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".
يتضح من هذه المادة أن شرط التحكيم هو اتفاق يلتزم بموجبه الاطراف في الخصومة المتضمن العقد الاصلي، أي العقد المتعلق بنشاطهم التجاري لأن العقود التجارية متنوعة، بعرض نزاعهم المحتمل نشوئه مستقبلا على التحكيم بشأن هذا العقد طبقا لما نصت عليه المادة 1006 من نفس القانون، ومن هنا يتجلى اختلافه عن اتفاق التحكيم لان شرط التحكيم ليس مستقلا عن العقد الاصلي الذي أبرمه الأطراف وانما يشكل بندا نشب نزاع بينهم يعرض هذا النزاع على التحكيم، وتضيف المادة 1008 من نفس القانون أن شرط التحكيم يجب أن يثبت تحت طائلة البطلان بالكتابة سواء في الاتفاقية الأصلية أو ضمن الوثيقة التي تستمد إليها، كما أن شرط التحكيم يجب أن يتضمن أيضا تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو المحكين مع تحديد كيفية تعيينهم¹.

1. بن قويدر الطاهر، الضمانات المقررة للتاجر في القانون التجاري والتشريع الجبائي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه (ل م

د)، في الحقوق، تخصص قانون خاص جامعة عمار تليجي، الاغواط، 2017/2018 ص 187.

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

الفرع الثاني: اتفاق التحكيم

يمكن تعريف اتفاق التحكيم أنه الذي يتفق بمقتضاه الفرقاء على حل النزاع الناشئ أو المحتمل نشوئه بواسطة التحكيم، ويمنح المحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم ويجعل محاكم الدولة غير مختصة للفصل فيه، ويسمى أيضا بمشارطة التحكيم وقد نصت المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما يلي "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"، من هذا النص يتضح أنه بموجب هذا الاتفاق يتم عرض النزاع الذي سبق نشوؤه بمناسبة العقد المبرم بين الطرفين على التحكيم وباعتباره عقدا لاحقا ومستقلا عن العقد محل النزاع، فقد اشترطت المادة 1012 من نفس القانون أن يكون هذا الاتفاق مكتوبا كما يجب تحت طائلة البطلان أن يتضمن موضوع النزاع أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم، وبما أن اتفاق التحكيم من العقود فلا بد أن تتوفر فيه الشروط العامة التي تطلبها كافة العقود من رضا خالي من العيوب، بالإضافة إلى المحل والسبب وأن يكونا مشروعين، كما أنه لا بد أن يتضمن اتفاق التحكيم الشروط المشار إليها أعلاه المنصوص عليها في المادة 1012 المذكورة انفا وهي ذكر موضوع النزاع أسماء المحكمين¹. ولقد حددت المادة 1006 المجالات التي يجوز التحكيم فيها كما حددت مجالات لا يجوز التحكيم فيها فقد نصت المادة اعلاه على كما حددت مجالات لا يجوز التحكيم فيها، فقد نصت المادة اعلاه على "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في اطار الصفقات العمومية²

2 مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات (حسب اخر تعديل لقانون الاجراءات المدنية والادارية) ص56

3 بن قويدر الطاهر، المرجع السابق، ص188

المطلب الثاني

الخصومة التحكيمية

من خلال هذا المطلب نتعرف على إجراءات التحكيم (فرع الأول)، وكذا انتهاء الخصومة التحكيمية

(فرع الثاني) و طرق الطعن في أحكام التحكيم وكيفية تنفيذها (فرع الثالث)

الفرع الأول: إجراءات التحكيم

إن إجراءات التحكيم هي جملة من الاعمال الإجرائية الهدف منها هو الوصول إلى حكم يصدر عن

هيئة التحكيم، وفي التالي نعرض تشكيل هيئة التحكيم (أولا)، وشروط المحكم (ثانيا)

أولا: تشكيل هيئة التحكيم

تنص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية علي "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي"، يتضح من نص المادة أن محكمة التحكيم يتم تشكيلها من محكم واحد على الأقل وأن يكون عددهم 1 أو 3 أو 5 مثلا، ولم يشترط حد أقصى ولعل اشتراط الفردية في العدد الغرض منه تجنب تساوي الاصوات، والاتفاق على التحكيم سواء كان شرطا أي بندا في العقد أو كان اتفاقا يجب ان يتضمن تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين، أو كيفية تعيينهم، كما اضافت المادة وجوب تضمين اتفاق التحكيم موضوع النزاع، ولا يعد تشكيل هيئة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون المهمة المسندة إليه وقد تعترض صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم سواء بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، فرئيس المحكمة الواقعة في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه هو الذي يتولى تعيين المحكم أو المحكمين، هذا ما جاء في نص المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتضيف نفس المادة أنه في حالة إذا كان التحكيم باطلا أو غير كافي لتشكيل محكمة التحكيم فإن رئيس المحكمة المختصة يقوم بمعاينة ذلك ويصرح بالأوجه للتعيين¹

ثانيا: شروط المحكم

المحكم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم، قد يتم تعيينه من

جانب المحكمة إذا كان التشريع يجيز ذلك للقيام بذات المهمة.

