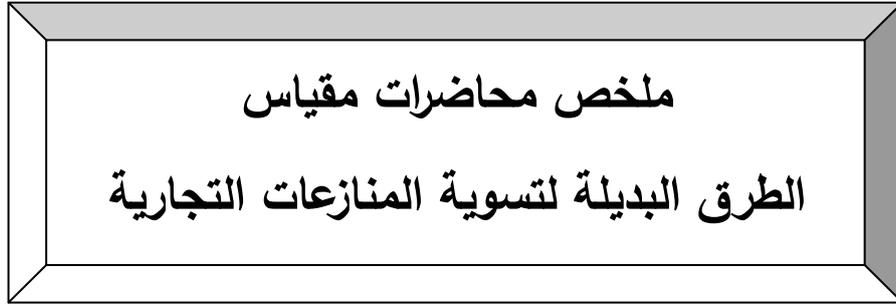


الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

قسم الحقوق

كلية الحقوق والعلوم السياسية



التخصص: قانون الأعمال

المستوى: السنة الثانية ماستر

د. زروق نوال.

السنة الجامعية: 2021/2020

تقديم:

يقصد بالطرق البديلة لحل النزاعات بصفة عامة تلك الطرق التي يمكن من خلالها التوصل إلى حل للنزاع دون اللجوء إلى القضاء. وقد اصطلح على تسميتها عدة تسميات، نذكر منها:

• الطرق البديلة لتسوية المنازعات

Modes alternatives de résolution des conflits (M.A.R.C.)

Modes alternatives de résolution des litiges (M.A.R.L.)

Alternative dispute resolution (A.D.R.)

• التسوية الودية للمنازعات

Règlement amiable des différends (R.A.D.)

وتحقق هذه الطرق البديلة عدة مزايا لكل من القاضي، والخصم، والمجتمع؛ فبالنسبة للقاضي فإنها تساهم في تخفيف الأعباء التي تلقى على عاتقه، وذلك من خلال التقليل من عدد الملفات التي تعرض عليه، حيث يتم حل بعض الأنواع من النزاعات عن طريق الطرق البديلة. وبالنسبة للخصوم فإنها تساهم في حل النزاع باختصار للوقت وبإجراءات بسيطة وسلسة، وفي جو سري مقارنة بالقواعد العامة في القضاء والتي تقضي بعلانية الجلسات كقاعدة عامة. وبالنسبة للمجتمع فإنها تساهم في حل النزاعات في جو تسوده الرغبة في التوصل إلى الحل مع استمرار العلاقات الودية بين الخصوم.

وقد اعتمد المشرع الجزائري ثلاث طرق بديلة عن القضاء لتسوية النزاعات، هي: الصلح، الوساطة، والتحكيم.

المحور الأول

الصلح كطريقة بديلة لتسوية المنازعات التجارية.

أولاً: تعريف الصلح.

عرّف المشرّع الجزائري في المادة 459 من التقنين المدني الصلح بأنه: " عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه."

هذا العقد لا ينشئ حقاً ولكنه يكشف عنه؛ فالعقد المنشئ للحق هو العقد الذي نشأ النزاع فيه أو في جزء منه، أما عقد الصلح فهو يكشف المراكز القانونية المتنازع عليها والمقررة بموجب العقد الأول.

ثانياً: أنواع الصلح.

يمكن إعمال الصلح كطريقة بديلة عن القضاء لتسوية النزاعات على اختلاف أنواعها، مع ضرورة مراعاة خصوصية كل مجال منازعاتي من الناحية القانونية والشخصية والموضوعية. وعلى اختلاف طبيعة المنازعات والخصومات الممكن تسويتها عن طريق الصلح، فإن هذا الأخير يمكن تقسيمه بصفة عامة على النحو التالي:

1. التقسيم الأول: يقوم هذا التقسيم على أساس مدى إجبارية إجراء الصلح باعتباره إجراءً ضرورياً قبل أو بعد المطالبة القضائية أو عدم النص على ضرورة إجراء الصلح للتمكن من ممارسة الحق الإجرائي؛ فنمیز بين كل من: الصلح الإجباري والصلح الاختياري.

2. التقسيم الثاني: يقوم هذا التقسيم على الإطار القانوني الذي يتم فيه الصلح؛ فنميز بين كل من الصلح الاتفاقي والذي يتم بإرادة الأطراف فقط ولا يكون خاضعاً بذلك لأية

إجراءات محددة. والصلح القانوني، وهو الذي ينص القانون على إلزامية القيام به باعتباره إجراءً شكلياً للتمكن من المطالبة القضائية ويحدد الإجراءات القانونية واجبة الاتباع لإعماله. ومثال هذا النوع من الصلح، الصلح في المنازعات في إطار قانون العمل. والصلح القضائي، وهو الذي يتم في إطار مرفق القضاء؛ حيث يتم الصلح أمام القاضي سواء كان هذا الصلح اختيارياً أو إجبارياً (ومثال الحالة الأخيرة المنازعات المتعلقة بفك الرابطة الزوجية في إطار قانون الأسرة).

تنبيه: أنبهكم طلبتي، إلى أنّ الطبيعة القانونية للصلح مهما كان نوعه هي طبيعة عقدية؛ فالصلح عقد بين الأطراف يتضمن تنازلاً إرادياً متقابلاً عن جزء من الحقوق. ويتم وصفه بأنه اتفاقي أو بأنه قضائي أو بأنه قانوني ليتسنى تحديد الإطار القانوني العام المنظم له. ولكنه يبقى في كل الصور السابقة اتفاقاً بين الخصوم بالتنازل المتبادل عن الحقوق أو عن جزء منها قصد التوصل إلى حل بينهم.

ثالثاً: شروط الصلح.

بداية و باعتبار أنّ الصلح عقد، فلا بد من توافر الأركان اللازمة لإبرام العقد، وهو موضوع تناولتموه بالدراسة المستفيضة في مرحلة الليسانس.

تنبيه: أنبهكم طلبتي فيما يتعلّق بركن التراضي إلى مسألتين مهمتين:

- تتعلّق الأولى بالأهلية اللازمة للتعاقد؛ وتكفي هنا أهلية التصرف الدائر بين النفع والضرر، على أساس أن عقد الصلح من عقود المعاوضة.
- وتتعلّق الثانية بعيوب الإرادة؛ حيث تطبق القواعد العامة المتعلقة بها باعتبار أن الصلح عقد، فيتعين خلو إرادة كل متعاقد من عيوب الإرادة وإلا كان عرضة لإمكانية الإبطال (البطلان النسبي)، باستثناء عيب الغلط في صورة

الغلط في القانون فإنه لا يجوز الطعن في عقد الصلح بالبطلان النسبي بناءً عليه.

