



كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة زيان عاشور الجلفة

قسم الحقوق

مخبر التنمية والديمقراطية وحقوق الإنسان في الجزائر
أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه طور ثالث في الحقوق
تخصص: قانون أعمال

بعنوان:

آليات الفصل في المنازعات التجارية في التشريع الجزائري

إشراف الأستاذ :
أ.د/ منصور داود

إعداد الطالبة:
بلقاسمي سارة

لجنة المناقشة:

الصفة	المؤسسة الجامعية	الرتبة العلمية	الإسم واللقب
رئيسا	جامعة الجلفة	أستاذة محاضرة "أ"	د/ جدي نجاة
مشرفا	جامعة الجلفة	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ منصور داود
مشرفا مساعدا	جامعة تمنراست	أستاذ محاضر "أ"	د/ قريقر فتيحة
مناقشا	جامعة الجلفة	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ بن مسعود أحمد
مناقشا	جامعة برج بوعريج	أستاذ محاضر "أ"	د/ رفاف لخضر
مناقشا	المركز الجامعي بركة	أستاذ محاضر "أ"	د/ ونوغي نبيل
مناقشا	جامعة الجلفة	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ العقون ساعد

السنة الجامعية: 2023/2022

الإهداء

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح
بفضله تعالى

مهدة إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله تعالى وأدامهما نورا لدربي

إلى جدتي الغالية حفظها الله

إلى العائلة الكريمة التي ساندتني ولا تزال ...

إلى من كان لهم أثر في حياتي، وإلى كل من أحبهم قلبي ونسيهم قلمي..

الشكر

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على رسوله الكريم ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

بادئا أشكر رب العباد العلي التقدير شكرا جزيلا طيبا مباركا فيه الذي أثارنا بالعلم وزيننا بالحلم، وأكرمنا بالتقوى، وأنعم علينا بالعافية، وأثار طريقنا ويسرنا ووقفنا في إتمام هذه الدراسة وتقديمها على الشكل الذي هي عليه اليوم، فله الحمد والشكر وهو الرحمان المستعان.

وعرفانا بالمساعدات حتى يخرج هذا العمل إلى النور أتقدم بجزيل الشكر والتقدير والعرفان للدكتور "داود منصور" الذي قبل تواضعا الاشراف على هذا العمل، فله أخلص تحية وأعظم تقدير على كل ما قدمه لي من توجيهات وإرشادات وعلى كل ما خصني به من جهد ووقت طوال إشرافه على هذه الرسالة ليسهموا في انجازها وخروجها إلى النور.

ولا يفوتني توجيه الشكر والتقدير لكافة الأساتذة والدكاترة الكرام أعضاء لجنة التكوين في الدكتوراه كما لا يفوتني أن أشكر الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة .

وفي الأخير الشكر والإمتنان لكل من أسهم معنا في إنجاز هذه الأطروحة من قريب أو بعيد.

قائمة المختصرات

اختصارها	الكلمة
ج.ر	جريدة رسمية
ق.إ.م.إ	قانون الاجراءات المدنية والإدارية
ق.م.ج	قانون مدني جزائري
ق.ت.ج	قانون تجاري جزائري
ق.م.ف	قانون المرافعات الفرنسي
أونسيترال	القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي
ط2	طبعة ثانية
ع	عدد
ص	صفحة
م	مادة
د.ط	دون طبعة
د.ت	دون تاريخ

مقدمة

إن الفطرة الإلهية أرادت أن يخلق الإنسان ولكن ليس للعيش وحيدا، ذلك أن البشر منذ الخلق الأولى تفتنوا لضرورة العيش في جماعات، مالم لبثت أن كونت قبائل تحولت فيما بعد إلى مجتمعات ضمت أفرادا من مختلفي الأصول سواء العرقية، الإجتماعية، الإتجاهات الفكرية والإيديولوجية مما أدى إلى ظهور العديد من الإختلافات بينهم.