1 نبيل صقر، الوسيط في الاجراءات المدنية والإدارية، (قانون رقم 09_08 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008)، دار الهدى للطباعة و

النشر والتوزيع، ط، الجزائر، 2008، ص 575

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

تنص المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصاً معنوياً تولى هذا لأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم"، من نص المادة يتضح أن هناك شروط في المحكم يجب توافرها إذا كان شخصاً طبيعياً لكي تسند عليه مهمة التحكيم، فيجب أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية، وبهذا يجب ألا يكون محكوماً عليه في جنائية أو جنحة والّا يكون قاصراً ومحجوراً عليه وتضيف نفس المادة في فقرتها الثانية والأخيرة حالة أخرى تتمثل في تعيين عضو أو أكثر من أعضائه ليتولى صفة محكم، وذلك نظراً لأن الشخص المعنوي لا بد له من نائب يعبر عن إرادته طبقاً لما نصت عليه 50 من القانون التجاري الجزائري، والملاحظ أن المشرع لم يشترط شروط أخرى في المحكم خلافاً لما رأيناه، وبالتالي اختيارهم يخضع لارادة الأطراف الحرة بموجب اتفاقهم، وقد يرفض المحكم المهمة المسندة إليه ففي هذه الحالة وحسب المادة 1012 الفقرة الأخيرة منها يستبدل المحكم بغيره وذلك بموجب أمر من رئيس المحكمة المختصة¹.

وتكمن الإشارة إلى أنه يمكن رد المحكم في الحالات التي نصت عليها المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي:-

_عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف،

_عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،

_عندما يتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

ولا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي عينه وأشار في تعيينه إلا إكان سبب الرد قد علم به بعد هذا التعيين².

الفرع الثاني: انتهاء الخصومة التحكيمية

تبدأ الدعوى التحكيمية بإيداع طلب التحكيم و تستمر إلى غاية نهايتها، فتنتهي بكيفية ما (أولاً) مخلفة

بذلك آثار هامة (ثانياً) .

أولاً : كيفية نهاية الدعوى المعروضة على محكمة التحكيم :

تنتهي الخصومة التحكيمية نهاية طبيعية بمجرد الفصل في النزاع، غير أنه يمكن أن تنتهي قبل ذلك

1 بن قويدر طاهر، مرجع سابق، ص 189

2 بن قويدر طاهر، مرجع سابق، ص 190

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

فتكون نهايتها غير طبيعية .

أ : النهاية الطبيعية للخصومة التحكيمية :

تنقضي الخصومة التحكيمية طبيعياً بمجرد الفصل في النزاع و ذلك بعد دخول القضية للمداولة، حيث يحدد المحكمون تاريخها و يبلغونها للأطراف، و بحلول هذا التاريخ لا يمكن للخصوم عرض طلبات و وسائل جديدة فلا ملاحظات ولا أي وثيقة يمكن دفعها الا ان طلبت محكمة التحكيم ذلك¹. حيث تفصل في النزاع في اطار التحكيم التجاري الدولي وفق المادة 1050 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، و الا فيتم ذلك حسب قواعد القانون و الاعراف التي تراها ملائمة كأن تفصل عن طريق التحكيم بالصلح و العدل و الانصاف، بمعنى الفصل في قواعد العدالة كما يملئها عليها ضمير المحكمين .

ففي هذه الحالة المهم ان تحترم محكمة التحكيم المبادئ العامة للتقاضي ولو لم ينص عليها القانون حيث لا يمكن التغاضي عنها و ان عمل الخصوم على اعفاء المحكمين منها، ومن هذه المبادئ نجد احترام حق الدفاع و احترام مبدأ المواجهة و المساواة بين الخصوم .

اما بالنسبة للتحكيم الداخلي فتلزم هيئة التحكيم بموجب المادة 1023 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بالفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون لا غير .
ب: النهاية الغير الطبيعية للخصومة التحكيمية :

تنتهي الخصومة التحكيمية نهاية غير طبيعية ان حدث أمر تسبب في وضع حد لها قبل صدور حكم

فاصل في النزاع، و منها مثلاً ترك المدعي للخصومة وعدم اعتراض خصمه على ذلك² .

