

جامعة الجزائر 1
نيابة مديرية الجامعة للتكوين العالي في ما بعد التدرج
والتأهيل الجامعي والبحث العلمي

حوليات



الطُّرُق البديلة لحل النزاعات

ملتقى دولي
الجزائر 06 & 07 ماي 2014



حوليات جامعة الجزائر 1

الطرق البديلة لحل النزاعات

تحت اشراف:

الأستاذ الدكتور حميد بن شنياتي

و الأستاذ الدكتور علي فيلاي، جامعة الجزائر 1

إخراج: بلوحشي شهيناز

ملتقى دولي

الجزائر 06 & 07 ماي 2014

اللجنة العلمية

الرقم	الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة
01	علي فيلالي	أستاذ	جامعة الجزائر 1
02	حميد بن شنياتي	أستاذ	جامعة الجزائر 1
03	سليمان محمدي	أستاذ	جامعة الجزائر 1
04	محمد بشير	أستاذ	جامعة الجزائر 1

لجنة التنظيم

الرقم	الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة
01	سليمان محمدي	أستاذ	جامعة الجزائر 1
02	يمينة حوحو	أستاذة محاضرة	جامعة الجزائر 1
03	مليلة درياد	أستاذة محاضرة	جامعة الجزائر 1
04	معمّر بلحسن	أستاذ مساعد	جامعة الجزائر 1
05	رضا جباري	مكلف بالدروس	جامعة الجزائر 1
06	رشيد لوراري	مكلف بالدروس	جامعة الجزائر 1

الأمانة التقنية

الرقم	الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة
01	غنيمة لحلو خيار	أستاذة	جامعة الجزائر 1
02	لويّزة حنيّفي	أستاذة	جامعة الجزائر 1
03	سليمة واعراب	أستاذة محاضرة	جامعة الجزائر 1
04	محمد ريش	أستاذ محاضر	جامعة الجزائر 1
05	عثمان دشيّة	مكلف بالدروس	جامعة الجزائر 1
06	أحمد بوعليّلي	مكلف بالدروس	جامعة الجزائر 1
07	رشيد لوراري	مكلف بالدروس	جامعة الجزائر 1
08	فريدة مصطفى قارة	مكلفة بالدروس	جامعة الجزائر 1

الفهرس

3	الكلمة الترحيبية.....
	عبد الله نوح
	المؤسسات العرفية بمنطقتي القبائل ووادي ميزاب: طريقة أصيلة، بديلة
7	وفعالة لحل النزاعات بواسطة الصلح.....
	زندري عبد النبي
42	السلطة التقليدية وآليات الضبط الاجتماعي عند مجتمع إموهاغ (التوارق).....
	بشير محمد
55	الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون الاجراءات المدنية والادارية.....
	بودريعات محمد
89	الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح.....
	خلفي عبد الرحمان
	دور العقوبة البديلة في التقليص من تنامي معدل الجريمة (دراسة في البدائل
104	المطروحة في التشريع الجزائري).....
	فيلالي علي
126	التسوية غير القضائية لمنازعات الضمان الاجتماعي: نتائج مقنة
	أحمية سليمان
	الآليات المهنية الاتفاقية لتسوية نزاعات العمل الجماعية، بين الإطار القانوني
158	والواقع العملي.....
	حسن عز الدين دياب
205	الصلح وسيلة لفض النزاعات.....
	فريجة حسين
246	أثر التحكيم في عقود الإستثمار الدولي
	بن حملة سامي
269	دور الطرق البديلة في تسوية نزاعات العمل الجماعية.....

الكلمة الافتتاحية للملتقى

الأستاذ الدكتور حميد بن شنياتي

نائب رئيس الجامعة، المكلف بالتكوين العالي والتأهيل الجامعي والبحث العلمي

السلام عليكم

أما بعد،

- السادة الأساتذة القادمين من الدول العربية والأوروبية،
- السادة الضيوف الكرام،
- أيها السادة الأفاضل من أساتذة وباحثين وإطارات،
- أيها الطلبة،
- زملائي الأساتذة،

يسرني ويسعدني أن أرحب بضيوفنا الكرام وأن أتوجه لكم بالشكر على الحضور معنا وأن أثنى مسعاكم في إثراء موضوع هذا الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات.

إن تطور المجتمعات وكثافة وتشعب المعاملات، أفرز نزاعات معقدة، مما تطلب اعتماد آليات بديلة تسمح بحل هذه النزاعات بشكل سريع وفعال ومقبول من قبل الخصوم. ولقد عرفت هذه الآليات البديلة لحل النزاعات اهتماما متزايدا في مختلف الأنظمة القانونية وفي مختلف بلدان العالم بما في ذلك الجزائر وبلدان المغرب العربي وفرنسا.

ويبدو لنا أن هذا الاهتمام المتزايد بالطرق البديلة يرجع بالأساس إلى أربع اعتبارات نعتقد أنها رئيسية، وتتعلق على التوالي بسير مرفق العدالة العمومية (1)، وبرغبة الحاكم في إشراك المحكومين في تنظيم المجتمع (2)، وبالعوامل التاريخية (3)، وبمتطلبات القانون الدولي (4).

1- سير مرفق العدالة العمومية

لا شك في أن البحث عن طرق بديلة لحل النزاعات سواء في الجزائر أو في بلدان المغرب أو في البلدان الغربية مرده النقائص المسجلة في سير مرفق العدالة، منها إجراءات قضائية طويلة وفي غالب الأحيان مكلفة، والتي

لا تنتهي إلا بعد شهور، بل إلا بعد سنوات من الإجراءات المعقدة إلى حكم مطعون فيه، غير مفهوم ومن الصعب تقبله، مما يتطلب المرور بمرحلة إضافية (ما بعد المحاكمة) التي يضطر خلالها المتقاضى الرابع للقضية إلى خوض معركة مضيئة حتى يتمتع فعليا بالحقوق التي اعترفت بها له العدالة. وكثيرا ما نالت هذه التعقيدات من مصداقية العدالة العمومية، التي لم تصبح في متناول الجميع مع العلم أن هذا مبدأ دستوري. واضطر بعض المتقاضين على التنازل عن حقوقهم ما لم تمكنهم الظروف من التصالح مع الخصم.

2- إشراك المحكومين في تنظيم المجتمع

إنه من بين التطورات الهامة التي عرفها الفكر القانوني رغبة الحاكم في إشراك المحكومين في إعداد القوانين، إذ الملاحظ الآن أن هناك اتجاه عام نحو إضفاء الطابع التعاقدي على القانون. ولعل الجدير بالتنويه في هذا الشأن، أن هذا الاتجاه لم يقتصر على مختلف الحقوق الجوهرية التي يتمتع بها أفراد المجتمع، بل امتد أيضا ليشمل المراحل الإجرائية والقضائية. فالأمر لم يعد يقتصر على الاهتمام بتنازع المصالح كصراع محتدم لا هوادة فيه، يتم تحت إشراف القضاة الذين يجعلون من الطرفين المتنازعين أحدهما منتصرا والآخر منهزما، بل أصبح من المفيد ترجيح نوع من المقاربة التي قد تصل إلى درجة التوافق، وتحويل المواجهة المباشرة بين المتنازعين إلى ملاءمة بين مصالحهما في جو من التكافل والتفاهم المتبادلين. وهكذا بدأت الطرق البديلة تجتاح عددا متزايدا وباستمرار من مجالات القانون سواء ما ينتمي منها إلى القانون الخاص أو إلى القانون العام.

3- المجتمعات التقليدية منبع للطرق البديلة

إذا أراد المرء الرجوع إلى الوراء والتأمل في الماضي وفي الحاضر يمكن أن يستبق صورة المستقبل، حيث يبدو أن الحداثة في بعض البلدان العربية تميل إلى التعايش مع التقاليد. وهذا هو الوضع بالنسبة للطرق البديلة لحل النزاعات. فالأساليب التقليدية لحل النزاعات تظهر أحيانا

كصورة مسبقة لما يسمى اليوم بالطرق البديلة لتسوية النزاعات. وللتأكد من ذلك ما على المرء إلا أن يستحضر في ذهنه الشكل الذي تنتظم فيه الجماعة البشرية في المجتمعات التقليدية (العائلة، العشيرة، القبيلة، القوم) التي كانت تقوم على وجود روابط متينة بين أعضاء الجماعة. وبالتالي فإن العدالة التقليدية كانت تقوم أكثر على مبادئ التسوية الرضائية والصلح بين أطراف النزاع أكثر مما تقوم على الصراع المحتدم الذي لا هوادة فيه والتي يحتكم بشأنها إلى طرف ثالث هو القاضي التابع للدولة.

وهكذا فإن الطرق البديلة لحل النزاعات التي كرسها منذ مدة تشريعات البلدان المتبنية للتقاليد الرومانية الجرمانية والتي سبق لدول العرف البريطاني العمل بها، كما كان متعارفا عليها في الشريعة الإسلامية وفي بعض قوانين بلدان الشرق الأقصى. وتبلورت خلال هذه الممارسات فكرة جديدة مفادها أن حل أي نزاع لا يعني التطبيق المحكم للقاعدة القانونية بل يتعين محاولة تحقيق توازن بين إدعاءات الأطراف المتنازعة وكذلك محاولة التوصل إلى حل يرتضيه الطرفان وينصف في نفس الوقت كل منهما.

بهذه الكيفية فإن روح الإنصاف والتعقل والاحتراز والروح الإنسانية كلها تشكل عوامل تدعو إلى إشراك الأطراف المتنازعة في إيجاد الحل ولاسيما في وضع آليات تمكن من تحقيق مصالحهما. وبعبارة وجيزة يجعل الطرفين يساهمان فعليا في صنع حل عادل ومتوازن. والأمر الملفت للنظر في الوقت الراهن هو الرجوع في البلدان الإسلامية إلى عدالة يطبعها الجوار والمرونة والتهدة.

وقبل ان يصبح - على سبيل المثال- الصلح قانونا كان ولازال متعلقا ومتجدرا في المجتمع الجزائري، المتمثلة في رأي الجماعة ووساطة أهل الخير، وكل هذا ناتج من ثقافتنا وديننا الحنيف.

4- مقتضيات القانون الدولي

إن كل ملاحظ للدعاوى القضائية ذات الطابع الدولي، لاسيما تلك المتصلة بالقانون الخاص بإمكانه الإطلاع على عيوب نمط حل النزاعات

الدولية عن طريق القاضي الحكومي. فالقانون الدولي للنزاعات بصفته مرآة مشوهة يضخم نقائص الالتجاء إلى النمط الكلاسيكي للعدالة التابعة للدولة، منها تعقيد القواعد التي تحكم كل من الاختصاص القضائي والتشريعي، وطول الإجراءات والعراقيل الموضوعة أمام التحقيق الفعلي للحقوق التي تقرها العدالة لأحد المتقاضين، بالإضافة إلى الصعوبات والمشاكل التي تعترض تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية. إن هذا التوسع المبتكر الممتد للنطاق الدولي للأنماط البديلة لتسوية النزاعات باستثناء التحكيم وباعتبار أن الأنماط البديلة أعدت أساسا لفض النزاعات الداخلية، يمتاز بكونه قادرا على معالجة النقائص والانحصارات الناجمة عن الأنماط التقليدية لحل الخلافات. يمكننا على سبيل المثال تصور الفائدة الكبيرة التي تجنى من اللجوء إلى بعض الطرق كالتوافق والوساطة الدولية في حل نزاعات مستعصية، مرتبطة بقانون الأسرة بين أطراف فرنسية - مغربية أو بين مغربية والآثار القانونية الدولية المنجزة عن ذلك.

وفي ضوء هذه الاعتبارات وأخرى لم نتطرق إليها، أصبح اللجوء للوسائل البديلة لحل النزاعات في وقتنا الحالي أمرا ملحا وذلك لتلبية متطلبات الأعمال الحديثة، والتي لم تعد المحاكم في مختلف الدول قادرة على التصدي لها بشكل منفرد لمنع التطور المستمر في التجارة والخدمات وما نتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات، وحاجة السرعة والفعالية في حل الخلافات والنزاعات. فلا يكفي لتحقيق العدالة بين المتقاضين إعطاء كل ذي حق حقه وإنما ينبغي أن لا تأتي العدالة بطيئة بعد فوات الأوان وبعد إن يفقد الحق بريقه وأهميته.

إن الطرق البديلة لحل النزاعات أصبحت اليوم (ولو أن مجالها لا زال مفتوحا) نظاما قانونيا قائما بذاته تبنته أغلب التشريعات المعاصرة، وتلكم هي اشكالية هذا الملتقى الدولي.

المؤسسات العرفية بمنطقتي القبائل ووادي ميزاب: طريقة أصيلة، بديلة وفعالة لحل النزاعات بواسطة الصلح

الدكتور: عبد الله نوح
جامعة تيزي وزو

مقدمة

يمثل الصلح العرفي السائد حتى اليوم في المناطق الريفية والجبليّة والصحراوية طريقة أصيلة *voie authentique* لحل النزاعات لكونها جزءاً من الإرث القانوني للشعب الجزائري كان قبل الاحتلال الفرنسي يشكل نظاماً قضائياً قائماً بذاته، مثل ما كان سائداً في أغلب الدول الأفريقية والآسيوية. ففي منطقتي القبائل ووادي ميزاب، تشكل المؤسسات العرفية القبليّة والدينيّة التي تضرب جذورها في أعماق التاريخ الأمازيغيّ لما تتمتع به من سلطة رمزية ومعنوية قوية على الأفراد؛ طريقة فعالة وسريعة يلجأ الأفراد إلى وساطتها إلى يومنا هذا، لحل نزاعاتهم بطريق الصلح سواء أكان ذلك في الأحوال الشخصية أو في المسائل العقارية والتجارية بل وحتى الجزائية في حالة الشجارات المؤدية إلى الضرب والجرح؛ إذ لا يقتصر نفوذ هذه المؤسسات على الحياة الاجتماعية والروحية للأفراد فحسب وإنما يشمل الحياة القانونية أيضاً طالما أن أي نزاع قانوني ينشأ بين أفراد الجماعة يعتبر تهديداً لانسجام الجماعة بل وخطراً على وحدتها.

وقد أثار انتباهنا اللجوء الكبير للأفراد إلى وساطة المؤسسات العرفية¹ لحل النزاعات بالصلح في إطار القضاء العرفي التقليدي الذي يعد شكلاً من أشكال التعددية القضائية والقانونية في المجتمعات الأمازيغية المعاصرة، بسبب الاختلالات التي تعرقل الأداء الحسن لقضاء الدولة من جهة، وللامتيازات التي يوفرها قضاء الصلح العرفي من جهة أخرى. وتكتسي هذه الطريقة أهمية بالغة من حيث كونها طريقة منبثقة من بنية المجتمع وثقافته وتساهم في تحقيق

¹ نقصد بها الوساطة العرفية التي تخضع للقانون العرفي المحلي السائد بالمنطقتين وهي تختلف عن الوساطة القضائية التي نظمها المشرع الجزائري بأحكام تفصيلية في المواد 990 إلى 1005 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الاستقرار الاجتماعي الذي هو هدف القانون، كما تمثل دعما يخفف العبء على جهاز القضاء الدولاني. وبالرغم من ذلك تنعدم الدراسات القانونية عن هذه الطريقة التي تعد من أهم الطرق البديلة لحل النزاعات السائدة في الجزائر مع أن الطرق البديلة لحل النزاعات أضحت مجالا خصباً لمختلف الدراسات القانونية في دول العالم.²

فهل يمكن لطريقة الصلح العرفي لما تتمتع به من امتيازات السرعة، السرية والمجانية إضافة إلى انبثاقها من المنظومة القيمية للمجتمع أن تشكل وسيلة لدمقرطة حل النزاعات في الجزائر وتخفيف العبء على قضاء الدولة ؟

نحاول في هذه المداخلة، انطلاقاً من الواقع المعيش، استبيان دور مجالس الصلح المنبثقة من المؤسسات العرفية بمنطقتي القبائل ووادي ميزاب في حل النزاعات بين الأفراد بشكل فعال وسريع عن طريق الوساطة وآلية المصالحة. وذلك وفق مقاربة انتربولوجية قانونية³ تتجاوز تفسير القانون عن طريق القانون المكتوب الصادر عن الدولة وفق المنظور الوضعي الشكلي، إلى رؤية شاملة للظاهرة القانونية في مفهومها الواسع والمتعدد، بأن نبحت القانون من خلال التمثيلات والخطابات والتطبيقات القانونية للمجتمع في حياته العملية.⁴

ونحاول أن نجيب عن جملة من التساؤلات الأساسية، أهمها: ما هي مجالات قضاء الصلح العرفي وأسباب اللجوء المتزايد للمتقاضين في المنطقتين إلى حل نزاعاتهم في إطار المؤسسات العرفية القبلية

² باتت الطرق البديلة لحل النزاعات في الوقت الحاضر من المواضيع الشائعة للبحوث القانونية والأنثروبولوجية القانونية في الدول سواء في الدول الأنكلوساكسونية أو في فرنسا. وقد قام مخبر الأنثروبولوجيا القانونية بباريس سنة 1980 بعدة بحوث حول العدالة غير الرسمية justice informelle في المجتمعات التقليدية مقارنة بالعدالة الرسمية للدولة المعاصرة. غير أن هذه البحوث تركزت أغلبها في إفريقيا السوداء ولم تحظ البلاد المغاربية باهتمامها. كما بات النزاع conflit ومسألة مشاركة الأفراد في المرفق القضائي ودمقرطة حل النزاعات من الموضوعات الرئيسية في الأنثروبولوجية القانونية الحالية. حول هذه الدراسات انظر:

Marie FOLETS – Claire, " A la recherche d'une justice perdue : les procédures alternatives de règlement de conflits ", *Journal of Legal pluralism*, N°36, 1996, pp. 9- 10.

³ تعرف الأنثروبولوجيا القانونية أنها: « التخصص الذي يبحث مسارات الاقننة الخاصة بكل مجتمع، ونسق التفكير التي يحكمها، من خلال تحليل الخطابات (الشفوية والمكتوبة)، والتطبيقات والتمثيلات لدى الأفراد » (ترجمتنا). انظر: Norbert ROULAND, *l'Anthropologie juridique, que sais-je ?*, PUF, 1990, p.7.

⁴ Otis Ghislan, *Méthodologie du pluralisme juridique*, éditions KHARTALA, paris, 2012, pp.28, 32.

والدينية؟ (المبحث الأول)؛ وما هي تشكيلة مجالس الصلح العرفية المنبثقة عن المؤسسات العرفية القبلية والدينية، التي تقوم بالوساطة والصلح؟ (المبحث الثاني)؛ وفيما تتمثل المنظومة القيمية السائدة في الثقافة القانونية للمجتمع الجزائري والمتحكمة في عملية الصلح؟ (المبحث الثالث)؛ وأخيرا كيف تتم إجراءات وآليات طريقة الصلح التي تتولاها المؤسسات العرفية، و ضمانات تنفيذ اتفاق الصلح؟ (المبحث الرابع)؛ لنخلص إلى بعض الاقتراحات بخصوص وجوب دعم هذه الطريقة البديلة لدرء النقائص التي تشوبها، سواء من طرف المتنازعين أو من طرف المشرع الجزائري.

المبحث الأول: مجالات الصلح العرفي وأسباب تزايد اللجوء إلى وساطة المؤسسات العرفية

بعد استعراض مجالات قضاء الصلح العرفي (م1) نبحث في أسباب لجوء المتقاضين إلى الوساطة العرفية (م2).

المطلب الأول: مجالات قضاء الصلح العرفي

إذا كان مجال القضاء العرفي القديم قد تقلص اليوم إلى حد كبير بفضل عامل التثاقف القانوني إبان الفترة الاستعمارية ثم بعد نشأة الدولة الوطنية؛ فإن مجالس الصلح العرفية لازالت حسب معاينتنا الميدانية تساهم في تسوية الكثير من القضايا بالصلح، سواء تعلق الأمر بالأحوال الشخصية أو النزاعات العقارية والتجارية والمالية (الفرع الأول)، وقضايا الضرب والجرح العمدى والشجارات (الفرع الثاني). نستعرضهما في التالي:

الفرع الأول: قضايا الأحوال الشخصية والقضايا المدنية والتجارية

تساهم المؤسسات العرفية في تسوية أغلب النزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بواسطة الصلح⁵ لاسيما نزاعات الطلاق والميراث التي تتميز بالطابع السري في ثقافة المجتمع مع الأخذ بعين الاعتبار بعض قواعد القانون العرفي المنظمة للموضوع التي مازالت سارية المفعول. إذ بعد التوصل إلى اتفاق بالتراضي حول الطلاق وحيثياته يتم إعطاء الصيغة الشكلية لهذا الاتفاق بواسطة حكم لدى القضاء الرسمي. ونفس

⁵ على سبيل المثال وحسب إحصائيات مجلس قضاء غرداية لسنة 2007 لا تمثل قضايا الأحوال الشخصية إلا 8 % من القضايا المعالجة أمام 15 % من القضايا المدنية، بينما تمثل القضايا الجنائية 75 %. انظر: الجدول الإحصائي للقضايا لسنة 2007، مصلحة الإحصائيات، مجلس قضاء غرداية.

الحكم ينطبق على النزاعات المتعلقة بالميراث وتوزيع التركة، قبل أن يتم إعطاؤها الشكل الرسمي كفريضة لدى الموثق.

كما تتوسط مجالس الصلح العرفية في الكثير من الحالات لحل النزاعات العقارية بالاستعانة بقواعد القانون العرفي السارية المفعول. وقد يلجأ القضاء الدولاني في هذه المسائل إلى الاستعانة بالخبراء التقليديين العارفين بالقانون العرفي في إطار الخبرة القضائية⁶، وقد يقع الاتفاق بالتراضي على معالم الحدود بمساعدة العقال والمجلس القروي، وبإشراف الخبير الذي يحضر محضراً مفصلاً في ذلك يوقع عليه الأطراف، فيحيلوا ذلك للقاضي ليثبت به حكم. وفي النزاعات التجارية والمالية تتولى المجالس القضائية العرفية غالباً الوساطة لتحقيق الصلح والتفاهم بين المتنازعين. ويتجسد ذلك خصوصاً في النزاعات حول التسيير التجاري والمالي للمشاريع والمؤسسات التجارية العائلية التي أصبحت تشكل نسبة معتبرة من المؤسسات الصغيرة والمتوسطة⁷، و غالباً ما تضمن المجالس العائلية ديون أبنائها وتوفيقاً للدائن على أن يستردوها منه بالتقسيط. وفي الغالب يكون حضور الخبراء، كالمحاسبين ضروريا لفهم النزاع والسعي لتحقيق الصلح بين المتخاصمين.

الفرع الثاني: الجرائم الجزائية البسيطة المرتكبة ضد الأشخاص
وتتعلق بمختلف أشكال العنف العمدي المرتكب ضد الأشخاص والتي تعتبر كمخالفات وجنح يعاقب عليها في مفهوم قانون العقوبات الجزائي. مثل النزاعات المتعلقة بالاعتداء على الأشخاص والأموال بالضرب والجرح العمدي والشجارات ما لم تؤد إلى الوفاة، إذ تنعقد

⁶ بموجب المرسوم التنفيذي الصادر في 10 أكتوبر 1995 المتعلق بشروط تسجيل الخبراء وواجباتهم وحقوقهم اشترطت المادة 6 منه أن يكون الخبير متحصلاً على شهادة جامعية في التخصص. غير أن التعليم الجامعي لا يضمن في الحقيقة أي تكوين في القانون العرفي لهؤلاء، مما جعل القضاة في ولاية غرداية يلجؤون في النزاعات المتعلقة بالعمران والمياه إلى تعيين الخبراء التقليديين "لاومنا" العارفين للقانون العرفي للعمران وتسيير المياه بينما يلجأ بمنطقة القبائل إلى الاستعانة بأعضاء المجالس القروية (امغارن) لتثبيت الملكية الأرضية وحل النزاعات العقارية المتعلقة بتحديد معالم الحدود.

⁷ حسب الباحث بوعلام عليوات باحث من جامعة نيس صوفيا انتيبوليس، بلغت نسبة المؤسسات الاقتصادية العائلية في الجزائر حوالي 95 % من جملة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة أغلبها مؤسسات صغيرة جداً. انظر:

Meziane Rabhi, *l'entreprise familiale en Algérie, Comment assurer la relève ?*, LIBERTE du 27 mai 2014, p. 7.

المجالس العرفية تلقائيا أو بموجب شكوى - إذا لم تصل إلى علمها الوقائع - لبحث هذه الوقائع لحلها بالمصالحة وتفاذي وصولها إلى القضاء الدولاني، طالما أن هذا النزاع يعتبر مسا بوحدة الجماعة وبالنظام السائد وتهديدا لأمنها. وتسعى مجالس الصلح العرفية القبلية والدينية إلى الإصلاح بين المتشاجرين بموجب عقد صلح يتفق فيه، إما على تعويض الأضرار للطرف المتضرر وإما بعفو المعتدى عليه على المعتدي. غير أنه في المناطق التي تتمتع فيها المجالس العرفية بسلطة ردعية فإن هذه الأخيرة قد تصدر عقوبات على المخالفين، قد تكون مادية مثل الغرامة بمنطقة القبائل، أو معنوية وهي أشد وقعا، وهي العزل والمقاطعة من طرف الجماعة ودعوة السوء (tiwri)⁸ ، كما هو سائد في المنطقتين لاسيما في وادي مزاب.⁹

والملاحظ أن القضاء التأديبي الذي كان سائدا في القديم بكلتا المنطقتين تحول شيئا فشيئا إلى قضاء تصالحي لحل الخصام بين المتشاجرين في قضايا الضرب والاعتداء اللفظي أو قضايا الشرف بسبب ضعف السلطة العقابية المادية للمؤسسات العرفية، بل وأقول سلطة المجالس القروية في العديد من المناطق الحضرية والمدن بمنطقة القبائل مما يصعب معه وأحيانا يستحيل، تطبيق العقوبات المقررة على الشباب المتمرد على سلطتها.

المطلب الثاني: أسباب لجوء المتقاضين إلى الوساطة العرفية لتحقيق الصلح
إن سبب اللجوء المتزايد للأفراد المتنازعين بمنطقتي القبائل ووادي مزاب إلى وساطة المؤسسات العرفية كما لاحظناه، يرجع إلى

⁸ دعوة السوء tiwri يطلقها العزابة على كل من يخالف القانون الاجتماعي السائد أو يرتكب منكرات وهي مؤثرة جدا في الأفراد، ويقابلها دعوة الخير والبركة tanemmirt.

⁹ بالطبع ينحصر الأمر في مسائل الضبط البسيطة simples polices، إذ لم يعد للمؤسسات العرفية أي تدخل فيما يخص الجنايات المعاقب عليها بموجب قانون العقوبات منذ أواخر القرن 19 عندما تم سحب الاختصاص القضائي في جرائم القتل من يد المجالس العرفية القضائية بالمنطقتين بعد بسط الإدارة الاستعمارية. والملاحظ أن "الدية" المعروفة في الشريعة الإسلامية كقصاص على جريمة القتل تعد مرفوضة في نظام الثأر القبائلي حتى اليوم لأنها تعتبر بمثابة "أكل دم الضحية" أي "رشوة" مقابل سكوتها عن حقها. انظر :

HANOTEAU et LETOURNEU, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, Editions BOUCHEN, tome II, p209.

النقائص والعراقيل التي تميز قضاء الدولة الذي يعتبر طريقا طويلا وشاقا للمتقاضين لانتزاع حقوقهم نظرا لطبيعته البيروقراطية وتعقيداته والمصاريف التي يفرضها على كاهل المتقاضين بالإضافة إلى مشاكل التنفيذ، الخ (الفرع الأول)؛ وإلى المزايا العديدة التي توفرها لهم تسوية نزاعاتهم بالصلح في إطار المؤسسات العرفية. ومن أهم هذه المزايا: بساطة الإجراءات والسرية والفعالية وخاصة الاحتكام إلى القيم الاجتماعية والأخلاقية السائدة التي تحث على التسامح والتنازل عن الحق من أجل مصلحة الجماعة، بالإضافة إلى ضمان فعالية اتفاق الصلح وسرعة تنفيذه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نقائص القضاء الدولاني

سنتناول على التوالي: النقائص والتعقيدات البيروقراطية (1)، فالعلنية الفاضحة (2)، ثم التطبيق الجامد للقانون (3) وأخيرا مشاكل التنفيذ (4)

أولا: النقائص والتعقيدات البيروقراطية

يعاني قضاء الدولة نقائص مزمنة كثيرة بالإضافة إلى الإجراءات البيروقراطية، مما يجعل عملية التقاضي أمامه مسارا شاقا وطويلا ينفر المتقاضين ويجعلهم يبحثون عن بدائل أخرى، لعل أهمها: - كثرة القضايا وتكدسها مما يجعل القضاة يعملون تحت الضغط وتنقص بالتالي قدرتهم على المعالجة السليمة والمتأنية للقضايا.¹⁰ - النقائص اللوجستية لاسيما قلة المحاكم وبعدها عن أغلب القرى بالنسبة لمنطقة القبائل والصحراء، ومتاعب التنقل إلى مقار المجالس القضائية.

- تعقد إجراءات التقاضي وكثرتها مثل إجراءات التحقيق والتبليغ والاختصاص وسير الجلسات والطعن، وإجراءات إحضار الشهود وترجمة الوثائق، وإجراء الخبرة، الخ¹¹. ويؤدي ذلك غالبا إلى

¹⁰ حسب الإحصائيات التي كشف عنها القاضي عبد السلام ذيب رئيس الغرفة التجارية والبحرية لدى المحكمة العليا خلال مداخلته بعنوان "المحكمة العليا في كلمات وأرقام" والتي ألقاها في الندوة العلمية التي نظمتها المحكمة العليا، بمناسبة إحياء الذكرى الـ 50 لتأسيسها؛ فإنه تم تسجيل 77046 طعن لدى المحكمة العليا خلال سنة 2013، وهو عدد من القضايا لم يتم تسجيله خلال 25 سنة (1964-1988). انظر: محمد فاتح عثمان، "في ظل غياب الوساطة القضائية وتراجع دور "الجماعة" التقاضي في الجزائر.. رحلة بلا نهاية في المحاكم"، جريدة الخبر، الجمعة 09 ماي 2014. النسخة الإلكترونية.

¹¹ انظر خاصة المواد من 8 إلى 23، والمواد 32 إلى 47 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تطويل الفصل في النزاعات وإرهاق المتقاضين نفسيا وماديا. وفي أغلب الحالات يلجأ المتقاضي إلى توكيل محام، وهو ما يثقل كاهله بالمصاريف القضائية التي لا يستطيع حتى في حالة كسبه القضية، استرجاع إلا جزء منها.

- أدى طول الإجراءات وتعقدها وضرورة اكتمال الإجراءات للفصل في القضايا، إضافة إلى طرق الطعن والتأجيلات، إلى طول الفصل في النزاعات، لاسيما في القضايا الجزائية والعقارية والتجارية.

- العائق اللغوي الذي بات عاملا ينفر المتقاضين من القضاء الدولاني بمنطقة القبائل، ويجعل منه جهازا غريبا عن ثقافة المجتمع¹².

ثانيا: العلنية الفاضحة

يؤدي مبدأ علنية الجلسات غالبا إلى إحراج المتقاضين وكشف أسرارهم العائلية والتجارية فضلا عن نواياهم وتصرفاتهم أمام الحضور، مما يكون له غالبا آثار نفسية بالغة عليهم ويفسد العلاقات بينهم بل ويهدد أحيانا الاستقرار الاجتماعي للعائلات والجماعات القرابية فضلا عن الأفراد. وهو ما يدفع الأفراد غالبا إلى حل نزاعاتهم في الإطار العرفي الذي يضمن لهم السرية.

ثالثا: التطبيق الجامد للقانون دون الاعتداد بالبعد التصالحي

تمثل وظيفة القضاء الدولاني أساسا في تطبيق القانون بصفة جامدة بتقرير الحق لأحد أطراف النزاع كما يحدده المشرع تطبيقا للقاعدة القانونية، دون الأخذ بعين الاعتبار النتائج الاجتماعية التي قد تترتب عن تطبيق القانون مثل ازدياد الانشقاق والعداوة بين الأطراف وحتى ارتكاب جرائم أخرى تبعا لذلك؛ بينما يمثل تحقيق الصلح الهدف الأساسي في الوساطة التي تقوم بها المؤسسات العرفية. فتسوية النزاع في إطار هذه المؤسسات يقوم على البعد التصالحي أي تحقيق الصلح بين المتنازعين كهدف أسمى. وقد يتم ذلك مع

¹² تنص المادة 8 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بالنص على أن « تتم المناقشات والمرافعات باللغة العربية ». ويشكل ذلك عائقا نفسيا وسياسيا لتقريب القضاء من المواطنين بالمناطق الناطقة بالامازيغية لاسيما بالنسبة للمسنين بمنطقة القبائل .

إحقاق الحق لصاحبه، كما قد يتم على حساب إحقاق الحق بتنازل احد الأطراف أو كلاهما عن جزء من مطالبهما من أجل تحقيق الصلح.

وإن كان تحقيق الصلح هو الواجب الذي يسعى الوسطاء من كبار العائلة ورجال الدين إلى تحقيقه، فإنه لا يمثل في قضاء الدولة إلا إجراء استثنائيا وتكميليا. فباستثناء ميدان الطلاق الذي أوجب فيه المشرع الجزائي بموجب المادة 49 من قانون الأسرة، على القاضي عدم إثبات الطلاق إلا بعد محاولات إجراء الصلح، فإن الصلح يبقى إجراء هامشيا، إذ يلاحظ أن التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية والإدارية نص على طريقة الوساطة والصلح¹³ في المواد المدنية والإدارية، لكنه أبقى ذلك كطريقة جوازية واختيارية يلجأ إليها القاضي إن أراد، كما تم إخضاع طريقة الصلح القضائي في كلتا الحالتين للتعقيدات الإجرائية الشكلية التي تميز القضاء الدولاني.

رابعا: مشاكل التنفيذ والآثار الاجتماعية السلبية للتنفيذ الجبري

يعترض تنفيذ مختلف الأعمال القضائية من أحكام وقرارات مشاكل كثيرة في الميدان العملي سببها غالبا تعنت الطرف أو الأطراف الخاسرة التي صدرت ضدها وتحايلها وتهربها من ذلك، وقد يصل الوضع إلى استحالة التنفيذ، بالإضافة إلى المصاريف التي تتطلبها إجراءات التنفيذ بواسطة المحضر القضائي ولاسيما الآثار السلبية للتنفيذ الجبري على العلاقات الاجتماعية بين المتنازعين (حالة النزاع بين الإخوة والأعمام أو الزوجين). بينما يضمن الوسطاء في المؤسسات العرفية التنفيذ الفعلي لاتفاق الصلح بواسطة تعاون الأطراف المتصالحة وبمساهمة المجتمع مقابل الحصول على التزكية الاجتماعية والبركة الدينية.

المطلب الثاني: مزايا قضاء الصلح العرفي

يوفر القضاء العرفي الذي يقوم على وساطة أشخاص حكماء ذوي مركز اجتماعي وروحي محترم، مزايا هامة للمتنازعين. فهو من جهة يسمح لهم بحل نزاعاتهم بالتفاهم بسرعة وبساطة وسرية، ويجنبهم المعاناة

¹³ المواد 990 إلى 1005 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الطويلة والشاقة مع الإجراءات البيروقراطية والتكاليف الباهظة التي يفرضها القضاء الدولاني؛ وهو من جهة أخرى يسهر على تحقيق الصلح وإرجاع اللحمة بين المتنازعين مع ضمان تنفيذ بنود الصلح :

أولاً: السرعة والبساطة و المجانية

يتم حل النزاعات بوساطة المؤسسات العرفية قبلية كانت أو دينية، بإجراءات بسيطة ومرنة وسهلة دون التقيد بأجال معينة أو مصاريف، وبعيدا عن الإجراءات الشكلية البيروقراطية. والملاحظ أن الكثير من النزاعات المعقدة التي يتطلب حلها في القضاء الدولاني شهورا وحتى سنوات عديدة من المساعي مثل القضايا العقارية والتجارية، يتم حلها في مدة ساعات وفي أسوأ الأحوال في مدة أيام، بفضل حنكة الوسطاء وتأثيرهم في المتنازعين.¹⁴

ثانياً: السرية والحميمية

إن القضاء العرفي يوفر السرية التامة للمتقاضين طالما أنه لا يجري أمام الملأ. ذلك أن إخراج النزاع أمام الآخرين "الأجانب" « *iberraniyen* » يعتبر في التصور الشعبي عاراً وفضيحة، أي « *bahdala* » بمعنى إهانة لشرف الجماعة. إذ يسود الاعتقاد أن مشاكل الجماعة وقضاياها يجب أن تحل بين أفرادها لأنها "سر الجماعة" وكل إفشاء لها يعتبر قدحا وضرار بحرمة الجماعة وبالتالي يثير ردود فعل عنيفة من طرفها. هذا ما يفسر أن أغلب القوانين القروية القبائلية السائدة حتى اليوم تقرر عقوبات على اللجوء إلى القضاء الدولاني، ولا تسمح بذلك إلا بعد عرض النزاع أولاً على القضاء العرفي واستحالة حله من طرفه، كما تلزم المتقاضين الحصول على رخصة مسبقة من المجلس القروي "ثاجمعت" لعرض النزاع أمام القضاء الدولاني. والملاحظ أن المتنازعين قد يخرقون هذه القاعدة، في حالة ما وصل التعنت والعناد مداه لاسيما إذا تعلق الأمر بأموال طائلة تثير الصراع الشديد والأطماع الكثيرة.

¹⁴ مثال ذلك قضية نزاع دامت مدة 17 في القضاء الدولاني فتم حلها في مدة ساعات في مجلس الصلح التابع لمسجد تيزي وزو. إذ لم يتم فقط تسوية النزاع القانوني وإنما إرجاع المودة والتصالح بين الخصوم: انظر: الدكتور سعيد بويصري، حوار مع جريدة "موعد حواء" حول مجالس الصلح وعلاج مشاكل المجتمع، مجلة موعد حواء، النسخة الإلكترونية. من 26 نوفمبر إلى 2 ديسمبر 2008.

ثالثا: البعد التصالحي والاجتماعي لتسوية النزاع

يسعى الوسطاء بالمؤسسات العرفية أساسا إلى تسوية النزاع وتحقيق الصلح في آن واحد حتى وإن كان ذلك على حساب إحقاق الحق، طالما أن أي نزاع بين أفراد الجماعة يمثل تهديدا لوحدها، لأنه قد يتحول تلقائيا إلى نزاع جماعي بين العائلتين أو القريتين أو العرشين بفعل التضامن القرابي الآلي (الحمية القرابية). ولذلك كان من الطبيعي أن تضع الجماعة آليات لتحقيق التصالح وحماية وحدتها وانسجامها. ولتحقيق هذا الهدف النبيل لابد من حث الأطراف المتنازعة على التفاهم بالتضحية المتبادلة للوصول إلى أرضية تفاهم لرأب الصدع في كيان الجماعة.

رابعا: ضمان التنفيذ وفعاليتيه

خلافًا لطرق التنفيذ التي يقررها المشرع والتي يمكن للمدين، في حالات عديدة، التحايل عليها والتهرب من تطبيقها عليه عمليا ؛ فإن الوسطاء العرفيين من ممثلي الجماعات القرابية للأطراف ورجال الدين يضمنون تنفيذ بنود الصلح تنفيذا سريعا وفعالا، بفضل السمعة والتأثير المعنوي الذي يتمتعون به لدى الأطراف في إطار القيم الاجتماعية المتعارف عليها لاسيما قيمة الرجولة التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالالتزام بالعهد والكلمة. فإذا أخل أحد الأطراف بالتزاماته المتفق عليها في عقد الصلح فإن ممثل عائلته "الضامن فيه" يلزمه بذلك باستخدام كل سلطته ونفوذه عليه بالإضافة إلى تحسيس عائلته وتعبئتها للتأثير عليه حتى يعود إلى جادة الصواب. أما إذا تعنت المدين في موقفه ورفض الوفاء بالتزاماته المتفق عليها في الصلح، فإن ممثله العائلي الضامن يوفي بالالتزام مكانه، دفاعا عن "وجه العائلة" وتنفيذا للعهد، ثم يعود على صاحبه لمطالبته بالوفاء أو قد يعفيه من الإلتزام لاسيما إذا لم تكن له القدرة المالية للوفاء. ومن جهة أخرى فإن تنفيذ اتفاق الصلح يتم غالبا بالتعاون بين الأطراف وعن طيب خاطر بإشراف الوسطاء من وجهاء الجماعة ورجال الدين؛ بينما يخلف التنفيذ الجبري الذي تمارسه أجهزة الدولة آثارا نفسية واجتماعية سلبية على المدين المتعنت، بل وقد يولد

احتقانا في العلاقات الأسرية وأحقادا تلوث العلاقات بين الأفراد والجماعات قد تمتد إلى عدة أجيال .

ويمكن أن نلخص مزايا الوساطة العرفية وعيوب القضاء الدولاني في هذا الجدول المقارن:

مزايا القضاء العرفي	عيوب القضاء الدولاني
السرعة والبساطة والمجانية	التعقيدات البيروقراطية والمصاريف القضائية
السرية والحميمية	العلنية الفاضحة (البهذلة)
البعد التصالحي والاجتماعي لتسوية النزاع	الجمود في تطبيق القانون بعيدا عن البعد التصالحي
ضمان التنفيذ وفعاليته وإرجاع لحمة الأخوة والوئام والانسجام الاجتماعي.	مشاكل التنفيذ والآثار السلبية للتنفيذ الجبري على العلاقات الاجتماعية بين الأفراد.

المبحث الثالث: مجالس الصلح العرفية

تنبثق مجالس الصلح العرفية من التنظيم القرابي - الديني السائد بالمنطقتين (المطلب الأول)، وتتشكل أساسا من ثلاث فئات من الأشخاص الذين يمثلون خيرة أبناء المجتمع ونخبته (المطلب الثاني):

المطلب الأول: بنية النظام القبلي-الديني بالمنطقتين¹⁵

ينتظم الأفراد بمنطقتي القبائل ووادي مزاب تنظيما قبليا تنبثق منه مجالس قبلية تمثيلية تخضع إلى مؤسسات دينية تتداخل تنظيميا ووظيفيا معها. وقد عرفت هذه النظم عدة تطورات، لاسيما إبان الفترة الاستعمارية، ترتبت عنها تحولات في بنيتها ووظائفها. ويمكن أن نميز بين المؤسسات القبلية والدينية:

¹⁵ حول هيكلة هذه النظم وتطورها التاريخي في ظل الدولة الاستعمارية وبعد الاستقلال انظر: عبد الله نوح، المؤسسات العرفية بمنطقتي القبائل ووادي مزاب ومساهماتها في المرافق العامة. مقارنة انتربولوجية قانونية. دكتوراه في القانون العام، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 2010، ص 60 إلى 87.

الفرع الأول: المؤسسات القبلية

يقوم التنظيم القبلي على أساس القرابة الحقيقية أو المفترضة (جد ذكر) ويرتبط بإقليم مكاني في إطار النظام القبلي الانقسامي الذي يسود مختلف المجتمعات الأمازيغية في شمال إفريقيا التي هي مجتمعات انقسامية *sociétés segmentaires*¹⁶. ويتميز هذا النظام باستقلال كبير للجماعات القرابية التي تشكل في نفس الوقت أطرا اجتماعية للانتساب ووحدات إدارية وسياسية. وتستمد المؤسسات القبلية التمثيلية المنبثقة من هذا التنظيم مشروعيتها من طبيعتها التمثيلية وطريقة اختيار أعضائها ومراقبتهم وعزلهم، وتوزيع السلطة وعدم تركزها في شخص واحد.

ففي منطقة القبائل تشكل "ثاخروبث" أو "أذروم" (الحي) أول وحدة تنظيمية قرابية تضم مجموع العائلات المنتسبة إلى جد مشترك و يرأسها "طامن" يمثلها في المجلس القروي (ثاجمعت ن ثادرت) أو "اللجنة القروية" في إطار القرية، بعد ذلك تأتي "ثادرت" القرية وتتكون من تجمع عدة أحياء "إذروما / إخربا" وهي وحدة إدارية جوهرية في المجتمع القبائلي، ويشرف على تسييرها مجلس عام يضم كافة الرجال البالغين في القرية يدعى "ثاجمعت ن ثادارت" ينبثق منه مجلس تنفيذي مضيق يدعى "ثاجمعت ن لعقال" أو اللجنة القروية (Comité) يرأسه "لمين" وهو منسق ليست له إلا سلطة اسمية. وتشكل عدة قرى على أساس انتسابها إلى جد مشترك واتخاذها اسم مشترك كرمز لوحدها،¹⁷ تحالف قرابي يسمى "عرش" (القبيلة) ويسيره

¹⁶ المجتمع الانقسامي (*société segmentaire*) هو المجتمع الذي يتكون من تنظيم على شكل شجرة يمثل المجتمع بالجذع بينما تشكل الفروع الكبيرة الجماعات النسبية الكبرى، والفروع الثانوية العائلات. ويتميز بانعدام السلطة المركزية بحيث لا يضمن النظام فيها هيئة سياسية معروفة ومتميزة وإنما يتحقق ذلك بلعبة التوازن بين مختلف الأقسام والجماعات القرابية التي يتكون منها. حول النظام الانقسامي انظر:

Emile DURKHEIM, *De la division du travail social*, (1893), paris, PUF, 1973, pp.149-176.

Michel CAMAU, *Pouvoir et institutions au Maghreb*, Horizon maghrébine, Cérès Production, Tunis, 1978, p. 174.

وحول النظام الانقسامي في المجتمعات الأمازيغية انظر:

Ernest GELLNER, *Saint of Atlas*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1969.

¹⁷ غالبا ما يكون ذلك بأداة الانتساب "آث" مثل آث اراثن، آث واسيف، أو باسم الجمع مثل امكيرن، اكورن، الخ.

مجلس تمثيلي يسمى "تاجمعت ن لعرش" (مجلس العرش). قد تتجمع عدة قبائل في شكل كونفدرالية قبلية مؤقتة تسمى "ثاقبيات"¹⁸.

أما في وادي ميزاب فتتكون من مجموع الأسر المرتبطة بجد ذكر مشترك ما يسمى "تادرت" (العائلة الموسعة) يرأسها مجلس من كبار العائلات، وتشكل مجموع العائلات الموسعة على أساس القرابة إلى جد مشترك "تعشيرت" (العشيرة) ويسيرها مجلس كبار العشيرة، ومن مجموع العشائر المرتبطة بجد مشترك يتكون "عرش" (القبيلة)، ومن تحالف عرشين إلى أربعة أعراش تتكون المدينة المزابية (أغرم) التي يسيرها مجلس تمثيلي لمجموع العشائر يدعى مجلس الضمان والأعيان. ويتميز وادي ميزاب بظهور مجلسين كونفدراليين يمثلان المدن المزابية السبعة أحدهما قبلي والآخر ديني يمثلان الوحدة المذهبية والقبلية لبني ميزاب.

الفرع الثاني: المؤسسات الدينية

تمثل مؤسسة العزابة في وادي ميزاب نخبة رجال الدين الاباضية الذين يقومون بأمر الإمامة، بينما يمثل نظام ثعممرين بمنطقة القبائل التفسير المرابطي للإسلام السني المرتبط بالنظام القبلي القبائلي.¹⁹ وأدى تمتع هذه المؤسسات بالحياد وبمشروعية دينية قوية، إلى أن خولها للقيام بدور الوساطة لتحقيق الصلح. وتتمثل هذه المؤسسات في التالي:

أولاً: نظام حلقة العزابة (اعزابن) بوادي ميزاب

تعد حلقة العزابة (اعزابن) أعلى مرتبة من مراتب الطلبة و رجال الدين الاباضية بميزاب، وتمثل الهيئة الدينية العليا على مستوى كل

¹⁸ ومن أمثلة هذه التحالفات ما يذكره لنا الكاتبان هانوتو وليتورنو في أواخر القرن 19 من وجود أربعة كونفدراليات متميزة بمنطقة القبائل الكبرى وهي كونفدرالية آث اراثن، وهي أقواها وأكثرها عددا وأوسعها إقليما، وتضم 13 قبيلة وكونفدرالية إزاوون وتضم 10 قبائل وتتمركز في الجنوب الغربي لجزيرة. وكونفدرالية إليلتن وتضم 5 قبائل. وكونفدرالية آث جناد التي تحتل الساحل البحري والجانب الشرقي للقبائل الكبرى وتحتوي على 6 قبائل. انظر: Adolph HANOTEAU, A LETOURNEUX, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, deuxième tome, ATOUT KABYLIE-EUROPE, AUHUSTIN CHALLAMEL Editeurs, paris 1893, Réédition 1998, pp.14 et s.

¹⁹ حافظت المؤسسات الدينية الاباضية على رأسها العزابة بطابعها العرفي، بينما اتخذت الزوايا بمنطقة القبائل شكل الجمعيات الدينية، ومع ذلك حافظت بعضها على بنيتها العرفية في الواقع العملي.

مدينة مزابية باعتبارها تجسيدا للإمامة الإباضية. وقد نشأ نظام العزابة نتيجة لاجتهادات وجهود علماء ومشائخ الإباضية في بداية القرن الحادي عشر، من أجل إحياء نظام الحكم الرستمي في شكل جديد. فبعد أن كانت مجرد حلقة للتعليم الديني والاعتزال الروحي (القرن 10-11) تحولت بعد نشأة المدن المزابية واستقرارها بالمسجد (القرن 12) إلى هيئة سلطوية تقوم بوظيفة اجتماعية هامة تتمثل في التوجيه والإرشاد العام وتحقيق الصلح لحفظ التضامن والتكافل في المجتمع، وتنظيم العادات والتقاليد بواسطة الفتاوي والقوانين العرفية بالاشتراك مع مجلس الأعيان الممثل لعشائر المدينة.

ويساعد اعزابن هيئة تمسردين²⁰، وتضم النساء المتفوقات في علوم الدين، و مهمتها الأساسية هي تنفيذ قرارات العزابة في المجتمع النسوي والتكفل بالشؤون الاجتماعية للمرأة المزابية، والتعليم الديني للفتيات وغسل الموتى من النساء. كما يوجد مجلس لعزابة وادي مزاب يتشكل من ممثلي العزابة للمدن المزابية السبعة ويسمى مجلس الشيخ آمي سعيد²¹ ويرأسه "شيخ وادي ميزاب"، وينعقد غالبا بمقبرة الشيخ آمي سعيد الجربي بمدينة غرداية. ومن مهامه إضافة إلى توحيد الفتوى بين حلقات العزابة للمدن المزابية السبع، تسوية الخلافات التي تنشأ بين المدن المزابية أو الأعراش مدن مختلفة.

ثانيا: نظام الزوايا (ثمعمرين) بمنطقة القبائل

نشأت الزوايا " ثمعمرين" في إطار الحركة الصوفية التي عرفها شمال إفريقيا، منذ نهاية القرن 13 وبداية القرن 14، ثم كقلاع للمقاومة الثقافية والدينية للغزو الأسباني ومن بعده الاحتلال الفرنسي²²، ثم ما لبث أغلبها أن تحول إلى مراكز للتعليم الديني، لتقوم بالوظيفة الدينية وتلعب دور الوساطة لتحقيق الصلح بين الجماعات القرابية المتنافسة. ويمكن أن نميز بين ثلاثة أنواع من

²⁰ ومعناه باللغة الأمازيغية، الغاسلة والغاسلات، وأطلقت هذه التسمية اصطلاحا على الفقيهات المزابيات، لأنه من وظائفهن الأساسية غسل الموتى من الإناث والأطفال وتجهيزهم.

²¹ يكون هذا المجلس قد ظهر أثناء حياة الشيخ آمي سعيد أو بعد وفاته في أواخر القرن 9 هـ / 15م لذلك سمي باسمه.

²² صلاح مؤيد العقبي، الطرق الصوفية والزوايا بالجزائر، تاريخها ونشأتها، دار البرق، بيروت، 2002، ص 302 محمد نسيب، زوايا العلم والقراء بالجزائر، دار الفكر الجزائر، 1989، ص 31، 25.

الزوايا بمنطقة القبائل، هي: زوايا المشايخ: وهي زوايا عائلية ترتبط بشيخ معين، بحيث ينتقل منصب الشيخ بالطريقة الوراثية؛ وزوايا المرابطين (ثمعمرين ن امرابضن) وهي ملكية جماعية للعائلات المرابطية من أحفاد مؤسس الزاوية، أو للقرية أو العرش الذي يحتويه، ويشمل هذا النوع أغلب الزوايا بمنطقة القبائل، ويدير هذه الزوايا مجلس عائلي تمثيلي يتشكل من ممثلي الجماعات القرابية المنتمية إلى شيخ الزاوية؛ وأخيرا زوايا الطلبة²³: وهي زوايا تعليمية يسيرها الطلبة وهي قليلة جدا في منطقة القبائل.

وتستمد الزوايا القبائلية مشروعيتها مما تحوزه من سلطة روحية مقدسة "البركة" حسب اعتقادات الأفراد. ومن فعاليتها في تحقيق الوفاق والصلح بين الأفراد والجماعات القرابية؛ بينما تستمد مؤسسة العزابة مشروعيتها من كونها تجسد الإمامة عند الاباضية وفقا للفلسفة السياسية والعقائدية التي يؤمن بها المجتمع المزابي .

المطلب الثاني: تشكيل مجالس الصلح العرفية

إن الأشخاص الذين يتولون الوساطة لحل النزاعات بالصلح هم من الرجال الصالحين من نخبة المجتمع الذين يجسدون المثل العليا التي يؤمن بها لرأب الصدع ولم الشمل عن طريق المصالحة. ويتمتع هؤلاء بشخصية «هي في الغالب شخصية تتمتع بإحساس عميق بالأم الجماعة وآمالها، وتمثل في سلوكها روح الجماعة ومثلها»²⁴

وتتشكل مجالس الصلح العرفية على مستوى الجماعات القرابية. ففي وادي مزاب توجد مجالس عائلية على مستوى العائلة الموسعة "تادرت" ثم العشيرة "تاعشيرة" ثم المدينة "آغرم"، وفي منطقة القبائل تتشكل على مستوى القرى "ثادرت" والعرش، كما توجد مجالس على مستوى المدن كمجلس الصلح المنبثق من المجلس العلمي

²³ مصطفى (عبد الرحمن)، مذكرة تحسيسية بأهمية الزوايا القرآنية، الجمعية التنسيقية للزوايا القرآنية بولاية تيزي وزو، 2000. محمد نسيب، زوايا العلم والقرءان بالجزائر، ص 124 وما بعدها.

²⁴ د. أحمد وهبان، التخلف السياسي وغايات التنمية السياسية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص33.

لمسجد تيزي وزو.²⁵ وبالرغم من المرونة في تكوين هذه المجالس بحيث يسمح بإشراك كل شخص يستطيع أن يساهم في حل النزاع بسبب كفاءاته أو مكانته الاجتماعية أو نفوذه على المتنازعين؛ إلا أن هناك - حسب معاينتنا- ثلاث فئات أساسية فاعلة في المجتمع القبائلي والمزابي تلعب دورا حاسما في عملية الصلح من خلال هذه المجالس وهي: الضمان من ممثلي العائلات (الفرع الأول)، والعقال والحكماء (الفرع الثاني)، ورجال الدين (الفرع الثالث).

الفرع الأول : الضمان(امقرانن)

وهم ممثلو المجموعات القروية ابتداء من العائلة الموسعة وانتهاء إلى الكونفدرالية القبلية. فهؤلاء يقومون بدور أساسي في حل النزاعات انطلاقا من واجب حماية مصالح أبناء الجماعة والسهر على الوحدة والانسجام بينهم. وتستمد هذه الفئة أهميتها من روابط الانتماء القروية التي تكسبهم الاحترام والثقة في حفظ الأسرار من طرف المتقاضين المنتمين إلى عائلاتهم. ويختلف تشكيل المجلس التصالحي من ممثلي العائلات حسب أطراف النزاع وفقا لبنية النظام القبلي. والقاعدة السائدة في المنطقتين هي أن أي نزاع يجب أن يمثل فيه المتنازعين من طرف ممثلي جماعاتهم القروية (عائلة، عشيرة، قرية، عرش). كما يجب تسوية النزاع بدءا من المستوى الأدنى قبل المستوى الأعلى منه.

الفرع الثاني: الحكماء أو العقال (لعقال)

يمثل "لعقال" في المجتمع القبائلي والمزابي صفوة من الرجال القلائل²⁶ الذين يجسدون كل قيم الحكمة والخير والاستقامة التي يؤمن بها المجتمع ويعتبرها المثل الأعلى في التمثيل الجمعي. و"لعقال" هو أعلى مركز من المراكز الاجتماعية التي قد يصل إليها الفرد طبقا لسلم الارتقاء الاجتماعي، بعد أن يثبت ولمدة طويلة في مناسبات اجتماعية

²⁵ د. سعيد بويزري، "نحن بحاجة إلى مجالس صلح لعلاج مشاكل المجتمع"، حوار مع جريدة موعد حواء، 26 نوفمبر إلى 2 ديسمبر 2008. المصدر: <http://www.bouizeri.net>

²⁶ للعقال ورجال الدين في المنطقتين منذ القديم، دورا أساسيا في تليين حدة النزاع وسيادة لغة التعقل والحكمة. فالعقال كما يصفهم الأستاذ مولود معمري: «...هم دائما الذين يدافعون عن مبدأ الإنسانية والعدل وغالبا هم الذين يطبقونه أولا، و يسعون للحل الأكثر سلمية...» (ترجمتنا). انظر:

Mouloud MAMMERI, *La société berbère*, in Aguedal, N° 5, Novembre 1938, p. 46.

عديدة، تمتعه بجملة من القدرات والصفات الأخلاقية العالية يمكن إجمالها في تسمية "المصداقية الاجتماعية"، وهي الاحترام والتقدير الاجتماعي الذي يولد سلطة معنوية²⁷ على الأفراد. هذه السلطة لا تختلف تأثيرا في الحقيقة عن السلطة العامة التي تركز على القوة المادية.

وتدل التسميات التي تطلق على الحكماء في اللغة الأمازيغية على هذا المركز الذي يتمتعون به، فيسمون "irgazen leali" "الرجال الخيرون"، و في وادي مزاب كما في عرش آت يمال بتميزيت بمنطقة القبائل الصغرى يلقبون "ath lxir" "أهل الخير"²⁸. ويمكن أن نجمل أهم القدرات التي تتميز بها هذه الفئة فيما يلي:

-**القدرة على حل النزاعات:** أي التمكن من فض النزاعات المعقدة وإيجاد الحلول المناسبة لكل معضلة أو نزاع بطريقه مقبولة تحافظ على النظام الاجتماعي السائد. وبذلك سموا "irgazen i ferrun tilufa" "الرجال الذين يحلون المعضلات". كما يعبر عن هذا الشخص باللغة المزابية الأمازيغية "yessen ad ifetch taxettilt" "الشخص الذي يعرف أن يحل العقدة".

-**حصافة الرأي:** بأن يكون صاحب الرأي القويم، ويعبر عنه بـ "صاحب الرأي" bab n rray أو bab n swab "صاحب الصواب". وهو ما يسمى في لغة القضاء بصاحب المنطق القويم «le bon sens»

-**حفظ الأسرار:** وهم الرجال المعبر عنهم بالأمازيغية "irgazen at lbadhna" أي "الرجال الذين يحافظون على الباطن(السر)". ذلك أن حفظ أسرار النزاع بات مما يجذب الأفراد إلى القضاء العرفي.

²⁷ السلطة المعنوية هي: سلطة لا تقوم على أسس مادية وإنما تركز على مقومات معنوية يتمتع بها الشخص وتولد التقدير والاحترام لدى الأفراد الآخرين تجاهه. انظر مفهوم السلطة المعنوية:

Loic CADIET (S.Dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1ère édition, paris, 2004, p. 850.

²⁸ انظر:

Azzedine KINZI, *Tajmaet du village LQeka des At Yemmel : Etude des structures et des fonctions*, S.Dir. Mme Fanny COLONA, Mémoire de Magister en civilisation Amazigh, Institut de langue et culture Amazigh, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 1998, t.2, pp. 388 et s.

ويوجد على مستوى قبيلة آت يمال مجلس يضم أهل الخير القرى، يمكن أن نشبهه بالمجلس الكونفدرالي العرفي بوادي مزاب، وقد كان يجتمع في القديم في حالة الأزمات الخطيرة مثل جرائم القتل. كما قد يجتمع أهل الخير لعدة أعراس مثل آت يمال وآت واغليس في نفس الحالات. وفي الوقت الحاضر قد يجتمع أهل الخير ما بين القرى أو ما بين الأعراس بهذه المنطقة لتغيير القوانين العرفية المشتركة، انظر: *Idem* p 389.

التمكن من القوانين العرفية والشرعية: وتظهر الحاجة إلى ذلك خاصة عند حل النزاعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والمدنية. فالحكيم في اللغة الأمازيغية القبائلية هو الذي يعرف القانون العرفي والشرعي: « wid isnen taserfit d tacerait ».

وقد يشرك إلى جانب العقلاء بعض الأشخاص نظرا لخبرتهم الخاصة بموضوع النزاع في المسائل التقنية كالقضايا المالية والتجارية. كما قد يلجأ إلى بعض الأشخاص المقربين إلى الطرف المتعنت في النزاع، كأخيه الأكبر أو أبيه أو جده أو حتى صديقه، لإرجاعه إلى التعقل وحثه على قبول التصالح، فيقال باللامازيغية المزابية: "hed-nni d tnast n flan" "ذلك الشخص هو مفتاح فلان"، أي أن هذا الشخص لديه كلمة مطاعة لدى فلان (الطرف المتعنت في النزاع).

المطلب الثالث: رجال الدين

إن السلطة المعوية التي يتمتع بها رجال الدين من العزابة وشيوخ الزوايا لحيازتهم للمعرفة الدينية والحياد جعلهم ملجأ المتخاصمين لحل خلافاتهم بالصلح لما لهم من تأثير على الطرف المتعنت. ففي منطقة القبائل قد يكون رجال الدين من العائلات المرابطية المتدينة التي تتكفل غالبا بتسيير المساجد والزوايا، أو من أعضاء الجمعيات الدينية التي نشأت حديثا لتسيير المساجد في كثير من القرى بعد أن كانت المساجد ترتبط بالنظام القانوني العرفي للقرية.²⁹ ففي أغلب القرى بمنطقة القبائل يعتبر حضور إمام القرية أو أحد رجال الدين من أعضاء الجمعية الدينية للمسجد وجوبيا في المجلس القروي عندما ينعقد كمجلس قضاء صلح، لما لهؤلاء من دور في تليين المواقف ورأب الصدع بين المتنازعين. كما يتمتع العزابة

²⁹ عرفت بعض العائلات المرابطية بدورها الكبير في إجراء المصالحات وفض الخصومات لاعتبار المشروعية الدينية التي تتمتع بها، ولانتمائها إلى ولي صالح معروف ومقدس من طرف السكان، كما عاينا أن المرابطين في زاوية سيدي بهلول بالشرفة يقومون حتى اليوم بدور أساسي في عمليات الصلح بين المتنازعين، سواء في عرش آث غوبرين أو من خارجه مثل البويرة والجزائر العاصمة، الخ.

بوادي ميزاب بدور حاسم في قضاء الصلح وفي بعض الأحيان يتولون وحدهم إجراء المصالحة بين الخصوم دون حضور كبار العائلات، لما لهم من تأثير معنوي وروحي على الأفراد.³⁰

والملاحظ أن دور رجال الدين هو تزكية المصالحة لرأب الصدع وتحقيق وحدة الجماعة أكثر مما هو التطبيق الصارم للقواعد الدينية. ونظرا لما يتمتعون به من سلطة رمزية قوية،³¹ فإنه غالبا مايلين تعنت المتخاصمين بفضل خطابهم. كما يشكل حضورهم كشهود إحدى ضمانات تنفيذ الصلح.

المبحث الخامس: قواعد الصلح العرفي وإجراءاته وتقنياته و ضمانات تطبيقه

تكتسي عملية الوساطة وإجراءاتها التي تقوم بها المؤسسات العرفية أهمية قصوى من حيث إنها تجسد التمثيل الجمعي للمجتمع الأمازيغي لقضاء الصلح. ويتم من خلال هذه العملية تحريك النظام القيمي السائد في المجتمع لاسيما قيم الحكمة والتعقل والأخوة، والتفاوض والتنازل المشترك للمتنازعين عن جزء من مطالبهم. وبالرغم من أن النظام القضائي العرفي الأمازيغي لم يبق كما كان سائدا حتى أواسط القرن 19، كما نقله لنا الباحثان هانوتو وليتورتور بالنسبة لمنطقة القبائل، عندما كان يشكل نظاما كاملا قائما بذاته ومتميزا بهيئاته وإجراءاته وقوانينه المطبقة، إلا أن العديد من قواعده وآلياته مازالت سائدة حتى اليوم.

³⁰ وعرف في التاريخ المزابي عدة مشايخ اشتهروا بالفصل في الخصومات بين الناس والعشائر والعائلات، مثل الشيخ امحمد بن الحاج يوسف اطفيش(1821- 1914) شيخ بني يزقن، والشيخ ابراهيم بن عمر بيبوض(1899-1981) شيخ مدينة قرارة ورائد الحركة الإصلاحية، والشيخ عبد الرحمان بكلي (1901-1986) بمدينة تادجنيث، الخ.

³¹ لرجل الدين في المجتمع القبائلي سلطة رمزية أقوى من الشاعر الفصيح الذي يبقى رجلا عاديا ومن فقراء المجتمع، بسبب أن أمراض يحوز على علم ديني مكتوب ومقدس مستوحى من الوحي الالهي، بينما تتميز ثقافة الشاعر بكونها شفوية شعبية زمنية اكتسبها من الواقع المعاش . انظر:

Kamel CHACHOUA, *Zwawa et Zaouia, L'slam, « la question kabyle » et l'Etat en Algérie, Autour de la Rissala(épitre) « Les plus clairs arguments qui nécessitent la réforme des zawaya kabyles » d'Ibnou Zakri(1853-1914),clerc officiel dans l'Algérie coloniale. Publiée à Alger, aux Editions Fontana en 1903, Thèse nouveau régime de sociologie S.Dir. Fanny COLONNA, EHSS, paris, 1999-2000. volume II, pp.23, 24.*

فإن كانت تسوية النزاعات بالصلح تتم عموماً بواسطة آليات وإجراءات بسيطة إلا أن هذه الإجراءات غير اعتباطية ولا عفوية وإنما تخضع في الواقع، لقواعد وضوابط معروفة ومتوارثة في الثقافة القانونية الأمازيغية. ويمكن التمييز بين القواعد والقيم التي يركز عليها حل النزاع بالصلح (المطلب الأول)، وطريقة تحقيق الصلح وإجراءاته (المطلب الثاني) وضمانات تنفيذ عقد الصلح (المطلب الثالث):

المطلب الأول: القواعد والقيم التي يركز عليها حل النزاع بالصلح
تخضع جلسات الصلح سواء تلك التي يديرها رجال الدين من العزابة وشيوخ الزوايا، أو تلك التي يديرها ممثلو الجماعات القروية في إطار العشيرة وأزروم والعرش، إلى جملة من المبادئ الأخلاقية والقانونية المتعارف عليها منذ القدم وتعمل على ضمان نجاح عملية الصلح. لعل أهم هذه القيم والقواعد ما يلي:

الفرع الأول: عدم البدء بالقضاء الدولاني والتدرج في عرض النزاع أولاً: عدم البدء بالقضاء الدولاني

تنص أغلب القوانين القروية السائدة اليوم في منطقة القبائل على أن أي نزاع ينشأ بين أبناء القرية يجب أن يحل أولاً في إطار مؤسسة ثاجمعت، وكل مخالفة لذلك يترتب عنها غرامات تفرض على المتنازعين لأن ذلك يشكل من جهة إهانة ومسا بإعتبار هذه الهيئة، ومن جهة أخرى إفشاء لأسرار القرية. ويترتب عن هذه القاعدة التي تسود منذ الفترة الاستعمارية، أنه بمجرد وصول النزاع إلى القضاء الدولاني يمتنع وجهاء الجماعة من إجراء أي وساطة بين الأطراف للصلح كتعبير عن استنكارهم لذلك. وقد يحدث أن يأخذ النزاع مجراه في قضاء الدولة بمختلف مستوياته فيضطر الأطراف للجوء إلى المؤسسات العرفية لتحقيق التراضي لاسيما عند اصطدامهم بمشاكل التنفيذ، وفي هذه الحالة تفرض عليهم غرامة معينة كجزاء لهم عن مخالفتهم للقاعدة.

ثانيا: التدرج في عرض النزاع

ومفاده أن حل النزاعات التي تنشأ بين أفراد الجماعة يجب أن يحترم التدرج الهيكلي للمؤسسات القرابية التمثيلية ابتداء من الوحدة القاعدية وهي العائلة الموسعة وانتهاء بالعرش، ولا يمكن عرضه على الهيئة العليا إلا بعد أن تفشل الهيئة القرابية الأدنى في حله. ففي منطقة القبائل يجب حل النزاع أولا في إطار المجلس العائلي لأذروم (العائلة الموسعة)، وان فشل في ذلك يحول النزاع إلى ثاجمعت (المجلس القروي)، وان لم يستطع حله، فللمتنازعين اللجوء إلى القضاء الدولاني، كما يمكن عرض النزاع على مجلس العرش (القبيلة) إذا كان المتنازعون ينتمون إلى قرى مختلفة. وتسود نفس القاعدة في وادي مزاب، إذ يجب عرض أي نزاع ابتداء على المجلس العائلي لتادرت (العائلة الموسعة)، فان لم يحل أو كان النزاع بين شخصين ينتميان إلى عائلتين موسعتين مختلفتين، فيتم عرض النزاع على مجلس العشيرة، وان لم يسو النزاع أو كان الأمر يتعلق بشخصين ينتميان إلى عشيرتين من نفس العرش أحيل النزاع إلى مجلس العرش. أما إذا فشلت كل هذه المجالس في حل النزاع أو إذا تعلق الأمر بنزاع مستفحل بين عشائر كهيئات لاسيما حول المسائل العقارية فان مجلس امقرانن (مجلس الأعيان) الذي يحكم المدينة المزابية، والذي يمثل فيه العزابة، هو الذي يتدخل بكل ثقله ليتولى مهمة الوساطة للوصول إلى حل النزاع بالصلح مهما كلف ذلك من الوقت، حماية للاستقرار في المدينة. وفي حالة فشل مجلس أعيان المدينة في حل النزاع، فقد تلتبس العشائر وساطة أحد مشايخ الاباضية التابعين لمدينة مزابية أخرى.

الفرع الثاني: حياد الوسيط ومكان الوساطة

وهي من المبادئ القديمة المتعارف عليها في الثقافة القانونية للمجتمع الامازيغي لحل النزاعات طبقا للقانون العرفي السائد بالمنطقتين. والحكمة من ذلك أن لا يستقوي أحد الأطراف على الآخر:

-حياد الوسيط : في حالة لجوء المتخاصمين إلى شخص واحد فيجب أن يكون محايدا، ممن يتمتع بقوة معنوية وروحية وكارزماوية، ولا يشك في

عدله ونزاهته وحياده مثل شيوخ الزوايا والعزابة الكبار. كما يقضي إجراء الصلح العرفي أن يتكون مجلس الصلح من ممثلي العائلتين أو القريتين أو العرشين اللذين ينتمي إليهما الطرفان المتنازعان بشكل متوازن حتى يدافع كل منهم عن مصالح الشخص الذي يمثله وينصحه ويحثه عن قبول الصلح.

ولاشك أن حياد الوسيط يعد ضمانا لتحقيق المساواة في السماع للمتخاصمين وعدم الميل والتحيز إلى أحدهم. ومن الأمثلة المعروفة في هذا الصدد ما يحكى عن الشيخ إبراهيم بيوض الذي كان من الشيوخ الناشطين في الفصل في النزاعات بين الأفراد في المجتمع المزابي سواء عن طريق التحكيم أو الصلح، انه ذهب للفصل في نزاع بين تاجرين بمدينة القنطرة. وتم الاتفاق على أن يتم مجلس الصلح بمنزل أحد التاجرين، وعند وصوله وقبل عقد مجلس الصلح، استدعاه التاجر لتناول الغداء، فامتنع بشدة قائلا قولته المشهورة بالأمازيغية "عندما يمتلئ البطن فان الرأس لا يستطيع إدراك الحق"، لان لا يكون ذلك وكأنه رشوة من التاجر حتى يميل إليه.

-**حياد مكان الصلح:** يعرف منذ القدم أن جلسة الصلح يجب أن تتم في مكان محايد، والحكمة من ذلك عدم استقواء الطرف الذي تجرى الجلسة في موطنه لإضعاف معنويات الخصم. فإذا تنازعت قريتان أو مدينتان أو أفراد من القريتين والمدينتين فان جلسة الصلح يجب أن تنعقد في مكان بين المجموعتين. وتطبيقا لهذا المبدأ نلاحظ أن تسوية النزاعات في أغلب القرى القبائلية يتم في دار المجلس القروي "ثاجمعت" الذي هو ملك للمجموعة القروية، وقد يتم ذلك في المسجد أو في زاوية القرية - إن وجدت - تبركا بالولي الصالح؛ بينما تتم جلسات الصلح في وادي مزاب في مقر عشيرة ثالثة غير معنية بالنزاع، وإذا كان النزاع كبيرا فتكون جلسة الصلح في مقر هيئة العزابة "تمنايت"³²، والصلح مابين المدن يكون عند مقام الشيخ آمي سعيد بغرداية.³³

³² قاعة توجد في أعلى المسجد المزابي أين يجتمع رجال الدين الاباضية (اعزابن) ويتداولون لإصدار الفتاوى واتخاذ القرارات الهامة للمدينة.

³³ من مشايخ القرن 15م وقد قدم من جزيرة جربة الاباضية بتونس وقام بإصلاحات دينية أهمها توحيد الفتوى الاباضية بين المدن المزابية المتصارعة في إطار مجلس أنشأه يضم ممثلي العزابة للمدن المزابية السبعة ووارجلان.

الفرع الثالث: التنازل المتبادل عن جزء من الحق من أجل مصلحة الجماعة

من القيم الأخلاقية السائدة في المجتمعات الأمازيغية القائمة على الروح الجماعية، التي هي وليدة التضامن من أجل البقاء، هي تضحية الفرد بجزء من مصالحه الشخصية من أجل المصلحة العامة للجماعة. وفي هذا الإطار تفرض التقاليد أن تكون للمتنازعين الذين يلجؤون إلى وساطة المؤسسات العرفية، النية في تسوية النزاع ولو تطلب ذلك التضحية بجزء من الحق أو حتى كل الحق،³⁴ وعدم التعنت والتمسك بما يعتقدون أنه حقهم طالما أن الهدف الأسمى هو الوصول إلى تسوية النزاع وتحقيق الصلح بين المتنازعين حماية للجماعة.

المطلب الثاني: إجراءات تحقيق الصلح وتقنياته

تقوم عملية الصلح بمجالس الوساطة العرفية على أساس فكرة التنازل المتبادل وفقا لفلسفة النزاعات وحلها في التمثيل الشعبي للمجتمع الأمازيغي. وتتم جلسات الصلح على ثلاث مراحل أساسية، ففي المرحلة الأولى يحاول الوسطاء، بعد سماع الخصوم، إحقاق الحق إن كان ذلك ممكنا (الفرع الأول)، وإلا يسعون إلى تحقيق الصلح بإقناع المتنازعين بفكرة التنازل المتبادل باستعمال كل الحجج والتقنيات (الفرع الثاني)، وبتحقيق الهدف الاسمي للجلسة تتم المباركة الدينية والتركية الاجتماعية للطرف أو الأطراف التي قبلت بالتنازل (الفرع الثالث).

الفرع الأول: السماع للخصوم ومحاولة إحقاق الحق

يقضي العرف بوادي مزاب أن الخصم يجب عليه الالتجاء إلى رئيس جماعته الذي يتصل بدوره برئيس جماعة الخصم الآخر لمحاولة تسوية النزاع. فبعد استدعاء الأطراف المتنازعة³⁵ تفتتح جلسة الصلح

³⁴ وهو ما يخالف تعريف الصلح في القانون المدني الجزائري حيث تعرفه المادة 459 على أن " الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه ".

³⁵ إذا تعلق الأمر بامرأة فيحضر نائب عنها، وفي وادي مزاب غالبا ما تحضر في جلسة الصلح من وراء حجاب. أما إذا كان النزاع بين جماعات قرابية مثل العائلات والعشائر فإن المؤسسات العرفية تتدخل تلقائيا دون انتظار أي طلب، لأن ذلك يهدد الوحدة والانسجام الاجتماعي، لاسيما إذا تعلق موضوعه بالأرض أو بالمرأة وهما قيمتان مقدستان لدى الأمازيغ.

غالباً بذكر الله وقراءة الفاتحة لإعطاء الشرعية للعملية، ثم تحال الكلمة إلى كبير القرية (أمغار/لمين) أو رئيس العشيرة أو كبير الضمان أو العزابي حسب طبيعة النزاع. بحيث يفتح الجلسة بالصلاة على رسول الله ثلاث مرات، ثم تجري جلسة الصلح كما يلي:

أولاً: السماع للأطراف المتنازعة

يتم سماع الأطراف المتنازعة بالتساوي وبشكل كاف، والاطلاع على الوثائق والمستندات التي تثبت ادعاءاتهم كعقود الملكية ومختلف السندات وسماع الشهود، وقد يطلب منهم إثبات ادعاءاتهم بوسائل أخرى كاليمين للاطلاع الكافي على حيثيات القضية.

ثانياً: محاولة إحقاق الحق

اثر سماع المتنازعين يتدخل الوسيط لبحث أوجه الحق، و هنا يختلف دورهم حسب طبيعة النزاع، فإذا ثبت صاحب الحق والمعتدي كأن يتعلق الأمر باعتداء مادي أو معنوي من طرف شخص على آخر ثبت بالأدلة، فإن هؤلاء يطالبون أولاً الطرف المخطئ بالاعتراف بخطئه وجرمه وإرجاع الحق لصاحبه ثم التصالح بين الخصمين، وهنا يتشابه الأمر مع التحكيم؛ أما إذا تعنت الطرف المخطئ، أو إذا تعلق الأمر بنزاع معقد تتضارب فيه الحجج والأدلة ويتمسك فيه كل طرف بادعاءاته، بحيث يصعب فيه تبيان وجه الحق بصفة جازمة وتحديد المحق من المخطئ، تنتقل هيئة الوسيط إلى محاولة تسوية النزاع بين الخصمين بالمصالحة.

الفرع الثاني: تقنيات إقناع الأطراف بالصلح وفقاً للقيم الاجتماعية والدينية

يقوم العقلاء ورجال الدين بدور حاسم من أجل إقناع المتنازعين على التنازل المتبادل عن جزء من حقهم من أجل الوصول إلى أرضية توافقية لتسوية النزاع وتحقيق الصلح. ويستعمل في هذه المرحلة التي تعد أصعب مرحلة في جلسة الصلح كل أساليب الإقناع وتقنياته لإظهار أهمية تسوية النزاع بالصلح بالنسبة للمتنازعين والمجتمع معاً. فبعد الأخذ والرد والتفكير العميق في القضية واخذ مصلحة الطرفين

بالاعتبار، غالبا ما ينطق أحد الوسطاء بالحل الفاصل الذي يقترحه لحل النزاع طبقا للتعبير الأمازيغي الشائع "Awal i ttiferrun d awal" الكلام الذي يحل النزاع هو الكلام (الذي يستحق التنويه)."

وتكتسي هذه العملية أهمية بالغة في تفسير التمثيلات القانونية في المجتمعات التقليدية المعاصرة. من حيث إن جلسات الصلح تعتبر مكانا لتفعيل المنظومة القيمية التي تحكم الجماعة، كما يتجلى في عملية الوساطة البعد التربوي والأخلاقي للوسيط الذي يستعمل رصيده اللغوي والثقافي الأمازيغي والديني للوعظ والتحسيس. وتستعمل في عملية الإقناع على قبول هذه القيم الاجتماعية عدة تقنيات أهمها مايلي:

أولا: توظيف الحكمة الشعبية وقيم الرجولة السائدة في المجتمع

يقوم الوسطاء باستدعاء القيم السائدة لاسيما مفهوم الرجولة *tirrugza* المرتبط بالوفاء بالعهود وحث الأطراف على التحلي بقيم الرجل الصالح الذي يتنازل عن حقه من أجل الصلح والسلام رغم قدرته على انتزاع حقه بقوة القانون، ففي الثقافة القانونية الأمازيغية فإن الشخص الذي يتميز بالرجولة هو الذي يتنازل عن حقه من أجل الصلح رغم قدرته على انتزاعه. وتلعب الكلمة دورا قويا في الإقناع³⁶، ومن العبارات المتداولة باللغة الأمازيغية القبائلية:

- "شيء من عندك وشيء من عنده" « *cwiṭ s ghur-k, cwiṭ s ghur-s* »
(تنازل عن جزء من حقلك ويتنازل هو عن جزء من حقله).
- "معك الحق، لكنك مخطئ شيئا ما"
« *tesɛid lhleq lameɛna tgheltes cituḥ* »

³⁶ لأصحاب الفصاحة اللغوية الأمازيغية وقوة الإقناع تأثيرا هاما في تحقيق الصلح بين المتخاصمين لما يتمتعون به من سحر الكلمة والإقناع. ويسمى هؤلاء الفصحاء باللغة الأمازيغية القبائلية "حدادي الكلام" *iheddaden n wawal* " (الذين يصنعون الكلام بإتقان مثل الحداد) أو " *amusnaw* " العالم، وباللغة المزابية "الذين ينحتون الكلام" « *wi yesmisan iwalen* ». وقد يجمع الشخص بين صفتين مثل الشاعر القبائلي المعروف الشيخ محند أو لحوسين، الذي كان في نفس الوقت شاعرا وحكيما ورجل دين من عائلة إمبراضن.