ثم، ومن خلال استقراء النصوص المنظمة للصلح، فإنه لا بد من توافر الشروط الآتي ذكرها على النحو التالي:

- **قابلية النزاع للتسوية عن طريق الصلح:** نقصد بذلك أن مجال أعمال الصلح مجال محدّد؛ حيث أنه يقتصر على المعاملات المتعلقة بالذمة المالية، فلا يمكن إجراء الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام، كما لا يمكن إجراؤه في المنازعات المتعلقة بالحالة الشخصية إلاّ في الشق المتعلّق بالمصالح المالية المرتبطة بها.
- **وجود نزاع قائم أو نزاع محتمل:** يشترط القانون لإمكانية إجراء الصلح أن يتعلّق بوجود نزاع جدي بين الأطراف؛ سواء كان هذا الوجود حالاً أو مستقبلاً، محققاً أو محتملاً. وبالتالي يمكن تصور الصلح بعد المطالبة القضائية؛ فيكون الصلح عبارة عن محاولة ودية لتسوية النزاع أثناء سير الخصومة. كما يمكن تصور إجراء الصلح قبل المطالبة القضائية؛ ويتحقق ذلك بوجود تعارض في مصالح الأطراف وهو الأمر الذي يجعل النزاع محتملاً.
- **التنازل المتقابل عن الحقوق أو عن جزء منها بنية إنهاء النزاع:** يقوم الصلح على فكرة أساسية مؤداها النية المشتركة بين الأطراف المتنازعة للوصول إلى حل تصالحي بينهم لحسم النزاع كله أو جزء منه من خلال تنازل متبادل بينهم عن كل أو بعض الحقوق. ومن المهم الإشارة إلى أنه يشترط أن يكون التنازل متقابلاً، بمعنى من كل الأطراف، ولكن لا يشترط أن يكون متساوياً بالضرورة.

رابعاً: إجراءات الصلح.

ملاحظة: نتطرق بدراسة هذه الجزئية في إطار قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقط، دون التعرض للإجراءات الخاصة للصلح أو للمصالحة في القوانين الخاصة.

لم يحدّد المشرّع الجزائري في الفصل الأول المتعلّق بالصلح من الباب الأول من الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة لحل النزاعات إجراءات خاصة بالصلح، فقد منح الخصوم إمكانية التصالح في أية مرحلة تكون فيها الخصومة القضائية قائمة، كما حوّل القاضي الناظر في النزاع صلاحية السعي لإجراء الصلح، وله السلطة التقديرية لتحديد مكان وزمان إجراء محاولة الصلح ما لم يوجد نص خاص يخالف ذلك.

فإذا تمّ الصلح فهو كما ذكرنا سابقا عقد واتفاق بين الأطراف يتضمن حلا تصالحيا بينهم، ويتم إثباته في وثيقة هي محضر الصلح الذي يتعيّن أن يكون موقعا من قِبَل الأطراف، القاضي، وأمين الضبط. وبمجرّد إيداع محضر الصلح بأمانة الضبط فإنه يصبح سندا تنفيذيا.

المحور الثاني

الوساطة كطريقة بديلة لتسوية المنازعات التجارية.

أولا: تعريف الوساطة:

لم يعرف المشرع الجزائري الوساطة، ولكنه اكتفى بتنظيم أحكامها ويمكن تعريف الوساطة بأنها طريق بديل لتسوية النزاع وديا تتم بتدخل من شخص محايد يتولى مهمة تقريب وجهات النظر بين الأطراف ومساعدتهم للتوصل إلى حل توافقي بينهم.

ثانيا: أنواع الوساطة:

يمكن تقسيم الوساطة إلى وساطة اتفاقية ووساطة قضائية. فالوساطة الاتفاقية هي تلك التي يختار فيها الأطراف شخص الوسيط وتتم بإرادة الأطراف وحدهم. أما الوساطة القضائية، فهي التي تتم بسعي من القاضي أو بتأطير منه.

ملاحظة: نظام الوساطة المعمول به في الجزائر هو نظام الوساطة القضائية؛ حيث تتم العملية من حيث اختيار الوسيط وحتى الوصول إلى الحل التوافقي تحت إشراف القاضي.

ثالثا: تعيين الوسيط القضائي.

حتى يتمكن الشخص من أن يكون وسيطا قضائيا في نزاع معين في الجزائر، يجب في مرحلة أولى أن يتم اعتماده كوسيط قضائي، ثم وفي مرحلة ثانية يجب أن يتم تعيينه في نزاع محدد. وعليه، لا بد من التطرق إلى شروط اكتساب صفة الوسيط القضائي، وإلى إجراءات اكتساب هذه الصفة، ثم إلى إجراءات تعيين الوسيط القضائي، وأخيرا إلى حقوق الوسيط القضائي وواجباته.

1. شروط اكتساب صفة الوسيط القضائي: يشترط في الشخص ليكون وسيطا قضائيا

جملة من الشروط، يتم ذكرها على النحو التالي:

- أن يكون الوسيط القضائي شخصا طبيعيا؛ فلا يمكن تصور ممارسة الوساطة من طرف شخص معنوي، وإذا أسندت مهمة الوساطة لشخص معنوي فإنه يتولى تحديد شخص طبيعي من بين المنتسبين إليه لهذه المهمة.
- أن يتمتع الوسيط بالجنسية الجزائرية.
- أن يتصف الوسيط بحسن السلوك والاستقامة.

- أن يكون الوسيط معترفا له بالنزاهة.
- أن لا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف، وألا يكون ممنوعا من حقوقه المدنية.
- أن لا يكون قد حكم عليه بسبب جناية أو جنحة باستثناء الجرائم غير العمدية.
- أن لا يكون قد حكم عليه بجنحة الإفلاس باعتباره مسيرا، ولم يُردّ اعتباره بعد.
- أن لا يكون ضابطا عموميا تم عزله، أو محاميا تم شطب اسمه، أو موظفا عموميا تمّ عزله، بموجب إجراء تأديبي نهائي.
- أن يكون مؤهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه، والمقصود بمصطلح مؤهلا هنا، هي الكفاءة لممارسة الوساطة ولا يقصد منها الأهلية القانونية.
- أن يتمتع الوسيط بالكفاءة والقدرة على حل النزاعات بالنظر إلى مكانته الاجتماعية.
- أن يكون حائزا لشهادة جامعية أو دبلوم و/أو تكوين متخصص و/أو أية وثيقة أخرى تثبت تأهيله للوساطة في مجال منازعاتي معين.
- أن يكون محايدا و مستقلا في ممارسة الوساطة، ومن المهم هنا التمييز بين الحياد والاستقلالية؛ فالحياد هو نظر النزاع بموضوعية دون أي تشخيص أو توجيه أيا كان سببه، أما الاستقلالية فهي عدم وجود تبعية مهما كانت طبيعتها لأي من الخصوم وعدم وجود أية مصالح أو علاقة بموضوع النزاع.