فبالنسبة للتحكيم التجاري الدولي لم يحدد قانون الاجراءات المدنية والادارية الحالات التي تنتهي فيها الخصومة بهذا الشكل تاركاً الامر لسلطان ارادة الخصوم .

أما في التحكيم الداخلي فقد عدت المادة 1024 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الحالات التي ينتهي فيها التحكيم قبل الفصل في النزاع و التي تتمثل فيما يلي :

- وفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر و تحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط

مخالف، أو اذا اتفق الاطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين .

1 عبد الحميد الاحدب، مرجع سابق، ص 117-118

2 نسرين كروم، مرجع سابق ص 135

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

و في حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 من قانون الاجراءات المدنية والادارية المتعلقة بتشكيل محكمة التحكيم .

- انتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تستطع المدة فبإنتهاء مدة أربع اشهر .
- بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه .
- بوفات أحد أطراف العقد .

و يرى المؤلف عبد الحميد الاحدب في شأن هذه المادة انها واضحة فيما يخص انتهاء التحكيم بوفاة أحد المحكمين أو رفض محكم القيام بمهمته الا اذا كان هناك شرط مخالف .
و لكن حصول مانع للمحكم كأن يمرض أو يتزوج من أحد الطرفين أو ممن يرتبط بهم برابطة قرابة أو مصاهرة يجعل النص ملتصقا و غامضا .

فيتساءل هذا المؤلف عن سبب نهاية التحكيم بزواج المحكم أو مرضه مثلا ؟
فلماذا لا يستبدل هذا المحكم و فقط ؟

كما يرى ان هذه المادة تذهب إلى مزيد من الغموض بالنص على أن التحكيم ينتهي اذا اتفق الأطراف على استبداله (المحكم) أو استبداله من المحكم أو المحكمين الباقين، وفي حال غياب الاتفاق تنص المادة 1009 من قانون الاجراءات المدنية والادارية لذلك نطرح التساؤلات التالية :

1 اذا اتفق الأطراف على استبدال المحكم، فلماذا ينتهي التحكيم؟

2 ما معني استبدال المحكم الذي يتفق عليه الأطراف من المحكم أو المحكمين الباقين ؟

هل المقصود هو استبدال المحكم بمحكم أم هو موافقة باقي المحكمين على الاستبدال ؟

3 ماذا جاءت تفعل المادة 1009 من قانون الاجراءات المدنية والادارية ؟ فهي تتعلق بحل صعوبة تشكيل المحكمة التحكيمية بفعل أحد الاطراف و انقاذ القضاء لهذا الوضع .. فلماذا وكيف ينتهي التحكيم عند تعيين القضاء لهذا المحكم الذي كان تعيينه يشكل صعوبة ذلها القضاء¹ ؟

فكل هذه التساؤلات جعلت عبد الحميد الاحدب يري ضرورة اعادة النظر في المادة 1024 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، فهذا الاخير ربما يكون على حق بخصوص الغموض الذي يكتنف هذه المادة فيما يخص المقصود باستبدال الحكم، الا ان رأيه قد لا يكون صحيحا بخصوص حدوث مانع للمحكم لان المادة واضحة في هذه الحالة بنصها على : " ما لم يوجد شرط مخالف، أو اذا اتفق الاطراف على استبداله " كما أن هذه المادة لم

1 عبد الحميد الاحدب، مرجع سابق، ص 127

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

تنص على انتهاء التحكيم باتفاق الاطراف على استبدال المحكم، واما الاستبدال هنا هو الحل لتجنب نهاية التحكيم بسبب وفاة محكم أو رفضه بمهمته بمبرر أو تحيته أو حصول مانع له .

كما ان احالة المادة 1024 من قانون الاجراءات المدنية والادارية إلى المادة 1009 من نفس القانون لا يشكل أي غموض، لان المادة 1024 في هذه الحالة وضعت حل لمشكل قد يثور عند عدم اتفاق الاطراف على استبدال المحكم، و ذلك برفع هذا المشكل إلى رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل ابرام العقد أو محل تنفيذه .
ثانيا : اثار نهاية الدعوى التحكيمية :

تنتهي الدعوى التحكيمية بمجرد النطق بالحكم التحكيمي، فيتزيب عن ذلك أثرين هامين هما تخلي المحكم عن النزاع و حيازة الحكم الشئ المقضي فيه .