وقد اشتهر الشاعر الشيخ محند أو لحوسين في أواخر القرن 19، انه كان ملجئا للمتخاصمين لحل مختلف أنواع النزاعات بمنطقة القبائل، سواء كانت بين الأشخاص أو القرى و المداشر والاعراش. انظر:

Mouloud MAMMERI, *Inna-yas Ccix Muhand, Cheikh Mohand a diṭ*, Publication CERAM, Alger, 1989, p 41.

- وباللغة الأمازيغية المزابية: " اترك شيئا من عندك و هو يترك شيئا من عنده" «ejj-d bessi s gher-s » «gher-č, ad yejj bessi s gher-s » (نفس المعنى السابق).

ففي الثقافة القانونية الأمازيغية يمثل أي نزاع من الناحية الرمزية، صراع بين الخير والشر. فالطرف الذي يتنازل عن حقه هو "الرجل الصالح"، أما الذي يتشبث بادعاءاته ويرفض أي تنازل فهو "الرجل الشرير":

✓ الرجل الصالح يسمى "ufhim" أو "uhdiq/amehduq" يجسد قيم الخير، وهو الخصم الذي يقبل بالتضحية وبالتنازل عن جزء من حقه للخصم الآخر (الرجل الشرير) بهدف تحقيق الصلح وإنهاء النزاع.

✓ الرجل الشرير يسمى "uzlig" أو "ungif" أو "amehboul" أو "uctim"، هو الخصم الذي يتعنت في مطالبته بالحق المتنازع عليه ويرفض أي تنازل للطرف الآخر. ويمثل الرجل المذموم الذي يجسد قيم الشر المنبوذة في المجتمع.

والقاعدة في حل النزاعات وفقا لتصور الحكمة الشعبية الأمازيغية هي أن ننزع الحق من الرجل الصالح ونعطيه للرجل الشرير، ليس لأنه صاحب الحق وإنما تضحية من الرجل الصالح بحقه من أجل تحقيق الصلح وإرجاع لحمة الأخوة لحماية استقرار الجماعة. إذ ينبغي على الرجل الصالح في التمثيل الجمعي حتى يحافظ على شرفه³⁷ أن لا يخاصم ولا ينازع الرجل الشرير، فإذا نازعه واستجاب لاستفزازاته أصبح في رأي الجماعة هو أيضا شريرا وتعرض إلى "البهدة" (الاهانة) طالما

³⁷ في دراسته الهامة حول مفهوم الشرف عند القبائل الأمازيغ يحلل السوسيولوجي الفرنسي بيار بورديو بشكل مستفيض طريقة حل النزاعات وعلاقتها بالشرف ويبين كيف أن التنازل من أجل تحقيق الصلح هو عينه حماية للشرف وأن الجدل والخصام هو "بهدة" (فضيحة) تناقض مفهوم الشرف، وأن الرجل الصالح إذا نزل إلى مرتبة الشرير وخصمه ونازعه وتصرف مثله يعرض نفسه إلى "البهدة" وأصبح هو أيضا شرير. ويقول في هذا الصدد:

« La sagesse kabyle enseigne : « enlève à amehduq et donne à amehbul »Elbahdla retomberait sur l'homme sage qui s'aventurerait à relever le défi insensé de amehbul; alors qu'en s'abstenant de riposter, il lui laisse porter tout le poids de ses actes arbitraires ».

انظر:

Pierre BOURDIEU, *Esquisse d'une théorie de la pratique, Procédé de Trois études d'ethnologie kabyle*, Editions du Seuil, 2000, p. 26.

انه أحط من قدره وأصبح يخاصم الأشرار.³⁸ وبناء عليه نكون أمام ثلاث حالات من النزاعات تختلف حسب صفة المتنازعين وهي:³⁹

➤ إذا كان النزاع بين رجلين صالحين، فإن التنازل يكون متبادلا من طرف كل منهما عن جزء من حقه للوصول إلى اتفاق وسطي يرضيهما.

➤ إذا كان النزاع بين رجل صالح والآخر شرير، فإن التنازل يكون من طرف الرجل الصالح كتضحية منه لحل الخلاف وتحقيق الصلح.

➤ إذا كان النزاع بين رجلين شريرين يرفض كلاهما أي تنازل عن مطالبه ويتعنّت في مواقفه، فهنا يستحيل تسويته بالمصالحة، فلا يكون أمامهما سوى اللجوء إلى القضاء الدولي.

وفي عرش آث يمل (بجاية) تسود مقولة "خاسر وفارق" « lqanun xaser u fareq » كقاعدة لتسوية النزاعات بالصلح، ومقتضاها أن الرجل الصالح ينبغي عليه أن يخسر جزءا من حقه أو حقه كله، من أجل إنهاء النزاع، ويفارق خصمه (الرجل الشرير). وبالمقابل يحظى باحترام الجماعة وتكون كلمته مسموعة، أما إذا حاول الانتقام من خصمه الشرير فإنه يصبح هو بدوره شريراً مثله.⁴⁰

³⁸ ويلاحظ بيار بورديو في هذا الصدد أن المنتصر في التمثيل الاجتماعي هو الطرف الذي يحافظ على شرفه حتى وإن خسر في النزاع. إذ يقول :

« On ne blâme pas le vaincu qui a fait son devoir ; en effet, s'il est vaincu selon la loi du combat, il est vainqueur selon la loi de l'honneur. » *Idem*. p. 36.

³⁹ تشكل قصة الشيخ محند اولحوسين سابقة قانونية هامة في الثقافة القبائلية لكونها تنقل لنا التصور الفلسفي للمجتمع التقليدي الأمازيغي لعدالة الصلح. إذ يحكى أن قاضي الصلح بالمحكمة الفرنسية بلاربعا ناث اراثن في أواخر القرن 19 وصله خبر نجاح الشيخ في حل الكثير من النزاعات بين الأفراد والجماعات الذين يأتون إليه من مختلف الجهات، فطلب ملاقة الشيخ فالتقى به وسأله فيما يكمن سر هذا النجاح، فأجابه الشيخ : « إذا جاءني خصمان صالحان (ufhimen) سأفهمهما أين هو الحق، أما إذا كان أحد الخصمين صالحا (ufhim) والآخر شريرا (uzlig) انزع (الحق) من الصالح وأعطيه للشرير » ثم سأله القاضي : « وإن جاءك خصمان كلاهما شريران » فأجابه الشيخ : « حينها سأبعثهما إليك (قضاء الدولة) ». انظر: Abdenmour ABDESSELEM, *Chikh Mohand oulhoucin kabyle*, Imprimerie HASNAOUI M, Avril 2005, *amoussnaw ou la renaissance de la pensée* p.139.

⁴⁰ Azeddin KINZI, *Tajmaât du village Lqeke*, Tome 2, p.399.

ثانيا: استدعاء ضمائ المتنازعين وإيمانهم الديني

يقوم رجل الدين بدور تحسيسي هام للمتنازعين بأهمية الصلح وفوائده الجمّة، إن على الأطراف أو على المجتمع، كما يذكرهم بزوال الدنيا ومتاعها وحقيقة الموت، والشواب الكبير الذي يستفيد منه من تسامح مع أخيه المسلم، ويستعمل في ذلك كل الرصيد الفقهي والديني لإقناع المتنازعين واستدعاء ضمائهم واختبار إيمانهم. ففي منطقة وادي ميزاب يحتوي الفقه الأباضي على تراث فقهي غزير حول الصلح يعد مرجعا أساسيا للعزابة لحل مختلف النزاعات حتى اليوم، يوجد أهمه في الموسوعات الاباضية مثل كتاب النيل وشفاء العليل للشيخ عبد العزيز الثميني، وشرحه للشيخ القطب محمد آطفيش، وطبقات المشائخ بالمغرب للشيخ الدرجيني، الخ.⁴¹

ثالثا: تذكير المتنازعين بصعوبة حل النزاع في القضاء الدولاني

يتم تحسيس المتنازعين بأهمية الصلح وفوائده عليهم وعلى المجتمع، وضرورة حله في الإطار العرفي لما له من ميزات جمّة، وتذكيرهم بالعوائق التي سيتلقونها في القضاء الدولاني، مما يحتم عليهم إيجاد مجال للتفاهم وتسوية النزاع بالصلح.

الفرع الثالث: البركة الدينية والتزكية الاجتماعية للطرف الذي يضحى بجزء أو كل حقه

ينتهي المجلس العرفي التصالحي بالدعاء والثناء الذي يقدمه خيرة أبناء الجماعة من رجال الدين والعقال للطرف أو الأطراف التي ساهمت في تحقيق الصلح بفضل تفهمها وتنازلاتها عن مطالبها لتحقيق إلتئام القلوب والوحدة بين أبناء الجماعة. ويتم ختم الجلسة كبايبتها بقراءة الفاتحة لإعطاء الصبغة الشرعية الدينية على عقد الصلح المتفق عليه.

⁴¹ انظر: (الشيخ القطب) امحمد بن يوسف آطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، باب في الصلح، الجزء 13، سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، 1989، ص. 299 وما بعدها.

- أبو العباس احمد بن سعيد الدرجيني، طبقات المشائخ بالمغرب، تحقيق وطبع إبراهيم بن محمد طلاي، الجزء 2، الجزائر 1974، ص. 56 وما بعدها.

وبالفعل فإن الشخص الصالح ("ufhim" أو "uhdiq") يتحصل مقابل تضحيته، على دعوة الخير وبركة رجال الدين، بالإضافة إلى اعتراف كبار الجماعة القرابية (العائلة، العشيرة أو القبيلة) الاستقامة وحسن السلوك، مما يشعره براحة الضمير. وبالمقابل فإن الطرف المتعنت الذي يرفض كل تنازل عن ادعاءاته فإنه حتى وإن تحصل على القسم الأكبر من الحق المتنازع عليه، إلا أنه لا يتحصل على البركة الدينية ولا الاعتبار الاجتماعي، وتحط مكانته أمام أعين كبار الجماعة ورجال الدين باعتباره يمثل في التصور الجمعي الرجل السيئ (uzlig, ungif, uctim) الذي تعميه أنانيته عن التضحية بجزء من حقه في سبيل الجماعة، بالإضافة إلى الشعور بتأنيب الضمير على موقفه.

المطلب الثاني: ضمانات تنفيذ عقد الصلح

يرتبط تنفيذ أعمال القضاء الدولاني بالإجراءات الشكلية، وهي رغم صرامتها إلا أنها لا تؤدي إلى تنفيذ القرار القضائي دون آثار سلبية على المجتمع؛ أما تنفيذ اتفاق الصلح العرفي فإنه محاط، بالإضافة إلى القيم الأخلاقية والدينية للأطراف، بضمانات اجتماعية مهمة (الفرع الأول)، إلى جانب الكتابة التوثيقية التي أصبحت ضرورة عملية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الضمانات الاجتماعية والأخلاقية

يضمن الوسطاء تنفيذ عقد الصلح كل بما يملكه من سلطة. فتمثلو الجماعات القرابية هم أول من يضمن تنفيذ العقد من طرف المتنازعين التابعين لجماعاتهم، ولذلك سموا منذ القديم بالضمان. والقاعدة في تأدية الديون وتعويض الأضرار أنه إذا أخل الطرف المدين عن أداء الدين حسب عقد الصلح فإن على الضامن التابع لجماعته تأديته في مكانه ثم العودة عليه إن شاء لاستيفائه منه. كما لا يخفى ما لرجال الدين والعقال من دور في الضغط على الأطراف لتأدية التزاماتهم المتفق عليها في عقد الصلح لما لهم من سلطة معنوية ودينية على الأشخاص. وبالإضافة إلى ذلك فإن للقيم

الأخلاقية والدينية اثر لا يُستهان به على الأطراف لتنفيذ الصلح المتفق عليه، يتبين خاصة من خلال عنصرين هما:

أولاً: الكلمة والعهد

إن للعهد واليمين سلطة قوية على اعتقادات الأفراد لارتباطها بمفهوم الشرف عند الامازيغ. والالتزام بالكلمة والعهد هو مقياس الرجولة الذي يبلور صورة الشخص لدى الرأي العام للمجتمع. ويتربط عدم الالتزام بالكلمة عقاب اجتماعي قوي. لذلك يتم الالتجاء لليمين في المجتمعات الامازيغية المعاصرة لاسيما في جلسات الصلح كضمان أكيد على التزام الأطراف بالعهود التي قطعوها. ويعبر المثل الامازيغي المتداول بالمنطقتين: «ajdid/agdid yetwattaf s wafriwen-is, argaz yetwttaf s yiles-s» "يربط الرجل بلسانه كما يربط الطير بأجنحته" عن مدى أهمية الكلمة والعهد الذي يعطى وارتباطه بمفهوم الشرف الذي هو رأس الرجولة Tirrugza، خاصة عندما يتم أمام الشهود من وجهاء المجتمع ورجال الدين. كما تزخر اللغة الامازيغية بكثير من الأمثال حول قيمة الكلمة لعل أهمها المثل القائل «argaz/ arjaz d awal» "الرجل هو الكلمة" بمعنى أن كل معاني الرجولة تختصر بالالتزام بالعهد. ويرى بيار بورديو Pierre BOURDIEU أن الوفاء بالكلمة في المجتمع الامازيغي يرتبط بمفهوم الشرف الذي تصاغ على أساسه صورة الشخص لدى الرأي العام الاجتماعي، وبالتالي فكل شخص يحتاج إلى المحافظة على صورة "الرجل الصالح" في التصور الجمعي للمجتمع.⁴²

وهكذا فإن اتفاق الصلح ليس فقط ورقة تصدر من المحكمة بل هو أكثر من ذلك: التزام معنوي يجعل قيمة الشخص ورجولته في المحك أمام الجماعة. ولذلك فهو أكثر أهمية من القرار القضائي

⁴² ويبين ذلك بيار بورديو بقوله :

« Le point d'honneur est le fondement de la morale propre à un individu qui se saisit toujours sous le regard des autres, qui a besoin des autres pour exister, parce que l'image qu'il forme de lui-même ne saurait être distincte de l'image de soi qui lui est renvoyée par les autres. » Pierre BOURDIEU, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, op., cit., p. 26.

الحائز للصيغة التنفيذية الذي يفتقد للبعد الاجتماعي والمعنوي وليس في تنفيذه أي إشراك لممثلي المجتمع.

ثانيا: دعوة السوء

كما أن دعوة الخير والبركة (tanemmirt) تعد وسيلة للترغيب، فإن دعوة السوء (باللغة المزابية tiwri) أهم وسيلة من وسائل العقاب والترهيب. ولاشك أن حاجة المتخاصمين إلى "بركة ودعوة الخير" لاستقامة أمورهم وازدهار حياتهم كما يعتقدون، وخوفهم من جهة أخرى من "دعوة السوء" التي تجلب لهم العواقب الوخيمة، تجعلهم يخضعون لالتماس وتوسل رجال الدين بالتصالح وترك العناد مقابل حصولهم على دعوة الخير التي يرتاحون بها ويتفاءلون بمستقبل أفضل. «...ويحدث ذلك كما لو أن أطراف النزاع توقف العنف، للتعبير أساسا عن تقديرها للشريف (رجل الدين) البركة، والخضوع لرغباته وطلباته» (ترجمتنا).⁴³

الفرع الرابع: الكتابة والتوثيق كضمانة شكلية

قد ينعقد اتفاق الصلح بوساطة المؤسسات العرفية قبل وصول النزاع إلى القضاء الدولاني، سواء تعلق الأمر بالقضايا المدنية أو الجنائية البسيطة، وهنا يزال النزاع مع ظهوره؛ وقد يتم الصلح بين المتنازعين بوساطة المؤسسات العرفية بعد تأسيس الدعوى وقبل الفصل فيها لاسيما في المسائل المدنية، فيتم التنازل عن الخصومة وتركها في القانون الدولاني طبقا لقانون الإجراءات المدنية⁴⁴، وذلك بموجب عريضة ترك الخصومة.⁴⁵

غير أن تسجيل الصلح الذي تعقده المجالس العرفية في محضر لدى القضاء الدولاني أصبح ضمانة قوية إلى جانب الضمانات الأخرى

⁴³ Raymon JAMOUS, *Honneur et baraka, Les structures sociales traditionnelles dans le Rif*, Editions de la MSH, Paris, 1981, p 210.

⁴⁴ تنص المادة 97 من قانون الإجراءات المدنية القديم على إمكانية ترك الخصومة إذا لم يكن ذلك بغير أو شرط، ويتم ذلك كتابيا ويثبت بموجب حكم. أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد فقد نظم ذلك في الفصل السادس من المواد 231 إلى 236 بإجراءات أكثر تفصيلا بحيث أضاف شروطا جديدة لاسيما قبول المدعى عليه، وأن يكون التنازل مبنيا على أسباب مشروعة.

⁴⁵ حسين بوشينة، نبيل صقر، الدليل العملي في المواد المدنية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 157.

السالفة الذكر. وبالفعل لاحظنا أن المشاكل المترتبة عن تدوين اتفاق الصلح في وثيقة عرفية مدعمة بالشهود لتبقى مجرد سند عرفي بين الطرفين، أدت بالمتنازعين إلى اللجوء أكثر فأكثر إلى تسجيل اتفاق الصلح لدى الموثق أو لدى أمانة الضبط ليصبح سندا تنفيذيا في يد المتصالحين، كضمان أقوى على تنفيذه. وقد جاءت الأحكام الجديدة التي أقرها المشرع الجزائري لدعم هذا المسعى وتشجيع طريقة الصلح عندما اعتبر محضر الصلح سندا تنفيذيا بموجب المادة 993 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بنصها « يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط ».

الخاتمة

يشكل قضاء الصلح الذي تقوم به المؤسسات القبلية والدينية بمنطقتي القبائل ووادي مزاب منذ آلاف السنين أهمية بالغة للنظام القضائي الوطني، لاعتباره من جهة نموذجا يجسد فلسفة المجتمع وقوانينه الأصيلة في الحفاظ على مبدأ التضامن والانسجام بين أفرادة لتحقيق الاستقرار الاجتماعي؛ ولكونه من جهة أخرى آلية فعالة وسريعة لتفعيل مضمون المادة 459 من القانون المدني، تساهم في معالجة النقائص الفادحة التي يمثلها قضاء الدولة المثقل بالبيروقراطية، وتخفف العبء عن الجهاز القضائي الدولاني.

وبالرغم من إدراج المشرع الجزائري للوساطة والصلح القضائي كطرق بديلة لحل النزاعات إلا أن هاتين الطريقتين أفرغتا من محتواهما في الواقع العملي بسبب الإجراءات البيروقراطية التي قيدت بها وغياب المساهمة الاجتماعية في تحقيق عملية الصلح، بحيث يصدر القاضي الحكم المصادق على محضر الصلح بصفة ابتدائية وهو قابل للاستئناف. وفي ذلك «ابتعاد على جوهر وروح الصلح والوساطة لان في هذه الحالة يجب تبليغ الحكم وانتظار آجال الاستئناف وبعدها الحكم المصادق على المحضر هو الذي يمهر

بالصيغة التنفيذية لا المحضر»⁴⁶ وبالتالي يمكن لأحد الأطراف التراجع عن الصلح واستئناف الحكم أمام المجلس القضائي، مما يطول أمد النزاع ويفرغ الصلح من محتواه.⁴⁷ أما الصلح العرفي كما بحثناه، فيتم في اطر قريبة جدا من المتنازعين وبمساهمة المجتمع من خلال النخبة من الوجهاء ورجال الدين والعقال. وقد بينا كيف يوفر القانون العرفي المنبثق من التجربة الاجتماعية الميدانية للمجتمع ، كل الضمانات لنجاح عملية الصلح في كافة مراحلها.

غير أن التحولات الفكرية الاجتماعية والقانونية لاسيما في المناطق الحضرية الكبرى والمدن أدت إلى ضعف السلطة القبلية والدينية وانهيار المنظومة القيمية التقليدية لدى الفئات الشبابية، أفقد بعض آليات الصلح العرفي فعاليتها لاسيما الضمانات الاجتماعية والأخلاقية، مما بات من الضروري اعتماد الكتابة التوثيقية لعقد الصلح العرفي وعدم الاكتفاء بالشهود. لأن في عدم توثيق عقد الصلح⁴⁸ - كما هو متعامل به في بعض المناطق حتى اليوم - العديد من المخاطر، لاسيما إمكانية التحلل من الالتزامات المتفق عليها من احد الأطراف ممن لا تؤثر فيه سلطة رجال الدين ولا يؤمنون بالبركة ودعوة السوء. وفي هذه الحالة يتعرض الوسطاء لضغوط نفسية كبيرة، بسبب المس بمصداقيتهم واهتزاز مكانتهم الاجتماعية.

وبناء عليه ينبغي دعم هذا الإرث القانوني بإصلاح النقائص التي تشوبه من جهة، وتدعيمه وتقويته من طرف المشرع الجزائري من جهة أخرى، بإعطاء الصيغة التنفيذية لأعماله من ناحيتين:

⁴⁶ د. شريفة ولد الشيخ، " الطرق البديلة لحل النزاعات، محاضر الصلح والوساطة كسندات تنفيذية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 2، 2012، ص.132، 133.

⁴⁷ نفس المرجع، ص.132.

⁴⁸ والملاحظ في محاضر الصلح السائدة بمنطقة القبائل أنها تتوفر على كل المعلومات اللازمة، بحيث يذكر فيها الأطراف المتنازعة والموضوع المتنازع عليه، وأعضاء المجلس العرفي التصالحي بالإضافة إلى الشهود. كما يذكر فيه بتفصيل الحل التوافقي الذي توصل إليه الخصوم والطريقة التي تم بها ذلك مثل إجراء القرعة tasghert، أو التقسيم بالتراضي في مسائل توزيع التركة، كما يلحق بالوثيقة مخططات للتقسيم المتري للأرض موضوع القسمة ولتحديد الحدود الفاصلة بين الملكية العقارية لكل مالك. ويوقع في النهاية على الوثيقة من طرف كل الحاضرين في المجلس العرفي التصالحي و هو: الأطراف المتنازعة، هيئة المصالحة و الشهود.

ففي المجال المدني ينبغي الاعتراف للقضاء العرفي بمهامه لتسوية النزاعات المدنية والتجارية البسيطة كنظام من نظم القضاء الجوّاري justice de proximité كما هو سائد في فرنسا⁴⁹. مع الحفاظ على استقلاليته كقضاء موازٍ خاضع للقانون العرفي وعدم تقييده بإجراءات القضاء الدولاني البيروقراطية. وفي المجال الجزائي ينبغي على المشرع الجزائي أن يكرس وظيفة المؤسسات العرفية في حل النزاعات البسيطة ذات الطابع الجزائي والتي تشكل مخالفات وجنح بسيطة بواسطة الصلح بين المعتدي والمعتدى عليه، بشرط أن لا يدمج عمل هذه المؤسسات في النظام القضائي الدولاني تباديا للبيروقراطية والتعقيد، وإنما اعتبارها كنظام مستقل من أنظمة المجتمع المدني التي تساهم في حل النزاعات الجزائية بالصلح، مثلها مثل الوساطة الجنائية *médiation pénale*⁵⁰، التي أصبحت في فرنسا أسلوبا فعالا في إنهاء النزاعات تشارك فيه جمعيات المجتمع المدني⁵¹. وتبعاً لذلك ينبغي التخلي عن مبدأ شرعية المتابعة *principe de légalité des poursuites* الذي تبناه المشرع الجزائي بموجب نص المادة 2 فقرة 2 والمادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية. ولفسح المجال أمام المؤسسات العرفية ومنظمات المجتمع المدني للسعي لحل النزاعات الجزائية البسيطة ينبغي توسيع وتقوية السلطة التقديرية للنيابة

⁴⁹ أنشئ القضاء الجوّاري بفرنسا بموجب قانون التوجيه وبرمجة القضاء المؤرخ ب9 سبتمبر 2002 المعدل والمتمم. ويعالج القضاة الجوّاريون المخالفات البسيطة حتى الدرجة الرابعة المادة (521 عقوبات فرنسي) وبعض القضايا المدنية التي لا تتجاوز قيمتها غالبا 4000 يورو.

⁵⁰ الوساطة الجزائية *la médiation pénale* هي طريقة من الطرق البديلة لحل النزاعات المعروفة في النظم المقارنة. وتخضع في فرنسا لقانون 4 جانفي 1993 المعدل بقانون 9 مارس 2004. ويقوم بها الوسيط الجنائي أو إحدى جمعيات المجتمع المدني المهتمة بالصلح بطلب من وكيل الجمهورية الذي تعود إليه السلطة التقديرية في إجراء هذه الطريقة. وتتبع الوساطة الجنائية في المخالفات والجنح البسيطة المتعلقة بالنظام العام لاسيما بين الجيران وأعضاء العائلة الواحدة أو في إطار علاقات العمل أو سرقة الأحداث، الخ

⁵¹ Philippe BOULISSET, *Guide de la médiation*, éditions Edilax, Aix en Provence, 2006, pp. 133 et s, et 187.

Maurice MOULIN, *Guide pratique de la conciliation et de la médiation, modes de règlement de conflits*, Editions DE VECCHI, paris, 2003, pp. 124 et s.

العامة لتقرير مدى ملائمة المتابعة *opportunité de poursuite* مثلما هو الحال في عدة بلدان كفرنسا ومصر⁵². لأن التطبيق الصارم لمبدأ شرعية المتابعة يعرقل عمل المؤسسات العرفية في إخماد النزاعات، ويثقل كاهل القضاء الدولاني بالقضايا البسيطة التي يمكن حلها في إطار النظم العرفية بما يخدم الأمن والاستقرار الاجتماعي. ذلك لأن إدخال النزاع -لاسيما النزاعات البسيطة- في القضاء الدولاني رغم التصالح بين الخصمين وصفح المعتدى عليه على المعتدي، سينمي العداوة والتشاحن والبغضاء بينهما مجدداً.

وخلاصة القول أن تثمين ودعم القضاء العرفي ينبغي أن يتم بالاعتراف به كنموذج ونظام قضائي تصالحي مساعد مستقل بقواعده وإجراءاته، باعتباره يمثل وجهاً للتعددية القانونية. وبذلك يكون خير دعم للقضاء الدولاني سواء في المجال المدني أو الجزائي. ذلك انه « كلما تطور المجتمع كلما تعدد نظامه القانوني. وعلى المدى البعيد، فإن مكانة القانون تتقلص لصالح الأشكال الأخرى لتكوين القانون»⁵³(ترجمتنا)

⁵² كرس المشرع الجزائري نظام الملائمة بموجب نص الفقرة 5 من المادة 37 من قانون الإجراءات الجزائية واستثنى منه مواد الجنائيات التي يجب مباشرة التحقيق فيها، بموجب نص المادة 66 من نفس القانون. انظر : د.علي شلال، السلطة التقديرية للنيابة العامة في الدعوى العمومية. دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009، ص.44،45.

⁵³ Denys DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle juridique ?*, Editions ODILE JACOB, Paris, 1997, p.22.

السلطة التقليدية وآليات الضبط الاجتماعي عند مجتمع إموهاغ¹ (التوارق)

الأستاذ: زندري عبد النبي
المركز الجامعي تامنغست

تقديم

لا يوجد في التجمعات الإنسانية مجتمع يخلو من قوانين تنظمه وتسيره، والتي تسعى الى تحقيق ضبطه. هذه القوانين هي مجسدة لمجموعة من الأنظمة، منها اجتماعية واقتصادية وثقافية، سياسية... الخ. كما نجد منها المتعارف عليها عندهم، ومنها أخرى هي عبارة عن موثيق مكتوبة.

فمجتمع إموهاغ (التوارق) كباقي الشعوب عرف العديد من الأنظمة التي ساهمت في تنظيمه واستقراره. ففي موضوعنا هذا نسعى لتسليط الضوء على جانب من جوانب التنظيم الاجتماعي والمتعلق بالضبط الاجتماعي وكيفية تسوية الخلافات ان وقعت بين أفراد المجتمع ؟ ما مكانة القانون العرفي في تجسيد ذلك ؟ وهل لنظام الحكم التقليدي دور في تجسيد ذلك ؟ هذه الأسئلة وغيرها سنحاول تناولها بنوع من التحليل السوسيولوجي من اجل الوقوف عليها.

كلمات مفاتيح

السلطة التقليدية - الكونفدرالية - القانون العرفي - الطبل - القبيلة - شيخ القبيلة (أمغار) - أمنوكال - مجلس الشيوخ - الضبط الاجتماعي.

قبل البدء في تناول هذا الموضوع نجد انه من الملائم ان نتطرق الى بعض المصطلحات التي نرى لها دخل في تناول هذا الموضوع :

¹ إموهاغ : هو الاسم الذي يطلقه التوارق على أنفسهم باللغة التارقية فإموهاغ هو مجموع أماهغ أي التارقي وتماهق هي الترقية.

• القانون العرفي

مجموعة من القوانين يصدرها القضاة وفقاً لعادات المجتمع وأعرافه وقرارات المحاكم السابقة واجتهاداتها. وهي تشكل جزءاً أساسياً من النظام القانوني لكثير من الدول الناطقة بالإنجليزية ومنها: إنجلترا، وأستراليا، وكندا، ونيوزيلندا، والولايات المتحدة الأمريكية. ويشمل هذا القانون أموراً كالعقود، وحيازة الممتلكات ودفع مستحقات الإصابات الشخصية.

يُنظر إلى القانون العرفي عادة في مقابل القانون المدني؛ وهو مجموعة من الأحكام التي تجيزها الهيئة التشريعية. ووفق القانون المدني، يقوم القاضي بالنظر في القضية باتباع الأحكام المنصوص عليها كتابة وليس قرارات المحكمة السابقة.

يختلف القانون العرفي عما عرف في إنجلترا بإسم قانون الإنصاف؛ وهي مجموعة من المعايير طُوِّرت لتسمح بمزيد من المرونة في قرارات المحكمة. فخلال القرون الوسطى أنشأت إنجلترا محاكم العدالة لتنظر في القضايا التي تتعامل معها محاكم القانون العرفي بصورة حازمة قاسية. وكان قاضي القضاة يترأس هذه المحكمة التي سُمِّيت باسم المحكمة العليا. وكانت محاكم الإنصاف تنظر في القضايا في ضوء المبادئ الفضفاضة للعدل والمنطق أكثر من لجوئها إلى المعايير الصارمة للقانون العرفي.

طُوِّرت الدول التي تستخدم نظام القانون العرفي الأحكام الأساسية للقانون بطريقتها الخاصة؛ وذلك اعتماداً على احتياجات مجتمعاتها وعاداتها. وتعتمد الأنظمة التشريعية في البلدان النامية على القانون التشريعي في العمل والتجارة وحقوق الإنسان والحريات العامة. إلا أن أي قانون يُجاز يظل خاضعاً لتأويل القضاة والمحاكم؛ وبذا يظل القانون العرفي باقياً².

² الموسوعة العربية العلمية www.intaaj.net

• القانون المدني

مصطلح يستخدم عادة لوصف أحكام القانون المختص بالتعاملات الخاصة لتمييزها عن أحكام القانون الجنائي. وحين يستخدم مصطلح القانون المدني بهذه الطريقة فإنه يشمل مسائل العقود، والملكية، والتعويض عن الإصابة الشخصية. أما القانون الجنائي فإنه يتعلق بالأعمال التي تعود بضرر على المجتمع.

ومصطلح القانون المدني يمكن أن يعني أيضاً القانون في معظم البلاد الأوروبية مقابل القانون العرفي.

ففي إنجلترا وبعض الدول الأخرى التي أخذت بالنظام نفسه، وتحت هذا النوع من القانون المدني نجد أن مجموعة القوانين التي وافقت عليها السلطة التشريعية، هي المصادر الرئيسية التي يستخدمها القضاة لإصدار أحكامهم بناء على الأحكام التي سبق أن صدرت في محاكم مماثلة، وفي إطار القانون العرفي، يتخذ القضاة قراراتهم.

يرجع القانون المدني أصلاً إلى مجموعة القوانين التي جمعها الإمبراطور الروماني جستنيان في القرن السادس الميلادي. وكانت هذه الأحكام تُستخدم لحكم الإمبراطورية الرومانية قانوناً مدنياً جديداً، واكتسبت شعبية في معظم البلدان الأوروبية؛ وذلك بعد تطبيقه في فرنسا عام 1804م. وهذا القانون يسمى قانون نابليون أو مجموعة القوانين المدنية، وقد جمعت بين القانون الروماني وقانون شمالي فرنسا. وهذا القانون المدني هو أساس القانون الحالي في كوبيك، والمكسيك، وعند بعض شعوب أمريكا الجنوبية. وشهدت البلاد التي تطبق القانون العرفي اهتماماً كبيراً لتنظيم بعض القوانين الموجودة لتصير مجموعات القوانين، وتشمل الأمثلة قانون الأعمال، وقانون الجريمة.

• دلالات الرشد عند مجتمع إموهاغ

أ - دلالة البلوغ عند المرأة : لقد اعتمد إموهاغ في العديد من مراحل التنشئة العمرية، على الدلالات الرمزية، ذلك من الولادة حتى الشيخوخة. فلبلوغ المرأة سن الرشد يكون بقيام حفل خاص بذلك؛ حيث يتم وضع لحاف على رأس الفتاة يطلق عليه اكراهي أو أالشو حيث يتم تثبيته عن طريق إبر لي يستدعى احد الشباب من أقاربها من اجل كسر الإبر معلنا بذلك بلوغها ورشدها وبذلك تكون الفتاة مسئولة ومؤهلة لبناء بيتها؛ وذلك الاحتفال دال على دخولها في سن الزواج ومنها فصاعدا تصبح مسؤولة عن تصرفاتها.

ب - دلالة البلوغ عند الرجل : أما البلوغ عند الرجل فليس ببعيد عن جو الاحتفال، إلا ان الرجل الراشد عند إموهاغ يتم بتكوير عمامة على رأسه بشكل اللثام، ليصبح بذلك بالغاً مسؤولاً عن كل تصرفاته.

فإقران البلوغ عند إموهاغ بوضع اللثام له قيمة ودلالة عظيمة عندهم مرتبطة بالعديد من القيم الاجتماعية نقف عندها فيمايلي: ..وعلى العموم فان ارتداء اللثام عند إموهاغ هو مرتبط بمظهرين أساسيين في الثقافة التقليدية حسب ما ذهب إليه الدكتور محمد السويدي وهي :

- المرحلة العمرية التي يصل إليها الفرد لكي يصبح الفرد من حقه ارتداء اللثام. وهي مرحلة البلوغ او الرشد وبذلك يكون الفرد مسؤولاً عن كل تصرفاته وهو محسوب في مجالس الرجال.

- الطقوس المصاحبة لعملية ارتداء اللثام . والتي نذكر منها :
1 . سهولة التخفي أثناء الحروب وعند القيام بعمليات الغزو على القبائل الأخرى وعلى القوافل.

2 . إخفاء الجروح الناتجة عن الحروب التي يخوضها إموهاغ حتى لا تحتقره زوجته عند العودة، وبالتالي فلن تعزف له موسيقى الحان امزاد³.

³ محمد السويدي : بدو الطوارق بين الثبات والتغير (دراسة سوسيو - انثروبولوجية في التغير الاجتماعي)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص : 237/236 .

3 . الخوف من اتصال الارواح الشريرة بنفس الإنسان عن طريق الفم والأنف.

• الأنظمة الاجتماعية لمجتمع إموهاغ

أ) - النظام الاجتماعي

إن لكل تنظيم ماهية علمية وضعت للفصل بينه وبين بقية الأنظمة، فإن النظام الاجتماعي يمكن تعريفه حسب الدكتور عاطف غيث: (هو نموذج مستقر نسبيا للعلاقات الاجتماعية بين الأفراد والجماعات الفرعية داخل المجتمع، أو داخل جماعة معينة، يقوم على انساق الأدوار والمعايير والمعاني المشتركة، التي توفر النظام والقدرة على التنبؤ الاجتماعي). أي انه عبارة عن نظام متجانس ومتكامل في الوظائف الاجتماعية، تحكمه مجموعة معايير وقيم ترتبط بين الانساق الفرعية لبناء النسق الكلي.

أن النظر إلى النظام الاجتماعي إموهاغ يظهر انه عبارة عن نظام قبلي، حيث أن مجتمع إموهاغ ينقسم إلى عدد من القبائل، وكل قبيلة تنقسم إلى أفخاذ وعشائر، وكل عشيرة هي مجموعة عائلات، والتي هي بدورها مجموعة أسر نواتيه، والتي تشكل قاعدة هذا الهرم القبلي. والقبيلة في الواقع هي العنصر الأساسي الذي يميز إموهاغ سواء المستقرون منهم أو الرحالة ويطلقون على القبيلة اسم (توسيت)، والتي تتكون من مجموعة من الناس الذين يجمعهم الولاء المشترك لأحد أفراد القبيلة الذي يتولى رئاستها، وغالبا ما يكون أكبرهم سنا أو جدهم الأكبر. والقبيلة بدورها تتفرع إلى عائلات أو عشائر تسمى (أغيون)، ويتكون من مجموعة من الأسر التي تسمى (إيهن)، إذن فبالرغم من كون الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع إموهاغ، حيث تتمتع كل قبيلة بالاستقلال التام في شؤونها الداخلية وتتصرف كوحدة واحدة في علاقاتها مع غيرها من القبائل الأخرى، وتلعب القبيلة عدة أدوار في مختلف المجالات منها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية.

إن الانتماء إلى قبيلة معينة تحدد المكانة التي يستحقها الفرد بين الآخرين، وكذلك الدور الذي سيلعبه، والوظائف التي سيقوم بها في إطار الجماعة. هذا يعني أن المكانة الاجتماعية للفرد تحددها القبيلة التي ينتمي إليها، بمعنى إن الفرد في المجتمع يمثل قبيلة. ويعمل بإسمها كما يعيش صورتها الاجتماعية الأخلاقية، وكذا الاقتصادية فهي الإطار المادي والمعنوي الذي ينطلق منه الشخص، فمثلا عندما يعرفك شخص بنفسه فإنه يذكر اسمه ثم اسم أبيه ثم اسم قبيلته، أي إن الانتماء إلا أي قبيلة هو الذي يحدد شخصية الفرد ومكانته، هذا الانتماء يبين لنا الانتماء إلى عصبية قبلية معينة، كما أن الانتماء إلى قبيلة ما عبارة عن أمن لجميع أفرادها خاصة الضعفاء، كالشيوخ والعجزة والأرامل واليتامى. إذ لا بد أن يكون هناك دائما من يقوم برعايتهم وحمايتهم لأن شروط الحياة الصعبة أدت إلى ضرورة حياة جماعية، وإلى التعاون وهذا التنظيم الجماعي كان لازما لبقاء الجماعة والتعاون روح المجتمع وضرورة اجتماعية .

(ب)- النظام السياسي

ما من شك أن لكل مجتمع من المجتمعات الإنسانية، إلا وله تنظيم يسيره، ويتحكم في سير حياته، وذلك من خلال بسط مجموعة من قوانين تضبطه وتتحكم في زمام الأمور لتحقيق الاستقرار، فمجتمع إموهاغ كباقي مجتمعات المعمورة له نظامه السياسي والاجتماعي الذي يتحكم فيه .

إن النظام التقليدي عند ايموهاغ يعتبر نظاما كنفدراليا يقوم على تجمع قبلي على شكل بنية هرمية رئيسها "أمنوكال" رئيس الكونفدرالية وقاعدتها المحكومين، وذلك مرورا بمساعدي أمنوكال، وهم رؤساء قبائل إمغارن، فكلمة أمنوكال مركبة من كلمتين وهما (مسييس) وتعني السيد أو المالك، وكلمة (أكال) والتي تعني الأرض أو البلد. إذا هو مالك أو سيد البلد أو الأرض، الذي يمثل الكونفدرالية، وهنا نجد أن السلطة الكونفدرالية مرتبطة بالأرض،

التي تسيطر عليها الكونفدرالية، والتي تتحكم في تسييرها وتدافع عنها.

إن تنصيب أمنوكال أو اختياره يتم بإتفاق رؤساء القبائل التي تتواجد في التجمع الكنفدرالي. وذلك بإختيار القبيلة النبيلة، أو بصفة أوضح يختار أمنوكال من بين الوارثين الذكور عن طريق الخط الامومي للمجموعة) ضمن العصبية السائدة المعترف لها بحق الحكم : أور اغن في آجر. كيل أغلا في أهقار .

ويتم الاختيار وفق معايير وميزات خاصة لا بد من توفرها، تختبر فيها شخصية المرشح وسيرته على ثلاثة أبعاد: السياسية، الأخلاقية، الثقافية والجسمانية .

- السياسية: وهي الأهم، لا بد أن تكون له حنكة سياسة، وشعبية مساندة وتزكية العصبية الأخرى، وأن يكون له حنكة سياسية، وشعبية مساندة جيدة كما يشترط إثبات براعة التفاوض،

- الأخلاقية: كحسن السيرة، الشجاعة، البسالة، الحكمة، الصبر، الكرم، الإحترام، الثقافة وأدب الحديث.

- الجسمانية: القوة، وسلامة الأعضاء، وأن يكون ناضجا، غالبا ما يشترط سن الثلاثين وما فوق.

لا بد من ثقة متبادلة وروابط متينة بين أمنوكال وشعبه، لأنه لا وجود لجهاز ردع (الجند) في هذه المرحلة من سيرورت العصبية ومازالت قائمة على نسب القرابة (القريب والبعيد)، وهو الذي يستند إليه أمنوكال لتطبيق صلاحيته.

ولأمنوكال صلاحيات عدة منها سياسية واقتصادية واجتماعية وقضائية، نقوم بتقديمها بإيجاز كالآتي : (حسب الطرح الذي قدمه مرموري حسن):

(1)- الصلاحيات السياسية

- يمثل الكونفدرالية في كل علاقاتها الخارجية والناطق الرسمي بإسم الكونفدرالية.
- استدعاء مجلس الرؤساء والأعيان.
- إعلان الحرب الجماعية أو الهدنة بموافقة ومساندة أعضاء المجلس، والدفاع عن أي تهديد للتماسك المعنوي لجماعته وشرفها.
- يقود رجاله في المعارك ويوزع غنيمة الحرب.
- يتلقى ولاء العصابات الجديدة والمنظمة.
- تحديد مصير الأسرى.

(2)- الصلاحيات الاقتصادية:

- غلق وفتح مناطق الرعي وتنظيم إستغلال الخشب.
- السماح بمرور القوافل التجارية الأجنبية .
- يتلقى الرسوم العامة الآتية :
- ضريبة سنوية رمزية لإثبات الولاء على رؤوس الماشية والسلع الناتجة عن تجارة القوافل التي تدفع من طرف أعضاء (الحلف) الذين تربطهم به العلاقات الاقتصادية والسياسية .
- جباية على المزارع الواقعة التي تفلح في الميادين الواقعة في الإقليم (الطبل).
- حقوق المرور على القوافل التي تعبر الإقليم وتسمى العادة.
- حصة من غنيمة الغزو التي تحصل عليها موالية المنتمين إلى كتلته، وليس على الذين ينتمون إلى الكتلة المستقلة ذاتيا؛ مثل كيل تايتوق في اهقار.
- الجباية الواجبة على القبائل الخارجة عن إقليم الطبل، والتي تطلب الحماية من أمنوكال وأقاربه الحقيقيون ضد النهب والسلب وتسمى تماز لاغت.

يتلقى أمنوكال أيضا هدايا الماشية التي تشكل احتياطي عمومي، له الحق في الانتفاع بها كما يمكنه أيضا أن يساعد بها الفقراء عند التماسهم، كإعارة النوق أو الماعز الحبلى. ويتلقى شخصيا:

- الأرباح الممنوحة لنسبة القريب من حصة تماز لاغت
- هدايا عديدة نقدية وعينية، والتي ترفق في بعض الأحيان بالمداخل المذكورة والممنوحة من طرف الأجانب أو من المنتمين إلى كتلته أو من أي شخص آخر يلتزم مساعدته أو العفو لسبب أو لآخر.

(3)- الصلاحيات القضائية والاجتماعية

- تسوية النزاعات على جميع المستويات .
- إعادة الثروة الحيوانية المسلوقة في الغارات المعزولة.
- إصدار الأمان على من هو مهدد من طرف ما.
- الصدقة على الفقراء و المحتاجين.
- إعارة إناث الماشية الحبلى للفقراء.
- حماية الفقراء.

كما نلاحظ إن أمنوكال هو نقطة تلاقي (الطبل)، وهو رمز الأمن والمرجع الذي يسمح بالسير الحسن للحياة الجماعية سواء كانت سياسة اقتصادية، اجتماعية أو حتى معنوية وأخلاقية، ويعتبر زعيما سياسيا وقائد عسكريا في نفس الوقت، يقوم بوظيفته هذه بمساهمة نظرائه من مجلس الشيوخ والأعيان.

- مجلس الشيوخ والأعيان

لم يكن أمنوكال حاكما مطلقا بل يشاركه في السلطة هيئة استشارية تستمد أهميتها من قوة شخصيات (إمغارن) أو الشيوخ رؤساء القبائل .

أمغار لغويا يطلق في الغلبة على كبير السن. على الأب، الجد، وعلى كل الأسلاف الذكور تقريبا، وفي مجال التنظيم السياسي

الاجتماعي فان له مفهوم (القائد)، (الزعيم) أو (السيد)، الذي يحكم أو يملك سلطة مهما كانت رتبته ونوعها (أمغار_أن_توسيت).

إذن هو رئيس قبيلة وكل أمنوكال هو أمغار، والعكس غير صحيح، ولكل قبيلة رئيس مهما كان حجمها وأهميتها. أمغار يتوسط بين قبيلته وأمنوكال، يوصل أوامر هذا الأخير ويسهر على تنفيذها وياخذ حصة قبيلته من الغنيمة. أو الضرائب سواء كانت له أو عليه، تشكل بعض القبائل كتل مستقلة عسكريا وجغرافيا، تتضمن كتلتها قبائل موالية لها يتمتع رئيسها بنفوذ أمنوكال، كما هو الحال عند تايثوق.

ومهما كان نفوذ أمغار فإنه يشارك في انتخاب أمنوكال، ومناقشة القرارات الكبرى التي تخص الكونفدرالية في المجلس الذي يجمع أمنوكال وإمغارن ومجموعة من الأعيان والمرافقين . يجتمع المجلس في حالتين:

- 1- بدعوة من أمنوكال الذي يرأسه .
- 2- في حالة شغور منصب أمنوكال بسبب الوفاة أو حدوث مانع ما أو لعزله وانتخاب أمنوكال جديد حسب القاعدة.

في الحالة الأولى يتعرض المجلس إلى القضايا المهمة أو الطارئة في السياسة والاقتصاد أو في الشؤون الاجتماعية الداخلية. وهي كالتالي:

- (1)- **القضايا السياسية:** التشاور حول مستجدات الوضع واتخاذ القرارات المناسبة إزاءها، كإعلان الحرب أو قرار السلم والأمان، أو الاتفاق على المعاهدات. وتفويض أمنوكال لتمثيل الكونفدرالية في (ميعاد) خارجي.
- (2)- **القضايا الاقتصادية:** تتمثل في مناقشة أمور الجباية وتحصيلها وتقسيمها، نشاط تجارة القوافل وحقوق النقل والمرور والحماية، وتحديد مناطق الرعي والترحال، وتنظيم أوقات غلقها أو فتحها كي تستغل بشكل أحسن.

(3)- القضايا الاجتماعية : يتعين على المجلس أيضا أن يفصل في النزاعات والشكاوي الواردة على جميع المستويات بين الأفراد أو القبائل داخل الكونفدرالية، إلى جانب الاهتمام بالفقراء والأرامل والمحتاجين وتعيين وكلاء عليهم لمساعدتهم .

إذن كما نلاحظ لا توجد مفاهيم تتوسط بين أمنوكال وأمغار في هذا التنظيم السياسي الخاص، أمنوكال هو الحاكم الأسمى للجميع بعد إرساء إيديولوجية التأسيس المرتكزة على علاقات القرابة التي تربطه بأصل (سلف) نموذجي وتخلده الأسطورة في أهقار، لم يسبق لغير كيل غلا أن مارس منصب أمنوكال منذ ظهوره، مثلما كان الشأن لأوراغن منذ اعتلائهم السلطة منتصف القرن السابع عشر.

ان تمحص هذا النظام المتكامل لمجتمع إموهاغ يجعلنا نقف على العديد من العبر والدلالات نستشف من خلالها كيف كان إموهاغ ينظمون شؤون حياتهم وكيف كانوا يجدون حلولاً لبعض القضايا التي تقع داخل المجتمع أو مع مجتمعات أخرى.

حيث نجد ان أمنوكال هو عصبون الحركة القضائية في الكونفدرالية حيث يساعده مجلس الشيوخ لكن ما لا يجب ان نهمله، ألا وهو ان لرجال الدين دور كبير في القضاء التقليدي العرفي عند إموهاغ حيث لا يكاد يكون أمغار (شيخ قبيلة) أطالب (فقيه او معلم قران) يعود إليه في فض النزاعات التي تحدث بين أفراد قبيلته. أما إذا كانت هناك نزاعات بين أفراد قبيلتين مختلفتين فيكون حلها بتدخل شيوخ القبيلتين، وان صعب الحل ترفع المشكلة الى مجلس الشيوخ، الذي يرأسه أمنوكال. فاعلب مصادر التشريع العرفي عند إموهاغ هو الشريعة الإسلامية حيث يمثل ألفقي⁴ راعياً لها .

⁴ ألفقي : هي كلمة شاعت الاستعمال عند إموهاغ وهي تطلق على الفقيه المفتي.

• اثر النظام الاجتماعي عند إموهاغ على القانون العرفي

ان ما هو معلوم ان النظام الاجتماعي لاموهاغ يطغى عليه الطابع الامومي حيث ان للمرأة مكانة خاصة في اتخاذ القرارات وإبان دراستنا لهذا الجانب تبين لنا هنا مستويين من القوانين :

- المستوى الأول هو الاجتماعي الذي تكون المرأة المصدر الأساسي لتشريع، حيث تتكفل المرأة بإدارة جميع أمور البيت أو الخيمة بل تتعدى مهامها الى محيط المخيم فهي الموجهة والمربية والمستشارة في المجتمع .

فبرغم من ان مجتمع إموهاغ يتخذ الشريعة الإسلامية مصدرا لتشريع، إلا انه وفي قضية توريث الاراضي الطبل عند إموهاغ جانت تذهب الى خط الأم دون الأب أي ان البساتين ترثها النساء دون الرجال، حيث ان الرجال لديهم حق العمل والاستفادة من إنتاجها دون امتلاكها. وفي هذا الاطار نجد العديد من التفسيرات التي كانت حول هذه القضية . نذكر منها :

01 - وهي التي تفسر ذلك بان اهل جانت اعتمدوا على الخط النسوي في امتلاك الأراضي وذلك راجع الى خوفهم من تفكك السيطرة على الامتلاك، لان المرأة، ولو تزوجت بأجنبي، فإنها تبقى معه في مدينة جانت. اما الرجال فهم كثيرون التنقل والسفر فقد يحصل ان يتزوجوا من غريبات عن قبيلته وذلك يعد تهديدا للملاك، كما ذهب هذا الاتجاه الى ان المرأة لا تلجأ الى بيع الأرض مهما حصل، بينما الرجل معرض لبيعها بكل سهولة، وبذلك يعتبر غير مؤهل لامتلاكها.

02- اما الرأي الثاني فيرتبط تفسيره بمصدر السلطة - ذلك حسب رأينا - يعود الى مصدرين: المصدر الاول مبني على ملكية الارض الرعوية او الزراعية بل أبعد من ذلك ملكية الاقليم، فالقبيلة التي تملك حق السلطة عند اموهاغ تؤمن ان الاحقية في السلطة هي للذكور من الخط الامومي، حيث يعتقد اموهاغ انه بذلك يتم

الحفاظ على الملك. وعلى ذلك الاساس يتم توريث الاراضي للنساء حفاظا عليها وعلى السلطة معها.

-أما المستوى الثاني فيتمثل في المصدر الرجالي للسلطة والمتمثل في كل القوانين المنظمة لعلاقة اموهاغ فيما بين قبائلهم وامنوكال وفيما بينهم وبين الآخرين حيث يتجسد ذلك في امنوكال على رأس هرم السلطة ويساعده في ذلك مجلس الشيوخ المكون من رؤساء القبائل حيث تتمثل مهامهم في تنظيم الرعي ومرور القوافل والتفاوضالخ .

الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون الاجراءات المدنية والادارية

الأستاذ الدكتور: بشير محمد
جامعة الجزائر 1

مقدمة

صار نشاط الجهات القضائية، ومنذ مدة زمنية غير قصيرة، يتميز ببطء في الاجراءات وطول في اجال التقاضي، فزاد حجم القضايا وتراكمت ملفاتها، مما أثر سلبا على فعالية الجهاز القضائي في القيام بالدور المسند له وولد الحاجة الى طرق بديلة تساعد بساطة اجراءاتها الاطراف على المشاركة في ايجاد الحلول المناسبة لنزاعهم، بعيدا عن السلبات السابقة.

فبرز كل من الصلح، الوساطة وبدرجة أقل التحكيم¹ كبدايل للخصومة القضائية، باجراءات وخلفيات مغايرة لتلك التي تحكم هذه الاخيرة، توفر على كل من اختارها ما كان يتطلبه الفصل فيها من وقت طويل ومال طائل واجراءات معقدة، وتخلق في نفسه، بسبب مشاركته فيها، الشعور بعدالة الحل المتوصل اليه بواسطتها.

يقوم اجراء الصلح على السماح للاطراف، تلقائيا او بسعي من القاضي، في أية مرحلة كانت عليها الخصومة، بالبحث والمشاركة في ايجاد حل توافقي لنزاعهم، بتنازل كل منهم فيه عن قسط من حقوقه، وهي نفس الغاية التي ترمي الوساطة الى تحقيقها، بالرغم من قيامها على إجراءات مخالفة تميزها في قانون الاجراءات المدنية والادارية الزامية اقتراح القاضي على الخصوم تعيين وسيط يقوم بهذه المهمة بعد حصوله على موافقتهم.

¹ ولو أن التحكيم، وخاصة الدولي منه، يقوم على خلفيات أخرى، يصعب معها تصنيفه مع بقية الطرق البديلة لحل النزاعات، باعتبار أن الغرض منه تجنب الخضوع للقوانين الاجرائية والموضوعية لدولتي طرفي العقد.

أما التحكيم فيقوم على اختيار الاطراف، قبل نشوب النزاع أو خلاله، لحكم يتولى الفصل فيه وفق قواعد أكثر تناسبا وسرعة وفعالية وأقل تعقيدا من تلك التي تحكم الخصومة القضائية. فمهمة الحكم هي الفصل في النزاع من الناحية القانونية بحكم وليس تقديم مجرد اقتراحات يطلب من الاطراف الاتفاق حولها كما هو عليه الحال بالنسبة للوسيط².

ويلاحظ ان هذه الافكار، التي صارت رائدة في المنظومات الاجرائية العالمية، ليست جديدة على المنظومة التشريعية الوطنية، اذ سبق للمشرع ان قننها كحلولا في كثير من النزاعات في القانون المدني، التجاري، العمل، الضمان الاجتماعي، الخ ... كما لا يمكن اعتبارها دخيلة على عاداتنا وتقاليدينا اذ كثيرا ما يلجأ اليها أطراف النزاع خارج الاطار القضائي، قبل اللجوء الى الجهات القضائية، ولا يتم اللجوء الى هذه الاخيرة الا في حالة فشلها، زيادة على أن ديننا الحنيف كان سباقا اليها، فقال تعالى: "وان خفتم شقاق بينهما، فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدوا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا"³ وقال: "وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير..."⁴.

خصص المشرع الكتاب الخامس من قانون الاجراءات المدنية والادارية للطرق البديلة لحل النزاعات ويعتبر تنظيمه لاجراءات الصلح والوساطة ومراجعته لقواعد التحكيم في هذا القانون وتوسيعها، من اهم مستجداته، استجابة منه للمتطلبات الجديدة للمنظومة الاجرائية الوطنية ومسايرة للمنظومات الاجرائية العالمية في إطار إرساء دعائم دولة القانون وتجسيد فكرة المحاكمة العادلة بين المتخاصمين.

² S.Guinchard- M .Bandrac- X .Lagarde. M.Douchy – Droit processuel - Droit commun du procès –1^{re} édition – Editions DALLOZ – Editions DELTA – 2001– p. 758. S.Guinchard - G. Montagnier - A. Varinard - Institutions judiciaires J.Vincent- 5e édition – Editions DALLOZ – 1999 – p. 52.

³ سورة النساء - الآية 34.

⁴ سورة النساء - الآية 127.

ضبط المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية القواعد العامة للطرق البديلة لحل النزاعات واحتفظ فيها، بالرغم من ذلك، للقاضي بدور اساسي، يقوم به بمناسبةها وخاصة عندما يتعلق بالصلح والوساطة، سواء في السعي اليها أو الاشراف عليها، الى غاية التأشير والمصادقة على محاضرها، وهذا ما يميزها عن نظيرتها التي تتم خارج القضاء.

وإن البحث في الطرق البديلة في قانون الاجراءات المدنية والادارية يفرض تحديد مكانتها في هذا القانون ببيان مدى تكريس المشرع لها فيه وتوضيح مميزات التي ترشحها لاحتلال مركز الصدارة كحلول تفرض على المتقاضين اختيارها والتخلي عن الخصومة القضائية بالرغم من الحدود التي وضعها لذلك.

وعلى هذا الاساس تم تقسيم هذا الموضوع الى مبحثين خصص الاول للطرق البديلة كتكريس في قانون الاجراءات المدنية والادارية والثاني للطرق البديلة وحدود التخلي عن حلول الخصومة القضائية.

المبحث الاول - الطرق البديلة : تكريس في قانون الاجراءات المدنية والادارية

لا يمكن أن تشكل فكرة تخفيف العبء عن الجهات القضائية خلفية المشرع الوحيدة في اعتماد طرق بديلة لحل النزاعات في قانون الاجراءات المدنية والادارية، اذ هناك خلفية اخرى قد تفوقها أهمية وهي فسح المجال امام المتقاضين للتكفل بنزاعاتهم، سواء مباشرة او عن طريق طرف ثالث يختارونه او يعينه القضاء لهم، الامر الذي يساعد على التوصل الى حل يرضون به ويطمئنون له.

ان الطرق البديلة تؤدي الى تفادي التعقيدات الاجرائية المرتبطة بالخصومة القضائية، تخفيض تكاليفها المالية، تفادي المواجهات

العنيفة بين الاطراف اثناءها والمحافظة مستقبلا على العلاقة الموجودة بينهم⁵.

ان الاهمية التي أصبحت تكتسيها هذه الطرق بالنسبة لتحقيق هذه الاهداف جعل المشرع يتجه بطريقة صريحة الى تكريسها في قانون الاجراءات المدنية والادارية وإعطائها أهمية قد تفوق أهمية الطريق العادي لحل النزاعات، بتوسيعها لكل الخلافات، ضبط وتوحيد قواعدها وتمييزها بخصائص تحفز المتقاضين على اعتمادها لحل نزاعاتهم لدرجة يمكن الكلام عن نشوء حق للمتقاضي فيها تم تجاهله في السابق الا في حالات محددة كالتحكيم.

المطلب الاول - تعدد الطرق البديلة في قانون الاجراءات المدنية والادارية

نظم المشرع الطرق البديلة كحلول للنزاعات غير القضائية كما هو عليه الحال بالنسبة للصالح في المواد المدنية و وضع قواعدها الاجرائية في قانون الاجراءات المدنية والادارية، لتكرس كطرق قد يلتجئ اليها الافراد أو يعرضها عليهم القاضي، فتتجه اليها نيتهم لحل نزاعهم ويترتب على سلوكها التخلي عن الكثير من اجراءات الخصومة القضائية.

ان الطرق البديلة لحل النزاعات التي خصص لها المشرع الكتاب الخامس من قانون الاجراءات المدنية والادارية ترتبط بصفة عامة بخصومة مرفوعة امام القضاء، ويتعلق الامر بالصالح والوساطة والتحكيم عندما يتم اللجوء اليه بعد نشوب النزاع بين الاطراف اثناء الخصومة القضائية، لكن التحكيم كطريق بديل قد ينظم لمواجهة النزاعات خارج الخصومة القضائية.

ومن الطرق البديلة لحل النزاعات المرتبطة بالخصومة القضائية ما فرض المشرع على القاضي عرضها على المتقاضين كما هو عليه

⁵ الدكتور عمر الزاهي - الطرق البديلة لحل النزاعات - مداخلة في اليومين الدراسيين حول الطرق البديلة لحل النزاعات - مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الجزء الثاني - سنة 2009 - ص 585 - 586 .

الحال بالنسبة للوساطة، ومنها ما أجاز عرضها عليهم كما هو عليه الحال بالنسبة للصلح، في الوقت الذي يتميز فيه التحكيم بطبيعة خاصة، باعتبار ان الاطراف هم من ينظمون قواعد الالتجاء اليه خارج القضاء.

الفرع الاول : الصلح في قانون الاجراءات المدنية والادارية

وضع المشرع القواعد الاجرائية العامة للصلح كطريق بديل لحل النزاعات ضمن الكتاب الخامس من قانون الاجراءات المدنية والادارية وتناول خارجه بعض الانظمة الشبيهة به والقريبة منه كاجراء الصلح الالزامي في قضايا الطلاق في نزاعات شؤون الاسرة في المرحلة الاولى من الخصومة القضائية او نظام الطلاق بالتراضي او اجراء الصلح في نزاعات العمل.

ويغلب على اجراء الصلح في نزاعات الطلاق وفي نزاعات العمل طابع الاجراء الالزامي المسبق الذي يتوقف عليه رفع الخصومة القضائية والسير فيها، باعتباره اجراء من اجراءاتها، خلافا للطرق البديلة لحل النزاعات المنصوص عليها في الكتاب الخامس من قانون الاجراءات المدنية والادارية والتي تعتبر طرق تعويضية للخصومة القضائية، يلتجئ اليها المتقاضي بصفة اختيارية، متخليا بذلك، وكقاعدة عامة ، عن الكثير من اجراءاتها.

لكن اجرائي الصلح في نزاعات الطلاق والعمل، وبالرغم مما يميزهما من هذه الزاوية عن الطرق البديلة لحل النزاعات، الا انهما يرميان الى الغاية نفسها وهي التوفيق بين الاطراف قبل رفع الخصومة القضائية أو مواصلتها.

أولا -القواعد العامة للصلح في قانون الاجراءات المدنية والادارية

فكرة الصلح ليست جديدة على تشريع الاجراءات المدنية في الجزائر، اذ سبق للمشرع أن تناولها في قانون الاجراءات المدنية الملغى، ولو انه اكتفى انذاك بنص المادة 17 التي أجازت للقاضي مصالححة الاطراف اثناء الدعوى و في أية مادة كانت.

احتفظ قانون الاجراءات المدنية والادارية بنفس هذه المقتضيات في المادة الرابعة منه، الا انه تناول إجراء الصلح هذه المرة ضمن الاحكام التمهيدية، وكرسه مع المبادئ الاجرائية العامة، للاهمية التي صار يكتسيها كحل بديل للنزاعات بين الافراد.

عالج المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية القواعد الاجرائية العامة للصلح كطريق بديل تخضع لها النزاعات التي اجاز حلها بهذا الطريق، في أربع مواد هي المواد 990، 991، 992 و 993 وردت في الفصل الاول من الباب الاول من الكتاب الخامس، يمكن ان تستخلص منها اهم خصائصه واجراءاته.

لم يعرف قانون الاجراءات المدنية والادارية الصلح خلافا لما هو عليه الحال في القانون المدني اذ جاء في المادة 459 من هذا الاخير على انه : " عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما او يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه " .

لكن يبدو من المواد من 990 الى 993 السالفة الذكر، أنها، وان أكدت مبدأ الصلح المنصوص عليه في القانون المدني حسب ما جاء في مذكرة عرض اسباب المادة 990⁶، الا أن الصلح الذي عنيت به يحمل مدلولاً أضيق، إذ يقتصر على ذلك الذي يتم اثناء الخصومة القضائية. وانطلاقاً من ذلك، فإن القواعد الاجرائية التي تناولتها المواد السابقة مرتبطة بالطبيعة القضائية لهذا الصلح، باعتباره يتم في مراحل الخصومة القضائية، تلقائياً بين الاطراف او بسعي من القاضي، ويثبت في محضر يوقع من الاطراف، من القاضي ومن امين الضبط ويودع كتابة ضبط الجهة القضائية ليتمتع بعد ذلك بصفة السند التنفيذي.

وضحت المادة 990 السالفة الذكر الطابع الجوازي لمحاولة الصلح، اذ تركت فيه خيار إتمامه لطرفي النزاع بمبادرة منهما

⁶ جاء في مذكرة عرض أسباب هذه المادة : " أكدت هذه المادة مبدأ الصلح المنصوص عليه في القانون المدني، فأجازت التصالح بين الخصوم كما مكنت القاضي من التدخل متى تبين له امكانية حل النزاع.

او بسعي من القاضي، دون أن تفرض على هذا الاخير أي التزام بعرضه على الاطراف، تاركة له في ذلك سلطة تقديرية واسعة، يختار بمقتضاها المكان والزمن الذي يراها مناسبتين للمبادرة به.

والطابع الجوازي للصلح لا يقتصر على هذا الطريق في المواد المدنية فقط، بل وفي المواد الادارية كذلك، طبقا لاحكام المادتين 971 و 972 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، إذ اجازت المادة الاخيرة للخصوم ولرئيس التشكيلة القضائية المبادرة لاجراء الصلح، مؤكدة صراحة على عدم السماح له بذلك الا بعد موافقة الخصوم.

وتناول المشرع الصلح كسبب من اسباب انقضاء الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى في المادة 220 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بمفهوم عام يشمل في نظرنا كل من الصلح الذي يتم بين الاطراف او بسعي من القاضي وحتى الصلح الذي يتم عن طريق الوسيط الذي يعينه القاضي لهذا الغرض⁷.

تلزم المادة 386 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد عند انقضاء الخصومة باتفاق الاطراف القاضي بمنح الصيغة التنفيذية للاتفاق حتى وان لم يتم امامه⁸.

ثانيا - أنظمة إجرائية خاصة بالصلح في قانون الاجراءات المدنية والادارية

تناول المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية، خارج الكتاب المخصص للطرق البديلة لحل النزاعات، بعض الانظمة الخاصة بالصلح، ترمي الى نفس الغاية المبتغاة من هذا الاجراء كطريق بديل لحل النزاعات، ويتعلق الامر بصفة اساسية بالصلح في نزاعات الطلاق وأشار الى الصلح في نزاعات العمل كاجراء سابق على رفع الدعوى وتناول بعض إجراءات تنفيذه.

⁷ جاء في الفقرة الاولى من المادة 220 من قانون الاجراءات المدنية والادارية : " تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى، بالصلح او بالقبول بالحكم او بالتنازل عن الدعوى....".

⁸ J. Héron - Droit judiciaire privé - 2e édition - Montchrestien - 2002 - p 894

1 - إجراء الصلح في قضايا الطلاق

إن الطبيعة الخاصة لنزاعات الطلاق والاثار المختلفة المترتبة عليها سواء في المجال الاسري بصفة خاصة أو الاجتماعي بصفة عامة، جعلت المشرع يفرض فيها إجراء محاولات صلح بين الزوجين.

إن محاولة الصلح بين الزوجين من طرف القاضي الزامية في قضايا الطلاق طبقا لاحكام المادة 439 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي جاء فيها: " محاولات الصلح (في قضايا الطلاق) وجوبية وتتم في جلسة سرية . "

ونصت المادة 49 من قانون الاسرة : " لا يثبت الطلاق الا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون ان تتجاوز مدته 03 اشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج ومحاولات الصلح مع كاتب الضبط والطرفين " .

فيثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر من طرف امين الضبط تحت اشراف القاضي ويوقع من طرفه، ومن امين الضبط والزوجين ويودع بامانة الضبط ليعد بعد ذلك سندا تنفيذيا.

فلا يختلف الصلح المنصوص عليه في المادة 439 من قانون الاجراءات المدنية والادارية والمادة 49 من قانون الاسرة في مضمونه واثاره عن الصلح الذي اجاز المشرع للاطراف وللقاضي السعي اليه، اذ يهدف كذلك الى التوفيق بين طرفي النزاع ويعد المحضر الذي يجسده سندا تنفيذيا بعد توقيعه من الاطراف والقاضي وكاتب الضبط وايداعه كتابة ضبط المحكمة.

لكن الصلح في قضايا الطلاق يتميز بكونه اجراءاً وجوبياً يعرضه القاضي على الزوجين في جلسات سرية على الا تتجاوز ثلاثة اشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق واذا تخلف احد الزوجين عن حضور

الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرر القاضي محضرا بذلك⁹.

ويتميز هذا النوع من الصلح كذلك بكونه يهدف الى حمل الاطراف على العدول عن الطلاق المطروح على القضاء والعودة لمواصلة الحياة الزوجية بعد حل خلافهم بطريقة ودية ولو في اطار شروط جديدة يتنازل بمقتضاها كل طرف عن جزء من حقوقه فيه.

2 - نظام الطلاق بالتراضي

عرفت المادة 427 من قانون الاجراءات المدنية الطلاق بالتراضي بانه اجراء يرمي الى حل الرابطة الزوجية بارادة الزوجين المشتركة.

ويقترّب نظام الطلاق بالتراضي بالانظمة البديلة لحل النزاعات، اذ يتميز بكل ما تتميز به هذه الطرق من خصائص، بالرغم من ان الزوجين يتفقان قبل الالتجاء الى القضاء على فك رابطتهما الزوجية عن طريق التراضي كما يتفقان على كل الجوانب المادية المترتبة عليه بتقديم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة منهما¹⁰.

يتمتع طرفا النزاع في هذه الحالة بكل الامتيازات التي يتمتع بها من يسلك الطريق البديل لحل نزاعه وخاصة السرعة في نظره إذ يتم اخطارهما حالا بعد تسجيل عريضتهما من طرف امين الضبط بتاريخ الجلسة، فيحاول القاضي مصالحتهما فيها، ويتأكد مأن رضائهما واتفاقهما¹¹.

لايتخلّى القاضي عن نظر النزاع بالرغم من ان الطرفين اختارا طريقا مغايرا لطريق الخصومة القضائية وهو نفس السلوك المعهود له في الطرق البديلة، إذ له ان يلغي او يعدل من شروط الاتفاق اذا

⁹ المادتان 441 و 442 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

¹⁰ المادتان 427 و 428 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

¹¹ المادة 430 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

كانت تتعارض مع مصلحة الاولاد او النظام العام، ثم يثبت ارادة الزوجين بحكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق¹².

3 - الصلح في نزاعات العمل

ورد إجراء المصالحة في اماكن مختلفة من تشريعات العمل، اذ نص عليه المشرع في القانون 02/90 المؤرخ في 06 فبراير 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب، كإجراء يمكن اللجوء اليه لحل الخلاف الجماعي في العمل قبل اللجوء الى الوساطة ثم التحكيم¹³.

تناول المشرع المصالحة كإجراء الزامي في النزاعات الفردية في العمل قبل رفع الدعوى القضائية، في القانون 04/90 المؤرخ في 06/11/1990 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، بنصه في مادته 19: " يجب ان يكون كل خلاف فردي خاص بالعمل موضوع محاولة للصلح امام مكتب المصالحة قبل مباشرة أي دعوى قضائية."

ونصت المادة 36 من القانون السابق: " في حالة عدم المصالحة، يرفع الطرف الذي له مصلحة دعوى امام المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية"، على ان ترفق العريضة الموجهة الى المحكمة بنسخة من محضر عدم المصالحة الصادر عن مكتب المصالحة."

والصلح في هذه الحالة هو اجراء استوجبه المشرع قبل اللجوء الى القضاء، عكس كل من الصلح والوساطة في قانون الاجراءات المدنية والادارية، اذ يترتب على اغفاله عدم قبول الدعوى، كما فرضت المادة 504 من نفس القانون رفع الدعوى امام القسم

¹² المادة 431 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

¹³ فجاء في المادة 5 و8 من القانون 02/90 السالف الذكرانه في حالة عدم وجود اجراءات اتقاقية للمصالحة او في حالة فشلها، يرفع المستخدم او ممثلو العمال الخلاف الجماعي في العمل الى مفتشية العمل المختصة اقليميا التي تقوم وجوبا، طبقا للمادة 6 من نفس القانون، بمحاولة المصالحة بين المستخدم وممثل العمال، وتصبح المسائل المتفق عليها نافذة من اليوم الذي يودع فيه الطرف الاكثر استعجالا المحضر الموقع من الاطراف لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة اقليميا واجازت المادة 9 من نفس القانون للطرفين الاتفاق على اللجوء الى الوساطة او التحكيم عند فشل اجراء المصالحة واعداد مفتش العمل محضر بذلك.

الاجتماعي للمحكمة في أجل لا يتجاوز 6 أشهر من تاريخ تسليم محضر عدم الصلح تحت طائلة سقوط الحق في رفعها .

هذا النوع من الصلح لا يلعب القاضي رئيس القسم الاجتماعي اي دور في تحقيقه، إذ يتم خارج الخصومة القضائية، غير انه يمكن له أن يتدخل، طبقا لاحكام المادة 22 من القانون 04/90 السالف الذكر، بمناسبة تطبيق او تفسير كل اتفاق مبرم في اطار الاجراءات الخاصة بالمصالحة امام مكتب المصالحة، كما يمكن له ان يتدخل طبقا للمادة 34 من نفس القانون للامر في اول جلسة بالتنفيذ المعجل لمحضر المصالحة مع تحرير غرامة تهديدية يومية لا تقل عن 25/ من الراتب الشهري، في حالة عدم تنفيذ الاتفاق من قبل احد الاطراف، وقد أكد المشرع هذه المقتضيات في المادتين 508 و 509 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

الفرع الثاني - الوساطة في قانون الاجراءات المدنية والادارية

لم يستأثر قانون الاجراءات المدنية والادارية بنظام الوساطة، اذ سبقته الى ذلك قوانين أخرى، منها قوانين علاقات العمل، فعرفتھا المادة 10 من القانون 02/90 المؤرخ في 06 فبراير 1990، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل على انها: "إجراء يتفق بموجبه طرفا الخلاف على اسناد مهمة اقتراح تسوية ودية للنزاع الى شخص من الغير يدعى الوسيط ويشتركان في تعيينه".

ان اجراء الوساطة في قانون الاجراءات المدنية والادارية وان كان لا يختلف في موضوعه عن نظيره المنصوص عليه، على سبيل المثال، في المادة 10 من القانون 02/90 السالف الذكر، الا انه يتميز بكونه اجراء فرضت المادة 994 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على القاضي اقتراحه على الخصوم بمناسبة النزاع المطروح عليه، وتعيين وسيط لمحاولة التوفيق بينهم وايجاد حل لنزاعهم او لجزء منه عند قبولهم به.

فالموساطة تختلف من هذه الزاوية عن الصلح باعتبار ان الصلح كقاعدة عامة اجراء اختياري بالنسبة للقاضي، اذ أجازت له المادتان الرابعة والمادة 990 من قانون الاجراءات المدنية والادارية مصالحة الخصوم في اية مرحلة كانت عليها الدعوى، كما تختلف عن اجراء تعيين الحكمين في شؤون الاسرة التي اسندت المادة 446 من قانون الاجراءات المدنية والادارية سلطة تعيينهما بصفة اختيارية للقاضي، ولو ان الاجراء لا يختلف في موضوعه عن اجراء الوساطة.

لكن، وحتى وان كان عرض اجراء الوساطة اجباريا من القاضي على طرفي النزاع، فإن اعماله مرهون بقبولهما بذلك، فلا يعين القاضي وسيطا طبقا لاحكام المادة 994 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الا في حالة قبول الخصوم لهذا الاجراء لحل نزاعهما¹⁴.

ولم تتضمن المادة 994 السالفة الجزاء المترتب على إهمال القاضي عرض اجراء الوساطة على طرفي النزاع، مادام انه فرض عرضها عليهم، فهل يؤدي ذلك الى بطلان الحكم الذي يستند الطعن المرفوع ضده على هذه المخالفة؟ واذا تم الغاؤه هل يجب على قاضي الاستئناف في هذه الحالة الاقتصار على احالة القضية من جديد امام المحكمة لتلتزم به، او يمكن له الانصياع له؟

الفرع الثاني - التحكيم في قانون الاجراءات المدنية والادارية

تناول المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية القواعد العامة الاجرائية للتحكيم كطريق بديل يلتجئ اليه الاطراف لحل نزاعهم¹⁴، كما تطرق في المادة 446 من هذا القانون لاجراء تعيين حكمين في قضايا الطلاق .

¹⁴ وردت انظمة مختلفة للتحكيم في التشريع الجزائري، فنص عليه المشرع على سبيل المثال في القانون 02/90 المؤرخ في 06 فبراير 1990، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل، وأخضعتة المادة 13 عند اتفاق الطرفين على حل خلافهما على أساسه لمقتضيات قانون الاجراءات المدنية المتعلقة به، مع مراعاة الاحكام الخاصة في هذا القانون. وتضمن الباب الخامس من القانون 02/90 السالف الذكر الاحكام الخاصة باللجنة الوطنية للتحكيم التي تنظر في بعض الخلافات الجماعية في العمل، برئاسة قاض من المحكمة العليا، وتصبح قراراتها نافذة بأمر منه.

1- القواعد العامة للتحكيم في قانون الاجراءات المدنية والادارية
وضع المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية القواعد
العامة للتحكيم في الباب الثاني من الكتاب الخامس المتضمن الطرق
البديلة لحل النزاعات، خصص خمسة فصول منه لاحكام التحكيم
الداخلي والفصل السادس للاحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي.

والتحكيم طريق بديل يتم اختياره من الاطراف لحل نزاعاتهم،
فأجاز المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية لكل شخص
اللجوء اليه في نزاع يخص الحقوق التي له مطلق التصرف فيها،
مستثنيا من ذلك المسائل المتعلقة بالنظام العام وبحالة الاشخاص
واهليتهم ولم يسمح للاشخاص المعنوية العامة اللجوء اليه ماعدا في
الحالات الواردة في الاتفاقيات الاقتصادية الدولية التي صادقت عليها
الجزائر او في اطار الصفقات العمومية¹⁵.

والتحكيم قد يكون داخليا ويتم استنادا على شرط التحكيم الذي
يتضمنه العقد المبرم بين الطرفين، يعرضان بمقتضاه النزاعات التي
تثار حول الحقوق التي اجاز المشرع عرضها على التحكيم، كما
يمكن اللجوء اليه بالاستناد على اتفاق التحكيم وهو الاتفاق الكتابي
الذي يقبل الاطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم¹⁶.

أما التحكيم الدولي فهو الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح
الاقتصادية لدولتين على الاقل ويتم الالتجاء اليه استنادا على اتفاقية
التحكيم المبرمة بين الاطراف كتابة أو باية وسيلة اتصال اخرى
تجيز الاثبات بالكتابة والتي تستجيب للشروط التي يضعها إما
القانون الذي اتفق الاطراف على اختياره او القانون المنظم لموضوع
النزاع او القانون الذي يراه المحكم ملائما¹⁷.

¹⁵ المادتان 1006 و 975 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

¹⁶ المادتان 1007 و 1011 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

¹⁷ المادة 1039 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

ويختلف التحكيم في قانون الاجراءات المدنية والادارية عن الطريقتين البديليين لحل النزاعات، باعتبار ان الاطراف لا يشاركون في القرار المتخذ فيه، اذ يقتصر دورهم على اختيار حكم او جهة تحكيم يسندون لها مهمة نظر النزاع القائم بينهم حسب الاجال والاوزاع المقررة امام الجهات القضائية، ما لم يتفقوا على خلاف ذلك، والفصل فيه عن طريق حكم يخضع لاغلب مقومات الحكم القضائي سواء تعلق الامر بالحجية او بطرق الطعن¹⁸.

يمكن ان يتجه طرفا النزاع الى التحكيم وخصومتها قائمة امام القضاء، ففرض قانون الاجراءات المدنية والادارية في هذه الحالة توقيف اجراءات الخصومة القضائية لفتح المجال لطرفي النزاع لطرح نزاعهم على المحكم الذين اختاراه¹⁹.