2. إجراءات اكتساب صفة الوسيط القضائي:

لاكتساب صفة الوسيط القضائي لا بد من أن يكون الشخص مسجلا ضمن إحدى القوائم الرسمية المعتمدة للوسطاء القضائيين، وفي سبيل تحقيق ذلك لا بد من المرور عبر جملة من الإجراءات.

يتعين بداية على الشخص الذي يرغب في اكتساب صفة الوسيط، أن يقدم طلبا مكتوبا إلى النائب العام لدى المجلس القضائي الذي يقع بدائرة اختصاصه مقر إقامة الطالب. ويرفق هذا الطلب بالوثائق التالية:

- مستخرج صحيفة السوابق القضائية لا يزيد تاريخه عن ثلاثة أشهر.
- شهادة الجنسية.
- شهادة تثبت مؤهلات المترشح عند الاقتضاء.
- شهادة الإقامة.

يُخضعُ النائب العام الملفات المودعة لديه، إلى تحقيق إداري عن طريق مصالح الشرطة القضائية. ليحيلها بعد ذلك إلى رئيس المجلس القضائي، الذي يستدعي لجنة الانتقاء التي تتولى مهمة دراسة الطلبات والفصل فيها. تجتمع لجنة الانتقاء على مستوى مقر المجلس القضائي تحت رئاسة رئيس المجلس القضائي، وبعضوية كل من النائب العام، ورؤساء المحاكم التابعة لدائرة اختصاص المجلس القضائي. ويتولى أمانة هذه اللجنة رئيس أمانة ضبط المجلس. ويجوز للجنة أن تستدعي أي شخص تقدر أنه مفيد لها في أداء مهمتها.

بعد دراسة الملفات وترتيبها، تعد اللجنة قائمة بأسماء الوسطاء القضائيين، ويتم إرسالها إلى وزير العدل حافظ الأختام، لتتم الموافقة عليها بموجب قرار وزاري. بهذا يكون الشخص طالب اكتساب صفة الوسيط القضائي معتمدا بشكل رسمي كوسيط قضائي لدى مجلس معين. ولكن، قبل ممارسة الوساطة، يجب على الوسطاء أداء اليمين الخاصة بالوسطاء القضائيين والمنصوص عليها في القانون، أمام المجلس القضائي الذي تم تعيينهم في دائرة اختصاصه.

3. طريقة تعيين الوسيط القضائي:

يتم تعيين الوسيط من طرف القاضي من قائمة الوسطاء القضائيين لدائرة اختصاص المجلس القضائي، ويمكن استثناء تعيين وسيط قضائي من قائمة مجلس قضائي آخر، كما يمكن في حالة الضرورة كذلك تعيين شخص غير موجود بالقائمة بشرط أن يقوم بتأدية اليمين القانونية أمام القاضي الذي عينه.

ويتم التعيين بموجب أمر من القاضي، حيث يجب أن يتضمن موافقة الخصوم على إجراء الوساطة، وكذا الآجال الأولية للقيام بمهمة الوساطة وتحديد تاريخ رجوع القضية إلى الجلسة. ويتولى أمين الضبط مهمة تبليغ هذا الأمر إلى كل من الخصوم والوسيط. ولا يكون الوسيط المعين بموجب هذا الأمر وسيطاً في النزاع إلا بعد إخطاره للقاضي بقبوله تولى مهمة الوساطة.

رابعاً: إجراءات الوساطة القضائية.

تبدأ إجراءات الوساطة القضائية بمبادرة القاضي وجوباً بعرض إجرائها على الخصوم، وذلك في المسائل التي يجوز فيها إجراء الوساطة، وهي كل المسائل باستثناء قضايا شؤون الأسرة، القضايا العمالية، وكل القضايا التي تتعلق بالنظام العام.

إذا قبل الأطراف إجراء الوساطة، يعين القاضي وسيطاً لهذه المهمة بموجب أمر وفق ما تطرقنا له سابقاً.

ويتعين على الوسيط والخصوم في هذه المرحلة التصريح وإخطار القاضي بكل واقعة قد تشكل مانعاً للوسيط لممارسة الوساطة، حتى يتسنى للقاضي اتخاذ الإجراء المناسب لضمان سير الوساطة بشكل سليم من حيث الاستقلالية والحياد. وتتمثل هذه الموانع في:

- وجود مصلحة شخصية للوسيط في النزاع.
- وجود رابطة قرابة بين الوسيط وأحد الخصوم.
- وجود خصومة سابقة أو قائمة مع أحد الخصوم.
- أن يكون أحد الخصوم في خدمته.

• وجود رابطة صداقة أو عداوة مع أحد الخصوم.

يقوم الوسيط باستدعاء الخصوم إلى لقاء أول للوساطة. ثم يبرمج لقاءات متتالية بالاتفاق مع الخصوم حسب ما يتطلبه كلّ نزاع.

ويجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم أن يطلب سماع أي شخص يُقَدَّر الوسيط أنّ في سماعه فائدة للتوصل إلى الحل. وبما أن الوسيط ليست له سلطة الإكراه، فإنه يجوز له الرجوع إلى القاضي الذي عينه في أي وقت لعرض الصعوبات والعراقيل التي تعترضه في أداء مهمته قصد تذليلها مما يساعده في إنجاح المهمة التي كُفِّت بها.

وتمتد مهمة الوسيط لتشمل النزاع برمته أو قد تقتصر على جزء منه فقط. كما أن اعتماد الوساطة لحل النزاع المعروض على القضاء لا يترتب تخلي القاضي عن القضية؛ فهذا الأخير السلطة التقديرية في اتخاذ أي تدبير يراه ضرورياً لحل النزاع في أي مرحلة، كما له إن قدر استحالة السير الحسن للوساطة أن ينهيها من تلقاء نفسه.

تجري الوساطة في المكان المتفق عليه، على أن لا تتجاوز كحد أقصى مدة ثلاثة أشهر، يمكن تجديدها لمرة واحدة بطلب من الوسيط بعد موافقة الخصوم.