أ. تخلي المحكم أو المحكمون عن القضية :

يتخلى المحكم أو المحكمون عن القضية بمجرد الفصل في النزاع، فلا يكون لهم اعادة النظر في الحكم الصادر عنهم لخروج النزاع عن ولايتهم، كما لا يسوغ لهم تعديله و ان جاز لهم تصحيح الاخطاء المادية¹، و الاغفالات التي تشوبه و تفسير منطوقه .

ففي التحكيم الداخلي نصت المادة 1030 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في فقرتها الأولى على مبدأ تخلي المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه، و تضيف في فقرتها الثانية على امكانية المحكم تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية و الاغفالات التي تشوبه طبقا للأحكام الواردة في قانون الاجراءات المدنية والادارية، حيث يتم طلب التفسير و التصحيح بموجبه و فق المادتين 285 و 286 منه و ذلك بعريضة مشتركة من الخصوم أو من أحد منهم، ثم يفصل في الطلب بعد سماع الأطراف الذين يحضرون الجلسة عند تبليغهم بتاريخها و ساعتها و مكانها .

أما الأحكام المنظمة للتحكيم التجاري الدولي فلم تتضمن نصا يقضي بنفس مضمون المادة 1030 من قانون الاجراءات المدنية والادارية . وغياب نص كهذا يعتبر أمرا غير مقبول لكونه و سيلة تمنع الخصوم من اعادة اثار النزاع المفصول فيه، كما تسمح لهم بتفسير الحكم و تصحيح الأخطاء المادية أو حتى تكملة الحكم بشأن المسائل التي أغفل المحكمون الفصل فيها .

فكل هذه الأمور تعتبر مهمة بل ضرورية جدا في مادة التحكيم التجاري الدولي، و مع ذلك فإنه بتخلي المحكم عن القضية تكون له دائما صلاحية تفسير الحكم و تصحيحه .

1 عبد الهادي عباس، جهاد هوش، مرجع سابق، ص 137

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

ب. حيافة حكم المحكم حجية الشيء المقضي فيه :

تختلف حجية الحكم عن قوته التنفيذية التي لا تمنح له إلا بعد استنفاد اجراءات التنفيذ، و الهدف من الحجية هو وضع حد لصدور أحكام متناقضة في خصومة واحدة، إذ يمنع الأطراف من إعادة مناقشة مسألة تم الفصل فيها بدعوى أخرى أمام نفس المحكمة شرط وحدة الموضوع و السبب و الخصوم¹.
و قد قضى قانون الاجراءات المدنية والادارية بشأن التحكيم الداخلي بموجب نص المادة 1031 منه على ان أحكام التحكيم تحوز حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها إلا أنه لا وجود لمثل هذا الحكم في مادة التحكيم التجاري الدولي .

و تذكر المؤلفة حورية يسعد أن حكم التحكيم التجاري الدولي في قانون الاجراءات المدنية والادارية لا يعرف إلا أثر واحد هو تخلي المحكم عن القضية و لا يعرف أثر حيافة الحكم التحكيمي لحجية الشيء المقضي فيه، لكونه يقوم على فكرة أخرى تشبهه هي ما يعرف ب " الاعتراف " الذي يعني تقبل اثار الحكم، أي تقبل حجية الشيء المقضي التي يتمتع بها حكم التحكيم في إطار النظام القانوني للدولة المستقبلية لهذا الحكم .
الفرع الثالث: طرق الطعن في أحكام التحكيم وكيفية تنفيذها.

سنحاول في هذا الفرع التطرق إلى طرق الطعن في أحكام التحكيم (أولاً)، وكذا كيفية تنفيذها (ثانياً)، بإيجاز.

اولاً: طرق الطعن في أحكام التحكيم .

طرق الطعن في الأحكام التحكيمية تناولتها المواد من 1032 إلى 1034 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، حيث يلاحظ ان المشرع بموجب المادة 1032 فقرة 1 استبعد المعارضة في احكام التحكيم بنص المادة صراحة فهي غير قابلة للمعارضة الا انه يمكن استئناف هذه الاحكام في اجل شهر واحد¹ يحسب من تاريخ النطق بالحكم بها يرفع الاستئناف امام المجلس القضائي الصادر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، الا اذا تم التنازل عن هذا الحق بموجب اتفاقية التحكيم²، هذا فيما يخص طرق الطعن العادية اما فيما يخص الطرق غير العادية للطعن في حكم التحكيم فقد تناولتها المادتين 1032 في فقرتها الثانية و المادة 1034، حيث حسب المادة 1032 فقرة 2 يجوز الطعن في هذه الاحكام عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، و يرفع الطعن امام

1 حسان بقة مرجع سابق ، ص 63-64

2بن قويدر طاهر، مرجع سابق، ص 192

الفصل الثاني : التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية

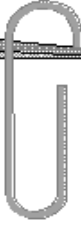
المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم، كما يجوز الطعن بالنقض في القرارات الفاصلة في الاستئناف فقط و ذلك طبقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون، و بالتالي فأحكام التحكيم غير قابلة للطعن¹

ثانياً: كيفية تنفيذ احكام التحكيم الوطني .