ويحتاج حكم التحكيم لتنفيذه الى امر من رئيس المحكمة التي صدر في اختصاصها، يقبل بدوره الاستئناف امام المجلس القضائي²⁰، خلافا لمحضري الصلح او الاتفاق اللذين ينهي بهما طرفي النزاع عملية الصلح والوساطة الذي تمت بينهما ويجسدان ما توصلا اليه فيه واللذين لا يقبلان أي طعن.

2 - نظام التحكيم في شؤون الاسرة

أجازت المادة 446 من قانون الاجراءات المدنية والادارية لقاضي شؤون الاسرة تعيين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بين الزوجين حسب مقتضيات قانون الاسرة اذا لم يثبت اي ضرر اثناء الخصومة.

استمد المشرع اجراء تعيين الحكمين لمحاولة الصلح بين الزوجين من الشريعة الاسلامية، فقال تعالى: " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا . " (الآية 34 من سورة النساء) .

¹⁸ المواد 1019 ، 1031 ، 1034.....

¹⁹ المادة 1013 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

²⁰ المادة 1035 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

إذا تم الصلح من طرف الحكمين في إطار المادة 446 السالفة الذكر، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ويجوز له إنهاء مهام الحكمين تلقائياً إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة .

ويختلف إجراء اللجوء إلى حكمين عن غيره من الإجراءات التي تحكم بقية الطرق البديلة، فيختلف عن الوساطة، إذ لا يقع على القاضي أي التزام قانوني بعرضه على الأطراف ويتفق معه لكونه يحتاج إلى المصادقة من طرفه على محضر الصلح، كما يختلف عن الصلح بأنه لا يحتاج إلى موافقة الأطراف ولا ينتهي إلى محضر يودع كتابة ضبط المحكمة ليتمتع بصفة السند التنفيذي، ويختلف عن التحكيم، لكون اللجوء إليه يتم من طرف القاضي عكس التحكيم الذي يختار الأطراف سلوكه.

المطلب الثاني - خصائص الطرق البديلة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

تنفرد الإجراءات البديلة لحل النزاعات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمجموعة من الخصائص يجتمع حولها كل من الصلح والوساطة وبدرجة أقل التحكيم لاستناده على خلفيات مغايرة لتلك التي يستند عليها الطريقتان الأخريان .

الفرع الأول - الطرق البديلة : اختيار بمناسبة الخصومة القضائية

الطرق البديلة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي طرق تعويضية للخصومة القضائية، يتم سلوكها من الأطراف بعد رفع نزاعهم أمام القضاء، ويترتب على اختيارهم لها تخليهم عن إجراءات الخصومة القضائية وتؤدي عند نجاحها إلى انقضاء هذه الأخيرة وتفرض العودة إليها عند فشلها. لكن هذا الكلام قد لا يصدق في كل الحالات على التحكيم، خاصة إذا لم يتم بمناسبة خصومة قضائية.

فالوساطة في قانون الاجراءات المدنية والادارية هي وساطة ذات طابع قضائي، يلتزم القاضي بعرضها على الخصوم بمناسبة نزاع قضائي تم طرحه من طرفهم عليه، ويعين الوسيط عند قبولهم لها، فتختلف بذلك عن تلك التي فرض المشرع عرضها على طرف ثالث قبل الالتجاء الى القضاء، كتلك المنصوص عليها في المادة العاشرة من القانون 02/90 المؤرخ في 6 فبراير سنة 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب، التي تتم باتفاق الاطراف على تعيين وسيط قبل الالتجاء الى القضاء.

وان تعيين القاضي لوسيط لتلقي وجهة نظر طرفي الخصومة ومحاولة التوفيق بينهما لتمكينهما من ايجاد حل للنزاع لا يعني تخليه بعد ذلك عنه، اذ يلعب فيها دور المراقب، سواء في بدايتها، أثناءها او عند انتهائها.

ولاشك ان الصلح الذي نظم المشرع اجراءاته في المواد 990 الى 993 من قانون الاجراءات المدنية والادارية يتوفر على العناصر المحددة في المادة 459 من القانون المدني من توفر اطرافه على نية حسم النزاع القائم بينهم والتنازل على وجه التبادل عن حقوقهم، لكنه غير موجه الى كل انواع الصلح المنصوص عليها في المادة الاخيرة ومنه الصلح الذي يتم خارج الخصومة القضائية.

يلعب القاضي في الصلح القضائي دورا لا يمكن نكرانه، سواء في مجال السعي لحث الاطراف عليه، أو اختياره المكان والوقت المناسبين لاجرائه. فهو يشارك في صنعه ويراقب جوازه وصحته، ويثبت مقتضياته في محضر موقع منه ومن امين الضبط والاطراف، يودع كتابة الضبط، فيتمتع حينئذ بصفة السند التنفيذي دون الحاجة الى المصادقة عليه.

ويلاحظ ان قانون الاجراءات المدنية والادارية لايتوفر في الفصل الاول من الباب الاول من الكتاب الخامس المخصص للصلح كطريق بديل لحل النزاعات، على نص اجرائي يتعلق بالصلح الذي

يتم خارج الجهات القضائية، بعيدا عن الخصومة التي ترفع امامها، والتي يطلب بعده من القاضي الاشهاد للاطراف به، خلافا لما هو عليه الحال في قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد.

ان المواد من 990 الى 993 السالفة الذكر تقابل المواد 127، 128، 130 و 131 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد واقتصرت على الصلح الذي يتم بمناسبة الخصومة القضائية، فلم يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية نصا مماثلا للمادة 129 من القانون الاخير الذي تناول الصلح الذي يتم خارج الخصومة القضائية ويطلب أطرافه من القاضي الاشهاد لهم به²¹.

وقد فرضت المادة 384 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد على القاضي، في هذا الاطار منح الصيغة التنفيذية للاجراء الذي يعاين اتفاق الاطراف سواء تم أمامه أو ابرم في غيابه، وهي المادة التي لانجد ما يقابل شطرها الاخير في المادة 220 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري²².

سبق ان بينا، ان المشرع تطرق لنظام الطلاق بالتراضي، خارج اطار الطرق البديلة، كاجراء رضائي، يلتجئ الزوجان فيه الى المطالبة بالطلاق في عريضة مشتركة، يصدر القاضي على اثرها، وبعد محاولة الصلح بينهما، حكمه بالمصادقة على هذا الاتفاق ويصرح بالطلاق.

ان المشرع تناول في بعض القوانين الموضوعية بعض الاحكام الاجرائية للصلح الذي يتم بين الاطراف خارج القضاء، على ان تودع محاضرها بعد ذلك امانة ضبط المحكمة كما هو عليه الحال في القانون 02/90 المؤرخ في 1990/02/06 المتعلق بالوقاية من

²¹ تنص المادة 129 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد : « Les parties peuvent toujours demander au juge de constater leur conciliation. »

²² جاء الفقرة الثانية من المادة 384 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد : « il appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties que celui-ci intervienne devant lui ou ait conclu hors sa présence ».

النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب اذ جعل محاضر الصلح نافذة من اليوم الذي يودعها الطرف الاكثر استعجالا لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة اقليميا، دون أن يعطي للقاضي أي دور في مراقبتها.

واذا كان كل من الصلح والوساطة في قانون الاجراءات المدنية والادارية طريقين بديلين لخصومة قضائية مطروحة امام القضاء، فان الامر على غير ذلك كقاعدة عامة بالنسبة للتحكيم، ولو ان المادة 1013 من قانون الاجراءات المدنية والادارية أجازت للطرف الاتفاق على اللجوء اليه اثناء سير الخصومة القضائية ويؤدي ذلك الى رفع يد القاضي مؤقتا عن النزاع الى غاية الفصل فيه عن طريقه.

لكن التحكيم في كل هذه الحالات يتم وفق اجراءات نظمها المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية فهو الذي وضع شروطه الموضوعية والاجرائية ونظم طرق الطعن في احكامه خاصة الاستئناف والنقض ولم يجرز تنفيذها الا بأمر من رئيس المحكمة كما أجاز استئناف الامر القاضي برفض التنفيذ.

الفرع الثاني - الطرق البديلة: حل اتفاقي برعاية القضاء

لم يلزم قانون الاجراءات المدنية والادارية طرفي النزاع على اللجوء الى الطريق البديل لحل نزاعاتهم، فلم يفرض عليهم الصلح او الوساطة، ولو فرض على القاضي عرض الاجراء الاخير عليهم، كما لم يفرض عليهم التحكيم الا اذا وجد اتفاق بينهم يلتزمون بمقتضاه بعرض نزاعهم عليه.

أجاز المشرع للطرف المتصالح بينهم تلقائيا او بسعي من القاضي، غير انه لم يجرز لهذا الاخير اجبارهم على سلوك هذا الطريق، فنصت المادة 990 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على الطابع الاختياري لمحاولة الصلح، وتركته فيه خيار إتمامه لطرفي النزاع.

ان الطابع الجوازي في هذا النوع من الصلح يستثني الصلح الذي فرض القانون على القاضي او جهة اخرى القيام به في مرحلة معينة من مراحل الخصومة كالصلح في مواد الاحوال الشخصية او كالصلح الذي يقوم به مفتش العمل كشرط لقبول الخصومة القضائية كما هو عليه الحال في النزاعات المترتبة على علاقات العمل، لكن حتى الصلح في هاتين الحالتين مرهون بقبول طرفي النزاع.

وفرضت المادة 994 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على القاضي عرض الوساطة على الخصوم بمناسبة النزاع المطروح عليه، فالوساطة تختلف من هذه الزاوية عن الصلح باعتبار ان الصلح اجراء اختياري بالنسبة للقاضي وتختلف الوساطة كذلك عن اجراء تعيين المحكمين في مادة شؤون الاسرة الذي اسندته المادة 446 من قانون الاجراءات المدنية والادارية سلطة تعيينه بصفة اختيارية للقاضي، ولو ان الاجراء لا يختلف في موضوعه عن اجراء الوساطة بالرغم من اختلافه عنه من زاوية عدم وجود الزام قانوني للقاضي بالالتجاء اليه.

لكن، وحتى وان كان عرض اجراء الوساطة اجباريا من القاضي على طرفي النزاع، فإن اعماله مرهون بقبولهما بذلك، فلا يعين القاضي وسيطا الا في حالة قبول الخصوم لهذا الاجراء لحل نزاعهما. ونفس الاحكام نجدها سائدة بالنسبة للتحكيم، اذ لا يمكن اللجوء اليه الا باتفاق اطراف النزاع استنادا على شرط التحكيم، اتفاق التحكيم او اتفاقية التحكيم.

الفرع الثالث - الطرق البديلة : اولوية للحل الاتفاقي

نظم المشرع القواعد الاجرائية التي تحكم الطرق البديلة في النزاعات بين الافراد بطريقة منحها الاولوية، على الخصومة القضائية وفتح المجال امام المتقاضين لاعتمادها في حل كل نزاعاتهم الا ما استثنى منها بنص خاص، فزاد بواسطتها من فرص الوصول الى حل

توافقي بين الاطراف بعيدا عن الخصومة القضائية، اذ لا يحول استعمال اي طريق من هذه الطرق دون امكانية استعمال الطريق الاخر.

إن الوساطة لا تختلف عن الصلح الا في اجراءاتها اذ ان كلا الطريقتين يرميان الى تحقيق هدف واحد وهو التوفيق بين مصالح الاطراف، فاذا فشلت الوساطة بقي الصلح كإجراء يمكن استعماله في مراحل الخصومة القضائية المتبقية، كما يمكن للاطراف اعتماد التحكيم لحل نزاعاتهم أثناءها.

منح المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية للطرق البديلة الاولوية على اجراءات الخصومة القضائية حتى بعد رفعها، فأجازت المادة 990 للخصوم تلقائيا أو بسعي من القاضي التصالح في جميع مراحل الخصومة، وليس هناك ما يمنع الخصوم من التراجع عن رفض الوساطة والمطالبة بها ثانية امام القاضي.

ويمكن استخلاص الطابع الأولوي للتحكيم على الخصومة القضائية وتأثير وجوده على استمرارها من بعض أحكام قانون الاجراءات المدنية والادارية إذ سمحت المادة 1013 بالالتجاء اليه اثناء الخصومة القضائية ويؤدي ذلك الى وقفها ومواصلة الخصومة التحكيمية بدلها.

ويكون القاضي غير مختص طبقا للمادة 1045 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بموضوع النزاع اذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة او اذا تمسك أحد الاطراف بوجود اتفاقية تحكيم حول النزاع.

وتنقضي الدعوى وبالتبعية الخصومة القضائية اذا كانت قائمة، بعد تصالح الاطراف حول الحق موضوع النزاع وتحرير محضر صلح بذلك²³، ونفس الكلام يصدق في الحالة التي يتمكن فيها الوسيط

²³ المواد من 970 الى 977 من قانون الاجراءات المدنية والادارية .

من التوفيق وتحرير محضر اتفاق بينهم أو اذا اصدرت الجهة التحكيمية حكمها فيه، فتصير بذلك كل من محاضر الصلح والاتفاق وحكم التحكيم سندات تنفيذية.

الفرع الرابع - الطرق البديلة: اختصار للخصومة القضائية

تعد بساطة اجراءات الطرق البديلة من اهم مايميزها عن غيرها من الطرق المقررة لحل النزاعات، واهم المبررات التي تفسر التجاء الخصوم اليها بدلا من الانفاق من الوقت والمال لبلوغ حل قضائي في اطار الخصومة القضائية قد لايرضي احد الطرفين او لا يرضيهما معا²⁴.

ويبدو أن السبب في تبسيط اجراءات الطرق البديلة وعدم تقييدها بالاجراءات المشرعة في الخصومة القضائية، هو ان أطراف النزاع هم العناصر الفاعلة فيها، لايهمهم منها سوى بلوغ حل يرضيهم، بتنازل كل منهم عن جزء من حقوقه. فلا يمكن أن نتصور في الصلح الاجراءات المقررة في الخصومة القضائية وضوابطها المختلفة، والا ما هو مبرر اعتماده كطريق بديل لحل النزاعات والمقصود هنا النزاعات القضائية. لكن مثل هذا الكلام لا يعني أن الطرق البديلة لاتخضع لاجراءات تضبط حدودها حسبما سنتبينه من المبحث الثاني.

ان الاجراءات المتعلقة بالطرق البديلة هي اجراءات مختصرة مقارنة باجراءات الخصومة القضائية، فلم تتعد اجراءات الصلح اربع مواد سمح بمقتضاها للقاضي والاطراف السعي له في كل مراحل الخصومة، مع اثبات الصلح في محضر موقع من الاطراف، امين الضبط والقاضي يودع كتابة الضبط وتكون له قوة السند التنفيذي.

²⁴S.Guinchard- M .Bandrac- X .Lagarde. M.Douchy – Droit processuel Droit commun du procès – Editions DALLOZ – Editions DELTA – 2001-1re édit. p. 709.

وتقتصر الوساطة على اجراءات عرضها من القاضي على الخصوم، فاذا قبلوها، عين وسيطا يحاول التوفيق بينهم، وعند انتهائه من مهمته يخبر القاضي كتابيا بما توصل اليه الخصوم من اتفاق او عدمه، ويحرر محضرا يضمنه محتوى الاتفاق، يوقعه مع الخصوم، لترجع القضية امام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقا، فيصادق على الاتفاق بموجب امر غير قابل لاي طعن ويعد محضر الاتفاق سندا تنفيذيا، كل هذا، في ميعاد يجب ألا تتجاوز 03 أشهر، يمكن تجديده عند الاقتضاء بطلب من الوسيط وموافقة الخصوم.

اما بالنسبة للخصومة التحكيمية فتخضع للاجال والاوزاع المقررة امام الجهات القضائية ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك ويمكن ان تضبط في اتفاقية التحكيم الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة او استنادا على نظام التحكيم كما يمكن اخضاع هذه الاجراءات الى قانون الاجراءات الذي يحدده الاطراف²⁵.

ويدخل ضبط اجل نظر الطرق البديلة في اطار فكرة اختصار الاجراءات المقرر لها²⁶، فيجب الا تتجاوز في الوساطة 03 أشهر، يمكن تجديدها عند الاقتضاء بطلب من الوسيط وموافقة الخصوم، وفي التحكيم 04 أشهر عند عدم تحديد اجل لانتهاء اتفاق التحكيم وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بانهاء مهامهم في مدة 4 اشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم او من تاريخ اخطار محكمة التحكيم، غير انه يمكن تمديد هذا الاجل بموافقة الاطراف او وفق نظام التحكيم من طرف رئيس المحكمة في حالة عدم موافقة الاطراف.

ونفس الافكار نجدها بارزة في اجراء الطلاق بالتراضي، اذ فرضت المادة 430 من قانون الاجراءات المدنية على كاتب الضبط، بعد تسجيل الزوجين لعريضتهما، بإخطارهما في الحال، بتاريخ حضورهما امام القاضي وتسليمهما استدعاء بالحضور لهذا الغرض،

²⁵ J. vincent - S.Guinchard - Procédure civile - 25 édit.1999 - DALLOZ- P.1093- 1094.

²⁶ S.Guinchard- M .Bandrac- X.Lagarde, M.Douchy - Droit processuel Droit commun du procès - op. p. 709 - 710.

فيتأكد هذا الأخير من رضائهما ويحاول الصلح بينهما اذا كان ممكنا، ثم ينظر في الاتفاق الذي تم بينهما ويصدر حكما بالمصادقة عليه ويصرح بالطلاق، فيتجنبان بذلك اجراءات التكليف بالحضور واجراءات الصلح في جلسات متعددة، ثم ينظر في الاتفاق الذي تم بينهما ويصدر حكما بالمصادقة عليه ويصرح بالطلاق، فيتجنبان بذلك اجراءات التكليف بالحضور وحتى اجراءات الصلح في جلسات متعددة واخيرا اجراءات الخصومة القضائية المعقدة.

المبحث الثاني - الطرق البديلة وحدود التخلي عن حلول الخصومة القضائية

ان الطريق البديل في قانون الاجراءات المدنية والادارية هو طريق تم اختياره بمناسبة خصومة قضائية، اللهم الا اذا تعلق الامر بالتحكيم الذي يلتجأ اليه كقاعدة عامة خارجها، بالرغم من خضوعه هو كذلك لبعض المقتضيات الاجرائية للخصومة القضائية او تلك التي يختارها الاطراف.

تشكل الطرق البديلة بدائل للخصومة القضائية بإجراءاتها البسيطة وبدائل للحلول القانونية المكرسة في القوانين الموضوعية، لكن هذا الكلام يجب ألا يؤخذ على إطلاقه، باعتبار ان هذه الطرق يجب ان تحترم من الناحية الاجرائية ما فرضه المشرع من اجراءات عند سلوكها، سواء تعلقت بها او بالاجراءات الاساسية للخصومة القضائية نفسها، زيادة على المقتضيات الموضوعية التي يجب ان تتم في اطارها.

المطلب الاول - الحدود الاجرائية المرتبطة بالخصومة القضائية

القاعدة العامة ان الغاية من تفضيل سلوك الطرق البديلة لحل النزاعات بدلا من الطريق العادي الذي توفره الخصومة القضائية، هو الابتعاد عن اجراءات هذه الاخيرة بما تمثله من اعباء على المتقاضين، زيادة على فكرة مشاركتهم في الحل الذي يتوصل اليه في اطار الطريق البديل.

الفرع الاول - حدود تخلي طرفي النزاع عن إجراءات الخصومة القضائية

إذا كانت الطرق البديلة تقوم على فكرة تجاوز الاطراف للقواعد الاجرائية للخصومة القضائية، فإن هذا التجاوز لا يمكن ان يكون كلياً، اذ يجب ان يأخذ بعين الاعتبار القواعد الاجرائية المتعلقة بالنظام العام²⁷.

وأهم القواعد الاجرائية للخصومة القضائية المتعلقة بالنظام العام التي لا يمكن اغفالها حتى بعد اختيار الطريق البديل، تلك المتعلقة باختصاص المحكمة النوعي بنظر النزاع الذي اختير بمناسبته الطريق البديل، وتلك المتعلقة بصفة ومصلحة واهلية طرفي النزاع، فلا يمكن أن تشكل الطرق البديلة ذريعة لمخالفتها.

أولاً - الاختصاص بنظر النزاع

إن المحكمة، وقبل اعتمادها الطريق البديل، يجب ان تكون مختصة نوعياً بنظر النزاع الذي طرحت فكرة الصلح أو الوساطة بمناسبته، فمن الصعب قبول الفكرة المخالفة، فالاختصاص باجراء الصلح بين الاطراف أو تعيين وسيط لهم يجب ان يكون متماشياً مع اختصاص المحكمة بنظر النزاع، ونفس الكلام ينطبق على المحكمة التحكيمية والجهة القضائية التي تنظر في احكامها.

وقد وضع المشرع ضوابط الاختصاص النوعي للجهات القضائية، فلا يمكن لها خرقها بمناسبة اجراءات الصالح الوساطة أو التحكيم في النزاعات المطروحة عليها. فلا يمكن للجهات القضائية الادارية ان تجري الصلح الا في النزاعات التي اسندها المشرع اختصاص الفصل فيها في مادة القضاء الكامل.

²⁷ S.Guincharde- M.Bandrac- X.Lagarde, M.Douchy – Droit processuel Droit commun du procès – op. p. 688 – 689 – 701...703.

وفكرة الاختصاص تطرح كذلك على مستوى التحكيم، سواء عند تشكيل محكمة التحكيم، أو اختصاصها أو استئناف أحكامها، أو قابلية أحكامها للتنفيذ، أو الفصل في بطلان أحكامها.

فالاختصاص في مجال التحكيم يشمل اختصاص المحكمة التحكيمية بنظر النزاع الذي يسند لها بالاعتماد على اتفاق التحكيم، كما يشمل اختصاص الجهات القضائية بالنظر في بعض الطعون في أحكام التحكيم وفي أوامر قابليتها للتنفيذ.²⁸

ولا يمكن ان تنظر في الاحكام المتعلقة بالتحكيم عندما تتعلق بالدولة، الولاية، البلدية او مؤسسة عمومية ذات صبغة ادارية سوى الجهات القضائية الادارية.²⁹

غير انه، واذا كانت هذه الافكار تخص قواعد الاختصاص النوعي للجهات القضائية، اذ لايجوز ان يكون اجراء الصلح مبررا لخرقها، لتعلقه بالنظام العام، فان الامر في نظرنا، على غير ذلك عندما يتعلق بقواعد الاختصاص الاقليمي في المواد المدنية، باعتبار ان هذه الاخيرة ليست من النظام العام، اذ يمكن في نظرنا للجهة القضائية غير المختصة اقليميا مباشرة الصلح او تعيين وسيط لذلك باعتبار ان الصلح والوساطة فيهما تجسيد لارادة الطرفين وليس لارادة القاضي او الوسيط.

فمادام انه يمكن لطرفي النزاع الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص الاقليمي عندما يتعلق الامر بالالتجاء الى قاض غير مختص لنظر نزاعهم، فيبقى هذا الاخير مختصا كذلك بالسعي الى مصالحتهم او بالموافقة على طلب مصالحتهم او تعيين وسيط لذلك وبنظر محتوى الصلح الذي يطالبون تجسيده بينهم في محضر يوقعه معهم ومع امين الضبط او المصادقة على محضر الاتفاق الذي حرره الوسيط معهم.

²⁸ المواد 1032 الى 1035 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

²⁹ المواد 970 الى 977 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

لكن، وما تجدر الإشارة اليه، وخلافا للمواد المدنية، فإن المشرع لم يجر في المواد الادارية، بمقتضى المادة 974 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، للجهة القضائية الادارية مباشرة الصلح الا في النزاعات التي تدخل في اختصاصها. ولا يختلف الامر في هذه الحالة بين الاختصاص الاقليمي والنوعي، فكلاهما من النظام العام، الامر الذي لايجوز فيه للجهة القضائية الادارية مخالفتها لاي مبرر كان.

ثانيا - اجراءات قبول الطلب وصحة رفعه

اذا تم ابداء الصلح بمناسبة خصومة قضائية، فيجب ان يتوفر اطرافها على الشروط التي تسمح بقبولها امام القضاء وخاصة شرط الصفة عند رفع الدعوى، فيجب ان يكون طرفا النزاع صاحبا الحق الذي يتنازلان عنه على وجه التبادل أو من ينوب عن صاحبه، وهذا الشرط يتفق مع الفقرة الثانية من المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي جاء فيها : " يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي او في المدعى عليه "

اضافة لشرط الصفة الذي يرتبط في اغلب الحالات بشرط المصلحة عندما تكون شخصية ومباشرة، فان المشرع فرض لصحة الاجراء من حيث موضوعه، ان يكون صادرا ممن تتوفر فيه اهلية التقاضي، والا اثار القاضي تلقائيا هذه المخالفة التي تمس صحة الاجراء من حيث موضوعه³⁰.

اضافة الى شرطي الاهلية والصفة فيجب ان يتوفر رافع الدعوى التي تنتهي بالصلح على مصلحة رفعها، وهذا الشرط يتفق مع احكام المصلحة الواردة في المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي جاء فيها : " لايجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة او محتملة يقرها القانون " .

³⁰ المادتان 64 و 65 من قانون الاجراءات المدنية والادارية .

والخصومة التحكيمية ينظمها عقد او اتفاقية التحكيم وتطبق عليها الأجال والاوزاع المقررة امام الجهات القضائية، فيجب ان يكون طرفا التحكيم هما طرفي العقد الذي كرس ونظم حق اللجوء الى التحكيم لحل النزاع بينهما ويتمتعان بنفس الشروط السابقة المفروضة في اطراف الدعوى .

الفرع الثاني - حدود تخلي القاضي عن اجراءات الخصومة القضائية

ان اختيار الطريق البديل من طرف الخصوم سواء تلقائيا او بسعي من القاضي لا يترتب عليه تخلي هذا الاخير عن دوره المعتاد في الخصومة القضائية، ويبدأ هذا الدور بمراقبة مدى التزام الاطراف بالقواعد المرتبطة باختصاص المحكمة التي عرضوا عليها نزاعهم قبل اختيارهم بمناسبته الطريق البديل، زيادة على رقابة مدى توافرهم على شروط رفع الدعوى الاصلية، وقد يتواصل هذا الدور بعده فيما يخص مدى تماشي موضوع طلبهم والحل الذي توصلوا اليه مع الحدود الموضوعية التي ضبطها المشرع لمجال الطريق البديل.

اولا - دور القاضي في الصلح

يكتسي دور القاضي اهمية كبيرة بالنسبة لاختيار الاطراف لطريق الصلح لحل نزاعهم، وهذا بسعيه لذلك في جميع مراحل الخصومة وفي المكان والوقت اللذين يراهما مناسبين لذلك.

لكن سعي القاضي لاجراء الصلح بين الاطراف لايعفيه من مراقبة مدى استجابتهم للضوابط الاجرائية العامة للخصومة القضائية من اختصاص وشروط قبول ليوصل بعدها مراقبة اجراءات تحرير محضر الصلح والتوقيع عليه من طرفه ومن كاتب الضبط والاطراف قبل ان يتم ايداعه بكتابة ضبط المحكمة ليتمتع بعد ذلك ودون حاجة الى حكم، بصفة السند التنفيذي.

وقد أسندت المادة 431 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي تناولت دور القاضي في اجراءات الطلاق بالتراضي للقاضي دورا اساسيا فيه، اذ فرضت عليه التأكد في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة والاستماع الى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين والتأكد من رضائهما، والقيام بمحاولة مصالحتهما اذا كان ذلك ممكنا، ثم يثبت ارادة الزوجين باصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق ويصرح بالطلاق، هذا كله بعد مراقبة موضوع الاتفاق من زاوية مدى مخالفته لمصلحة الاولاد وللنظام العام.

ثانيا - دور القاضي في الوساطة

لا يمكن للقاضي أن يخالف، بمناسبة عرض الوساطة على الاطراف وفي اطارها، الضوابط الاجرائية العامة التي تحكم الدعوى، من اختصاص وشروط قبول والضوابط الاجرائية التي حددها المشرع له عند اللجوء الى هذا الطريق البديل، كما لا يمكن له ان يتجاوز الحدود الموضوعية التي رسمها المشرع بمقتضى المادة 994 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

فيلتزم القاضي بتعيين الوسيط من الاشخاص المعترف لهم بحسن السلوك والاستقامة، ولا يترتب على الحكم بالوساطة طبقا للمادة 995 من قانون الاجراءات المدنية والادارية تخلي القاضي عن القضية اذ يبقى يراقب سيرها ويتخذ، ان اقتضى الامر لذلك، كل التدابير التي يرى ضرورتها لتسهيل مهمة الوسيط.

ويجب على الوسيط في هذا الاطار إخطار القاضي بكل صعوبة تعترض مهمته، ويمكن لهذا الاخير انهاءها في اي وقت بطلب من الوسيط او من الخصوم، أو تلقائيا عندما يتبين له استحالة مواصلتها، وفي جميع الحالات ترجع القضية للجلسة ويستدعى الوسيط والخصوم اليها عن طريق امين الضبط.

ويجب عليه، عند انتهاء مهمته، إخبار القاضي كتابيا بما توصل اليه الخصوم من اتفاق او عدمه، لترجع القضية اليه في التاريخ

المحدد لها مسبقا فيصادق بموجب امر غير قابل لاي طعن على محضر الاتفاق ليعد سندا تنفيذيا.

ثالثا - دور القاضي في الخصومة التحكيمية

احتفظ المشرع للقاضي بدور مميز على مستوى الخصومة التحكيمية، سواء أثناء سيرها أو بعد إصدار جهة التحكيم لحكمها، إذ يتدخل في تعيين المحكم أو المحكمين عند اعتراض صعوبات تشكيل محكمة التحكيم بفعل احد الاطراف او بمناسبة تنفيذ اجراءات تعيين المحكم او المحكمين، وقد يعاين القاضي بطلان شرط التحكيم او عدم كفايته لتشكيلها، ويصرح بالا وجه للتعين.

ويتدخل رئيس المحكمة في تمديد اجال اتفاق التحكيم عند غياب اتفاق الاطراف وغياب نظام التحكيم، كما يتدخل في استبدال المحكم بأمر في حالة رفضه القيام بالمهمة المسندة له.

وينظر القاضي في الطعون المختلفة التي اجازها المشرع ضد احكام التحكيم، ويتعلق الامر باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، الاستئناف والطعن بالنقض، كما ينظر في قابليتها للتنفيذ³¹.

المطلب الثاني - الحدود الخاصة بالطلب بموضوع النزاع

حدد المشرع في القانون المدني بالنسبة للصلح وفي قانون الاجراءات المدنية والادارية بالنسبة للوساطة والتحكيم الحدود التي يجب الا يتجاوزها الطلب موضوع هذه الاجراءات.

الفرع الاول - الحدود المتعلقة بالنظام العام

وردت فكرة النظام العام كحد لا يمكن تجاوزه من الاطراف المتنازعة عند التجاؤهم الى كل من الصلح في القانون المدني والوساطة والتحكيم في قانون الاجراءات المدنية والادارية.

³¹ المواد 1032 إلى 1035 من قانون الاجراءات المدنية والادارية .

لم يتناول قانون الاجراءات المدنية والادارية الحدود التي يجب الا يتجاوزها الصلح في موضوعه على خلاف الوساطة والتحكيم، لكن هذا لا يعني ان الصلح القضائي لا يخضع لاي قيد، اذ يبقى خاضعا للقيود العامة التي وضعتها المادة 461 من القانون المدني وهي عدم جواز المصالحة في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

ويراقب القاضي مدى مخالفة مقتضيات الصلح للنظام العام قبل التاشير على محضر الصلح الذي تم بين الطرفين وقبل المصادقة على محضر الاتفاق الذي تم بينهما تحت اشراف الوسيط.

وقد ذهب المشرع في نفس الاتجاه عند منح القاضي صلاحية نظرا لاتفاق الذي يتم بين الزوجين في اطار الطلاق بالتراضي، اذ فرضت عليه الفقرة الثانية من المادة 431 من قانون الاجراءات المدنية والادارية ان ينظر مع الزوجين في هذا الاتفاق وله ان يلغي او يعدل في شروطه اذا كانت تتعارض مع مصلحة الاولاد او خالفت النظام العام.

أما بالنسبة للصلح في المواد الادارية، فقد وضعت المادة 970 من قانون الاجراءات المدنية والادارية عليه قيودا هاما، اذ لم تجزه الا في دعاوى القضاء الكامل، الامر الذي يعني استثناءه من المسائل المتعلقة ببطلان التصرفات الادارية المخالفة للقانون والتي لا يمكن ان تقبل التصالح حولها.

أما بالنسبة للوساطة، فقد فرضت المادة 994 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على القاضي عرضها على الخصوم في جميع المواد ماعدا كل ما من شأنه المساس بالنظام العام. فلا تقبل فكرة التوفيق بين الاطراف حول مسائل متعلقة بالنظام العام وهذا بتنازل كل منهما عن الحقوق المرتبطة بها.

ونفس الافكار كرسها المشرع بالنسبة للتحكيم سواء بالنسبة للتحكيم الداخلي او الدولي. ففيما يخص التحكيم الداخلي منه،

نصت الفقرة الثانية من المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية والادارية: " لايجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام "

أما بالنسبة للاعتراف باحكام التحكيم الدولي في الجزائر، فيتم الاعتراف بها طبقا للمادة 1051 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، اذا أثبت من يتمسك بها وجودها وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

الفرع الثاني - الحدود المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم

استثنت المادة 461 من القانون المدني من مجال الصلح المسائل المتعلقة بحالة الاشخاص الا ما تعلق بالجانب المالي فيها.

فلا يجوز الاتفاق على تعديل احكام الحالة الشخصية للانسان وأهليته، فلا يجوز لمن كان غير اهل ان يصالح غيره على انه اهل او النزول عن اهليته اذا كان اهلا او تعديل احكامها كما لايجوز التصالح على البنوة باثباتها او نفيها او على صحة الزواج او بطلانه. لكن يجوز التصالح حول الحقوق المالية المترتبة على الحالة الشخصية كمؤخر الصداق او نفقة العدة كما يجوز للقاصر بعد بلوغه سن الرشد ان يصالح من تعاقد معه على اجازة العقد بشروط معينة³².

وفرضت المادة 994 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على القاضي عرض الوساطة على الخصوم في جميع المواد ماعدا قضايا شؤون الاسرة.

ويعتبر مثل هذا الاستثناء حالة خاصة في قانون الاجراءات المدنية والادارية، لكون المشرع فضل في قضايا شؤون الاسرة الصلح الذي يقوم به القاضي مباشرة مع الطرفين، فلا يمكن له بعدها ان يفرض عليه عرض اجراء الوساطة عليهما لمحاولة التوفيق بينهم وتمكينهم من ايجاد حل لنزاعهم .

³² عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - العقود التي تقع على الملكية - الجزء الخامس - دار احياء الرب العربي - بيروت - ص 556.....559.

لكن يلاحظ ان المشرع أجاز بالمقابل لقاضي شؤون الاسرة، بمقتضى المادة 446 من قانون الاجراءات المدنية والادارية تعيين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بين الزوجين حسب مقتضيات قانون الاسرة، اذا لم يثبت اي ضرر اثناء الخصومة.

لايظهر من المادة 446 السالفة الذكر ان اجراء تعيين حكمين لمحاولة الصلح بين الزوجين يتم بعد فشل اجراءات الصلح التي يقوم بها القاضي او يعوضها.

وبالنسبة للتحكيم الداخلي، فاجاز المشرع لكل شخص اللجوء الى التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيه مستثنيا المسائل المتعلقة بالنظام العام وبحالة الاشخاص واهليتهم ولم يسمح للأشخاص المعنوية العامة اللجوء اليه ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية او في اطار الصفقات العمومية.

الفرع الرابع - الحدود الخاصة بالوساطة بالنسبة للقضايا العمالية

استثنت المادة 994 من قانون الاجراءات المدنية والادارية القضايا العمالية من مجال الوساطة مستعملة مصطلح يحمل مدلولاً عاماً شاملاً لكل نزاعات العمل دون استثناء.

وان تبرير استثناء عرض الوساطة في مجال علاقات العمل يرجع حسب البعض الى احتواء التشريع الخاص بها ما يتكفل بهذا الطريق البديل لحل النزاعات³³ فيستنفذ هذا النوع من النزاع من هذه الزاوية وحسب رأينا، الحاجة الى مثل هذين الطريقتين البديلين، بعد سلوكهما قبل اللجوء الى القضاء اذ عادة ما لا تطرح على القاضي الا بعد استنفاد اجراءات الصلح تارة والوساطة تارة أخرى او الاجراءين معا.

³³ السيد ذيب عبد السلام - الوساطة في قانون الاجراءات المدنية والادارية - مداخلة في اليومين الدراسيين حول الطرق البديلة لحل النزاعات - مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الجزء الثاني - سنة 2009 - ص 547 .

الفرع الخامس - الحدود الخاصة بالتحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة

حدد المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية للأشخاص المعنوية العامة مجالات النشاط التي يمكن لها اللجوء بمناسبةها إلى التحكيم وهي علاقاتها الاقتصادية الدولية والصفقات العمومية، فاستثنى المشرع من ذلك بقية النشاطات التي تقوم بها هذه الجهات، وهي نشاطات مقررة من جهة لأشباع الحاجيات العامة للمواطنين، وتتمتع من جهة أخرى عند أدائها بامتيازات السلطة العامة.

إن الفصل في النزاعات التي قد تثور حول هذه النشاطات بالنظر إلى الأهداف المرسومة لها والوسائل والامتيازات المقررة للجهات الإدارية لتحقيقها لا يجدي معه في نظرنا اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات التي تثور حولها / ويبقى القضاء الإداري الإطار الأمثل لذلك.

خاتمة

من أهم مستجدات قانون الإجراءات المدنية والإدارية تكريسه للقواعد الإجرائية العامة التي تحكم كل من الصلح والوساطة ومراجعته لأحكام التحكيم، فأصبحت هذه الطرق بذلك تحتل مكانة هامة كسبل لحل النزاعات، بالرغم من أنها لا تخص كقاعدة عامة سوى النزاعات التي تطرح أمام القضاء.

اقتصر المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كقاعدة عامة على الطرق البديلة كحلول للنزاعات المطروحة أمام القضاء، إذ لم يتناول هذه الطرق خارج الخصومة القضائية وخارج القضاء وأبقى على الضوابط التي لايجوز للأطراف مخالفتها فيها سواء تعلقت بالاختصاص بالقبول، بالحدود الموضوعية من نظام عام وحالة الأشخاص.

عمم المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية الطرق البديلة كحلول لكل النزاعات المعروضة امام القضاء، وأصبحت القاعدة انه يمكن سلوكها بالنسبة لكل النزاعات الا ما استثني منها بنص خاص، عكس ما كان عليه الحال قبل سن هذا القانون اذ كانت مقتصرة على تلك التي يجيزها بنصوص خاصة.

نظم المشرع الطرق البديلة لحل النزاعات بكيفية تحفز الاطراف على اختيارها بالسماح لهم بالمشاركة في الحلول التي يتم التوصل إليها فيها و بالاختصار في اجراءاتها ومواعيدها، الامر الذي منح لها الاولوية على الطرق العادية لحل النزاعات ويفضلها من الناحية النظرية عليها.

لم يلغ المشرع في الطرق البديلة كل الدور الذي يقوم به القاضي في الطرق العادية لحل النزاعات، اذ احتفظ بسلطة مراقبة الحلول المتوصل اليها بواسطة هذه الطرق منذ بدايته إلى غاية مرحلة اتمامه اذا كان الامر يتعلق بالصلح او المصادقة عليه اذا كان الامر يتعلق بالوساطة او الى غاية اصدار الحكم بالقابلية للتحكيم عندما يتعلق بحكم التحكيم.

لكن يبقى انه لايمكن في هذه المرحلة الحكم على مدى فعالية هذه الطرق في حل النزاعات التي تثور بين الاطراف امام القضاء، لحدثة تجربتها خاصة بالنسبة للصلح والوساطة في قانون الاجراءات المدنية والادارية .

الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح

الدكتور: بودريعات محمد، أستاذ محاضر

جامعة الجزائر1

المقدمة

إن البحث في الطرق البديلة للتقاضي بصفة عامة قد عرف تطورا وأصبح يتجه نحو ايجاد نظرية قانونية للطرق البديلة¹. فعنوان هذه المحاضرة يصب في هذا البحث عن هذه النظرية، فعندما نبحث عن الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح فإننا نخرج الفكرة من حالة اللبس والغموض إلى حالة الوضوح والنظام، فالصلح في أصله يحمل معنى أخلاقيا لما فيه من النصح وغياب فكرة الإلزام والجبر، ولكن يعد دخول الصلح في قانون الإجراءات المدنية كطريق بديل أصبح لابد أن نجد له نظرية حتى نميزه عن العمل القضائي والعمل الولائي والعمل التوثيقي ونصل به إلى نظرية تجعله ذا طبيعة متميزة. وهذا ما نقصده من قولنا - إخراج الفكرة من حالة اللبس إلى حالة الوضوح- ولقد ظهرت في فقه قانون الإجراءات المدنية تعابير العدالة التعاقدية *justice contractuelle* والعدالة التفاوضية *justice négociée* والعدالة الخاصة *justice privée*، وهي مصطلحات لا يزال يسودها الإبهام والغموض غير أنها تطرح تصورا كبيرا ومعالمه تتضح أكثر فأكثر.

أساس هذه التعابير يكون قد حددها الأستاذ L. Cadet الذي يرى أن كلا من العقد والخصومة لا يلغي أحدهما الآخر، حيث أن اللجوء إلى القضاء لا يلغي العقد والعقد لا يلغي اللجوء إلى القضاء، وبالتالي فإن المجتمع هو في حاجة إلى استعمالهما معا².

ولقد عرف تاريخ القضاء الفرنسي مرحلة كان الصلح فيها أساسيا بل هو الأصل تفاديا للخصومة. فلا يجوز للمحضر القضائي

¹ F. Leclerc, « L'avancée croissante des MARC : ordre ou désordre », colloque Université d'Alger 6 et 7 mai 2014 sur les modes alternatifs de règlement des conflits, p7.

² د. عاشور مبروك، نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم- دراسة تحليلية مقارنة-، دار النهضة العربية 2002، ص17.

أن يبلغ المدعى عليه بعريضة الدعوى إلا بعد أن يأذن له قاضي الصلح بذلك، وقاضي الصلح قبل أن يأذن له لا بد له أن يأمر بحضور الأطراف من أجل أن يندرهم ويصالحهم مع بعضهم.

وفي مرحلة ثانية تطورت فكرة حق اللجوء إلى القضاء وأصبحت من الحقوق الدستورية التي لا يجوز تقييدها بأي شرط وأصبح الصلح بعد رفع الدعوى وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى. وهنا نشأت حالة بين القاضي والصلح تشبه الخصام. فأصبح القضاة يتهربون من إجراء الصلح ويسندونه إلى غيرهم من الخبراء، وأصبحت الأحكام بتعيين الخبراء تسند بصفة آلية مهمة إجراء الصلح بين الخصوم كمهمة أصلية فإن لم ينجح الخبير في الصلح فيؤدي المهمة الفنية المسندة إليه.

هذا التطبيق القضائي ترسّخ مع الزمن في القضاء الفرنسي وامتد العمل به إلى القضاء الجزائري دون أن يكون له أساس قانوني (أي نص قانوني).

وتبين أن الخبراء في أحيان كثيرة يضغطون على المتقاضين لقبول الصلح المقترح منهم فيرضخ المتقاضي خشية أن يكون تقرير الخبرة في غير صالحه، ولذلك تدخل المشرع الفرنسي بنص صريح ومنع على القاضي إسناد مهمة الصلح للخبير³. وتبعه المشرع الجزائري بنص المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أن الخبرة تهدف إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي.

ولقد رحّب الفقه الفرنسي بهذا النص واعتبره نهاية جيدة لممارسة قضائية كانت مطبقة، غير أن المشرع لم يغيب الفكرة تماماً بل أعاد صياغتها بشكل آخر عن طريق إقراره للوساطة كطريق بديل للتقاضي، بل إن البعض يرى أن الوساطة هي إصلاح لنظام الصلح⁴ une réforme de conciliation.

³ Art. 240 N.C.P.C : « Le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties »

⁴ د. عاشور مبروك، المرجع السابق، ص 24.

وما يزال الفقه الفرنسي أكثر اندفاعا نحو العدالة الرضائية أو التعاقدية فهو يدعو إلى تجديد صورة العدالة في أذهان الناس على أنها ليست ساحة للمواجهة فقط بل يجب أن تكون كذلك ساحة للمناقشة والمفاوضات والمصالحة⁵.

أما قوانين الإجراءات فقد أعطت أهمية كبيرة للصلح بين الخصوم معلقة آمالا كبيرة على التخفيف من عبء القضايا على القضاة، غير أن هذه الآمال لم تتحقق بالحجم المراد⁶، وأدى ذلك إلى إعطاء القاضي سلطة تقديرية في إجراء الصلح بين الأطراف، وقد جاء في المادة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يمكن للقاضي إجراء صلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أية مادة كانت، وفي المواد من 990 إلى 993 نص على إجراءات الصلح تحت تسمية الطرق البديلة لحل النزاعات.

المبحث الأول: طبيعة دور القاضي تجاه أطراف وموضوع الصلح (نحو عدالة تعاقدية)

إذا كان الموثق يتلقى العقود بين الأفراد ليضفي عليها الصبغة الرسمية فإن القاضي يتلقى الخصومات بين الأشخاص وينهيها بحكم أو بعقد صلح، فالصلح سواء أكان جوازيا أو وجوبيا فإنه عقد. إذ تعرف المادة 459 من القانون المدني الصلح بأنه عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه⁷.

ولعل دور القاضي في الوصول بالطرفين إلى إمضاء هذا العقد هو الذي فرض مصطلح العدالة التعاقدية لتمييزها عن العدالة القضائية التي تنتهي بحكم يقول كلمة القانون وليس إرادة الأطراف.

⁵ Soraya Amrani Mekki, Le temps et le procès civil, Thèse 2002, P 514.

⁶ Jean Vincent et Serge Guinchard, Procédure civile, Précis Dalloz, 27ème édition, P 648.

⁷ استعمل النص بالفرنسية عبارة concessions réciproques دون تحديد هل هو تنازل عن الإدعاء أم هو تنازل عن الحق، في حين أن المشرع المصري في المادة 549 استعمل عبارة التنازل عن جزء من إدعاءاته.

ولقد استعمل المشرع المصري في المادة 549 من القانون المدني عبارة التنازل عن جزء من إدعاءاته، وليس التنازل عن حقه كما جاء في نص المادة 459 من القانون المدني الجزائري. فالحق أمام القضاء لا يبدأ حقا وإنما يبدأ إدعاء، فإذا حكم القاضي بأن هذا الإدعاء مؤسس تحول إلى حق⁸.

فنص المشرع المصري يستجيب أكثر لمقتضيات الصلح من حيث أنه ركز على أن الصلح ينصب على جزء من الإدعاءات، أما التنازل عن الحق فلا يبقى مجالا للصلح⁹.

ولقد طرح الفقه عدة تساؤلات لم يتضمن التشريع أي جواب عنها، ومن هذه التساؤلات هل يمكن أن يتم الصلح دون أن يتنازل أحد الطرفين عن أي شيء؟ وكان جواب الفقه عن هذه التساؤلات هو أنه يمكن تصور تصالح دون تنازل متبادل، فإذا أقر أحد الخصمين بصحة إدعاء خصمه دون أن يتنازل هذا الخصم عن شيء اعتبر ذلك صلحا، وتترتب آثار إجرائية هامة، فإذا تم التنازل من الطرفين كل عن جزء من إدعاءه أو حقه وفق القانون الجزائري، فإن ذلك يتطلب توافر أهلية التصرف، أما إذا لم يتم التنازل من كلا الخصمين فتكفي الأهلية الإجرائية عند الخصم الذي لم يتنازل عن شيء.

والصلح كأى عقد له أركانه العامة وهي الرضا، الأهلية والمحل، والسبب، وأركانه الخاصة وهي نزاع قائم أو محتمل وتنازل كل من الطرفين على جزء مما يدعيه سواء أكان حقا أو إدعاء بحق ودور القاضي في هذا العقد هو مساعدة الخصوم وتقريب وجهات النظر بإبداء النصح والرشد من أجل الوصول إلى حل يرتضيه الخصوم بغض النظر عن مدى مطابقة هذا الحل للعدالة الواقعية، فالمهم هو تراضي الأطراف. ومثل هذا العمل يمثل هذه الشروط لا يمكن أن يكون عمل موثق ولا عمل قاض بالمعنى القضائي للكلمة.

⁸ Emmanuel Blanc, Nouveau Code de Procédure civile commenté dans l'ordre des articles, Librairie du journal des notaires et des avocats, P 46.

⁹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي بيروت، الجزء الخامس المجلد الثاني، بند 343، ص 507.

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بأطراف الصلح

إن إنهاء الخصومة عن طريق الصلح يستوجب توافر شروط التصرف بعوض في الحقوق التي يشملها الصلح، فلا يطرح أي مشكل قانوني بهذا الصدد عندما تنعقد الخصومة بين طرفين راشدين غير ممثلين بالغير غير أنها تطرح عندما يكون الصلح بواسطة من له الأهلية الإجرائية كالولي على القاصر، والمحامي على المتقاضي. ونتناول فيما يلي في فرع أول أهلية المتصالحين وفي فرع ثان سلامة إرادة المتصالحين من العيوب.

الفرع الأول: أهلية المتصالحين

إذا كانت الخصومة تتم بواسطة من له الأهلية الإجرائية فقط فإن الصلح لا بد له من أهلية نظمها القانون.

فالمشرع المصري نظمها بقانون يسمى قانون الولاية على المال¹⁰، أما المشرع الجزائري فقد نظم الأحكام الإجرائية للولاية على أموال القاصر في المواد من 464 إلى 480 من قانون الإجراءات المدنية، ويستخلص من هذه المواد أن القاضي يراقب الولاية على القاصر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من الغير، كما أنه يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة قبل الفصل في الموضوع أو قبل إجراءات الصلح التي يراها مناسبة لحماية مصالح القاصر¹¹.

أما بالنسبة لغير القصر فإن المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على أن يوقع محضر الصلح من طرف الخصوم والقاضي، فإنه يستشف منها استبعاد الصلح عن طريق الغير مادام هذا النص قد اشترط توقيع الخصوم، ويبدو هذا الأمر مسائرا لأهمية وخطورة الصلح لما فيه من تنازلات الخصوم.

غير أن المبدأ العام في الوكالة على الأعمال القانونية يقضي بالوكالة في الصلح عن طريق من يمثل الخصم، ففي حالة المحامي فإن المادة 6 من قانون تنظيم مهنة المحاماة الجديد رقم 07-13

¹⁰ عاشور مبروك، المرجع السابق، ص 119.

¹¹ أنظر نص المادتين 466 و 467 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 تنص على أنه يجوز للمحامي القيام بكل إجراء يتعلق بالتنازل أو الإعتراف¹²، على خلاف المشرع المصري الذي اشترط في الصلح والتنازل عن الخصومة أهلية خاصة أو توكيلا من الخصم لمحامي به هذا الموضوع¹³ لأن هذا التنازل قد يهدر الحق المدعى به فلا يجوز المطالبة به مرة أخرى، فالتعبير عن القبول بالصلح يجب أن يكون صريحا وبدون لبس. هذا المعنى بهذا اللفظ اشترطته المادة 240 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نصها على القبول بالطلبات وبالحكم، فمن باب أولى أن يكون الأمر في الصلح كذلك.

فالقاضي يؤدي دوره القانوني كاملا تجاه إرادة الخصوم ولا يعقد صلحا لم تتوافر فيه شروط الاهلية العامة و الخاصة لأنها من النظام العام.

الفرع الثاني: سلامة الإرادة من العيوب

إن إرادة الاطراف يجب أن تكون خالية من كل عيوب الرضا من غلط وتدليس وإكراه واستغلال وإن كان الإكراه غير مفترض مادام القاضي طرفا في الصلح.

فالغلط في القانون يؤدي إلى قابليته للإبطال ويعتد بالغلط الذي بلغ حدا من الجسامة بحيث أن العلم به كان سيؤدي إلى عدم قبول الصلح، فالصلح على مبلغ تعويض عن ضرر تفاقم فيما بعد ليصبح عاهة مستديمة يعطي الحق للمتضرر في طلب إبطال الصلح لوقوعه في غلط جوهري.

كما أن التدليس على الخصم يدفعه إلى قبول الصلح إذا تبين أن أحد الخصمين لولا المناورة أو التزوير في البيانات أو الوثائق التي أظهرها خصمه، والأمر كذلك بالنسبة للإكراه والاستغلال.

¹² أنظر المادة 6 من قانون رقم 07.13 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013، يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج ر، 2013، عدد55.

¹³ الدكتور فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 2001 ص 314.

بقي أن نقول أن بطلان الصلح لعيب في رضا أحد المتصالحين لا يمس إلا الشق الذي يكون باطلا أو قابلا للبطلان، أما إذا تبين أن الصلح ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل الصلح كله، وبعبارة أخرى إذا تبين أن المتصالحين اتفقا على أن أجزاء الصلح مستقلة عن بعضها فإن البطلان لا يمتد ليشمل عقد الصلح برمته طبقا للمادة 104 من القانون المدني.

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بموضوع الصلح

إن موضوع الصلح أيا كان يجب أن تتوافر فيه الشروط التي يجب توافرها في المحل بوجه عام فيجب أن يكون موجودا، معيناً أو قابلاً للتعيين ومشروعاً. والقاضي عند تحريره لمحضر الصلح لا يكون مجرد كاتب يتلقى إرادة الطرفين فلا بد أن يتأكد من توافر الصفة لديهم وأن هذا الصلح لا يصطدم مع النظام العام¹⁴، أما الصلح الذي توصل إليه الطرفان إذا كان سيختلف عن الحكم الذي كان سيصل إليه القاضي أو أنه لا يحقق العدل بين الطرفين، فإن ذلك لا يؤثر على صحة الصلح في شيء لأن مهمة القاضي ليست هي قول كلمة القانون وإنما هي الإشهاد للطرفين بتلاقي إرادتهما، ومن المسائل التي لا يجوز التصالح بشأنها ما يلي:

أ- المسائل المتعلقة بالحالة

لا يجوز للخصمين أن يتصالحا على البنوة أو الأبوة بالنفي أو الإثبات أو على صحة زواج أو بطلانه¹⁵ أو عن الإقرار بالجنسية أو نفيها، غير أنه يجوز التصالح على الحقوق المالية المتولدة عن حالة الأشخاص كالتنازل عن الحق في التركة أو التنازل عن قيمة النفقة لمدة معينة دون التنازل عن صفة الوارث أو عن الحق في النفقة.

ب- المسائل المتعلقة بالنظام العام

أن النظام العام يتجاوز الخصوم والقاضي فإنه لا يمكن أن يكون موضوع تصالح بينهم، ودور القاضي هنا هو ضبط إرادة المتصالحين

¹⁴ Emmanuel Blanc, op cit. P 136.

¹⁵ د. عاشور مبروك، المرجع السابق، ص 123.

التي وإن لم تكن مطابقة لقواعد العدل والإنصاف فإنها يجب أن تكون غير مخالفة للنظام العام فلا يجوز الاتفاق على الفوائد الربوية أو الربح المركب¹⁶، وبالتالي فلا يجوز التصالح عليها ويكون على القاضي رد الخصمين المتصالحين إلى الحد الأقصى المسموح به قانونا و إلا اعتبر الصلح باطلا لمخالفته للنظام العام.

وإذا أثار طرفا الصلح جريمة يكون أحدهما قد ارتكبها في حق الآخر، فإن قاضي الصلح يوجههما إلى التصالح على الحقوق المالية التي نشأت من جراء هذه الجريمة فقط، كما أن الصلح بين العامل ورب العمل إذا تضمن مساسا بالحقوق التي تتضمنها قوانين العمل يعتبر باطلا لمخالفته النظام العام¹⁷.

إن المشرع الجزائري لم ينص على النظام العام في أحكام المواد الإجرائية المتعلقة بالصلح ولكنه نص عليه في أحكام الاتفاق على الطلاق بالتراضي، فنص في الفقرة الثانية من المادة 2/431 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على ما يلي: "ينظر مع الزوجين أو وكلاهما في الاتفاق وله أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام". كما نص في الفقرة الأولى من نفس المادة على محاولة الصلح بين الزوجين إذا كان ذلك ممكنا.

فالفرق بين عقد الصلح الذي يتم بين الأفراد خارج القضاء والصلح الذي يتم أمام القاضي، هو أن الأول يكون باطلا إذا ما مس بالنظام العام، أما الثاني فإنه لا ينعقد أصلا ويعود بالخصومة إلى مجراها الطبيعي، لأن القاضي هو حارس النظام العام ومسؤول عن السير الحسن للعدالة مسؤولية مهنية.

فإذا تبين للقاضي أن الصلح الذي أبرمه الخصمان قد تضمن أمرا مخالفا للنظام العام وجب عليه أن يصرف النظر عن هذا الصلح ويحكم في موضوع الدعوى. فالمادة 990 من قانون الإجراءات المدنية

¹⁶ د. جلال علي العدوي، أصول أحكام الالتزام و الإثبات، منشأة المعارف، 1996، ص 78.

¹⁷ د. أحمد المليجي، التعليق على قانون المرافعات، الجزء الثاني، ص 290.

والادارية تفترض التصالح تلقائيا بين الخصمين أو بسعي من القاضي، ففي الحالة الأولى قد يتفق الطرفان على أمر ما يسمونه "صلحا"، وهو في الحقيقة ليس صلحا وربما تضمن مسائل خارجة عن نطاق الخصومة المعروضة على القاضي، ففي هذه الحالة فإن دور القاضي هو إعطاء الوصف القانوني الصحيح لهذا الإتفاق ولا يتقيد بالوصف الذي اتفق عليه الخصوم، أما إذا تم الصلح بسعي من القاضي وتحت نظره فإنه هو الصورة العادية للصلح الذي يصادق عليه القاضي ويضفي عليه الصيغة التنفيذية ليصبح سنداً تنفيذياً.

المبحث الثاني: دور القاضي في توثيق الصلح

لقد نصت المادتان 991 و 992 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على الشروط الإجرائية للصلح باقتضاب شديد، فالمادة 991 تركت للقاضي حرية اختيار المكان والوقت الذين يراهما مناسبين للصلح، أما المادة 992 فقد نصت على توقيع محضر الصلح من الخصوم والقاضي وأمين الضبط، ونستعرض فيمايلي الشروط الإجرائية للصلح.

المطلب الأول: شرط الخصومة وحضور جميع الأطراف

ونتناول ذلك في فرعين:

الفرع الأول: شرط الخصومة المطروحة على القضاء

يجب أن تكون الخصومة قد انعقدت بين الطرفين المتصالحين وفق قواعد الاختصاص ولا تكون قد انقضت لأي سبب من أسباب الانقضاء قبل توقيع الأطراف على محضر الصلح، فإذا توفي أحد الخصوم قبل التوقيع على محضر الصلح فإن المحكمة تفقد صلاحياتها في إجراء الصلح. أما إذا لجأ أطراف خصومة لم تنعقد بعد أمام القضاء إلى القاضي للمصادقة على اتفاقهما الودي لتفادي طرح النزاع على القضاء فإن القاضي يكون غير مختص لتلقي العقود المدنية التي هي من اختصاص الموثق.

ولقد تساءل الفقه حول الصلح الجزئي هل ينقضي بانقضاء الخصومة أم يبقى قائماً منتجا لآثاره. واستقر الرأي الفقهي على أن

انقضاء الخصومة لا يمتد ليشمل الجزء الذي تم التصالح بشأنه، وإنما يبقى محصوراً في الجزء الذي لم يتم الصلح بشأنه¹⁸.

وتساءل الفقه كذلك حول تدخل الغير في الخصومة هل يوقف الصلح أو يجعله غير ذي أثر على هذا الغير، واستقر الرأي على أن التدخل الاختصامي يفرض على المحكمة أن لا تقبل الصلح إلا بعد الفصل في موضوع التدخل¹⁹، وفي جميع الأحوال فإن للغير الذي أضر الصلح بحقوقه أن يرفع دعوى أصلية ببطلانه إذا فاتته الإعتراض على الصلح، هذه الدعوى تكون دعوى أصلية بالبطلان وليست اعتراض الغير الخارج عن الخصومة التي لا تكون إلا في الأحكام وليس في محاضر الصلح، وهذا يقودنا إلى تساؤل آخر لا يقل أهمية من التساؤلين السابقين وهو الطبيعة القانونية لمحضر الصلح.

فالصلح الذي يتم أمام القضاء هو عقد وليس حكماً ويتم في شكل محضر وليس في شكل حكم، وبالتالي فإنه يدخل ضمن الأعمال الولائية للقاضي وليس ضمن الأعمال القضائية²⁰، ويترتب على ذلك أن إلغاء محضر الصلح أو إبطاله لا يتم عن طريق الطعن فيه بواسطة طرق الطعن العادية أو غير العادية، وإنما يتم بواسطة دعوى أصلية أمام الدرجة الأولى المختصة طبقاً للقواعد العامة²¹، ويبنى الإدعاء بإبطال الصلح على الأسباب القانونية التي تبطل بها العقود، بل أن الصلح يمكن لأحد أطرافه أن يطلب فسخه إذا لم يقم أحد المتصالحين بالوفاء بالتزاماته التي فرضها عليه محضر الصلح ويفسر من طرف قاضي الموضوع كباقي العقود²².

الفرع الثاني: شرط حضور جميع الأطراف أمام القاضي

لما كان الصلح هو إرادة الخصوم فيجب أن يحضر الخصوم بأنفسهم أمام القاضي وإذا حضر من يمثل الخصوم فإن قانون الإجراءات

¹⁸ د. عاشور مبروك، المرجع السابق، ص 134.

¹⁹ د. أحمد مليجي، المرجع السابق، ص 292.

²⁰ أحمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في قانون المرافعات، الجزء الثاني، 2008، ص 823.

²¹ د. أحمد مليجي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 283.

²² أحمد مليجي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 290.

المدنية الجزائري لم يشترط وكالة خاصة كما فعل المشرع المصري في المادة 76 من قانون المرافعات المدنية والتجارية، هذه الوكالة الخاصة لم يشترطها المشرع الجزائري لا في الصلح ولا في التنازل عن الخصومة حتى وإن تم أمام الدرجة الثانية، غير أنه اشترط وكالة خاصة فيما هو أقل أهمية من التنازل والصلح، ذلك في نص المادة 31 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (استرجاع الوثائق من طرف الخصوم دون سواهم أو بوكالة خاصة)، كما اشترط في المادة 240 في القبول بالطلبات والحكم أن يكون التعبير عن القبول صراحة وبدون لبس أمام القاضي أو أمام المحضر القضائي أثناء التنفيذ.

والتعبير عن الإرادة صراحة وبدون لبس لا بد أن يتم أمام القاضي من طرف الخصوم شخصياً أو بوكالة صريحة بهذا الموضوع لمن يمثلهم أمام القاضي، غير أن هذه الفكرة لم يتم التعبير عنها بنص صريح يشمل كل حالات تنازل الخصم لخصمه.

فالصلح القضائي الذي يقوم به القاضي ممثلاً للعمل التوثيقي الذي يقوم به الموثق من حيث ضرورة حضور الأطراف أمامه و موافقتهم على ما تم تدوينه في المحضر وإمضائهم على ما هو مدون فيه²³.

وإذا كان الهدف من الصلح هو تقليص حجم النزاعات التي تعرض على القاضي فإنه يفترض مع ذلك أن الصلح بين الخصوم يوفر على القاضي جهداً وعلى الخصوم تكاليف، وبدون توفير هذا الجهد وهذه التكاليف فإن عملية الصلح تصبح غير ذات جدوى بالنسبة للقاضي على الأقل. أما بالنسبة للخصوم فإنها ومهما كانت تنقلهم من حالة الخصام إلى حالة الود وهي نتيجة مرجوة.

²³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الخامس، المجلد الثاني، بند، 535، ص 524.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية لمحضر الصلح

هل يشترط القانون شكلا معيناً لمحضر الصلح كما اشترطه في الحكم القضائي، سنتناول ذلك في فرع أول هو تحرير محضر الصلح في شكل حكم وفي فرع ثان صياغة اتفاق الطرفين في شكل محضر.

الفرع الأول: تحرير المحضر في شكل حكم

لقد سبق القول أن محضر الصلح لا يعتبر حكماً ولذلك اشترط القانون توقيع أطراف الصلح على المحضر أولاً قبل توقيع القاضي ثم أمين الضبط²⁴، و يقصد بالقاضي هنا تشكيلة المحكمة، فإن كانت تشكيلة جماعية استوجب ذلك توقيع جميع أعضائها وإلا وقع باطلاً، ولقد أجاز المشرع الفرنسي لقاض واحد التوقيع على محضر الصلح في بعض الحالات²⁵.

وإذا كان محضر الصلح ليس عملاً قضائياً وإنما هو عمل ولائي فإن القانون لم يحدد شكلاً معيناً لمحضر الصلح ولا يوجد ما يمنع تحريره في شكل حكم، غير أن مضمون هذا الحكم يقتصر على إثبات ما تم التصالح عليه من طرف الخصوم ولا يشمل رأي القاضي ولا يعلل لأنه لا يخضع لرقابة قضائية أعلى.

وقد يتم توقيع محضر الصلح من طرف ويمتنع الطرف الآخر عن توقيعه أو يعلن صراحة عن عدوله عن هذا الصلح، ففي هذه الحالة فإن القاضي لا يوقع على المحضر ولا ينهي النزاع عن طريق الصلح، وإنما يكون له أن يعتبر هذا المحضر غير الموقع عليه من طرف أحد الخصوم بمثابة سند في الدعوى يجوز الاستناد عليه في الحكم الذي سيصدر، وهو ما استقر عليه القضاء المصري²⁶.

²⁴ أنظر المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

²⁵ د. الأنصاري حسن النيداني- الصلح القضائي- دراسة تأصيلية لدور القاضي في الصلح والتوفيق، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2001، ص 101.

²⁶ معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على قانون المرافعات، مكتبة عالم الفكر والقانون، الجزء الثاني، الطبعة الثانية 2004، ص 165.

وبهذا الرأي الذي استقر عليه القضاء المصري يكون قد ثمن جهد القاضي في محاولته للصلح والتي توجت بصلح عدل عنه أحد أطرافه ولم يترك جهد القاضي يذهب سدى.

الفرع الثاني: صياغة الاتفاق في شكل محضر

إن الاتفاق بين الخصوم على الصلح ليس هو ذاته محضر الصلح، فقد يتفق الخصمان على الصلح بعيدا عن القاضي ثم يتقدمان باتفاقهما هذا إلى القاضي للمصادقة عليه، وهي حالة لم يفرد لها المشرع الجزائري نصا خاصا مثلما فعل المشرع الفرنسي في نص المادة 129²⁷ التي تنص على أن الخصوم يمكنهم دائما أن يطلبوا من القاضي معاينة صلحهم، وهذا المعنى يكون قد ورد في نص المادة 990 من عبارة التصالح تلقائيا أو بسعي من القاضي، فإذا تم التصالح تلقائيا بين الخصوم خارج إدارة القاضي وأحضر الطرفان اتفاقهما على الصلح فإن القاضي يعيد تحرير محضر بهذا الصلح بالشكل الذي يراه مناسبا، فالقانون ينص على التوقيع على محضر الصلح وليس المصادقة على اتفاق الصلح.

ولئن كان الحكم الذي يقضي بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه فإنه لا يحوز أية حجية بمعزل عن المحضر، والقاضي وهو يصادق على محضر الصلح لا يكون قائما بوظيفة قضائية بل أن مهمته إثبات ما حصل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطته الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية²⁸.

بقي أن نقول أن جانبا من الفقه الفرنسي يرى أن محضر الصلح هو عمل قضائي un acte judiciaire لتمييزه عن الحكم القضائي la décision judiciaire فالقاضي في الصلح لا يعطي للخصوم أكثر مما يعطونه لأنفسهم ولكنه في ذات الوقت مرتبط بخصومة يجب أن تكون مستوفية للشروط القانونية المتعلقة بالأشكال والقبول وهذا هو السبب الذي جعل الفقه الفرنسي يتقدم القضاء باعتبار محضر

²⁷ Jean Vincent et Serge Guinchard, op cit. P 648.

²⁸ أحمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في قانون المرافعات، الجزء الثاني، 2008، ص 823.

الصلح عملاً ولائياً مسألة تجاوزها الزمن في حين أن محكمة النقض الفرنسية ما تزال تعتبر هذه الأعمال من أعمال الإدارة القضائية²⁹.

الخاتمة

إن الصلح الذي يتولاه القاضي بين أطراف الخصومة يطرح تساؤلاً حول طبيعته القانونية، هل هو عمل قضائي أم ولائي أم توثيقي أم أنه ذو طبيعة متميزة؟ ولتحديد طبيعة هذا العمل أهمية كبيرة في ترتيب الآثار القانونية الواجبة لعل أهمها تحديد ما إذا كان يمكن الطعن في محضر الصلح وبأية طريقة.

فالعمل القضائي يقتضي الفصل في الخصومة بحكم قضائي يخضع لطرق الطعن العادية وغير العادية، والعمل الولائي لا يخضع لطرق الطعن لأنه لا يقضي في الحقوق إلا في حالات خاصة هي أقرب إلى التظلم فيها من الطعن القضائي، أما العمل التوثيقي فهو تلقي الموثق لإرادة الأطراف دون أن يكون له دور في وصول الأطراف إلى ما توصلوا إليه. وعمل القاضي وهو يقوم بالصلح فيه شيء من هذا وذاك فهو يؤدي دور القاضي فيما يتعلق بالخصومة المطروحة عليه كشرط للصلح، فالخصومة يجب أن تكون قد استوفت كافة الشروط الشكلية والموضوعية، إلا أنه في موضوع الخصومة غير مطالب بأن يقول كلمة القانون ولا أن يصل بالخصوم إلى الحكم الذي كان سيصدره بل إنه مطالب بإيصال الخصوم إلى حل رضائي تابع منهم دون التقيد بأحكام القانون وإجراءاته شريطة عدم التعارض مع النظام العام والمبادئ الأساسية للعدالة.

أي أن القاضي في الصلح لا يعطي الحق لأحد ولا ينتزع الحق من أحد، وهو الأمر الذي يدعونا إلى إعطاء وصف قانوني لهذا الدور لتمييزه عن دور القاضي وهو بصدد الفصل في الخصومة ولتمييزه عن دور الموثق الذي يكتفي بتلقي إرادة الأطراف، بل أن مهمة القاضي في الصلح تتطلب منه التخلي عن شخصية القاضي ورجل القانون ليتقمص شخصية أخرى هي شخصية الموفق. هذا الدور

²⁹ Jean Vincent et Serge Guinchard, op cit. P 225.

يتطلب منه اكتساب مهارات أخرى غير المعرفة الواسعة بالقانون، فالتقريب بين وجهات النظر وطرح الحل الذي يرضى به الطرفان هو فن قائم بذاته وقد لا يتوافق مع تكوين القاضي الذي يتسم بالصرامة و قلة المرونة في تطبيق القانون.

ولكي يكون القاضي فاعلا ومنتجا للصلح لا بد أن ينخرط في نظام آخر للعدالة هو العدالة التعاقدية أو العدالة التفاوضية، ويجب أن يتجه الفكر القانوني الإجرائي إلى تأسيس صورة أخرى لعدالة أخرى هي العدالة التعاقدية أو الرضائية.

دور العقوبة البديلة في التقليل من تنامي معدل الجريمة (دراسة في البدائل المطروحة في التشريع الجزائري)

الدكتور: عبد الرحمان خلفي
جامعة بجاية

تقديم

يعد الجزاء الجنائي الوسيلة الفعالة في يد الدولة لضمان تجسيد الاستقرار داخل المجتمع بحسب السياسة الجنائية المعلنة في الزمان والمكان المحدد لها.

وإيماننا من هذه الأخيرة بمدى فعالية هذه الوسيلة دون سواها في تحقيق الأهداف المسطرة لها أفرطت الدولة في استعمال الجزاء الجنائي، فاتسع بذلك مجال تدخلها تبعا لاتساع نطاق الظاهرة الإجرامية التي تنامت وتعمقت هي الأخرى تبعا لتطور وتعقد الحياة الاجتماعية والثقافية والاقتصادية....

ولاشك أن إفراط الدولة في استعمال العقوبة لمواجهة الظاهرة الإجرامية أضحى يشكل - في بعض الأحيان - اعتداء على الحقوق والحريات، نظرا لتغليب حماية القيم والمصالح العامة على حساب هذه الأخيرة، بما يجيز القول بأن السياسة الجنائية الحالية أصبحت تتعارض مع حماية هذه الحقوق والحريات.

كما أن العقوبة الجنائية بدأت تضعف قيمتها كوسيلة في تحقيق الردع، وكأداة في السياسة الجنائية المعاصرة، في الوقت الذي بدأ فيه الفقه من خلال المؤتمرات والندوات العلمية المختلفة في التفكير في إيجاد مخرج للمأزق الذي تواجدت فيه العقوبة بوجه عام والحبس قصير المدة بشكل خاص، وذلك بإحلال بدائل لهذه الأخيرة تضمن بها للضحية تعويضها، وتساهم في التقليل من تنامي الجريمة. ولا يكون ذلك إلا عبر ترشيد السياسة الجنائية وتعزيزها بغرض محاربة الظاهرة الإجرامية والاستعمال العقلاني للجزاء الجنائي في صورته الحديثة، ومحاولة التخلي - قدر الإمكان - عنه

في صورته التقليدية، لحساب أنظمة أخرى عقابية - جديدة - محلها، بحيث تؤدي أغراضها بعيدا عن مساوئها.

نحاول عبر هذا الموضوع التطرق إلى السياسة الجنائية القديمة والحديثة بالجزائر التي تبحث عن بديل لعقوبة الحبس في محاولة رصدها ثم تقييمها، للقول ما مدى مساهمة بدائل العقوبة في ترشيد السياسة الجنائية لمحاربة الظاهرة الإجرامية في الجزائر؟

- وننتج عن هذه الإشكالية جملة من الأسئلة تمثلت فيما يلي؛
- هل نجحت العقوبة في شكلها التقليدي الحالي في تقليص مستوى الجريمة وفي إنصاف حقوق الضحايا من الجريمة؟
 - ما هي بدائل العقوبة المتاحة على المستوى الوطني، وهل لها تأثير - على قلتها - في امتصاص معدل الجريمة؟
 - وهل يمكن إدراج بدائل أخرى اقتباسا من التشريعات الغربية؟
- وهي الإشكالية مع جملة الأسئلة المطروحة نحاول الإجابة عنها من خلال التطرق إلى بدائل العقوبة المتاحة في إطار السياسة الجنائية بالجزائر، وأسباب فشلها في إنقاص معدل الجريمة، وسبل ترشيدها على النحو الذي يضمن تقليص العقوبة. مستأنسين في ذلك بالمنهج الاستقرائي في أداة من أدواته وهو التحليل بغرض تمحيص وتدقيق النصوص ذات الصلة، مع جعل مقارنة بينها وبين الأحكام المقارنة في بعض النصوص الأجنبية.

المبحث الأول: بدائل العقوبة المتاحة في إطار السياسة الجنائية بالجزائر

الحديث عن بدائل العقوبة يقودنا بشكل تلقائي إلى التطرق إلى الغرامة الجزائية، والتدابير الاحترازية، والعقوبات التكميلية، وكذلك العقوبة موقوفة النفاذ، وما تم إدراجه سنة 2009 حول عقوبة العمل للنفع العام، كما يمكن التطرق إلى تلك البدائل الواردة في قانون تنظيم السجون مما أ صطلح عليه بنظام الحرية النصفية والإفراج المشروط. وكلها أنظمة تصلح أنت تكون بدائل لعقوبة الحبس قصير

المدة، ولكن لا يمكن التطرق إليها على إجمالها لأن الذي يهمننا منها تلك البدائل التي تصلح أن ينطق بها القاضي قبل الدخول إلى المؤسسة العقابية والاختلاط بالسجناء هذا من جهة.

ومن جهة أخرى؛ عندما نتحدث عن البدائل التي يكون مصدرها المؤسسة العقابية، فإنها في الحقيقة ليست بدائل للعقوبة، بل هي بدائل لتنفيذ العقوبة أو جزء منها، لأنها لا تكون إلا للأحكام النهائية التي شرع في تنفيذها أو التي استنفذ فيها المحكوم عليه جزء من محكوميته، بينما بدائل العقوبة محل الدراسة هي بدائل يعرض بعضها على المتهم من طرف قاضي الحكم خلال النطق بالعقوبة للموافقة عليها، أو يتم الاستفادة من البعض الآخر إذا توافرت جملة من الشروط. لذا سيتم التطرق إلى نظامي وقف التنفيذ والعمل للنفع العام وتقييمهما على المستوى العام للسياسة الجنائية بالجزائر.

المطلب الأول: نظام وقف التنفيذ البسيط

لاشك أنه عن طريق تنفيذ العقوبة يمكن تأهيل المحكوم عليه وإصلاحه ليعود إلى مجتمعه مواطنا صالحا ينتفع به وطنه، كما أن العدالة تقتضي توقيع الجزاء على مقترف الجريمة حتى يتم إصلاح الخلل الذي أوقعه الجاني داخل المجتمع. لكن لا يصلح هذا الوضع مع جميع الجناة، لأن هناك فئة يكفيها التهديد والتخويف بالعقاب دون الحاجة إلى توقيعه فعلا، ومن ذلك استعمال نظام وقف تنفيذ العقوبة الذي يعد أحد أهم وسائل الحد من العقاب، وصورة من صور التفريد العقابي¹.

فإلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تجسيد هذا النظام؟ وهل نجح تطبيقه كآلية تضمن طرحه كبديل لعقوبة الحبس القصير المدة؟

نحاول أن نتطرق في هذا العنصر إلى تحديد ماهية نظام وقف التنفيذ البسيط ومبرراته، ثم التطرق إلى تقييمه في إطار السياسة الجنائية العامة.

¹ عمر سالم، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 8.

الفرع الأول: ماهية وقف التنفيذ البسيط للعقوبة

يعد نظام وقف التنفيذ أحد مظاهر التفريد العقابي؛ فهو عنصر من عناصر تقدير العقوبة لأن وزن العقوبة لا يكون بنوعها ومقدارها فحسب، بل أيضا بتنفيذها أو عدم تنفيذها²، ولعل عدم تنفيذ العقوبة هو سبيل آخر يتم من خلاله إصلاح الجاني وتشجيعه من أجل عدم العودة إلى مستنقع الجريمة.

ويعرف وقف التنفيذ بأنه "ذلك النظام الذي بمقتضاه ينطق القاضي بالعقوبة ويأمر بوقف تنفيذها لمدة معينة، فإذا لم يرتكب المحكوم عليه أية جريمة تُعبر عن خطورته الإجرامية، وأثبت بذلك حسن سلوكه خلال تلك المدة سقط الحكم بالعقوبة، وأعتبر كأن لم يكن، أما إذا ارتكب جريمة خلال تلك المدة أمكن إلغاء وقف التنفيذ بحيث تنفذ به العقوبة المحكوم بها"³.

وتجدر الإشارة وأن نظام وقف التنفيذ يفترض ثبوت ارتكاب الجريمة مع توافر كافة أركانها ونسبة المسؤولية الجنائية، مع استحقاق مرتكبها للعقوبة. ولكن رأى المشرع وفي حدود معينة وباستعمال السلطة التقديرية التي تم منحها للقاضي أن يتم إعفاء المحكوم عليه من تطبيق العقوبة خلال فترة محددة تكون بمثابة اختبار للمحكوم عليه، أي يكون هذا الأخير غير محمل بأي التزام إيجابي أو سلبي يفرض عليه⁴.

وعلى هذا النحو يختلف نظام وقف التنفيذ عن النظام الإنجليزي المعروف بالاختبار القضائي، في أن المحكوم عليه في ظل هذا النظام يخضع لرقابة وإشراف ولرعاية جهات الإدارة المختصة، في حين أن المحكوم عليه في ظل نظام وقف التنفيذ يفرج عنه ويطلق سراحه، دون إخضاعه لأي إشراف أو رعاية في فترة وقف التنفيذ في صورته البسيطة. وهو ما دعا البعض إلى المزج بين النظامين للاستفادة من

² جميل عبد الباقي الصغير، النظرية العامة للعقوبة، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 95.

³ عمر سالم، المرجع السابق، ص 9.

⁴ المرجع نفسه، ص 10.

مزايا كلا منهما⁵، وهو بالفعل ما فعلته الكثير من التشريعات المقارنة مثل التشريع الفرنسي.

الفرع الثاني: مبررات نظام وقف التنفيذ البسيط

قد يتورط بعض الجناة في جريمة ما على الرغم من ماضيهم الحسن، وظروفهم التي تدعوا إلى الثقة بهم في كونهم لن يعودوا إلى هذا الإجرام، مثل هؤلاء قد يكون من المصلحة عدم توقيع العقاب عليهم لتجنيبهم وسط السجون الفاسد⁶.

كما يعد نظام وقف التنفيذ بديلا مناسباً يمكن أن يحقق وظيفة العقوبة في تحقيق الردع وكذلك المنع؛ وتتمثل وظيفة الردع عن طريق التهديد بتوقيع العقوبة التي ينطق بها القاضي بعد ثبوت المسؤولية، وتتمثل وظيفة المنع في تجنب المحكوم عليه ارتكاب الجرائم في المستقبل خوفاً من التنفيذ الفعلي للعقوبة المحكوم بها⁷.