وتنتهي الوساطة مع تصور احتمالين يتعيّن في كليهما على الوسيط أن يخبر القاضي

كتابيا بمجريات الوساطة:

• **التوصل إلى حل النزاع:** في حالة التوصل إلى حل توافقي، فإن الوسيط يحرر

محضرا موقعا من طرفه ومن طرف الخصوم يتضمن الاتفاق المتوصل إليه، ويصادق القاضي على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل للطعن، وهنا يصبح محضر الاتفاق المصادق عليه سندا تنفيذيا.

• **عدم التوصل إلى حل النزاع:** في حالة عدم التوصل إلى حل توافقي، فإن القضية

ترجع إلى القاضي في التاريخ المحدد قضائيا لنهاية الوساطة. كما يجوز للقاضي أن ينهي الوساطة في أي وقت بطلب من الوسيط، أو بطلب من الخصوم، كما له إنهاؤها من تلقاء نفسه في حالة تقدير استحالة استمرار السير فيها بشكل حسن

وبالتالي تقديره عدم نجاتها. وفي هذه الحالات كلها ترجع القضية إلى الجلسة ويتم استدعاء الوسيط والخصوم إليها.

المحور الثالث:

التحكيم كطريقة بديلة لتسوية المنازعات التجارية.

التحكيم " نوع من العدالة الخاصة، والذي يتم وفقاً له إخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء العادي ليعهد بها إلى أشخاص يُختارون للفصل فيها. " فهو: "سلطة الفصل في النزاع بواسطة محكم أو أكثر يختاره الأطراف، ينزلون على ما يصدره من أحكام ملزمة."

أولاً: وتمييز التحكيم عن بعض المصطلحات المشابهة له:

1. تمييز التحكيم عن القضاء: يعتبر القضاء أحد أجهزة الدولة، وهو مرفق عمومي يقدم خدمة عمومية تتعلق بضمان حق الأشخاص في التقاضي وهو حق من الحقوق الأساسية المكفولة دستورياً، وينبثق عن هذا المبدأ مبدأ آخر مرتبط به ومُكرّس له هو مبدأ مجانية القضاء.

ويقصد بـمجانية التقاضي " عدم تحمل المتقاضي لأي مصاريف أو أعباء مالية نظير تقدمه للعدالة." وتجدر الإشارة إلى أنّ هذه الصورة المثالية لمبدأ مجانية التقاضي لم يوجد تطبيق لها بالشكل التام إلا في الحضارة الإسلامية، أمّا بالنسبة لغالبية التشريعات الوضعية، فإنها قصرت كقاعدة عامّة المجانية على إعفاء المتقاضين من دفع أتعاب القضاة ومساعدتهم، ذلك أنّ الدولة هي من تتكفل بدفع هذه الأتعاب باعتبار أنّ القضاة كباقي موظفي الدولة يتلقون أجورهم منها.

من هذا المنطلق يتبين الفرق الواضح بين كلٍّ من التحكيم والقضاء؛ فمن ناحية أولى، يعتبر القضاء صاحب الولاية الأصلية، العامّة والدائمة لتسوية كلّ النزاعات على اختلاف أنواعها وأطرافها، بينما لا يتمتع التحكيم إلاّ بولاية خاصّة ومؤقتة، ويتحدّد مجاله بنوع معيّن من النزاعات وبين أطراف من طبيعة قانونية خاصّة. ومن ناحية ثانية، فإنّ القضاء وكما سبقت الإشارة إليه أعلاه يترجم عدالة عامة مجانية، بينما يعكس التحكيم صورة العدالة الخاصة التي تكون مدفوعة الأجر.

ورغم هذه الاختلافات الجوهرية بين كلٍّ من القضاء والتحكيم، إلاّ أنهما يتفقان من حيث الغاية التي وُجِدَا من أجلها، وهي الفصل في النزاعات عن طريق إصدار حكم مُلْزِم، فالمحكم مثله مثل القاضي يصدر حكما يحوز الحجية القانونية منذ لحظة صدوره.

2. تمييز التحكيم عن الصلح:

الصلح تصرف قانوني إرادي يهدف فيه الأطراف إلى رفع حالة الخصام القائمة أو المحتمل قيامها بتراضيهم على حل ودي بينهما. يتضح بداية أنّ التحكيم والصلح يتفقان من حيث كونهما آليتين اعتمدهما المشرّع كطريقتين بديلتين عن القضاء لتسوية المنازعات، هذا من جهة أولى. أمّا من جهة ثانية، فإنّه لا يمكن أن يتم الأخذ بهما لولا توافر اتفاق بين الأطراف بشأنهما.

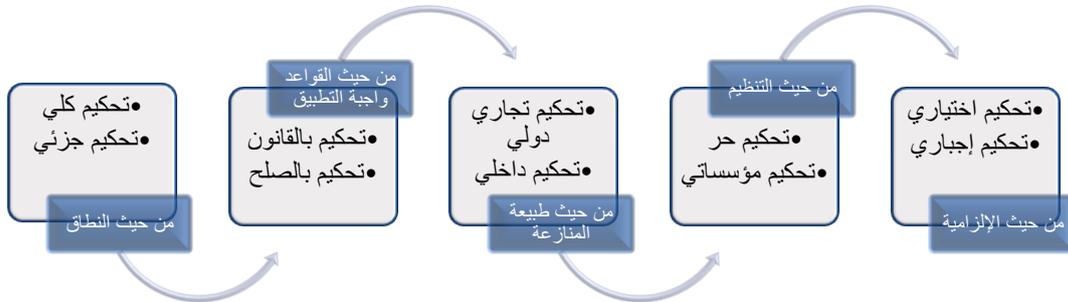
ولكنهما يختلفان من عدة نواحٍ؛ فالصلح عبارة عن تنازل كلا الطرفين عن بعض الحقوق للوصول إلى الحل، أي أن الحل التصالحي من وضع إرادة الأطراف، بينما الحل التحكيمي عبارة عن قرار من وضع إرادة المحكمين وليس الأطراف. كما أنّ الصلح عبارة عن عقد فالحل التصالحي عقد، بينما الحل التحكيمي حكم يحوز الحجية.