ان تنفيذ حكم التحكيم سواء كان نهائياً او جزئياً او تحضيرياً يتطلب ايداعه اي اصل الحكم لدى امانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل ولا يكون هذا الحكم قابلاً للتنفيذ الا بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدر الحكم في دائرة اختصاصها، و كل النفقات المتعلقة بإيداع العرائض والوثائق و اصل حكم التحكيم يتحملها الاطراف، و يجوز للأطراف استئناف الامر القاضي برفع التحكيم في اجل خمسة عشرة (15) يوماً من تاريخ الرفض و ذلك امام المجلس القضائي و بعدما يقوم بإصدار الامر بالتنفيذ للحكم التحكيم يقوم رئيس امانة الضبط حسب المادة 1036 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بتسليم نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم إلى الطرف الذي طلبها، و تطبق على احكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام و هذا ما اشارت اليه المادة 1037 من نفس القانون².

1 بن قويدر طاهر، مرجع سابق، ص 192

2 نفس المرجع، ص 193



الملاحق

ملحق رقم 01

وزارة العدل

مجلس قضاء

محكمة

قسم شؤون الأسرة

قضية رقم

محضر الصلح

بتاريخ

حضرا امامنا نحن السيدة [REDACTED] قاضي بالمحكمة

بمساعدة

السيدة [REDACTED] الضبط بها .

إمضاء الزوج

حضر السيدة (ة):

و السيدة (ة):

وقد صرحا الطرفين ما يلي:

تصريحات الزوج:

إمضاء الزوجة :

تصريحات الزوجة:

وبعد تلاوة ما تم التصريح به على الاطراف و قعنا هذا المحضر نحن الرئيس رفقة
الاطراف و امينة الضبط.

امينة الضبط

الرئيس

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الشعبية

حلق رقم 02

وزارة العدل

مجلس قضاء

محكمة

قسم شؤون الأسرة

قضية رقم

محضر (عدم) الصلح

بتاريخ

حضرا امامنا نحن السيدة [REDACTED] قاضي بالمحكمة بمساعدة
السيدة [REDACTED] الضبط بها .

إمضاء الزوج

حضر السيدة (ة):

و السيدة (ة):

و قد صرحا الطرفين مايلي :

تصريحات الزوج :

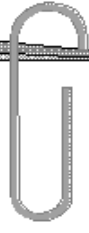
إمضاء الزوجة

تصريحات الزوجة:

وبعد تلاوة ما تم التصريح به على الاطراف و قعنا هذا المحضر نحن الرئيس رفقة
الاطراف و امينة الضبط.

امينة الضبط

الرئيس



الختامة

الخاتمة:

وفي الختام فإن الطرق البديلة لفض النزاعات ، كمبدأ جديد على التشريع الجزائري فإنها شرعت لتغيير الوسائل التقليدية لحل النزاعات بعيدا عن الإجراءات المعقدة المألوفة، بعيدا عن المشاحنات التي تحدث في ساحات المحاكم، و لذلك تم استحداث هذه الطرق البديلة و التي تهدف إلى التوفيق بين آراء الطرفين بحيث يتم التوصل إلى حسم النزاع و الاتفاق على تسوية تتضمن أقل جهد، أسرع وقت و بأقل تكاليف، و بتحقيق نتيجة ترضي الطرفين.

فإنجاح هذه التجربة التي أقدم عليها المشرع الجزائري في بلادنا رهينة بتظافر كل الجهود للفاعلين في المجتمع المدني وقطاع العدالة من خلال البحث عن مصالح الأطراف بالتوصل إلى حسم النزاع وديا و بأقل خسائر، و كذا العمل على إزالة كل العقبات المادية والقانونية التي تعترض المكلفين بالآليات الودية لحل المنازعات في أدائهم المهني سيما و أن التجربة العملية أثبتت بأن عددا لا يستهان به من القضايا على مستوى المحاكم تخسر بسبب مشكلة في الإثبات أو في الإجراءات، وهو ما يبرر اللجوء إلى الطرق البديلة المستحدثة في التشريع الجزائري.