والرأي الغالب في الفقه يميل مع جعل نظام وقف التنفيذ يهدف بصفة أساسية إلى تجنب مساوئ العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة؛ ذلك أن هذه العقوبة بالنظر إلى قصر مدتها فإنها تمنع مديريةية السجون من إخضاع المحكوم عليه لبرامج التأهيل والإصلاح، وبالتالي لا تأثير إيجابي على شخصيته، بل على العكس ستجعله يختلط بالمساجين الذين سيفسدون أخلاقه. كما أن هذه العقوبة تفقد المحكوم عليه تدريجياً الرهبة من السجن. بل إن عقوبة الحبس قصيرة المدة تؤدي إلى زيادة عدد المحكوم عليهم، وتكديسهم في المؤسسات العقابية، وإلى ارتباك الأجهزة العقابية في تطبيق برامج الإصلاح والتهذيب، ناهيك على الآثار السلبية للأسرة وعلى الجانب الاجتماعي والاقتصادي للمحكوم عليه⁸.

⁵ عبد الرحيم صدقي، علم العقاب، طبعة أولى، دار المعارف، القاهرة، 1986، ص 250.

⁶ السعيد مصطفى السعيد بك، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دون طبعة، المطبعة العالمية، مصر، 1952، ص 704.

⁷ سامي عبد الكريم محمود، الجزء الجنائي، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 352.

⁸ عمر سالم، المرجع السابق، ص 19، 20.

إذن الحل يكمن في نظام وقف التنفيذ الذي يؤدي إلى تجنب كافة السلبيات التي تم ذكرها من الحد من مشكلة مصاريف العدالة الجنائية، ومشكلة تكديس السجون بالمحكوم عليهم، وعدم اختلاط المساجين المبتدئين مع المساجين الفاسدين.

الفرع الثالث: تقييم نظام وقف التنفيذ

يعد نظام وقف التنفيذ أحد أهم البدائل المتاحة للمشرع الجزائري في مواجهة مساوئ الحبس قصير المدة، ونحسبه من حيث المبدأ موفق في اختيار هذا النظام، لكن يبقى دون طموحات الفقه الجنائي الذي يطالب المشرع بتخفيف شروط الاستفادة من هذا النظام، بالإضافة إلى إدماج الصور الأخرى لهذا النظام ضمن المنظومة الجزائية الجزائية، ونؤخذ تطبيق هذا النظام في الجزائر في إطار الملاحظات التالية؛

1/ ما تعلق بالإشكال الذي يطرح بشأن نظام تجزئة وقف التنفيذ الذي يعمل به التشريع الجزائري، بحيث يستطيع القاضي الحكم بوقف تنفيذ جزء من العقوبة فقط ونفذ الجزء الباقي.

وإن تجزئة عقوبة الحبس تتناقض تماما مع روح نظام وقف التنفيذ الذي يهدف إلى تفادي العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، فمن غير المعقول القول بأن نظام وقف التنفيذ يسعى إلى تجنب العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، وفي وصف آخر يتم تجزئة عقوبة الحبس، وهو ما يقود إلى مضاعفة المساوئ المترتبة على العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة لا تجنبها⁹.

لا ينفع التبرير بأن تجزئة وقف التنفيذ يؤدي إلى أخذ مدة الحبس المؤقت التي خضع لها المحكوم عليه خلال فترة محاكمته بعين الاعتبار، فإذا حكم على شخص لمدة عام حبس وكان قد قضى مثلا 3 أشهر حبس مؤقت، فيتم الحكم من طرف القاضي بعام حبس

⁹ عمر سالم، المرجع السابق، ص 21.

ثلاثة منها نافذة و9 أشهر غير نافذة، وبهذه الطريقة يمكن التأثير على المحكوم عليه عن طريق التهديد بتنفيذ الأشهر الباقية إذا لم تنقضي فترة الاختبار بنجاح¹⁰.

2/ وفي المقابل يتعين على المشرع الجزائري ألا يجعل نظام وقف التنفيذ يمتد إلى الغرامة، على اعتبار وأن هذا النظام بديل للحبس قصير المدة وليس للغرامة، ونفس الشيء ينطبق على تجزئة الغرامة، وإن كان لابد من تطبيق ظروف التخفيف في نظام الغرامة يتعين أن يترك المجال للسلطة التقديرية للقاضي للتخيير بين توقيعها أو عدم توقيعها، أو يتم التوسيع بين حدها الأدنى وحدها الأقصى، أو القضاء بدلها بعقوبة تكميلية.

3/ يتعين على المشرع الجزائري ألا يجعل نظام وقف التنفيذ مقتصرًا على فئة غير المسبوقين فقط، ويفتح المجال للسلطة التقديرية للقاضي في تمكين حتى المجرمين المسبوقين من هذا النظام، متى كانت ظروفهم الشخصية والأسرية والاجتماعية والاقتصادية تسمح بذلك، وهذا ما يتماشى مع سياسة التفريد العقابي، فمن الظلم أن تقف صحيفة السوابق العدلية للمتهم عائقًا دون إمكانية إصلاحه وتأهيله دون الحاجة للدخول إلى مؤسسة إعادة التربية.

4/ من الأحسن استفادة المشرع الجزائري من التجربة الغربية في قيامها بالدمج بين نظام وقف التنفيذ والوضع تحت الاختبار، ووقف التنفيذ مع العمل للنفع العام، باعتبارهما يحققان نفس الغاية، ناهيك على النتائج الإيجابية المحققة في التشريعات المقارنة تطبيقًا لذلك.

المطلب الثاني: نظام عقوبة العمل للنفع العام

تُشكل عقوبة العمل للنفع العام إحدى الخيارات المضافة للقاضي الجزائي من أجل التفريد العقابي أثناء المحاكمة، وتتضمن هذه الأخيرة مفهومي أساسيين، جعلًا منه أنجع وأبهر الأنظمة التي

¹⁰ عمر سالم، المرجع السابق، ص 24.

استحدثها الفكر العقابي الحديث¹¹، إذ تعتبر بديل للعقوبة؛ وذلك يعني أنه تدبير أُستحدث لمواجهة أزمة خانقة تعاني منها إحدى الأنظمة العقابية التي تبنتها التشريعات في سعيها لمكافحة الجريمة ألا وهو نظام الحبس قصير المدة، كما يعتبر أيضا عقوبة بديلة لأنها تحمل كل الخصائص الكلاسيكية للعقوبة، وهي تهدف إلى تحقيق الأغراض الحديثة للعقوبة، مما سهل التأقلم السريع للمجتمعات مع هذا النظام، باعتباره صورة متقدمة لتحقيق التوازن بين حق المجتمع في الأمن والاستقرار وحق الفرد في الحفاظ على حريته.

ولقد اعتمد المشرع الجزائري نظام العمل للنفع العام إثر تعديله لقانون العقوبات بموجب القانون 01/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 إثر استشعار المشرع بأزمة العقوبة السالبة للحرية وبالخصوص عقوبة الحبس قصيرة المدة، أين وضع في ديباجة القانون أهمية عقوبة العمل للنفع العام وآثارها الايجابية على المحكوم عليهم.

الفرع الأول: مفهوم عقوبة العمل للنفع العام

فلما أصبحت أنظمة التفريد العقابي الحديث تركز على إتاحة فرصة الاتصال بين القاضي الجزائي والمجرم للوقوف على أحواله وظروف إجرامه، تبع ذلك توسيع حرية القاضي في اختيار التدبير المناسب من خلال أنظمة أخرى إبدالية، تتيح للقاضي إمكانية إحلال عقوبة من نوع معين محل عقوبة من نوع آخر بواسطة القضاء عند النطق بالعقوبة، كما هو الحال بالنسبة لعقوبة العمل للنفع العام¹².

ويقصد بعقوبة العمل للنفع العام "أنها نظام عقابي يحل محل العقوبة السالبة للحرية، يكلف بموجبه المحكوم عليه بأداء عمل مجاني

¹¹ Jacques foyet « le travail d'intérêt général, la star des sanctions pénales alternatives, ses représentations mélangeant, les avantages de la rétribution de l'utilitarisme et de la pédagogie individuelle et sociale », Sarah Dindo, Les prisons en France, volume 2, Alternatives a la détention, Etude réalisée à la Commission consultative des droits de l'homme, la documentation française, Paris, 2007, p 63.

¹² حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 180.

لصالح المجتمع في إحدى المؤسسات العامة، وذلك بعد موافقته ولمدة تقررها المحكمة في إطار الحدود المرسومة قانوناً¹³.

ولم يحدد المشرع الجزائري طبيعة العمل الذي يؤديه المحكوم عليه، فكل الأعمال التي تعود بالفائدة على المجتمع تكون صالحة لأن تكون محل الحكم بها، بشرط أن يؤديها لدى أحد الأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام، بمفهومها الوارد في المادة 49 من القانون المدني، وبذلك تُستثنى الأعمال التي يمكن القيام بها لدى الخواص حتى وإن كانت تعود للصالح العام، أو الأعمال التي يؤديها المحكوم عليه داخل مؤسسة عامة ولكن خدمة للمصلحة الخاصة لأحد أفراد المؤسسة مثل القيام بعمل سائق السيارة الخاصة لرئيس مؤسسة تخضع للقانون العام.

كما يشترط أيضاً أن يتناسب هذا العمل مع القدرات الجسدية والنفسية والمهنية للمحكوم عليه، فإذا كان قاصراً يجب أن تكون الأعمال التي تعرض عليه أعمال خفيفة تساهم في تربيته وتدريبه على العمل فقط، أما إذا كان بالغاً يجب أن يكون العمل المعروض عليه يرتبط بمجاله المهني على الأقل¹⁴.

الفرع الثاني: غاية نظام العمل للنفع العام

تجمع العقوبة في العصر الحديث بين غرضين أساسيين هما الردع والإصلاح¹⁵، فالأول يعني الوقوف إلى جانب المجتمع من أجل جبر الضرر الذي أصابه من جراء الجريمة بما يتضمنه من إرضاء للشعور بالعدالة، والثاني يعني الوقوف إلى جانب الجاني باعتبار أن العقوبة ليست انتقام وإنما تعبر عن تضامن المجتمع مع الجاني من أجل القضاء على مرض الجريمة بكل أساليب الإصلاح والتأهيل، فهل يتحقق ذلك في عقوبة العمل للنفع العام؟

تحمل عقوبة العمل للنفع العام معنى الردع لا شك في ذلك، ولكنها تميل أكثر إلى الردع الخاص، فمن حيث أنها تهدف إلى تحقيق

¹³ صفاء أوتاني، العمل للمنفعة العامة في السياسة العقابية المعاصرة، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 25، العدد الثاني، 2009، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، ص 431.

¹⁴ Le travail d'intérêt général, Ministère de la justice Française, S.L. Edition, France, 1954, p 5.

¹⁵ Stefani gaston. Levasseur george. Bouloc bernard, droit pénal général, 19^{iem} édition, Dalloz, France, 2005, p : 400.

الردع العام، فذلك راجع لتكليفها المحكوم عليه وإلزامه بأداء عمل في أوقات لا يجوز له مخالفتها، وهو ما يشكل تقييدا لحريته¹⁶.

أما من جهة الردع الخاص فالأمر واضح، عندما ينصب الأثم على الجهد الذي يلزم المحكوم عليه ببذله لمدة قد تطول وتصل إلى 600 ساعة دون أن يتحصل على مقابل، وهو ما يؤثر على حقه في العمل من أجل الكسب، فهي تشبه عقوبة الغرامة لأنها تمس الحقوق المالية، إلا أن هذه الأخيرة تقتضي انتزاع مبلغ نقدي بما فيه من انتقاص من الذمة المالية، أما في عقوبة العمل للنفع العام تعني استغلال قدرات المحكوم عليه وخبراته لإنجاز أعمال تفيد الجماعة دون أداء مقابل هذا التوظيف، وذلك رداً على إخلال المحكوم عليه بنظام المجتمع، وهو ما يحقق عدالة العمل للنفع العام، بحيث يعدّ تعويضاً للجماعة فيستفيد منه كل أفرادها دون أن تدفع مقابلاً له¹⁷، وحسن أداء المحكوم عليه لهذا العمل يعتبر دليل على شعوره بتحمل مسؤوليته وندمه لارتكاب الجريمة.

أما عن فكرة الإصلاح والتأهيل؛ فالعمل للنفع العام وضع أساساً لتجنب مساوئ عقوبة الحبس، نظراً لعجز هذه الأخيرة على تحقيق وظيفة الردع التي تحول دون العودة إلى الإجرام والتي تعتمد على انتظار دخول المحكوم عليه إلى المؤسسة العقابية لانطلاق تطبيق برامج الإصلاح والتأهيل، أما في عقوبة العمل للنفع العام تنطلق هذه العملية بمجرد الحكم بها، فهي لا تقتضي أن يتصل المحكوم عليه بالمؤسسة العقابية أصلاً، لذلك فهي تجنبه كل مساوئ الاختلاط من جهة، وتخفف على كاهل المؤسسات العقابية بتجنيبها الاكتظاظ من جهة أخرى.

لذلك فنتائج وظيفة التأهيل بالنسبة للعقوبة التقليدية لا تظهر إلا بعد مغادرة المحكوم عليه من المؤسسة العقابية، بعد أن كانت قد قطعت فجأة كل ارتباطاته الأسرية والاجتماعية، وهو ما أراد المشرع

¹⁶ صفاء أوتاني، المرجع السابق، ص 432.

¹⁷ Le travail d'intérêt général, ministère de la justice française, op-cit, p : 3.

تضاديه عند تقريره لعقوبة العمل للنفع العام، بحيث تظهر نتائج برامج الإصلاح والتأهيل في نفس الوقت الذي تنفذ فيه العقوبة، إذ تتأكد عملية الإصلاح كلما التزم المحكوم عليه بأداء الأعمال المسندة إليه بكل تفاني، وإحساسه بالمسؤولية يؤكد على ندمه وحرصه على ألا يكرر خطأه مرة أخرى.

كما أن عملية التأهيل تظهر في حفاظ هذه العقوبة على استقرار العلاقات الاجتماعية والأسرية للمحكوم عليه وكذا استقرار حياته الوظيفية بشكل يتفادى كل مساوئ الانعزال والإنفراد الذي يقتضيه الوضع في المؤسسة العقابية¹⁸.

وتدعيما لتعزيز التضامن الاجتماعي مع المحكوم عليه لأجل تأهيله تركز عقوبة العمل للنفع العام على إشراك مؤسسات المجتمع المدني في عملية التأهيل، وذلك بضرورة تأدية العمل المحكوم به في إحدى المؤسسات العامة، إذ يساهم ذلك في إزالة وصمة العار الاجتماعي من جهة، وتفادي تنامي نظرة الاحتقار والكرهية ضد المحكوم عليه.

وبالتالي فالمحكوم عليه ينهي عقوبته دون إحساس بتغير نظام حياته الاجتماعية والنفسية، وهو ما يساعد على التكيف بشكل تلقائي، بل أن اعتماد أسلوب التأهيل الإيجابي عن طريق تطبيق نظام العمل للنفع العام أصبح سلاح ذو حدين، يجنب المجتمع نفقات الإقامة وبناء المؤسسات وكذا نفقات تطبيق برامج الإصلاح والتأهيل داخل تلك المؤسسات، ويستفيد في نفس الوقت من عمليات الإصلاح والتأهيل المجاني عن طريق العمل داخل المؤسسات العامة، وكذا تطوير الإنتاج من خلال ادخار مبالغ مالية كبيرة كانت قد توجه لأجل إنجاز مشاريع يتم تحقيقها عن طريق عقوبة العمل للنفع العام، وهو ما يشكل ربحا صافيا بالنسبة لخزينة الدولة.

¹⁸ Ibid.

الفرع الثالث: تقييم عقوبة العمل للنفع العام

اتجهت التشريعات العقابية الحديثة إلى انتهاج سياسة تحول دون اللجوء إلى تنفيذ عقوبة الحبس أحيانا أو عدم النطق بها أحيانا أخرى، ويعتبر قيام المشرع بتوسيع نطاق التفريد القضائي للعقوبة بإضافة نظام العمل للنفع العام قفزة نوعية نحو توجيه النظام العقابي نحو حماية حقوق الإنسان، وتفعيل أغراض العقوبة بشكل يعود بالفائدة على المجتمع، وفي نفس الوقت تحقيق الحماية للفرد عن طريق تسهيل إعادة تكيفه في المجتمع إذا ما أخل بنظامه دون تكاليف، ولا أدل بنجاح عقوبة العمل للنفع العام في تأدية أغراض العقوبة بمفهومها الحديث إلا بالإحصائيات التي تنشر هنا وهناك حول التطبيق الواسع لهذه العقوبة، فقد ورد في الإحصائيات السنوية الجنائية الصادرة عن المجلس الأوروبي في سنة 2002 حول تطور تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، أنه في سنة 1999 طبقت هذه العقوبة بنسبة 21% في جمهورية الشيك، و32% في فنلندا، و28% في فرنسا، و65% في هولندا، و62% في بلاد الغال وإنكلترا، أما في الجزائر ورغم حداثة العقوبة إلا أنه في تصريح للمدير العام لإدارة السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين أفصح عن حوالي 1500 حالة لتطبيق العقوبة البديلة على المحكوم عليهم و1000 حالة أخرى في طور التطبيق منذ البدء في تطبيق نظام إعادة الإدماج وعقوبة العمل للنفع العام خلال سنة¹⁹.

ويعود السبب في ضالة نتائج العمل بعقوبة العمل للنفع العام للتسييس المعمول به من وزارة العدل التي توجه تعليمات على القضاة بغرض الكيفية والتوقيت التي يتم من خلاله العمل بهذا النظام، مما يفيد عدم وجود سلطة تقديرية تسمح للقاضي بالتفريد العقابي، وهو ما يؤدي في كثير من الأحيان أن يتم المطالبة به من طرف المتهم ولا يتم الاستجابة له رغم توفر كل الشروط القانونية التي تسمح له بالاستفادة بهذا النظام.

¹⁹ جريدة المساء، يوم 19 ماي 2011، عدد 4336، ص7.

ناهيك على أن الشروط المحددة للاستفادة من نظام العمل للنفع العام تبدو مجحفة وظالمة، سواء من حيث نوع الجرائم محل الاستفادة، أو السيرة الإجرامية للمتهم أو المؤسسات الحاضنة للمستفيدين من العمل للنفع العام؛

1/ فيشترط قانونا حتى يمكن الاستفادة من هذا النظام أن تكون الجريمة لا تتجاوز عقوبتها في النص 3 سنوات وسنة واحدة عند النطق بها، وهي للأسف جرائم قليلة تحمل هذا الشرط.

2/ كما يشترك أن يكون المتهم غير مسبوق وهذا كذلك إجحاف كان من المفروض توسعة الاستفادة لأنه ما المانع من توفير فرصة أخرى للمتهم للاستفادة من هذا النظام.

3/ كما يشترط أن تكون المؤسسات العمومية وحدها حاضنة للمحكوم عليهم وهذا قليل لأن المؤسسات العمومية لا تتسع لكل المستفيدين، كما أن هناك مؤسسات أخرى جمعوية أو نقابية، أو هناك مؤسسات خاصة تقوم بمهام يستفيد منها المجتمع، وغير ذلك من المؤسسات المؤهلة لاستقبال المحكوم عليهم.

المبحث الثاني: أسباب فشل سياسة بدائل العقوبة وأساليب ترشيدها
الجريمة في تنامي مستمر، والسلطات تشتكي عدم القدرة على التصدي للمستوى الذي بلغه الإجرام إذا استمر على هذا النحو، والسبب واضح ناتج عن فشل السياسة الجنائية في التصدي له، فما هي الأسباب التي أدت إلى ذلك؟ فمن الضروري إبراز موطن الخل وبيان العلاج المناسب للدفع بالسياسة العقابية نحو التحسن حتى نخرج من مستنقع الجريمة، فلا بد من البحث في سبل ترشيدها وعقلنتها على النحو السليم.

المطلب الأول: مدى كفاية الأنظمة البديلة المطبقة في الجزائر
يجب تقييم الأنظمة البديلة التي استحدثها المشرع الجزائري، سواء تلك التي أقرها منذ وقت بعيد كنظام وقف التنفيذ، أو المقررة حديثا مثل العمل للنفع العام، ولكن ليست هذه فحسب فتوجد كذلك عقوبة الغرامة، وهي بديل لا يستهان بدوره في التقليل من ظاهرة

الحبس، سنحاول من خلال هذا العنصر تقدير مدى كفاية الأنظمة المطروحة، والدور السلبي للفاعلين في تطبيق السياسة الجنائية، ولكن قبل ذلك لابد من تحديد طبيعة البدائل المطروحة.

الفرع الأول: حول طبيعة الأنظمة البديلة

على الرغم من وجود بدائل ليست بالقليلة، لكنها ليست كافية، بالمقارنة مع نسبة زيادة الإجرام، ناهيك على عدم فاعليتها في تقليص معدل الجريمة، بالإضافة إلى أن المشرع لم يعد يعتبر بعضها بدائل بل عقوبات أصلية كالغرامة مثلا، دون أن ننسى العمل القضائي الذي للأسف لا يتوافق دائما مع السياسة الجنائية التي أصلها المشرع بغرض تحقيق غايات معينة، فما زال القضاة يعتبرون أن الحبس هو الأصل - وهو منهج المحكمة العليا في الكثير من قراراتها - فعندما يُخير المشرع القاضي بين الحبس والغرامة فيلجأ إلى الحبس، كما نجد أن المتهم لا يستفيد من وقف التنفيذ حتى مع توافر شروطه، بل وحتى ولو كان المجرم مبتدئا وكان الجرم بسيطا - كأن تكون مجرد مشاجرة - وهذا للأسف لا يساعد كثيرا على سياسة التأهيل التي تعتمدها الدولة، ولا يحقق الردع المنتظر منها، لأن كثرة الاحتكاك تفسد أكثر من أن تصلح.

ثم أن المشرع تأخر نوعا ما عند إقراره لنظام العمل للنفع العام؛ ولو أن التأخر أحسن من عدم الإقرار، ورغم أن أسباب وضعه التي وضعتها الحكومة عندما عرضه على البرلمان كانت تهدف إلى محاربة العود في الإجرام، وتقليص معدل الجريمة، والاستفادة من مزايا المحبوسين، بالإضافة إلى تقليص النفقات، لكن في المقابل تم وضع شروط معقدة للاستفادة منها، لعل أكثرها شدة أن يكون المتهم غير مسبوق، ولا تكون إلا في الجرائم التي لا تزيد عقوبتها في نص المادة عن 3 سنوات، ولا يقضي القاضي في ذلك إلا بسنة واحدة إذا عمل ظروف التخفيف، ناهيك أن القاضي لا ينطق بها إلا عند الطلب، وكلها مسائل تتعارض في الحقيقة مع الأسباب التي دعت إلى إقرار نظام العمل للنفع العام، بل يجب توسيعها لتشمل عدد

كثير من الجرائم، وحتى متهمين مسبوقين إذا تبين أن الجريمة ليست ذات خطورة.

ومن جهة أخرى؛ عندما نتحدث عن البدائل المنصوص عنها في قانون السجون، فهي في الحقيقة ليست بدائل للعقوبة، بل هي بدائل لتنفيذ العقوبة أو جزء منها، لأنها لا تكون إلا للأحكام النهائية الجاهزة للتنفيذ أو التي شرع في تنفيذها أو التي استنفذ فيها المحكوم عليه جزء كبير من المحكومية، بينما بدائل العقوبة، بعضها يُعرض على المتهم من طرف قاضي الحكم ليوافق عليها أو يمتنع عن ذلك خلال النطق بالعقوبة، وهو ما يلزم أن يكون المتهم حاضرا عند النطق بالحكم، وبعضها يتم الاستفادة منه لقيام ظروف التخفيف، وفي الحالتين يمكن أن يتم إلغاء الحكم من طرف المجلس لأن الحكم ليس نهائيا.

ورغم ذلك تبقى الحرية النصفية والإفراج المشروط لهما أهميتهما بالنسبة للمحكوم عليه والمجتمع، وحتى الدولة، فهي تساعد على عودته إلى أفراد أسرته، وإلى عمله، وتساعد على التئام الأسرة من جديد بدلا من تفككها، مما يؤثر نفعاً على المجتمع، كما يساهم في التقليل من نفقات الدولة.

الفرع الثاني: الدور السلبي للفاعلين في السياسة الجنائية

ونقصد بالفاعلين في السياسة الجنائية المشرع والقضاء ثم المؤسسات العقابية، وللأسف يشترك هؤلاء في تعزيز وظيفة الردع للعقوبة على حساب الغاية المتوخاة في الإصلاح والتأهيل، ونحاول أن نبرز هذه النقاط في العناصر التالية؛

أولاً: تركيز دور العقوبة في الجانب الردعي دون الإصلاحي

إن الدارس للعقوبة في النظام العقابي الجزائري يلاحظ أمرين؛

1/ أن التشريع الجنائي العقابي يركز أساساً على أن العقوبة هي أداة ردع، وهذا يتجلى في نصوص التجريم والعقاب، وفي ذهنية كل قاض مهما كان دوره في جهاز القضاء من السيد وكيل الجمهورية

الذي امتنع عن دوره كخصم شريف، إلى السيد قاضي التحقيق الذي انحاز لالتماسات النيابة بدلا أن يكون محايدا، إلى السيد قاضي الحكم الذي أصبح يبني حكمه على الشك والتخمين بدلا من الجزم واليقين. وكلها أجهزة تنظر إلى العقوبة في دورها الردعي وليس الإصلاحية، فالمسألة واضحة في أنها مشكلة ذهنية في اتجاه معين²⁰.

ثم أن دور وزارة العدل في ممارسة وصايتها على القاضي رغم الادعاء باستقلاليتها، هو ما زاد من تفاقم الوضع، لأن القاضي لازال أغلبه يركن إلى التعليمات، ويخشى من النطق بالحكم بالبراءة، لأنه ببساطة ستنزل عليه لجان تفتيش وزارة العدل كي تراقب لماذا استفاد المتهم من البراءة دون أن تراقب بطبيعة الحال لماذا استفاد من الإدانة.

رغم أنه من المسلمات أن القضاء هو حجر الزاوية في إنجاح النظام العقابي أو فشله، فهو الذي يحدد العقوبة معتمدا في ذلك على الأسس والغاية التي ابتغاها المشرع من هذا العقاب، فإن كانت التركيبة الذهنية للقاضي تقوم على فكرة الردع أو ما يسمى عند البعض بالانتقام لصالح المجتمع، فإننا سنكون حتما أمام أحكاما تهدم توجه السياسة الجنائية الحديثة بدلا أن تبنيها.

2/ إذا ما تفحصنا قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين لا سيما المادة الأولى بنصها "يهدف هذا القانون إلى تكريس مبادئ وقواعد لإرساء سياسة عقابية قائمة على فكرة الدفاع الاجتماعي التي تجعل من تطبيق العقوبة وسيلة لحماية المجتمع بواسطة إعادة التربية والإدماج الاجتماعي للمحبوسين".

إن هذا القانون يصنف العقوبة على أساس دورها المتمثل في إعادة التربية والإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ومعنى ذلك أن مفهوم

²⁰ سعدي حيدرة، أسس النظام العقابي الجزائري، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني حور "بدائل العقوبة في القانون الجنائي الجزائري والمقارن" 16، 17 نوفمبر 2011.

العقوبة عند تطبيقها هو إصلاحي ووقائي من إعادة ارتكاب الجريمة²¹.

كما تنص المادة 88 من نفس القانون "تهدف عملية إعادة تربية المحبوس إلى تنمية قدراته ومؤهلاته الشخصية والرفع المستمر من مستواه الفكري والأخلاقي وإحساسه بالمسؤولية، وبعث الرغبة فيه للعيش في المجتمع في ظل احترام القانون".

من هذه المبادئ يتجلى بأن مفهوم العقوبة طبقا للقانون هو إصلاحي وليس ردعي، ومما تقدم نستنتج أن هناك تضارب بين مفهوم العقوبة النصي والعملي السائد في الواقع.

ثانيا: إخفاق المؤسسات العقابية في الإصلاح والتأهيل

إن النظام العقابي المطبق في المؤسسات العقابية وإن كان قد بدأ في التحسن في تطبيقه منذ سنة 2005، غير أنه يؤخذ عليه أن هذا القانون تم وضعه نقلا عن المؤسسات الغربية، بغرض تضادي الانتقادات الموجهة للدولة الجزائرية، وإعادة تصنيفها في ترتيب الدول المحترمة لحقوق الإنسان أشبه ما يكون بحاطب ليل بدليل، أن المتطلع لمحتوى هذا النص يجده ينص مثلا على أنواع المؤسسات وأصناف النزلاء فيها، وذلك حسب درجة العقوبة أو نوعية المتابعة الجزائية، إلا أنها في الواقع لا تجد لها وجود، وباختصار فإن القانون لا يتطابق مع واقع المؤسسات العقابية بالجزائر. كذلك الأمر بالنسبة للقائمين على هذه المؤسسات من أعوان ومديرين، فإن ما هو راسخ عند الكثير منهم في أذهانهم وتربيتهم شيء، ومهامهم المنصوص عليها قانونا شيء آخر، لأن طريقة معاملتهم للمساجين تدل على ذلك، وكذا وجمعهم في علب سردين على جميع أصنافهم، ينم في الحقيقة عن جهل بقواعد الحد الأدنى بمعاملة السجناء، وهذا ما يزيد من حقد السجين على مجتمعه.

²¹ سعدي حيدرة، المداخلة السابقة.

وخلاصة القول فإن المؤسسة العقابية في الجزائر لا تؤدي دورها المنصوص قانونا، بل هي بالنظر إلى المستوى الذي بلغه معدل الإجرام في الجزائر مفرخة بامتياز للجريمة، لأنها هي من تصنع المنحرف المحترف بدلا من إصلاحه، وهذا ما سبب إخفاق إضافي للسياسة الجنائية بالجزائر.

المطلب الثاني: ضرورة ترشيد السياسة الجنائية

نتساءل عن مدى إمكانية تطبيق بدائل العقوبة المتواجدة على مستوى التشريعات المقارنة على المجتمع الجزائري، وأركز على مصطلح المجتمع الجزائري، لأن أي قانون يجب أن يكون وليد المجتمع الذي سوف يحتضنه، أما أن نأتي بنصوص جاهزة فهذا يجد حتما مشكلة في التطبيق، لكن لا بأس أن نأتي بأفكار على أن يتم صياغتها بما يتلاءم وطبيعة المجتمع الجزائري.

وتبعا لذلك يجب مراعاة بعض الأمور أهمها وأولها؛ تدين المجتمع الجزائري بالمقارنة مع البلدان التي جيء بالأفكار من عندها، ثانيا؛ تحفظ بعض المناطق بل الكثير من المناطق، وتنوع أعراقها، وهذا أفضى إلى تنوع في العادات والتقاليد، خاصة وأن الجزائر ليس بلدا فيدراليا يسمح بتنوع القوانين داخلها بل بلد واحد، مما يحتم عند وضع بعض البدائل مراعاة هذا الاختلاف. ثالثا؛ عدم تطور المجتمع الجزائري فكريا وثقافيا وعلميا؛ بالحد الذي يسمح بتطبيق بعض البدائل التي تحتاج إلى تكنولوجيا عالية، وإلى مستوى تقبل ثقافي واسع.

الآن وبالرجوع إلى البدائل المتواجدة في التشريعات المقارنة، ما يمكن تطبيقه مراعاة لكل هذه العوامل؛ فلا يوجد مانع من تطبيق نظام وقف تنفيذ العقوبة إذا اقترن مع العمل للنفع العام، على أن يُعاد ترتيبه بمعايير أخرى؛ مثلا يجب توسيع النطاق الشخصي بأن يسمح بتطبيقه على المجرمين المعتادين مثل المجرمين المبتدئين، وتوسيع النطاق الموضوعي بأن نُظف جرائم كثيرة يمكن من خلالها تطبيق هذا النظام مثل جرائم الأموال إذا كان الضحايا من

الأفراد، وجرائم الجروح العمدية وغير العمدية، ونرفع من سقف الحبس المقنن إلى 5 سنوات بدلا من 3، والعقوبة المحكوم بها إلى 4 بدلا من سنة واحدة.

كما نفضل أن نوسع من مفهوم النفع العام، ولا نقتصره فقط على القطاع العام، وهذا يعني إمكانية الأمر بتنفيذه ساعات العمل في المؤسسات الخاصة وفي الجمعيات بشتى أنواعها، وفي المساجد وكل دور العبادة بل وحتى الكنائس لمن أراد ذلك، والتحفيز على الحفاظ على المواهب بأن توفر لها المناخ لذلك، وأن يذهب المحكوم عليه للعمل في مجال اختصاصه حتى يكون مفيدا ونافعا لوطنه، وأن يكون العمل بمقابل ولو كان قليلا، أي لا يعبر على حجم العمل.

ونفس الشيء بالنسبة للمتابعة الاجتماعية والقضائية؛ فهي كذلك تقبل التطبيق، على أن تُهيأ كل الظروف لنجاحها؛ أهمها إعداد العدة المتمثلة في كثرة القضاة، وتكوينهم خصيصا لمثل هذه الأمور بالإضافة إلى تكوينهم المعتاد في المدرسة العليا للقضاء، وتهيئة المحكوم عليه لمثل هذا النوع من العقوبة، بأن يكون له تدريب شبيه بالتربص حول المواطنة، تزرع فيه كل أخلاقيات المجتمع الحديث والمتمدن، يتربى فيه على عدم إيذاء الآخرين، ولا بد في هذه الحالة من الاستعانة من نفسانيين، ورجال الدين، لما لهم من قدرة على فهم بواطن المتهم وعلى التأثير على سلوكياتهم مستقبلا، كما يتعين إشراك المجتمع المدني في ذلك، فهو صاحب الفضل في احتواء أفراد المجتمع من الرذيلة، وكذا في إعادتهم إلى حظيرة المجتمع.

كما وأن بعض الأمور لها غايات نبيلة مثل إشراك المساجد ودعوتهم إلى العمل الميداني بدلا من قوقعتهم داخل المساجد مثلما هو الحال مع تهميش دور الكنيسة في تهذيب الناس في المجتمعات الغربية، فالعمل على الرفع من روحانيات الناس فيه من المزايا والمنافع لهؤلاء ولمجتمعهم ما يسد عطش رجالات الفقه الجنائيين، ويغني الدولة عن السؤال في دكاكين التشريعات الغربية.

أما نظام الرقابة الالكترونية؛ فهو نظام بعيد المنال، وصعب التطبيق على مجتمع لازال يفتقد إلى مقومات التكنولوجيا، التي يجب أن تكون متوفرة في القائمين على تطبيق هذا النظام، وحتى وإن كان هذا النظام يصلح إلى حد ما في بعض الولايات - وهي قليلة - فلا يصلح في أغلبها، نظرا للتفاوت الشاسع في المستوى الثقافي والعلمي بين الولايات، كما أن الدولة ليست في حاجة إلى المزيد من النفقات لأن هذه التكنولوجيا لا تقدم مجانا من طرف أصحاب براءاتها، هذا ناهيك على فشلها حتى في الدول التي اخترعتها²².

الآن ماهو البديل الذي لم نطرحه للدراسة؟ ومن الدول ما تعتنقه، وتعمل به، وهو أكثر فاعليه من كل البدائل، وله الأثر الفعال في عقلنة السياسة الجنائية من حيث أنها تحقق غايتها في الردع والإصلاح؛ وتنقص معدل الجريمة، ونتائج مضمونة؛ ونقصد بذلك النظام الجنائي الإسلامي؛ البعبع الذي تخشى منه أغلب التشريعات وتصفه بالإنساني؛ واللامتحضر، وهو بلا أدنى شك أحسن الأنظمة - بعيدا عن العاطفة - لقد حقق هذا النظام ليس في المجتمعات الأولى للإسلام فقط، بل حتى الحديثة ما تعجز أرقى الدول عن تحقيقه، فهو مطبق في أجزاء من السودان وفي اليمن وفي السعودية ودول أخرى، وأثبت نجاحا كبيرا، ويجب أن نسأل عن معدل الإجرام في هذه الدول سنجد حتما منخفض جدا.

للأسف الآن نحن نضاهي الدول الأوروبية في نسبة الإجرام، ونحاول أن نجتر منها أنظمتها العقابية الفاشلة وحتى بدائلها، فالحق إن هذه الأنظمة تتخبط في مستنقع الإجرام وتبحث عن الحلول تلو الحلول، وهي الآن تأخذ من النظام الجنائي الإسلامي، وتصدره لنا، ولنبحث مثلا عن عقوبة العمل للنفع العام وهو بديل أصله إسلامي، ألم يأمر الرسول عليه الصلاة والسلام أسرى بدر بأن من يعلم عشرة من الصحابة يطلق سراحه، وكذلك نظام الغرامة الجزائية، أليس

²² التقرير النهائي لمشروع بحث وطني، بعنوان ترشيد السياسة الجنائية في الجزائر نحو بدائل العقوبة، تحت رئاسة خلفي عبد الرحمان، وتأطير الوكالة الموضوعاتية للبحث في العلوم والتكنولوجيا، وبإشراف مخبر العولمة والقانون الداخلي بتيزي وزو، 2013.

هو نظام الدية في الإسلام، بل هو أشد منه في القوانين الغربية. أما الحبس فلم يكن يعمل به في النظام الجنائي الإسلامي، وهو الآن أكثر العقوبات شرا وأسوأها على المجتمعات، وهو ما جعل الدول تبحث لها عن بديل.

خاتمة

بالنتيجة؛ نقول أن نظام الحبس سواء كان قصير المدة أو طويلا أثبت عجزه عن التقليل من الجريمة، نظرا لآثاره الكارثية على الفرد والمجتمع، كما أن الأنظمة البديلة التي وضعها المشرع القديمة منها والحديثة لا تكفي لمواجهة الإقبال الكبير على الإجرام، والدليل موجود على أرض الواقع، فالمديرية العامة للأمن تعترف صراحة أنه العاصمة أصبحت غير آمنة، وفي الحقيقة ليست وحدها على هذا النحو فكل المناطق في الوطن غير آمنة، بما فيها القرى والمدامر، بما فيها المناطق الصحراوية.

إذن تطبيق بدائل العقوبة في الجزائر لم تؤدي ثمارها للأسباب التي ذكرناها بالتفصيل في المتن، وحتى ولو فكرنا في استيراد بدائل أخرى من التشريعات المقارنة سوف لن ننجح على النحو الذي نريد وبالكيفية التي تحقق التقليل من الجريمة.

على الأقل إذا أردنا الإبقاء على البدائل المتاحة؛ فعلينا أن نفعّلها ولا نكتفي بوضعها أدراج النصوص، وهذا التفعيل يكون على النحو المراد أدناه؛

أولاً: على المستوى التشريعي؛ يتعين التقليل من شروط الاستفادة من وقف التنفيذ وكذا من عقوبة العمل للنفع العام، بحيث يستفيد منه حتى صاحب السابقة القضائية، كما يتعين التوسع في مجال الجرائم فلا نكتفي بتلك التي عقوبتها لا تتجاوز 3 سنوات بل يمكن التمديد إلى غاية 5 سنوات دون تقييد بمقدار العقوبة المحكوم بها. ولم لا الاستفادة من فكرة اقتران وقف التنفيذ مع الوضع تحت الاختبار أو العمل للنفع العام.

ثانياً: على المستوى القضائي؛ لا بد من تعزيز السلطة التقديرية للقاضي طالما أمكن تمديد الاستفادة حتى بالنسبة للمسبوق قضائياً، دون محاولة الضغط على إرادة القاضي، ويجب تكوينه على قبول

فكرة أن دور القضاء يجب أن يحرص على التأهيل والإصلاح قبل الردع، وأن بقاء المتهم إذا لم يكن خطيراً خارج الحبس بدلاً من اختلاطه بالسجناء والاحتكاك بهم.

ثالثاً: على مستوى المؤسسة العقابية؛ جعل المؤسسة بيئة للتأهيل وليس للإفساد، وتبعاً لذلك يجب التوصل إلى فصل الجناة متعودي الإجرام عن الجناة المبتدئين، وتحفيزهم على الاستفادة من الإفراج المشروط، والحرية النصفية بالتقليص من الشروط، و لم لا كما يتم في المملكة الهاشمية الأردنية وهو تحفيظ القرآن الكريم لكل من يريد التقليص من مدة العقوبة، وهذا الحفظ له دور كبير في تهذيب السجناء واستقامتهم.

أما إذا كانت البيئة مواتية لتطبيق النظام الجنائي الإسلامي في الجزائر - ونحسبها مبدئياً كذلك - فنقول أن المجتمع مسلم بامتياز حتى أن الطائفية غير موجودة فيه، ومتحفظ في أغلب مناطقها، ويعيش على العادات والتقاليد في الكثير من الولايات، فالظروف مواتية لاشك في ذلك. ولو أذيع في الناس أن من يسرق ابتداء من أول جانفي 2015 سيكون مصيره قطع اليد ستنتهي حتما السرقة، أو على الأقل ستنقص إلى حد كبير، وأن من يزني يكون مصيره الجلد والرجم إذا كان زاني محصن، ستنتهي الفاحشة، وأن من يهرب الناس مثل العصابات - مثلما نعرفه نحن بتكوين جمعية أشرار والإرهاب - سيكون مصيره القطع من خلاف، سينتهي الإرهاب، وأن يذاع في الناس كذلك أن هذه الجرائم من الحدود أي لا مجال فيها للصفح، أكيد ستنتهي إلى مجتمع آمن، لأن فيه العودة إلى الفطرة الإنسانية.

"فالنظام الجنائي الإسلامي وإن ظهر أن في بعضه شدة وصرامة، فهو بعيد كل البعد أن يكون تعذيباً للمجرم، لأن الشريعة الإسلامية في جميع أحكامها تتسم بطابع الرحمة بالناس جميعاً، ولكنها الرحمة الحازمة التي لا تتصف بالضعف، وتضمن حماية لمصلحة المجرم والمجتمع، لا مجرد التخفيف عنه والترفق به، فهي تبتغي الخير الحقيقي الآجل، ولا تتوقف عند الخير العارض العاجل". ناهيك على أن العقوبات الواردة فيه هي عقوبات هادفة، أي لها أغراضها التي تستمد منها علتها ومبرر شرعيتها.

التسوية غير القضائية لمنازعات الضمان الاجتماعي: نتائج مقنعة

الأستاذ الدكتور: علي فيلاي
جامعة الجزائر¹

تتميز منازعات الضمان الاجتماعي بخاصيتين هما: عدم المساواة بين طرفي النزاع من جهة والطابع المعيشي لموضوع النزاع من جهة ثانية. تكون نزاعات الضمان الاجتماعي - عادة - بين مؤمن اجتماعي لا يملك سوى قدرته على العمل من جهة وهيئات الضمان الاجتماعي، باعتبارها هيئات عمومية تتولي تسيير منظومة الضمان الاجتماعي من خلال جمع الاشتراكات ودفع الأداءات المستحقة للمؤمنين الاجتماعيين من جهة أخرى. أما بالنسبة لموضوع النزاع فهو متنوع ومتفاوت، يتراوح بين طلب تعويض لمصاريف العلاج، قد تتمثل في مجرد تعويض مصاريف أدوية متدنية السعر، وبين طلب الاستفادة من معاش التقاعد أو منحة البطالة أو ريع نتيجة توقف المؤمن الاجتماعي عن العمل بسبب بلوغه سن التقاعد أو توقف نشاط المؤسسة لأسباب اقتصادية أو لتعرضه لمرض أو حادث عمل، فتكون هذه التعويضات النقدية بمثابة دخل بديل يعوض الأجير عن ضياع أجرته. ولا شك - عندئذ - أن اعتماد إجراءات التقاضي العادية ستكون حتما - بالنظر إلى الوضع الاقتصادي للمؤمن الاجتماعي وللطابع المعيشي لطلباته من جهة وتكاليف العدالة (آجال ومصاريف) من جهة أخرى - عقبة يصعب تجاوزها، وقد تعد حالة من حالات إنكار العدالة.

والحقيقة أن المشرع لم يتجاهل وضع هذه الشريحة من المتقاضين، فاتخذ جملة من الإجراءات تسمح لهم باللجوء - عند الحاجة - إلى العدالة، لاسيما وأن حق التقاضي مكفول دستوريا¹.

¹ المادة 140 من الدستور والمادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67-89 المؤرخ في 16 مايو 1989، ج ر 1989، عدد 20 المؤرخ في 17 مايو 1989، والمادة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ق إ م إ). راجع أيضا بشأن الحق في اللجوء إلى مرفق العدالة، عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، موفوم للنشر، الكعبة الثالثة، ص 19.

واستحدثت في هذا الإطار قسم اجتماعي في كل محكمة، يتشكل من قاض رئيسا ومساعدين، من بين اختصاصاته الفصل في منازعات الضمان الاجتماعي. وتقليصا لآجال الدعوى القضائية تقضي المادة 505 ق إ م²: "تحدد أول جلسة في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما من تاريخ رفع الدعوى... يجب على القاضي أن يفصل فيها في أقرب الآجال". وأما بالنسبة للتكاليف المالية، فإن العامل الذي يتعرض لحادث عمل أو مرض مهني³ يستفيد بقوة القانون من المساعدة القضائية، كما تم تخفيض الرسوم القضائية بالنسبة للمنازعات المعروضة أمام القسم الاجتماعي.

ولم يكتف المشرع بهذه التسهيلات التي تجعل العدالة في متناول مستعملي مرفق الضمان الاجتماعي، بل سارع إلى إصدار تشريع خاص بمنازعات الضمان الاجتماعي بموجب القانون رقم 08-08⁴. ويتبين من الاطلاع الأول على هذا النص أن منازعات الضمان الاجتماعي ثلاثة أصناف: المنازعات العامة، والمنازعات الطبية، والمنازعات التقنية ذات الطابع الطبي، غير أن هذا الصنف الأخير من المنازعات لا يهمنا كونه يتعلق بالخلافات التي تنشأ بين هيئات الضمان الاجتماعي ومقدمي العلاج من أطباء وصيادلة وغيرهم.

ويبدو من القراءة الأولى لأحكام هذا النص وكأن المشرع تراجع عن التسهيلات السالفة الذكر، حيث أصبح يشترط إجراءات أولية قبل اللجوء إلى الجهات القضائية، تتمثل في تقديم طعن مسبق بالنسبة للمنازعات العامة، واتباع إجراءات الخبرة الطبية أو الطعن أمام لجنة العجز بالنسبة للمنازعات الطبية.

وقد نتساءل عما إذا كان لهذه الإجراءات الجديدة علاقة بالطرق البديلة لحل النزاعات لاسيما بعد تكريسها في قانون الإجراءات

² قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

³ المادة 28 من الأمر رقم 71-57 يتعلق بالمساعدة القضائية، ج ر، 1971، عدد 67، ص 1122.

⁴ المؤرخ في 23 فيفري 2008، ج ر، 2008، عدد 11، بتاريخ 2 مارس 2008، و يلغى هذا القانون السابق رقم 83-15 المؤرخ في 02 يوليو 2003 والمتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

المدنية والإدارية الجديد الصادر في نفس السنة (1988)⁵. وقد يكون البحث في هذه المسألة مجرد مغامرة، لأن المتعارف عليه أن المجال التقليدي والطبيعي للطعن المسبق هو القانون الإداري وهو تظلم يقدم للإدارة من قبل المعني بالقرار المتظلم منه قبل اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة⁶، وأن الخبرة هي إجراء من إجراءات التحقيق يستعين به القاضي قصد توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية⁷. ومن الثابت والواضح - عندئذ - أن غرضهما يختلف كل الاختلاف عن الطرق البديلة لحل النزاعات التي أوجدت خصيصا لحل النزاعات خارج مرفق العدالة، أي بدون تدخل القاضي.

ولكن هذه الملاحظات الأولية تصبح محل شك عند النظر في النظام القانوني لهيئة الضمان الاجتماعي، باعتبارها هيئة عمومية ذات تسيير خاص، فهي شخصية قانونية من أشخاص القانون الخاص، وأن العلاقات القانونية التي تربطها بمستعملي "مرفق الضمان الاجتماعي" هي علاقات تنظيمية. ولما كان الأمر على هذا النحو فإنه من الصعب اعتبار الطعن المسبق تظلم إداري لأن هيئة الضمان الاجتماعي ليست لها صفة الإدارة ولا صفة الهيئة ذات الصبغة الإدارية طبقا للفقرة 2 من المادة 800 والمادة 830 من ق إ م إ. ويظهر أن إجراء الطعن المسبق استحدث حماية لمصالح المؤمن الاجتماعي والمكلف وذلك بتوفير سبيل لهما لحل النزاعات التي تنشأ بينهما وبين هيئات الضمان الاجتماعي دون الحاجة إلى تدخل القاضي، فيجنبهما -عندئذ- كل ما يترتب على الدعوى القضائية من مصاريف وآجال قد لا تكون في متناولهما. ولم يعتمد المشرع الخبرة الطبية كإجراء تحقيق بل

⁵ عنوان المشرع الكتاب الخامس من ق إ م إ " في الطرق البديلة لحل النزاعات".

⁶ راجع مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، ج 3، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 291، محمد إبراهيم خيري الوكيل التظلم الإداري في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، 2012.

⁷ تنص المادة 125 ق إ م إ: " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"، تنص الفقرة 2 من المادة 144 ق إ م إ: " القاضي غير ملزم برأي الخبير غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة." راجع في هذا الشأن أيضا قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، بتاريخ 1993/07/07، ملف رقم 97774، المجلة القضائية، 1994، 2، 108.

اعتمدها كإجراء للفصل في النزاعات الطبية، خلافا ربما للغرض المتوخى من الطعن أمام لجنة العجز.

وفي مثل هذه الاغراض المنتظر تحقيقها من خلال هذه الإجراءات، فليس هناك ما يحول دون إلحاقها بالطرق البديلة لحل النزاعات، كونها تسعى هي أيضا إلى حل النزاعات خارج إطار مرفق العدالة، فتجنب المتخاصمين مساوئ العدالة العمومية من مصاريف معتبرة وآجال طويلة، والتي كثيرا ما كانت تنال من عزيمة المتقاضى الضعيف، فيتخلى عن حقوقه. ولكن قد تتنافى طبيعة حقوق المؤمن الاجتماعي مع هذا التكييف، فهي حقوق غير قابلة للتصرف لارتباطها بالنظام العام، ومن ثم تستبعد فكرة الطرق البديلة التي تبحث عن حلول توفيقية، أي حلول أكثر عدل، فترضي المتخاصمين ولو لم تلتزم التطبيق الصارم للقانون. ولقد تستبعد أيضا فكرة الطرق البديلة بسبب التفاوت الموجود بين المتخاصمين في مجال الضمان الاجتماعي كما سبق بيانه لأن الحلول التوفيقية المراد الوصول إليها تتطلب لا محالة تنازلات من الطرفين ولا يسمح بذلك إلا إذا كان الطرفين متساويان. وتلكم هي الإشكالية القانونية التي نحاول تناولها من خلال تحليل ودراسة إجراء الطعن المسبق بالنسبة للمنازعات العامة (م1). والخبرة الطبية والطعن أمام لجنة العجز بالنسبة للمنازعات الطبية (م2).

المبحث الأول: إجراء الطعن المسبق في المنازعات العامة

عرف المشرع المنازعات العامة في المادة 3 من القانون رقم 08-08 على أنها: "... الخلافات التي تنشأ بين هيئات الضمان الاجتماعي من جهة والمؤمن لهم اجتماعيا أو المكلفين من جهة أخرى بمناسبة تطبيق تشريع وتنظيم الضمان الاجتماعي". تشمل المنازعات العامة كل الخلافات المتعلقة بحقوق المؤمن الاجتماعي في الأداءات العينية (المصاريف المختلفة للعلاج الصحي للمؤمن وذوي حقوقه) والأداءات النقدية (التعويضات عن فقدان الأجر بسبب المرض أو البطالة...) وكذا الخلافات المتعلقة بالتزامات المكلفين من أرباب العمل والإدارة

والعمال غير الأجراء في إطار الضمان الاجتماعي (الانتساب، التصريح بالعمال، التصريح بالاشتراكات ودفعها... إلخ)، فهي تشمل أغلبية نزاعات الضمان الاجتماعي. وتتم إجراءات تسوية هذه النزاعات العامة عبر مرحلتين: مرحلة أولى تناولها المشرع في القسم الأول تحت عنوان "الطعن المسبق" من الفصل الأول المعنون " المنازعات العامة " من القانون رقم 08-08 السالف الذكر، ومرحلة ثانية وردت أحكامها في القسم الثاني من نفس الفصل تحت عنوان "الطعن القضائي". وبموجب المادة الرابعة من القانون رقم 08-08، فإن المرحلة الأولى، أي الطعن المسبق، هي مرحلة إجبارية قبل اللجوء إلى الجهات القضائية، فأصبحت شرطا من شروط قبول الدعوى القضائية (م1). ولكن يظهر من مختلف الإحصائيات المتحصل عليها أن مباشرة المرحلة الثانية هي حالة استثنائية، وهو الأمر الذي يجعلنا نعتقد أن الطعن المسبق عمليا هو طريقة لتسوية النزاعات (م2).

المطلب الأول- الطعن المسبق: شرط لقبول الدعوى القضائية

تنص المادة 4 من القانون رقم 08-08: " ترفع الخلافات المتعلقة بالمنازعات العامة إجباريا أمام لجنة الطعن المسبق، قبل أي طعن أمام الجهات القضائية."، وتنص المادة الخامسة: " يرفع الطعن المسبق... ابتدائيا أمام اللجنة المحلية المؤهلة للطعن المسبق...."، وفي ضوء هذه الأحكام نتساءل عن الطبيعة القانونية للطعن المسبق؟ ونذكر في هذا الشأن أن إجراء الطعن المسبق هو موروث عن النص القديم في مجال منازعات الضمان الاجتماعي أي القانون رقم 83-15، مع العلم أنه إلى غاية صدور القانون رقم 88-01⁸ الذي أصبحت بموجب مادته 49 "هيئات عمومية ذات تسيير خاص" تخضع بموجب الفقرة الثانية من المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 92-07: "...في علاقاتها مع الآخرين للتشريع التجاري والتنظيمات السارية المفعول

⁸ المؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر، 1988، عدد 2، ص30.

ولأحكام هذا المرسوم⁹ فهي من أشخاص القانون الخاص، كانت صناديق الضمان الاجتماعي تعد مؤسسات عمومية إدارية تخضع للقانون الإداري EPA¹⁰. ونتيجة هذا التحول في النظام القانوني لهيئات الضمان الاجتماعي لا يمكن تكييف الطعن المسبق على أنه تظلم إداري لاسيما بالنظر إلى أحكام المادة 800 من ق إ م إ التي تنص: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية... تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية، أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها."، والمادة 830 التي تنص: "يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في أجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه....".

ويظهر من القواعد التي تنظم الطعن المسبق أنه شرط لقبول الدعوى، فهو قيد على حق التقاضي (ف1)، لاسيما وأن سريان ميعاد اللجوء إلى الجهة القضائية يكون من تاريخ الطعن المسبق (ف2).

الفرع الأول: الطعن المسبق- قيد على الحق في التقاضي

إنه من المعروف والمعمول به في كل تشريعات مختلف البلدان أن مباشرة الدعوى القضائية يتطلب استيفاء شروط وإجراءات معينة ضماناً لعدالة الخصومة. ومن بين شروط رفع الدعوى بعضها يسري على كل الدعاوى وتسمى بالشروط العامة، كشرطي الصفة والمصلحة¹¹، وبعضها الآخر ينصرف إلى بعض الدعاوى فقط، وتسمى بالشروط الخاصة. وقد ترد هذه الشروط الخاصة كاستثناءات في قانون الإجراءات المدنية، وقد تقرر بموجب نص خاص. وتتمثل -عادة - هذه الشروط الخاصة بقبول الدعوى القضائية

⁹ المؤرخ في 4 يناير 1992، يتضمن الوضع القانوني لصناديق الضمان الاجتماعي والتنظيم الإداري والمالي للضمان الاجتماعي، ج ر، 1992، عدد 2، ص 64.

¹⁰ المادة 2 من المرسوم رقم 223 المؤرخ في 20 غشت 2005 يتضمن التنظيم الإداري للضمان الاجتماعي، ج ر 1985، عدد 35، ص 1248.

¹¹ راجع المادة 13 ق إ م إ.

في احترام آجال معينة لرفع الدعوى، وقد تتمثل في الحصول على رخصة أو استيفاء إجراء معين على غرار إجراء الطعن المسبق المقرر بموجب القانون المتعلق بمنازعات الضمان الاجتماعي السالف الذكر، وقد سبقت الإشارة إلى مادته الرابعة التي تعتبره إجراء إجباريا. ويختلف الغرض من هذه الشروط الخاصة باختلاف الدعاوى، فقد يرجى منها استقرار الأوضاع، أو توفير فرصة للإدارة لتدارك بعض الأخطاء أو منح فرصة للمتخاصمين لتسوية ودية للنزاع كما يبدو بالنسبة لإجراء الطعن المسبق.

وما لم تستوف الدعوى القضائية - بطبيعة الحال - هذه الشروط يمكن للمدعى عليه التمسك بالدفع بعدم القبول، كأن يرفع المؤمن الاجتماعي دعوى قضائية دون مراعاة إجراء الطعن المسبق. وأما المقصود بالدفع بعدم القبول فهو ذلك: "...الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي..."¹². فالدفع بعدم القبول يتعلق بالحق في استعمال الدعوى وعرضها على المحكمة دون التعرض للموضوع أي إلى أحقية المدعي في طلبه، فالدفع لا يوجه إلى الحق المطالب به بل يوجه للحق في رفع الدعوى القضائية. ويكون -عندئذ - شرط الطعن المسبق بمثابة قيد على حق المتقاضي في اللجوء إلى الجهات القضائية.

وهذا ما خلصت إليه المحكمة العليا حيث جاء في أحد قراراتها: " حيث أن المطالبة بالمنح العائلية تعتبر من النزاعات العامة تخضع وجوبا قبل اللجوء إلى الجهة القضائية لإجراءات الطعن المسبق المنصوص عليها بالمواد 3، 6، 9، 10 و 14 من نفس القانون كان حينئذ على المطعون ضده مباشرة إجراءات الخبرة فيما يخص العطل المرضية أمام لجنة العجز وإجراءات الطعن المسبق لأن الإجراءات المختلفين...."¹³. ووصفت المحكمة العليا الطعن المسبق بالإجراء القانوني الجوهرى حيث جاء في أحد قراراتها: "...وطالما

¹² راجع المادة 67 ق إ م إ.

¹³ الغرفة الاجتماعية، المحكمة العليا ملف رقم 506684 بتاريخ 2009/05/06، مجلة المحكمة العليا (م م ع)، 2009.

أن المادتين 06 و 10 من قانون 83-15 المذكور تستوجب أن ترفع الاعتراضات التي تتعلق بطبيعتها بالمنازعات العامة إلى لجان الطعن المسبق قبل اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة، و بالتالي كان على قضاة القرار المطعون فيه الوقوف على هذا الإجراء القانوني الجوهري، ولما لم يعنوا بذلك ولم يناقشوا دفاع الطاعن القانوني فإنهم بقضائهم كما فعلوا شابوا قرارهم بالقصور في التسبب ومخالفة القانون مما يعرض قرارهم للنقض والإبطال....¹⁴.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن الدفع بعدم القبول يمكن إثارته في أي وقت، وأيا كانت حالة الخصومة، وحتى تلقائيا من قبل القاضي إذا كان الدفع بعدم القبول يتعلق بالنظام العام. ويكون إجراء الطعن المسبق في ضوء هذه الأحكام شرطا لقبول الدعوى القضائية بعيداً كل البعد عن فكرة الطرق البديلة لحل النزاعات وهذا ما يؤكد ارتباط أجل الطعن القضائي بالطعن المسبق.

الفرع الثاني - ارتباط أجل رفع الدعوى بالطعن المسبق

تنص المادة 15 من القانون رقم 08-08 السالف الذكر: " تكون القرارات عن اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق قابلة للطعن فيها أمام المحكمة المختصة طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية في أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ تبليغ القرار المعترض عليه، أو في أجل ستين يوما ابتداء من تاريخ استلام العريضة من طرف اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق إذا لم يتلق المعني أي رد على عريضته. ". يتبين من هذا النص أن العبرة في احتساب أجل رفع الدعوى القضائية مرهون بوجود طعن مسبق إذ يبتدئ سريان:

- أجل شهر من يوم تبليغ قرار لجنة الطعن المؤهلة الوطنية، وفي هذه الحالة فلا شك في أن المعني يكون قد تقدم بطعن مسبق على مستوى لجنة الطعن المحلية المؤهلة ولم يستجاب لطلبه إما بالرفض أو بانقضاء أجل الرد الممنوح للجنة، فتقدم بطعن ثانٍ

¹⁴ المحكمة العليا الغرفة الاجتماعية ملف رقم 563621 بتاريخ 2010/02/04، م م ع، 2011، 1، 177.

للجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق، التي فصلت في الطعن المرفوع وتم تبليغ القرار للمعني.

- أجل ستين يوما ابتداء من تاريخ استلام العريضة من طرف اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق. ولاشك في هذه الحالة أيضا أن المعني قد تقدم بطعن مسبق على مستوى اللجنة الولائية للطعن المسبق، ولم يستجاب له كما سبق شرحه، فتقدم بطعن ثانٍ على مستوى اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق، غير أنه لم يتلق رداً منها.

ويبدو واضحاً في كلتا الحالتين أن إجراء الطعن المسبق هو فعلاً شرط لقبول الدعوى القضائية وهو بمثابة قيد على حق التقاضي لمستعملي مرفق الضمان الاجتماعي، غير أن الوقوف عند هذه النتيجة الأولية متناقض مع رغبة المشرع في حماية المتقاضي الضعيف وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. ولكن عند التدقيق في أحكام المادتين 11 و 15 من قانون رقم 08-08 يتبين أن العطن أمام اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق يكون في قرار اللجنة المحلية المؤهلة للطعن المسبق، ويكون الطعن أمام الجهة القضائية في قرار اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق، وكأن اللجان المؤهلة للطعن المسبق هي لجان تسوية منازعات الضمان الاجتماعي، بحيث يمثل إجراء الطعن المسبق فرصة لتسوية الخلافات.

المطلب الثاني- الطعن المسبق: فرصة حقيقية لتسوية النزاعات

كان إجراء الطعن المسبق في ظل القانون القديم - أي القانون رقم 83-15 وفي ظل النظام القانوني السابق لهيئات الضمان الاجتماعي قريباً جداً من حيث غايته إلى التظلم الإداري إلا أنه عرف بعد ذلك تطوراً ملحوظاً¹⁵ لاسيما بعد ما أصبحت لجان الطعن هيئات إدارية مستقلة تبت في الطعون المقدمة من المؤمنين الاجتماعيين والمكلفين

¹⁵- لاسيما القانون رقم 90-10 المعدل والمتمم للقانون رقم 83-15 الذي استحدث بموجب مادته الرابعة لجنة وطنية للطعن المسبق تتولى الفصل في الاستئناف في القرارات الصادرة عن لجان الطعن باستثناء المسائل المتعلقة بالغرامات والزيادات، ج ر، 1991، عدد 80، ص 3.

ضد قرارات هيئات الضمان الاجتماعي (ف1)، الأمر الذي أثر كثيرا على الطعن القضائي كون اللجوء إلى الجهة القضائية أصبح حالة استثنائية (ف2).

الفرع الأول - لجان الطعن المسبق: هيئات إدارية تفصل في الطعون
يرفع الطعن المسبق بموجب المادة 5 من القانون رقم 08-08:
"...ابتداء أمام اللجنة المحلية المؤهلة للطعن المسبق... - أمام اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق، في حالة الاعتراض على قرارات اللجنة المحلية للطعن...". بعد تعريف لجان الطعن المسبقة (1)، نتناول صلاحياتها (2).

1- لجان الطعن المسبقة: هيئة إدارية مستقلة
تظهر استقلالية لجان الطعن المسبق من خلال كيفية إنشائها، وتشكيلتها وكذا طريقة تعيين أعضائها.

لقد استحدثت لجان الطعن المسبق بموجب القانون، إذ تم إنشاء لجان الطعن المحلية بموجب المادة 6 من القانون رقم 08-08 التي تنص: "تنشأ ضمن الوكالات الولائية أو الجهوية لهيئات الضمان الاجتماعي لجان محلية مؤهلة للطعن المسبق...". وأنشئت ضمن كل هيئة للضمان الاجتماعي لجنة وطنية مؤهلة للطعن المسبق بموجب المادة 10 من نفس القانون.

تتشكل اللجان المحلية للطعن المسبق من: "...ممثل عن العمال الأجراء،- ممثل عن المستخدمين، - ممثل عن هيئة الضمان الاجتماعي، -طبيب... يحدد عدد أعضاء هذه اللجان وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم".¹⁶، بينما تشكل اللجان الوطنية للطعن المسبق من: ممثل عن الوزير المكلف بالضمان الاجتماعي رئيسا، وثلاثة ممثلين عن مجلس الإدارة¹⁷، وممثل عن هيئة الضمان الاجتماعي المعنية¹⁸.

¹⁶ الفقرة 2 و 3 من المادة السادسة من القانون رقم 08-08.
¹⁷ يتكون مجلس الإدارة من الشركاء الاجتماعيين (أرباب العمل والعمال).

تشكل هذه اللجان المحلية والوطنية من مختلف شركاء قطاع الضمان الاجتماعي (العمال والمستخدمين)، فهي لجان إدارية مستقلة عن هيئات الضمان الاجتماعي. ولا يمثل أعضاء هذه اللجان بأي حال هيئات الضمان الاجتماعي، بل يمثلون الشركاء الاجتماعيين لمنظومة الضمان الاجتماعي، فيمثلون المستفيدين من الضمان الاجتماعي أي المؤمنين الاجتماعيين من جهة والممولين له من مستخدمي العمال غير الأجراء من جهة أخرى. وليس لهيئات الضمان الاجتماعي أي سلطة أيا كانت على أعضاء اللجان ولا صلاحيات تجاه هذه اللجان سوى توفير لها الوسائل المادية (الأمانة، المكاتب، التمويل...) لتمكينها من تادية مهامها في أحسن الظروف. وتعمل هذه اللجان تحت وصاية الوزارة المكلفة بالضمان الاجتماعي.

وتتجسد استقلالية لجان الطعن المسبق أيضا من خلال طريقة تعيين أعضائها، فتتم بموجب قرار وزاري صادر عن الوزير المكلف بالضمان الاجتماعي، طبقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 416-08 والمادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 417-08. ويعين الأعضاء باقتراح من المنظمات النقابية للعمال والمنظمات النقابية للمستخدمين الأكثر تمثيلا على مستوى الولاية أو المستوى الوطني، بحسب طبيعة اللجنة المعنية - محلية أو وطنية- لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد.

2- صلاحيات لجان الطعن المسبق

استحدثت هذه اللجان خصيصا للفصل في الطعون المقدمة من طرف المؤمنين الاجتماعيين والمكلفين في مجال الضمان الاجتماعي ضد قرارات هيئات الضمان الاجتماعي، ومن ثمة فهي تتمتع بصلاحيات شبيهة بتلك التي تتمتع بها الجهات القضائية.

يتعين على لجان الطعن المحلية بموجب المادة 8 من قانون رقم 08-08 الفصل أولا في قبول الطعن شكلا، وذلك من خلال مراقبة احترام أجل الطعن المحدد بخمس عشرة يوما، وكذا ضرورة الشكل

¹⁸ راجع المرسوم التنفيذي رقم 416-08، يحدد تشكيلة اللجان الوطنية للطعن المسبق المؤهلة في الضمان الاجتماعي وتنظيمها وسيرها، ج ر، 2009، عدد 1، ص 23.

الكتابي للطعن طبقا للفقرة الثانية من نفس المادة، وقد تنتهي إلى رفض الطعن شكلا. وتتولى لجان الطعن المؤهلة المحلية في مرحلة ثانية البت في الجانب الموضوعي للطعن، أي قبول الطعن من عدمه موضوعا. وتبت هذه اللجان بموجب المادة 7 من القانون رقم 08-08:

- في الطعون المرفوعة من قبل المؤمنين الاجتماعيين ضد قرارات هيئة الضمان الاجتماعي،
- في الاعتراضات عن الزيادات والغرامات المقدمة من طرف المكلفين.

تفصل لجان الطعن المحلية في هذه الطعون ابتداء على أن تكون قراراتها قابلة للطعن أمام اللجنة الوطنية للطعن، غير أنه تستثنى من هذا المبدأ المسائل المتعلقة بالزيادات والغرامات التي تساوي أو تقل عن مبلغ 10.000.000 دج والتي تفصل فيها اللجنة بصفة ابتدائية ونهائية. وتتمتع هذه اللجان بسلطة تقديرية فيما يتعلق بتقدير حالة القوة القاهرة، وحسن نية المكلف.

وتتولى اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق بموجب المادة 11 من القانون رقم 08-08 البت:

- في الطعون المرفوعة ضد قرارات لجان الطعن المحلية، على أن تكون قرارات اللجنة الوطنية قابلة هي بدورها للطعن أمام الجهات القضائية المختصة، باستثناء الاعتراضات المتعلقة بالزيادات والغرامات التي تفوق مبلغ 10.000.000 دج والتي يفصل فيها بصفة ابتدائية ونهائية. وعلى غرار اللجان المحلية، تبت اللجان الوطنية في الجانب الشكلي ثم في الجانب الموضوعي.

تبين من هذه المهام أن لجان الطعن المسبق تتولى مهام مشابهة لمهام الجهات القضائية، فلها أن تفصل في الطعون المقدمة من طرف مستعملي مرفق الضمان الاجتماعي، ولها أن تفصل في أول وآخر درجة في الاعتراضات المتعلقة بالزيادات والغرامات التي يتحملها المكلفين نتيجة إخلالهم بواجباتهم نحو الضمان الاجتماعي. وتتمتع لجان الطعن المسبق في هذا الشأن بسلطة تقديرية ولها أن تعفي

المكلف من كل الزيادات والغرامات في حالة وجود قوة القاهرة حالت دون تمكين المكلف من القيام بواجباته في الآجال المحددة قانونا. ولها أيضا أن تفصل في قبول الطعون المقدمة شكلا، علما وأن المشرع فرض بعض الشكليات البسيطة والتي يتعين مراعاتها من قبل المعنيين عند تقديم طعونهم تحت طائلة رفضها شكلا، ومنها الشكل المكتوب للطعن، واحترام الآجال القانونية. ولعل ما يزيد تشابها بين إجراءات الطعن المسبق وإجراءات الدعوى أمام جهات التقاضي أن الفصل في الطعن المسبق يكون على درجتين، حيث تفصل اللجان المحلية بقرارات ابتدائية تكون قابلة للطعن أمام اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق.

الفرع الثاني - الطعن القضائي حالة استثنائية

يبدو واضحا من تسمية الطعن بالمسبق من جهة ومن حق الطاعن في اللجوء إلى الجهات القضائية لمجرد انتهاء مدة الفصل المحددة للجان الطعن المسبق من جهة أخرى، أن حل النزاع على هذا المستوى هو أمر احتمالي نظريا، غير أن الجانب العملي أفرز حقيقة أخرى. وتستند النتائج المسجلة في الواقع إلى أمرين أساسيين: أحدها قانوني والآخر سلوكي.

يتمثل السبب القانوني في اختصاص لجان الطعن المسبق دون غيرها للنظر في الاعتراضات المتعلقة بالغرامات والزيادات المفروضة بقوة القانون على المكلفين المخلين بواجباتهم في مجال الضمان الاجتماعي. وتفصل لجان الطعن المسبق في هذه المسائل ابتداء وانتهاء وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. ومن الثابت أن جل الطعون التي يتقدم بها المكلفون تتمحور حول طلبات تخفيض أو إعفاء من هذه الغرامات والزيادات، لاسيما أن الواجبات المالية المترتبة على هؤلاء تقوم على نظام التصريح. وطالما أن القانون يمنع عرض هذا النوع من الاعتراضات على المحاكم، أصبح الطعن المسبق - بطبيعة الحال - الوسيلة الملائمة لحل النزاعات في هذا المجال.

وأما السبب الثاني فهو ذو طابع سلوكي، إذ في أغلب الحالات يكتفي المعارضين على قرارات هيئات الضمان الاجتماعي بمرحلة الطعن المسبق ولا يرغبون في اللجوء إلى المحاكم. وأما عن مبررات هذا السلوك فهو بساطة ومجانية إجراءات الطعن المسبق، إذ يتم الطعن المسبق بموجب طلب خطي موجه إلى هيئة الضمان الاجتماعي مع إشعار بالوصول، أو يودع لدى أمانة لجنة الطعن. ولما كان هذا الإجراء في متناول الجميع، فليس هناك ما يمنع كل من تلقى ردا سلبيا من هيئات الضمان الاجتماعي من تقديم الطعن.

بالإضافة إلى ذلك، فكثيرا ما يتفهم أعضاء لجان الطعن المسبق أوضاع المؤمنين الاجتماعيين فيبدون بعض السهولة والمرونة عند نظرهم في الاعتراضات المقدمة لهم. وفي ضوء هذه الاعتبارات أصبحت الطعون ضد قرارات هيئات الضمان الاجتماعي شبه آلية، لاسيما وأنها دون أدنى تكليف وقد تكسب صاحبها امتيازات.

ويتبين من الإحصائيات التي تحصلنا عليها أن الأغلبية الساحقة للطعون والاعتراضات المسجلة ضد قرارات الضمان الاجتماعي لا تتعدى المرحلة الأولى أي الطعن المسبق. ولقد تلقت لجان الطعن المسبق المحلية لدى صندوق الضمان الاجتماعي للعمال الأجراء في الفترة ما بين 2010-2013، قرابة 47.422 اعتراضا من قبل المكلفين، وتم الفصل في 33.852 منها، أي 70% منها. ومن بين الطعون المفصول فيها قبل ما لا يقل عن 27.268 طعنا أي ما يقارب 80 % (الجدول رقم 1).

كما تلقت لجان الطعن المسبق المحلية لدى صندوق الضمان الاجتماعي للعمال الأجراء في سنتي 2012-2013 ما يقارب 39.337 طعنا من قبل المؤمنين الاجتماعيين، فقبل منها 20.820 طعنا، أي ما يعادل 52 %. ومن بين الطعون المرفوضة، كان سبب رفض 667 منها عدم احترام آجال الطعن، أي ما يعادل 4 % من الطعون المرفوضة (جدول رقم 2).

وتلقت لجنة الطعن المسبق الوطنية لدى صندوق الضمان الاجتماعي للعمال الأجراء، الفاصلة في الاستئنافات المقدمة ضد قرارات اللجان المحلية، 1770 طعنا بعنوان سنة 2012، في حين تلقت لجان الطعن المحلية بعنوان نفس السنة 26.653 طعنا من المؤمنين الاجتماعيين والمكلفين، والملاحظ - عندئذ - أنه لم يصل إلى اللجنة الوطنية للطعن المسبق سوى 6 % من مجمل الطعون المقدمة. ومن بين 1770 طعنا المسجلة على مستوى اللجنة الوطنية للطعن المسبق تم قبول 611 منها، ومن ثم لم يبق من الطعون المحتمل عرضها على الجهات القضائية حوالي ألف طعن، أي قرابة 4% من مجمل الطعون المسجلة على مستوى اللجان المحلية للطعن المسبق (جدول رقم 3)¹⁹.

وسجلنا تقريبا نفس الظاهرة بالنسبة للطعون المسبقة المقدمة من قبل العمال غير الأجراء، حيث تم إحصاء في الفترة ما بين 2008-2013 ما لا يقل عن 199.407 طعنا لدى اللجان المحلية للطعن المسبق لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الأجراء. وبنت هذا اللجان في 185.836 طعنا أي بنسبة 93 %، في حين لم تتلق لجنة الطعن المسبق الوطنية لدى نفس الصندوق وفي نفس الفترة سوى 10.878 استئنافا أي أقل من 6 % من مجموع الطعون التي تم الفصل فيها ابتداء (الجدول رقم 4).

ولا يسعنا في ضوء هذه الإحصائيات²⁰ إلا أن ننوه بأهمية إجراء الطعن المسبق في حل منازعات الضمان الاجتماعي المتعلقة بالمنازعات العامة. ونبحث فيما يلي عما إذا كان الأمر على نفس النحو بالنسبة للمنازعات الطبية.

¹⁹ الملاحظ أننا لم نتبع نفس الطريقة في عرض الإحصائيات وذلك بسبب اختلاف مصادرها.
²⁰ يوجد إلى جانب الصديقين المذكورين، الصندوق الوطني للمعاشات والصندوق الوطني للبطالة، إلا أننا لم نتمكن من الحصول على إحصائيات بشأن نشاطات لجان العطن المسبق لدى هذين الصندوقين، مع العلم أن أغلبية الطعون المسبقة تتعلق بالتأمينات الاجتماعية المتعلقة بالتأمين على المرض، والتأمين على الولادة، والتأمين على العجز والتأمين على حوادث العمل والأمراض المهنية، ومثل هذه التأمينات هي من صلاحيات الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء والصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية لغير الأجراء.

المبحث الثاني - المنازعات الطبية

تشكل المنازعات الطبية النوع الثاني من منازعات الضمان الاجتماعي، وقد عرفها المشرع على أنها: "...الخلافات المتعلقة بالحالة الصحية للمستفيدين من الضمان الاجتماعي، لاسيما المرض والقدرة على العمل والحالة الصحية للمريض والتشخيص والعلاج وكذا كل الوصفات الطبية الأخرى". يتبين من هذا التعريف أن النزاع لا يتعلق بالجانب القانوني، بل يعني حالة واقع، كاختلاف المؤمن الاجتماعي مع مصالح الضمان الاجتماعي حول حالته الصحية. ومن المعروف في مثل هذه الحالات - أي المسائل الفنية - أنه لا بد من الاستعانة برأي فني، أي رأي خبير، وهو الأمر الذي جعل المشرع يعتمد في حل هذه النزاعات وسيلتين بحسب طبيعة النزاع وهما: الخبرة الطبية (م 1) والطعن أمام لجنة العجز (م 2).

المطلب الأول - الخبرة الطبية : تحكيم طبي

تعتبر الخبرة من التدابير التي يستعين بها القاضي في حل النزاعات ذات الطابع الفني، غير أنه من المعروف أيضا أن رأي الخبير لا يلزم القاضي، ومن ثم فالخبرة لا يمكن أن تكون وسيلة لحل النزاعات. ولكن هذا لا يمنع في إطار التسوية الودية للنزاعات أن يحتكم المتخاصمين إلى خبير لاسيما إذا كان النزاع ذا طابع فني. ويظهر أن المشرع اختار هذا الحل بالنسبة لبعض النزاعات الطبية ولو أن الأمر يتعلق بحقوق غير قابلة للتصرف. فالخبرة الطبية كطريق لحل النزاعات الطبية هي في حقيقة الأمر تحكيم طبي، كون الخبير يتم تعيينه بموجب اتفاق المتخاصمين (ف 1)، وتكون نتائج الخبرة ملزمة لهما (ف 2).

الفرع الأول - اتفاق الطرفين : أساس الخبرة الطبية

يشمل اتفاق الخبرة مسألتين: تتعلق الأولى بتعيين الخبير (1) والثانية بمهمة الخبير (2).

1- تعيين الطبيب الخبير بالاتفاق

نظمت المادة 21 من القانون رقم 08-08 كيفية تعيين الطبيب الخبير باتفاق الطرفين. ويبدو من الضروري في البداية تحديد المقصود بأطراف الاتفاق، ألا وهما المؤمن الاجتماعي بمساعدة طبيبه المعالج من جهة وهيئة الضمان الاجتماعي ممثلة من طرف طبيبه المستشار من جهة ثانية. يتم اختيار الطبيب الخبير بطلب من المؤمن الاجتماعي وبسعي من هيئة الضمان الاجتماعي. ويتعين على هيئة الضمان الاجتماعي في هذا الإطار مباشرة إجراءات التعيين الاتفاقي للطبيب الخبير في أجل 8 أيام من تاريخ إيداع طلب الخبرة.

تقوم - عمليا - هيئة الضمان الاجتماعي باقتراح على المؤمن الاجتماعي ثلاثة أطباء خبراء على الأقل من ضمن قائمة الخبراء²¹، وإلا أصبحت ملزمة برأي الطبيب المعالج²². ونذكر في هذا الشأن أن سبب النزاع المراد حله عن طريق الخبرة هو الاختلاف الحاصل بين رأي الطبيب المعالج ورأي الطبيب المستشار لدى هيئة الضمان الاجتماعي. ويتعين - بالمقابل - على المؤمن الاجتماعي رفض أو قبول اقتراح الضمان الاجتماعي في أجل 8 أيام وذلك تحت طائلة سقوط الحق في الاختيار الاتفاقي للطبيب الخبير، فتتفرد هيئة الضمان الاجتماعي بتعيين الطبيب الخبير. وفي حالة رفض الأطباء الخبراء المقترحين، وما لم يحصل اتفاق بين الطرفين تتولى هيئة الضمان الاجتماعي تعيين الطبيب الخبير في أجل أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ إيداع طلب الخبرة على أن لا يكون الطبيب الخبير المعين من أولئك الذين سبق اقتراحهم.