3. تمييز التحكيم عن الوساطة:

فضلاً عن كون الوساطة كالتحكيم من الطرق البديلة لحل النزاعات التي اعتمدها المشرع الجزائري يتفقان من حيث أنّ موضوع كل منهما لا يمكن أن يكون إلاّ في المسائل التي لا تتعلّق بالنظام العام، وأنّه لا يمكن إعمالهما إلاّ إذا ارتضى الأطراف اللجوء إليهما. ومع ذلك فإنّ الوساطة تختلف عن التحكيم من حيث أنّ الحل في الوساطة يتم التوصل إليه بمساعدة الوسيط ولكن يتم إقراره وتحديد مختلف تفاصيله بإرادة الأطراف فالحل هنا حل توفيقى، كما يتم تدوينه من طرف الوسيط في " محضر اتفاق". بينما يكون الحل في التحكيم بإرادة المحكم وحده، ويكون في شكل حكم تحكيمي حائز للحجية.

ثانياً: أنواع التحكيم:

يمكن تقسيم التحكيم إلى عدّة أنواع، وذلك بحسب الزاوية المنظور إليه منها، فمن حيث النطاق يوجد التحكيم الكلي والجزئي، ومن حيث القواعد واجبة التطبيق نجد التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح، ومن حيث التنظيم نجد التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتى، ومن حيث الإلزامية نجد التحكيم الاختياري والإجباري، ومن حيث طبيعة المنازعة نجد التحكيم الداخلي والتجاري الدولي.



1. التحكيم الكلي والتحكيم الجزئي:

يتم التمييز بين هذين النوعين من التحكيم من حيث مدى شمولية اتفاق التحكيم للنزاعات التي قد تنشأ عن العقد الأصلي.

1.1. التحكيم الكلي: هو التحكيم الذي يختص المحكم فيه بنظر كل نزاع ينشأ عن أي جزء من العقد مهما كان نوعه أو طبيعته، فنكون بصدد التحكيم الكلي عندما يشمل اتفاق التحكيم العقد الأصلي برمته، وبالتالي حل كل النزاعات.

2.1. التحكيم الجزئي: هو التحكيم الذي يغطي جزء من النزاع فقط؛ فإما يغطي جزء من العقد الأصلي فقط، وإما يشمل نوعاً معيناً من النزاعات فقط.

مثال: عقد توريد بين شخصين، يتضمن شرطاً بأن يتم فض كل النزاعات التي تنشأ بمناسبة هذا العقد التحكيم هنا هو تحكيم كلي، أما إذا كان الشرط مضمونه أن يتم فض النزاعات المتعلقة بتحديد مقدار تعويض فقط فهو تحكيم جزئي.

2. التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري.

الأصل في التحكيم أنه اختياري؛ فهو يقوم بتفاق الأطراف على عرض نزاع معين على محكم أو محكمين يتم اختيارهم في اتفاق التحكيم، فالتحكيم يجسد إلى حد بعيد مبدأ سلطان الإرادة في مجال تسوية المنازعات. واستثناءً على هذا الأصل، فإن التحكيم قد يتم فرضه بنصوص قانونية فنكون أمام تحكيم إجباري.

1.2. التحكيم الاختياري:

يسمى هذا التحكيم بأنه اختياري لأنه يتم اللجوء إليه الأطراف بمحض إرادتهم. فيكون التحكيم اختياريًا عندما تكون للأشخاص في طرح النزاع على التحكيم، مع الحرية في اختيار

المحكّمين وإجراءات التحكيم كلّها. وهذا النوع من التحكيم هو النوع المعتمد في إطار المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي، وهو محل دراستنا هذه.

2.2. التحكيم الإجمالي:

هو التحكيم الذي يجبر فيه المتنازعون على عرض نزاعهم على جهة محددة، ويتحدد الإجمال إما عند تحديد النزاعات الواجب عرضها على التحكيم، فينص المشرّع على وجوب اللجوء إلى التحكيم في بعض النزاعات ذات الطبيعة الخاصة، وإما عند تحديد الجهة التي تتولى مهمة التحكيم، وإما بتحديد كلتا المسألتين معا.

ويكون التحكيم إجباريا عندما يندم دور الإرادة في اللجوء إليه وفي تنظيم إجراءاته. وعادة ما يتم النص على هذا النوع من التحكيم بموجب نصوص قانونية حيث يتم تبنيه لتسوية المنازعات التي تتعارض فيها مصالح القطاع العام في الدولة، كما يُعيّن المحكمون من بين قضاة الدولة.

3. التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر:

يتم التمييز بين هذين النوعين من التحكيم على أساس الجهة التي يوكل إليها مهمة تسيير وتنظيم عملية التحكيم.

1.3. التحكيم المؤسسي (المنظم/ النظامي/ المقيد):

عُرِّفَ هذا التحكيم بأنه ذلك التحكيم الذي يتم تنظيمه وإدارته من طرف مؤسسة دائمة. وبأنه التحكيم الذي تتولاه هيئات أو منظمات دولية أو وطنية قائمة ويطبق بشأنه قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفاً من قبل الاتفاقيات أو القرارات المنشئة لها.

فهذا التحكيم تنظم إجراءاته وسير جلساته في إطار مركز أو مؤسسة تحكيمية دائمة. وهو يتميز بأنه أكثر تنظيماً وتنسيقاً من التحكيم الحر على أساس وجود خبرة وتقاليد في العمل التحكيمي. وعادة ما تُعدُّ هذه المراكز قائمة من المحكمين المعتمدين لديها، فيختار الأطراف محكميهم من بينها، أو يتركون مهمة الاختيار للمركز التحكيمي.

2.3. التحكيم الحر (الطليق/المطلق/ غير المقيد):

تكون في هذا النوع من التحكيم الحرية التامة للأطراف في تعيين وتحديد كل تفاصيل سير الخصومة التحكيمية، وهو الأمر الذي يتطلب خبرة ومعرفة قانونية كبيرة في مجال التحكيم، وذلك حتى لا تعترض سير هذه العملية أية عراقيل قد تحول دون تحقيق الهدف الذي تمّ من أجله اللجوء إلى التحكيم واستبعاد قضاء الدولة. لهذا فإنه يجب في التحكيم الحر أن يكون الأطراف على قدر كبير من الخبرة في مجال التعامل بالتحكيم، فضلاً عن ضرورة وجود جو يسوده تفاهم وتنسيق بينهما فيما يتعلق بتسيير عملية التحكيم.

ويمكننا تعريف هذا النوع من التحكيم بأنه ذلك الذي لا تخضع إجراءاته إلا لإرادة الأطراف وحدهم، فيتولون مهمة اختيار كل المسائل التي تتعلق بسير عملية التحكيم بداية من اختيار المحكمين وإلى غاية تحديد الإجراءات المتعلقة بصدور حكم التحكيم.

4. التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح:

يتم التمييز بين هذين النوعين من التحكيم، على أساس تحديد القواعد التي ينظر ويفصل بناءً عليها المحكم في النزاع المعروض أمامه.

1.4. التحكيم بالقانون:

يقصد بالتحكيم بالقانون، ذلك النوع من التحكيم الذي يلتزم فيه المحكم بتطبيق قواعد قانونية، في سبيل التوصل إلى إصدار حكم تحكيمي في النزاع المطروح أمامه. كما يطلق عليه كذلك مصطلح التحكيم بالقضاء. ولكننا، نفضل التسمية الأولى تفاديا لأي خلط بين التحكيم وبين القضاء.

2.4. التحكيم بالصلح:

يقصد بالتحكيم بالصلح ذلك النوع من التحكيم الذي يطبق المحكم بشأنه قواعد العدالة والإنصاف، ولا يتقيد فيه بضرورة تطبيق قواعد القانون.

ويعتبر التحكيم بالصلح استثناء على القاعدة التي تقضي بأن يتم التحكيم وفقا لقواعد القانون - أي التحكيم بالقانون - ذلك أن التحكيم بالصلح تفتح الباب أمام المحكم للتصرف والانفراد برأيه بشكل كبير جدا ودون الاستناد إلى نص قانوني معين. فالمحكم في التحكيم بالصلح يتمتع بحرية كاملة للوصول إلى الحكم من خلال استخلاص الحلّ من قواعد العدالة أو من المبادئ العامة للقانون أو من العادات والأعراف التجارية الدولية.

5. التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي:

يقصد بالتحكيم الداخلي ذلك التحكيم الذي لا تتوفر فيه العناصر التي تجعله يتصف بالطابع الدولي. وبمفهوم المخالفة، فإنّ التحكيم التجاري الدولي هو ذلك التحكيم الذي يتم بين أشخاص القانون الخاص والذي تتوفر فيه العناصر التي تجعله يتّصف بطابع الدولية. ويوجد معياران في مجال تحديد دولية التحكيم قد يتم اعتمادهما مجتمعين أو منفصلين. أولهما يركز على طبيعة النزاع، وهو المعيار الاقتصادي. والثاني يركز على

أطراف النزاع من حيث الجنسية أو محل الإقامة أو القانون الواجب التطبيق وهو المعيار القانوني.

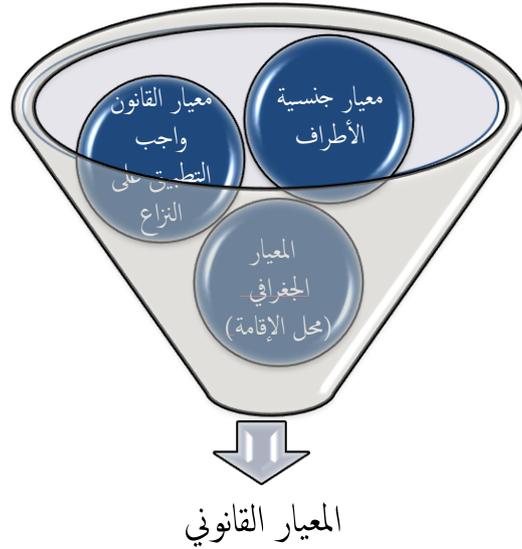
وللتمكن من تحديد التحكيم فيما إذا كان داخليا أو تجاريا دوليا، لا بد من تحديد المعايير المعتمد عليها للتمييز بين هذين النوعين من التحكيم. لهذا نتعرض بالدراسة إلى هذه المعايير والتي سنقسمها إلى معايير قانونية، ومعياري إقتصادي، ثم نبين موقف المشرع الجزائري من هذه المعايير، وهذا ضمن الجزئيات الثلاثة التالية:

1.5. المعايير القانونية لتحديد دولية التحكيم:

تقوم هذه المعايير على تحديد العناصر القانونية في العلاقات العقدية؛ فيستخدم المعيار القانوني عادة لتحديد ما إذا كان العقد دوليا أم لا. ويعد العقد كذلك، إذا كانت عناصره القانونية على اتصال بأكثر من نظام قانوني واحد، لأن وجود العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية يفك الارتباط الحصري بأي نظام قانوني داخلي.

وبالتالي، يعتبر التحكيم دوليا، إذا اتصلت الصفة الأجنبية بعناصر التحكيم. وتختلف العناصر التي تم الاعتماد عليها ضمن المعيار القانوني لتحديد دولية التحكيم. بحيث يوجد من يصبغ على حكم التحكيم الطابع الدولي متى كانت جنسية الأطراف فيه أجنبية، أو متى كان موطنهم يقع في دولة أجنبية، أو إذا كان القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم أو على إجراءاته أجنبيا، أو إذا كان التحكيم يجري في دولة أجنبية.

ويتجه الفقه المعاصر، إلى التفرقة بين العناصر القانونية المؤثرة، وبين العناصر غير المؤثرة التي لا ترتب إصباغ التحكيم بالدولية؛ بمعنى أنه، ليس كل عنصر أجنبي كاف بحد ذاته لتقرير دولية العلاقة، بل يجب أن يكون العنصر فاعلا ومؤثرا، في إضفاء الطابع الدولي على التحكيم.



2.5. المعيار الاقتصادي لتحديد دولية التحكيم:

يعد المعيار الاقتصادي أكثر المعايير رواجاً فقهاً وقضاءً وهو يتطلب تحقيق عملية " المد والجزر"، إذ يتطلب ليكون العقد دولياً أن تتحقق حركة مد وجزر عبر الحدود مما يربط آثاراً مزدوجة في دولة أو أخرى.

ويهدف المعيار الاقتصادي إلى وضع قواعد تمييزية تتعلق بالمصالح ذات الصلة بالتجارة الدولية؛ فالتحكيم التجاري الدولي وجد كضرورة حتمية وعملية من أجل التجارة الدولية، ولغايات تشجيع المعاملات الاقتصادية الدولية. ولهذا، فمن المنطقي أن يتم التمييز بين التحكيم الداخلي والدولي على أساس معيار ذو طابع اقتصادي.

ويرتكز هذا المعيار في تحديد دولية التحكيم على طبيعة النزاع، بحيث يعتبر التحكيم دولياً إذا كان متعلقاً بنزاع دولي وهو النزاع الذي يتعدى حدود الدولة؛ حيث من الممكن أن يتم التحكيم بصدده في دولة ويطلب تنفيذ الحكم في دولة ثانية.