هاته الإختلافات كانت تسوى في البداية عن طريق القضاء، والذي اعتبر مهمة نبيلة، كان ولا زال يؤدي الغرض النبيل له، فهو ملاذ كل ضعيف ومظلوم ولولا وجود هذه المؤسسة التي تعتبر من الأمور المهمة والجد خطيرة في حياة البشر لما استقرت الأحوال، لأنه يفض الكثير من النزاعات التي قد تثار بين الناس وفي سبيل استرجاع هذه الحقوق يلتجئ كل فرد إلى استنفاة حقوقه منه، فالعدل هو أساس قيام الحضارات وأساس قيام الدولة، فلا يمكن أن نقول أن هناك كيان لدولة بدون وجود قضاء، ولعل مهنة القضاء هي من أنبل المهن التي يتولاها الإنسان و أخطرها في نفس الوقت نظرا لصعوبة ودرجة قداسة هذا العمل من ناحية إعطاء كل ذي حق حقه، فوظيفة هذه السلطة أساسية في حياة البشر وبالتالي فهي حتمية ولا غنى عنها.

وبما أن الدولة هي التي تتولى وظيفة القضاء من خلال إنشاء هيئات تتكفل به من محاكم ومجالس تناط بذلك، تذهب معظم دساتير العالم إلى تكريس الحق الحصري للدولة في حسم النزاعات وصيانة حقوق الناس عن طريق النزاعات التي تنشأ بينهم في أي بيئة سواء مدنية أو تجارية أو اجتماعية، فتصدر أحكام لها القوة التنفيذية ولها القابلية في التنفيذ، وتلزم كل من عليه حق أو صاحب حق أن يحترم ذلك طوعا أو كرها بقصد إقامة نظام عام وشامل وتحقيق عدالة اجتماعية بين الأفراد حتى يصبح لكيانها معنى في الوجود وتكريسا لمبدأ استقلالية هذا المرفق حتى تكون هناك مساواة بين الضعيف والقوي ولمجابهة الفساد بكل أنواعه، مع مراعاة الأشخاص المكلفين في خدمة هذه السلطة، بالالتزام ببعض القوانين من حياد واستقلالية وإحاطتهم بجانب كبير من التقدير والإجلال نظرا للمهمة التي يؤديونها.

إن ضرورة معالجة القضايا التجارية من طرف قضاة متخصصين ومتوفرين على جميع الإمكانيات اللازمة لجعلهم يفصلون في النزاعات التجارية المعروضة عليهم بالسرعة التي تتطلبها

الحياة التجارية، أصبحت في ظل عولمة التجارة والاقتصاد من أهم المطالب التي يعلق على تحقيقها المستثمرون، ولاسيما الأجانب لاستثمار أموالهم في أي بلد من البلدان، هذه الضرورة هي التي دفعت بالمشروع إلى استحداث محكمة تجارية متخصصة بمقتضى القانون رقم 22-13¹ الذي يعدل ويتم القانون رقم 08-09، وهكذا قام المشروع بوضع لائحة بالمنازعات التي تدخل في اختصاص المحكمة التجارية وذلك من خلال المادة 536 مكرر من القانون السالف الذكر.

ومن بين أهم هذه المنازعات نجد النزاعات الناشئة بين الشركاء في الشركة التجارية، ونشير إلى أن المشروع الفرنسي لم يكن يعطي الإختصاص في هذا النوع من القضايا للمحاكم القنصلية إلا بعد تعديل الفصل 2-613 من القانون التجاري بمقتضى قانون 17 يوليو 1856، فقبل هذا التاريخ كان حل النزاع يتم باللجوء إلى مسطرة التحكيم الإجبارية.

في الآونة الأخيرة من العصر الحالي سقط القضاء والقضاة في كم هائل من النزاعات التي أزهقت كيانه وأصبح يتسم بالثقل في فض الكثير من النزاعات التي قد تثار بين الأفراد، نظرا للتطور الحاصل في الحياة من وسائل تكنولوجية ورقمية واتساع الرقعة الاقتصادية وزوال الحدود الجغرافية بين الدول الشيء الذي لم يكن له حسابان في النظام القانوني للدول والمجتمع الدولي فلا يمكن أن يذكر القضاء إلا وذكر معه التماطل والتأخير في حل النزاعات فأصبح بذلك يشكل عائقا كبيرا أمام أطراف عقد تجاري دولي أو محلي لمعرفتهم اللاحقة بأن النزاع سيطول أمده إذا التجأوا إلى القضاء فتولدت لديهم نظرة سلبية على القضاء وأصبح بذلك يشكل عائقا أمام أرباب التجارة وأصحاب رؤوس الأموال لما يتسم عالمهم من سرعة ومرونة وتكاليف كبيرة في فض نزاعاتهم.