²¹ تعد هذه القائمة من قبل الوزير المكلف بالصحة والوزير المكلف بالضمان الاجتماعي وفق الشروط التي يحددها التنظيم، راجع الفقرة الثانية والثالثة من المادة 22 من القانون رقم 08-08 السالف الذكر. راجع أيضا المرسوم التنفيذي رقم 11-364 المؤرخ في 11 أكتوبر 2011 يحدد شروط وكيفية تسجيل الأطباء في قائمة الأطباء الخبراء في مجال المنازعات الطبية للضمان الاجتماعي، وكذا حقوقهم وواجباتهم، ج ر، 2011، عدد 59، ص 19.

²² راجع بشأن الطابع الرسمي لتبليغ قرارات هيئة الضمان الاجتماعي، القرار الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، بتاريخ 1994/12/20 في الملف رقم 119321، المجلة القضائية، 1995، 1، 169.

وتشبه إجراءات تعيين الطبيب الخبير هذه إلى حد كبير الإجراءات المتبعة في تعيين المحكم في إطار التحكيم، علما وأن الاتفاق يشمل أيضا تحديد مهمة الطبيب الخبير.

2- تحديد مهمة الطبيب الخبير

تستخلص مهمة الطبيب الخبير من الاتفاق الضمني بين الطرفين، فتحدد على ضوء مختلف الوثائق المحررة والمقدمة من قبل الأطراف والمتمثلة في قرار هيئة الضمان الاجتماعي المعارض عليه، وطلب الخبرة المقدم من قبل المؤمن الاجتماعي والمرفق بتقرير الطبيب المعالج. وللتذكير تلزم هيئة الضمان الاجتماعي بموجب أحكام المادة 25 من القانون السالف الذكر: "... بتقديم ملف إلى الطبيب الخبير يتضمن:- رأي الطبيب المعالج، - رأي الطبيب المستشار، - ملخص المسائل موضوع الخلاف، - مهمة طبيب الخبير." ولا شك أن هذه الوثائق تمكن الخبير من تحديد بدقة موضوع الخلاف القائم بين الطرفين وكذا وجهة نظر كل منهما.

الفرع الثاني - إلزامية نتائج الخبرة

تنص الفقرة الثانية من المادة 19 من قانون رقم 08-08: "تُلزم نتائج الخبرة الطبية الأطراف بصفة نهائية". ونرى أن الطبيعة الإلزامية لنتائج الخبرة هي التي غيرت من الطبيعة القانونية للخبرة الطبية، فأصبحت وسيلة فصل في النزاع بعد ما كانت مجرد إجراء تحقيق لا يلزم القاضي. لقد أصبحت الخبرة الطبية من خلال إلزام الأطراف بنتائجها على غرار التحكيم من الطرق البديلة لحل النزاعات.

ولا تكون نتائج الخبرة الطبية ملزمة للأطراف فحسب، بل تعتبر أيضا نهائية، بمعنى أنها غير قابلة للطعن أمام الجهات القضائية أو أي جهة أخرى²³. ولقد استثنت الفقرة الثالثة من المادة 19 من القانون السالف الذكر حالة واحدة تسمح باللجوء إلى المحكمة ألا

²³ راجع تأكيدا لهذا قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية بتاريخ 2008/07/09، ملف 463285، مجلة المحكمة العليا، 2008، 2، 447.

وهي حالة استحالة إجراء الخبرة على المعني. والحقيقة أن الاستثناء في هذه الحالة لا ينصرف إلى الطابع النهائي للخبرة الطبية كوسيلة بديلة لحل النزاع الطبي، بل هو حالة تستبعد فيها تماما الخبرة الطبية، فتكون الجهة القضائية هي المختصة أصلا لإجراء الخبرة. وتعود حالة الاستحالة هذه إلى اعتبارات موضوعية قد تتعلق بالنظام العام كأن يكون المعني ميتا. وأما إذا استحالت الخبرة لأسباب شخصية، كأن يرفض المعني إجراء الخبرة أو لم يستجيب لاستدعاء الخبير من دون مبرر، فإن المادة 28 من القانون رقم 88-88 تقضي في هذه الحالة بسقوط حق المؤمن الاجتماعي في الخبرة الطبية، ومن ثم يصبح القرار الذي اتخذته هيئة الضمان الاجتماعي استنادا إلى رأي الطبيب المستشار ملزما للطرفين.

وعلى خلاف القانون السابق الذي كان يسمح بالطعن في الخبرة الطبية أمام الجهات القضائية حالة مخالفة الجانب الإجرائي²⁴، فإن القانون الحالي ورغم فرضه إجراءات معينة يتعين احترامها في إطار الخبرة الطبية وذلك بغرض المحافظة على حقوق الأطراف ولاسيما حقوق المؤمن الاجتماعي، فإنه لا يسمح لأي من الطرفين بالطعن في نتائج الخبرة أمام الجهات القضائية. والحاصل - عندئذ - أن الخبرة الطبية تعد تحكيما طبيا ومن ثم يمكن إلحاقها بالطرق البديلة لحل النزاعات. ويبقى أن البعض الآخر من الخلافات الطبية لا سيما تلك المتعلقة بحالات العجز تخضع لإجراء آخر ألا وهو الطعن أمام لجنة العجز.

المطلب الثاني - الطعن أمام لجنة العجز: إجراءات متميزة

تكون من اختصاص لجنة العجز الولائية المؤهلة، بموجب الفقرة 31 من القانون رقم 08-08: "... الخلافات الناجمة عن القرارات الصادرة عن هيئات الضمان الاجتماعي والمتعلقة بما يأتي : ... - حالة العجز الدائم، الكلي أو الجزئي الناتج عن حادث عمل أو مرض مهني

²⁴ راجع المادة 25 من القانون رقم 83-15.

يترتب عنه منح ريع...، - قبول العجز، وكذا درجة ومراجعة حالة العجز في إطار التأمينات الاجتماعية....". ويكون إخطار هذه اللجنة من قبل المؤمن الاجتماعي الذي ينازع في قرار هيئة الضمان الاجتماعي بشأن حالة عجزه وجوبياً²⁵، وتذكرنا هذه الإجراءات بالطعن المسبق ولجان الطعن المسبق، غير أنه بالنظر إلى الأحكام التي تدير المسائل المتعلقة بحالة العجز، يتبين أن الطعن المقدم للجنة العجز لا يمكن اعتباره بمثابة طعن مسبق (ف1)، وهو الأمر الذي سينعكس حتماً على تحديد الجهة القضائية المختصة التي يرفع إليها الطعن القضائي (ف2).

الفرع الأول - إخطار لجنة العجز: ليس بطعن مسبق

يتعين على لجنة العجز بموجب القانون رقم 08-08 أن تبت في الاعتراضات (1) على أنه يمكن بعد ذلك وعند الحاجة الطعن في قراراتها أمام الجهة القضائية المختصة (2).

1- لجنة العجز: هيئة للفصل في حالة العجز

إنه من الثابت أن لجنة العجز هي لجنة إدارية على غرار لجنة الطعن المسبق، وقد أنشئت بموجب المادة 30 من القانون رقم 08-08، على أن يكون أغلب أعضائها أطباء. وقد تم بموجب المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 09-73²⁶ تحديد تشكيلها على النحو التالي :
- ممثل الوالي رئيساً، - طبيبان خبيران يقترحهما مدير الصحة والسكان للولاية، - طبيبان مستشاران أحدهما ينتمي إلى الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء والآخر ينتمي إلى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الأجراء - ممثل عن العمال

²⁵ جاء في القرار الصادر بتاريخ 2008/04/09 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا في الملف رقم 452201 مايلى: "حيث يتبين فعلاً من القرار المطعون فيه، الحكم المستأنف والوقائع التي أوردها أن النزاع الحالي له طابع طبي طالما وأن المطعون ضده يعترض على نسبة العجز وفي هذه الحالة كان عليه الاعتراض أمام لجنة العجز الولائية المنصوص عليها في المادة 30 من القانون 83-15 المعدلة والمتممة بالقانون 99-10 وليس كما فعله خطأ لما أقام الدعوة مباشرة أمام المحكمة دون اللجوء أمام لجنة العجز لأجل الاعتراض على القرار الصادر عن هيئة الضمان الاجتماعي، ففضلاً المجلس وقبلهم قاضي الدرجة الأولى لما قبلوا الدعوة وتمسكوا بالاختصاص وفصلوا في طلب المطعون ضده يكونون بذلك خالفوا أحكام المادة 30 من القانون 83-15 المعدلة والمتممة بالقانون 99-10 مما يعرض قرارهم إلى النقض دون الإحالة عملاً بالمادة 269 طالما وأن النقطة القانونية التي فصلت فيها المحكمة العليا لم تترك من النزاع ما يتطلب الفصل فيه."، مجلة المحكمة العليا 2008، 1، 387.

²⁶ بتاريخ 7 فبراير 2009، ج ر، 2009، عدد 10.

الأجراء باقتراح من النقابة العمالية الأكثر تمثيلاً - وممثل عن العمال غير الأجراء باقتراح من المنظمة النقابية للمستخدمين الأكثر تمثيلاً.

يعين أعضاء اللجنة بموجب المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي السالف الذكر لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد بقرار من الوزير المكلف بالضمان الاجتماعي على غرار ما هو ساري العمل به بالنسبة للجان الطعن المسبق. إلا أن هذا التقارب لم يمنع من وجود تباين واضح بين لجان العجز ولجان الطعن المسبق، وذلك بالنظر إلى مهام لجنة العجز. ونرى في هذا الشأن أن لجنة العجز تتمتع بصلاحيات شبه قضائية، فهي ملزمة بالفصل في الاعتراضات المقدمة (1.1) ولها أن تتخذ في سبيل ذلك ما تراه مناسباً من إجراءات التحقيق (2.1).

1.1- واجب لجنة العجز بالفصل في الاعتراضات

تبت لجنة العجز على غرار لجنة الطعن المسبق في الخلافات الناجمة عن القرارات الصادرة عن هيئات الضمان الاجتماعي، غير أن الأولى تختص بالخلافات المتعلقة بحالة العجز بينما ينصرف اختصاص اللجنة الثانية إلى الخلافات التي تندرج ضمن المنازعات العامة. وكما حدد أجل للجان الطعن المسبق المؤهلة لكي تبت في الطعون المرفوعة لها، منح المشرع أيضاً للجنة العجز أجلاً أقصاه ستين يوماً من يوم استلام العريضة للبت في الخلافات المرفوعة إليها. ولكن هذا التقارب بين الإجراءين لن يصل إلى حد اتحاد طبيعتهما القانونية، فالاعتراض المقدم أمام لجان الطعن المسبق هو كما ترمز إليه تسميته مجرد طعن مسبق، ومن ثم قد تبت فيه لجنة الطعن وقد لا تبت فيه ولو أنها أنشئت لهذا الغرض. فالطعن المسبق لا يرقى منه الفصل في النزاع بقدر ما يرقى منه توفير فرصة أخيرة لمراجعة قرار هيئة الضمان الاجتماعي المتنازع فيه قبل اللجوء إلى المحاكم، وهو الأمر الذي يبرر تحديد أجل للبت في الاعتراض من جهة، والسماح للطاعن من جهة أخرى باللجوء للمحكمة عند انتهاء ذلك الأجل ودون انتظار قرار لجنة الطعن المؤهلة.

ولا شك في أن الأمر يختلف بالنسبة للجنة العجز، فهي ملزمة بالفصل في حالة العجز ولو بعد انقضاء أجل المحدد لذلك. وما لم تفصل في الاعتراض، فلا يمكن للطاعن اللجوء إلى المحكمة، وله أن ينتظر قرار لجنة العجز أيا كانت المهلة التي يستغرقها صدور القرار. وهذا ما تؤكده أحكام المادة 35 من القانون رقم 08-08 التي حددت أجل الطعن أمام الجهات القضائية بثلاثين يوما من تاريخ استلام تبليغ قرار لجنة العجز الولائية المؤهلة. ولما كان الأمر على هذا النحو فمن البديهي أن انقضاء أجل المدة المحددة للجنة بغرض البت في الاعتراض لا ينال من اختصاصها كما هو الأمر بالنسبة للطعن المسبق. ونرى في النهاية أن إخطار لجنة العجز لا يعد مجرد طعن مسبق، بل يحملها واجب الفصل في النزاع، ولذا منحها المشرع أيضا الصلاحيات اللازمة للقيام بالتحريات الضرورية كأن تمارس صلاحيات القاضي.

2.1- تأهيل لجنة العجز للقيام بالتحقيق

لقد سبقت الإشارة إلى أن المنازعات الطبية هي خلافات تتمحور حول الحالة الصحية للمؤمن الاجتماعي، فهي بالأساس مسائل فنية، يتطلب حلها تدخل خبراء، ولذا كان أغلبية أعضاء لجنة العجز أطباء. ونلاحظ في هذا الشأن أن المشرع بقي، عند استحداثه لجنة العجز، متمسكا بفكرة الخبرة كوسيلة لحل النزاعات الطبية. وأما الغرض من استحداثها هو إشراك الشركاء الاجتماعيين لمنظومة الضمان الاجتماعي - إلى جانب الأطباء الخبراء - في اتخاذ بعض القرارات ذات التوابع المالية الكبيرة على غرار الريوع. ولا شك أيضا في أن هيئات الضمان الاجتماعي تسعى إلى المحافظة على توازنها المالي، فتفضل - عندئذ - حل النزاع على مستوى لجنة العجز، كون أعضائها أكثر دراية بمصالح الطرفين المتنازعين، بدل من الجهات القضائية التي تتجاهل كليا الحالة المالية لهيئات الضمان الاجتماعي. وفي ضوء هذه الاعتبارات لم يكلف المشرع بإلزام لجنة

العجز بالفصل في الاعتراضات المتعلقة بحالة العجز، بل مكنها من اتخاذ : "...كل التدابير، لاسيما تعيين طبيب خبير وفحص المريض وطلب فحوص تكميلية ويمكنها أن تقوم بكل تحر تراه ضروريا." 27 وذلك بغرض تمكينها من الفصل في النزاع عن دراية تامة بكل تفاصيله على غرار القاضي.

ويتبين من الإحصائيات المتعلقة بنشاط لجان العجز الولائية لدى وكالات صندوق الضمان الاجتماعي للعمال الأجراء أنه خلال السنتين الأخيرتين (2012-2013) تلقت 21.659 طعنا، قبل منها 5.964، أي ما يعادل 30 %. وتلقت بدورها لجان العجز لدى الوكالات الجهوية لصندوق الضمان الاجتماعي للعمال غير الأجراء 635 طعنا في الفترة ما بين 2008-2013، قبل منها 296 طعنا، أي ما يعادل 50 %. وتبرز هذه الأرقام أهمية لجان العجز في إطار حل النزاعات المتعلقة بحالة العجز، وهذا ما جعل الطعن القضائي يوجه ضد قرارات العجز، بغرض مراقبتها وإعادة النظر فيها عند الحاجة.

2- قرار لجنة العجز أساس الطعن القضائي

إنه على خلاف ما هو معمول به في مجال الطعن المسبق بالنسبة للمنازعات العامة، لا يمكن تصور الطعن القضائي بالنسبة لحالات العجز إلا بعد وضد القرارات الصادرة عن لجنة العجز. وهذا ما تؤكد به بكل وضوح أحكام المادة 34 من القانون رقم 08-08 التي تنص: " تكون قرارات لجنة العجز الولائية المؤهلة قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة في أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ استلام تبليغ القرار. ". يستخلص من هذا النص أن الطعن القضائي يوجه حصريا ضد قرار لجنة العجز، ومن ثم لا يبدأ سريان واحتساب أجل الطعن القضائي إلا من تاريخ تبليغ القرار محل الطعن. وبمفهوم المخالفة لا طعن قضائي ما لم تصدر لجنة العجز قرارها ولا تسري أجل الطعن إلا من تاريخ التبليغ، والحقيقة أن هذه النتيجة طبيعية

27 المادة 32 من القانون رقم 88-88.

كون الطعن أمام لجنة العجز لا يعتبر من قبيل الطعون المسبقة كما سبق بيانه، بل هو إجراء لحل النزاع.

ولقد أعطى المشرع أهمية بالغة لإجراء تبليغ قرارات لجنة العجز، إذ يجب أن تبلغ وجوبا خلال عشرين يوما من يوم صدور القرار، على أن يتم ذلك التبليغ بواسطة رسالة مضمونة مع إشعار بالوصول أو بواسطة عون مراقبة معتمد للضمان الاجتماعي مع محضر تسليم²⁸.

وأما عن الدفع المستند إليها في الطعن القضائي ضد قرارات لجنة العجز فهي - على العموم - نوعان، فقد يدفع الطاعن بسوء تقدير الوقائع منها على سبيل المثال جبر الإصابة من عدمها. وقد يستند الطاعن إلى سوء أو خطأ في تطبيق القانون، منها مخالفة إجراءات جوهرية، أو عدم تسبب القرار... إلخ²⁹. ونذكر في هذا الشأن أن تقدير الوقائع يخضع - عادة - لتقديرات قضاة الموضوع، في حين تكون المسائل المتعلقة بتطبيق القانون من اختصاص قضاة القانون. وفي ضوء هذه الاعتبارات وكذا مبتغى الطعن القضائي، فإنه يرفع بحسب الحالة أمام الجهات القضائية الفاصلة في الموضوع، أو أمام المحكمة العليا.

الفرع الثاني - المقصود بالجهة القضائية المختصة

لقد أثارت تشكيلة لجنة العجز والصلاحيات التي تتمتع بها وكذا الطابع الفني للنزاعات التي تفصل فيها تساؤلات عديدة بشأن الغاية من الطعن القضائي؟ فقد يكون الغرض من الطعن القضائي هو تمكين قضاة القانون من مراقبة تطبيق القانون من قبل لجنة العجز، وفي هذه الحالة يرفع الطعن القضائي بواسطة طعن بالنقض أمام المحكمة العليا. وهذا هو الحل الذي أخذ به التشريع القديم (1). غير أن الاجتهاد القضائي لم يتمسك بهذا الحل بعد إصدار القانون رقم 08-08، بل يرى أن الطعن القضائي يرفع أمام القسم الاجتماعي للمحكمة وذلك من قبل كل مؤمن اجتماعي تم رفض طعنه من قبل

²⁸ المادة 34 من القانون رقم 88-88.

²⁹ راجع المادتين 358 و359 ق إ م إ بشأن أوجه الطعن.

لجنة العجز. وبعبارة أخرى يعاد النظر في القضية في جانبها الموضوعي وفق الإجراءات العادية المتبعة أمام المحاكم (2).

1- الطعن القضائي: طعن بالنقض أمام المحكمة العليا

تثير الشكليات الإجرائية المفروضة في إطار إجراء الطعن أمام لجنة العجز من آجال مختلفة (أجل للطعن، أجل للفصل في الطعن، أجل لتبليغ قرار اللجنة، أجل للطعن القضائي) وأشكال يتعين مراعاتها (طعن مكتوب مصحوب بتقرير الطبيب المعالج، شكل معين لمعينة إيداع الطعن وآخر للتبليغ... إلخ)، بعض التساؤلات بالنسبة لغايتها؟ ويبدو أن المشرع بالغ في هذه الشكليات -مهما كانت مبسطة ومجانية- طالما أنها تتعلق بطعن أمام لجنة إدارية من جهة وأنه يمكن للمؤمن الاجتماعي التمسك بالطعن القضائي من جهة أخرى.

لا شك في أن هذه الشكليات تزيد الإجراءات تعقيدا، غير أنها تمثل في نفس الوقت حماية لحقوق الأطراف، وهي تستند في الحقيقة إلى مبررين لا يمكن للمشرع إغفالهما. أما المبرر الأول فهو التغيير السريع للحالة الصحية، أي حالة العجز للمريض، والتي تتطلب - عندئذ - تدخلا سريعا لمعابنتها، فهي لا تقبل أي تماطل أو تأخير في الإجراءات، وهذا ما يبرر الآجال المختلفة الواجب مراعاتها في الإجراءات المتعلقة بالطعن أمام لجنة العجز. ويتمثل المبرر الثاني في بقاء الإجراءات أمام المحاكم، بحيث يصبح الطعن القضائي بدون فائدة بالنظر إلى التغيير السريع للحالة الصحية للمريض. وكثيرا ما يكون القاضي أمام صعوبات كبيرة، تحول دون تمكنه من تحديد الحالة الصحية الفعلية التي كان عليها المؤمن الاجتماعي وقت نشأة النزاع، أي قبل سنة فأكثر. وليس للقاضي في هذه الظروف من سبيل غير اعتماده على المعاینات التي توصلت إليها لجنة العجز. ويظهر أن المشرع لم يتجاهل هذه الحقيقة وقد عالجها من خلال أحكام المادة 59 من القانون رقم 83-13 والتي تنص: "يمكن أن تتم المراجعة كل ثلاثة أشهر على الأكثر، خلال السنتين الأوليتين المواليين لتاريخ الشفاء أو جبر الجروح، وبعد انقضاء هاتين

السنتين لا يمكن أن يتم تحديد جديد للتعويضات الممنوحة إلا بعد فترة مدتها سنة بين المرة والأخرى، وتبقى هذه الآجال سارية حتى ولو تم الأمر بعلاج طبي. "

وإنه في ضوء هذه الاعتبارات كان التشريع القديم أي القانون رقم 83-15، يقضي وبصفة واضحة في مادته 37 بما يلي: "يجوز الاعتراض على قرارات اللجان المختصة بحالات العجز بالطعن لدى المجلس الأعلى للقضاء طبقاً للقانون ". ويتمثل الطعن القضائي -عندئذ - في الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، التي لا تنشغل كما هو معروف إلا بالجانب المتعلق بتطبيق القانون، فتراقب التطبيق السليم للقانون من عدمه من قبل قضاة الموضوع. والغرض من الطعن القضائي في مجال حالات العجز ليس بإعادة النظر في النزاع برمته، بل يقتصر على مراقبة التطبيق الصحيح للقانون من عدمه من قبل لجنة العجز. وبعبارة أخرى يكون الجانب الموضوعي من اختصاص لجنة العجز، ولها في ذلك سلطة تقديرية، بينما تتولى المحكمة العليا في إطار الطعن القضائي المنصوص ضد قرارات لجنة العجز بمراقبة التطبيق السليم للقانون فقط³⁰. وتراقب في هذا الإطار على وجه الخصوص احترام الإجراءات الجوهرية على غرار الشكليات المختلفة والتي سبقت الإشارة إليها. ويكون هذا التصور للطعن القضائي في مجال حالات العجز هو أساس الشكليات المختلفة المحيطة بالطعن أمام لجنة العجز.

ولم يطرأ أي تغيير بشأن الجهة القضائية المختصة بعد تعديل المادة 37 بموجب المادة 14 من القانون رقم 99-10 والتي تنص :
"يجوز الطعن في قرارات اللجان المختصة بحالات العجز أمام

³⁰ وفي إطار مراقبة القرارات الصادرة عن لجان العجز ألغت الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا قرار لجنة العجز للأسباب التالية: "حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه نجد أنه جاء خالياً من أسماء وصفات أعضاء لجنة العجز المنصوص عليهم في المادة 32 المذكورة. وحيث أن المادة 33 من نفس القانون تنص على أنه لا تصح مداوات اللجنة المختصة بحالات العجز إلا إذا حضر اجتماعها ثلاثة أعضاء على الأقل منهم الرئيس والطبيب الخبير. وحيث أنه لا تتم مراقبة ذلك إلا بذكر أسماء وصفات أعضاء لجنة العجز وبالتالي فإن ذكرهم وجوباً..."، المجلة القضائية، 1996، 2، 92.

الجهات القضائية المختصة".³¹ ونرى في شأن هذه المادة أن تعديل المادة 37 يعني حتماً ومنطقياً أن يكون للصياغة الجديدة تفسيراً جديداً للمقصود بالجهة القضائية، وإلا استحال تبرير التعديل الذي قام به المشرع، لاسيما وأنه استبدل صياغة واضحة بأخرى أقل وضوحاً. واعتبر قضاة القانون في القرار الصادر عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا في الملف رقم 571251 بتاريخ 2010/01/07³²، أنه لما كانت لجان العجز يرأسها قاضي برتبة مستشار لدى المجلس، مما يجعل منها هيئة شبه قضائية في صنف غرفة من غرف المجالس القضائية، فإن القرارات الصادرة عنها لا يمكن إعادة النظر فيها من قبل قاضي المحكمة، بل يمكن الطعن فيها - عند الحاجة - بالنقض أمام المحكمة العليا. ويستنتج من هذا القرار أن تحديد الجهة القضائية المختصة للنظر في الطعون ضد قرارات لجنة العجز متوقف على وجود قاضي من عدمه ضمن تشكيلة لجنة العجز. ولقد ترتب - فعلاً - على إعادة تشكيلة لجنة العجز التي أصبح يرأسها ممثل الوالي، تراجعاً للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، حيث لا يمكن للمؤمن الاجتماعي بعد صدور قانون رقم 08-08 الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، بل يتعين عليه إخطار القسم الاجتماعي للمحكمة.

2- الطعن القضائي : دعوى قضائية أمام القسم الاجتماعي للمحكمة
تعلقت التعديلات الرئيسية التي وردت في القانون رقم 08-08 بتشكيلة لجان العجز، فبينما حدد النص القديم أي القانون رقم 83-15 في مادته 32 تشكيلة لجنة العجز، أحالت المادة 30 من القانون الجديد كليات تشكيل اللجنة وتنظيمها وسيرها على التنظيم، وقد صدر في هذا الشأن المرسوم التنفيذي رقم 09-73. ومن أهم

³¹ ج ر، 1999، عدد 80، ص 3.

³² م م ع، 2010، 1، 353، راجع نفس الحل القرار الصادر عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، بتاريخ 2012/04/05 في الملف رقم 707677، م م ع، 2012، 2، 426.

المسائل الالاففة للالالباه غلاب القضاة من التشكيلة الالالفة لللنة من لةة وإسناد رئاسها إلى ممل الوالى من لةة أأرى.

لا شك فى أن التشكيلة الالالفة لللنة تلاءم تماما مع ما ىطلبه حل مثل هذه النزاعات من الاختصاص، فطالما تتعلق الخلافات بمسائل فنية فإن حلها ىقتضى الاحتكام إلى أأصائين كالأطباء بدل من قضاة. غير أن اسبعاا القضاة من رئاسة اللنة وأى من ببن أعضائها لم ىقبله قضاة الرفة الالاعماعية للمأكمة العليا. وقا لاء فى القرار الصااا بآارىل 3 مارس 2011 عن هذه الرفة مالى: "أى و أنه و لئن الالاعهاد القضائى للرفة الالاعماعية فىما ىأص أأكام الماةة 37 من القانون 83-15 المعدلة بالماةة 14 من القانون 99-10 اعآبرآ أن الطعن فى قرارا للنة العأز الولائية ىكون أمام المأكمة العليا مؤسسة الالاعهادها على أساس أن اللنة الولائية للعأز ىترأسها قاضى برآبة مسآشار واعآمااا على الآللر الذى لاء فى المرسوم 09-73 والذى أعاء تشكيلة هذه اللنة واسنا رئاسها إلى ممل الوالى، وعلىه تكون قرارا اللجان الولائية بعا صااا القانون والمرسوم الماأكورىن أعلاه قابلة للطعن فىها أمام الأقسام الالاعماعية".

وىبوا لنا أن هذا الحل الالال الذى انآهآ إلىه الرفة الالاعماعية للمأكمة العليا لا ىألو من الانآقااا فى جوانب عاا. فانآلاا من أصاص منازعات الضمان الالاعماعى، لاسىما الوضية الاقآصااا والالاعماعية للمؤمن الالاعماعى، فإنه من غير العاا إلزامهم باآباع مثل هذه الإأرااا الطويلة المعقاة. إن إلزام هذه الشرىة من المآقاضىن انآظار القرار الصااا عن للنة العأز أى ىأمأنا من إأطار القسم الالاعماعى للمأكمة ىعنى أأما بالنظر إلى وضعىآهم أن العااا لم آصأ فى مآناولهم. ولا شك فى أن هذا الأمر مناقض تماما للأأراض المسطرة من قبل المشرع عاا اسآأااا قانون أاص بمنازعات الضمان الالاعماعى هذا من لةة. وسألنا من لةة أأرى أن الآللر السرىع للأالة الصأىة للمؤمن الالاعماعى ىطلب بعض السرة فى الإأرااا، فى أىن أن الحل الذى انآهآ إلىه المأكمة

يقتضي آجال طويلة، إذ تمر القضية على المحكمة ثم المجلس، وقد تكون محل الطعن أمام المحكمة العليا. وفي ظل هذه المعطيات يضطر المؤمن الاجتماعي لقبول القرارات الصادرة عن هيئات الضمان الاجتماعي مع التمسك -عند الحاجة - بإجراءات المراجعة المنصوص عليها في المادة 59 من القانون رقم 83-13 - بدل من مباشرة دعوى قضائية تكون نتائجها محتملة.

ولاحظنا في ختام هذه المداخلة وجود عنصرين أساسيين ومتناقضين لا بد من إبرازهما: يتمثل العنصر الأول في طبيعة حقوق مستعملي الضمان الاجتماعي باعتبارها من النظام العام من جهة والتفاوت الموجود بين طرفي النزاع من جهة أخرى. وفي مثل هاتين الخاصيتين تكون فكرة الطرق البديلة لحل النزاعات مستبعدة تماما، وكأننا بصدد حالة تنافي بين حقوق المؤمن الاجتماعي التي لا تقبل أي تنازل وما تتطلبه الطرق البديلة لحل النزاعات من تنازلات.

ويتعلق الأمر الثاني بالنتائج العملية التي تبين بصفة واضحة أن الكثير من النزاعات في مجال الضمان الاجتماعي يتم حلها بعيدا عن المحاكم. ولعل أحسن مثال في هذا الشأن هي الطعون المسبقة بالنسبة للمسائل المتعلقة بالزيادات والغرامات المفروضة على المكلفين - نتيجة مخالفة التزاماتهم والتي تفصل فيها لجان الطعن بصفة ابتدائية ونهائية، وكذا إجراء الخبرة الطبية في مجال المنازعات الطبية والتي لا يمكن الطعن فيها قضائيا. وأما بالنسبة للحالات الأخرى ورغم تكريس الطعن القضائي قانونا، فإن التمسك به عمليا يبقى مجرد حالات استثنائية وذلك للأسباب التي سبق ذكرها.

ومن الثابت أيضا أن الطرق البديلة تمثل مجموعة غير محددة، فلا تقتصر على الوساطة والصلح والتحكيم بل تضم أيضا الخبرة وعملية الصلح وغيرها. ومن الثابت أيضا أن الطعون غير القضائية في مجال منازعات الضمان الاجتماعي تتوفر هي أيضا على بعض المحاسن التي تتميز بها الطرق البديلة لحل النزاعات من سرعة

وسرية، بدون تكاليف وبعبء عن المحاكم. ولكن من الثابت أيضا أن الطرق البديلة ليس لها مكان من الإعراب ما لم يرخص بها القانون، والجدير بالتنويه في هذا الشأن أن حقوق مستعملي الضمان الاجتماعي من النظام العام. ومن المعروف أيضا أن الطرق البديلة تسعى إلى إيجاد حل توافقي من اقتراح الغير، ولا يصبح هذا المقترح قابل للتنفيذ - عادة - إلا بعد قبول المتخاصمين. وأما الطعون غير القضائية في مجال الضمان فهي بعيدة كل البعد عن هذه الحقائق، بل هي قريبة من بعض الإجراءات والقواعد الموجودة في إطار تسوية منازعات الضرائب ومنازعات العمل التي كثيرا ما تفضل التسوية الإدارية للنزاع بدل من التسوية القضائية. وقد تندرج هذه الطعون غير القضائية في إطار أوسع ألا وهو الاتجاه العام نحو إضفاء الطابع التعاقدي على القانون، ذلك أن هذا الأخير لم يكتف باقتحام مختلف الحقوق الجوهرية بل امتد أثره ليشمل المراحل الإجرائية والقضائية لإدخالها حيز النفاذ.

ملحق

لجان الطعن المسبق الولائية لدى صندوق الضمان الاجتماعي
للعامل الأجراء

الجدول رقم 1- الطعون المقدمة من قبل المكلفين

السنة	الطعون المسجلة	الطعون المفصول فيها	الطعون المقبولة	النسبة المئوية
2010	15576	8771	6595	75%
2011	9210	7979	6380	80%
2012	10576	7885	6495	82%
2013	12060	9217	7799	84%
المجموع	47422	33852	27269	80%

الجدول رقم 2- الطعون المقدمة من قبل المؤمنين الاجتماعيين

السنة	الطعون المسجلة	الطعون المقبولة	الطعون المرفوضة شكلا	المرفوضة
2012	16593	8585	7742	266
2013	22744	12235	10108	401
المجموع	39337	20820	17850	667

الجدول رقم 3 - لجنة الطعن المسبق الوطنية

السنة	الطعون المسجلة	الطعون المفصول فيها	الطعون المقبولة	الطعون المرفوضة
2008	1577	1487	737	750
2011	1630	1415	651	764
2012	1770	1578	611	967

الصندوق الوطنية للتأمينات الاجتماعية لغير الأجراء

الجدول رقم 4 - احصائيات لجان الطعن المسبق

السنة	الطعون المسجلة اللجنة المحلية	الطعون المفصول فيها لجنة محلية	الطعون المسجلة اللجنة الوطنية	النسبة
2008	30314	23001	113	0,37%
2010	7849	6301	1426	18%
2011	36545	33903	3383	9%
2012	55899	52711	3495	6%
2013	68800	69920	2461	4%
المجموع	199407	185836	10878	5%

الجدول رقم 5- لجان العجز للصندوق العمل الاجراء

السنة	عدد الطعون المقدمة	عدد الطعون المقبولة	النسبة
2012	10626	2998	28%
2013	11032	2966	27%
المجموع	21658	5964	27%

الجدول رقم 6 - لجان العجز للصندوق الوطني للعمال غير الأجراء

السنة	الطعون المقدمة	الطعون المفصول فيها	الطعون المقبولة	الطعون المرفوضة	النسبة
2008	06	06	4	2	67%
2009	82	82	42	40	51%
2010	167	167	88	79	53%
2011	181	181	91	90	50%
2012	126	126	49	77	39%
2013	73	73	22	51	30%
المجموع	635	635	296	339	47%

الآليات المهنية الاتفاقية لتسوية نزاعات العمل الجماعية... بين الإطار القانوني والواقع العملي

الأستاذ الدكتور: أحمية سليمان

جامعة الجزائر 1

تمهيد

تعتبر النزاعات الجماعية في العمل من المسائل الهامة التي تستحق البحث والدراسة، لكونها إحدى الإفرازات الطبيعية لعلاقة العمل الجماعية، بحكم المصالح المتناقضة لكل من العمال وأصحاب العمل من جهة، وبحكم التغيرات التي قد تحدث في المعطيات التي تتحكم في هذه العلاقة، وهذه المصالح، والتي تؤدي إلى اختلال التوازن بين هذه المصالح، وما ينجم عن ذلك من حسابات والتنازلات من أحد الأطراف، أو من الطرفين معا، من جهة أخرى.

ونظرا لما تمثله هذه النزاعات من أهمية في سير العلاقات المهنية، وما قد ينجم عنها من أخطار وأضرار اقتصادية واجتماعية في مصالح الطرفين، فقد أحيطت بعناية كبيرة من قبل التشريعات العمالية، والاتفاقيات الجماعية على السواء، حيث خصصت لها عدة أحكام وقواعد قصد الوقاية منها، تارة، وقصد علاجها تارة أخرى، وذلك بهدف تفادي بلوغها درجة التعقيد التي قد تتسبب في اللجوء إلى الطرق العنيفة لفرض تسويتها، أي اللجوء إلى الإضراب.

وحتى نلم بمختلف الجوانب التنظيمية والإجرائية، المتعلقة بطرق وأساليب التسوية السلمية لهذه النزاعات، فإننا، سوف نتناول بالبحث والدراسة، في القسم الفرعي الأول التعريف بالنزاعات الجماعية، مضمونها وشروطها. ثم الإجراءات الوقائية المعتمدة لتفادي وقوع هذه النزاعات. ثم الإجراءات العلاجية، لتسوية النزاعات الجماعية بعد وقوعها، والهيئات المكلفة بذلك، والصلاحيات المخولة لها لتحقيق هذه المهمة. على أن نتناول موضوع الضغوط الشرعية لتسوية النزاعات الجماعية - أي الإضراب - في القسم الثاني، نظرا لخصوصيتها وأهميتها، واختلاف إجراءاتها وأحكامها.

وتعرف النزاعات الجماعية في العمل بأنها تلك الخلافات التي
تثور بين مجموعة العمال، أو التنظيم النقابي الممثل لهم، من جهة.
وصاحب أو أصحاب العمل، أو التنظيم النقابي الممثل لهم، من جهة
ثانية. حول تفسير أو تنفيذ قاعدة قانونية، أو تنظيمية، أو اتفاق أو
اتفاقية جماعية، تتعلق بشروط وأحكام وظروف العمل، أو بالمسائل
الاجتماعية و المهنية، والاقتصادية المتعلقة بالعمل، أو بأي أثر من
أثار علاقة العمل الجماعية، أو كما يعرفها المشرع الجزائري،
هي: "...هي كل خلاف يتعلق بالعلاقات الاجتماعية والمهنية في
علاقة العمل والشروط العامة للعمل..."¹

ولتمييز هذا النوع من النزاعات عن النزاعات الفردية، يعتمد
الفقه معيارين أحدهما شكلي، يتمثل في شمولية النزاع لمجموع العمال،
أو على الأقل لمجموعة منهم، بغض النظر فيما إذا كانوا مهيكلين في
تنظيم نقابي أو ليسوا مهيكلين. على أن يكون بينهم عامل مشترك
يجمعهم، كأن يكونا تابعين لنقابة واحدة، أو مهنة معينة، أو لقطاع
نشاط معين... الخ. على أن لا يشمل هذا المعيار- الشرط - أن يتعدد
أصحاب العمل، فيكفي أن يشمل النزاع صاحب عمل واحد.

أما الثاني، فهو موضوعي، أي يكون النزاع جماعيا في موضوعه،
أو سببه بمعنى أن يهم موضوع النزاع جميع العمال، أي أن يمثل
مصلحة مشتركة لجميع العمال المعنيين، مثل المطالبة برفع
الأجور، أو تحسين ظروف العمل، أو تطبيق قاعدة قانونية، أو اتفاقية
تهم كافة العمال، أو تحقق لهم بعض المصالح أو المنافع المشتركة
بينهم... الخ.²

¹ راجع المادة 2 من القانون 90-02 المؤرخ في 6 فيفري 1990، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل، وتسويتها، وممارسة حق الإضراب. ج. ر. عدد 6 المؤرخة في 7 فيفري 1990، ص 231 وما بعدها.

² راجع د. محمد هلال مساهمة في توضيح مختلف جوانب مسألة منازعات المل الجماعية، المعهد العربي للثقافة العمالية وبحوث العمل. الجزائر، 1981، ص 74. وكذلك Helene Sinay conflits collectifs du travail. Répertoire de droit du travail. Op. Cit. P.2.

يستخلص مما تقدم، أن النزاع الجماعي ليس مجموعة نزاعات فردية، تخص مجموعة عمال، لأسباب أو أهداف مختلفة، بل هي نزاع واحد من حيث الهدف أو السبب يشترك فيه جميع أو مجموعة من العمال، وهما شرطان متلازمان لاعتبار النزاع جماعيا. ويكفي لاعتبار سبب النزاع جماعيا، ان يمس مصالح جميع أو مجموعة من العمال، حتى ولو كان في البداية يخص عامل واحد. كأن يتخذ صاحب العمل إجراء ما ضد عامل معين من شأنه أن يهدد أو يمس مصالح بقية العمال الآخرين.³ كما قد يكون النزاع بين التنظيم النقابي الممثل للعمال، وصاحب أو أصحاب العمل، حيث أنه يمكن للنقابة أن تكون طرفا في النزاع بصفة مباشرة، أو باعتبارها ممثلة لمصالح العمال، إذ ينص القانون المتعلق بممارسة الحق النقابي على الاختصاص الأصلي للنقابة بالمشاركة في الوقاية من النزاعات في العمل، وتسويتها،⁴ وكذلك حق التقاضي وممارسة الحقوق المقررة للطرف المدني، لدى الجهات القضائية المختصة عقب وقائع لها علاقة بهدفه، وألحقت أضرارا بمصالح أعضائه الفردية أو الجماعية المادية أو المعنوية.⁵

وتتمثل أهمية وخطورة النزاعات الجماعية، في كونها قد تؤدي إلى مواجهة بين العمال أو التنظيمات النقابية الممثلة لهم من جهة، وصاحب أو أصحاب العمل، من جهة أخرى، قد تصل بالطرف الأول إلى التوقف الجماعي عن العمل، أي الإضراب. أو بالطرف الثاني إلى غلق محل العمل، إذا لم تجد لها الحلول السريعة. مما قد يعرض بعض مصالح وحقوق العمال، وأصحاب العمل للأضرار أو للمخاطر، كما قد يمس حتى الاقتصاد الوطني، إذا تم في قطاع حساس أو إستراتيجي في البلاد، أو بمصالح المجتمع الاقتصادية أو الاجتماعية، الأمر الذي جعل مختلف التشريعات العمالية المقارنة في مختلف الدول المعاصرة تعمل على تنظيمها والعناية بها، بشكل يهدف إلى الوقاية

³ راجع H. Sinay المرجع السابق، ص 2 فقرة 15.

⁴ راجع المادة 38 من القانون 14-90 المؤرخ في 1990/6/2. المرجع السابق.

⁵ راجع المادة 16 ف 1 من القانون السالف الذكر.

منها والتخفيف من أثارها، وذلك بوضع أنظمة وآليات خاصة لتسويتها، تراعي فيها مشاركة الأطراف بصفة فعالة وأساسية، عن طريق منح الاتفاقيات الجماعية صلاحية وضع إجراءات لتفادي حدوث هذه النزاعات وكذلك لعلاجها وتسويتها بطرق سلمية وتفادي بلوغها مستوى من التعقيد يهدد باللجوء إلى الطرق العنيفة، مثل الإضراب أو غلق محل العمل. ونظرا لأهمية هذا النوع من النزاعات في المجال العملي، وخطورة النتائج الاقتصادية والاجتماعية التي تفرزها، فإننا سوف نقسم هذا القسم إلى قسمين فرعيين نتناول في الأول، أساليب التسوية السلمية لهذه النزاعات، على أن نتناول في الثاني، الضغوط التي يمكن أن يمارسها كل طرف عن الطرف الثاني للإسراع أو لقبول تسوية هذه النزاعات.

الفرع الأول: الإجراءات الوقائية من النزاعات الجماعية في العمل
يعتبر العمل على الوقاية من النزاعات الجماعية في العمل من أهم المسائل التي تشغل اهتمام كل من العمال وأصحاب العمل، على السواء، حيث لا نكاد نجد اتفاقية جماعية من الطرفين، إلا وتضمنت عدة إجراءات احتياطية لتفادي الوصول إلى أي نزاع جماعي بينهما، خاصة بعد أن أصبحت التنظيمات النقابية تتمتع بالشخصية القانونية التي تمكنها من المشاركة في التسيير، والتفاوض مع أصحاب العمل، من أجل وضع القواعد والنظم المنظمة لعلاقات العمل، وما ينتج عن هذه المهام من مسؤوليات تجعلها تبحث عن الأساليب الفعالة لتفادي النزاعات الجماعية بنفس الاهتمام والمسؤولية التي يتحملها صاحب العمل، انطلاقا من مبدأ الالتزام بواجب السلم المهني والاجتماعي في العمل.

وبالرجوع إلى القوانين المنظمة لإبرام الاتفاقات الجماعية، ولمضمون وأحكام هذه الأخيرة، من خلال بعض النماذج التي تم الحصول عليها. فإننا نجد أن هناك وسيلتين وقائيتين لتفادي وقوع النزاعات الجماعية، تتمثل الأولى في التفاوض الجماعي المباشر كلما دعت الضرورة لذلك، بينما الثانية، في وضع هياكل ولجان دائمة مهمتها ترصد أي إشكال قد يقع والبحث عن حلول له.

1 - 1 - التفاوض الجماعي المباشر

تنص المادة 4 من القانون المتعلق بتسوية النزاعات الجماعية، وحق الإضراب، بأن "يعقد المستخدمون وممثلو العمال، اجتماعات دورية ويدرسون فيها وضعية العلاقات الاجتماعية والمهنية." على أن "تحدد دورية الاجتماعات، في الاتفاقيات أو العقود التي تبرم بين المستخدمين وممثلي العمال." هذه القاعدة التي عملت على تجسيدها العديد من الاتفاقيات الجماعية المبرمة في المؤسسات الوطنية، تطبيقاً لهذا القانون، حيث نجد هناك عناية بارزة بهذا الموضوع.

من ذلك ما تنص عليه المادة 90 من الاتفاقية الجماعية لعمال التعااضدية الفلاحية مثلاً، والتي تقضي بأنه: "من أجل تفادي أي نزاع في العمل، ينظم المستخدم، وممثلي العمال اجتماعات دورية كل ثلاثة أشهر، من أجل الدراسة والتقييم المشترك لوضعية علاقات العمل المهنية والاجتماعية، والظروف العامة للعمل."⁶ وكذلك المادة 288 من الاتفاقية الجماعية لمؤسسة الأشغال البترولية الكبرى. والمادة 61 من الاتفاقية الجماعية لمؤسسة البناء الجاهز الخفيف والألمنيوم. بينما جعلت بعض الاتفاقيات هذه الاجتماعات شهرية،⁷ هذه الأمثلة والنماذج التي أوردناها ليست سوى بعض الحالات التي يمكن الاستدلال بها على مدى أهمية العناية التي أولتها الاتفاقيات الجماعية للوقاية من النزاعات الجماعية.

وتتمثل أهمية هذه اللقاءات الدورية في كونها تبقى الاتصال المباشر والدائم بين الطرفين، وتوفر فرص التشاور والتعاون الفعال بين الأطراف، من أجل إحباط أي إشكال أو خلاف قد يلوح في أفق العلاقات المهنية والاجتماعية بينهما. كما تمكن هذه الاجتماعات الدورية، أطراف العلاقة المهنية، من عرض وطرح التصورات

⁶ وتنص الفقرة 2 من هذه المادة، على أن تتم هذه الاجتماعات كل يوم الأحد الأول من شهر: جانفي، مارس، ماي، جويلية، سبتمبر، ونوفمبر. من كل سنة. على أن يتم أعداد جدول العمل بصفة مشتركة بين الأطراف. وأن يختم الاجتماع بمحضر تسجل فيه كل الجوانب التي تم بحثها، وما تقرر بشأنها. وثيقة غير منشورة.

⁷ مثل المادة 105 من الاتفاقية الجماعية لمؤسسة الفنون المطبعية، والمادة 249 من الاتفاقية الجماعية لمؤسسة المواد الدسمة. وثائق غير منشورة.

والتحليلات الخاصة بالأوضاع المهنية والاجتماعية، والحلول المقترحة لها، وحدود التنازلات التي قد يقتضي الأمر تقديمها من كل طرف قصد تفادي تأزم الخلاف، أو زيادة التوتر بين الطرفين، وبالتالي خروج سبب النزاع من الدائرة التي يمكن السيطرة عليه فيها، ليتحول إلى مشكل يستلزم البحث عن حلوله عبر قنوات ووسائل وإجراءات أخرى، تستلزم تدخل أشخاص وهيئات أجنبية عن المؤسسة، كما سوف نرى ذلك فيما بعد.

1 - 2 - اللجان المشتركة

كثيرا من الأحيان ما يوكل أمر الوقاية من وقوع النزاعات الجماعية، أو تفادي تأزم بعض الخلافات التي قد تثور من حين لآخر، إلى لجان مختلطة دائمة أو مؤقتة، تنشأ لغرض التصدي لمثل هذه النزاعات في مراحلها الأولى. حيث تفوض التشريعات العمالية حرية وصلاحيات إنشاء وتنظيم مثل هذه الأخيرة، مهمة متابعة النزاع ودراسته واقتراح الحلول المناسبة له.

ومن أمثلة الاتفاقيات التي أخذت بهذا الأسلوب من الإجراءات الوقائية، نجد، الاتفاقية الجماعية للبنوك والمؤسسات المالية، التي نصت في مادتها 69 على أنه: "في حالة نشوب خلاف بين صاحب العمل، والممثلين النقابيين للعمال، لأي سبب يتعلق بالمجال المهني والاجتماعي، وكذلك الأمر في حالة النزاعات المفاجئة، يمكن إنشاء لجنة خاصة «Un comité ad-hoc» تتشكل من الممثلين النقابيين، وممثلي صاحب العمل، والمفوضين صراحة لهذا الغرض من قبل العمال وأصحاب العمل الأطراف في النزاع.

وتجتمع اللجنة وجوبا خلال الثلاثة أيام الموالية لإنشائها. وتقوم هذه اللجنة بإجراء المشاورات والمفاوضات اللازمة من أجل تسوية النزاع، خلال الـ 15 يوما من تاريخ إنشائها، وتحرر محضرا بذلك، وتكون نتائج أعمالها ملزمة لأطراف النزاع. وفي حالة فشل هذه اللجنة في تسوية النزاع، واستمرار الخلاف فإنه يجب اللجوء إلى الإجراءات القانونية أو الاتفاقية الاختيارية أو الإلزامية الخاصة بالوساطة، و/أو التحكيم".

ويتضح من هذا المثال، أن هذا النوع من اللجان لا يختلف من حيث الهدف، وطريقة العمل، عن التفاوض المباشر. فهي تهدف بالدرجة الأولى إلى تطويق النزاع قبل تعقيده، مستعملة في ذلك الأسلوب الأول وهو التفاوض المباشر بين الأطراف، على أساس أن الحوار المباشر هو الحل الأمثل لتفادي النزاعات الجماعية في العمل.

إلا أن هذه الإجراءات الوقائية، الضرورية في المراحل الأولى لبروز بوادر النزاع، كثيرا ما لا تؤدي النتائج المرجوة منها، إما لتمسك الأطراف بمواقفها ومطالبها، وإما لعدم جدية أعمال هذه اللجان والمفاوضات، وإما لعدم التزام الأطراف بنتائجها وتنفيذ الحلول التي تم اقتراحها، أو لأي سبب من الأسباب الأخرى. الأمر الذي يستدعي إما بحكم القانون أو بحكم الاتفاقيات الجماعية اللجوء إلى الوسائل والإجراءات العلاجية المختلفة، سواء الاختيارية منها أو الإلزامية، كما سنبين ذلك في البنود الموالية.

الفرع الثاني: الإجراءات العلاجية

يقصد بالإجراءات العلاجية، تلك الأساليب والطرق التي تهدف إلى دراسة وبحث أسباب النزاعات الجماعية وإيجاد الحلول المناسبة لها ضمن أطر وهيئات معينة، مثل هيئات المصالحة، والوساطة، والتحكيم.

2 - 1 - المصالحة La Conciliation

تنص المادة الخامسة من القانون المتعلق بتسوية المنازعات الجماعية، وممارسة حق الإضراب، على أنه: "إذا اختلف الطرفان في كل المسائل المدروسة أو في بعضها، يباشر المستخدم وممثلو العمال إجراءات المصالحة المنصوص عليها في الاتفاقيات أو العقود التي يكون كل من الجانبين طرفا فيها. وإذا لم تكن هناك إجراءات اتفاقية للمصالحة، أو في حالة فشلها، يرفع المستخدم أو ممثلو العمال الخلاف الجماعي في العمل إلى مفتشية العمل المختصة إقليميا".

وواضح من نص هذه المادة، أن هناك نوعين من المصالحة. يتمثل النوع الأول في المصالحة الاتفاقية Conciliation Conventional ويقصد بها تلك الإجراءات التي تقرر الاتفاقيات الجماعية، سواء بقصد إيجاد الحلول المناسبة للمنازعات التي قد تنشأ أثناء تنفيذ وسريان علاقة العمل، أو بقصد تفسير أحكام الاتفاقية الجماعية، التي قد يحدث بشأن تفسير بعض أحكامها اختلاف بين الطرفين، حيث يتم تشكيل هذه اللجان مهما كانت مهمتها بكل حرية واستقلالية بين الطرفين، على أساس التساوي في الأعضاء أي على شكل اللجان المتساوية الأعضاء، كما أن نظام عمل هذه اللجان يحدده الأطراف أنفسهم، وكذلك الأمر بالنسبة للصلاحيات المخولة لها، إلى جانب نطاق عملها، الذي قد يكون محلياً، أو جهوياً، أو وطنياً، أي وفق نطاق تطبيق الاتفاقية. كما قد يعتمد أسلوب تشكيل عدة لجان متفاوتة الدرجة. إذ قد يكون هناك تدرج في نظام المصالحة، يبدأ بالمستوى المحلي أو على مستوى المؤسسة، وعند فشل المصالحة في هذه الدرجة، ينتقل النزاع إلى المستوى الأعلى وهكذا، إما على درجتين أو ثلاثة.⁸

وتطبيقاً للمادة السابقة، وعملاً على الاستفادة من هذا الإجراء، فقد تضمنت بعض الاتفاقيات الجماعية، بعض الأحكام المنظمة للمصالحة الاتفاقية، بنصها على إنشاء لجان مصالحة متساوية الأعضاء عند فشل المفاوضات المباشرة في تسوية الخلافات الجماعية، منها مثلاً، ما تضمنته المادة 251 من الاتفاقية الجماعية لمؤسسة المواد الدسمة المشار إليها سابقاً. في حين لجأت الاتفاقيات الأخرى مباشرة إلى النوع الثاني من المصالحة، الذي يمكن وصفه بالمصالحة القانونية Conciliation légale ويلجأ إلى هذا الأسلوب عند عدم النص على الأسلوب الأول، أو في حالة فشله، كما تنص على ذلك الفقرة الثانية من المادة 5 من قانون تسوية المنازعات الجماعية السالف الذكر، حيث توكل في هذه الحالة مهمة المصالحة إلى

⁸ راجع H. Sinay، المرجع السابق، ص 3 فقرة 31 وما بعدها.

مفتش العمل الذي يقوم "... وجوبا بمحاولة المصالحة بين المستخدم وممثلي العمال". حيث "... يستدعي مفتش العمل المعين طرفي الخلاف الجماعي في العمل إلى جلسة أولى للمصالحة خلال الأيام الأربعة (4) الموالية للإخطار، قصد تسجيل موقف كل طرف في كل مسألة من المسائل المتنازع فيها." و "يجب على طرفي الخلاف الجماعي في العمل أن يحضروا جلسات المصالحة التي ينظمها مفتش العمل".⁹

ويفهم من النصوص السابقة، أن المشرع الجزائري قد جعل المصالحة القانونية أو الإلزامية، عند بروز أي نزاع جماعي في العمل، من اختصاص مفتش العمل، على خلاف القانون الفرنسي الذي يوكل هذه المهمة إلى لجنة ثلاثية التشكيل، يختلف نطاق عملها حسب درجة وأهمية النزاع الذي تكلف بتسويته، حيث أنها قد تكون لجنة محلية أو جهوية أو وطنية، كما نظم المشرع الفرنسي مسألة تشكيل لجان المصالحة، ونطاق تدخلها بصفة قانونية، إلى جانب تنظيمه للإجراءات المتبعة في عرض النزاع على هذه اللجان، والتي يلعب فيها مفتش العمل، دور التسوية الودية فقط، وعند فشله فإنه يمكن إما للطرف الأكثر استعجالا، أو لوزير العمل، أو مدير العمل على المستوى المحلي، أو مدير اليد العاملة، أن يخطر اللجنة المختصة بواسطة عريضة مكتوبة على ورق عادي، ليعرض عليها كل جوانب النزاع، موضوعه، وسببه، وأهدافه... الخ.¹⁰

أما فيما يتعلق بنتائج المصالحة، سواء في أسلوبها الأول أو الثاني، فإنها لا تخرج عن الاحتمالات الثلاثة التالية:

⁹ راجع المادتين 6 و 7 من القانون 90-20 المؤرخ في 26/09 . المرجع السابق. تشير إحصائيات وزارة العمل في هذا الشأن، لسنة 1997، أن مصالح مفتشيات العمل قد تلقت خلال هذه السنة حوالي 206 نزاع، منها 94 نزاع خاص بمؤسسات عمومية اقتصادية أي بنسبة 45,6 % وحوالي 70 نزاع خاص بمؤسسات اقتصادية محلية، بينما كان نصيب القطاع الخاص 28 نزاع فقط. وكانت نتائج عمل مصالح مفتشيات العمل أنها تمكنت من تسوية 162 نزاع أي بنسبة 78%. في حين كانت نتائج سنة 1996 و1995 أقل من هذا، إذ تمكنت هذه المصالح من تسوية 147 نزاع من أصل 372. وفي سنة 1995 تمكنت من تسوية 145 من أصل 527. (تقرير وزارة العمل لسنة 1997. وثيقة غير منشورة).

¹⁰ - راجع هيلان، المرجع السابق، ص 3 فقرة 37 و38.

أ - إما أن تتوصل لجنة المصالحة إلى حل أو تسوية النزاع بصفة كلية، وفي هذه الحالة، تشكل هذه التسوية التي تأتي كنتيجة لتساور وتفاوض الأطراف سواء في إطار لجنة المصالحة الاتفاقية، أو بواسطة مفتش العمل، أو في إطار اللجنة الثلاثية المعمول بها في القانون الفرنسي. (والمشكلة من ممثلي صاحب أو أصحاب العمل، وممثلي السلطة العامة) نتيجة التنازلات التي يستوجب على كل طرف تقديمها، عبارة عن اتفاق يلحق بالاتفاقية السابقة، ويخضع لنفس الشروط الشكلية التي تخضع لها الاتفاقية، لاسيما شرط التسجيل والإيداع، إذ يعتبر الحل الذي يتوصل إليه الطرفان في المصالحة بمثابة تعديل لأحد بنود الاتفاقية، سواء تعلق الأمر بأحد الحقوق أو الالتزامات أو تعلق الأمر بتفسير معين لأحد بنودها أو أحكامها.

وفي هذا الشأن، تنص المادة 8 المعدلة من القانون المتعلق بتسوية النزاعات الجماعية، بأنه: "عند انقضاء مدة إجراء المصالحة التي لا يمكن أن تتجاوز ثمانية (8) أيام ابتداء من تاريخ الجلسة الأولى، يعد مفتش العمل محضرا يوقعه الطرفان، ويدون فيه المسائل المتفق عليها، كما يدون المسائل التي يستمر الخلاف الجماعي في العمل قائما في شأنها، إن وجدت، وتصبح المسائل التي اتفق عليها الطرفان نافذة من اليوم الذي يودعها الطرف الأكثر استعجالا لدى كتابة الضبط بالمحكمة المختصة إقليميا".¹¹

ب - إما أن تتوصل اللجنة إلى تسوية جزئية للنزاع وفي هذه الحالة، كما تشير إليه المادة المشار إليها أعلاه، فإن محضر المصالحة الجزئية، يجب أن يحدد المسائل التي لم يحصل بشأنها الاتفاق بين الطرفين، حيث يمكن لهما إما عرضها على الوساطة، وإما على التحكيم.

ج - حالة فشل أجزاء المصالحة، كذلك الأمر، يحرر محضر بعدم المصالحة، من قبل لجنة المصالحة، أو مفتش العمل، حسب كل حالة،

¹¹ راجع التعديل الوارد على القانون 90-02 بمقتضى القانون 91-27 المؤرخ في 21/12/1991 ج.ر. عدد 68 المؤرخة في 27/12/1991، ص 2652.

وعندها - كما أشرنا إلى ذلك من قبل - يمكن لأطراف النزاع، إما اللجوء إلى الوساطة، وإما إلى التحكيم، حسبما تنص عليه أحكام الاتفاقية الجماعية، أو أحكام القانون المتعلق بتسوية النزاعات الجماعية.

2 - 2 - الوساطة La Médiation

يرجع تاريخ بداية العمل بنظام الوساطة إلى عهد قريب نسبياً، بالمقارنة إلى الأساليب الأخرى، حيث استعملت في البداية في إطار ضيق ومحدود، كإجراء لتسوية النزاعات التي تقوم في مجال الأجور عند التفاوض أو تعديل الاتفاقيات الجماعية، وذلك بمقتضى قانون 5 ماي 1955، ليووسع العمل بها فيما بعد لتشمل بقية الخلافات الأخرى، وذلك بمقتضى قانون 26 جويلية 1957.¹² لتصبح بعد هذا التاريخ إحدى الإجراءات الاختيارية تارة والإجبارية تارة أخرى التي يجب اللجوء إليها كلما كان هناك نزاع جماعي في العمل، إلى جانب الإجراءات الأخرى.

ويقصد بالوساطة، احتكام أطراف النزاع إلى شخص محايد لا علاقة له بهما، حيث يقدمان له كل المعلومات والمعطيات المتعلقة بالخلاف، والملازمات التي تحيط به، ثم يتركان له السلطة التقديرية الكاملة في إيجاد الحل أو الحلول المناسبة له، على أن تقدم هذه الحلول في شكل اقتراحات أو توصيات للأطراف الذين قد يأخذون بها أو يرفضونها، ذلك أن الوسيط ليس له أية سلطة قانونية أو تنظيمية أو عقدية على أطراف النزاع. وفي هذا الشأن تنص المادة 10 من قانون تسوية النزاعات الجماعية، بأن: "الوساطة هي إجراء يتفق بموجبه طرفا الخلاف الجماعي في العمل، على إسناد مهمة اقتراح تسوية ودية للنزاع إلى شخص من الغير يدعى الوسيط ويشتركان في تعيينه". كما تضيف المادة 11 الموالية على أن:

¹² يحمل القانون الأول رقم 478-55 المؤرخ في 5 ماي 1955. أما القانون الثاني الذي وسع من دائرة تطبيق إجراء الوساطة، فيحمل رقم 833-57، مؤرخ في 26 جويلية 1957.

لمزيد من المعلومات، راجع هيلان سيناي، المرجع السابق، ص 2 فقرة 9. وص 5 فقرة 65 وما بعدها.

"يتلقى الوسيط من الطرفين جميع المعلومات المفيدة للقيام بمهامه، ويتعين عليه أن يتقيد بالسر المهني إزاء الغير في كل المعلومات التي يكون قد اطلع عليها أثناء قيامه بمهمته".

ويتضح من أحكام المادتين السابقتين، وكذلك الحال في أحكام القانون الفرنسي، بأن الوسيط يتمتع بصلاحيات واسعة في قيامه بمهمة البحث عن حل للنزاع المعروض عليه، حيث يمكنه الاطلاع على كافة المعلومات الاقتصادية والاجتماعية والمهنية، وكل موضوع أو وثيقة يمكنها أن تساعد في فهم النزاع أو في إيجاد الحل المناسب له، هذه الصلاحيات التي يبرر تقييده بالمحافظة على السر المهني بالنسبة لكل ما يطلع عليه من معلومات.

ومع كل هذا فإن كل ما يمكنه القيام به لتسوية النزاع، هو مجرد اقتراح أو توصية يقدمها للأطراف الذين يحتفظون بحق الأخذ بها أو رفضها، حيث أنه ليس هناك ما يثبت أو يدل على واجب الالتزام بما يعرضه أو يقرره الوسيط من حلول للنزاعات التي تعرض عليه، حيث تنص المادة 12 من القانون السالف الذكر على أنه: "يعرض الوسيط على الطرفين، خلال الأجل الذي يحدده، اقتراحات لتسوية النزاع المعروض عليه في شكل توصية معللة، ويرسل نسخة من التوصية المذكورة إلى مفتشية العمل المختصة إقليمياً". هذه التوصية التي لا يمكن أن تأخذ الطابع التنفيذي الإلزامي إلا إذا اتفق الطرفين على ذلك.

ونسجل هنا الغموض الذي يكتنف التشريع الجزائي في هذا المجال، فعلى خلاف المشرع الفرنسي الذي نظم إجراء الوساطة بالشكل الذي يتناول كل الجوانب الإجرائية والتنظيمية والآثار المترتبة على نتائج عمل الوسيط، وتحديد المهلة التي تترك للأطراف لكي يعلنوا على قبولهم أو رفضهم لاقتراح الوسيط، وما إلى ذلك من الأحكام التنظيمية الأخرى.¹³ فإن القانون الجزائي

¹³ راجع المادة L524-4 من قانون العمل الفرنسي، المرجع السابق، ص 354 وما بعدها.

جاء خاليا من أية إشارة للجوانب التنظيمية الخاصة بكيفيات تنفيذ الاقتراحات والتوصيات التي يقترحها الوسيط، والإجراءات التي يتم بها قبول أو رفض الأطراف لهذه التوصيات، وما هي الحلول التي يجب اللجوء إليها في حالة قبولها من قبل أحد الأطراف ورفضها من الطرف الآخر، إلى غير ذلك من الإشكالات التي قد تطرح في المجال العملي والإجرائي. خاصة وان الاتفاقيات الجماعية عادة ما لا تتضمن تدابير تنظيمية في هذا المجال.¹⁴

2 - 3 - التحكيم L'Arbitrage

لقد سبق أن أشرنا إلى أنه في حالة فشل الإجراءات الوقائية في تسوية النزاع الجماعي، يمكن للأطراف المتنازعة أن يلجأوا إما إلى أسلوب الوساطة على النحو الذي سبق بيانه، أو إلى التحكيم، حيث أن

¹⁴ وأمام هذا الغموض وقصور تنظيم الوساطة في القانون الجزائري، وعملاً على وضع نظام متكامل لهذه الآلية المهنية في تسوية نزاعات العمل الجماعية، فإني أقترح أن يعاد النظر في أحكام الوساطة بما يجعلها أكثر فاعلية، وذلك بإدراج الأحكام التالية ضمن قانون تنظيم تسوية منازعات العمل.

المادة 1: الوساطة هي إجراء يتفق، بموجبه، طرفا الخلاف الجماعي في العمل على إسناد مهمة اقتراح تسوية ودية للنزاع إلى شخص من الغير يدعى الوسيط يتم تعيينه باتفاق مشترك بينهما.

المادة 2: في حالة الاتفاق حول تعيين الوسيط، يقدم مفتش العمل بالاتفاق مع الطرفين، الملف المتعلق بالخلاف الجماعي مفروقا بمحضر عدم الصلح. يمكن للوسيط أن يطلب من الطرفين تسليمه جميع الوثائق والمعلومات المفيدة للقيام بمهمته. كما يمكن له القيام بكافة التحقيقات الاقتصادية والاجتماعية الخاصة بالوضعية المالية والإحصائية والمحاسبية والإدارية للمؤسسة، التي من شأنها أن تفيده في معالجة الخلاف. مع كل من إدارة المؤسسة المستخدمة، أو النقابة الممثلة للعمال، وله كذلك اللجوء إلى خبرة أي شخص أجنب عن المؤسسة لمساعدته في تسوية الخلاف. وتساعد الوسيط، في مجال تشريع العمل، بناء على طلبه، مفتشية العمل المتخصصة إقليمياً. يلتزم الوسيط بواجب التقيد بالسري المهني إزاء الغير بالنسبة لكافة المعلومات التي يكون قد اطلع عليها أثناء قيامه بمهمته.

المادة 3: في حالة عدم اتفاق الطرفين حول تعيين الوسيط، يعين تلقائياً وسيطاً لطرفي الخلاف من طرف الوزير الوصي عن القطاع، أو الوالي، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني.

المادة 4: يعرض الوسيط على الطرفين، خلال الثلاثين (30) يوماً على الأكثر من استلامه للملف، اقتراحاته لتسوية النزاع المعروض عليه في شكل توصية معللة. يمكن تمديد هذا الأجل، بخمسة عشر (15) يوماً على الأكثر، بطلب من الوسيط، وبموافقة الطرفين.

المادة 5: يتعين على الطرفين ابتداء من تاريخ استلام اقتراح تسوية النزاع، إبلاغ الوسيط بقبول، أو برفض الاقتراح، في أجل خمسة (5) أيام بموجب رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالاستلام. ويكون هذا الرفض معللاً مع إعلام مفتش العمل المختص إقليمياً. ويلتزم الطرفان بمحتوى اقتراح الوسيط في حالة الموافقة عليه. يقدم الوسيط في أجل ثلاثة (3) أيام، تقريراً مفصلاً يتضمن نتائج مهمته، إلى مفتش العمل المختص إقليمياً. بواسطة رسالة مضمونة الوصول.

المادة 6: يستفيد الوسطاء من تعويض تحدد قيمته و كفاءات منه عن طريق التنظيم.

المادة 7: يتم اختيار الوسطاء من بين الشخصيات المعروفة بكفاءتها في المجال القانوني والاقتصادي والاجتماعي وسمعتها وسلطانها المعنوية. لا يجب أن تكون للوسطاء مصالح مباشرة أو غير مباشرة مع طرفي الخلاف الجماعي.

المادة 8: من أجل تسهيل لجوء أطراف الخلاف الجماعي إلى الوساطة، يحدد الوزير المكلف بالعمل بموجب قرار قائمة وسطاء بعد استشارة التنظيمات النقابية التمثيلية على المستويين القطاعي والوطني. ترسل القائمة إلى الوزراء، والولاة، ورؤساء المجالس الشعبية البلدية وإلى مفتشيات العمل، وتعلق نسخة منها في المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية المختصة إقليمياً. يتم مراجعة هذه القائمة عند الاقتضاء، كل سنتين بنفس الطريقة.

مبدأ الاختيار بين الأسلوبين، من المبادئ المسلم بها في مختلف التشريعات المقارنة، وهو ما نصت عليه المادة 9 ف 2 من القانون المتعلق بتسوية النزاعات الجماعية، التي تقضي بأنه: "وفي هذه الحالة - أي حالة فشل المصالحة - يمكن للطرفين أن يتفقا على اللجوء إلى الوساطة أو التحكيم، كما تنص عليهما أحكام هذا القانون".

وبالرجوع إلى أحكام هذا القانون الذي لم يخصص سوى مادة وحيدة فيما يتعلق بالتحكيم. وهي المادة 13 التي تنص على أنه: "في حالة اتفاق الطرفين على عرض خلافهما على التحكيم، تطبق المواد من 442 إلى 454 من قانون الإجراءات المدنية، مع مراعاة الأحكام الخاصة في هذا القانون." هذه المواد التي تم استبدالها بالمواد 1006 إلى 1038 من القانون 08 - 09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.¹⁵ الأمر الذي يستلزم تعديل نص المادة 13 من القانون 90 - 02 المتعلق بالوقاية من نزاعات العمل الجماعية وتسويتها وممارسة حق الإضراب. بما يتناسب والأحكام الجديدة المنظمة لإجراء التحكيم. أو اعتماد تنظيم خاص بالتحكيم في مجال القانون الاتفاقي الاجتماعي بصفة عامة،¹⁶ بما فيها نزاعات العمل الجماعية. أو إحالة مسألة تنظيم هذا الموضوع لأطراف التفاوض الجماعي، على غرار أحكام القانون الفرنسي.¹⁷

ونظرا لأهمية هذا الإجراء العلاجي في تسوية المنازعات الجماعية في العمل، فإننا سنحاول دراسته بنوع من التفصيل، من

¹⁵ ج.ر. عدد 21 لسنة 2008 والذي دخل حيز التنفيذ بعد سنة من نشره في الجريدة الرسمية، (المادة 1062 منه) أي في نهاية أفريل 2009.

¹⁶ ونقصد بذلك وضع منظومة تحكيم متكاملة تختص بالنظر في النزاعات والخلافات المتعلقة بالتفاوض الجماعي حول إبرام الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية، وتفسيرها، وتسوية النزاعات الناتجة عن تنازع أحكام هذه الاتفاقيات، وغيرها من الإشكالات التي يطرحها القانون الاتفاقي في مجال قانون علاقات العمل بصفة خاصة، وقانون العمل بصفة عامة. أو على الأقل نظام تحكيم خاص بنزاعات العمل الجماعية على غرار ما هو معمول به في مختلف القوانين المقارنة: المواد 182 وما بعدها من قانون العمل المصري الجديد، 2003 مرجع سابق. ص 97. والمواد 567 وما بعدها من مدونة الشغل المغربية، مرجع سابق. ص 219. والمواد 381 وما بعدها من مجلة الشغل التونسية، مرجع سابق. ص 122. للمزيد من الاطلاع على موضوع التحكيم، يراجع د. عبد القادر الطورة، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية. دراسة مقارنة. المطبعة الفنية الحديثة. مجهزة البلد.

¹⁷ المادة 1 - 525 L وما بعدها إلى المادة 4 - 525 L من تقنين العمل الفرنسي، المرجع السابق. ص 769.

خلال التركيز على المحاور والمواضيع التالية، كيفيات تعيين المحكمين، وصلاحياتهم، وإجراءات التحكيم، وتنفيذ قرارات المحكمين، وهذا على ضوء ما تقضي به القوانين الوطنية وبعض القوانين المقارنة.

2 - 3 - 1 - كيفيات تعيين هيئات التحكيم

مبدئياً وكقاعدة عامة، في الكثير من النظم القانونية، فإن الأطراف المتنازعة تتمتع بحرية كاملة في تعيين المحكمين، سواء أثناء إبرام الاتفاقية الجماعية، حيث تحدد قائمة مسبقة بأسماء المحكمين الذين يمكن اللجوء إليهم عند وقوع أي نزاع في العمل، أو يتم التعيين كلما تطلب الأمر ذلك، وهو ما يعرف بالإجراء الاتفاقي أو التعاقدي والذي يأخذ به القانون الفرنسي،¹⁸ وكذلك القانون الجزائري فيما يخص الأعمال التجارية فقط بالنسبة للتعيين المسبق للمحكمين.¹⁹ والاتفاق المسبق على اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الخاصة بتنفيذ مختلف العقود الأخرى، بما فيها اتفاقيات العمل الجماعية باعتبارها عقود مثل العقود الأخرى.²⁰

إلا أن إحالة المشرع الجزائري لكيفيات وإجراءات تعيين هيئات التحكيم إلى قواعد وأحكام قانون الإجراءات المدنية ليس إجراء سليماً في رأينا، ذلك أن التحكيم المنصوص عليه في هذا القانون يتعلق بصفة أساسية بالتحكيم التجاري والاقتصادي، أي التحكيم الخاص بالعقود التجارية بين المؤسسات الاقتصادية في علاقاتها فيما بينها، وهو ما تعكسه بصورة واضحة أحكام المادة 442 من قانون الإجراءات

¹⁸ راجع المادتين L 525-1 و L 525-2 من قانون العمل الفرنسي. المرجع السابق، ص 355 و 356.

¹⁹ راجع المادة 444 ف 3 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري. والمادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد. ج.ر. عدد 21 السالفة الذكر.

²⁰ تنص المادة 444 ف 2 من القانون السابق على أنه: "يجوز للمتعاقد أن يتفقوا في كل عقد على عرض المنازعات التي قد تنشأ عند التنفيذ على المحكمين" وهو الإجراء

الذي أخذت به أغلب الاتفاقيات الجماعية. "والتي عوضتها المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد. ج.ر. عدد 21 السالفة الذكر.

المدنية، ولا سيما الفقرتين 4 و 5 منها.²¹ والتي لا تتناسب مع طبيعة المنازعات الجماعية، لكونها تتعلق بنزاع بين مؤسستين مختلفتين، لكل منها كيانه المستقل، ومصالح مالية وتجارية مختلفة، بينما النزاع الجماعي يتعلق بمؤسسة واحدة، أو عدة مؤسسات، ويكون أطرافه كل من إدارة المؤسسة من جهة، والنقابة أو النقابات الممثلة للعمال من جهة ثانية. وهو ما يجعل المادة 442 مكرر من ق.أ.م. أمرا غير ممكن نصا ومعنا.²²

وهكذا يتبين لنا، أن تعيين الحكام وفقا لنص المادتين المذكورتين سابقا، بالنسبة لمنازعات العمل الجماعية، أمرا ليس ممكنا إلا على سبيل القياس فقط. بمعنى أن نعتبر إدارة المؤسسة أو صاحب العمل، من جهة، والنقابة الممثلة للعمال من جهة ثانية، هيئات مستقلة عن بعضها البعض. وفي هذه الحالة، يمكن القول بأن كيفية تعيين الحكام تتم بأن يعين كل طرف من الطرفين أو من الأطراف، حكما من طرفه. على أن يقوم الحكمان أو الحكام المعينين باختيار أو تعيين حكما مرجحا من بينهم، وفي حالة عدم اتفاق الحكام أو الحكمان على تعيين الحكم المرجح، فإنه يمكن اللجوء إلى تعيينه من قبل رئيس المحكمة المختصة إقليمياً، وفقاً لنص المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

ونسجل هنا، أن القانون لم يحدد الطرف الذي عليه تقديم هذه العريضة، إذ أنه إذا كانت الحالة الأولى، أي عدم تعيين محكمين من الطرفين لا تطرح أي إشكال في منازعات العمل الجماعية، إذ

²¹ تنص الفقرتين المشار إليهما، على ما يلي: "وبالنسبة لعلاقات الشركات والمؤسسات العمومية فيما بينها، فإنه يجوز لها أن تطلب التحكيم في النزاعات المتعلقة بحقوقها المالية الناجمة عن تنفيذ تعاقدات التوريدات أو الأشغال أو الخدمات، كما يجوز للشركات الوطنية والمؤسسات العمومية الأخرى، أن تجري المصالحة فيما بينها في نطاق علاقتهما".

²² تنص المادة على أنه: "عندما تتعلق هذه النزاعات بشركتين وطنيتين أو أكثر، أو مؤسسات عمومية تابعة لسلطة الوصاية نفسها، فتتولى هذه الأخيرة التحكيم فيها. وعندما تتعلق النزاعات بشركتين وطنيتين أو أكثر أو مؤسسات عمومية تابعة لسلطات وصاية مختلفة، فتعين كل من هذه الشركات أو المؤسسات حكما عنها. ويتفق الحكمان المختاران بهذا الشكل، على تعيين حكم مرجح. وإن لم يتفق المحكمان على اختيار الحكم المرجح، يرفع الأمر إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا، الذي يعين الحكم المرجح في مهلة لا تتجاوز شهر واحد. فيحدد الحكم المرجح تاريخ اجتماع المحكمين ومكثمه وفي الحاليتين المنصوص عليها في الفقرتين 2 و 3 من هذه المادة، يختار المحكمان والحكم المرجح من بين أعوان الدولة، ويصدرون القرار التحكيمي بأغلبية الآراء المدلى بها".

يفهم في هذه الحالة بصفة آلية وضمنية أن إرادة الأطراف قد ذهبت إلى اختيار أسلوب آخر لتسوية النزاع غير التحكيم، مثل الوساطة، مثلما تنص عليه أحكام قانون تسوية المنازعات الجماعية. وبالتالي فإن نص هذه المادة لا يعتد به في حالة النزاعات الجماعية هذه.

فإن الحالة الثانية، أي رفض أحد الأطراف تعيين محكم، فإن التفسير المنطقي والموضوعي، يفترض أن الطرف الذي عليه تقديم العريضة هو الطرف الآخر، وهنا يثور السؤال حول مدى إلزامية أحكام وقرارات التحكيم التي تصدر لصالح أو ضد الطرف الرفض لهذا الإجراء؟ خاصة ونحن نعلم أن الأصل في التحكيم في النزاعات الجماعية للعمل، هو إجراء اختياري، وأن القانون المنظم له فيما يخص هذه المنازعات لم ينص على خلاف ذلك.

إن عدم ملائمة أحكام قانون الإجراءات المدنية القديم لم يتوقف عند هذا الحد، بل إن مضمون مادته 444 التي تنص على أنه: "يحصل الاتفاق على التحكيم أمام المحكمين الذين يختارونهم الخصوم، ويثبت الاتفاق إما في محضر أو في عقد رسمي أو عرفي". كان ما يفيد أن تعيين واختيار الحكام أو المحكمين من قبل الأطراف، يتم قبل الاتفاق على التحكيم، وهذا أمر مناقض لعرف ومتطلبات النزاعات الجماعية التي يتم فيها الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم أو الوساطة مباشرة بعد فشل المصالحة، كما تنص على ذلك المادة 9 من قانون تسوية المنازعات الجماعية، كما يحدث الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في أغلب الحالات عند إبرام الاتفاقية الجماعية، من جهة، وهو ما تم تداركه بمقتضى المادة 1008 إلى 1010 من ق.إ.م.إ. الجديد التي سبق أن تعرضنا إليها.

وهكذا، ومن خلال كل ما سبق، يتضح لنا، أن أحكام قانون الإجراءات المدنية السابق، فيما يتعلق بكيفيات تعيين المحكمين، لم تكن تتناسب مع طبيعة ومتطلبات النزاعات الجماعية للعمل، وكان من الأنسب للمشرع - في رأينا - أن يعتمد نفس الأسلوب والصيغة البسيطة والمرنة التي اعتمدها في المواد 10 إلى 12 من القانون

90-02 المتعلقة بالوساطة، ومراعاة الفارق بين مهمة الوسيط ومهمة المحكم أو المحكمين، مع إضافة مادة رابعة يكون مضمونها نص الفقرة الثانية من المادة 13 من القانون. على أن يشكل كل ذلك محتوى القسم الرابع الذي خصص للتحكيم.