و يعتمد إنجاح هذه التجربة أيضا على الاهتمام بالشروط الموضوعية الواجب توافرها في المكلف بحل النزاع من حيث اختصاصه و كفاءته و استقلاله ونزاهته وحياده في ممارسته لنظام الآليات الودية في إيصال مضمونها و التحسيس بنتائجه الإيجابية لدى المتخاصمين وهو ما يرتب لديهم الشعور بالاطمئنان في إعطائهم أكثر ضمانات في الوصول إلى حسم النزاع بأحسن الوسائل و بأخف الآثار. ولتوفير الإجابة على ما ورد في مقدمة الرسالة من إشكالية . نستعرض النتائج والاقتراحات التالية:

أولا : النتائج

من الضروري أن نجمع بعض النتائج الهامة التي انطوت عليها هذه الرسالة والتي برزت من

خلال دراسة موضوع الطرق البديلة لحل المنازعات التجارية والتي جاءت على النحو الآتي:

1. أنه لا يمكن الحديث عن الطرق البديلة دون ربطها بالمشاكل التي تعانيها المؤسسة

القضائية ، وذلك بالنظر إلى كلفة التقاضي المرهقة وتعقيد الإجراءات ، وثقل العمل القضائي ، مما

أضعف ثقة المتقاضين في اللجوء إليه ، لذا أصبح ركوب قاطرة الطرق البديلة مطلبا ملحا وممكنا لتلافي

تراكم القضايا بمحاكمنا إذا توفرت النوايا الحسنة وتكاثفت الجهود على مختلف الواجبات.

2. الطرق البديلة هي ظاهرة تدخل في نطاق الحركة العامة للتطور السياسي والاجتماعي فأصبحت

مظهرا من مظاهر تنظيم الحياة الاجتماعية توفر دعما ضروريا للثقة التي يتوجب أن تسود

العلاقات بين التجار فيما بينهم من جهة وفي ما بينهم وبين جهازهم القضائي من جهة أخرى.

3. رغم ما تحققه الوسائل البديلة للقضايا المنتهية بالصلح بين الأطراف من ربح في الوقت- وسرعة في إنهاء الخلاف والتقليل من التكاليف، واختصار للجهد وتخفيف العبء على قضاة الموضوع فإنه يحقق ما هو أسمى من ذلك وهو استمرار الروابط التجارية وتوطيد العلاقات التجارية بين الطرفين المتصالحين.

4. إن فض النزاع باللجوء إلى الطرق البديلة لحل المنازعات لا يجب فهمه على أنه طريقة منافسة للقضاء، ولكنه فرصة جديدة تمنح للمواطن لتوقي حصول نزاع أو حله، وذلك إلى جانب الإمكانية المتاحة له في حق اللجوء إلى القضاء.

ثانيا : الاقتراحات :

لابد أن يكون التشريع في حالة تدخله دعما للطرق البديلة وليس عائقا بالمساس من جوهر طبيعتها وعلى هذا نقترح:

1. إعادة صياغة عنوان الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كالآتي :

الطرق أو الوسائل الودية أو الرضائية " لحل المنازعات بدل التسمية الحالية " الطرق البديلة لحل المنازعات " ، وهذا حتى لا يفهم مصطلح البديل على أن هذه الطرق جاءت لتحل محل القضاء ، إنما هي طرق جاءت لتساعد وتكمل عمل القضاء ، بل إن القضاء يعد عامل من العوامل التي تفعل عمل هذه الطرق.

2. إن إقرار نظام الطرق البديلة يهدف في المقام الأول إلى تخفيف العبء على جهاز القضاء

فالأجدد أن تتم هذه الطرق خارج ساحات المحاكم ، وعليه نقترح إدخالها ضمن الإطار القانوني

المنظم للطرق البديلة وعدم الاقتصار على إجراء الوساطة القضائية . فالوساطة الاتفاقية ليست

غريبة عن عادات وتقاليد مجتمعنا وبالتالي لا نعتقد أن تطبيقها في حال إقرارها سيطرح إشكالات

و عموما نخلص إلى أن نجاح نظام الطرق البديلة لحل المنازعات يبقى رهين الثقة التي يضعها

الخصوم في هذا النظام بحسن نية ، لأنه يعمل على تقريب مواقفهم اتفاقيا ، فهو النظام الذي يحترم

مساواتهم دون أن يرمي إلى إطالة النزاع ، و غير مرهق ماليا ويسمح بمناقشة النزاع دون قيد اجرائي

وفي سرية تامة ، وينتهي باتفاق قابل للتنفيذ .