3.5. موقف المشرع الجزائري بشأن معايير دولية التحكيم.

تبنى المشرع الجزائري في المرسوم التشريعي 93-09 معيارا مزدوجا مكونا من عاملين في وصف التحكيم بالصفة الدولية أحدهما اقتصادي والآخر قانوني. فقد استلهم العامل الاقتصادي في المعيار من المشرع الفرنسي وفقا للمادة 1492 من قانون المرافعات الفرنسي. واستلهم العامل القانوني في المعيار، من المادة 176 من التشريع السويسري، والمتمثل في توطن أحد الأطراف أو كليهما في دولة أجنبية.

هذا يعني عدم كفاية المعيار الاقتصادي وحده ولا القانوني وحدة لوصف التحكيم الدولية. فأخذ بالمعيار الاقتصادي بالنظر إلى طبيعة المنازعة، فيعتبر التحكيم دوليا كلما كان وسيلة لفض المنازعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية. كما أخذ بالمعيار القانوني، واعتبر قرار التحكيم دوليا كلما كانت العلاقة القانونية محل النزاع تربط بين النظم القانونية لدول مختلفة، وذلك بأن يكون مقر أو موطن أحد أطراف خصومة التحكيم على الأقل خارج الجزائر.

وبالنسبة للقانون 08-09، فقد اعتمد فيه المشرع الجزائري على المعيار الاقتصادي فقد، واستبعد المعيار القانوني. يتبين لنا أن المشرع الجزائري في القانون الجديد قد تخطى عن اعتماد المعيار المختلط بين المعيارين القانوني والاقتصادي لتحديد دولية التحكيم، ليعتمد على معيار واحد فقط هو المعيار الاقتصادي.

المرسوم التشريعي
09/93

- المعيار القانوني (موطن أو محل الإقامة)
- المعيار الاقتصادي (المصالح التجارية)

القانون 09/08

- المعيار الاقتصادي (المصالح الاقتصادية)

ثالثا: اتفاق التحكيم.

يعتبر اتفاق التحكيم حجر الزاوية في عملية التحكيم ككل؛ فهو الذي يحدد كلّ المسائل التي تتعلّق بسيرورة العملية التحكيمية، بداية من اختيار المحكين وإلى غاية تحديد ميعاد صدور الحكم التحكيمي.

1. تعريف اتفاق التحكيم:

لم يعرّف المشرّع الجزائري اتفاق التحكيم، بل اكتفى بتحديد نطاقه من حيث النزاعات التي يشملها. حيث تنص المادة 1/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية."

وعليه فقد المشرع قد أدرج اتفاق التحكيم وشرط التحكيم ضمن هذا التعريف؛ عند تعرضه أولاً للنزاعات القائمة التي قد ينشأ بصددها اتفاق تحكيم يكون لاحقاً ومستقلاً عن العقد الأصلي، وثانياً إلى النزاعات المستقبلية التي اتفق مسبقاً ضمن العقد الأصلي على خضوعها للتحكيم في صورة شرط تحكيمي.

ومن جهتنا نعرّف اتفاق التحكيم بأنه عقد بين أطراف العقد الأصلي يتفقون فيه على إحالة كل أو بعض النزاعات القائمة أو المستقبلية، التي تنشأ بمناسبة العقد الأصلي على التحكيم ليفصل فيها بحكم تحكيمي ملزم بدلاً عن قضاء الدولة.

2. صور اتفاق التحكيم:

يمكن التمييز بين صورتين لاتفاق التحكيم، على أنّ معيار التمييز بينهما هو الوقت الذي تنشأ فيه كل صورة مقارنة بالوقت الذي ينشأ فيه النزاع. وبهذا نميّز بين كلّ من شرط التحكيم، ومشاركة التحكيم.

1.2. شرط التحكيم: يمكن تعريف شرط التحكيم بأنه إحدى صور اتفاق التحكيم، وهو يجسد فكرة التحكيم السابق، لأنه صورة الاتفاق على التحكيم التي تتعلق بنزاع مستقبلي لم ينشأ بعد، وقد لا ينشأ مطلقاً، لأنّ النزاع محتمل الحدوث وليس محققاً.

فشرط التحكيم إذن هو اتفاق الأطراف على طرح نزاعٍ مستقبليٍّ محتملٍ على محكمة التحكيم لتفصل فيه بدلاً عن قضاء الدولة.

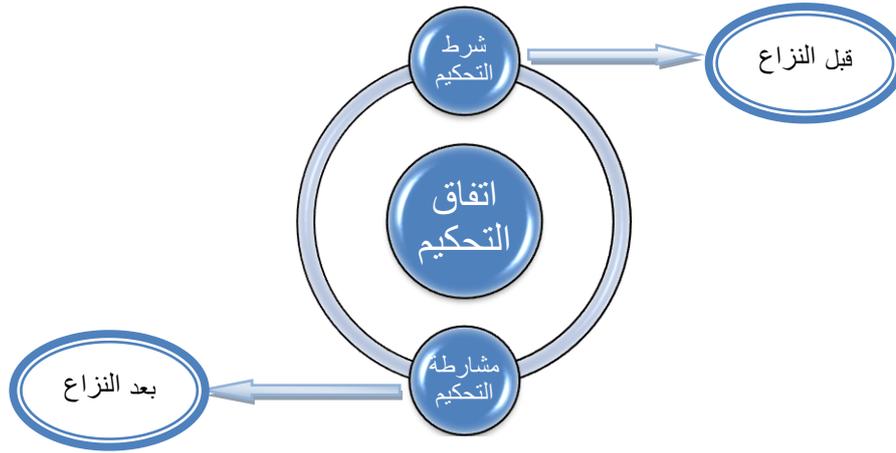
وقد تعرّض المشرع الجزائري لهذه الصورة من صور التحكيم حيث تنص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل (...) لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم."

وعادة ما يرد شرط التحكيم في العقد الأصلي المبرم بين الأطراف في صورة بند من بنود هذا العقد، كما قد يكون منفصلاً عنه بأن يرد في عقد لاحق له.

2.2. مشاركة التحكيم: يقصد بمشاركة التحكيم، اتفاق التحكيم الذي يتم إبرامه بين الأطراف نتيجة قيام نزاع بينهم، ويخولون بموجبه المحكم سلطة الفصل في هذا النزاع القائم بدلاً عن القضاء. يجب إذن، لنكون بصدد مشاركة التحكيم وبالتالي إمكانية إبرام هذه المشاركة أن يوجد نزاع، أي أن يقوم النزاع بين الأطراف حول مسألة معينة. وهذا بخلاف شرط التحكيم الذي يبرم بشأن نزاع محتمل وليس قائم.