ونظراً لأهمية التحكيم كآلية لتسوية النزاعات الجماعية في العمل، ودور القانون الاتفاقي في صلاحية المبادرة التنظيمية الذي يمكن أن يحيله القانون لأطراف النزاعات الجماعية، هذا الدور الذي يبدو أن المشرع الجزائري قد حجب به بصفة كلية عن القانون الاتفاقي، على خلاف ما هو معمول به في العديد من النظم المقارنة الأخرى، وهو ما يمكن استخلاصه من أسلوب الإحالة إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية المشار إليها سابقاً، الذي أعتمده، رغم الطابع الاتفاقي لكل ما يتعلق بالتحكيم بدءاً بحرية اللجوء إلى التحكيم من عدمه، إلى الحرية في تعيين هيئة التحكيم، وكذا في تحديد مهامها، وصولاً إلى إضفاء القوة أو الطابع الإلزامي لقراراته.

فمن حيث حرية اللجوء إلى التحكيم، وتعيين أعضائه، وتحديد مهامها: فقد رأينا كيف أن المشرع الجزائري ذهب في اتجاه مخالف لما ذهب إليه مختلف النظم القانونية المقارنة، التي تعترف لأطراف التفاوض عن طريق الاتفاقيات والاتفاقات كقاعدة عامة، بحرية كاملة في قبول اللجوء إلى التحكيم، أو رفضه بمقتضى الاتفاقات والعقود التي تربطهم، قبل أن يتراجع عن ذلك بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد،²³ مما يعني أنه لا يمكن فرض شرط التحكيم على الأطراف إذا لم يتفقوا عليه مسبقاً، وهو ما يفسر تضمين الاتفاقيات الجماعية قواعد اتفاقية مقتضبة تحيل من خلالها النزاعات الجماعية التي لم تجد لها حلاً عبر المصالحة والوساطة، إلى إجراء التحكيم رغم أن لأطراف الحرية في ذلك،

²³ تنص عليه المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد المشار إليه سابقاً، على أنه: "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية، أو في الوثيقة التي تستند إليها. يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديدي كفاءات تعيينهم."

وفق ما ينص عليه القانون. وكذلك الأمر بالنسبة للكيفيات في تعيين المحكمين، سواء أثناء إبرام الاتفاقية الجماعية، حيث تحدد قائمة مسبقة بأسماء المحكمين الذين يمكن اللجوء إليهم عند وقوع أي نزاع في العمل،²⁴ أو يتم التعيين كلما تطلب الأمر ذلك، وهو ما يعرف بالإجراء الاتفاقي، والذي يأخذ به القانون الفرنسي.²⁵ والاتفاق المسبق على اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الخاصة بتنفيذ مختلف العقود الأخرى، بما فيها اتفاقيات العمل الجماعية باعتبارها عقود مثل العقود الأخرى.²⁶

ونلاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يساير النهج الليبرالي الذي اعتمده في صياغة قواعد قوانين العمل الجديدة، حيث كان الأجدر به أن يترك مسألة تحديد كيفيات تعيين هيئة التحكيم للقانون الاتفاقي، كما فعل بالنسبة لمختلف المجالات الواردة في المادة 120 من قانون علاقات العمل، بدلاً من إحالتها إلى المواد 442 مكرر وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية،²⁷ ولاسيما الفقرتين 4 و5 منها.²⁸ التي لا تتناسب مع طبيعة المنازعات الجماعية، لكونها تتعلق بنزاع بين مؤسستين مختلفتين، لكل منها كيانه المستقل، ومصالح مالية وتجارية مختلفة، بينما النزاع الجماعي يتعلق بمؤسسة واحدة، أو عدة مؤسسات، ويكون أطرافه كل من إدارة المؤسسة من جهة، والنقابة أو النقابات الممثلة للعمال من جهة ثانية. وهي مادة لا تتناسب من حيث إجراءاتها وشروطها حتى مع مجال التحكيم الذي وجدت من أجله، هذا الواقع الذي عقد ممارسة أسلوب التحكيم في الميدان العملي، الأمر الذي أدى إلى إلغاء هذه

²⁴ وهو أمر نادر الحدوث في غياب قوائم استدلالية تتضمن قائمة بأسماء الأشخاص أو الهيئات التي يمكن أن يتم الاختيار منها.

²⁵ راجع المادتين L525-1 و L525-2 من قانون العمل الفرنسي. المرجع السابق، ص 355 و 356.

²⁶ تنص المادة 444 ف 2 من القانون السابق على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يتفقوا في كل عقد على عرض المنازعات التي قد تنشأ عند التنفيذ على المحكمين" وهو الإجراء الذي أخذت به أغلب الاتفاقيات الجماعية. "ينظر كذلك أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الخاصة باتفاقات التحكيم، لا سيما المواد 1011 إلى 1013.

²⁷ التي تقابلها المواد 1006 وما بعدها إلى المادة 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الخاصة باتفاقات التحكيم. ج.ر.

عدد 21 لسنة 2008. المشار إليها سابقاً.

²⁸ تنص الفقرتين المشار إليهما، على ما يلي: "وبالنسبة لعلاقات الشركات والمؤسسات العمومية فيما بينها، فإنه يجوز لها أن تطلب التحكيم في النزاعات المتعلقة بحقوقها المالية الناجمة عن تنفيذ تعاقدات التوريدات أو الأشغال أو الخدمات، كما يجوز للشركات الوطنية والمؤسسات العمومية الأخرى، أن تجري المصالحة فيما بينها في نطاق علاقتهما."

المادة سنة 1993 ليحرر الأطراف من التعقيدات التي فرضتها هذه المواد. إلا أن هذا التعديل الذي وقع في قانون الإجراءات المدنية لم يتبعه تعديل في مواد قانون تسوية منازعات العمل الجماعية.

ولا تتوقف نقائص القانون الجزائري في مجال تعيين هيئة التحكيم فقط، بل أن الفراغ والغموض الملاحظ فيما يتعلق بالصلاحيات والسلطات المخولة للجان وهيئات التحكيم، وبيان نوعية أو طبيعة النزاعات التي تتكفل بتسويتها، هو أكبر وأعقد، الأمر الذي جعل أطراف القانون الاتفاقي يعتمدون التفسير المنطقي للأشياء، أي أن الأصل في الأشياء الإباحة، وهو ما يعطي لهيئات التحكيم صلاحيات واسعة ومطلقة في اعتماد كل السبل والوسائل الضرورية التي تمكنها من الوصول إلى إصدار حكمها وفق قواعد القانون، ومبادئ العدالة والإنصاف.²⁹

وبصفة عامة، وبغض النظر عن طبيعة ومحتوى النزاع فإن هيئة التحكيم تطبق كافة القوانين والنظم المعمول بها،³⁰ وقياسا على صلاحيات وسلطات الوسيط التي سبق الإشارة إليها، والمقررة في قانون العمل، فإن لهيئة التحكيم كافة الصلاحيات والإمكانات

²⁹ وبالرجوع إلى بعض القوانين المقارنة، لاسيما تلك التي لها تجارب طويلة في مجال الأخذ بنظام التحكيم، كالتشريع الفردي الذي يعود فيه تاريخ التحكيم في منازعات العمل الجماعية إلى سنة 1936، حيث بدأ العمل بالتحكيم الإجباري، ليؤخذ فيما بعد في سنة 1938 بنظام التحكيم الاختياري. الذي أدخلت عليه منذ ذلك التاريخ وإلى الآن عدة تعديلات وتتميمات لاسيما في سنة 1982. فإننا نجد هنا تفرق بين عدة أنواع من النزاعات الجماعية من حيث مضامينها وطبيعتها، مما يؤثر ضيقا واتساعا على صلاحيات هيئات التحكيم: - فالمنازعات المتعلقة بتفسير وتنفيذ القوانين والنظم والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية، أو ما يسمى بالمنازعات القانونية تفصل فيها هيئات التحكيم وفق أحكام القوانين والنظم المعمول بها، وكذلك وفق البنود والأحكام المقررة في الاتفاقات والاتفاقيات لحل النزاع، أو التي تحكم الأطراف المتنازعة.

- ونفس الشيء بالنسبة للمنازعات ذات الطابع الاقتصادي أي تلك المتعلقة بالأجور والتعويضات والحوافز، التي تعتمد فيها هيئات التحكيم بالدرجة الأولى على القوانين والنظم والاتفاقيات أو الاتفاقات المعمول بها، إلى جانب العقود الفردية للعمل والأعراف والعادات المهنية، في حالة عدم وجود أو عدم كفاية القواعد المحددة الخاصة بالموضوع محل النزاع.

- أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالمفاوضات الخاصة بإبرام ومراجعة الاتفاقيات الجماعية، فإن لهيئات التحكيم نوع من الصلاحيات الواسعة وغير المحددة، حيث يمكنها اعتماد كافة الوسائل والطرق القانونية والمهنية التي تمكنها من الوصول إلى قرار من شأنه إنهاء وتسوية النزاع القائم بين الطرفين.

أما في النظام الجزائري، فإن كل ما يمكن الإشارة إليه في هذا الشأن، هو ما تضمنته المادتين 17 و 18 من المرسوم التنفيذي المنظم للجنة الوطنية للتحكيم، (ج.ر. عدد 1 لسنة 1991) حيث تنص الأولى على وجوب سماع اللجنة لممثلي العمال وأصحاب العمل الأطراف في النزاع. بينما تنص الثانية على إمكانية استعانة اللجنة بخبرة أي شخص أجنبي ترى أنه يفيد بها في أعمالها، إلى جانب إمكانية القيام بكل التحقيقات والتحريات التي تراها ضرورية لتوضيح ملابسات القضية.

³⁰ راجع المادة 451 من ق.إ.م.

اللازمة التي تمكنها من الحصول على كافة المعلومات المفيدة، وفحص كافة التقارير والمحاضر والآراء والمواقف التي يبادر بها أو يقدمها كل طرف من أطراف النزاع. وعند الضرورة يمكنها الاستماع إلى الشهود وكل من يمكنه أن يفيد في توضيح معطيات وملابسات النزاع، وتعيين خبراء لبحث وتحليل كل المعطيات والوضعيات المالية والقانونية والمهنية. وغيرها من المسائل العلمية والعملية الأخرى التي تمكنها من الاطلاع الجيد والشامل على خلفيات ومكونات وملابسات النزاع.

أما من حيث إضفاء الطابع الإلزامي لقراراته: الأصل أن اتفاقات التحكيم تستمد قوتها الإلزامية من اتفاق التحكيم الذي يبرمه أطراف النزاع، أي من الإرادة المشتركة لأطراف النزاع. على أساس أن هيئة التحكيم ليست هيئة قضائية أو إدارية تتمتع بالسلطة العمومية، الأمر الذي يكسب قراراتها القوة الإلزامية لما تتمتع به من صفة القوة العمومية. من جهة. وبحكم أن هيئة التحكيم تخضع في تكوينها وتحديد صلاحياتها إلى إرادة أطراف اتفاق التحكيم الذي يبرمه أطراف النزاع بكل حرية واستقلالية، من جهة ثانية، وهو ما يبرر وصفه بالتحكيم الاختياري.³¹ إلا أن هذا المبدأ وإن كان يتماشى مع منطق الأشياء، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لاسيما عندما يتعلق الأمر بالقبول المسبق بقرارات التحكيم. كثيراً ما يتعارض مع إرادة المشرع التي قد تذهب إلى منح اتفاقيات أو قرارات التحكيم قوة إلزامية، قضائية،³² أو قانونية.³³ وتجعلها ملزمة للأطراف بمجرد صدورها. وهو ما أعتمدته المشرع الجزائري بنص المادة 13 ف2 التي تقضي بأن: "يصدر قرار التحكيم النهائي خلال الثلاثين يوماً الموالياً لتعيين الحكم، وهذا القرار يفرض نفسه على الطرفين الذين يلزمان

³¹ على العكس من قرارات التحكيم الإجباري التي تستمد قوتها الإلزامية من طبيعة نظام التحكيم الذي تصدر عنه، والسلطة العامة التي تتمتع بها هيئة التحكيم التي أصدرته. يراجع على سبيل المثال في هذا الشأن، النظام الخاص باللجنة الوطنية للتحكيم الصادر بمقتضى المرسوم التنفيذي 90 - 418 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990 المتعلق بتشكيل اللجنة الوطنية للتحكيم... وتنظيمها وعملها. ج.ر. عدد 1 لسنة 1991. لاسيما المادة 21 منه.

³² كما تنص على ذلك المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية. والمادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

³³ كما تنص على ذلك المادة 13 من القانون 90 - 02 المتعلق بتسوية نزاعات العمل الجماعية، السالف الذكر.

بتنفيذه." وهو غير قابل للطعن أو المراجعة العادية وغير العادية. مما يفيد بأن قرارات التحكيم في منازعات العمل الجماعية تكون قابلة للتنفيذ بمجرد النطق بها، دون حاجة إلى أمر أو حكم من المحكمة المختصة. لكن ما معنى إلزام الطرفين بالتنفيذ؟

إن الجواب على التساؤل تكمن في أن الأثر الآلي لقرار التحكيم يسري على أطراف النزاع سواء أكان موضوعه يتعلق بتفسير بند من بنود الاتفاقية، أو يتعلق بتنفيذه، أو بإبطال بند من بنود الاتفاقية، أو إلغائه، أو يتعلق بتنظيم مسألة ما من المسائل التي تتضمنها الاتفاقية. كما يسري على عقود العمل الفردية الخاضعة للاتفاقية الجماعية التي كانت محل النزاع، حاضراً ومستقبلاً.

فبالنسبة لقرارات التفسير، والتي عادة ما تتضمن تفسيراً عاماً ومجرداً لقواعد اتفاقية أو قانونية معينة قائمة، فإن هذه القواعد التفسيرية التي تضمنها القرار تسري على علاقة الطرفين، باعتباره يأخذ حكم القواعد المفسرة ضمن النطاق الشخصي للنزاع المعروف، وما على الطرفين إلا أن يسيروا على أساس هذه القواعد التفسيرية.

أما فيما يتعلق بقواعد الإلغاء والإبطال، فإنها تتعلق عادة بإلغاء أو إبطال قواعد اتفاقية مهنية قائمة، بمناسبة إعادة النظر في مضمونها عند فحص النزاع، وبالتالي تصبح لاغية، أو باطلة حسب الحالة، ابتداء من التاريخ المحدد للإلغاء أو للبطلان، وبالتالي تتوقف آثارها من ذلك التاريخ بالنسبة للمخاطبين بها لتحل محلها القواعد الجديدة في حالة الإلغاء، أو تصبح كأنها لم تكن بالنسبة لحالة البطلان. وليس بأثر رجعي.³⁴

وفيما يتعلق بأثره على عقود العمل الفردية، فإنه انطلاقاً من كون قرار التحكيم جزءاً لا يتجزأ من الاتفاقية باعتباره أداة تعديل لبعض أحكام هذه الأخيرة، فإنه يسري على عقود العمل الفردية

³⁴ ينظر في هذا الشأن: د. عبد القادر الطورة، المرجع السابق، ص 426 وما بعدها.

الحالية الخاضعة للاتفاقية، والعقود المستقبلية، وكذا العقود المنتهية وقت حدوث التعديل عن طريق قرار التحكيم.³⁵

يتبن من كل ما سبق، أن القانون الجزائري قد قيد إلى حد بعيد حرية أطراف علاقة العمل الجماعية في تنظيم إجراء التحكيم، ولم يترك لهم سوى حرية الاختيار في اللجوء إليه من عدمه. وبالتالي فهو تنظيم يفتقر إلى آليات التكيف مع خصوصيات طبيعة ومتطلبات النزاعات الجماعية في العمل، الأمر الذي يقتضي في رأينا إعادة النظر في تنظيمه بصفة كلية وجذرية بإقامة نظام قانون متكامل مندمج في القوانين المنظمة لكيفيات الوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها.³⁶

³⁵ المرجع السابق. ص 426 وما بعدها.

³⁶ ولذلك نقترح أن يتم تعديل هذه المنظومة القانونية على النحو التالي:

المادة 1: في حالة استمرار الخلاف الجماعي في العمل، بعد فشل المصالحة، أو الوساطة. يمكن للاتفاقيات والاتفاقات الجماعية أن تتضمن أحكاماً اتفاقية لتنظيم اللجوء إلى التحكيم، وضبط قائمة بأسماء الحكام الذين يمكن اللجوء إليهم في حالة فشل المصالحة أو الوساطة بينهما. وفي حالة عدم وجود أحكام اتفاقية حول التحكيم، يتم تعيين هيئة التحكيم عن طريق اتفاق مشترك بين الطرفين، إما بتعيين حكماً واحداً، أو أن يعين كل منهما حكماً من طرفه. وفي الحالة الثانية يتفق الحكمان على تعيين حكماً مرجحاً بينهما في حالة تساوى الأصوات.

المادة 2: في حالة رفض أحد الطرفين الاتفاق على تعيين الحكم، أو رفض تعيين حكماً من طرفه، يمكن للطرف المستعجل، أن يلتمس من المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية المختصة إقليمياً، عن طريق عريضة دعوى استعجالية، المطالبة بإلزامه بالاتفاق على تعيين الحكم، على تعيين حكماً من طرفه. يكون الحكم الصادر في هذه الحالة قابل للتنفيذ المعجل.

المادة 3: في حالة الاتفاق حول تعيين الحكم، أو هيئة التحكيم، يقدم مفتش العمل، أو الوسيط، بالاتفاق مع الطرفين، الملف المتعلق بالخلاف الجماعي مرفوقاً بمحضر عدم الصلح. أو مشروع اتفاق الوساطة الذي رفضه الأطراف. يستدعي الحكم أو هيئة التحكيم أطراف النزاع لعرض دفعوهما الشفوية أو الكتابية، وتقديم كافة الوثائق والمستندات التي تدعم هذه الدفوع. يمكن للحكم، أو لهيئة التحكيم، أن تطلب من الطرفين تسليمها جميع الوثائق والمعلومات المفيدة للقيام بمهمتها. كما يمكنها القيام بكافة التحقيقات الاقتصادية والاجتماعية الخاصة بالوضعيات المالية والإحصائية والمحاسبية والإدارية للمؤسسة، التي من شأنها أن تفيدها في معالجة الخلاف المعروف عليها. وذلك لدى كل من إدارة المؤسسة المستخدمة، أو النقابة الممثلة للعمال، ولها كذلك الاستعانة بخبرة أي شخص أو هيئة أجنبية عن المؤسسة لمساعدتها في تسوية الخلاف. وتساعد الحكم، أو هيئة التحكيم، في مجال تشريع العمل، بناء على طلبه، مفتشية العمل المتخصصة إقليمياً. يلتزم الحكم، أو هيئة التحكيم بواجب التقيد بالسر المهني إزاء الغير بالنسبة لكافة المعلومات التي يكون قد اطلع عليها أثناء قيامه بمهمته. باستثناء الحالات التي يرضها القانون.

المادة 4: ينظر الحكم، أو هيئة التحكيم المعنية وفقاً لأحكام المادتين 1 و 2 أعلاه، في المسائل والخلافات التي وردت في محضر عدم المصالحة، أو مشروع اقتراح الوساطة، أو المعطيات التي وقعت بعد ذلك فقط. إلا إذا كلفها الأطراف بغير ذلك. إلا أنه، خلافاً لأحكام الفقرة السابقة، يمكن للحكم، أو هيئة التحكيم المعنية من الطرفين، بحكم القانون النظر في الخلافات القائمة بين الطرفين حول: (1) تفسير، أو تنفيذ الأحكام القانونية، أو الاتفاقية الواردة في الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية التي أبرمها الطرفين، أو انضما إليها السارية المفعول. (2) النزاعات المتعلقة بالتفاوض حول الأجور، والامتيازات المالية المقررة للعمال بمقتضى القانون، أو الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية التي أبرمها الطرفين، أو انضما إليها السارية المفعول. (3) النزاعات المتعلقة بالتفاوض حول شروط العمل التي لم يتم تنظيمها بمقتضى القانون أو الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية التي أبرمها الطرفين، أو انضما إليها السارية المفعول. (4) النزاعات المتعلقة بالتفاوض حول مراجعة وتعديل الاتفاقيات والاتفاقات الموقعة بين الطرفين. (5) النزاعات المتعلقة بالتفاوض حول مضمون الاتفاقات المتعلقة بالتسريح لأسباب اقتصادية، الموقعة بين الطرفين.

2 - 3 - 2 - صلاحيات ومهام المحكمين

لم تتضمن القوانين الجزائية أية إشارة إلى الصلاحيات والسلطات المخولة للجان وهيئات التحكيم، ولا إلى نوع النزاعات التي تتكفل بتسويتها، وهو ما يمكن تفسيره، بأن لهيئات التحكيم صلاحيات واسعة ومطلقة في اعتماد كل السبل والوسائل الضرورية التي تمكنها من الوصول إلى إصدار حكمها وفق قواعد القانون، ومبادئ العدالة والإنصاف.

وبالرجوع إلى بعض القوانين المقارنة، لاسيما تلك التي لها تجارب طويلة في مجال الأخذ بنظام التحكيم، كالتشريع الفرنسي الذي يعود فيه تاريخ التحكيم في منازعات العمل الجماعية إلى سنة 1936، حيث بدأ العمل بالتحكيم الإلزامي، ليؤخذ فيما بعد في سنة 1938 بنظام التحكيم الاختياري. الذي أدخلت عليه منذ ذلك التاريخ عدة تعديلات وتتميمات يرجع آخرها إلى سنة 1982.³⁷ فإننا نجد أنها تفرق بين عدة أنواع من النزاعات الجماعية من حيث مضامينها وطبيعتها، مما يؤثر ضيقا واتساعا على صلاحيات هيئات التحكيم:

المادة 5: يعرض الحكم، أو هيئة التحكيم المعنية وفقاً لأحكام المادتين 1 و 2 أعلاه، على الطرفين، خلال أجل ثلاثين (30) على الأكثر من استلامه الملف، رأيه لتسوية النزاع المعروض عليه في شكل قرار معلل. يمكن تمديد مهلة التحكيم عند الحاجة، بخمسة عشر (15) يوماً على الأكثر، بطلب من الحكم، أو هيئة التحكيم، وبموافقة الطرفين.

المادة 6: يفرض قرار التحكيم نفسه على الطرفين الذين يلزمان بتنفيذه، بعد استكمال إجراءات تسجيله لدى مفتشية العمل، وإيداع نسخة منه لدى كتابة ضبط المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية المختصة إقليمياً، من قبل الطرف المستعجل.

المادة 7: يمكن لكل من الطرفين، الطعن في قرار التحكيم أمام اللجنة الوطنية للتحكيم، الواردة في المادة 2. من هذا القانون، في الحالات التالية: 1 - إذا لم يكن قرار التحكيم معللاً، أو خالف أحكام قانونية أو اتفاقية سارية المفعول. 2 - إذا ثبت أن القرار منحاز إلى مصلحة أحد الطرفين. 3 - إذا ثبت أن للحكم مصلحة خاصة، أو علاقة قرابة، مع أحد الطرفين المتنازعين. 4 - إذا تضمن مسائل لم ترد في محضر عدم المصالحة، أو اقتراح الوساطة، أو أهمل معالجة أحد القضايا أو المسائل الواردة فيها، أو عالج مسائل لم تكن محل طلب خاص من الطرفين، ما عدا تلك الواردة في المادة 4 أعلاه. 5 - إذا صدر القرار بعد المدة المحددة للتحكيم بما فيها المدة الإضافية.

المادة 8: من أجل تسهيل لجوء أطراف الخلاف الجماعي إلى التحكيم، يحدد الوزير المكلف بالعمل بموجب قرار قائمة الحكام بعد استشارة التنظيمات النقابية التمثيلية على المستويين القطاعي والوطني. ترسل القائمة إلى الوزراء، والولاة، ورؤساء المجالس الشعبية البلدية وإلى مفتشيات العمل، وتعلق نسخة منها في المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية المختصة إقليمياً. يتم مراجعة هذه القائمة عند الاقتضاء، كل سنتين بنفس الطريقة.

المادة 9: يتم اختيار الحكام من بين الشخصيات المعروفة بكفاءتها في المجال القانوني والاقتصادي والاجتماعي وسمعتها وسلطانها المعنوية. لا يجب أن تكون للحكام مصالح مباشرة أو غير مباشرة مع طرفي الخلاف الجماعي.

المادة 10: يستفيد الحكام من تعويض تحدد قيمته وكيفية منحه عن طريق التنظيم.

³⁷ راجع كامرلينك، المرجع السابق، ص 991. ود. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 836 وما بعدها.

- فالمنازعات المتعلقة بتفسير وتنفيذ القوانين والنظم والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية، أو ما يسمى بالمنازعات القانونية تفصل فيها هيئات التحكيم وفق أحكام القوانين والنظم المعمول بها، وكذلك وفق البنود والأحكام المقررة في الاتفاقات والاتفاقيات لحل النزاع، أو التي تحكم الأطراف المتنازعة.

- ونفس الشيء بالنسبة للمنازعات ذات الطابع الاقتصادي أي تلك المتعلقة بالأجور والتعويضات والحوافز، التي تعتمد فيها هيئات التحكيم بالدرجة الأولى على القوانين والنظم والاتفاقيات أو الاتفاقات المعمول بها، إلى جانب العقود الفردية للعمل والأعراف والعادات المهنية، في حالة عدم وجود أو عدم كفاية القواعد المحددة الخاصة بالموضوع محل النزاع.

- أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالمفاوضات الخاصة بإبرام ومراجعة الاتفاقيات الجماعية، فإن لهيئات التحكيم نوع من الصلاحيات الواسعة وغير المحددة، حيث يمكنها اعتماد كافة الوسائل والطرق القانونية والمهنية التي تمكنها من الوصول إلى قرار من شأنه إنهاء وتسوية النزاع القائم بين الطرفين.

أما في النظام الجزائري، فإن كل ما يمكن الإشارة إليه في هذا الشأن، هو ما تضمنته المادتين 17 و 18 من المرسوم التنفيذي المنظم للجنة الوطنية للتحكيم،³⁸ حيث تنص الأولى على وجوب سماع اللجنة لممثلي العمال وأصحاب العمل الأطراف في النزاع. بينما تنص الثانية على إمكانية استعانة اللجنة بخبرة أي شخص أجنبي ترى أنه يفيد في أعمالها، إلى جانب إمكانية القيام بكل التحقيقات والتحريات التي تراها ضرورية لتوضيح ملابسات القضية.

وبصفة عامة، وبغض النظر عن طبيعة ومحتوى النزاع فإن هيئة التحكيم تطبق كافة القوانين والنظم المعمول بها،³⁹ وقياسا على

³⁸ الجريدة الرسمية عدد 1 المؤرخة في 2 جانفي 1991، ص 11 وما بعدها.

³⁹ راجع المادة 451 من ق.إ.م.

صلاحيات وسلطات الوسيط التي سبق الإشارة إليها، والمقررة في قانون العمل، فإن لهيئة التحكيم كافة الصلاحيات والإمكانات اللازمة التي تمكنها من الحصول على كافة المعلومات المفيدة، وفحص كافة التقارير والمحاضر والآراء والمواقف التي يدعي بها أو يقدمها كل طرف من أطراف النزاع. وعند الضرورة يمكنها الاستماع إلى الشهود وكل من يمكنه أن يفيد في توضيح معطيات وملابسات النزاع، وتعيين خبراء لبحث وتحليل كل المعطيات والوضعية المالية والقانونية والمهنية. وغيرها من المسائل العلمية والعملية الأخرى التي تمكنها من الاطلاع الجيد والشامل على خلفيات ومكونات وملابسات النزاع.

2 - 3 - 3 - إجراءات التحكيم، وتنفيذ الأحكام.

بعد تعيين المحكم، أو الهيئة التحكيمية، تقدم لها كافة الوثائق والمعلومات والمحاضر الخاصة بمختلف مراحل النزاع، ومختلف جوانبه وخلفياته وإشكالياته، وفق ما تقرر أحكام المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية. حيث يتقدم أمامها كل طرف من أطراف النزاع، إما بصفة شخصية أو بواسطة وكيل عنه، بعد استدعاء يوجه لهم من قبل هيئة التحكيم، وفي حالة تخلف أحد الأطراف عن الحضور، أو عن تقديم الوثائق والمعلومات اللازمة، يمكنها أن توقع عليه كل الجزاءات المقررة في القوانين والنظم المعمول بها، كما يمكنها أن تصدر قرارها على صورة ما قدم لها في الموعد المحدد لتقديم العرائض والمستندات كما هو منصوص عليه في المواد 1020 إلى 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

أما بالنسبة للمواعيد، ومختلف الأوضاع الأخرى للتحكيم، فإنها تخضع كذلك للمواعيد والأوضاع المقررة للتقاضي أمام المحاكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. كما أن إجراءات التحقيق والبحث وتحرير المحاضر والتقارير، يشارك في إعدادها مبدئياً كافة أعضاء الهيئة التحكيمية، إلا إذا اتفقوا فيما بينهم على أن يقوم بهذه المهمة واحد عنهم، أو أن يحدد اتفاق التحكيم أحد الأعضاء للقيام بذلك.

أما فيما يخص إصدار القرارات التحكيمية، فإن هيئة التحكيم، أو المحكم، بعد أن تجمع لديها كافة المعطيات، تتخذ قرارها في مدة أقصاها ثلاثون (30) يوما من تاريخ تعيينها، وفق نص المادة 13 من القانون 90-02 المتعلق بتسوية النزاعات الجماعية في العمل المشار إليه سابقا، وهو القرار غير القابل للتنفيذ إلا بأمر صادر عن رئيس الجهة القضائية المختصة موضوعيا وإقليميا بالنزاع، حيث يحفظ أصل القرار في كتابة ضبط المحكمة، وتمنح نسخ تنفيذية للأطراف قصد إتمام عملية التنفيذ.⁴⁰ مع الإشارة أن قرارات التحكيم مثل الأحكام القضائية من حيث وجوب تسبيبها وتعليله، إلا أنها تختلف عنها في كونها لا يمكن الاحتجاج بها نحو الغير.⁴¹

إلا أن هذه القاعدة العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية، قد خالفها قواعد وأحكام القانون الخاص بتسوية النزاعات الجماعية السالف الذكر، بنصها في الفقرة الثانية من المادة 13، بأن: "قرار التحكيم يفرض نفسه على الطرفين الذين يلتزمان بتنفيذه".⁴² وهو ما يفيد بأن قرارات التحكيم في منازعات العمل الجماعية تكون قابلة للتنفيذ بمجرد النطق بها، دون حاجة إلى أمر أو حكم من المحكمة المختصة. وهو النظام المعمول به في هذا المجال، حيث أن القاعدة السابقة، قد استبعدت من مجال التطبيق على النزاعات الجماعية، بنص قانون تسوية النزاعات الجماعية، على ضرورة "مراعاة الأحكام الخاصة في هذا القانون"، وخلافاً للقانون السابق الذي استبعد إمكانية استئناف القرارات التحكيمية،⁴³ فقد أباح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد إمكانية الطعن في هذه الأحكام عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم.⁴⁴ وكذلك الطعن فيها عن طريق الاستئناف في أجل شهر

⁴⁰ راجع المادتين 1036 و 1037 من ق.إ.م.إ.

⁴¹ راجع المواد 1035 إلى 1038 من نفس القانون.

⁴² وهو ما نصت عليه المادة 1031 من ق.إ.م.إ. الجديد: "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه".

⁴³ وذلك من خلال استبعاد تطبيق أحكام قانون الإجراءات المدنية الخاصة باستئناف قرارات التحكيم والواردة في المادة

454 وما بعدها، من مجال التطبيق بالنسبة للنزاعات الجماعية، من جهة، وأيضا بالنص الصريح على أن قرار التحكيم يفرض نفسه على الطرفين الذين يلتزمان بتنفيذه، من جهة أخرى.

⁴⁴ المادة 1032 الفقرة 2. من ق.إ.م.إ. الجديد.

من تاريخ النطق بها أمام المجلس القضائي المختص إقليمياً ما لم يكن الأطراف قد تنازلوا عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم.⁴⁵

وأخيراً، يمكن القول أن القوانين والنظم المعمول بها حالياً في مجال تنظيم وسير نظام التحكيم في النزاعات الجماعية في العمل، تتميز بعدم الوضوح، وتطرح العديد من الاشكالات، من الناحية التنظيمية والعملية، الأمر الذي كثيراً ما يؤدي إلى نفور المتنازعين من اللجوء إلى التحكيم، أو يضطرون إلى وضع قواعد وأحكام اتفاقية خاصة بكيفيات اللجوء إلى التحكيم. هذا الواقع الذي يدعم الفكرة التي سبق أن أشرنا إليها، والمتمثلة في ضرورة إعادة النظر في الأحكام القانونية المنظمة للتحكيم الخاص بالنزاعات الجماعية، وفق الاقتراحات التي عرضناها فيما سبق، من أجل وضع هياكل وأجهزة تحكيم دائمة ومستقرة، محددة الصلاحيات، واضحة الإجراءات، فعالة التصدي لمختلف المنازعات الجماعية التي يمكن أن تثور في أي قطاع من القطاعات، مهما كانت أسبابها وأهدافها.

الفرع الثالث: تسوية النزاعات الجماعية في المؤسسات والهيئات الإدارية العمومية

إن اختلاف الأسس والمبادئ التنظيمية التي تقوم عليها العلاقات المهنية الفردية والجماعية في المؤسسات والهيئات الإدارية، القائمة على أساس الرابطة القانونية والتنظيمية بين العمال - الموظفين - والإدارات المستخدمة، حيث تحدد كافة الأحكام والمسائل المهنية والمالية والاجتماعية، الفردية منها والجماعية، بمقتضى النصوص القانونية والتنظيمية العامة أو الخاصة، والقوانين الأساسية الخاصة بصفة معينة من الفئات العمالية أو قطاع معين من قطاعات النشاط الإداري. والتي تضعها الجهات المخولة دستورياً صلاحية إصدار مثل هذه القوانين والنظم. عكس الطابع التعاقدية الذي تقوم عليه العلاقات بين العمال وأصحاب العمل، والتي تحدد وفقه كافة المسائل المهنية وغيرها الفردية منها والجماعية، بمقتضى الاتفاقيات والاتفاقات

⁴⁵ تنص المادة 1033 من ق.إ.م.إ. الجديد. بأنه: " يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد (1) من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم."

الجماعية التي تبرم بين النقابات العمالية وأصحاب العمل، أو التنظيمات النقابية التمثيلية لهم. هذا الاختلاف في الأساس والمبدأ، يؤدي إلى اختلاف الأدوات والأساليب والإجراءات المعتمدة في تسوية النزاعات الجماعية التي تقوم بين جماعة العمال، أو التنظيمات النقابية الممثلة لهم، من جهة. والمؤسسات أو الهيئات الإدارية المستخدمة من جهة أخرى.

وبالرغم من أن موضوع العلاقات المهنية الخاضعة لقوانين وأنظمة الوظيفة العمومية، تخرج نسبيا عن مجال دراسة العلاقات المهنية الخاضعة لقانون العمل، إلا أننا ارتأينا أن نخصص جزءا من دراستنا هذه، لبحث وعرض طرق وأساليب تسوية النزاعات الجماعية الخاضعة لنظام الوظيفة العمومية، وذلك تماشيا مع النصوص القانونية المعمول بها في هذا المجال، والتي خصصت بدورها حيزا هاما لتنظيم كفاءات تسوية النزاعات الجماعية في قطاع الإدارات العمومية.⁴⁶

وبالرجوع إلى أحكام هذا القانون، والأحكام الخاصة بتسوية هذا النوع من النزاعات، فإننا نجد أنها تتضمن أنواعا من الإجراءات، ابتداء من التظلم، إلى المصالحة، إلى التحكيم، بدون أن نأخذ بعين الاعتبار الاحتياطات الوقائية التي يجب على كل من ممثلي العمال والإدارات المستخدمة، العمل على توفيرها والعمل بها، والمتمثلة على الخصوص في استمرار التشاور بينهما بصورة دائمة ومنظمة، وفقا لنص المادة 15 من القانون 90-02 السالف الذكر، التي تنص على أن: "تدرس وضعية العلاقات الاجتماعية والمهنية داخل المؤسسات والإدارات العمومية في اجتماعات دورية بين ممثلي العمال والممثلين المخولين في المؤسسات والإدارات العمومية المهنية".

⁴⁶ راجع المواد 14 إلى 23، و49 إلى 52 من القانون 90-02 السالف الذكر.

3 - 1 - نظام التظلم

إن العمل على الوقاية من النزاعات الجماعية عن طريق الاجتماعات والمشاورات الدورية، بين ممثلي العمال، وممثلي الإدارات العمومية، لا يكلل دائماً بالنجاح، إذ كثيراً ما تفضل هذه المشاورات المباشرة، والاجتماعات الدورية في إيجاد الحلول المناسبة لكافة الخلافات التي تثور بين الطرفين.

ولمواجهة هذه الاحتمالات، فقد اعتمد المشرع الجزائري نظام التظلم الإداري الجماعي الذي تناولته المادة 16 من نفس القانون التي تنص على أنه، في حالة ما: "إذا اختلف الطرفان في كل المسائل المدروسة أو في بعضها، يرفع ممثلو العمال المسائل المستمرة فيها الخلاف إلى:

- السلطات الإدارية المختصة في مستوى البلدية، أو الولاية، التي تنتمي إليها المؤسسة الإدارية المعنية.
- الوزراء أو ممثليهم المخولين، إذا كانت المؤسسات أو الإدارات المعنية تدخل في نطاق اختصاصاتهم، أو إذا كان الخلاف الجماعي في العمل يكتسي طابعاً جهوياً أو وطنياً".

يتضح من هذا الإجراء، أنه يهدف إلى تسوية النزاع عن طريق سحب أو تعديل أو إلغاء القرار أو الإجراء سبب النزاع، أو قيام الإدارة بتحقيق وتنفيذ تصرف ما، أو اتخاذ قرار ما، يشكل عدم القيام به سبباً للنزاع. أو أي هدف آخر من شأنه أن يؤدي إلى إجهاض الخلاف قبل استفحاله، وخروجه عن إمكانية التسوية الودية.

3 - 2 - نظام المصالحة

إلا أن هذه الوسيلة - التظلم - كثيراً ما تعجز عن تحقيق هدفها السالف الذكر. الأمر الذي يستدعي تدخل أجهزة، وجهات أخرى للتكفل بإيجاد حل أو تسوية مناسبة للنزاع الجماعي، وفق ما تفرضه طبيعة العلاقة المهنية الجماعية للعمال، والإدارة المستخدمة، حيث وضع المشرع نتيجة لهذه الطبيعة، مستويين للمصالحة، على خلاف ما هو معمول به في النزاعات الجماعية في القطاعات الخاضعة لقانون

العمل، يمكن أن نصلح على المستوى الأول، بالمصالحة الرسمية، نظرا لكونها تتم بإشراف الجهات الرئاسية لأطراف النزاع، أي الوالي، أو الوزير. أما المستوى الثاني، الذي وصفناه بالمصالحة العادية، فتتم فيه المصالحة بإشراف مجلس الوظيفة العمومية المتساوي الأعضاء، الذي تتلخص مهمته الأساسية في المصالحة بين أطراف النزاعات الجماعية. وهما المستويين اللذين سوف نستعرض كفاءات تنظيمهما وعملهما على النحو التالي:

3 - 2 - 1 - المصالحة الرسمية، (أو الوساطة)

وتتم هذه المصالحة، في شكل وساطة، تحت إشراف السلطات الرئاسية السلمية Hiérarchique التي تستدعي الأطراف المتنازعة لجلسة مصالحة ودية بين الطرفين، وفق ما تقتضي به المادة 17 من القانون 90-02 السالف الذكر، التي تنص على أنه: "في حالة عدم تسوية جميع المسائل المقصودة بالطعن المنصوص عليها في المادة السابقة، تستدعي خلال الثمانية (8) أيام الموالية لإخطارها، السلطة السلمية العليا المباشرة، طرفي الخلاف الجماعي في العمل، إلى اجتماع للمصالحة بحضور ممثلي السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية، ومفتشية العمل المختصة إقليميا". وهو النص الذي يوحي بأن السلطة السلمية العليا، لا تتدخل باعتبارها سلطة رئاسية لتفرض تسوية معينة للنزاع وإنما تتدخل كوسيط بين الطرفين، إلى جانب إدارة الوظيفة العمومية، ومفتشية العمل، للتقريب بين وجهات نظر المتنازعين حول المسائل المختلف حولها، والتي قد تتعلق إما بتطبيق أو بتفسير نص قانوني أو تنظيمي، حيث يكون تدخل السلطة السلمية في الحالة الأولى، بصفة مباشرة، بينما تتدخل في الحالة الثانية بصفة غير مباشرة.

فبالنسبة للحالة الأولى، تنص المادة 18 من القانون 90-02 المتعلق بتسوية النزاعات الجماعية، السالف الذكر، على أنه: "إذا تبين خلال اجتماع المصالحة، أن الخلاف يتعلق بعدم تطبيق التزام قانوني أو تنظيمي، تسهر السلطة السلمية العليا المباشرة التي أخطرت،

على ضمان تطبيق ذلك الالتزام، في أجل لا يتعدى الثلاثين (30) يوما من تاريخ الإخطار". أو بمعنى آخر، إن هذه السلطة في هذه الحالة، تمثل الضمان المعنوي والعملي لجدية التسوية التي يمكن التوصل إليها وإلزامية تطبيقها وتنفيذها، وذلك من خلال الأوامر والتعليمات الرئاسية التي يمكن أن تصدرها للجهات المعنية، والملزمة بتطبيق النصوص القانونية أو التنفيذية محل النزاع. ونعتقد أن مثل هذه الحالة قليلا ما تقع في الميدان العلمي.

أما الحالة الثانية، فقد تضمنتها المادة 19 من القانون السالف الذكر، التي تنص على أنه: "إذا تبين خلال اجتماع المصالحة أن نقاط الخلاف الجماعي في العمل، تتعلق بتأويل الأحكام القانونية أو التنظيمية المعمول بها، تخطر السلطة السلمية العليا المذكورة في المادة 16 أعلاه، السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية، حسب الأشكال المنصوص عليها أدناه، قصد عرض نقاط الخلاف على مجلس الوظيفة العمومية المتساوي الأعضاء، المنصوص عليه في المواد 21 إلى 23 أدناه." ويرجع اعتماد هذا الأسلوب في تسوية هذا النوع من النزاعات التي تشكل النسبة الغالبة في النزاعات الجماعية في الإدارات والمؤسسات العمومية، إلى طبيعة سبب النزاع، الذي يأخذ إحدى الصورتين التاليتين:

- الصورة الأولى: النزاع حول تفسير أو تأويل نص قانوني أو تنظيمي معين، حيث يتشبث كل طرف بتفسير أو تأويل معين قد يتناقض مع التفسير الذي يراه الطرف الثاني. وهنا يحتاج البحث عن تفسير يوفق بين الطرفين، وهي المهمة المسندة إلى إدارة الوظيفة العمومية، باعتبارها المرجع الرسمي لكل خلاف حول تفسير أو تطبيق هذه النصوص، لإيجاد تفسير موحد ومرجعي للنص المعني.

- أما الصورة الثانية: فهي تلك التي يكون سبب النزاع فيها مسألة لم يتم الحسم فيها، أو موضوع لم يتم تنظيمه وتحديده بشكل واضح في النصوص القانونية والتنظيمية المعمول بها، نظرا إما

لطابعها العملي أو التقني، أو لكونها من المستجدات، أو لظروف معينة لاحقة على النصوص المعمول بها، أو ما إلى ذلك من الأسباب الأخرى.

وفي هذه الحالة، يتطلب الأمر عرض مقترحات خاصة للتكفل بإيجاد إطار خاص (قانوني أو تنظيمي) لتنظيم المسألة أو الموضوع محل النزاع، على سبيل الاستشارة والمساعدة على تسوية النزاع، إلى الجهات المختصة بذلك، والتي عليها إيجاد تسوية تستجيب للمتطلبات العملية والميدانية، وفق ما سوف نستعرضه عند بحث موضوع المصالحة العادية فيما بعد. ذلك أن الأمر هنا يتطلب، إما تعديل النص القانوني أو التنظيمي، أو تكميلته وتتميمه بنص أو أحكام جديدة. أو إصدار إجراءات تنظيمية أو تطبيقية جديدة أو تعديل أو تتميم النصوص الموجودة، أو ما إلى ذلك من الإجراءات المختلفة الأخرى.

ونلاحظ هنا، أن هذه الصورة، هي الحالة الوحيدة التي تقترب إلى حد بعيد من النزاعات الجماعية الخاضعة لقانون العمل، التي يكون هدفها تغيير أو تعديل النصوص أو الاتفاقيات المعمول بها، بنصوص واتفاقيات جديدة أكثر ملائمة للأوضاع المستجدة كما رأينا عند التعرض لتعريف النزاعات الجماعية.

3 - 2 - 2 - المصالحة العادية

وكما هو الحال بالنسبة للإجراءات السابقة، فقد تعجز الوساطة أو المصالحة التي تشرف عليها السلطات الرسمية الرئاسية، عن إيجاد حل تسوية للنزاع لاسيما في بعض الحالات، مثل الصورة الثانية التي سبق التعرض إليها.

لهذا أوجب المشرع إحالة مثل هذه الحالات على هيئة متساوية الأعضاء، تعرف تحت اسم "مجلس الوظيفة العمومية المتساوي الأعضاء" الذي أحدث بمقتضى المادة 21 من القانون 90-02 المشار إليه سابقا. والذي رسمت له مهمتين رئيسيتين هما:

- إجراء المصالحة في مجال الخلافات الجماعية في العمل داخل المؤسسات والإدارات العمومية.

- إبداء رأيه في النصوص التشريعية والتنظيمية التي تخضع لها علاقات العمل في المؤسسات والإدارات العمومية.⁴⁷

ومن أجل الإحاطة بمختلف جوانب هذا المستوى من المصالحة، فإننا سوف نركز على ثلاثة محاور أساسية هي:

أ - تشكيل وتنظيم المجلس

يتكون مجلس الوظيفة العمومية المتساوي الأعضاء، كما يدل عليه وصفه، من عدد متساوي من الأعضاء الممثلين للإدارة، والأعضاء الممثلين للموظفين. حيث أنه وطبقا لنص المادة 23 من القانون السالف الذكر، صدر المرسوم التنفيذي رقم 90-416 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، المتضمن تشكيل وتنظيم وعمل مجلس الوظيفة العمومية المتساوي الأعضاء،⁴⁸ الذي ينص في مادته 2 على أن: "يتكون مجلس الوظيفة العمومية المتساوي الأعضاء، من ثمانية (8) أعضاء. أربعة (4) أعضاء يمثلون الإدارة وأربعة (4) أعضاء يمثلون العمال". على أن يكون لكل صنف من هؤلاء الممثلين الرسميين، عدد مماثل من الممثلين الاحتياطيين. وعلى أن يشارك هؤلاء الأخيرين في اجتماعات المجلس إلا في حالة غياب الأعضاء الرسميين. (المادة 5).

أما بالنسبة لكيفية اختيار هؤلاء الأعضاء، فقد حددت المادة 3 من المرسوم السالف الذكر، صفة ممثلي الإدارة، الذين حصرتهم على سبيل التحديد في: المدير العام للوظيفة العمومية. وممثل عن كل من: الوزير المكلف بالعمل، الوزير المكلف بالمالية، والوزير المكلف بالداخلية. فيما تتكفل التنظيمات النقابية الأكثر تمثيلا في قطاع الإدارة العمومية على المستوى الوطني بتعيين الأعضاء الممثلين للعمال. (المادة 4 من المرسوم التنفيذي). ويتم تعيين هؤلاء الأعضاء بقرار صادر عن السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية، لمدة ثلاثة (3)

⁴⁷ انظر المادة 22 من القانون 90-02 المؤرخ في 6 فيفري 1990.

⁴⁸ الجريدة الرسمية عدد 1 المؤرخة في 2 جانفي 1991، ص 7 وما بعدها.

سنوات قابلة للتجديد. (المادة 6). أي من طرف رئاسة الحكومة، باعتبارها السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية في الوقت الحالي.

وكنتيجة لتبعية إدارة الوظيفة العمومية، لجهة إدارية معينة، هي في الوقت الحالي، رئاسة الحكومة، فإن هذا المجلس يوضع تحت وصاية وإشراف هذه السلطة، يرأسه المدير العام للوظيفة العمومية. (المادة 8)، وهو مزود بهيئة تقنية، تكلف بتحضير أعماله واجتماعاته، وتتلقى كل الوثائق والتقارير الموجهة إليه (المادة 9).

ب - إجراءات المصالحة

إن تنظيم مجلس الوظيفة العمومية في شكل هيئة دائمة ومستقرة، جعل اللجوء إليه لإجراء المصالحة بين المتنازعين، مقيد بعدة إجراءات أولية شكلية ثابتة، حدد البعض منها بمقتضى القانون، بينما حدد البعض الآخر بمقتضى التنظيم.

ففي حالة فشل المصالحة الرسمية، للأسباب الواردة في المادة 19 من القانون 90-02 السالف الذكر، وكما بينا ذلك في ما سبق، تقوم الجهة الرئاسية العليا، أي رئيس البلدية، أو الوالي، أو الوزير، بإخطار السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية، ويتم هذا من الناحية العملية بإخطار المدير العام للوظيفة العمومية، باعتباره مفوضا من قبل رئيس الحكومة في اتخاذ كافة الإجراءات، والقيام بكل الأعمال والتصرفات والقرارات التي يخولها القانون أو التنظيم لإدارة الوظيفة العمومية، وكذلك باعتباره رئيس المجلس المتساوي الأعضاء. وذلك بواسطة محضر عدم المصالحة الذي تعدّه هذه الجهة الرئاسية، والذي يوقعه الأطراف، والمتضمن للنقاط المتفق عليها، والأخرى الباقي الخلاف قائما حولها، مع اقتراح الحلول التي تراها مناسبة لتسوية النقاط الأخيرة. (المادة 20 من القانون 90-02).

ومعنى هذا، أن الخلاف لا يرفع إلى المجلس من قبل الأطراف المتنازعة مباشرة، كما هو الحال في النزاعات الخاضعة لقانون العمل، كما بينا ذلك من قبل. وإنما من قبل السلطات الرئاسية الوصية.

وبمجرد إخطار المجلس بالنزاع، يقوم رئيسه باستدعاء أعضائه للاجتماع للنظر في النزاع الذي رفع إليه، وذلك في مدة لا تتجاوز الأربعة (4) أيام، (المادة 13 من المرسوم السالف الذكر). على أن يتضمن الاستدعاء الموجه لكل عضو من أعضاء المجلس، على ملخص للنزاع المعروض للتسوية، ونسخة من المحضر الذي أعدته السلطة السلمية العليا للأطراف المتنازعة، والاقتراحات التي عرضتها هذه السلطة، (المادة 14). بالإضافة إلى استدعاء الأطراف المتنازعة التي يستوجب عليها المشاركة في اجتماعات المجلس عند نظره في النزاع القائم بينهما (المادة 15). وعند بداية الاجتماع، يعين رئيس المجلس مقررا من بين أعضائه لكل قضية، حيث يقوم هذا الأخير بإعداد تقرير كامل حول معطيات وملابسات النزاع، انطلاقا من الملفات والمستندات والتقارير والمحاضر التي تجمعها وتوثقها الأمانة التقنية، والمرسلة إليها من المؤسسات والإدارات العمومية وممثلي العمال. (المادة 16 من المرسوم السالف الذكر).

ومن أجل الإطلاع والتحقق من كافة الجوانب المتعلقة بالنزاع المعروض عليها، يستوجب على المجلس، أن يستمع - قانونا - على الأقل إلى ثلاثة ممثلين لأكثر التنظيمات النقابية تمثيلا لعمال المؤسسات والإدارات العمومية المعنية. وثلاثة ممثلين عن المؤسسات والإدارات العمومية المعنية. (المادة 12 من المرسوم المشار إليه).

بعد إتمام الإجراءات الأولية، يشرع المجلس في عملية المصالحة، بعد لاستماع إلى التقرير الذي يعده ويقدمه المقرر المعين للقضية، وإلى عرض وجهات نظر كل طرف من أطراف النزاع، وأحيانا، وعند الحاجة، يمكن للرئيس أن يستدعي أي شخص أجنبي عن المجلس، وعن الأطراف للاستعانة بخبرته أو معرفته، والاستماع إلى رأيه، إذا كان ذلك يساعد المجلس في إيجاد تسوية للنزاع المعروض عليه، (المادة 17 من المرسوم المشار إليه). ويمكن تشبيه هذه العملية بمرحلة المرافعة أمام المحكمة، حيث تستمع المحكمة إلى قرار الإحالة، وأقوال المتهمين، ودفاعهم، ورأي الخبراء في الموضوع.

وبعد إتمام هذه - المرافعة - يصدر المجلس - حكمه - أي يعلن رأيه أو قراره بعد المداولة في خلال ثمانية (8) أيام ابتداء من تاريخ اجتماعه الأول (المادة 17 ف 2).

ج - نتائج المصالحة

هناك نتيجتين يمكن أن تسفر عن إحداها إجراءات المصالحة عن طريق مجلس الوظيفة العمومية.

النتيجة الأولى: هي التوصل لاتفاق بين الطرفين حول تسوية كلية أو جزئية للنزاع، حيث تنص المادة 18 من المرسوم السالف الذكر، بأنه: "إذا حصل اتفاق أمام مجلس الوظيفة العمومية المتساوي الأعضاء، يحرر محضر ويبلغه الرئيس في الحين للأطراف المعنية. ويكون الاتفاق المبرم بهذا الشكل بين الأطراف قابلاً للتنفيذ عند تاريخ تبليغه." على أن يوقع هذا المحضر من طرف الرئيس وكل من الطرفين (سواء كان الاتفاق على كل جوانب النزاع أو جزء منه فقط. (المادة 20 من المرسوم).

النتيجة الثانية: هي عدم التوصل إلى تسوية كاملة للنزاع، أو إلى تسوية جزئية له. وهي الحالة التي عالجتها المادة 19 من المرسوم السالف الذكر، والتي تنص على أنه: "إذا لم تفلح المصالحة بشأن النزاع كله، أو جزء منه. يبادر فوراً إلى تحرير محضر عدم المصالحة، يبين فيه بوضوح، ما تم الاتفاق بشأنه من نقاط، وما لا يزال الخلاف مستمراً بشأنه، من نقاط أخرى، ويرسل إلى أطراف النزاع". طبعاً بعد توقيعه من طرف الرئيس، وممثلي الأطراف المتنازعة.

وهنا يجب أن نسجل عدة ملاحظات، تتمثل في بعض الإشكاليات التي تفرزها أحكام المواد 17 ف 2، 18 و 19 من المرسوم المشار إليه سابقاً، والتي تعالج النتائج التي تسفر عنها المصالحة.

أول إشكال تطرحه أحكام المواد السابقة، يتعلق بجدوى وجود الفقرة الثانية من المادة 17، التي يستنتج منها، أن مجلس الوظيفة

العمومية، يتداول في غياب الأطراف المتنازعة، في بعض الحالات، وهو أمر يصعب فهمه وتصوره. خاصة إذا علمنا أن مهمة المجلس هي المصالحة بين الأطراف المتنازعة، وليس لجنة التحكيم. الأمر الذي يحصر مهمته في محاولة التوفيق بين آراء ومواقف الطرفين المتنازعين، والسعي إلى تقديم اقتراحات منصفة وعادلة تقرب مواقفهما المتباينة. وهو ما يفترض - عمليا ومنطقيا - أن يحدث بحضور الأطراف المعنية بالنزاع في اجتماع المصالحة. فإما أن ينجح المجلس في هذه المهمة، ويتم الاتفاق بين المتنازعين على تسوية معينة للنزاع، وإما يفشل في مهمته، وهنا نتساءل عما إذا يقصد بنص الفقرة الثانية من المادة 17 من المرسوم المذكورة سابقا ؟

وإذا افترضنا - جوازا - أنه يمكن للمجلس أن يتداول في النزاع، على أن يصدر حكمه في خلال الثمانية (8) أيام. فماهي ضمانات قبول الأطراف بهذا الحكم؟ وما يرغبهم على ذلك؟ وماهو تاريخ بداية سريانه إذا قبلوا به؟ وهل يعتبر اتفاق صلح، ولو أنه لم يتم بحضور الأطراف المتنازعة، ولم يتم توقيعهم له، أم حكم صلح؟ وفي هذه الحالة، ما هو مصدر صلاحية المجلس في إصدار هذه الأحكام؟ وماهي قوتها الإلزامية بالنسبة للأطراف المتنازعة؟ هذه الأسئلة كلها لا نجد لها أي جواب في النص المنظم لعمل مجلس الوظيفة العمومية المتساوي الأعضاء. مما يؤكد أنها كلها تصب في اتجاه واحد، هو عدم جدوى مثل هذا الإجراء، وعدم تلائمه مع منطق وهدف إجراء المصالحة أصلا. إذ أن مجلس الوظيفة العمومية هذا ليس لجنة أو هيئة تحكيم، وليس هيئة قضائية كذلك، وإنما هو مجرد وسيط مهمته الرئيسية تقريب وجهات النظر والمواقف المتباينة بين الأطراف المتنازعة، ومساعدتهم على التوصل إلى اتفاق لتسوية النزاع القائم بينهم، وفق ما يحقق مصالحهم وأهدافهم، مع احترام وضمان مصالح كل طرف منهم.

الإشكال الثاني، تثيره الفقرة الثانية من المادة 18 من نفس النص، التي تقيد تنفيذ اتفاق المصالحة بتاريخ تبليغه إلى الأطراف. فإذا كان الاتفاق يتم بين الطرفين، أي بحضورهما - وهو ما يجب أن يكون - وهما مطالبين بالتوقيع عليه، وهو ما يمثل دليلا كافيا على إعلان إرادتهما الصريحة في الالتزام بأحكامه ومضمونه، فأي تبليغ يبقى بعد هذا؟ خاصة وأن المادة 15 من نفس النص تلزم الأطراف بالحضور، أي أن هذا الأخير، يعتبر واجب قانوني. لذلك نرى أنه من منطوق الأمور، أن تعاد صياغة المادة 18 السالفة الذكر، على النحو الذي يجعلها تتناسب مع المهمة الموكلة للمجلس، كأن تكون صياغتها على النحو التالي: "إذا حصل أمام المجلس، اتفاق حول التسوية الكلية للنزاع، يحرر الرئيس محضرا بذلك في الحين، يوقع من قبل أعضاء المجلس، وطرفي النزاع، ويكون نافذا من تاريخ توقيعه".

الإشكال الثالث، تثيره صياغة المادة 19 من نفس المرسوم، وذلك من زاويتين: الأولى، فيما يتعلق بحالة وقوع اتفاق حول التسوية الجزئية للنزاع. هل يمكن تنفيذ ما اتفق عليه في الحال؟ أم يجب انتظار التسوية الكاملة للنزاع؟ خاصة إذا كان الجانب أو الجانبان المتفق حولها ليست مرتبطة عضويا أو شرطيا بالجوانب التي لا يزال الخلاف قائما حولها.

والثانية، حول الإجراءات التي يستوجب على أطراف النزاع إتباعها في حالة فشل المصالحة كليا أو جزئيا، حيث أن هذه المادة لا توضح هذه المسألة، ولا تبين ما هو الحل أو الإجراء الذي يستوجب القيام به في هذه الحالة. إذ كان الأصح أن تنص هذه المادة على تبليغ المحضر - محضر عدم الصلح - إلى السلطات الرئاسية العليا، الوصية على أطراف النزاع، وليس لأطراف النزاع أنفسهم، باعتبار أنهم قد وقعوا المحضر، وبالتالي لا داعي لإبلاغهم، حيث يفترض فيهم العلم بفشل المصالحة باعتبار أنهم هم الذين قاموا بالتفاوض من أجل الوصول إلى الاتفاق.

أما السبب في وجوب تبليغ السلطات الرئاسية العليا، فيعود، أولاً، لكونها هي التي رفعت النزاع إلى المجلس، وبالتالي من المنطق والضرورة أن تطلع على نتائج ما توصل إليه المجلس بشأن بحثه للنزاع، سواء توصل إلى تسوية كلية أو جزئية للنزاع أو فشل في ذلك، كلياً أو جزئياً. وثانياً، لكونها هي المخولة قانوناً بصلاحيات عرض النزاعات الجماعية في حالة فشل إجراءات المصالحة بشأنها، على اللجنة الوطنية للتحكيم، كما سنبين ذلك فيما بعد.

انطلاقاً من كل الاشكالات والتساؤلات التي يطرحها التنظيم الحالي، والأوضاع الغامضة التي تثيرها صياغة النصوص الحالية، فإننا نتمنى أن تأخذ السلطات التنظيمية المختصة، هذه المسائل بعين الاعتبار، وأن تبحث في إعادة صياغة هذه النصوص بما لا يتلاءم ومهمة المصالحة الموكلة إلى مجلس الوظيفة العمومية وذلك من أجل إعطاء ديناميكية وفعالية لعمله ومساهمته في القضاء على العديد من النزاعات الجماعية التي تقع، أو قد تقع في المؤسسات والهيئات الإدارية العمومية.

ذلك أن تحديد الإجراءات الموالي، بعد فشل المجلس في تسوية النزاع، أمر غامض في التنظيم الحالي، ولا يمكن الاستناد بشأنه للقواعد العامة، في هذا المجال. حيث أنه، إذا رجعنا إلى المبدأ العام الوارد في القانون 90-02 المؤرخ في 6 فيفري 1990، المتعلق بتسوية النزاعات الجماعية، وممارسة حق الإضراب، والذي تنص عليه المادة 24 منه. فإن فشل المصالحة، يؤدي مباشرة إلى شرعية قيام العمال بممارسة حق الإضراب، وفق الشروط والإجراءات المحددة في هذا القانون، والتي سنعود لبحثها في القسم الفرعي الثاني من هذا المؤلف. ونعني بذلك أن عمال المؤسسات والهيئات الإدارية المعنية يمكنهم بمجرد فشل المجلس في تسوية نزاعهم، بإعلان إرادتهم وقرارهم في ممارسة حق الإضراب، وهنا لا يمكن عرض النزاع على

اللجنة الوطنية للتحكيم "إلا إذا اقتضت ضرورات اقتصادية واجتماعية قاهرة".⁴⁹

ولما كان حق الإضراب في هذا القطاع - بصفة خاصة - تتحكم فيه عدة اعتبارات وقيود، تصل إلى حد منع بعض الفئات من الموظفين من التمتع بهذا الحق بحكم القانون.⁵⁰

فإن الاختصاص بتسوية النزاعات الجماعية الخاصة بهذه الفئة يرجع بصفة مباشرة إلى اللجنة الوطنية للتحكيم، وبالتالي لا يشكل هذا النوع من المنازعات في الحقيقة والواقع أي إشكال. على خلاف النزاعات التي تثار بين بقية الفئات من الموظفين في مختلف القطاعات والمؤسسات الإدارية. والتي تؤول مباشرة إلى الإضراب وفقا للقاعدة العامة التي ينص عليها القانون كما سبق ذكرها. وإن تكليف اللجنة الوطنية للتحكيم بها، قد جاء على سبيل الاستثناء، أي عندما تفرض بعض الضرورات أو الظروف الاقتصادية والاجتماعية القاهرة ذلك.

3 - 3 - نظام التحكيم

يتميز التحكيم المعمول به في مثل هذه المنازعات بالطابع الإجباري من حيث الشكل والمضمون على خلاف المبدأ العام لنظام التحكيم في المنازعات الجماعية في القطاعات الخاضعة لقانون العمل، كما بينا ذلك من قبل.

وللإطلاع على مختلف جوانب هذا النوع من التحكيم، سوف نركز دراستنا هذه على ثلاثة محاور أساسية، هي: تكوين وتشكيل هيئة التحكيم. وإجراءات التحكيم. وأخيرا تنفيذ قرارات لجنة التحكيم.

⁴⁹ انظر المادة 48 من القانون 90-02 المؤرخ في 1990/2/6، مرجع سابق.

⁵⁰ انظر المادة 43 من القانون السالف الذكر. مرجع سابق.

وقبل التطرق إلى بحث هذه المحاور، يجدر بنا، أن نشير إلى أن هذا النوع الخاص من التحكيم، قد تم استحداثه بمقتضى القانون 90-02 المؤرخ في 6 فيفري 1990، المشار إليه سابقا، حيث تناول الباب الخامس من هذا القانون اختصاصات وصلاحيات اللجنة الوطنية للتحكيم، كهيئة تحكيم خاصة بالفصل في المنازعات الجماعية التي تنشأ في المؤسسات والإدارات العمومية، دون أن يمتد هذا الاختصاص لمنازعات القطاعات الأخرى. بينما ترك مهمة تحديد تشكيلها وتنظيمها وإجراءات عملها للنصوص التنظيمية.

3 - 3 - 1- تشكيل وتنظيم اللجنة الوطنية للتحكيم

لا يختلف تشكيل هذه اللجنة كثيرا عن تشكيلة مجلس الوظيفة العمومية، من حيث ثنائية التمثيل، إذ تنص المادة 51 من القانون 90-02 السالف الذكر، على أن: "يرأس اللجنة الوطنية للتحكيم قاض من المحكمة العليا، وتتكون من عدد يتساوى فيه عدد الممثلين الذين تعينهم الدولة وعدد ممثلي العمال." في حين أحالت الفقرة الثانية منها، تحديد عددهم، وكيفية تعيينهم، إلى جانب كيفية تنظيم وسير اللجنة إلى نص تنظيمي لاحق.

وتطبيقا لهذه الفقرة، صدر المرسوم التنفيذي رقم 90-418 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990.⁵¹ محددًا لعدد أعضاء هذه اللجنة بأربعة عشر (14) عضوا دائما. منهم أربعة (4) ممثلين تعينهم الدولة، وخمسة (5) ممثلين للعمال. وخمسة ممثلين للمستخدمين - أي المؤسسات والهيئات الإدارية المشغلة - منهم ممثل السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية.⁵² وقد حدد هذا المرسوم التنفيذي كذلك، صفة الأعضاء الممثلين للدولة فحصرهم في ممثلي الوزراء المكلفين بـ العمل، العدل، المالية، والداخلية، فقط.⁵³ إلى جانب ممثل السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية.

⁵¹ الجريدة الرسمية رقم 1 المؤرخة في 2 جانفي 1991، ص 9 وما بعدها.

⁵² راجع المادة الثانية من المرسوم السالف الذكر.

⁵³ راجع المادة 3 من المرسوم السالف الذكر.

أما ممثلي العمال - أي الموظفين - فيتم اختيارهم وتعيينهم من قبل التنظيمات النقابية الأكثر تمثيلاً للعمال على المستوى الوطني،⁵⁴ على أن تضم كل فئة من الممثلين الدائمين، عدد مماثل من الأعضاء الاحتياطيين. على أن لا يحضر هؤلاء الإحتياطيون اجتماعات اللجنة إلا في حالة غياب الأعضاء الدائمين.⁵⁵ ويتم تعيين الجميع - أي كل الفئات المشكلة للجنة - بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا، لمدة ثلاثة سنوات قابلة للتجديد.⁵⁶

أما من حيث تنظيم اللجنة، فإنها باعتبارها هيئة دائمة، فإن مقرها الرئيسي والرسمي، هو مقر المحكمة العليا.⁵⁷ ولها أمانة تقنية مهمتها، تلقي الطلبات الافتتاحية للدعوى أمام اللجنة، وتحضير اجتماعاتها، وتوفير التحضيرات والإجراءات والنظم المادية لهذه الاجتماعات.⁵⁸ على أن تعد اللجنة نظامها الداخلي مباشرة بعد تكوينها.⁵⁹

3 - 3 - 2 - إجراءات سير دعوى التحكيم أمام اللجنة

يمكن تصنيف إجراءات رفع الدعوى أمام اللجنة الوطنية للتحكيم، إلى إجراءات عامة، يسري بها العمل في كل القضايا، وإجراءات خاصة حسب نوعية ومضمون كل قضية.

وتتلخص الإجراءات الأولى، في أنه في كل الحالات ومهما كانت الأسباب التي أدت إلى عرض النزاع على اللجنة، فإن هذا العرض يجب أن يتم بمقتضى عريضة مكتوبة، توجه أو تودع لدى الأمانة التقنية للجنة. تبين فيها مختلف المواقف التي يقفها أطراف النزاع، كما يجب أن تكون هذه العريضة مصحوبة بتقرير أو

⁵⁴ راجع المادة 4 من المرسوم السالف الذكر.

⁵⁵ راجع المادة 5 من نفس المرسوم . مع ملاحظة أن الاستخلاف يتم بنفس الشروط التي يتم بها تعيين العضو الدائم. (م: 3، 4، 6).

⁵⁶ راجع المادة 6 من المرسوم السالف الذكر.

⁵⁷ راجع المادة 8 من المرسوم السالف الذكر.

⁵⁸ راجع المادة 9 من المرسوم السالف الذكر.

⁵⁹ راجع المادة 10 من المرسوم السالف الذكر.

مذكورة، توضح فيها إما الضرورة القصوى الاقتصادية أو الاجتماعية التي تبرر عرض النزاع على هذه اللجنة، أو مدى ملائمة عرض النزاع على اللجنة.⁶⁰ بالإضافة إلى محضر عدم المصالحة، الذي يعده مجلس الوظيفة العمومية، المتساوي الأعضاء.

ولدراسة الدعوى، بصفة معمقة وجدية يعين الرئيس - رئيس اللجنة - لكل قضية مقررًا خاصًا، خلال الثلاثة أيام التي تلي وضع العريضة الافتتاحية الخاصة بها، حيث يتلقى المقرر المعين كافة المعلومات والوثائق والتقارير التي لها علاقة بالنزاع المعروض على اللجنة، والتي ترسل إليه من الأطراف إما بصفة تلقائية، أو بطلب منه.

بعد هذا، تجتمع اللجنة بدعوة من رئيسها في غضون الخمسة عشر يومًا التي تلي إيداع العريضة الافتتاحية للدعوى. وبعد أن تستمع إلى تقرير عرض المقرر المكلف بالقضية، وممثلي أطراف النزاع، وعند الضرورة إلى أي شخص يمكنه أن يفيدًا في أعمالها، تشرع في دراسة القضية، من مختلف جوانبها، وعند الضرورة يمكنها القيام بأي تحقيق أو بحث أو تحريات تراها ضرورية للتوصل إلى فهم جيد لملاسات النزاع، وتكوين قناعة تامة بمختلف المعطيات التي تتحكم فيه من مختلف الجوانب القانونية والاقتصادية والاجتماعية.⁶¹ كما يمكنها أن تتلقى في هذا الإطار، "جميع المعلومات التي لها صلة بالخلافات الجماعية في العمل، وكذا أية وثيقة أعدت في إطار إجراء المصالحة والوساطة."⁶²

أما الإجراءات الخاصة، فنقصد بها تلك الفوارق التي تميز النزاعات الخاصة بفئة العمال الممنوعين من ممارسة حق الإضراب، كما تنص عليه المادة 43 و44 من القانون 90-02 السالف الذكر. وتلك التي تضطر السلطات الإدارية العليا عند استمرار الإضراب بعد

⁶⁰ راجع المادة 11 من المرسوم السالف الذكر.

⁶¹ راجع المواد من 12 إلى 18 من المرسوم السالف الذكر.

⁶² راجع المادة 50 ف الأخيرة من القانون 90-02 السالف الذكر.

فشل المصالحة أو الوساطة، إلى عرضها على هذه اللجنة، كما تنص على ذلك المادة 48 من القانون السالف الذكر.

حيث أنه، إذا كانت النزاعات الخاصة بالعمال الممنوعين من ممارسة حق الإضراب تنظر فيها اللجنة بصفة مباشرة، إما بمجرد قيامها، أو بعد فشل المحاولات الودية لتسويتها، دون أن يكون لها السلطة التقديرية في رفض التصدي لها. فإن الثاني من المنازعات الخاصة بالفئات الأخرى، والتي يتم عرضها على اللجنة تطبيقاً لأحكام المادة 48 من القانون السالف الذكر. يمكن للجنة أن ترفض النظر فيها إذا لم تقتنع بالمبررات التي تقدمها الجهة التي تقدمت بالطلب، حيث تنص في هذا الشأن، المادة 14 من المرسوم السالف الذكر، على أنه عندما تعرض المنازعة على أساس المادة 48 السالفة الذكر، "... يدرس المقرر مدى جواز قبولها بالقياس إلى الدواعي التي تستند إليها السلطة العمومية صاحبة العريضة، وعند الاقتضاء بعد سماع ممثلي العمال، أو مستخدمهم" وتؤكد المادة 16 الموالية، هذه السلطة التقديرية للجنة في قبول أو رفض الدعوى، بنصها، على أنه: "تقرر اللجنة الوطنية للتحكيم التي ترفع إليها الدعوى تطبيقاً للمادة 48 من القانون 90-02 حول جواز قابلية عريضة السلطة العمومية، قبل أية مناقشة لمحتواها." ومعنى هذا أن اللجنة هي وحدها التي تملك سلطة التقرير فيما إذا كانت قضية أو نزاع ما قابل لعرضه على التحكيم الذي تختص به هذه اللجنة، أم لا. وبالتالي هي الوحيدة التي تملك السلطة التقديرية لتقدير مدى جدية وأهمية "الضرورات الاقتصادية والاجتماعية القاهرة" الواردة في المادة 48 المشار إليها، والتي تشكل السبب الأساسي والوحيد - حسب هذا النص - لعرض مثل هذه النزاعات على اللجنة.

3 - 3 - 3 - كفاءات إصدار قرارات التحكيم وتنفيذها

تنص المادة 19 من المرسوم المنظم للجنة الوطنية للتحكيم، المشار إليه سابقاً، على أن: "تقرر اللجنة الوطنية للتحكيم عن طريق إصدار حكم معلل، يتخذ بأغلبية الأعضاء الحاضرين، وفي حالة تعادل

الأصوات، يكون صوت الرئيس مرجحاً" ولا يكون هذا الحكم قابلاً للتنفيذ إلا بمقتضى أمر صادر عن الرئيس الأول للمحكمة العليا، يصدره خلال الثلاثة أيام التالية لصدور الحكم.⁶³ ويبلغ هذا الأخير من قبل رئيس اللجنة إلى الأطراف المعنية به.

ونلاحظ من خلال هذه النصوص، أن قرار التحكيم العادي (أي الاختياري) الذي "يفرض نفسه" على الأطراف المعنية بمجرد صدوره، ولا يحتاج لأمر من الجهة القضائية لنفاذه.⁶⁴ مما يعني أن هذا الحكم غير قابل للاستئناف، وهو بذلك يعتبر حكماً نهائياً ملزماً للأطراف المعنية به، شأنه في ذلك شأن أي حكم نهائي صادر عن الجهات القضائية العادية.

الخلاصة

إن الخلاصة التي يمكن أن نخرج بها بعد استعراض مختلف الآليات المهنية الوقائية والعلاجية التي أعتمدها المشرع الجزائري، في سياق تكييف القوانين الاجتماعية بما تستلزمه طبيعة النظام الليبرالي، هي أن القانون الجزائري قد سار في وضع هذه الآليات بسرعة كبيرة لم تتمكن المؤسسات ولا النقابات مواكبتها، الأمر الذي نتج عنه عدم تكييف هذه الإجراءات والآليات المختلفة مع الواقع العملي الذي يتسم بنوع من الجمود وعدم المبادرة بحكم أن أغلب المؤسسات عاشت لمدة طويلة في ظل نظام التسيير الإداري لمختلف جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية.

هذه الخلاصة التي تعني أن المؤسسة الجزائرية وإن كانت تملك اليوم قوانين تشجعها على التحكم في مصيرها، وصنع قوانينها ونظمها الاقتصادية والاجتماعية، إلا أنها لم تتمكن بعد رغم المدة الزمنية الطويلة نسبياً من التغلب على عقلية التسيير الإداري الذي عاشت في ظله لمدة طويلة. وهو ما تشهد عليه مضامين أغلب

⁶³ راجع المادة 52 من القانون 90-02 المشار إليه سابقاً، والمادة 21 من المرسوم 09-418 السالف الذكر.

⁶⁴ راجع المادة 13 من القانون السالف الذكر.

الاتفاقيات الجماعية في مختلف المؤسسات الكبرى والمتوسطة التي لم تتجاوز في اغلب الأحيان تكرار ما تضمنته القوانين المنظمة لعلاقات العمل، أو لتسوية النزاعات الفردية والجماعية.

كما أن اغلب الآليات التي أقرها المشرع الجزائري للمؤسسات فيما يتعلق بسوية النزاعات الجماعية خاصة، يبدووا عليها نوع من عدم التكيف مع طبيعة وخصوصية هذه النزاعات، ولا سيما نظام التحكيم الذي نعتقد انه من الاستحالة بمكان تطبيق أحكام قانون الإجراءات المدنية الحالية على النزاعات الجماعية، بسبب عدم ملاءمته مع طبيعة وخصوصية هذا النوع من النزاعات وذلك للأسباب التي سبق بيانها، الأمر الذي يفسر ندرة اللجوء إليه من قبل المتعاملين الاقتصاديين والاجتماعيين، وبالتالي ندرة تطبيقاته في الميدان العملي.

الصلح وسيلة لفض النزاعات

الدكتور: حسن عز الدين دياب

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار تونس

المقدمة

إن الحياة الاجتماعية ليست تجانسا وانسجاما بل هي كذلك صراع واختلاف في المصالح والأهداف لذلك ظهر الخلاف والنزاع داخل المجموعة البشرية فكان لزاما على الإنسان التفكير في حلول للنزاعات بما يضمن تواصل الحياة المشتركة ويصون حقوق الأفراد والمجموعة وحتى لا تتحول الخصومات إلى صراع دموي يخلف الحقد والضغينة ولعل من أفضل هذه الحلول هو فصل الخصومات بطرق سلمية ورضائية قبل اللجوء إلى فصلها بطرق قانونية، قد يفرض تطبيقها على الأفراد جبراً.

واعتبر بعض شراح القانون أنه يمكن إدراج مهمة الصلح ضمن البعد الاجتماعي الذي يجب أن تضطلع به المؤسسة القضائية¹. فإذا كان دائما من محمود إحسان تطبيق القانون للنزاعات، فإن التوصل إلى وقف النزاعات وتلافي استمرارها يكون له آثار أفضل على السلم الاجتماعي والعلاقات الإنسانية عموما إلى جانب أن الاتفاق الصلحي في صورة التوصل إليه يشكل علاجا أسرع وأنجع من الطرق القانونية الكلاسيكية الأخرى للقضاء على الخلاف القائم بين الأطراف في النزاع².

إن دراسة الصلح لفض النزاعات وتدعيمه في العمل القضائي تقتضي منا في إطار هذه المقدمة محاولة تعريفه وضبط مفهومه خاصة في ظل وجود العديد من المصطلحات المشابهة كالتحكيم والوساطة. والصلح لغة كما يعرفه ابن منظور من صلح، الصلاح ضد

¹Proner Dominique, Le juge d'instance dans la société française, Economica, 1993, op.cit, p. 34 et s.

² Pierre Estaip, La conciliation judiciaire, avantage obstacles et perspectives, GP, 24 juin 1989, p. 300.

الفساد يصلح صلاحاً وصلوحاً .. والإصلاح : نقيض الفساد والصلح :
تصالح القوم بينهم والصلح : السلم وقد اصطالحوا وصالحوا
وتصالحوا .. والصلح بكسر الصاد : مصدر للمصالحة والعرب تؤنثها
والاسم والصلح يذكر ويؤنث³.

أما الصلح فقد نظمته المشرع التونسي في مرحلة أولى كعقد
من العقود المسماة ضمن مجلة الالتزامات والعقود من الفصل 1458
إلى الفصل 1477 من المجلة المذكورة.

وقد عرف الفصل 1458 م.أ.ع الصلح بأنه "... عقد وضع لرفع
النزاع وقطع الخصومة ويكون ذلك بتنازل كل من المتصالحين عن
شيء من مطالبة أو بتسليم شيء من المال أو الحق. فالصلح عقد يتم
بتوافق إرادة الطرفين الحرة بأن يتنازل كل منهما عن شيء من
الحق حسماً للنزاع القائم بينهما وبذلك أقر المشرع التونسي الصلح
كوسيلة لفض النزاعات يمكن للأطراف إعمالها بمطلق إرادتهم ما لم
تكن فيه مخالفة للنظام العام والأخلاق الحميدة.

كما يمكن لطرف أجنبي في النزاع أن يدعو الأطراف للصلح
دون إجبارهم عليه وهذا ما يعرف بالمصالحة (conciliation) ويكون
عادة هذا الطرف الأجنبي هو القاضي الذي يبذل كل جهده لإقامة
الصلح بين الأطراف. والصلح ليس تجديد في العمل القضائي، بل
قديم قدم الوظيفة القضائية.