قائمة

المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع

ا. المصادر :

القرآن الكريم

اا. المراجع :

اولا :المراجع باللغة العربية :

أ. النصوص القانونية :

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم ، المتضمن

القانون المدني الجزائري

2. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و

الادارية

3. المرسوم التنفيذي 09-100 المؤرخ في 10 مارس 2009 يتضمن كفيات و شروط

تعيين الوسيط القضائي

ب. الكتب :

1. ابراهيم محمد الحريري، القواعد و الضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، دار عمار

للنشر، عمان

2. أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية في ضوء الفقه و اجتهاد القضاء و الجديد في

قانون الجمارك، دار الحكمة، الجزائر 1998

3. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987 م

4. أحمد انور ناجي ، مدى فاعلية الوسائل البديلة لحل المنازعات و علاقتها بالقضاء ،

مجلة الفقه و القانون

5. أحمد حسان الغندور ، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، دار النهضة العربية ،

القاهرة ، 1998

6. الأنصاري حسن النيداني ، الصلح القضائي ، دور المحكمة في الصلح و التوفيق بين

الخصوم ، دراسة تأملية و تحليلية ، دار جامعة الجديدة ، الإسكندرية 2009

7. المتولي قنديل ، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية ، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية ، 2005
8. بريارة عبد الرحمان شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية ، الطبعة الاولى 2009 منشورات بغدادى الجزائر
9. بشير الصليبي ،الحلول البديلة للنزاعات المدنية ، دار وائل للنشر ، طبعة الاولى عمان ، الاردن ، 2010
10. تراري تاني مصطفى، " الوساطة كطريق لحل الخلافات في ظل قانون الاجراءات المدنية والإدارية "، مجلة المحكمة
11. جعفر مشيمش ، التحكيم في العقود الإدارية و المدنية و التجارية ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى 2009 ، صيدا القعدة ،
12. جورج حزبون ، و رضوان عبيدات ، إلزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي والدولي مجلة الشريعة -القانون ، العدد السادس والعشرون ، أفريل 2006 .
13. سنقوقة سائح، قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج 2، دار الهدى، الجزائر، 2011
14. عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم الجزائري، الجزء الثاني، سنة 1998، دار المعارف، بيروت.
15. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت بدون سنة نشر
16. علاء ابريان ، الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية ،الطبعة الثانية ، 2012، منشورات الحلبي الحقوقية
17. فضيل العيش، الصلح في المنازعات الإدارية و في القوانين الأخرى، منشورات بغدادى، الجزائر بدون سنة نشر
18. محسن شقيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1997
19. مختار الصحاح، دار القلم بيروت، 1999
20. القاموس المحيط للفيروز أبادي، المجلد الرابع، دار الفكر، بيروت،

21. مصطفى المتولي قنديل ، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية ، دار الجامعة، الجديدة للنشر الإسكندرية ، 2005
22. معجم لسان العرب لابن منظور، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، القاهرة، الجزء 15
23. مناني فراح ، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات (حسب اخر تعديل لقانون الاجراءات المدنية والادارية)
24. نبيل صقر، الوسيط في الاجراءات المدنية والإدارية، (قانون رقم 09_08 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008)، دار الهدى للطباعة و النشر والتوزيع ، بدون طبعة،الجزائر، 2008،

ج. المكرات و الرسائل :

1. بن قويدر الطاهر، الضمانات المقررة للتاجر في القانون التجاري والتشريع الجبائي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه (ل م د)، في الحقوق، تخصص قانون خاص جامعة عمار تليجي ، الاغواط، 2018/2017
2. سولم سفيان ، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه 2012
3. الطاهر براك ، عقد الصلح دراسة مقارنة بين القانون المدني و الشريعة الاسلامية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،جامعة الجزائر، 2002 .
4. عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية طبقا لقانون الاجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012

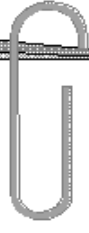
د. المجالات و المحاضرات

1. إبراهيم شحاتة، نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي، مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة مصر المعاصرة ، العددان 417،418، 1989

2. حليلة حبار، دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف على ضوء أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة و الصلح. و التحكيم، الجزء الثاني، قسم الوثائق، الجزائر 2009
3. ياسر الحوشي ، تسوية النزاعات في النظام الدولي التجاري ، "تحكيمية ام احكام ؟" مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية -المجلد 26- العدد الثاني 2010
4. هراة عبد الكريم، " الصلح والوساطة كبدائل جديدة لفض المنازعات القضائية في القانون الجزائري"، نشرة المحامي، عدد 9، سطيف، 2009
5. هاني محمد البوعاني ، الآليات والوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية ، مداخلة مقدمة ل : ورشة العمل الوطنية
6. كراطار بن حواء مختارية، صلاحيات القاضي في الصلح التلقائي للخصوم، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص (حول الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة و الصلح و التحكيم، الجزء الثاني، قسم الوثائق، الجزائر . 2009