وقد تعرّض المشرع الجزائري لهذه الصورة من صور التحكيم حيث تنص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم."

نستنتج إذن أنه للتمييز بين صورتَي اتفاق التحكيم (الشرط والمشاركة) يكفي تحديد الوقت الذي تبرم فيه كل صورة مقارنة بالوقت الذي نشأ فيه النزاع؛ فإذا تمت عملية التعاقد قبل نشأة النزاع فالأمر يتعلّق بشرط تحكيمي، أمّا إذا تمت هذه العملية بعد نشأة النزاع فالأمر يتعلّق بمشاركة تحكيمية.



رابعاً: الشروط واجبة التوافر في شخص المحكم.

يقابل المحكم في الخصومة التحكيمية، القاضي في الخصومة القضائية. ورغم هذا التقابل إلا أنّ طريقة تعيين كل واحد منهما مختلفة تماماً عن الأخرى، فتعيين المحكم يكون باختيار الأطراف، وذلك تجسيداً وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة في سير العملية التحكيمية.

ويمكن للأطراف تعيين المحكم أو المحكمين بطريقة مباشرة في اتفاق التحكيم وهذا إذا كان التحكيم حراً ad hoc، أو بصورة غير مباشرة إذا كان التحكيم مؤسساتياً Institutional.

يُحوّل التحكيم للأطراف الحرية التامة فيما يتعلّق بمسألة اختيار شخص المحكم، ولكنّه اشترط على هؤلاء الأطراف ان يراعوا في اختيارهم بعض الشروط الجوهرية التي يجب ان تتوفر في المحكم الذي يتم اختياره، وهي الشروط التي سنطلق عليها مصطلح الشروط القانونية. كما أتاح لهم إمكانية تضمين اتفاقهم على التحكيم ما يشاؤون من الشروط التي

يرغبون في أن تتوافر في المحكم المختار، وهي الشروط التي سنطلق عليها مصطلح الشروط الاتفاقية.

1. الشروط القانونية الواجب توافرها في شخص المحكم:

يتم النص على هذا النوع من الشروط بموجب نص قانوني. وبناءً على ذلك، فإنه لا يجوز تجاهلها أو الاتفاق على مخالفتها.

وهذه الشروط وفق القانون الجزائري هي:

- أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً.
- أن يتمتع المحكم بالأهلية القانونية الكاملة وبكل حقوقه المدنية.

2. الشروط الاتفاقية الواجب توافرها في شخص المحكم:

نقصد بالشروط الاتفاقية تلك الشروط التي يتفق الأطراف عليها في اتفاق التحكيم، فمصدر هذه الشروط مصدر إرادي، لأنَّ إرادة الأطراف المتطابقة هي التي حددتها، ومتى تمَّ النص عليها في اتفاق التحكيم وجب تنفيذها والأخذ بها عند اختيار المحكمين وتعيينهم.

وبما أنَّ هذه الشروط هي شروط تخضع لإرادة الأطراف وحدهم، فإنهم أحرار في وضع ما يشاؤون من الشروط والصفات التي يتعيَّن على المحكم الاتصاف بها.

وتتعلَّق هذه الشروط عادة بالجنس، والجنسية، والسِّن، واللغة، والكفاءات، والخبرة، والتخصص في مجال النزاع، وغيرها من الشروط. ويظهر في هذه النقطة بجلاء، دور الإرادة وحرّيتها في اختيار الشخص الذي ينظر النزاع، بخلاف ما هو عليه الحال في قضاء الدولة الذي لا يتسنى فيه للخصوم اختيار القاضي، بل يتحدد ذلك باتباع قواعد الاختصاص المحلي والنوعي.

ملاحظة: عندما نكون بصدد المحكمة التحكيمية، فإننا نقصد بذلك حالة التحكيم المتعدّد، أي أن من يفصل في النزاع ليس محكماً واحداً فقط بل أكثر من واحد. وهذه المحكمة التحكيمية يجب أن تتكون دائماً من أشخاص طبيعيين، وبالتالي فمن الضروري أن تتوافر في كلّ محكم عضو فيها الشروط التي تطرّفنا إليها سابقاً. وإضافة إلى هذه الشروط، وبما أنّ المحكمة مشكّلة من أكثر من محكم واحد، فقد اشترط القانون أن يكون العدد وترياً.

خامساً: إجراءات سير الخصومة التحكيمية.

تمر الخصومة التحكيمية بمجموعة من الجلسات، لينسحب بعدها المحكمون إلى إجراء المداولة، ثم النطق بالحكم التحكيمي.

1. سير الجلسات في خصومة التحكيم التجاري الدولي:

تخضع عميلة سير الجلسات من كل النواحي إلى اتفاق الأطراف، فالجلسات في خصومة التحكيم لا تخضع للقواعد الإجرائية الجامدة والصارمة التي تخضع لها الجلسات في الخصومة القضائية. فلأطراف الحرية في اختيار وتحديد ما يشاؤون من الإجراءات، بحسب ما يناسب ظروفهم ومتطلبات خصومتهم. فيحدّدون خاصة مكان هذه الجلسات، وطريقة تنظيمها.

2. نهاية خصومة التحكيم التجاري الدولي:

تنتهي خصومة التحكيم بإحدى الطريقتين التاليتين:

1.2. الطريق العادي لانتهاء خصومة التحكيم التجاري الدولي

نقصد بالطرق العادي لنهاية التحكيم، هو تحقيق الغرض الذي من أجله الذي تم اللجوء إليه. وهذا الغرض هو إصدار حكم تحكيمي فاصل في النزاع. فعند صدور هذا الحكم يستنفذ المحكم ولايته وتنتهي عملية التحكيم.

2. الطريق غير العادي لانتهاة خصومة التحكيم التجاري الدولي:

نقصد بالطريق غير العادي لنهاية التحكيم، هو إنهاء إجراءات التحكيم دون تحقيق الغرض الذي من أجله الذي تم اللجوء إليه، أي إنهاء الإجراءات التحكيمية دون الحصول على حكم تحكيمي.

- ويتحقق هذا الفرض إذا توافرت إحدى الحالات التي تتعلق بالمحكم، أو بالأطراف، أو بالنزاع، أو بسريان اتفاق التحكيم.
- بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف، أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين. وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعلاه.
- بانتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تشترط المدة، فبانتهاء مدة أربعة (04) أشهر.
- بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه.
- بوفاة أحد أطراف العقد.