فالصلح هو الأسلوب الطبيعي لفض النزاعات⁴ ذلك أن القاضي
له الخيار من أعمال الصلح بين الأطراف المتنازعة "فقد كان البربر
الأمازيغ يحتكمون إلى ما يعرف بقضاء الجماعة وهو قضاء يعتمد في
المنازعات على تحكيم رؤساء القبائل وعلية القوم ويقوم أساساً على

³ ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، ت.ث، ج. دار الصادر للطباعة والنشر، ص. 516 و 517 نلاحظ أن ابن منظور
لا يفرق بين الصلح والمصالحة.

يعرفه الفصل 1458 م.أ.ع كمايلي "الصلح عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة ويكون ذلك بتنازل كل من
المتصالحين عن شيء من مطالبة أو بتسليم شيء من المال أو الحق.

L'article 2044 du code civil dispose : « La transaction est un contrat par lequel les parties
terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ».

⁴ فاطمة الزهراء بن محمود، عدد خاص بمناسبة افتتاح السنة القضائية 1993 - 1994، م.ق.ت، 1994، ص. 31.

تطبيق قواعد العرف والعادات المألوفة لديهم في مختلف المعاملات وخاصة التجارية كذلك الشأن عند القرطاجيين. أما لدى الرومان فكانوا يعتمدون على الصلح كأسلوب أكثر نجاعة لفض النزاعات لديهم⁵.

ولقد كرسّت الشريعة الإسلامية الصلح كوسيلة لفض النزاعات يعتمدها الأطراف والقاضي ذلك أن "الصلح خير"⁶ أقره الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله أن "الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً"⁷.

وقد كرّسه الخلفاء من بعده فقد قال عمر بن عمر الخطاب رضي الله عنه "ردوا الخصوم، حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن"⁸ وسأل قضاة الإسلام على اعتماد الصلح في عملهم كلما استشكل الأمر ولم يتبينوا أوجه الفصل فيه.

أما المشرع التونسي فقد نظم الصلح باعتباره عقد من العقود المسماة كما يحسم النزاع وذلك بدعوة الأطراف إليه والسعي لإقناعهم بإنهاء الخصومة بالطرق السلمية بالإتفاق على حل يرضي الأطراف ويحفظ لكل واحد منهم حقه بعيداً عن فصل القضاء وما يخلفه من ضغائن. وقد تضمن التشريع التونسي عديد الحالات التي اعتبر فيها الصلح كإجراء اختياري يمكن للقاضي اللجوء إليه قبل فصل النزاع قضائياً من ذلك ما جاء بالفصل 40 جديد م.م.م.ت المنقح بمقتضى القانون 43 لسنة 1995 المؤرخ في 02 ماي 1995.

ولقد اعتبر المشرع التونسي الصلح في بعض الحالات إجراءً وجوبياً يقوم به القاضي قبل الفصل في النزاع قضائياً (واعتبر الصلح إجراءً واجباً محمولاً على القاضي) وهو توجه عام في السياسة التشريعية الحديثة بالبلاد التونسية.

⁵ فاطمة الزهراء بن محمود، مرجع سابق، ص 31.

⁶ سورة النساء، الآية، 128.

⁷ علي كحلون، الصلح في المادة المدنية، م.ق.ت، جويلية 1998، ص. 102.

⁸ فاطمة الزهراء بن محمود، مرجع سابق، ص. 32.

الفصل 40 م.م.م.ت جديد ينص "ولرئيس الدائرة التجارية تكليف أحد أعضائها لمحاولة الصلح بين الأطراف، كما يجوز للأطراف أن يطلبوا من الدائرة من أي طور من أطوار القضية في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف.

شملت تقنية الصلح العديد من مجالات التقاضي من ذلك المجال الاجتماعي، فلقد اعتبر الصلح إجراء وجوبيا أمام قاضي الأسرة في دعاوى الطلاق.

أما في النزاعات الشغلية فلقد أوجب المشرع على دائرة الشغل صلب أحكام الفصل 207 جديد إجراء محاولة صلحية بين الأطراف قبل الفصل في النزاع قضائيا وقد اعتبر فقه القضاء التونسي إجراء المحاولة الصلحية في النزاعات الشغلية إجراء وجوبيا ينتج عن عدم القيام به بطلان الحكم لعدم مراعاته إجراء أساسيا. وقد تدعم هذا التوجه التشريعي بأن أوجب المشرع المشرع التونسي الصلح كإجراء وجوبي فلقد اعتبره إجراء عاما يضطلع به قاضي الناحية وذلك بالفصل 38 مكرر م.م.م.م.ت والمنقح بموجب القانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 والذي جاء فيه أنه "يبدل قاضي الناحية ما في وسعه للصلح بين الأطراف".

والصلح رغم أنه إجراء مألوف أمام قاضي الناحية، غير أن القانون التونسي لم ينظمه باستثناء صورة العقلة على الأجور والمرتببات المنظمة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية لكن جاء القانون عدد 59 لسنة 1994 ليكرس الصلح أمام قاضي الناحية ويجعل أساسا قانونيا بمقتضى الفصول 38 مكرر و44 و45 جديد م.م.م.م.ت ذلك أن الفصل 38 وضع على عاتق قاضي الناحية إجراء محاولة الصلح بين الأطراف يبدل فيها ما بوسعه لإقناعهم بالصلح حسما للنزاع القائم بينهم والصلح أمام قاضي الناحية كذلك هو ما يتوصل إليه الأطراف من اتفاق في حال نجاح المحاولة الصلحية المجراة من قبله فالصلح إذن هو إجراء وموضوع.

وتعتبر مؤسسة قاضي الناحية مؤسسة عريقة في التنظيم القضائي التونسي عرفت العديد من التطورات من خلال التنقيحات المتتالية للقوانين المنظمة لها مواكبة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية، وأحدث هذه التنقيحات ما جاء به القانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 الذي رفع في مرجع نظر قاضي

الناحية في المادة المدنية في خصوص الدعاوى المقدرة بما جعله ينظر فيها إلى حدود مبلغ سبعة آلاف دينار بعد أن كان نظره في حدود الدعاوى التي يكون مقدار الطلب فيها لا يتجاوز ثلاثة آلاف دينار (الفصل 39 م.م.م.ت بعد تنقيح 23 ماي 1994).

إن الترفيع في مرجع النظر الحكمي لقاضي الناحية إلى سبعة آلاف دينار فيه توسيع في مجال الصلح أمامه. أما المجلة المدنية الفرنسية فقد عرفت الصلح *la transaction* بأنه العقد الذي ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً⁹.

ولقد عرف الفقيه الفرنسي Pierre Couvrat المصالحة بأنها تلك التسوية التي يتوصل إليها الطرفان عن طريق أجنبي عن النزاع¹⁰.

وتعتبر المصالحة في بعض القوانين المقارنة كالقانون الفرنسي خاصة من المهام الرئيسية التي يضطلع بها القاضي إلى جانب مهمة فض النزاع بإصدار حكم في الموضوع فلقد اقتضى الفصل 21 جديد من قانون المرافعات الفرنسي أنه "يدخل في وظيفة القاضي المصالحة بين الطرفين"¹¹. وللصلح أمام قاضي الناحية أهمية نظرية وعملية. وتتجلى الأهمية النظرية من خلال اهتمام المشرع به فقد كان إجراء الصلح شبه منعدم في قواعد الإجراءات المتبعة أمام قاضي الناحية باستثناء حالة العقلة التوقيفية على الأجور والمرتببات التي نص عليها الفصل 362 م.م.م.ت وحالة المصادقة على الصلح المتعلقة بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية والتي جاء بها القانون عدد 28 لسنة 1990 المؤرخ في 1994/02/21.

⁹ L'article 2044 du code civil dispose « la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou prennent une contestation à naître ».

¹⁰ Pierre Courat, « Conciliation », in Jurisclasseur procédure civiles, fascicule 10, édition, 1986, p. 6.

¹¹ L'article 21 nouveau du code de procédure civile française dispose « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ».

لقد أصبح الصلح بموجب قانون 23 ماي 1994 مبدأ إجرائيا عاما أمام قاضي الناحية مثيرا للعديد من الإشكاليات على مستوى التطبيق القضائي لغموض النصوص القانونية المنظمة له.

ولقد سعى فقه القضاء التونسي إلى إيضاح بعضها في حين بقي البعض الآخر يشير إشكاليات بدون حل لعدم توفر فرصة عرضها على محكمة القانون.

فإلى أي حد يمكن اعتبار الصلح في النظام القانوني والقضائي التونسي طريقة أصيلة لحسم النزاعات وما هو مدى نجاعة الصلح كوسيلة لفض النزاعات ؟ أي بصفة أخرى إلى أي حد يساهم الصلح في حسم النزاعات وإنهائها بصفة باتة ؟

للإجابة عن كل هذه الإشكاليات القانونية سوف نحاول معالجتها من خلال دراسة الصلح الوجوبي أي ذلك الذي أوجبه المشرع وأقره كطور من أطوار التقاضي (المبحث الأول) ثم من خلال التعرض إلى الصلح الاختياري أي ذلك الذي جعله المشرع بسعي من القاضي أو المتقاضي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الصلح إجراء وجوبي

إن تكريس الصلح أمام قاضي الناحية يندرج ضمن البعد الاجتماعي للمؤسسة القضائية من خلال سعيها لحسم النزاع وتلافي استمراره عن طريق المساهمة في إبرام الصلح بين الأطراف المتنازعة لما يمثله الصلح من علاج للخلافات التي تكتسي صبغة اجتماعية أو اقتصادية. وعلى هذا الأساس أقر المشرع التونسي الصلح كإجراء وجوبي لفض النزاعات في مجالين هما المجال الاجتماعي (الفقرة الأولى) ومجال المعاملات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: وجوبية الصلح في المجال الاجتماعي

كرس المشرع التونسي الصلح كعمل قضائي أساسا في المجال الاجتماعي¹² فجعله إجراء وجوبيا وطورا من أطوار سير القضية في

¹² فاطمة الزهراء بن محمود، مرجع سابق، ص. 9.

النزاعات الأسرية (أ) والنزاعات الشغلوية (ب) وفي قضايا التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية (ج).

أ- النزاعات الأسرية

عرفت محكمة التعقيب التونسية الصلح في مادة الأحوال الشخصية في قرارها التعقيبي المدني عدد 17646 المؤرخ في 12/2/1988 بأنه "وليد رغبة الطرفين المشتركة في وضع حد نهائي للنزاع واستئناف المعاشرة على الأسس التي ضبطها عقد الصلح الذي يعتبر ماضيا في حقها ويتضمن في حكم الطلاق"¹³.

ويتضح من خلال هذا التعريف أن الصلح في النزاعات الأسرية وخاصة الطلاق وأن كان ينبع من إرادة الطرفين ورغبتهما الحقيقية في الرجوع من جديد إلى الحياة الزوجية إلا أن دور القاضي في إيقاع الصلح بينهما يبقى هاماً ورئيسياً وذلك لما له من تأثير معنوي على نفسية الطرفين¹⁴.

وعلى هذا الأساس فإن أغلب القوانين المقارنة قد جعلت من الصلح طورا أوليا في مادة النزاعات الزوجية قبل أن تقضي المحكمة بإيقاع الطلاق بين الطرفين من ذلك ما أقره الفصل 251 من المجلة المدنية الفرنسية من أن المصالحة وجوبية قبل أن تتعهد محكمة الطلاق بالقضية¹⁵.

ولقد أوجب القانون التونسي على القاضي السعي لإصلاح ذات البين بين الزوجين قبل حكم الطلاق فقد نص الفصل 32 جديد م.أ.ش "يختار رئيس المحكمة قاضي الأسرة بين وكلائه ولا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك (...) وعند وجود ابن قاصر أو أكثر تكرر الجلسة الصلحية ثلاث

¹³ نشرية محكمة التعقيب، القسم الجزائي عدد 1 لسنة 1988، ص. 18.

¹⁴ عبد الفتاح الزراتي، المحاولة الصلحية، محاضرة أقيمت في إطار الملتقى الذي نظمته المعهد الأعلى للقضاء يومي 2 و3 مارس 1992 حول الخلافات الزوجية أمام القضاء.

¹⁵ L'article 251 du code civil français dispose : « quand le divorce est demandé pour rupture de la vie commune ou pour faite une tentative de conciliation est obligatoire avant l'instance judiciaire. Elle peut être renouvelée pendant l'instance. Quand le divorce est demandé par consentement mutuel des époux une conciliation peut être tentée en cours d'instance suivant les règles de procédures propres à ce cas de divorce ».

مرات على أن تعقد الواحدة منها 30 يوما بعد سابققتها على الأقل ويبدل خلالها القاضي مزيدا من الجهد للتوصل إلى الصلح ويستعين بمن يراه في ذلك¹⁶.

وتطرح المصالحة في مادة الطلاق العديد من الإشكالات سواء على مستوى نظامها القانوني (1) أو على مستوى نجاعتها في فض الخلافات الزوجية بين الطرفين (2).

1- النظام القانوني للمحاولة الصلحية

تعتبر المحاولة الصلحية في مادة الطلاق إجراءا وجوبيا ومسبقا قبل أن تمر القضية بالطور الحكمي وقد خصها المشرع التونسي بنظام إجرائي متميز.

* المحاولة الصلحية إجراء وجوبي ومسبق

اقتضت الفقرة الثانية من الفصل 32 جديد من مجلة الأحوال الشخصية أنه "لا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل القاضي جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك".

يتضح من خلال هذا النص أن المحاولة الصلحية في مادة الطلاق أجوبها المشرع كإجراء أولي يتحتم على قاضي الأسرة القيام به قبل البت في الأصل.

ولقد ذكرت محكمة التعقيب في العديد من قراراتها بضرورة إجراء المصالحة بين الزوجين المتنازعين قبل إحالة الملف على المحكمة للبت في أصل النزاع. ففي قرارها المؤرخ في 1974/1/22 تحت عدد 9700 اعتبرت محكمة القانون أنه لا شك أن محاولة الصلح أمر واجب قبل البت في قضية الطلاق لكن إذا تخلف أحد الخصمين عن الحضور كان للمحكمة أن تتجاوز هذه المحاولة وتقضي في الأصل¹⁷.

¹⁶ حول الجديد في مجلة الأحوال الشخصية أنظر أعمال الملتقى الذي نظمته المعهد الأعلى للقضاء حول التنقيحات الجديدة لمجلة الأحوال الشخصية يومي 7 و 8 جانفي 1994 بتونس.

¹⁷ النشرة، القسم المدني 2 لسنة 1974، ص. 13 وفي نفس الاتجاه القرار التعقيبي المدني عدد 6078 مؤرخ في 1981/11/16، ن. 1981 القسم المدني ج 4، ص. 124.

* إجراءات سير المحاولة الصلحية

لقد أفرد المشرع التونسي صلب الفصل 32 جديد م.أ.ش بمقتضى التنقيح الجديد لمجلة الأحوال الشخصية المؤرخ في 1993/07/12 المحاولة الصلحية في مادة الطلاق بنظام إجرائي متميز وذلك بأن أوكل مهمة إجراء المحاولة الصلحية إلى قاضي الأسرة إذ جاء صلب فقرته الأولى أنه "يختار رئيس المحكمة قاضي الأسرة من بين وكلائه".

ويطرح هذا الفصل العديد من الإشكالات التي تتعلق أساسا بالدور الذي يضطلع به قاضي الأسرة في إطار إجراء المحاولة الصلحية بين الطرفين. ويتمثل دور قاضي الأسرة حسبما نص على ذلك الفصل 32 جديد من م.أ.ش في السعي إلى الإصلاح بين الزوجين وفي اتخاذ القرارات الوقتية إن عجز عن ذلك إذ جاء في فقرته الأولى من مجلة الأحوال الشخصية ينص على أنه "لا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك. والمراد من بذل الجهد هو وضع اليد على مواضع الخلافات التي أدت إلى طلب الطلاق ومحاولة الحد منها لأن الصلح في نهاية الأمر يبقى وليد إرادة الطرفين المشتركة وفي وضع حد نهائي للنزاع واستئناف المعاشرة على الأسس التي ضبطها عند الصلح والذي يعتبر ماضيا في حقها ويتضمن في حكم الطلاق. كما ذهبت إلى ذلك محكمة التعقيب في قرارها عدد 17646 المؤرخ في 1988/02/02¹⁸.

وفي صورة عجز قاضي الأسرة على محاولة الصلح بين الزوجين فإنه يتخذ القرارات الفورية بخصوص فروع الطلاق كالنفقة وسكنى الزوجين والحضانة وزيارة المحضون وتجدر الملاحظة إلى أن هذه القرارات الفورية التي يتخذها قاضي الأسرة تنفذ على المسودة وتكون غير قابلة للاستئناف أو التعقيب ولكنها قابلة للمراجعة ما لم يصدر حكم في الأصل¹⁹.

¹⁸ النشرة، القسم الجزائي، عدد 1 لسنة 1988، ص. 18.

¹⁹ تكرار المحاولة الصلحية تصبح بدون جدوى إذا لم يستعن قاضي الأسرة بطرف يساعده على إيجاد تسوية صلحية بين الزوجين. صعوبة إيجاد تسوية صلحية للنزاع القائم بين الزوجين خاصة إذا استفحل الخلاف بينهما.

إلى جانب تخصيص قاضي الأسرة لإجراء المحاولة الصلحية بين الزوجين المتنازعين تميز التنقيح الجديد لمجلة الأحوال الشخصية بوجوب تكرار محاولة الصلح ثلاث مرات وذلك رغبة من المشرع في إعطاء مزيد من الوقت سواء بالنسبة للقاضي لمزيد بذل الجهد في محاولة الصلح بين الزوجين أو بالنسبة لطرفي النزاع حتى يراجع كل طرف مواقفه ويعدل عن تمسكه بمبدأ الطلاق.

غير أن مبدأ وجوب تكرار المحاولة الصلحية قد وردت عليه بعض الاستثناءات إذ يستنتج من خلال قراءة عكسية للفقرة الرابعة من الفصل 32 جديد من م.أ.ش أي في صورة عدم وجود قاصر ففي هذه الحالة يكتفي قاضي الأسرة بإجراء جلسة صلحية واحدة دون تكرارها. أما الاستثناء الثاني والذي يستخلص من خلال الفقرة الأخيرة من الفصل 32 جديد م.أ.ش إذ خول المشرع لقاضي الأسرة اختصار الإجراءات في حالات الطلاق بالتراضي ما لم يؤثر ذلك على مصلحة الأبناء ذلك أن تمسك الزوجين بمبدأ الطلاق بالتراضي واتفاقهما على ذلك يجعل من تكرار المحاولة الصلحية فاقدة لجدواها.

* مدى أهمية المحاولة الصلحية

إن المحاولة الصلحية في مادة الطلاق ليست مجرد إجراء شكلي يقوم به قاضي الأسرة، بل هي طريقة لإنهاء الخلافات واستئناف المعاشرة بين الزوجين على أسس يتم ضبطها صلب محضر الجلسة الصلحية إلا أننا على مستوى التطبيق القضائي نلاحظ وجود عدد ضعيف للنزاعات التي يتم فصلها بالصلح والوفاق بين الطرفين ويعزى ذلك إلى عدة أسباب أهمها كثرة الملفات المعروضة أمام قاضي الأسرة الأمر الذي يجعله لا يخصص الوقت الكافي لبذل الجهد في محاولة الصلح بين الطرفين.

تكرار المحاولة الصلحية تصبح بدون جدوى إذا لم يستعن قاضي الأسرة بطرف يساعده على إيجاد تسوية صلحية بين الزوجين.

صعوبة إيجاد تسوية صلحية للنزاع القائم بين الزوجين خاصة إذا استفحل الخلاف بينهما.

ب- النزاعات الشغلية

تخضع النزاعات الشغلية إلى إجراء المصالحة كإجراء أولي ومسبق قبل أن يتعهد بها القضاء.

وقد أقر المشرع في هذا الإطار شكلين للمصالحة: المصالحة في مجال نزاعات الشغل الفردية والمصالحة في مجال نزاعات الشغل الجماعية.

1 - نزاعات الشغل الفردية

تكتسي المحاولة الصلحية في مادة النزاع الشغلي طابعا وجوبيا وقد أقر المشرع التونسي المصالحة بين الأجير ومؤجره على مستويين : على مستوى دائرة الشغل وعلى مستوى هياكل قضائية. فعلى مستوى دائرة الشغل، يقتضى الفصل 207 جديد م.أ.ش أنه "يجب على دائرة الشغل قبل الحكم في القضية أن تجري محاولة الصلح بين الأطراف في حجرة الشورى مع التنصيص على ذلك في الحكم وإلا اعتبر باطلا ولا يمكن تأخير القضية أكثر من مرتين للتصالح على أن لا يتجاوز التأخير 15 يوما في كل مرة".

جلي من خلال صيغة الفصل 207 جديد أن نستنتج أن المشرع التونسي أوجب على دائرة الشغل أن تجري بين الأطراف وقبل الحكم في القضية محاولة الصلح في حجرة الشورى. كما ورد بالقرار التعقيبي أن المحاولة الصلحية بين الأجير والمستأجر واجبة في مادة الشغل طبق الفصل 207 م.أ.ش وبدونها يكون الحكم خارقا للقانون ويستوجب النقض²⁰.

²⁰ قرار تعقيبي مدني عدد 7382 الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 1983/02/21، ن.م.ت، ق.م، عدد 1 لسنة 1984، ص. 11.

فإجراء المحاولة الصلحية يعتبر أمرا حتميا وعدم القيام به يوجب بطلان الحكم لأنها تعتبر من الإجراءات الجوهرية ومن المسائل المتعلقة بالنظام العام²¹. ويترتب على إقرار وجوبية الصلح في مادة النزاعات الشغلية العديد من الآثار القانونية أهمها: أن الحكم المطعون فيه لعدم تنصيبه على إجراء المحاولة الصلحية يكون قد خرق حقا من حقوق الدفاع باعتباره إجراء يمس النظام العام²².

لا يمكن للخصوم الاتفاق مسبقا على تجاوز إجراء المحاولة الصلحية كما أن القاضي لا يمكنه أن يعدل عن القيام بهذا الإجراء. يمكن للمحكمة أن تثير إجراء المحاولة الصلحية من عدمه من تلقاء نفسها وفي أي طور من أطوار التقاضي كما يمكن إثارتها لأول مرة أمام محكمة التعقيب.

كما ضبط الفصل 207 جديد م.أ.ش نظام إجراء المحاولة الصلحية ذلك أنها تجرى بحجرة الشورى وليس بجلسة القضاء وذلك رغبة من المشرع التونسي صلب الفصل المذكور سالف إمكانية إعادة إجراء المحاولة الصلحية أكثر من مرة لكنه أوجب أن لا يقع تأخير القضية أكثر من مرتين على أن لا يتجاوز التأخير 15 يوما في كل مرة وذلك حتى لا يقع إطالة نشر النزاع بين الطرفين ونظرا لما تتطلبه مثل هذه النزاعات من سرعة الفصل لصبغتها المعاشية المتأكدة²³.

إن المحاولة الصلحية التي تجريها دائرة الشغل قد تستوعب كامل موضوع الدعوى أو تتعلق ببعض فروعها ولقد أوجب المشرع على رئيس دائرة الشغل أن يفصل فروع الدعوى المعترف بصحتها

²¹ قرار تعقيبي مدني عدد 2876 مؤرخ في 7 ديسمبر 1978 "حيث أن هذا الإجراء الذي نص على وجوب مراعاة ورتب على مخالفته البطلان من الإجراءات الجوهرية التي يقوم عليها نظام التقاضي في القضايا الشغلية لاعتبارات تتعلق بطبيعتها الخاصة، فإنه يغدو والحال تلك من المسائل المتعلقة بالنظام العام".

²² قرار تعقيبي مدني عدد 26933 مؤرخ في 25 جوان 1990. غير منشور.

²³ إن الاتجاه الذي تبناه المشرع سنة 1994 صلب الفصل 207 جديد م.أ.ش قد أقره المشرع الفرنسي الذي مكن مكتب المصالحة من إعادة المحاولة الصلحية إذا تغيب المدعي وقدم في أجل القانوني سببا شرعيا لعدم حضوره.

عن الفروع المتنازع في شأنها ذلك أن محكمة الموضوع سوف لن تتعهد بما وقع الاتفاق عليه.

وسواء وقع الصلح في الكل أو بعض فروع الدعوى فإنه يترتب عليه بعض الآثار: إنقضاء الحقوق والإدعاءات التي تنازل عنها كل من الطرفين فلا مجال لإثارتها من جديد²⁴.

ثبوت الحقوق التي تضمنتها إدعاءات الأطراف للطرف المتنازع له فيصبح هذا الأخير مستحقا للحقوق التي أقر له بها خصمه²⁵. وتجدر الإشارة إلى كون المشرع التونسي أحاط المحاولة الصلاحية في مادة النزاعات الشغلية بالعديد من القوانين رغبة منه في فض النزاعات بالصلح تحقيقا لتماسك العلاقات الشغلية وعدم تأثر المؤسسة اجتماعيا واقتصاديا بالخلافات التي قد تطرأ بين الأجير ومؤجره ولكن رغم ذلك فعلى مستوى التطبيق القضائي نلاحظ أن نسبة القضايا الشغلية التي تنتهي بوقوع الصلح بين الطرفين ليست بحجم أهمية الصلح ويعزى ذلك أساسا لكثرة الملفات المعروضة على دائرة الشغل وقلة الإطار القضائي الكافي للنظر في الدعاوى الشغلية في طورها الصلحي فضلا عن عدم وجود قاضي مختص ومتفرغ لإجراء المحاولة الصلاحية. كما أن أطراف النزاع قلما يحضروا بالجلسة الصلاحية الأمر الذي يحكم على محاولة الصلح بالفشل.

أما على مستوى الهياكل غير القضائية، فقد خول المشرع التونسي لبعض الهياكل التصالحية القيام بالمحاولة الصلاحية مسبقا قبل أن تتعهد دائرة الشغل بالقضية وتتمثل هذه الهياكل غير القضائية في تفقدية الشغل. التي تنصب جلسة تصالحية بين الأجير

²⁴ قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 30 جوان 1960 : الصلح المبرم بين الأجير والمؤجر والقاضي بأنها وضعت حدا نهائيا لكل الخلافات يعد تنازلا كل منهما على شيء من حقوقه يعتبر حاسما لكافة النزاعات بينهما". رياض المعالج، دائرة الشغل، مذكرة للتخرج من المعهد الأعلى للقضاء، 1993، ص. 86.

²⁵ رياض المعالج، مرجع سابق، ص. 86.

ومؤجره طبقاً لأحكام الفصل 21 م.ش²⁶ وكذلك في السلطة البحرية في مادة الشغل البحري التي تقوم بفصل النزاعات القائمة بين المجهزين والبحريين بطريق الصلح قبل أن يتم عرضها على دائرة الشغل طبقاً لأحكام الفصل 158 م.ش²⁷.

2. الصلح في نزاعات الشغل الجماعية

تخضع نزاعات الشغل الجماعية (الإضراب والصد عن العمل) إلى إجراءات مسبقة يتحتم القيام بها لتفادي هذه المنازعات من جهة ولإعطائها الصبغة الشرعية من جهة ثانية إذا لم يقع التوصل إلى حل لتلافيها.

لقد نص الفصل 376 جديد من مجلة الشغل على أنه "يتعين عرض كل صعوبة تنشأ بين المؤجر والعملة من شأنها أن تثير نزاع شغل جماعي على اللجنة الاستشارية للمؤسسة قصد إيجاد حلول ترضي طرفي النزاع وإذا لم يتم فض الخلاف داخل المؤسسة يقع عرضه وجوباً من قبل أكثر الطرفين حرصاً على المكتب الجهوي للتصالح وعند التعذر على تفقدية الشغل المختصة ترابياً".

إن عرض النزاع الجماعي على المكتب الجهوي للتصالح أو تفقدية الشغل يمكن من إجراء رقابة مسبقة على شرعية هذا النزاع وإيجاد تسوية صلحية له وذلك لما لمثل هذه النزاعات من تأثير خطير على سير المؤسسة وتهديد مباشر لنسف العلاقات الاجتماعية التي يقع ضبطها وتبيان كل طرف وواجباته صلب الاتفاقيات المشتركة.

ويتولى المكتب الجهوي للتصالح وعند التعذر تفقدية الشغل المختصة ترابياً بعد جمع المعطيات عرض موضوع النزاع على اللجنة الجهوية للتصالح ويرأس هذه اللجنة وإلى الجهة أو ممثله بمساعدة رئيس المكتب الجهوي للتصالح وعند التعذر رئيس تفقدية

²⁶ الفصل 21 م.ش اقتضى أنه "على كل مؤجر يؤيد أن يطرد أو يوقف عن العمل لأسباب اقتصادية أو فنية لبعض من عملته القارين أو كاملهم أن يعلم بذلك من قبل تفقدية الشغل التي يتحتم عليها محاولة الصلح بين الطرفين.
²⁷ الفصل 158 م.ش. "وتنظر محكمة العرف بعد إخفاق محاولة الصلح في النزاعات المشار إليها بالفصل 151".

الشغل المختصة ترابيا وهي تضم علاوة على ذلك : ممثلين إثنين عن نقابات العملة المعينة أحدهما يمثل المنطقة النقابية المركزية وفي صورة ما إذا تعلق النزاع بمنشأة عمومية فإن ممثل المنظمة النقابية المركزية يقع تعويضه بممثل عن الوزارة التي تتولى الإشراف على المنشأة"²⁸.

وفي صورة ما إذا كان الإضراب أو الصد عن العمل يمتد إلى ولايتين فأكثر فإن التنبيه المسبق يوجه من قبل الطرف المعني إلى الطرف الآخر وإلى المكتب المركزي للتصالح وعند التعذر الإدارة العامة لتفقدية الشغل²⁹ ويجب على اللجنة الجهوية أو اللجنة المركزية للتصالح أن تقترح حلا للنزاع في أجل أقصاه 8 أيام من تاريخ سريان مفعول التنبيه.

إن تعذر أي حل صحي للنزاع الجماعي من طرف اللجنة الجهوية أو اللجنة للتصالح لا يفيد حتما إقرار الإضراب أو الصد عن العمل بل يعني ذلك مرور النزاع بطور ثان هو التحكيم.

ومن الناحية العملية فإننا نلاحظ من خلال بعض الإحصائيات أن تدخل تفقدية الشغل لإنهاء النزاع الجماعي للعمل يتسم بالفاعلية والنجاعة. ففي خلال سنة 1993 وقع تسجيل 116 خلاف جماعي بولاية صفاقس (مقابل 84 خلال سنة 1992) وقد أمكن لتفقدية الشغل بالجهة تفادي 54 نزاع جماعي. كما وردت على قسم تفقدية الشغل 70 برقية إعلام بالإضراب خلال سنة 1993 وقد أمكن خلال اجتماعات اللجنة الجهوية للتصالح وعلى إثر المساعي الصلحية التي قامت بها المصلحة تسوية 54 منها (بنسبة 77 بالمائة) وإيجاد الحلول الملائمة للمشاكل المطروقة وتفاذي انعكاساتها السلبية على المناخ الاجتماعي والعلاقات المهنية داخل المؤسسات المعنية.

²⁸ الفصل 377 جديد م.ش.

²⁹ الفصل 378 جديد م.ش.

ج- إجراء الصلح في قضايا التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية

لقد تعود الدارسون لمسألة الصلح أمام قاضي الناحية إدراج هذه الدعوى ضمن الاختصاص الصلحي لقاضي الناحية كإجراء عام يقوم به عند النظر في هذا النزاع وغيره رغم أن المتأمل في هذه الدعوى يلاحظ غياب الدور الصلحي الفاعل لقاضي الناحية فهو مبدئياً لا يكون مطالباً قانوناً ببذل ما في وسعه للصلح بين أطراف التداعي بل يقتصر دوره على المصادقة على بعض الاتفاقات والتحلية بالصيغة التنفيذية في غيرها وقد كانت النزاعات المتعلقة بحوادث الشغل والأمراض المهنية منظمة بالقانون عدد 73 لسنة 1957 المؤرخ 11 ديسمبر 1957 ويتمثل دور قاضي الناحية في إطار هذا القانون من تلقي الإعلامات بحوادث الشغل والقيام بالأبحاث اللازمة وعند استكمالها يحيل الملف للمحكمة الابتدائية للبت في الدعوى.

وقد كان الفصل 65 من قانون حوادث الشغل والأمراض المهنية ينص على المحاولة الصلحية باعتبارها إجراء وجوبياً وطوراً من أطوار التقاضي يقوم به رئيس المحكمة الابتدائية إثر تلقيه الملف المحال من قبل قاضي الناحية وقبل أن تنظر فيه المحكمة الابتدائية بتركيبتها الجماعية، إذ جاء بالفصل المذكور "أنه لرئيس المحكمة إذا رضي الطرفان الإذن بإجراء اختبار قصد إثبات العناصر الفعلية المكونة للحق في التعويض وعندئذ يستدعي الطرفين للحضور ثانية في أجل لا يتجاوز الثلاثين يوماً من تاريخ حضورهما الأول على أن تقدم ملحوظات الخبير خلال تلك الفترة فإن لم يدل الخبير بتقريره فينبغي رغم ذلك السعي في إبرام الصلح وفي حالة عدم إبرامه يحال الطرفان على التقاضي لدى المحكمة الابتدائية".

من ذلك أوكل المشرع لرئيس المحكمة الابتدائية مهمة السعي في إبرام الصلح قبل تعهد المحكمة بتركيبتها الجماعية في حالة فشل المحاولة الصلحية "وتأسيساً على ذلك فإن عدم القيام

بالمحاولة الصلحية يشكل خرقا للقانون ويوجب نقض الحكم الذي لم ينص على إجرائها.

فقد جاء قرار تعقيبي مدني عدد 6050 مؤرخ في 19 ماي 1969 أن "المبدأ المستمد من الفصلين 16-19 من قانون فواجع الشغل يقتضي وجوب إتمام الإجراءات الصلحية قبل القيام بالمطالبة لدى محكمة الموضوع وتفريعا على ذلك إذا رأت المحكمة الإحالة المطعون في قرارها أن الإجراءات الصلحية تمت بتسجيل طالب التعويض مطلبه العرضي لدى القاضي المتعهد بإجراء محاولة التوفيق في مطلب التخفيض الذي تقدمت به الشركة يكون قرارها غير قابل للطعن".

وبمقتضى القانون عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 نقح قانون 11 ديسمبر 1957، ليفرد المشرع قاضي الناحية بالاختصاص بالنظر في دعاوى التعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية توحيدا لجهة الاختصاص وتبسيطا للإجراءات نظرا لحساسية الموضوع وصبغته الاجتماعية.

غير أن هذا القانون الجديد لم يتضمن التنصيص على إجراء محاولة صلحية بين الأطراف بل مكنهم من الاتفاق بينهم في إطار تسوية رضائية تقوم بين المنتفع بالتعويض والصندوق القومي للضمان الاجتماعي الذي عوض شركات التأمين وحصر دور قاضي الناحية في المصادقة على هذه التسوية. فهل تخلق المشرع التونسي على المحاولة الصلحية أمام قاضي الناحية في هذا الموضوع والحال أن اتجاهه تعميم الطابع الصلحي لمؤسسة قاضي الناحية خاصة وأنه وبعد مدة قصيرة اعتبر الصلح إجراء وجوبيا عاما أمام قاضي الناحية؟ وهل ينطبق الفصل 38 مكرر من م.م.م.ت على قضايا التعويض

عن الأضرار الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية ؟ ثم هل أن المحاولة الصلحية كإجراء عام أمام قاضي الناحية تنسحب على جميع اختصاص قاضي الناحية بما فيه صور الاختصاص الخاصة؟ من المتجه اعتبار الإجراء الصلحي وجوبيا في هذه المادة في حالة عدم توصل الأطراف إيجاد تسوية رضائية فيما بينهم.

ولئن اكتفى قانون 1994/2/21 بإقرار دور المصادقة على الاتفاقات لقاضي الناحية فقد وسع في مجال اختصاص قاضي الناحية في إطار الاتفاقات الصلحية التي يكون فيها المتضرر قاصرا إذ أنه عند وجود قاصر: لا يكون الاتفاق ماضيا إلا بعد أن يصادق عليه قاضي الناحية المختص تكون المصادقة بكتابة عبارة "نصادق عليه ونأذن بتنفيذه" متبوعة باسم المحكمة وتاريخ المصادقة وإمضاء القاضي.

بمجرد حصول المصادقة يكتسب كتب الاتفاق قوة السند التنفيذي ويصبح قابلا للتنفيذ الجبري عند الاقتضاء" ³⁰.

فالصلح المبرم لا يكون صحيحا إلا إذا صادق عليه قاضي الناحية غير أن قاضي الناحية "لا يملك سوى قبول المصادقة أو رفضها وفقا لما تقتضيه مصلحة القاصر في الاتفاق الصلحي، ولا يمكنه بحال أن يتدخل أو يغير في محتوى الاتفاق استنادا للمصلحة المذكورة" ³¹.

وإلى جانب مصادقة قاضي الناحية على الاتفاق المبرم إثر التسوية الرضائية التي يكون فيها قاصرا أوجب الفصل 73 من قانون 1994/2/21 كذلك عرض الاتفاق الصلحي على قاضي الناحية للإذن بتنفيذه فالأطراف مجبرون على عرض الاتفاق على قاضي الناحية الذي يمكنه أن يرفض الإذن بالتنفيذ بشرط التعليل وهي فرصة تمنح له ليمارس من خلالها "رقابة قانونية على تكوين الاتفاق الصلحي المبرم بين الأطراف، من حيث احترامهم لجميع الشروط والصيغ الواجب توفرها في الصلح لكي يأذن بتنفيذه. رغم أن قرار قاضي الناحية في هذه الصورة لا يأخذ من الناحية الشكلية أي شكل من أشكال العمل القضائي خلافا للصور السابقة المتعلقة بالصلح المبرم في مجلسه" وبسعي منه فهل تدرج المصادقة والتحلية بالصيغة التنفيذية ضمن المحاولة الصلحية التي يساهم من خلالها قاضي الناحية في صياغة الاتفاق الصلحي ؟ أعطى المشرع لقاضي الناحية سلطة المصادقة على الاتفاق الحاصل في إطار التسوية الرضائية والتي يكون فيها المتضرر قاصرا

³⁰ التفقدية العامة لوزارة العدل 2001، ص. 10.

³¹ محمد ماهر ثابت، مرجع سابق، ص. 141.

وكذلك تحليه ببقية الاتفاقات بالصبغة التنفيذية وإمكانية رفضه وذلك بشرط التعليل وهذه الإمكانية تجعل له دورا هاما في الصلح المتوصل إليه إذ من خلال دوره في حماية القاصر المتضرر ومراقبته للصلح يشارك فيه وإن كان لا يبادر بالدعوة إليه أي أنه ولئن لم يعد من مسؤوليته إجراء محاولة الصلح فإنه يساهم فيه بالمصادقة أو الرفض بما يقتضي اقتناعه بصحة الاتفاق ومطابقته للقانون والنظام العام ومصلحة المتضرر وبذلك يكون المشرع قد حافظ على الدور الصلحي لقاضي الناحية كإجراء عام.

الفقرة الثانية : وجوبية الصلح في مجال المعاملات

أقر المشرع التونسي الصلح كإجراء وجوبي في المجال الاجتماعي إلا أنه لم يهمله في مجال المعاملات وجعله وجوبيا خاصة في مادة العقل على الأجور (أ) وفي مادة المسح العقاري (ب).

أ- إجراء الصلح في قضايا العقل التوقيفية على الأجور والمرتبات

لئن لم تتضمن مجلة المرافعات المدنية والتجارية قبل صدور القانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 نصا قانونيا عاما يوجب إجراء الصلح أمام قاضي الناحية، فإنه أوجب إجراء المحاولة الصلحية في قضايا العقل التوقيفية على المرتبات والأجور وإحالتها وذلك صلب الفصل 632 م.م.م.ت الذي نص على ما يلي: "العقل التوقيفية المسطرة على الأجور المشار إليها بالفصلين 353 و356 مهما كان مقدارها لا يمكن أجراؤها ولو كان بيد الدائن سند إلا بعد محاولة توفيق أمام حاكم الناحية بمحل إقامة المدين".

فهذه الصورة للصلح كإجراء وجوبي أمام قاضي الناحية يجريه قبل الإذن بإجراء العقلة التوقيفية على الأجور والمرتبات سبقت إقرار إجراء الصلح كمبدأ إجرائي عام أمام قاضي الناحية، وإقرار الصلح في هذه الصورة جاء حماية لفئة اجتماعية تمثل نسبة هامة في المجتمع ويمثل لها المرتب والأجر المورد الأساسي للرزق وهذا وإن دل على شيء فهو يدل على الثقة التي يتمتع بها قاضي الناحية من قبل المشرع التونسي لينصبه ضامنا لتحقيق أهداف المشرع في حماية الموظف المدين من المساس التعسفي بأجره.

وفي هذا الإطار "يرى القاضي السيد بشير زركونة أن "الهدف من إجراء الجلسة الصلحية هو عدم المس بالموظف أو الأجير في معنوياته الشخصية وكأن المشرع بذلك أراد أن يضي صيغة التستر على المدين باعتباره ينتمي إلى طبقة معينة من المجتمع لما للإذن بالعقلة من قسوة على النفس".

إن إقرار وجوبية الجلسة الصلحية هو محاولة من المشرع التوفيق بين غايتين هامتين وهما خلاص الدائن من جهة وضمان تواصل حصول الأجير على أجره باعتباره مصدر رزقه الأساسي، فكان أن أقر المشرع التونسي المحاولة التوفيقية كإجراء أساسي في دعاوى العقلة التوقيفية على الأجر لتأسيس حوار بين الدائن والمدين وبدعوة وتوجيه من قاضي الناحية بغاية الوصول إلى صيغة يتحصل الدائن من خلالها على خلاص دينه ويحافظ المدين على تواصل النمط العادي لعيشه لما في ذلك من أهمية اجتماعية واقتصادية. اجتماعية من خلال المحافظة على صورة المدين تجاه الغير لما للعقلة على الأجر من آثار سلبية على سمعته، كذلك لما لها من تأثير على مستوى عيشه خاصة بالنسبة للأجور المتوسطة والبسيطة وباعتبار أن آثار عقلة الأجور تتجاوز عادة الأجير المدين لتشمل أفراد أسرته المشمولين بنفقته وتشمل المدين كعنصر في الدورة الاقتصادية باعتباره مستهلكا كما تشمل الدائن باعتباره مستهلكا أو منتجا أو تاجر له التزامات محددة بأجال تربطه بالمتعاملين معه سواء كدائن أو كمدين ولهذا الأسباب اعتبر المشرع التونسية محاولة التوفيق بين الدائن والمدين الأجير بمناسبة العقلة التوقيفية إجراء وجوبيا يقوم به قاضي الناحية لصحة إجراءات العقلة التوقيفية على الأجر.

ولقد استنتج الدارسون من ذلك أن إجراء المحاولة الصلحية التي عبر عنها المشرع بمحاولة التوفيق "يشكل مسألة تهم النظام العام وأن عدم التنصيص على القيام بها يعرض العقلة إلى البطلان وأنه يمكن للمحكمة أن تلتزم به من تلقاء نفسها لمساسه بالإجراءات الأساسية".

وبذلك فإن قاضي الناحية يجب عليه قبل الإذن بإجراء العقلة على الأجر القيام بمحاولة صلحية بين الدائن والأجير وذلك بحضور كاتب المحكمة غير أن التنصيص على المحاولة الصلحية في إطار الفصل 362 م.م.م.ت الذي جاء غامضا نسبيا، إذ أنه لم يحدد محتوى هذه المحاولة الصلحية ولا مقدار الجهد الذي يبذله قاضي الناحية للوصول إلى الصلح بين الأجير ودائنه، مقارنة بعبارات الفصل 38 مكرر م.م.م.ت الذي رغم غموضه بين محتوى الجهد المبذول من قبل قاضي الناحية المطالب عملا بهذا الفصل بأن يبذل قصارى جهده لإقناع الأطراف بالصلح ولا يكتفي بمجرد عرض الفكرة على الأطراف كإمكانية يمكن اعتمادها في حل النزاع القائم بينهما.

ولغاية إجراء المحاولة الصلحية يستدعي قاضي الناحية المدين (الأجير) بطلب من الدائن للحضور لديه في أجل لا يقل عن ثلاثة أيام. كما يقوم بإعلام الدائن شفويا حين تقديم مطلب إجراء العقلة بتاريخ "محاولة التوفيق" ومكانها.

وفي صورة عدم حضور المدين وجب على الدائن الذي ليس بيده سند تنفيذي التنبيه على المدين من جديد عن طريق عدل تنفيذ في أجل ثلاثة أيام "قصد محاولة التوفيق"³².

وإضافة للصيغة الوجوبية لإجراء الصلح في مادة العقلة التوقيضية على الأجر فإن هذا الإجراء هو إجراء أولي ينظر فيه قبل النظر في مطلب الإذن بإجراء العقلة فلا يمكن إجراء العقلة "إلا بعد محاولة توفيق أمام حاكم الناحية".

وبذلك فإن إجراء المحاولة الصلحية إجراء وجوبي وأولي أمام قاضي الناحية في العقل التوقيضية المسطرة على الأجر والمرتببات ولو كان بيد الدائن سند تنفيذي.

³² الفصل 362 م.م.م.ت.

"والغرض من وجوبية الجلسة الصلحية هو التثبيت من مدى قدرة المدين للوفاء بالدين بغير تلك الطريقة اعتباراً لأهمية الأجر بالنسبة للمعقول عليه وانعكاس العقلة على غيره"³³.

فعند حضور الدائن الأجير يجري قاضي الناحية المحاولة التوقيفية والتي من خلالها نتبين مدة قدرة الأجير على الوفاء بالتزاماته من خلال البحث عن وسائل أخرى للخلاص غير العقلة على الأجر لما لهذا الإجراء من آثار سلبية على المدين وغيره من الراجعين له بالنفقة كما يمكن أن يدرسها الطرفان برعاية وتوجيه من قاضي الناحية السبل الكفيلة للخلاص من تقسيط الدين أو تأجيل لتاريخ السداد أو تنازل عن البعض أو غيرها من الاتفاقات التي يمكن أن يتوصل إليها الأطراف خلال المحاولة الصلحية بحيث يكون إجراء العقلة على الأجر آخر حل يمكن للطرفين الوصول إليه وفي هذا الإطار يراقب قاضي الناحية اتفاقات الأطراف ويحاول توزيع الدين على أقساط مناسبة لحال الأجير بقدر لا يضر بقدراته المالية ولا يؤثر سلباً على ما اعتاد عليه من الإنفاق كما أن مراقبة القاضي لإجراءات العقلة تمكن من ضمان احترام النسب القانونية الواردة بالفصول 354 وما بعده من م.م.م.ت.

ب- مادة المسح العقاري

إن التسجيل العقاري يرمي عن طريق تطهير الوضعية العقارية من مصادر النزاع والخصام إلى توضيح معالم الملكية وإقرارها، ويهدف إلى تكوين شخصية الملك مع إسناده لصاحب الحق، وتوحيد الرسم وتسجيله بسجل عام يكون مرجعاً لجميع ما يطرأ على العقار من الإحالات والتحملات وفي ذلك تحقيق لسلامة المعاملات وضمان لحقوق الناس والدولة فيتم بذلك الاستقرار ويعم الرخاء والازدهار"³⁴.

³³ التفقدية العامة، 2001، ص. 7.

³⁴ أنظر الرئيس الهادي سعيد، في رياض البحث والقانون، نشر مؤسسات عبد الكريم، 1993، ص. 82.

ولئن كان المسح العقاري لا يثير أي إشكال إذا كانت الوضعية العقارية واضحة والملكية ثابتة فيتم القضاء بتسجيل منطقة المسح إلا أن المسألة قد تتعقد فتطول إجراءات التسجيل عندما يتمسك كل مالك الواقع عقاره بمنطقة المسح بالحوز والتصرف لإثبات حقه أو يستند إلى رسوم مجمدة لم يقع بعد تحيينها. ولتفادي كل هذه الإشكالات وحتى يكون التسجيل العقاري ناجعا فإن القاضي المكلف بالمسح ينتدب الخصوم بقدر الإمكان إلى الصلح، فقد اقتضى الفصل الرابع من المرسوم عدد 3 لسنة 1994 المؤرخ في 1994/02/20 المتعلق بالتسجيل العقاري الإجباري أنه "يعين رئيس المحكمة العقارية بقرار أحد أعضائها رئيسا للجنة المسح الخاصة بكل مشيخة كما يتولى بنفس الطريقة تقسيم تراب المشيخة إلى ما يلزم من المناطق الفرعية بعد درس هذا التراب من طرف مصلحة قيس الأراضي ويعين على رأس كل منطقة منها حاكما مكلفا ويباشر الحاكم المكلف بمساعدة بمحضر الشيخ أو نائبه ومالكين اثنين تحديد القطعة التي عهدت إليه ثم يجري بعد ذلك بالنسبة لكل عقار فيحدد العقار ويطبق الرسوم وشهادات الحوز ويحرر الحالة الاستحقاقية للعقار وينتدب الخصوم بقدر الإمكان إلى الصلح ويدعو زيادة على ذلك المالك المحتمل بكل عقار إلى تقديم تصريح بالملكية مؤرخ وممضى كما يجب ومبين لأصل الحقوق وهوية القائم بالتصريح وحدود العقار والتحملات الموظفة عليه ويجوز في صورة الاشتراك في الملكية أن يصدر التصريح عن أحد الشركاء".

ويكتسي الصلح الذي يجريه القاضي المكلف بالمسح أهمية بالغة سواء بالنسبة لزاعمي الملكية أو القاضي.

المبحث الثاني: الصلح إجراء اختياري

تعرض المشرع إلى شكل آخر من الصلح يتسم بطابعه الاختياري ذلك إما سعيًا من القاضي (الفقرة الأولى) أو بإرادة المتقاضي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الصلح بسعى من القاضي

لا يوجد في القانون التونسي مبدأ عاما يجعل من الصلح عملا من أعمال القاضي الأمر الذي يدعونا إلى التساؤل عن الصلح في الوظيفة القضائية (أ) ومدى سعي القاضي إلى الصلح ودعوته إليه (ب).

أ- الصلح والوظيفة القضائية

لم يتعرض المشرع التونسي صراحة إلى الصلح الاختياري كوسيلة يتخذها القاضي المدني لإنهاء الخصومة وحسم النزاع بين الطرفين وكوظيفة من وظائف القاضي على غرار القانون الفرنسي غير أننا نلاحظ اتجاه نية المشرع نحو إقرار الصلح واعتباره عملا من أعمال قاضي النيابة في النزاع الجزائي.

1- الصلح الاختياري والنزاع المدني

شهد مفهوم النزاع المدني تطورا فبعد أن كان يعرف بكونه "مبارزة يمكن للطرفين فيها تحديد موعد المعركة ولكل واحد منهما الاستفادة من خطأ خصمه"³⁵ أي أن النزاع المدني يبقى ملكا للأطراف لا دخل للقاضي فيه"³⁶. وهو ما كرسه القانون الفرنسي الذي اعتبر صلب الفصل 12 م.م. ف أن القاضي وبعد دراسة ملف القضية وتفحص الأوراق المضمنة به يمكنه أن يعرض على طرفي النزاع إمكانية فض النزاع القائم بينهما حسب قواعد العدل والإنصاف دون النظر إلى الأسس القانونية التي انبنت عليها الدعوى ودون حاجة إلى التعليل وإذا قبل الطرفين عرض الصلح المقدم من طرف القاضي فإن هذا الأخير يحزر مشروع تسوية صلحية للنزاع ويكون الطرفان أمام ثلاثة حلول:

³⁵ Georges André, Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles, thèse Paris, 1910, p. 179.

³⁶ Rousseau. H, Le but du procès n'est pas plus la découverte de la vérité que le but de la guerre n'est le triomphe du droit, on fait un procès pour aboutir à la chose jugée. Faire triompher la vérité absolue appartient uniquement à celui qui ... », note sous tribunal de Nice 18/11/1937, Sirey 193, II, p. 16.

إما رفض مشروع الصلح المقترح من طرف القاضي وفي هذه الحالة على المحكمة أن تبت في القضية طبق أوراقها.

أو قبول مشروع الصلح فيتم إنهاء النزاع بالصلح على أساس قواعد الإنصاف والعدل أو رفض المشروع المقترح مع إسناد صفة المحكم للقاضي التي يتولى تحرير مشروع آخر.

وإذا تمت تسوية النزاع بالصلح فإن الطرفان يطلبان من المحكمة تسجيل اتفاقهما صلب الحكم.

وهكذا يتضح أن الصلح في القانون الفرنسي أصبح يندرج في صميم الوظيفة القضائية نظرا للمزايا التي يوفرها بالنسبة لجهاز العدالة كمرفق عمومي للمتقاضي.

وقد انعكست هذه التطورات الجديدة للنزاع المدني على مبادئ قواعد المرافعات والأحكام المنظمة لسير الخصومة، ولعل أبرز المستجدات التي جاء بها القوانين الوضعية الحديثة ومن بينها القانون التونسي الإجراء المتمثل في تمكين المحكمة من الإذن بإحضار الأطراف شخصيا لسماعهم والتحرير عليهم³⁷.

وكرس المشرع التونسي هذه الإمكانية صلب الفصل 91 من م.م.م.م. إذ اقتضى نصه "إذا وقع صلح أو مساعدة أثناء أعمال البحث فإن القاضي المقرر يدون ذلك بتقرير مفصل يوقعه الخصوم ويضعون عليه عند التعذر علامة إبهامهم أو ينص على عدم إمكان ذلك ويحيل القضية للمحكمة.

نلاحظ من خلال صيغة هذا الفصل أن المشرع التونسي يقر إمكانية وقوع الصلح أثناء أعمال البحث التي يجريها القاضي المقرر الذي أصبح بموجب التنقيح الأخير لمجلة المرافعات المدنية والتجارية والمؤرخ في غرة سبتمبر 1986 له سلطة القرار³⁸.

وقد ضبط المشرع التونسي صلب مجلة المرافعات المدنية والتجارية مهام القاضي المقرر ومن أهم هذه الوظائف والتي لها

³⁷ عبد الله الأحمد، القاضي والإثبات في النزاع المدني، شركة أوربيس للطباعة، 1991، ص. 331.

³⁸ القانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1986/09/1 المتعلق بتنقيح مجلة المرافعات المدنية والتجارية، الرائد الرسمي عدد 49 المؤرخ في 9 و 12 سبتمبر 1986.

علاقة بموضوعنا سماع الأطراف شخصيا والتحرير عليهم ذلك أن هذه الوسيلة ترمي إلى تحقيق غايتين:

تمكين المحكمة من الوقوف على حقيقة النزاع إذ أن سماع الأطراف شخصيا ومواجهتهم يمكن القاضي من الاقتراب أكثر إلى حقيقة النزاع.

إن التحام أطراف النزاع يخول القاضي المقرر فض الخلاف بينهما بالصلح، واستنادا إلى هذه الوسيلة التحفظية فإن القاضي المقرر على مستوى المحكمة الابتدائية أو المستشار المقرر على مستوى محكمة الاستئناف غالبا ما يدعو الأطراف إلى الصلح وإنهاء النزاع القائم بينهم وهو ما يمكننا من القول بأن الصلح أضحى من وظائف القاضي المدني وذلك بالرغم من غياب نص قانوني يجعل من الصلح عملا من أعمال القاضي كما هو الحال في القانون الفرنسي.

وانطلاقا من صيغة الفصل 91 جديد م.م.م.ت فإن الصلح أمام القاضي المقرر طبق الفصل 85 جديد م.م.م.ت³⁹ أو بعد جلسة المرافعة وذلك تنفيذاً لحكم تحضيري صادر عن المحكمة ويقضي بالتحرير على الطرفين⁴⁰.

واستنادا إلى ما تقدم نلاحظ محدودية القانون التونسي في إقرار إمكانية قيام الصلح بين طرفي التداعي بواسطة القاضي المقرر أثناء أعمال البحث مقارنة ببعض الأنظمة القانونية المقارنة كالقانون الفرنسي ذلك أنه في ظل بعض المبادئ التقليدية كمبدأ حياد القاضي وعدم تدخله في النزاع المدني فإن القاضي نادرا ما يلتجئ للصلح ويعرضه على الطرفين لإنهاء النزاع بينهما هذا فضلا عن كون مؤسسة القاضي المقرر ليست مؤسسة مستقلة ومتفرعة لتهئية القضية للفصل وإجراء مختلف الأبحاث كسماع الشهود أو التحرير

³⁹ الفصل 85 جديد م.م.م.ت "للمحكمة في القضايا التي لم ترفع للمرافعة أن تؤخرها لجلسة معينة وتحليلها ... القاضي المقرر للبحث فيها وتهيتها للحكم".

⁴⁰ الفصل 86 جديد م.م.م.ت يمكن للمحكمة إذا رأت لزوم إجراء أبحاث معينة من سماع بينات وإجراء توجهات أو اختيارات أو تتبع دعوى الزور أو غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة أن تأذن للقاضي المقرر بإتمامها".

على الطرفين وبالتالي فإنه يعسر على القاضي المقرر إجراء محاولة صلح بين الأطراف.

2. الصلح الاختياري وقاضي النيابة

يعتبر الصلح في المادة الجزائية سببا من أسباب إنقراض الدعوى العمومية طبق أحكام الفصل الرابع من مجلة الإجراءات الجزائية ولقد خص المشرع التونسي بعض الجهات الإدارية (إدارة القمارق، إدارة الضرائب ...) بحق إجراء مصالحة بينها وبين المخالف غير أننا نلاحظ من خلال مشروع قانون تنقيح وإتمام بعض فصول مجلة الإجراءات الجزائية نية المشرع نحو تمكين وكيل الجمهورية من إجراء مصالحة في بعض الجناح والمخالفات إذا توفرت جملة من الشروط.

وقد اقتضت الفقرة الثانية الجديدة من الفصل 30 م.أ.ج أنه "يمكنه أي وكيل الجمهورية من الجناح والمخالفات قبل اتخاذه قراره بشأن الدعوى العمومية ويعد الأطراف أن يقر إجراء مصالحة إذا تبين له أن هذه الوسيلة من شأنها أن تضمن تعويض الضرر الذي لحق المتضرر وأن تضع حدا للاضطراب الذي أحدثته الجريمة وأن تساهم في المادة اندماج مرتكب الجريمة في الحياة الاجتماعية". ونلاحظ من خلال قراءتنا لهذه الفقرة أن المشرع ضبط مجال المصالحة وحددها في المخالفات والجناح دون الجنايات كما وضع المشرع عدة شروط للصلح تتمثل في :

موافقة الأطراف على إنهاء النزاع وتسويته بالصلح أن تكون هذه الوسيلة من شأنها أن تضمن تعويض الضرر الذي لحق الضحية وأن تضع حدا للاضطراب الذي أحدثته الجريمة وأن يساهم في هذه المادة اندماج مرتكب الجريمة في الحياة الاجتماعية.

إن اتجاه المشرع نحو إقرار الصلح في المادة الجزائية وتمكين النيابة العمومية من إجراء المصالحة بين المتضرر والمتهم يعكس الاتجاه العام الذي يسلكه المشرع التونسي والذي يثمن الصلح ويجعله من ثوابت العمل القضائي سواء في المادة المدنية أو الجزائية.

ب- سعي القاضي في الصلح

بقطع النظر عن الحالات التي أوجب فيها المشرع التونسي إجراء محاولة صلح بين طرفي الخصومة فإنه يمكن للقاضي المدني السعي إلى تسوية النزاع بين الطرفين بالصلح ويمثل هذا الإجراء إجراء اختياري يلتجئ إليه القاضي كلما تراءى له ضرورة إنهاء النزاع بالصلح وتجدر الملاحظة على مستوى عمل المحاكم حرص قضاة الأصل على تسوية بعض الخصومات بالصلح حفاظاً منهم على بعض العلاقات الاجتماعية والاقتصادية وتطرح في هذا المجال مسألة تحديد النظام القانوني لهذا الصلح وضبط آثاره.

1- مجال الصلح الاختياري

تعتبر دعاوى رفع مضرّة ومضار الجوار دعاوى الاستحقاق والأكرية التجارية من أهم المجالات التي سعى فيها القاضي إلى إنهاؤها بالصلح.

* دعاوى رفع المضرّة ومضار الجوار

بحرص من القاضي في إطار النزاعات الواقعة بين الجيران وعند إجرائه لبعض أعمال البحث كالتحرير على الطرفين شخصياً والتوجه إلى عين المكان إلى فض مثل هذه النزاعات بالصلح.

ففي قضية عرضت على محكمة الاستئناف بصفاقس تتعلق وقائعها أن المستأنفين المدعى عليهما في الأصل عمداً إلى وضع الفواضل وكمية من اللوح بالمدخل الذي يمر منه الورثة (المستأنف ضدهم) للوصول إلى ملكهم كما تعتمد المطلوب الثاني استغلال المدخل الذي استعمله كمحطة لإيداع السيارات مما نتج عنه سدم المدخل إضافة إلى فتح شرفة من الجهة الجوفية كجدار محل سكناهم بحدث منها كشف لهم وبمقتضى حكم تحضيري صادر عن المحكمة توجه السيد المستشار المقرر إلى عين محل النزاع صحبة خبير في البناء فتراكنا طرفي الخصومة إلى الصلح وتم فض النزاع بينهما بهذه الوسيلة⁴¹.

⁴¹ حكم عدد 16776 صادر عن محكمة الاستئناف بصفاقس مؤرخ في 3 نوفمبر 1993، غير منشور.

* الدعوى الاستحقاقية

تمثل الدعوى الاستحقاقية مجالا آخر من المجالات التي يسعى فيها القاضي إلى الصلح ودعوة الأطراف إليه وذلك نظرا لما يتوفر لديه أثناء البحث الاستحقاقي من الوقت الكافي والعناصر المادية والقانونية التي تمكنه من عرض الصلح على الطرفين وإقناعهما إلى الجنوح إليه. كما أن وجود منازعة بين الورثة حول قسمة عقار مثلا يكون دافعا للقاضي المتوجه إلى فض النزاع القائم بينهم بالصلح حفاظا على الروابط الأسرية التي تجمعهم.

* دعاوى الأكرية التجارية

إن المحافظة على العلاقات التجارية لا تقل أهمية على العلاقات الأسرية وفي هذا الإطار نلاحظ سعي قاضي الملك التجاري إلى إيجاد تسوية صلحية بين المالك والمتسوغ للمحل في النزاعات المتعلقة بتحديد معينات الكراء وذلك لضمان استقرار الأصل التجاري وتواصل استغلاله.

2- النظام القانوني للصلح

يطرح الصلح الاختياري المجري بواسطة القاضي العديد من الإشكالات تتعلق بتحديد طبيعة الحكم القاضي بإمضاء الصلح بين الطرفين وضبط آثاره القانونية.

إذ يتم تضمين محضر الصلح والاتفاق بين طرفي الخصومة الواقع أثناء أعمال البحث المجرة بواسطة القاضي المقرر أو الخبير المنتدب صلب حكم تصدره المحكمة بتركيبتها الثلاثية وإذا كانت المحكمة تقضي بطرح القضية لوقوع الصلح بين الطرفين وذلك في الصور والحالات الوجودية للصلح (في مادة الأحوال الشخصية مثلا) فإنها تقضي بإمضاء الصلح إذا تم تحقيقه بسعي من القاضي أو بمساعدة من الخبير المتوجه.

وقد عرفت محكمة التعقيب التونسية الحكم القاضي بإمضاء الصلح بأنه "مجرد مصادقة من المحكمة على الاتفاق الحاصل بين الخصوم في موضوع القضية وبما أنه لم يبت في الخلاف المنشور

لديه ولذا لم تكن له قوة التنفيذ المسندة للأحكام الحاسمة للخلاف وإنما له قوة العقد الواقع بين الطرفين"⁴².

فالحكم الصادر بإمضاء الصلح الواقع بين الطرفين لا يرتقي إلى مرتبة الحكم المكتسب بقوة اتصال القضاء بل يأخذ طبيعة العقد. كما أن الحكم القاضي بإمضاء الصلح بين الطرفين يحسم الحقوق والدعاوى التي كانت محلاً للنزاع بصفة ثابتة بمقتضى اتفاق ممضى من الطرفين.

وتبعاً لذلك فإن هذا الحكم لا يقبل الطعن بالاستئناف وإنما يحق لأحد الطرفين أن يقوم بدعوى أصلية لتسجيل نكول الطرف الآخر عن تنفيذ أحد بنود الاتفاق والحكم في القضية وفق ما يقتضيه القانون.

لكن هل أن طلب الحكم بإمضاء الصلح أمام محكمة الدرجة الثانية يترتب عنه الرجوع في الاستئناف ؟ لقد أجابت محكمة القانون عن هذا الإشكال بالنفي واعتبرت صلب قرارها المدني عدد 10619 المؤرخ في 14 ماي 1957 أن "طلب الحكم بإمضاء الصلح ليس معناه الرجوع في الاستئناف لأن هذا الرجوع يقتضي بقاء الحكم الابتدائي قائماً بما يخالف ما جاء به الصلح".

كما يطرح إشكال آخر بخصوص مدى إمكانية الغير التداخل في الدعوى ليطعن في الصلح ويرى شراح القانون أن الإجابة عن هذا الإشكال لا تكون إلا بالنفي ويمكن للغير الذي تضررت حقوقه بموجب الصلح أن يقوم بدعوى أصلية لدى محكمة الدرجة الأولى. إن الصلح بسعي من القاضي يمثل بلا ريب وسيلة هامة تمكن كل مند القاضي والمتقاضي من إنهاء النزاع بأكثر سرعة مع توفير الضمانات الكافية للأطراف الدعوى من حيث محتوى الحكم الصادر في القضية ومن حيث تنفيذه.

⁴² قرار مدني عدد 7619 مؤرخ في جوان 1955، م.ق.ت، عدد 13، 1990، ص. 769.

ولعل ذلك ما أدى بالمتقاضين إلى توخي هذه الوسيلة من وسائل فصل النزاعات ورغبتهم في إنهاؤها بالصلح⁴³.

الفقرة الثانية: الصلح بإرادة المتقاضي

نظرا لمزايا الصلح فقد يلتجئ المتقاضي إليه كوسيلة لفض النزاعات لذلك قد يتخذ الأفراد من عقد الصلح أداة لحل النزاعات القائمة بينهم (أ) كما أن الإدارة وبمناسبة ارتكاب بعض المخالفات مكنها القانون من إنهاء النزاع القائم بينها وبين المخالف بالصلح (ب).

أ - عقد الصلح أداة لفصل النزاعات

لقد عرف الفصل 1458 م.أ.ع الصلح بأنه "عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة ويكون ذلك بتنازل كل من المتصالحين عن شيء من مطالبه أو بتسليم شيء من المال أو الحق".

وجلي من خلال من التعريف أن عقد الصلح إنما أقر لغاية إنهاء النزاع القائم فعلا أو المحتمل الوقوع بين الطرفين وذلك عبر جملة من التنازلات يقدمها كل طرف.

ولتحليل عقد الصلح كوسيلة لفض النزاعات يجب الوقوف على شروطه القانونية والآثار المترتبة عنه. هذه الشروط يمكن تقسيمها إلى شروط تتعلق بذات المتصالحين وأخرى تتعلق بمحتوى عقد الصلح.

* الشروط المتعلقة بذات المتصالحين

اقتضى الفصل 1459 م.أ.ع أنه يجب أن يكون المصالح أهلا لأن يفوت بعوض ما وقع في شأنه الصلح وفي صورة وجود قاصر أو عديم الأهلية فإنه عملا بأحكام الفصل 1460 م.أ.ع فإنه لا بد من استصدار إذن خاص من القاضي حتى يتم إبرام الصلح أما في حالة وجود صغير مميز فإن إجازة الولي تكون كافية لانعقاد الصلح هذا بالإضافة إلى ضرورة توفر الشرطين المذكورين بالفصل المذكور.

⁴³ م.ق.ت، عدد 53، سنة 1960، ص. 637.

ويطرح في هذا المجال إشكال يتعلق بمدى إمكانية النيابة في إبرام عقد الصلح، وقد استقر الفقه على ضرورة وجود الوكالة خاصة في الصلح فلا يجوز للمحامي مثلا أن يصالح على حقوق موكله ما لم يكن الصلح منصوص عليه في عقد التوكيل⁴⁴. على أنه إذا كان هنا توكيل عام من أعمال الإدارة جاز أن يشتمل هذا التوكيل الصلح المتعلق بأعمال الإدارة دون غيرها.

كما تجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن شركات التأمين عادة ما تضع بندا صلب عقد التأمين يتضمن حق المؤمن بإبرام صلح مع المتضرر دون موافقة من المؤمن له⁴⁵.

أما الشرط الثاني المتعلق بذات المتصالحين فهو الرضى وبالتالي فإن عقد الصلح من العقود الرضائية فلا يشترط في تكوينه شكل خاص بل يكفي توافق الإيجاب والقبول ليتم الصلح غير أن سكوت أحد الطرفين في مجلس الصلح لا يعتبر قبولا لأن الحقوق لا تسقط بالاستنتاج والاحتمال واستثناء لمبدأ الرضائية أوجب المشرع التونسي أن يتم تحرير كتب صلح في الصور التي نص عليها الفصل 1466 م.أ.ع "إذا كان في ضمن الصلح ما من شأنه إحداث حقوق على أشياء قابلة للرهن العقاري أو تحويل حقوق على ما ذكر أو تغييرها فلا يكون الصلح إلا كتابة ولا يحتج به كلى الغير إلا إذا وقع تسجيله حسبما تقرر في البيع" والكتابة حسب منطوق هذا الفصل ليست شرط صحة وإنما وسيلة إثبات له ومعارضة تجاه الغير.

غير أنه لا يكفي أن يكون الرضى موجودا بل يجب أن لا يكون معيبا ومشوبا بغلط أو بتدليس أو بإكراه (الفصل 1472 م.أ.ع).

⁴⁴ نص الفصل 702 من المجلة المدنية المصرية على أنه "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ويوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء".

⁴⁵ تجدر الإشارة إلى أنه في فرنسا ومنذ سنة 1985 تاريخ صدور قانون Batinder في 05 جويلية 1985 أصبح المؤمن ملن ما يعرض الصلح مع المتضرر ولو لم يحصل توكيل أو تعويض من المؤمن له في إجراء مشروطا في عقد التأمين.

* الشروط المتعلقة بمحتوى عقد الصلح

يعتبر عقد الصلح عقدا مدنيا شأنه في ذلك شأن بقية العقود فيتعين أن يكون موضوع الصلح موجودا وممتلكا أو قابلا للتعقيب فيجوز التصالح على الحقوق المستقبلية باستثناء التركات المستقبلية غير أن الفصل 1465 م.أ.ع أجاز صلح الورثة عن الحقوق الراجعة لهم بطريق الإرث بأن يأخذوا أقل من منابهم الشرعي بشرط أن يكونوا على علم بمقدار التركة على أنه لا يجوز الصلح فيما يتعلق بالحقوق الخاصة بذات الإنسان كالحرية والأبوة ... الفصل 1462 م.أ.ع كما أنه "لا يجوز الصلح على النفقة وإنما يجوز في كيفية دفعها أو فيما تأخر دفعه منها، كذلك يجب أن يكون سبب عقد الصلح هو النزاع.

* الآثار القانونية لعقد الصلح

لقد ضبط الفصل 1467 م.أ.ع الآثار القانونية لعقد الصلح، إذ أنه يحسم النزاع بصفة نهائية تنقضي به الحقوق والدعاوى التي كانت محلها له. كما أنه أثناء نشر النزاع أمام المحكمة فإنه على هذه الأخيرة التخلي عن الدعوى فتنقضي إما بإمضاء الصلح أو المصادقة عليه غير أن دور المحكمة لا يقتصر في هذه الحالة على مجرد التصديق فقط بل بإمكانها إجراء رقابة على كتب الصلح من الناحية الشكلية والموضوعية كما أن المحكمة المرفوع أمامها كتب الصلح لها سلطة تفسيره وتأويله ويتم تفسير عقد الصلح طبقا لاحتوائه على جملة من التنازلات⁴⁶.

* الكشف عن الحقوق الراجعة للمتصالحين

بالإضافة إلى ذلك فإنه من آثار المصالحة الكشف عن حقوق المتصالحين ذلك أن الأثر الكاشف للصلح مقصور على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها فإن شمل الصلح حقوقا غير متنازع فيها كان الأثر ناقلا لا كاشفا⁴⁷ ويقصد بهذا الأثر أن الحق الذي يخلص

⁴⁶ قرار تعقيبي مدني عدد 8921 مؤرخ في 23 أفريل 1957، ق.ت عدد 9 و 10 لسنة 1960، ص. 148.

⁴⁷ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص. 582.

للمتصالح بالصلح يستند إلى مصدره الأول لا إلى الصلح فإذا اشترى شخصان منزلا على الشياع ثم تنازعا على نصيب كل منهما في المنزل وتصالحا على أن يكون كل منهما نصيب معين اعتبر كل منهما مالكا لهذا النصيب لا بعقد الصلح بل بعقد البيع الذي اشترى به الدار على الشياع واستند بذلك حق كل منهما إلى مصدره الأول لا إلى الصلح⁴⁸.

ب - الصلح بإرادة من الإدارة

اقتضى الفصل الرابع في فقرته السادسة من مجلة الإجراءات الجزائية أنه "تنقضي الدعوى العمومية بالصلح إذا نص القانون على ذلك صراحة وتأسيسا على ذلك خول المشرع التونسي لبعض الجهات الإدارية حق إجراء الصلح مع المخالف في بعض الجرائم التي ضبطها المشرع وحددها (1) كما اعتنى بضبط النظام القانوني للصلح الواقع بين الإدارة والمخالف (2).

1- مجال الصلح

يجد الصلح الواقع بإرادة من الإدارة تطبيقه خاصة في المواد التي تكون فيها الدولة طرفا وتحديدًا في الجرائم التي يطغى عليها الطابع المالي والاقتصادي.

* المجال المالي أو النقدي

أقر المشرع التونسي الصلح في الجرائم التي تكتسي صبغة مالية من ذلك مثلا ما أقره صلب مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات بموجب القانون عدد 114 لسنة 1989 المؤرخ في 3 ديسمبر 1989، وأجاز الصلح سواء بالنسبة للأدعاءات القارة أو غير القارة. ففي مادة الأدعاءات غير القارة يعتبر الأمر المؤرخ في سنة 1884 النص العام والأساسي الذي تعتمد إدارة الجباية كأساس للتصالح. فقد جاء بالفصلين 131 و132 من الأمر المذكور أنه يمكن للإدارات والمصالح المالية أن تبرم صلحا مع المخالف سواء قبل الحكم أو بعده وفي الحالة الأولى يشمل الصلح

⁴⁸ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 583.

العقوبات البدنية والمالية فيفضي إلى الإيقاف الفوري للدعويين المدنية والجزائية وفي الحالة الثانية لا يشمل الصلح إلا العقوبات المالية. ومن بين المخالفات التي يمكن أن يقع في نطاقها صلحا في هذا المجال نذكر الأمر المؤرخ في 1 جوان 1951 المتعلق بمعاليم الأداء على المشاهدة كتنظيم حفل جماهيري دون أداء المعاليم المستوجبة، كما أن مجلة الأداء على القيمة المضافة أخذت بنظام الصلح صلب فصلها الـ 20 أما في مادة الأداءات القارة فقد نص الفصل 95 من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات على أنه "يرخص لإدارة الجباية إجراء صلح فيما يخص المحاضر المتعلقة بالمخالفات التي ترجع لها بالنظر"⁴⁹.

أما المجلة القمرقية فقد كرس الصلح في الجرائم الديوانية فاقتضى الفصل 220 منها أنه يرخص لإدارة القمارق أن تصالح الأشخاص الواقع تتبعهم من أجل مخالفة قمرقية. وهذا الإجراء قد أقرته معظم القوانين المقارنة كقانون القمارق المصري صلب فصله 124 والقانون الفرنسي صلب الفصل 350 من المجلة الديوانية، كما أقر فقه القضاء الصلح في هذه المادة.

أما في الجرائم المصرفية فقد أقر المشرع التونسي، صلب القانون عدد 18 سنة 1976 المؤرخ في 21 جانفي 1976 المنقح والمتمم للأمر المؤرخ في 15 أوت 1945، الصلح كوسيلة لفض النزاع في الجرائم المصرفية. فقد نص القانون الأخير على أنه يمكن لوزير المالية أو لممثله المؤهل لهذا الغرض إبرام مصالحة ويمكن إبرام المصالحة قبل حكم نهائي أو بعده.

* المجال الاقتصادي

أخذ المشرع التونسي بنظام المصالحة في الميدان الاقتصادي في مختلف فروعته وذلك سواء بالميدان التجاري أو الصناعي أو بالميدان الفلاحي وحتى في الميدان السياحي.

⁴⁹ عبد المجيد عبودة، "الصلح في مادة المخالفات الجزائية الواردة بمجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة في الشركات". محاضرة أقيمت خلال ملتقى بكلية الحقوق بتونس حول الجديد في القانون الجزائي الجبائي، وبملتقى الجرائم الجبائية الذي نظمه المعهد الأعلى للقضاء، أيام 17 و18 و19 ديسمبر 1991.

فقد خول المشرع صلب الفصل 59 من القانون عدد 64 لسنة 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار للوزير المكلف بالاقتصاد إمكانية إجراء صلح في المخالفات التي ترجع له معاينتها وتتبعها بمقتضى أحكام القانون المذكور ولا يشمل الصلح إلا المخالفات المتعلقة بأحكام البابين الثاني والثالث من العنوان الرابع من قانون 1991 أي المخالفات المتعلقة بالممارسات الاحتكارية وعدم شفافية الأسعار وتلك المخلة بضبط أسعار المواد والمنتجات والخدمات غير الخاضعة لنظام حرية الأسعار وتبقى بذلك المخالفات المتعلقة بالممارسات المنافسة للمنافسة غير قابلة للصلح وقد نص المشرع صراحة صلب الفصل 59 المذكور على الصبغة العقدية للصلح فهو عبارة عن عقد يتفق بقتضاه طرفي النزاع الإدارة والمخالف على معين الغرامة أو المقابل الذي سيدفعه هذا الأخير لوقف التبعات الجزائية.

ومن القوانين الخاصة التي أخذت بنظام الصلح نذكر القانون عدد 26 لسنة 1965 المتعلق بتنظيم توريد منتجات النفط وتصديرها وتكريرها وتسلمها من معامل التكرير و تخزينها وتوزيعها وذلك بالفصل 15 من هذا القانون الذي نص على أنه ترفع القضايا بطلب من الإدارة التي يمكنها قبل كل تتبع أن تتصلح مع مرتكبي المخالفة⁵⁰.

أما في الميدان الفلاحي فقد نص الفصل 131 من مجلة الغابات على أنه "يجوز للإدارة العامة للغابات أن تصالح في الجنج والمخالفات التي ترتكب بالغابات والتي جاءت ببيانها وعقابها هذه المجلة ولا يمكن المصالحة بعد صدور الحكم النهائي إلا في العقوبات المالية والتعويضات المدنية" كما اقتضى الفصل 177 من نفس المجلة أنه يطبق على المخالفات المتعلقة بالصيد البري أحكام الفصل 131 المذكور أعلاه.

⁵⁰ أمال بن الأمين، الصلح في المادة الجزائية، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، 1991.

كما رتب القانون المؤرخ في 03 ديسمبر 1983 المتعلق بالقانون الأساسي للحرفيين عقوبات جزائية تتمثل في خطايا مالية إلا أن هذا القانون قد مكن وزير السياحة والصناعات التقليدية من سلطة تقديرية هامة ذلك لأن لهذا الأخير بمناسبة المحاضر التي تحال عليه الإذن بإجراء صلح أو توجيه ملف إلى المحكمة ذات النظر.

2- النظام القانوني للصلح

يثير النظام القانوني للصلح مع الإدارة العديد من الإشكالات تتعلق أساسا بإجراءات إبرام الصلح وبآثاره القانونية.

* إجراءات إبرام الصلح

تتميز إجراءات الصلح بالتعقيد الناتج أساسا على الطابع الاستثنائي والميدان الضيق لهذه المؤسسة كما تتميز هذه الأخيرة بطابعها الخاص إذ تجمع بين الإجراءات المدنية والجزائية والإدارية أيضا. ولدراسة إجراءات إبرام الصلح لا بد لنا من تحديد أطرافه والشكليات المتبعة بشأنه.