ثانيا: المراجع باللغة الاجنبية:

1. G. Cornu, Les modes alternatifs des règlement de Reglement des confits, R.I.D.C, 1997
2. J. El Hakim, Les modes alternatifs des règlement des confits dans les droit des contrats, R.I.D.C, 1997
3. Lo.A Mistelis, A.D.R in England and Wales, clive M shmitlhoff senior lecturer in international commercial law, school of international Arbitration center for, commercial law studis Qeen Mary, University of london, 2000.



فهرس

المحتويات

فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
أ	كلمة شكر
ب،ج	الاهداء
4-1	مقدمة
30-5	الفصل الاول ماهية الاليات الودية لحل المنازعات
5	المبحث الأول مفهوم الاليات الودية لحل المنازعات
5	المطلب الأول نشأة و تطور الأليات الودية لحل المنازعات
5	الفرع الأول : نشأت الأليات الودية لحل المنازعات
7	الفرع الثاني : تطور الأليات الودية لحل المنازعات
8	المطلب الثاني : تعريف الاليات الودية لحل المنازعات و تقسيماتها
9	الفرع الأول : تعريف الاليات الودية لحل المنازعات
10	الفرع الثاني : تقسيمات الاليات الودية لحل المنازعات
12	المطلب الثالث : مصادر و خصائص الاليات الودية لحل المنازعات
12	الفرع الأول : مصادر الاليات الودية لحل المنازعات
13	الفرع الثاني : خصائص و مميزات الاليات الودية لحل المنازعات
16	المبحث الثاني :انواع الطرق البديلة لحل المنازعات في القانون الجزائري
16	المطلب الاول: الصلح
16	الفرع الاول: تعريف الصلح
17	الفرع الثاني: شروط الصلح
18	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للصلح
19	الفرع الرابع: مجالات الصلح
20	المطلب الثاني : الوساطة
20	الفرع الاول تعريف الوساطة
21	الفرع الثاني: تمييز الوساطة عن النظم المشابهة لها

فهرس المحتويات

22	المطلب الثالث : التحكيم
22	الفرع الأول : تعريف التحكيم
24	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم
26	المبحث الثالث أهمية نظام الطرق البديئة
26	المطلب الاول: أسباب اعتماد نظام الطرق البديله
28	المطلب الثاني: المبررات الموضوعية لاعتماد الطرق البديئة لحل النزاعات
28	الفرع الأول : واقع القضاء
29	الفرع الثاني : واقع المنازعات وطبيعتها
29	الفرع الثالث واقع المعاملات التجارية والمالية
60-31	الفصل الثاني التطبيقات القضائية للأليات الودية لحل المنازعات التجارية
31	المبحث الأول الصلح كوسيلة بديلة لحل النزاعات التجارية.
31	المطلب الأول إجراءات الصلح
31	الفرع الأول: المبادرة نحو الصلح
32	الفرع الثاني: انعقاد جلسة الصلح
33	الفرع الثالث: محضر الصلح
34	المطلب الثاني آثار الصلح وانقضائه
34	الفرع الأول آثار الصلح
38	الفرع الثاني إنقضاء الصلح
42	المبحث الثاني الوساطة كوسيلة بديلة لحل المنازعات التجارية
42	المطلب الاول الوسيط القضائي
42	الفرع الأول: تحديد الوسيط القضائي
43	الفرع الثاني : شروط الواجب توفرها في الوسيط
44	الفرع الثالث : التسجيل ضمن قوائم الوسطاء
45	الفرع الرابع: موانع الوساطة
45	الفرع الخامس: أتعاب الوسيط

فهرس المحتويات

46	المطلب الثاني إجراءات الوساطة القضائية ونتائجها
46	الفرع الأول: إجراءات سير الوساطة القضائية
49	الفرع الثاني: نتائج الوساطة القضائية
52	المبحث الثالث التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات التجارية
52	المطلب الأول اتفاقيات التحكيم
52	الفرع الأول شرط التحكيم:
53	الفرع الثاني: اتفاق التحكيم
54	المطلب الثاني الخصومة التحكيمية
54	الفرع الأول: إجراءات التحكيم
55	الفرع الثاني: انتهاء الخصومة التحكيمية
59	الفرع الثالث: طرق الطعن في أحكام التحكيم وكيفية تنفيذها.
62-61	الخاتمة
	الملاحق
66-63	قائمة المراجع
69-67	فهرس المحتويات