* أطراف الصلح

يتم إبرام الصلح في المخالفات التي نص القانون على فضاها بهذه الوسيلة بين الإدارة والمخالف. فبالنسبة للإدارة يبقى إبرام الصلح في جانبها ضمن سلطتها التقديرية المطلقة فهو إمكانية يمكن أن ترى الإدارة عرضها على المخالف الذي لا يمكنه جبرها على إبرامه حتى ولو توفرت كل الشروط الموضوعية. إلا أنه إذا قبلت الإدارة مبدأ الصلح فإنه لا بد لصحته من أن يقع إبرامه من طرف ممثل عن الدولة له الأهلية اللازمة لاتخاذ مثل هذا الإجراء. ونلاحظ من خلال القوانين التي تقر بمبدأ الصلح اعتمادها لنظام المركزية فيما يتعلق بتحديد السلطة المختصة بإبرام الصلح وهو اختيار لا يخلو من العديد من السلبيات لذلك وقع حل هذه الصعوبة على المستوى التطبيقي عن طريق نظام التفويض الإداري إلا أن هذا النظام أيضا يبقى ذا مفعول محدود كما أنه يوسع من صلاحيات الإدارة في فض النزاعات بالصلح فيصبح اللجوء إلى المحاكم الجزائية استثنائيا

ولعل ذلك ما يدفع بعض القوانين إلى الحد من سلطة الإدارة فنقلوا تلك السلطة إلى المؤسسات القضائية وفي هذا المجال نشير إلى القانون الفرنسي المؤرخ في 09 جويلية 1965 المتعلق بالمخالفات الاقتصادية فقد نص هذا القانون على أنه تقع إحالة المحاضر وجوبا إلى وكيل الجمهورية مضمنة باقتراح الإدارة حول مدى إمكانية إجراء الصلح من عدمه في حين يبقى القرار نهائي بيد النيابة العمومية التي يمكنها رفض مبدأ التصالح بين الطرفين وإحالة المتهم المخالف على الجهة الإدارية المختصة وقد اقترح بعض شراح القانون في تونس اعتماد هذا الإجراء وذلك للحد من تعسف الإدارة⁵¹.

أما بالنسبة للمنتفع بالصلح فينبغي أن يكون الفاعل الأصلي للجريمة والمشارك دون بقية الأشخاص الذين يشملهم التتبع الجزائي كما أن المنتفع ينبغي أن يكون أهلا لإبرام الصلح باعتبار أن دفع معين الصلح هو من قبيل التصرفات القانونية.

* شكليات الصلح

تختلف شكليات الصلح باختلاف المواد القانونية كما تتميز بالتشعب والتغير وهذا ناتج عن عدم تدخل المشرع لتحديد وضبطها وأمام هذا الفراغ التشريعي وجدت الإدارة المجال واسعا لضبطها بنفسها عن طريق قرارات وزارية أو مناشير وتراخيص داخلية. وقد اعتبر فقه القضاء هذه الشكليات أمرا ضروريا.

وتتمثل هذه الشكليات عموما في عرض الصلح والتحضير له وتحرير كتبه. فعندما ترتكب المخالفة فإن الإدارة المعنية تعرض الصلح على المخالف إما بطلب من هذا الأخير أو بمحض إرادتها ويمكن أن يتم عرض الصلح مشافهة أو كتابة فمن القوانين ما تشترط أن يقع تحرير مطلب يضمنه المخالف اعترافه بارتكابه للجريمة كما أنه من الضروري توجيه المطلب للسلطة المختصة وأن يكون المطلب مؤرخ وممضي من طرف المخالف. إذا قبلت الإدارة إجراء الصلح من الناحية المبدئية فإنها تقوم بالبحث عن مدى

⁵¹ آمال بن الأمين، مرجع سابق، ص. 23.

خطورة الجريمة وفي مدى حسن نية المخالف وتقدير مبلغ الصلح إلا أن معين الصلح هذا غير خاضع لمطلق سلطة الإدارة إذ لا ينبغي تجاوز المبلغ المحدد من طرف المشرع في شكل الحد الأقصى للخطية وإلا عد ذلك تجاوزا للسلطة. وإذا تم الاتفاق بين الطرفين فإنه يقع تحرير محضر صلح يتضمن إمضاءات الطرفين وبقيّة الشكليات الضرورية التي تختلف باختلاف المواد.

غير أنه توجد بعض الشكليات الخاصة ببعض المواد فالمجلة الديوانية مثلا تبنت شكليات خاصة كالالتزام بدفع مقابل إيقاف التتبعات وهو إجراء يتمثل في اعتراف المتهم بالجريمة والذي يضمنه بمطلب لإيقاف النزاع إداريا بدون أي تتبع عدلي. وفي هذه الحالة يلتزم بالاعتماد على الضمان المالي يدفع أي مبلغ تقدره الإدارة في نطاق العقوبات المقررة قانونا. ويمكن أن تكون المصالحة في إطار هذا القانون وقتية وهي مجرد مشروع مصالحة وإعداده من طرف سلطة غير مختصة أو نهائية تعدها السلطة المخول لها قانون إبرام الصلح.

*** الآثار القانونية للصلح**

ينتج الصلح المبرم برغبة من الإدارة حسم للنزاع الجزائي العديد من الآثار القانونية سواء في العلاقة بين الإدارة والمخالف أو تجاه الغير.

*** آثار الصلح في العلاقة بين الإدارة والمخالف**

تختلف آثار الصلح في هذا المجال بين صورتين: صورة إبرام صلح قبل صيرورة الحكم الجزائي باتا وصورة إبرام صلح بعد صدور ذلك الحكم.

فإذا تم إبرام صلح قبل صدور حكم بات فإن ذلك الصلح تنقضى به الدعوى العمومية وتمحى به الجريمة وهذا ما أكدّه فقّه القضاء التونسي⁵². إلا أن هذا الأثر لا يكون عاملا إلا إذا نفذ المخالف كل

⁵² قرار تعقيبي جزائي عدد 2563 مؤرخ في 27 نوفمبر 1978، النشرة، القسم الجزائي، عدد 1 لسنة 1978، ص. 100.

الشروط الواردة باتفاق الصلح. ويشمل الصلح في هذه الصورة العقوبات المالية والبدنية على حد سواء. وإذا تم الصلح قبل إثارة الدعوى العمومية فإنه ينبغي على ممثل النيابة العمومية الامتناع عن ممارسة الدعوى العمومية أما إذا وقع بعد إثارة هذه الأخيرة فيجب عليه إيقاف التتبع. وإذا كانت القضية لدى قلم التحقيق فإنه على هذا الأخير أن يحرر قراره بالحفظ لانقراض الدعوى العمومية بموجب الصلح وإذا كانت القضية منشورة أمام المحكمة الجزائية تحكم بانقراض الدعوى العمومية أيضا بموجب الصلح وبترك سبيل المتهم إن كان موقوفا. وإذا كانت القضية الجزائية في طورها التعقيبي فإن محكمة التعقيب تقتضي بالنقض بدون إحالة ولا يمكن تبعا لذلك تنفيذ الحكم الابتدائي القاضي بالإدانة ذلك أن الحكم الجزائي في هذه الصورة لا يصبح باتا حسب فقه القضاء التونسي إلا بعد البت فيه من قبل محكمة التعقيب. وإذا تجاهلت محكمة الموضوع الصلح وقضت بالعقاب وأصبح الحكم باتا دون أن يقع إثارة انقراض الدعوى العمومية بموجب الصلح أمام محكمة التعقيب فإن مثل ذلك الحكم يكون قابلا للطعن من طرف وكيل الدولة العام لفائدة القانون دون أن يمس بحقوق الغير المكتسبة⁵³.

أما إذا لم يقم المخالف بتنفيذ ما ورد بكتب الصلح فإن ذلك يعد سببا لاستئناف التتبعات الجزائية ضده ذلك أن فقه القضاء التونسي يشترط لانقراض الدعوى العمومية أن يتم فعلا تنفيذ بنود الصلح فـ "الحجة المقدمة من طرف المتهم والقاضية بموافقة إدارة القمارق على إبرام الصلح بشروط معينة لا تكفي لقيام الصلح إلا بعد تقديم ما يفيد تسدي معلوم الخطية الصلحية الذي يتوقف عليه إتمام الصلح وصورته نهائيا حسب صريح الفصل الثالث من تلك المجلة مما يجعل إدانة المتهم متجهة واقعا وقانونا"⁵⁴.

⁵³ آمال بن الأمين، مرجع سابق، ص. 32.

⁵⁴ قرار تعقيبي جزائي عدد 744 مؤرخ في 26 فيفري 1977، النشرة، القسم الجزائي، عدد 1، 1977، ص 194.

إن صدور حكم جزائي بات يقلل من أهمية الصلح إذ يضيق ميدانه ليقصر على العقوبات المالية دون العقوبات السالبة للحرية وهذا ما أقرته أغلب القانونية المتعلقة بهذه المادة.

* آثار الصلح تجاه الغير

إن الصلح لا ينتفع به إلا المتهم الذي أجراه مع الإدارة القائمة بالتتبع ولا يشمل غيره من الأشخاص المتهمين معه في القضية والذين لم يتصالحوا مع الإدارة⁵⁵. ذلك أنه من المبادئ القانونية الثابتة أن الصلح عقد لا ينسحب إلا على طرفيه على حد عبارة محكمة التعقيب غير أن القانون التونسي قد أدخل استثناءات على هذا المبدأ ففي المادة الاقتصادية يمكن للمشاركين والمسؤولين مدنيا الانتفاع بالصلح المبرم مع أحد الفاعلين. كما أن فقه القضاء الفرنسي قد أورد بعض الاستثناءات على المبدأ المذكور فاعتبر أن الصلح ينتفع به الغير وذلك إذا كان مرتكب الجريمة متصرف فضولي لفائدة غير يشمله التتبع الجزائي⁵⁶ كما أن الصلح ينتفع به الكفيل المسؤول المدني سواء تم الصلح قبل الحكم أو بعده⁵⁷.

⁵⁵ قرار تعقيبي جزائي عدد 3373 مؤرخ في 26 جوان 1965، النشرة، القسم الجزائي، عدد 1 لسنة 1965.

⁵⁶ Req. 3 décembre 1906, Dalloz périodique, 1908, p. 34.

⁵⁷ Crim 11/3/1959, Bull.crim, n°167.

أثر التحكيم في عقود الإستثمار الدولي

الدكتور: حسين فريجه

أستاذ محاضر-جامعة المسيلة

مستشار بالمحكمة العليا ومجلس الدولة

مقدمة

إن الاستثمار يتطلب فهم معانيه في ظل ما يسمى بعصر العولمة، فنشاطات الاستثمار الدولية المتعلقة بحركة رؤوس الأموال والبضائع والخدمات والأشخاص عبر الحدود الوطنية لدول مختلفة، وهذا على عكس الاستثمار الوطني حيث يكون المستثمر على معرفة بالقوانين، فإن المستثمر الأجنبي لا يكون مطلعاً بشكل كامل على هذه القوانين. وعادة ما يتخذ الاستثمار الأجنبي شكل الاستثمار المباشر (F.D.I) والذي يعتبر أساس العولمة أو يتخذ شكل الاستثمار غير المباشر (Portfolio).

وكثيراً ما تثار نزاعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب مما يتم اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة ودية لفض النزاعات.

وهكذا أصبحت الدول تلجأ إلى إدراج شرط التحكيم في مجال عقود الاستثمار وفي غياب تشريعات وطنية خاصة بالاستثمار وباستغلال الموارد الطبيعية درج أطراف عقود الامتياز البترولية وعقود الأشغال العامة على قبول شرط التحكيم .

وسنحاول أن نتعرض إلى العلاقة التي تقوم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، والخصوصية التي تتمتع بها عقود الاستثمار بكونها تبرم بين طرف عام يتمثل في الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها، وطرف خاص أجنبي، ومن ثم فإن المشكلة الأساسية التي تلازم هذه العقود تتمثل في كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها والمصالح والأهداف التي ينشدها المستثمر الأجنبي.

يهدف هذا الموضوع إلى توضيح منازعات عقود الاستثمار وعلاقته بالتحكيم كأسلوب لحل المنازعات بحيث أن منازعات الاستثمار الأجنبي تنشأ لأسباب مختلفة، فإن كان مشروع المستثمر الأجنبي يحقق منافع اقتصادية للدولة المضيفة فإنها تحاول الحفاظ على جميع مكاسب المشروع وإذا كان سلبيا بحيث تنشأ تغيرات في النتائج والتقدير المبرجوة من الاستثمار الأجنبي وهنا تثار منازعات نتيجة التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي قد ينتج عنها تضارب في المصالح تؤدي إلى تدخلات إدارية في الاستثمارات الأمر الذي قد يؤدي بدوره حتما إلى نشوء المنازعات كأن تهدف الدولة إلى حماية البيئة أو مصالحها الاقتصادية وبطبيعة الحال فإن تدخل الإدارة في بعض القطاعات من أجل حماية مصالحها قد يؤدي بدوره حتما إلى نشوء منازعات وقد تفشل الاستثمارات الأجنبية نتيجة وقوع ضغوط خارجية أو اختلافات.

وأمام هذا كله فإنه كان لابد من إيجاد وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود بما يتلاءم مع طبيعتها ومن هذه الوسائل نتناول التحكيم.

أهداف التحكيم في عقود الاستثمار

تعددت الوسائل التي من الممكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم الناشئة عنها فقد ظلت هناك خاصية ثابتة لهذه العقود وهي تتعلق على وجه الدقة بالتحكيم كطريقة مقبولة لحل المنازعات.¹ ويعتبر التحكيم الأسلوب الأمثل لحل المنازعات التي تثيرها العلاقات التي تدخل الدولة طرفا فيها.² بحيث

¹ د بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، - دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الأولى، بيروت 2009 ص10.

² أخذ المشرع الجزائري لتحديد دولية التحكيم بمعيارين:1- المعيار الاقتصادي، لأن التحكيم يتعلق بخلافات ناتجة عن عقود الاستثمار في إطار العلاقات بين الدول.2- المعيار القانوني : نص القانون الجزائري في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون 09/08 بتاريخ 1 أفريل 2008 على أن تتم إتفاقية التحكيم في وثيقة مكتوبة أو أية وسيلة أخرى تجيز الإثبات كالتوقيع الإلكتروني أو الاتصال السريع عن طريق الفاكس، ... إلخ .

أن وجود الدولة في العقد يجعل المستثمر في حاجة إلى ضمانات قضائية لحماية استثماراته ، وعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال . إذ أن التحكيم³ في منازعات الاستثمار يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في المنازعات الأخرى.

ولقد ارتأيت أن أتناول هذه الدراسة في المباحث التالية :

المبحث الأول: التحكيم وعقود الاستثمار الدولي

المبحث الثاني: خصائص التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي

المبحث الثالث: المشاكل التي تواجه التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي

المبحث الأول : التحكيم وعقود الاستثمار الدولي

يتسم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بخصوصية تميزه عن الوسائل البديلة الأخرى لفض المنازعات كالوساطة والتوفيق. بحيث يمثل ملاذا لحسم المنازعات وذلك بسبب اتفاق الأطراف على مؤسسات التحكيم التي باتت منتشرة وبسبب التخصص الفني والمالي المتوفر لهذه الهيئات مما يجعلها أقدر على فهم مسائل النزاع المعروض عليها والفصل فيها.⁴ وخاصة إذا كان الأمر يتعلق بعقود الاستثمار.

وعلى هذا فإنه من الضروري لاستيعاب فكرة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار أن نتعرض إلى المبررات التي جعلت منه الوسيلة الطبيعية لحسم المنازعات، وكذلك خصائص التحكيم في

³ التحكيم هو نظام لفض المنازعات ينظمه القانون ويترك لأطراف النزاع الحق في الاتفاق على إخراج منازعاتهم الخاصة والمستقبلية من ولاية قضاء الدولة وطرحها على أشخاص يختارونهم بأنفسهم للفصل في هذه المنازعات بحكم ملزم. وقد اهتمت التشريعات الحديثة بالتحكيم مع تشابك العلاقات الاقتصادية وانتقال رؤوس الأموال والاستثمارات الاقتصادية بين دول العالم، بحيث بات وسيلة مقنعة من وجهة نظر الاستثمار الأجنبي لتسوية وفض منازعاته.

⁴ هاني محمد اليولماني، الآليات والوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية - مداخل ورشة العمل الوطنية الثانية لمناقشة مسودة التقرير الوطني الخاص بانفاذ العقود التجارية، واسترداد الديون في الجمهورية اليمنية (صنعاء)، 20 ديسمبر 2009.

تسوية هذه المنازعات، والمشاكل التي يثيرها التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.

المطلب الأول: مبررات التحكيم في عقود الاستثمار الدولي

يلعب التحكيم دوراً فعالاً في فض المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار إلى درجة أن البعض يرى فيه أمراً حتمياً.⁵ وهو القضاء الطبيعي في هذا المجال.⁶ حيث يلجأ الأطراف في عقود الاستثمار إلى التحكيم في حل منازعاتهم، ويعود ذلك إلى أسباب منها ما يتعلق بما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار، ومنها ما يتصل بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار، كما يتعلق التحكيم بكونه ضماناً لاجتذاب الاستثمار الأجنبي. وهذا ما سنتعرض له في الفروع التالية:

الفرع الأول: مزايا التحكيم تتماشى مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار الدولي

تتميز عقود الاستثمار بطبيعة ناتجة عن أطراف هذه العقود، وهم الدولة من ناحية والمستثمر الأجنبي والعملية موضوع العقد، حيث أن العقد يتعلق بمشروع يكلف أموالاً باهضة ويتطلب خبرات عالية، وعلى هذا فإن التحكيم يمثل المجال الخصب لفض المنازعات التي قد تثور في هذا المجال، وتتميز هذه المزايا فيما يلي:

1- سرعة الإجراءات للفصل في النزاع

يتميز التحكيم بمرونة تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت، بحيث أن هذه السرعة لا تتوافر في النظم التقليدية التي تتنافى مع سرعة الفصل وبالتالي تبقى الاستثمارات والمبالغ النقدية الكبيرة مجمدة في انتظار صدور حكم القضاء، ومن ثم تكون الخسارة نتيجة

⁵ د. حفيظة الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2001 ص 5.

⁶ د. عكاشة محمد عبد العال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية - الأوروبية في بيروت من 13 - 15 فيفري 2001 - منشور في : (آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية)، إعداد مركز الدراسات العربي - ط 1، 2001 ص 58.

تعطل تلك المبالغ التي تنتظر حتى يتم الفصل في النزاع المتعلق بها.⁷

فالأطراف في عقود الاستثمار تحبذ التحكيم لما يقدمه من سرعة بالفصل في المنازعة المعروضة في زمن معين فقوانين التحكيم تحدد مدة لا يتجاوزها المحكم عند إصداره قراره في النزاع المعروض عليه.⁸ كما أن حكم التحكيم يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه، مع مراعاة أن الطعن لا يوقف تنفيذ حكم التحكيم كأصل عام.⁹ كما أن سرعة تسوية المنازعات هي سمات تميز بها عقود الاستثمار.¹⁰

2- سرية التحكيم

من أهم المزايا التي تجذب المحتكمين في عقود الاستثمار الدولية هي سرية الإجراءات، حقيقة أن مبدأ العلانية يعد من أسس التقاضي العادية ومن ضمانات تحقيق العدالة إلا أنها قد تمس بعقود الاستثمار إذا كان من شأنها إذاعة أسرار صناعية أو تكنولوجية أو اتفاقات خاصة يحرصون على إبقائها سرية.¹¹

والواقع أن طابع السرية وبخاصة في عقود الاستثمار الدولية مثل عقود التنقيب وعقود الأشغال العامة تقتضي مصالح أطرافها عدم الإعلان عن عقودهم، الأمر الذي يفسر ندرة الأحكام الصادرة والمنشورة مما يعوق الجانب العملي للدراسات النظرية في التحكيم.

3- حرية المحتكمين في ظل التحكيم

المنازعات في مجال عقود الاستثمار الدولية كثيرا ما تثير صعوبات قانونية، الأمر الذي يثير قلق المتعاملين، ولعل في مقدمة

⁷ Paulsson (J): Arbitration without privity, I C S I D Review- F.I.L.J, Vol 10, N°2, 1995, p 05.

⁸ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار " مركز حقوق عين شمس للتحكيم " مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، جويلية 2001، ص 127، د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 250.

⁹ د. حفيظة الحداد، مرجع سابق، 19.

¹⁰ د. مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت 2005، ص 43.

¹¹ د. عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الإسكندرية 1999، ص 21، د. خالد ممدوح إبراهيم مرجع سابق ص 252.

هذه الصعوبات تعيين القانون الواجب التطبيق على منازعات هذه العقود والمحكمة المختصة، كما توجد اتفاقيات دولية تعين القانون واجب التطبيق، لذلك فإن التحكيم هو وسيلة مناسبة للخصوم تمكنهم من اختيار مكان التحكيم وزمانه.¹²

4-التحكيم يتطلب تخصصا

التحكيم في مجال عقود الاستثمار الدولية يتطلب معرفة وخبرة قانونية متخصصة لتسوية منازعات الاستثمار، لأن فض هذه المنازعات يتطلب معارف اقتصادية وخبرة تتلاءم مع توسع مجالات الاستثمار الأجنبي، حيث يكون المحكمون يتمتعون بكفاءة علمية وقانونية وخبرة تجعلهم يمتازون بالإحاطة بأعراف وعادات العقود محل النزاع، وكذلك اللغات التي تحرر بها العقود وتجري بها المراسلات بين الأطراف في عقود الاستثمار.

5-حياد وعدالة التحكيم

يمتاز التحكيم بعدم خضوعه لأية جهة رسمية، فضلا عن عدم خضوعه لأي قانون غير الذي يختاره المحكمون، وهذا بعكس القضاة في المحاكم الذين يجب أن يلتزموا بنصوص القانون الذي يتبعونه.

فالتحكيم أكثر قدرة على تحقيق العدالة وهو الهدف الذي يجب أن يسعى إليه المحكم للوصول إلى حكم عادل.¹³ كما أن التحكيم من شأنه أن يحقق عدالة يهدف إليها الأطراف ولعل ما يساعد على ذلك هو أن الأطراف هم الذين يختارون المحكمين.¹⁴ ونوع التحكيم الذي يرغبون في اتباعه سواء أكان تحكيم مؤسسي أو تحكيم حر، تحكيم بالقانون أو تحكيم بالصلح.

¹² د. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 20.

¹³ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 9.

¹⁴ Boisard (M.A): Settling Foreign Investment Disputes: Unitar Training Programmes on Foreign Economic Relations, UNITAR, Document No 04, Module VIII- Revised, 2001, p 07.

الفرع الثاني: تمسك المستثمر الأجنبي بالتحكيم

بما أن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين غير متكافئين هما الدولة والمستثمر الأجنبي فإن قضاء الدولة لا يقبله المستثمر الأجنبي بسبب نظرته إليه أن لا يكون حيادي بصدد نظر النزاع.

لذلك يحرص المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم لحل المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار، خوفا من استعمال الدولة لسيادتها عند نظر المنازعات في المحاكم.

حيث أن ما تتمتع به الدولة من استقلال وسيادة يجعل من الصعوبة الفصل في المنازعات التي تكون طرفا فيها أمام القضاء الوطني دون إهدار الحقوق الخاصة بالمستثمر من أجل تحقيق اعتبارات سياسية واقتصادية لفائدتها على حساب المستثمر الأجنبي.

لذلك يحرص المستثمر الأجنبي على إدراج شرط التحكيم لعدم ثقته بنزاهة وعدالة قضاء الدولة المضيفة. فالقضاء الداخلي للدولة المضيفة وأيا كانت المزايا التي يتمتع بها من استقلال وحياد عن الدولة ذاتها فإنه في نهاية الأمر قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها مع متعاقد أجنبي وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية بسيادة الدولة.¹⁵

لذلك نجد المستثمر الأجنبي حريص على إدراج شرط التحكيم في عقده الاستثماري مع الدولة المضيفة ولو على حساب عدم إتمام العقد.

لكن المشكلة التي تثور أحيانا هو عندما يحكم قضاء الدولة المضيفة بعدم اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها.¹⁶ ففي فرنسا اشترط المستثمر الأمريكي حتى يمكنه الموافقة

¹⁵ يقوم التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة، بمعنى أن اللجوء إليه يتم باختيار طرفي النزاع، وبمحض إرادتهما الحرة وغالبا ما يلجأ المستثمر في عقد الاستثمار إلى التحكيم المؤسسي باعتباره يملك إمكانات علمية وفنية ومادية مثل نظام هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية (ICC) الساري المفعول ابتداء من 1998/1/1 وهيئة التحكيم الأمريكية (A.A.A) أصبح ضير التنفيذ في 1992/5/1 ومحكمة لندن للتحكيم الدولي (أنظر د. مهند أحمد الصانوري، مرجع سابق ص 46 وما بعدها).

¹⁶ د. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 22.

على الاستثمار الذي يجري بضواحي باريس أن تحال المنازعات المتعلقة بهذا الاستثمار إلى التحكيم. غير أن المشكلة التي اعترضت الحكومة الفرنسية هو رأي مجلس الدولة في شأن العقود المرتبطة بمصالح التجارة الدولية هو عدم اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها نزولا على ما يفرضه الحفاظ على السيادة الفرنسية. ورغم تأخر توقيع العقد فإن فرنسا قبلت بشرط التحكيم.¹⁷ كما أن القانون الجزائري نص على أنه: "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".¹⁸

الفرع الثالث: التحكيم وسيلة لتشجيع وحماية الاستثمار الدولي
لكي يثق المستثمر، لابد من توفر حماية كافية لتأمين استثماراته، فرأس المال جبان يحتاج إلى الأمان والمستثمر قلق وخائف ويحتاج إلى طمأننته فتشجيع الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى ضمانات يرتاح معها المستثمر وينزع القلق عن نفسه.¹⁹ ذلك أن عقود الاستثمار الدولية غالبا ما تربط دولة معينة بمستثمر أجنبي لا يثق في قضاء الدولة المتعاقدة، حيث يسهل أن يتأثر القاضي بالدوافع الوطنية التي تخالف مصالح المستثمر، كما أن القوانين في الدول النامية سهلة التعديل والإلغاء وتتسم بعدم الاستقرار.²⁰
فتشجيع الاستثمار الأجنبي يحتاج إلى ضمانات لحماية استثماراته، ومن هذه الضمانات قضاء التحكيم الذي من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب ومن هنا يبدو التفاعل والوصل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال. فقد صار التحكيم أحد وسائل حماية الاستثمار الأجنبي كضمانة يؤمن ويحمي الاستثمارات.²¹ وحرصا من

¹⁷ د. عبد الحميد الأحذب : آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوروبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية - الأوروبية - مركز الدراسات العربي الأوروبي - بيروت 13 - 2001/2/15 منشور ضمن مؤلف (آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية) إعداد مركز الدراسات العربي - الأوروبي، الطبعة الأولى، 2001، ص 73 .

¹⁸ المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

¹⁹ د. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 23.

²⁰ هاني محمد البوعاذي، مرجع سابق، ص 11.

²¹ د. عكاشة محمد عبد العال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 59 .

الدول، وخاصة منها الدول النامية، على جلب الاستثمارات الأجنبية، فقد أقرت التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار.

وفي هذا الاتجاه فقد جاء قانون الاستثمار في دولة الإمارات العربية المتحدة ليكرس مبدأ التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، حيث نص عليه من المادة 203 إلى 218 من قانون الإجراءات المدنية. كما اعتمد المشرع الجزائري أيضا التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في عقود الاستثمار وعلى هذا الأساس فإن الدول لجأت إلى جذب الاستثمارات الأجنبية وذلك بجواز إلى مبدأ عرض منازعات الاستثمار على جهاز يثق المستثمر في حياده مثل أجهزة التحكيم في إطار ما يقع الاتفاق عليه مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات الدولية.²²

المبحث الثاني: خصائص التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي
إن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات، نظرا لاختلاف نوعية المشاكل التي يجب على هيئات التحكيم التصدي لها، والتي تتمثل حقيقة أن أحد الأطراف هو شخص عام يتعامل مع شخص خاص وأن موضوع هذه العقود يتمثل في تحقيق التنمية لموارد الدولة المضيفة. لذلك فإنه يتعين في تحكيم منازعات عقود الاستثمار اختيار نوع التحكيم، وكذلك اختيار المحكمين الذي تتوافر فيهم الخبرة الفنية والتكوين للفصل في مثل هذه المنازعات، والمحافظة على سرية إجراءات التحكيم في هذه العقود.

المطلب الأول: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي

التحكيم وسيلة خاصة لحسم المنازعات تعتمد على اتفاق الأطراف، وأمام هذا الطابع التعاقدي للتحكيم فإنه يمكن للأطراف عند الموافقة على اللجوء إليه لتسوية منازعاتهم الاتفاق على أن يستقلوا في إدارة العملية التحكيمية وهو ما يسمى (التحكيم الخاص)

²² د . عبد الحميد الأحمد: آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية - الأوروبية، مرجع سابق، ص 72.

أو مؤسسة تحكيمية دائمة تتولى إدارة هذه العملية وهو ما يسمى (التحكيم المؤسسي).

وأمام خصوصية منازعات الاستثمار فإن التساؤل الذي يمكن طرحه: هل من الأحسن تسوية منازعات الاستثمار عن طريق اللجوء إلى التحكيم الخاص،²³ أو المؤسسي ؟

الفرع الأول: التحكيم الخاص

ويسمى التحكيم الحر²⁴ وهذا النوع من التحكيم يحدد فيه أطراف النزاع المواعيد والمهل ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم أو ردهم وتحديد القواعد والإجراءات الخاصة بهم أو الإحالة إلى قواعد تحكيم توضع لأجل هذا الغرض، كما هو الحال في قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة لعام 1976.²⁵

والتحكيم الخاص هو تحكيم أعد لحالة خاصة بذاتها من حيث تشكيل هيئة التحكيم أو من حيث القواعد والإجراءات.²⁶ وكمثال على اللجوء إلى التحكيم الخاص في اتفاقيات تحكيم منازعات عقود الاستثمار في العقد المبرم بتاريخ 1994/11/18 بين الحكومة اللبنانية وبعض الشركات الفرنسية الخاصة من أجل تنفيذ ما يسمى "الأوتوستراد العربي" من أجل فض هذه المنازعات يكون خاضعا للتحكيم وفقا للشروط، على أن يحصل التحكيم في بيروت باللغة الفرنسية.²⁷

وتوجد بعض المؤسسات تذهب بسهولة إلى تحكيم مراكز التحكيم، ولكن بعض المؤسسات الإدارية كالوزارات لا تقبل إلا

²³ د. فادر محمد محمد إبراهيم "دراسة حول ماهية وتطبيق الأعراف التجارية الدولية وسوابق التحكيم في إطار واقع التحكيم الاقتصادي الدولي وأهم الأنظمة القانونية المفصلة به"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 50.

²⁴ أنظر استخدام هذا المصطلح، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 122.

²⁵ هذه القواعد منشورة على شبكة الانترنت: <http://www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.rules.1976/doc.html>

²⁶ د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2008، ص 27.

²⁷ د. محي الدين القيسي، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعما للاستثمار الدولي في ضوء القانون الجديد في منازعات العقود الإدارية في لبنان، التحكيم العربي في آفاق الألفية الثالثة، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، الطبعة الأولى، 2003، ص 104.

التحكيم الذي تساهم في تنظيمه وتشكيل محكمته بحيث يختار محكميه ويختار هو وخصمه المحكم الثالث بحيث إذا لم يتوصل هو وخصمه إلى هذا الخيار يوقف التحكيم. وينظم هو وخصمه إجراءات التحكيم وتتولى المحكمة التحكيمية حل المنازعات في عقود الاستثمار، من هنا فإن تحكيم مراكز التحكيم "Institutional" وتحكيم المحكمة التحكيمية التي ينشئها الأطراف خصيصا لحل النزاع "Adhoc" ويسمى تحكيم الحالات الخاصة كلاهما له مكانته ومنازعاته. ويمكن القول أن تحكيم الحالات الخاصة هو تحكيم على القياس، وتحكيم مراكز التحكيم هو تحكيم جاهز في مقاييسه ومعاييرهِ.²⁸

الفرع الثاني: التحكيم المؤسسي "Insitutional Arbitration"
التحكيم المؤسسي²⁹ أو تحكيم هيئات التحكيم الدائمة، هو أن يختار الأطراف إدارة إجراءات التحكيم وفقا لقواعد تحكيمية معينة بمساعدتها، وتكون أمام تحكيم مؤسسي: متى جرى في ظل منظمة لم تكتف بوضع لائحته وقواعدها التنظيمية أو وضع دورها ومكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع بل احتفظت لنفسها باختصاص معين في تطبيق لائحته المذكورة، ولا يهم أن تكون المنظمة تتناول مهمة النظر في النزاع.³⁰ ويجب على الأطراف الاتفاق صراحة على المؤسسة التحكيمية التي يتم اللجوء إليها وقد ازداد عدد المؤسسات الدائمة بعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل قبولا في حسم منازعات عقود الاستثمار وخاصة بعد إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.³¹

²⁸ أحمد يوسف خلاوي، ورقة عمل مقدمة لورشة العمل التي تنظمها الهيئة العامة للتمليك والاستثمار لمناقشة مواضيع المتعقدة بصالة غرفة التجارة والصناعة بمدينة طرابلس يوم 2009/12/8.

²⁹ أنظر استخدام هذا المصطلح: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار "مركز حقوق عين شمس للتحكيم" مرجع سابق ص 122.

³⁰ د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية .

³¹ تم التوقيع على اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في 18 مارس 1965 وأصبحت هذه الاتفاقية نافذة بتاريخ 14 أكتوبر 1966.

ومن أمثلة تحكيم منازعات عقود الاستثمار التي تحيل إلى التحكيم المؤسسي، ما نص عليه اتفاق التحكيم الوارد في المادة 21 من عقد امتياز البحث عن البترول المبرم سنة 1987 بين الشركة الألمانية "Deutsch-schachtbau" وشركة رأس الخيمة الوطنية للبترول "Rakoil" من أن: "جميع المنازعات التي تنشأ بخصوص تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها ستتم تسويتها بموجب قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية وذلك من قبل ثلاثة محكمين يعينون بموجب هذه القواعد.³²

وقد يتم إحالة النزاعات إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) إذا اتفق الأطراف على ذلك. ويظهر بأن القضايا المفصول فيها عن طريق المركز هي أربع قضايا بأطراف عربية هي المغرب ومصر وتونس قد فصلت فيها بعد عرضها على المركز، أما القضايا التي لازالت منظورة أمامه حالياً بأطراف عربية وهي: المغرب ودولة الإمارات ومصر.

إن وضع التحكيم الدولي وتوظيفه في خدمة العلاقات الاقتصادية الدولية لا يجب أن يقتصر على تشجيع الاستثمار الأجنبي، وإنما يجب أن يتم من منظور المصلحة المتبادلة للطرفين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة وهو ما يقتضي الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار، وأمام التطورات الكبيرة للاستثمار وزيادة المنازعات فقد اتجهت المؤسسات التحكيمية الدائمة إلى تطوير قواعدها لمواكبة التطورات.³³ وقد زادت نسبة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي³⁴ نظراً لما يحققه من مزايا كما يلي:

1- توجد قوائم بأسماء المحكمين لدى مؤسسات التحكيم الدائمة في مختلف التخصصات مما يمكنها من اختيار المحكم المناسب في الوقت المناسب إذا تعلق الأمر بمسألة تحتاج إلى خبرة خاصة.

³² Y.B.Com.Arb.Vol 14, 1989, p 112.

³³ د . محمد أبو العينين، الخصائص المميزة في منازعات البترول والغاز، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي للطاقة (البترول والغاز) ووسائل حسم المنازعات الناتجة عنها 9 - 10 مارس 2002 شرم الشيخ ص 3.

³⁴ د . خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 29.

2- إن التحكيم المؤسسي يلبي التوقعات المشروعة للأطراف في ظل سوابق التحكيم الصادرة تحت سلطة هيئة التحكيم.

3- إن التحكيم المؤسسي يضمن للمحكّمين ممارسة اختصاصاتهم ويوفر لهم المساعدة الدائمة التي يحتاجونها، كما يساعد على تنفيذ حكم التحكيم لفائدة من صدر لصالحه.

المطلب الثاني: اختيار المحكمين في منازعات عقود الاستثمار
تتميز عقود الاستثمار الدولية بخصوصية ناتجة عن طبيعة هذه العقود والعملية محل العقد، إذ تثير هذه العقود مشاكل متعددة الأوجه منها القانونية ومنها الفنية لذلك فهي تتطلب في المحكم الذي يفصل في هذه المنازعات مؤهلات عالية.

فقد تتعلق منازعات هذه العقود بالبيئة أو بنقل التكنولوجيا، لذلك فإن هيئة التحكيم تتطلب أن تضم محام أو رجل قانون على دراية بأحكام القانون الدولي العام أو الخاص أو أحكام قانون البيئة أو أحكام عقود خاصة بنقل التكنولوجيا، حيث كثيرا ما يجد المحكم نفسه مطالبا بالبحث في الفروع المختلفة للقانون لتنوع المشاكل التي تثيرها عقود الاستثمار وما تتطلبه من دراية فنية بالغة التعقيد، كأن تتعلق بالنواحي الخاصة باستغلال الحقل أو معدل الإنتاج في عقود البترول. أو بمشاكل هندسية تتعلق بكفاءة المنشآت في عقود الأشغال، أو تقنيات المحاسبة المالية، ومن ثم يكون من اللازم أن تضم هيئة التحكيم خبراء ومهندسين.³⁵

كما يجب توافر العنصر القانوني في تشكيل هيئة التحكيم بل من الأفضل أن يترأس هيئة التحكيم أحد رجال القانون حتى يضمن سلامة الإجراءات وسلامة حكم التحكيم من ناحية الإجراءات القانونية.

³⁵ د . محمد أبو العينين، الطبيعة الخاصة والمتميزة لصناعة التشييد والبناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات، مجلة التحكيم العربي، العدد 5 سبتمبر 2002، ص 136.

وعلى هذا فإنه يجب عدم التسرع في وضع الشروط التي يجب توافرها في المحكمين في اتفاق التحكيم قبل قيام المنازعة، لكي يتسنى اختيار المحكمين ذوي الخبرة العالية والدراية الكاملة.

المطلب الثالث: ضرورة الالتزام بسرية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي

يمثل الحفاظ على سرية إجراءات التحكيم مبدأً جوهرياً، فميزة سرية التحكيم تعد عنصراً أساسياً وهذه الميزة هي التي تدفع المستثمرين إلى اختياره كوسيلة لحل المنازعات فالتحكيم يتميز بالسرية.

وتزداد أهمية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، لما يترتب على هذه العقود من آثار سياسية واقتصادية كبيرة تؤثر في مصالح الدول وكذلك الشركات الكبرى القائمة بالاستثمار، نظراً لحساسية المعلومات والوثائق والأسرار المتعلقة بهذه العقود.³⁶ لذلك نرى أطراف عقود الاستثمار تحاول الحفاظ على سريتها. وأن الالتزام بالسرية يقوم على طبيعة التحكيم باعتباره وسيلة خاصة لحسم المنازعات، وأنه عبارة عن التزام ضمني بين الأطراف، حيث تفرض أخلاقيات التحكيم على المحكم الالتزام بالسرية. ويعتبر عنصر السرية سبباً من أهم الأسباب لاختيار المحكمين للتحكيم لتسوية منازعاتهم. وهذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 18 فيفري 1986 بقولها: "يتماشى مع طبيعة التحكيم وإجراءاته ضمان سرية حل المنازعات ذات الطابع الخاص وهو ما يستجيب لأطراف المنازعة".³⁷

ويتضح بأن سرية التحكيم تعتبر أمراً هاماً في منازعات عقود الاستثمار، وهذا ما ذهبت إليه التشريعات الحديثة وضمنته قوانينها.³⁸

³⁶ د. حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 22.

³⁷ Arrêt Cour d'appel- Paris-, 18/02/1986, Revue Arbitrage, 1986, p 583, note Flecheux.

³⁸ نصت المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "تكون مداوالات المحكمين سرية".

المبحث الثالث: المشاكل التي تواجه التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي

يصادف التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الكثير من المشاكل باعتبار أن أحد أطراف العقد وهو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة يتمتع بوضع مميز يسعى للحفاظ عليه سواء قبل إجراءات التحقيق أو بعد صدور الحكم إذ أن وجود الدولة كأحد أطراف النزاع يصيب عملية التحكيم بصبغة خاصة.³⁹ ويواجه التحكيم عدة مشاكل خاصة عندما تتمسك الدولة بحصانتها سواء في مواجهة القضاء أو في مواجهة حكم التحكيم الصادر في مواجهتها.

وتربط بعض التشريعات إعترافها بالحكم التحكيمي بشرط عدم خرقه للنظام العام الدولي والمقصود بالنظام العام الدولي، ليس النظام العام الوطني الذي لا يتم إلا في الحالات التي يكون فيها التحكيم وطنيا بحتا، وإنما المقصود به هو تلك الصورة المخففة من النظام الذي يتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية.⁴⁰ سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية، وبذلك يقع على عاتق الجهة القضائية المكلفة بتنفيذ الحكم فحصه للتأكد من عدم خرق الهيئة التحكيمية قواعد ومبادئ النظام العام الدولي، ومن ثم الإعتراف به والأمر بتنفيذه أو رفض تنفيذه دون الامتداد لمراجعة الحكم.⁴¹

والدولة تنظر إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات وتفقد فيه حريتها وتقبل بقيود هي متحررة منها.

وسنتعرض في هذا المبحث إلى المشاكل التي قد يثيرها التحكيم في منازعات عقود الاستثمار من خلال المطلبين التاليين.

³⁹ Delaume (G.R), State Contracts and Transnational Arbitration, A.J.I.L, Vol 75, No 04, 1981, p686.

⁴⁰ د . حسين فريجه، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 485.

⁴¹ حسين نواره، تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمارات الأجنبية، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول: " التحكيم الدولي في الجزائر، أيام 14-15 جوان 2006 جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية - الجزائر - 2006.

المطلب الأول: المشاكل الناتجة عن التحكيم في عقود الاستثمار الدولي

إن الطرف الذي ليس من مصلحته اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يحاول أن يثير مشاكل حول بنود الاتفاق على التحكيم، عملاً على إعاقة هيئة التحكيم أن تصدر حكمها، وتقوم هذه المحاولات في الغالب على التشكيك في صحة اتفاق التحكيم، فهناك بعض الأشخاص يثور بصددهم مدى جواز خضوعهم للتحكيم، وهناك بعض الموضوعات لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم.⁴²

وقد تستند الدولة أو الحكومة إلى القانون الوطني باعتبار أن القانون لا يعطي للدولة الحق في الدخول في اتفاق التحكيم. أو أن الموضوع محل النزاع لا يمكن النظر فيه أمام التحكيم.

الفرع الأول: عدم قدرة الدولة من اللجوء إلى التحكيم

تلجأ بعض الدول أو الحكومات إلى التخلص من اللجوء إلى التحكيم متذرعة بعدم أهليتها أو عدم توافر القدرة الكافية لها من اللجوء إلى التحكيم في عقود منازعات الاستثمار، مستندة في ذلك إما إلى قانونها الوطني الذي لا يعترف بشرط التحكيم في هذا النوع من العقود، أو أن أحكام القانون الوطني الذي تم تعديله بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في مثل هذه العقود.

أولاً: القانون الوطني يحظر على الدولة أو هيئاتها اللجوء إلى التحكيم

توجد لدى العديد من الأنظمة القانونية نصوصاً تقيد المنازعات التي تكون الدولة ذاتها أو مؤسسة عامة طرفاً فيها من الخضوع للتحكيم إلا إذا وافقت عليه الجهة المختصة.⁴³ وتجعل الاختصاص

⁴² د. حسام الدين الأهواني، المسائل القابلة للتحكيم، بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم لتي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس من 15 إلى 20 مارس - 2003، ص 38.

⁴³ تنص المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "عندما يكون التحكيم متعلقاً بالدولة، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني، أو ممثل السلطة الوصية التي يتبعها".

بنظر المنازعات التي تكون هذه الأشخاص طرفا فيها للقضاء الوطني، وقد أثبت العمل الدولي في عدد غير قليل من إنكار الدولة إلى شرط التحكيم الذي سبق قبوله بحجة عدم جواز التحكيم وفقا لقوانينها الداخلية وهو ما جعل المحاكم وكذلك هيئات التحكيم ترفضه.⁴⁴ وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 2 ماي 1966 في قضية "San Carlo" إلى عدم سريان الحظر الوارد في قانون المرافعات الفرنسي على الدولة والوحدات العامة في قبول شرط التحكيم في إطار العلاقات الدولية.⁴⁵ كما أكد القضاء الفرنسي أن الحظر الوارد على الدولة ومؤسساتها في قبول شرط التحكيم يعمل به في إطار العلاقات الوطنية البحتة دون العلاقات الدولية.

كما ذهب القضاء الفرنسي بشأن المنازعة بين الشركة الإيطالية "Icori Estero" والشركة الكويتية للتجارة والاستثمار والذي يقضي بصحة شروط التحكيم فيما يتعلق باتفاق التحكيم المتعلق بالنظام العام الدولي وبالتالي يمتنع على الدولة أن تستفيد من أحكام قانونها الوطني للتخلص فيما بعد من اتفاق التحكيم فما دام الاتفاق قد تم في إطار عقد دولي فهو صحيح.⁴⁶

وقد يتمسك الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة بعدم أهليتها في اللجوء إلى التحكيم وفقا لقانون هذه الدولة.

ولقد تعرضت محكمة استئناف باريس لمثل هذه الحالة في حكمها الصادر في 17 ديسمبر 1991 في القضية المرفوعة من شركة "CATOIL" ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول ببطلان حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الإيرانية.⁴⁷ وعلى هذا فإن

⁴⁴ د. هاني صلاح سري الدين ، التحكيم في العقود الإدارية بين الحظر والإجازة ، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم ، الطبعة الأولى، ص 114.

⁴⁵ Cass.02/05/1966, Rev, Crim, 1967, p 553, Note Goldman.

⁴⁶ Cour d'appel -Paris-, 13/06/1996, Rev.Arb.1997.p 251.Note E.Gaillard.

⁴⁷ Cour d'appel -Paris-, 17/12/1991, Rev Arb.1993, p 281, Note Herve Synvet.

حيث جاء حكم استئناف محكمة باريس : " أن العقود الدولية المبرمة لحاجة المعاملات الدولية وطبقا لشروطها ومقتضياتها يعد الاتفاق على التحكيم متمشيا مع النظام العام الدولي الذي يحظر على المشروع العام أن يتمسك

المحكمة لا تعترف بالحظر الوارد على التحكيم في عقود الاستثمار سواء تمسكت به الدولة المضيفة أو المستثمر الأجنبي.

ثانياً: القانون الجديد بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيزه

وهنا يمكن للدولة أن تنهز من شرط التحكيم في عقود الاستثمار، وتتمسك بأن قانونها الوطني الذي تم تعديله أصبح لا يجيز التحكيم فقد توصلت هيئة التحكيم إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بما يطرأ على قوانين الدولة، فلا يجوز للدولة أو إحدى هيئاتها التخلص من التزاماتها عن طريق تعديل قوانينها الوطنية.⁴⁸

وهكذا يتضح أن الدولة بعد موافقتها على التحكيم في عقود الاستثمار لا يمكنها التهرب منه بحجة أن قانونها الوطني لا يعترف بالتحكيم، باعتبار أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل اتفاق التحكيم خاضعاً للنظام العام الدولي، ومن مبادئ هذا النظام العام أنه لا يجوز للمشرع الوطني التمسك بأحكام قانونه الوطني للتخلص من اتفاق التحكيم، كما لا يجوز التخلص من اتفاق التحكيم بحجة صدور قانون جديد يبطل التحكيم صدر بعد توقيع عقد الاستثمار. فالقيود التي تصدر تكون مشوبة بالغش بقصد التهرب من مخرط التحكيم لسبب أو لآخر ارتأته الدولة، وقامت بإصدار التعديل لخدمة مصلحتها في الدعاوى القائمة.⁴⁹

وعلى هذا فإن مجرد وجود اتفاق التحكيم يكفي لقابلية النزاع للتحكيم، حتى ولو كان القانون الوطني الذي تم الاتفاق على التحكيم في ظله لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في هذا النوع من العقود، أو أن أحكام القانون الذي تم تعديله لا يجيز ذلك، حيث لا يمكن للدولة الاحتجاج بقانونها للتخلص من اتفاقياتها.

بالنصوص المقيدة في قانونه الوطني من أجل التنصل اللاحق من التحكيم المتفق عليه مسبقاً بين الأطراف، كذلك فإن الطرف المتعاقد مع هذا المشروع العام لا يمكنه أن يستند في المنازعة القائمة بشأن أهلية وسلطة هذا المشروع العام إلى نصوص القانون الوطني لهذا المشروع .

⁴⁸ Bruno Oppetit: Arbitrage et Contrats d'Etat, L'Arbitrage Framatone et Autres. c/ Atomic Energy Organization of Iran. J.D.I, 1984, p 37.

⁴⁹ د . بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 55 .

وقد اتجهت عدة تشريعات إلى الاعتراف صراحة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاقيات التحكيم.⁵⁰

الفرع الثاني: عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم

قد تسعى الدولة لوضع العقوبات أمام التحكيم يجعل عدم قابلية موضوع النزاع الناشئ عن عقود الاستثمار للفصل فيه بواسطة المحكمين، باعتبار المنازعة تتعلق بأعمال صادرة عن الدولة بصفتها سلطة عامة سيادية. غير أنه يمكن الرد أن الآثار المالية المترتبة عن عقود الاستثمار تقبل الفصل فيها بواسطة التحكيم، طالما أنه لا توجد قاعدة آمرة في النظام العام الدولي تحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار.⁵¹ فبدون شك أنه يجوز التحكيم بشأن طلب التعويض عن اتخاذ الدولة لإجراء من إجراءات نزع الملكية للمشروع الاستثماري، إذا تم ذلك وفقا للقانون أو الدستور، فإذا كانت اعتبارات السيادة لا تحول دون تأميم المشروع الاستثماري، فإنها لا تقف عائقا أمام التحكيم بشأن طلب التعويض.⁵²

ففي قضية "Framatone" وهيئة الطاقة الإيرانية، تمسكت إيران بعدم خضوع المسائل المتنازع عليها للتحكيم، حيث دفعت بعدم اختصاص محكمة التحكيم، لأن النظر في النزاع سيؤدي بالمحكمة إلى المساس بالسيادة الوطنية الإيرانية غير أن هذا الدفع لم تلتفت إليه المحكمة، واعتبرت أن الآثار المالية في حد ذاتها قابلة للفصل فيها بواسطة التحكيم.⁵³

⁵⁰ نصت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم في علاقاتها الاقتصادية وفي إطار الصفقات العمومية"، كما نص قانون التحكيم في فرنسا الصادر بتاريخ 19 أوت 1986 على أنه يجوز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية".

⁵¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، (تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها)، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2001، ص 89.

⁵² د. حسام الدين الأهواني، المشاكل القابلة للتحكيم، مرجع سابق، ص 56.

⁵³ Bruno Oppetit, op-cit, p 38.

وهكذا فإنه لا يحق للدولة المضيفة التنصل من التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بحجة عدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه بواسطة التحكيم.

المطلب الثاني: أثر مبدأ سيادة الدولة على اتفاق التحكيم

تستغل الدولة مبدأ السيادة لعرقلة عملية التحكيم، بحيث تلجأ الدولة المضيفة في منازعات الاستثمار إلى سيادتها كدرع واق، وسنتعرض فيما يلي، إلى أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة على حصانتها القضائية وحصانتها ضد التنفيذ بعد صدور حكم التحكيم.

الفرع الأول: حصانة الدولة القضائية في منازعات عقود الاستثمار الدولي

من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام، أن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة الدول الأجنبية الأمر الذي يعني عدم اختصاص قضاء دولة أجنبية بنظر المنازعات.

غير أن اتفاق التحكيم له طابع خاص يتمثل في أنه يجد أساسه في إرادة الأطراف الحرة، حيث تلجأ الدولة إلى إدراج شرط التحكيم بعقد الاستثمار بإرادتها الحرة، وهنا فإن الدولة ارتضت مبدأ التحكيم وبالتالي فهي تعتبر متنازلة ضمناً عن حصانتها القضائية إذا قبلت بشرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في عقود الاستثمار.⁵⁴ وخاصة إذا ما عرفنا بأن المحكم لا يصدر حكمه باسم الدولة، وإنما ينفذ مهمة عهد بها الأطراف إليه وبالتالي لا يمثل التحكيم اعتداء على سيادة الدولة، كما أن الدولة تدخل في علاقة التحكيم بإرادتها الحرة وبرضاء مسبق منها، كما أن مبدأ تمسك الدولة بحصانتها القضائية لا يتماشى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الدولة لالتزاماتها، ذلك أن قبول الدولة باتفاق التحكيم يفرض عليها تسوية المنازعات التي تنشأ عن عقود الاستثمار أمام التحكيم. ولو أن الدولة أحجمت عن مبدأ التحكيم لكان المستثمر الأجنبي قد نأى بنفسه وخاصة إذا كان يشك في قضاء الدولة وحياده.

⁵⁴ د . إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 122، القاهرة 1993، ص 101.
د . عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية.

فالدولة بقبولها التحكيم تكون قد قبلت بإرادتها الحرة والمطلقة المثلث أمام هيئة التحكيم.⁵⁵ فالدولة عندما تقبل بالتحكيم إنما تحقق القبول بإجراء خاص بذاته هو التحكيم، ومن ثم فلا أثر له خارج نطاق التحكيم.

الفرع الثاني: الحصانة ضد تنفيذ أحكام التحكيم

اتفاق التحكيم الذي قبلته الدولة في مجال منازعات عقود الاستثمار يجب تنفيذه وبالتالي فإن هذا التنفيذ يمثل تحقيقاً لاستقرار المعاملات وتحقيقاً لقبول الدولة بشرط التحكيم، وتنفيذ حكم التحكيم لا يمثل اعتداء على حصانة الدولة القضائية وإنما يمثل خطوة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم، مما يكون له أثر كبير على تطور التحكيم الدولي.

كما يعتبر اتفاق التحكيم الذي تورده الدول في عقودها مع المستثمرين الأجانب يفيد تنازلها عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم.

ففي قضية ترتبط بمسألة الحصانة ضد التنفيذ، ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن دخول الدولة في اتفاق التحكيم يعتبر تنازلاً ضمنياً عن حصانتها ضد التنفيذ.

ففي قضية "Creighton" أن عقداً قد أبرم بين الشركة المذكورة والحكومة القطرية تقوم بمقتضاه الشركة الأمريكية ببناء مستشفى لحساب دولة قطر. ونشأ نزاع بين الطرفين حول أداء الشركة الأمر الذي دفع بالحكومة القطرية إلى طلب وقف العمل، وقد رفضت الشركة ولجأت إلى التحكيم وفقاً لاتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين. والذي يقضي أن يتم التحكيم وفقاً لقواعد التجارة الدولية، وتم التحكيم ببافيس وانتهى الحكم لصالح شركة "Creighton" حصلت بمقتضاه على تعويض ثمانية ملايين دولار.⁵⁶

⁵⁵ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 278.

⁵⁶ Boivin(R), International Arbitration With States, An Overview of the Risks, J.I.A, Vol, 19 N° 04, 2002, p 296.

وقد أعلنت محكمة النقض الفرنسية أنه: "استنادا إلى توقيع دولة قطر على اتفاق التحكيم الذي نص على الاحتكام إلى قواعد غرفة التجارة الدولية، فإنها بذلك تكون قد تنازلت ضمنا عن حصانتها ضد التنفيذ هذا هو ما تنص عليه المادة 24 من قواعد غرفة التجارة الدولية والتي تجري على أنه:"

(أ)- تكون أحكام التحكيم نهائية، (ب)- قبول الأطراف التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية يلزمهم بتنفيذ أي حكم تحكيم دون تأخير، ويعدون بذلك أنهم قد تنازلوا عن كل طرق الطعن الممكن التنازل عنها قانونا".⁵⁷

ويعتبر هذا الحكم أن موافقة الدولة على التحكيم وتنفيذه يمثل خطوة كبيرة نحو تطور التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية.

الخاتمة

إن نجاح أسلوب التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية منوطا بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين حقوق المستثمر الأجنبي و ضماناته وبين متطلبات خطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، ومن هنا بات من الضروري تطوير التحكيم الدولي بما يتماشى مع طبيعة عقود الاستثمار وخصوصية ما تفرزه من منازعات. ولا زال البحث قائما لتطوير التحكيم الدولي في مجال منازعات الاستثمار وإيجاد صيغة دولية قادرة على تقنين القواعد الكفيلة بحماية رأس المال الأجنبي وإقامة العدالة المتوازنة التي تتطلع إليها الدول.

إن المرونة التي يقدمها التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار، والمستثمرين سيبقى آلية ضرورية وفاعلة تحقق المصلحة والفائدة المرتقبة منه. وسيبقى بالتأكيد الوسيلة المثلى لفض منازعات عقود الاستثمار خصوصا في ظل ما يشهده العالم من تغيرات متتابعة.

⁵⁷ حكم محكمة النقض الفرنسية، مشار إليه في د. بشار محمد الأسعد، ص 70.

النتائج والتوصيات

- (1)- يجب على الدول العربية وضع تشريعات واتفاقيات لحماية الاستثمار وجلبه والمحافظة عليه، وتشجيع اللجوء إلى التحكيم كوسيلة مثلى من أجل حماية عقود الاستثمار.
- (2)- يجب أن ينص في اتفاق التحكيم على القانون واجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار، بعبارات واضحة ودقيقة سواء أكان القانون المختار قانون الدولة المضيفة للاستثمار أو أي قانون آخر، بدلا من ترك هذه المسألة للتعسف أو للتحكم فيها من قبل المحكمين.
- (3)- أن يتم توضيح سلطات المحكمين بصورة جلية قبل قيام النزاع، وأن يتم توضيحها بصورة جد دقيقة، حتى لا تجابه المحكم أية مصاعب أثناء سير العملية التحكيمية بالإضافة إلى تحديد مكان التحكيم لما له من أهمية في التنفيذ.
- (4)- يجب على الدولة بعد موافقتها على التحكيم أن لا تتنصل منه بحجة عدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه بواسطة التحكيم أو أن التحكيم يمس بسيادتها.
- (5)- إن التحكيم علم قائم بذاته، وبالتالي يجب أن يدرس في الجامعات العربية كمادة فرضتها ضرورة العصر كما يجب تشجيع الشركات والمؤسسات الكبرى على ضرورة اللجوء إلى التحكيم وتعميمه والتعريف به وجعله في متناول الجميع.

دور الطرق البديلة في تسوية نزاعات العمل الجماعية

الدكتور: بن حملة سامي

أستاذ محاضر أ

كلية الحقوق - جامعة قسنطينة 1

مقدمة

لقد أدى الانفتاح الاقتصادي الذي عرفته الجزائر بداية تسعينات القرن الماضي إلى ظهور الكثير من نزاعات العمل الجماعية في الحياة الاقتصادية بعد تكريس حرية العمل والاعتراف بالحقوق النقابية لاسيما الحق في الاضراب.

كما سمح صدور قانون العمل سنة 1990 بموجب القانون رقم 90-11 المعدل والمتمم¹ إلى ظهور الكثير من اتفاقيات العمل الجماعية التي يسعى من خلالها ممثلو العمال والنقابات إلى المطالبة بامتيازات لفائدة فئة العمال أو المطالبة بمراجعة وتعديل النصوص القانونية والتنظيمية في مجال العمل...إلخ.

غير أن هذه التحولات التي عرفتها الحياة العمالية أدت إلى ظهور نزاعات جماعية في العمل، مما دفع بالمشرع إلى وضع أحكام من أجل الوقاية منها وتسويتها بطرق غير قضائية، وهذا ما تجلّى في القانون رقم 90-02 الصادر في 06 فيفري 1990 يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب².

وفي هذا الاطار برزت الطرق غير القضائية كوسائل بديلة لحل مثل هذه النزاعات في الحياة العمالية التي تظهر في: المصالحة والوساطة والتحكيم، إلى جانب المصالحة الإدارية والوساطة الإدارية و كذلك التحكيم الذي يتم على مستوى اللجنة الوطنية للتحكيم في النزاعات الجماعية التي تظهر فيها الإدارات والمؤسسات العمومية.

¹ المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 افريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، جريدة رسمية، 1990، العدد 17.

² جريدة رسمية، 1990، العدد 6.

لذا يطرح التساؤل عن أهمية ودور هذه الطرق البديلة في تسوية نزاعات العمل الجماعية ومدى فعاليتها والإيجابيات التي تأتي بها في ظل الحياة الاقتصادية التي تعرفها الجزائر ٩.

سنحاول أولا توضيح مفهوم النزاع الجماعي في العمل، ثم نتطرق ثانيا لمدى تأثير النزاعات الجماعية على الحياة العمالية والاقتصادية. ثم نتطرق ثالثا إلى بيان آليات تسوية النزاع الجماعي في العمل. وأخيرا نتطرق لإبراز مكانتها وفعاليتها في مواجهة الطرق القضائية.

أولا- مفهوم النزاع الجماعي في العمل

يظهر النزاع الجماعي في العمل بمناسبة الخلافات التي تظهر بين ممثلي فئة من العمال أو نقاباتهم وبين صاحب العمل أو نقابته حول المسائل المتعلقة بالحياة المهنية والاجتماعية.

وقد عرّف المشرع النزاع الجماعي في العمل ضمن نص المادة 2 من القانون 90-02 على أنه : "يعد نزاعا جماعيا في العمل خاضعا لأحكام هذا القانون كل خلاف يتعلق بالعلاقات الاجتماعية والمهنية في علاقة العمل، ولم يجد تسويته بين العمال والمستخدم باعتبارهما طرفين في نطاق احكام المادتين 4 و 5 أدناه".

تختلف النزاعات الجماعية عن نزاعات العمل الفردية على اعتبار أنها تتسم بالطابع الجماعي ووجود مصلحة مشتركة بين مجموعة من العمال في مواجهة صاحب العمل أو الهيئة المستخدمة خلافا لنزاعات العمل الفردية التي تتميز بالطابع الشخصي لاقتصار النزاع على العامل وصاحب العمل.

كما أن موضوع النزاعات الجماعية تتعلق بمحتوى اتفاقات أو اتفاقيات العمل الجماعية المبرمة بين طرفي النزاع، لذلك غالبا ما يظهر النزاع الجماعي في العمل عند المطالبة بامتيازات لفائدة العمال والمطالبة بتحسين الأوضاع المهنية والاجتماعية: كالمطالبة

برفع الأجور، المنح، تحسين ظروف العمل أو المطالبة بتغيير نص قانوني أو تنظيمي وكذلك التمكين من ممارسة الحقوق والحريات النقابية. غير أنه لا يجب أن لا يتعلق النزاع الجماعي في العمل بالخلافات السياسية والإدارية³.

ومهما يكن، فيجب أن يتعلق النزاع الجماعي في العمل بالأوضاع الاجتماعية والمهنية لفئة أو مجموعة معينة من العمال تنتمي لمؤسسة اقتصادية أو إدارية أو قطاع اقتصادي معين أو سلك في الوظيف العمومي، كما يكتسي الطابع الجماعي في العمل الطابع المحلي أو الجهوي وحتى الطابع الوطني.

ثانيا- تأثير النزاعات الجماعية على الحياة العمالية والاقتصادية

تشكل نزاعات العمل الجماعية مساسا باستقرار الحياة العمالية والاقتصادية، لذلك تحرص التشريعات العمالية على وضع آليات ووسائل للوقاية منها وتسويتها للحيلولة دون تفاقم هذه الخلافات وتأثيراتها السلبية على الحياة الاقتصادية والحيلولة دون ظهور الاضطرابات التي تعرقل حرية العمل في القطاعات المعنية.

وتتمثل خطورة النزاعات الجماعية في حدوث مواجهة بين العمال والتنظيمات النقابية وصاحب العمل قد تصل إلى التوقف الجماعي عن العمل عن طريق الإضراب أو غلق محل العمل في حالة عدم وجود حلول سريعة مما يعرض مصالح العمال وأصحاب العمل إلى أضرار و مخاطر⁴.

وفي هذا الإطار يعتبر الإضراب كأهم طريق غير معتاد للتعبير عن النزاع الجماعي⁵، لذلك تحرص التشريعات العمالية والاتفاقيات

³ عجة الجيلالي، الوجيز في قانون العمل والحماية الاجتماعية، دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص 214.

⁴ أحمد سليمان، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري د.م.ج. ط3، الجزائر، 2005، ص94.

⁵ سيد محمود رمضان، مرجع سابق، ص504.

الجماعية على تفادي بلوغ درجة التعقيد التي قد تتسبب في اللجوء إلى الطرق العنيفة التي تظهر في الإضراب⁶.

وهذا ما يفسر إخضاع هذه النزاعات لجملة من الآليات الودية التي تعد بديلة عن الطرق القضائية، سواء ما تعلق بالخلافات الجماعية التي تظهر بين العمال وأصحاب العمل أو بين فئة من الموظفين والإدارات أو المؤسسات العمومية التي أخضعها المشرع الجزائري لأحكام القانون 90-02 ابتداء من المادة 14 منه وما بعدها، والتي أخضعها لآليات بديلة غير قضائية تختلف عن الآليات المعتمدة في تسوية النزاعات الجماعية دون تدخل الدولة.

ثالثاً: الطرق البديلة لتسوية النزاعات الجماعية

ميّز المشرع بين النزاعات الجماعية التي يكون طرفها إحدى الإدارات والمؤسسات العمومية وباقي النزاعات الجماعية التي تنشأ في الحياة الاقتصادية.

بحيث أخضع النزاعات الجماعية التي تظهر فيها المؤسسات والإدارات العمومية لآليات خاصة.

وعليه سنتطرق أولاً لبيان آليات تسوية النزاعات دون تدخل الدولة ثم نتطرق للآليات الأخرى التي تظهر فيها الدولة كطرف في النزاع.

1. الطرق البديلة لتسوية النزاعات الجماعية دون تدخل

المؤسسات والإدارات العمومية

وقد تضمنها القانون 90-02 والتي تتمثل في ثلاث آليات هي: المصالحة، الوساطة، التحكيم.

⁶ أحمد سليمان، نفس المرجع، ص 91.

أ- المصالحة la conciliation

اعتبر المشرع المصالحة كآلية بديلة لتسوية نزاعات العمل الجماعية، وهذا ما نصت عليه المواد: 6، 7، 8، 9 من القانون 02-90.

حيث يتمثل هذا الإجراء بتدخل مفتشية العمل المختصة إقليميا كطرف يقوم بالتوفيق بين أطراف النزاع بغية حل المسائل الخلافية سواء بصفة كلية أو جزئية.

فإذا حصل الاتفاق بين الطرفين يعتبر محضر الصلح إلزاميا على الطرفين، كذلك الحال في الاتفاق الجزئي، وهذا ما أكّدت عليه الفقرة 2 من المادة 8 من القانون 02-90.

وفي هذا الإطار تجب الإشارة إلى أن أطراف النزاع الجماعي يلجؤون إلى مفتشية العمل في حالة عدم النص على إجراء المصالحة ضمن اتفاقية العمل الجماعي أو في حالة فشلها، وهذا ما نصت عليه المادة 5 ف 2 ق 02-90، لذلك ميّز البعض بين المصالحة القانونية التي تتم على مستوى مفتشية العمل والمصالحة الاتفاقية التي تعتبر كإجراء ودي لحل الخلاف.

فقد تنص بعض الاتفاقيات الجماعية على إنشاء لجان مصالحة متساوية الأعضاء في حالة فشل التفاوض المباشر في تسوية الخلافات الجماعية، بحيث يظهر دور المصالحة الاتفاقية التي يتكفل أطراف النزاع بتحديد إجراءاتها في صلب الاتفاقية الجماعية المبرمة بينهما في إطار لجان دائمة يعهد إليها التفاوض بمناسبة أي نزاع محتمل.

ب- الوساطة la médiation

تعتبر الوساطة كآلية بديلة لحل النزاع الجماعي، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري ضمن نص المادة 10 من القانون 02-90، بحيث يجوز لأطراف النزاع الجماعي الاعتماد على هذه الآلية لتسوية النزاع بعد الاتفاق على اختيار شخص محايد يتولى مهمة تسوية النزاع.

وفي هذا الاطار يقوم الوسيط باقتراح التسوية في شكل حلول و مقترحات و توصيات مُعللة في إطار المادتين 11 و 12 من القانون 90-02، بحيث يتمتع الوسيط في إطار مهمة التسوية بصلاحيات تتمثل في الاطلاع على كافة المعلومات والوثائق الضرورية والمتطلبة لحل النزاع مقابل التزامه بالسهر المهني وتقديم حلول التسوية ضمن الأجل المتفق عليه، ليقوم بإعلام مفتشية العمل بذلك.

هذا، ولا تكون التسوية المتوصل اليها في إطار الوساطة ملزمة للطرفين إلا في حالة قبولها، غير أن الغموض يبقى يكتنف التشريع الجزائي لأنه لم يتضمن الإشارة إلى الجوانب التنظيمية الخاصة بكيفيات تنفيذ التوصيات والإجراءات التي حصل بها قبول أو رفض الأطراف لهذه التوصيات والحلول التي يجب اللجوء إليها في حال قبولها من قبل أحد الاطراف ورفضها من الطرف الآخر⁷.

ومهما يكن، تبقى الوساطة من بين الوسائل البديلة لتسوية نزاعات العمل الجماعية لاسيما وأن المشرع الجزائي في ظل القانون 90-02 لم يحصر نطاق تطبيقها خلافا لما كان في السابق.

حيث كانت الوساطة تقتصر على تسوية النزاعات التي تتعلق بالاجور عند التفاوض أو تعديل الاتفاقية الجماعية في ظل القانون 05 ماي 1955 ليتوسع نطاقها ليشمل جميع الخلافات في ظل القانون 26 جويلية 1957⁸. و كذلك خلافا لبعض التشريعات التي حددت موضوع الوساطة في النزاعات المتعلقة بمراجعة أو تعديل الاتفاقيات الجماعية⁹.

⁷ أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 104، 105.

⁸ أحمد سليمان، مرجع نفسه، ص 103.

⁹ عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 217.

ج- التحكيم l'arbitrage

بالموازاة مع إجراء الوساطة يمكن لأطراف النزاع الجماعي اللجوء إلى التحكيم كآلية بديلة لتسويته في حالة فشل محاولات الصلح مثلما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 9 من القانون 02-90.

وفي هذا الاطار نصت المادة 13 من القانون 02-90 على إمكانية اتفاق الطرفين على اللجوء إلى مُحكم أو هيئة تحكيمية في حالة فشل محاولات المصالحة على مستوى مفتشية العمل أو الوساطة في حالة اللجوء إليها قبل التحكيم، وفي هذه الحالة يعتبر التحكيم اتفاقيا.

وبالمقابل، فقد يتم اللجوء إلى التحكيم مباشرة إذا ما نصت اتفاقية العمل الجماعية على ذلك باعتباره آلية لتسوية الخلافات الجماعية، وهذا ما يسمى بالشرط التحكيمي الذي قد تتضمنه عقود العمل الجماعية¹⁰، قبل ظهور النزاع الجماعي.

هذا، وتجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لا يعتد بوجود النزاع الجماعي إلا في حالة فشل محاولات التفاوض الجماعي ومحاولات المصالحة الاتفاقية أو في حالة عدم وجودها.

هذا، وإذا اتفقا طرفا النزاع على اللجوء إلى التحكيم، فإن هذا الاجراء يخضع لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية المنظمة للتحكيم الداخلي مثلما نصت عليه المواد من 1006 إلى 1038.

وبغض النظر عن نص الفقرة 2 من المادة 13 من القانون 02-90 التي ألزمت الهيئة التحكيمية الفصل في النزاع في أجل 30 يوم من تاريخ تعيين الحكام وعلى الطابع الإلزامي للحكم

¹⁰ تطلق بعض التشريعات تسمية عقد العمل الجماعي على اتفاقيات العمل الجماعية وهذا ما اعتمده التشريع الأردني على سبيل المثال، أنظر : سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل والضمان الاجتماعي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 500 .

التحكيمي الفاصل في النزاع، فقد أكدت المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على حيازة الحكم التحكيمي لحجية الشيء المقضي فيه، فضلا عن ما نصت عليه المادة 1035 حول كيفية تنفيذه.

وعليه، أصبح التحكيم كآلية بديلة لتسوية نزاعات العمل الجماعية يكتسي طابعا خاصا لما يحتويه من حجية وقوة تنفيذية في حالة الفصل في النزاع.

وعليه، فإن الحكم التحكيمي ينهي النزاع ولا يضع له حدا، فهو يكتسب حجية الشيء المقضي فيه مثل الحكم القضائي، وهذا ما يجعل من التحكيم آلية فعالة في تسوية نزاعات العمل الجماعية.

2- الطرق البديلة لتسوية النزاعات الجماعية في إطار الإدارات

و المؤسسات العمومية

أخضع المشرع تسوية النزاعات الجماعية التي تظهر بين فئة الموظفين والمؤسسات الإدارية أو الإدارات¹¹ للطرق غير القضائية شأنها في ذلك شأن النزاعات الجماعية العمالية، وهذا ما نص عليه القانون 90-02 ابتداء من المادة 14 وما بعدها.

حيث يتم تسوية هذه النزاعات في حالة فشل التفاوض المباشر¹²، عبر إجراء التظلم والمصالحة والوساطة فضلا عن التحكيم لدى اللجنة الوطنية للتحكيم.

أ- التظلم الإداري

وهو إجراء نصت عليه المادة 16 من القانون 90-02، يقوم بموجبه ممثلو فئة الموظفين برفع مسألة خلافهم الجماعي إلى

¹¹ راجع المادة 14 من القانون رقم 90-02.

¹² راجع المادة 15 من القانون رقم 90-02.

السلطة الإدارية الوصية على الهيئة المستخدمة سواء تعلق الأمر بالبلديات أو الولايات أو الوزارات وكذلك المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

وعليه، تتدخل السلطة الوصية لتسوية النزاع الجماعي بين فئة المستخدمين والهيئة المستخدمة التي تشرف عليها.

ب- المصالحة الإدارية

في حالة عدم تسوية النزاع الجماعي على مستوى السلطة الإدارية الوصية، تقوم هذه الأخيرة بعرض محاولة الصلح على طرفي النزاع مثلما نصت عليه المادة 17 من القانون 90-02 عن طريق استدعاءهما رفقة ممثلي الوظيف العمومي ومفتشية العمل المختصة إقليميا، و هذا إذا تعلق النزاع بعدم تطبيق التزام قانوني أو تنظيمي.

وعليه، تتدخل السلطة الإدارية الوصية في هذه الحالة من أجل التوفيق بين طرفي النزاع والتعهد بتنفيذ الالتزام غير المطبق من قبل الهيئة المستخدمة التابعة لها في أجل 30 يوم.

أما إذا تعلق النزاع باختلاف في تفسير نص قانوني أو تنظيمي أو مسائل أخرى تخرج عن الإطار القانوني أو التنظيمي للهيئة المستخدمة، تقوم السلطة الإدارية الوصية بإخطار السلطة المكلفة بالوظيف العمومي التي تعرض النزاع بدورها على مجلس الوظيف العمومية المتساوي الأعضاء من إعطاء التفسير القانوني موضوع النزاع، و هذا ما نصت عليه المادة 22 من القانون 90-02.

هذا، ولم يبيّن المشرع الجزائري طبيعة قرارات مجلس الوظيف العمومية المتساوي الأعضاء وكذلك مسألة إلزاميتها.

وفي جميع الحالات، وفي حالة استمرار الخلاف يتم اللجوء إلى إجراء الوساطة.

ج- الوساطة الإدارية

يتم اللجوء إلى إجراء الوساطة في حالة فشل المصالحة الإدارية، وفي هذا الإطار تقوم السلطة الادارية الوصية حسب الحالة بإحالة النزاع على طرف مُحايِد كوسيط بين طرفي النزاع تقوم بتعيينه، ليقوم بعدها باقتراح تسويات للنزاع ضمن مُدة زمنية معينة مثلما نصت على ذلك المادة 46 من القانون 90-02، على أن يرفع تقريره للجهة التي عينته مع إمكانية نشره في حالة الإضراب لتمكين فئة الموظفين من الإطلاع على التسوية.

وعليه تأتي هذه التسوية كإجراء يشبه إجراء الوساطة بين ممثلي العمال وأصحاب العمل، غير أنها تختلف عنها من حيث الطابع الإداري الذي يغلب عليها، على اعتبار أن الوسيط يتم تعيينه من السلطة الإدارية الوصية (الوزير- الوالي- رئيس المجلس الشعبي البلدي) وليس من قبل طرفي النزاع.

كما تجب الإشارة إلى أن إجراء الوساطة في هذه الحالة يقتصر فقط على حالات الإضراب دون باقي النزاعات الأخرى التي لا ينشأ عنها الإضراب.

د- التحكيم أمام اللجنة الوطنية للتحكيم

إذا تعلق الأمر بالنزاعات الجماعية التي تنتج عنها حالات الإضراب بعد فشل إجراء الوساطة أو تعلق النزاع بفئة الموظفين الممنوعين من الإضراب¹³، مثلما نصت على ذلك المادة 49 من القانون 90-02 فضلا عن المقترضيات والمتطلبات القاهرة التي تفرضها الظروف الاقتصادية والاجتماعية مثلما أشارت إلى ذلك المادة 48 من القانون 90-02.

¹³ بينت المادة 43 من القانون رقم 90-02 فئات الموظفين الممنوعين من الاضراب وهم: القضاة، والموظفين المعيّنين بمرسوم، والموظفين في الخارج، وموظفين الحماية المدنية، وموظفين مصالح الأمن، ومصالح الاشارة الوطنية والجمارك وإدارة السجون.

يتم عرض النزاع أمام اللجنة الوطنية للتحكيم من قبل السلطة الإدارية الوصية (الوزير- الوالي- رئيس المجلس الشعبي البلدي) من أجل الفصل في النزاع الجماعي بصفة نهائية.

وفي هذه الحالة تقوم اللجنة الوطنية للتحكيم بدور الهيئة التحكيمية بعدما تتلقى كافة المعلومات والوثائق التي أعدت في إطار المصالحة والوساطة، لتفصل في النزاع بقرار ملزم على طرفي النزاع مثلما نصت على ذلك المادة 52 من القانون 90-02.

رابعا- مكانة ومزايا الطرق البديلة لتسوية النزاعات الجماعية
تظهر أهمية ومكانة الطرق البديلة لتسوية النزاعات الجماعية التي أتى بها المشرع الجزائري ضمن القانون 90-02 على غرار التشريعات العمالية الحديثة فيما يلي:

- الطابع الودي الذي تتميز به هذه الآليات في تسوية النزاعات الجماعية للعمل خلافا لآليات التسوية القضائية على غرار الصلح القضائي¹⁴ والوساطة القضائية¹⁵.

- التقليل من عرض النزاعات الجماعية للعمل على القضاء الاجتماعي بالرغم من اختصاص هذا الأخير في بعض النزاعات مثلما نصت على ذلك المادة 500 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- تفادي الإشكالات القضائية التي تعرفها الخصومة أمام القضاء سواء فيما يتعلق بالمدة الزمنية للفصل في النزاع، طرق الطعن، إشكالات التنفيذ، النفقات والمصاريف القضائية.

- المرونة التي تتميز بها آليات تسوية النزاعات الجماعية للعمل كونها تخضع لإرادة طرفي النزاع تجعلها محل قبول من قبل طرفي النزاع.

¹⁴ راجع المادة 990 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹⁵ راجع المادة 994 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

-التنوع الذي تتميز به آليات تسوية النزاعات الجماعية للعمل مكنتها من الظهور كطرق بديلة لحل هذه النزاعات.

-الفعالية التي تتميز بها والتي تستمدّها من اتفاق أطراف النزاع على طريقة تسوية النزاع ومدته كما هو الحال في التحكيم، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى الطابع الإداري الذي تتميز به آليات تسوية النزاعات الجماعية بين الموظفين والإدارات أو المؤسسات العمومية لاعتبارات تتعلق بالنظام العام وامتيازات السلطة العامة التي تخضع آليات تسوية نزاعاتها الجماعية لإرادة طرفي النزاع.

-إن الطابع الودي لهذه الآليات والفعالية التي تتميز بها جعلها تلعب دورا أساسيا في حل نزاعات العمل الجماعية والحيلولة دون تفاقمها واستمرارها.

وعليه، فقد أصبحت لهذه الآليات مكانة كبيرة و دور بارز في تسوية النزاعات الجماعية للعمل.

الخاتمة

يتضح مما سبق، مدى أهمية آليات تسوية النزاعات الجماعية في العمل التي أتى بها المشرع الجزائري ضمن القانون 90-02، والمكانة التي أصبحت تحتلها في مواجهة الطرق القضائية المنصوص عليها ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إن المزايا التي تميّز هذه الآليات والإيجابيات التي تتمتع بها وفعاليتها في تسوية النزاعات الجماعية للعمل جعلتها كطرق بديلة عن الطرق القضائية بالرغم من تجربة الجزائر الحديثة.

حيث تهدف هذه الآليات إلى تفادي تفاقم الخلافات الجماعية وتجنب حالات الإضراب مقابل السعي لتحقيق الاستقرار في الحياة الاجتماعية عموما وعلاقات العمل الجماعية خصوصا بما يحمي

المصالح الاقتصادية لأصحاب العمل والمؤسسات المستخدمة من جهة، ومصالح العمال وحقوقهم المهنية والاجتماعية من جهة ثانية، وهذا ما يضمن المحافظة على حرية العمل في مواجهة الحريات النقابية لاسيما الحق في الاضراب.