ومن أجل ذلك قام المشروع الجزائري ورغبة منه في تفعيل الإجراءات القانونية التي تضبط مسار الدعوى وتماشيا والتطورات السريعة التي يشهدها المجتمع الجزائري في شتى الميادين، وضمن تطبيق المخطط الوطني للتنمية الشاملة لإصلاح العدالة، كان لزاما عليه أن يلجأ إلى استحداث آليات بديلة في حل النزاعات التجارية، لما في ذلك من أهمية في تفعيل النصوص القانونية والتشريعية لمواكبة التحول داخل المجتمع، باعتبار أن نمط سير الدعوى وتطبيقاتها الحديثة في كافة المجالات في فض الخصومات.

¹ - القانون رقم 22-13 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق 12 يوليو سنة 2022، يعدل ويتم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

هذه الآليات التي استحدثها المشرع الجزائري هدفها إضافة أنظمة إجرائية تخضع لنظام سير الخصومة القضائية بصفة عامة وكل ما من شأنه تفعيل الجزاءات التي تفرضها حالة المساس بالحقوق الموضوعية للأشخاص أو المؤسسات لما في ذلك من ضمانات لاستقرار المعاملات التجارية والتصرفات داخل المجتمع.

وبما أن صوت التجار والتجارة منظم ومسموع وفعال، طالب مجتمع الأعمال في الغرب بحماية مراكزهم التجارية في الدول الأوروبية وأمريكا، وحتى العربية منها فكان اللجوء إلى طريق آخر لفض النزاعات التجارية ألا وهو التحكيم من أجل خلق مناخ أفضل أمام المتعاقدين لتنفيذ التزاماتهم العقدية المحلية والدولية، خصوصا إذا كان النزاع في بيئة التجارة لتلافي بعض الصعوبات الناشئة في بيئة القضاء، فكان التحكيم هو الوسيلة الأساسية لفض المنازعات حتى قبل نشأة الدولة فلما ظهرت الدولة وقويت شوكتها أصبحت سلطتها القضائية هي المختصة بالفصل في كافة المنازعات التي تقع على أرضها، غير أن المشرع أقر التحكيم ونظم قواعده تخفيفا على كاهل القضاء، واحتراما لإرادة الخصوم الذين يفضلون التحكيم نظرا لما يحققه من مزايا أهمها سرعة الفصل في المنازعات، وقلة التكاليف، والسرية، والخبرة في مجال المنازعة لأطراف النزاع والدولة باعترافها بالتحكيم وإجازتها له قانونا، إنما تترك بإرادتها قدرا من ولاية القضاء للمحكمن.

فاللجوء إلى التحكيم يعود إلى عهد بعيد في تاريخ البشرية والمجتمع الدولي فقد تم اللجوء إليه قبل اللجوء إلى القضاء لأن الأفراد والجماعات ظهرت قبل تكوين الدولة التي انبثق عنها بعد تطور لاحق القضاء لذلك فقد تم اللجوء إليه سواء للفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأطراف الطبيعية والمعنوية في إطار القانون الداخلي أو الفصل بين أشخاص القانون الدولي وأصبح للتحكيم أهمية كبيرة خاصة في الوقت الراهن نظرا لمقتضيات الحياة الاقتصادية ومتغيرات التجارة والاستثمارات التي أصبحت اليوم عابرة للقارات حيث صار لزاما على الدول العمل على تطوير القوانين الخاصة به وإعادة تحديثها بشكل يتماشى مع انفتاح الأسواق العالمية وكذا جذب الاستثمارات الأجنبية الأمر الذي يشجع المستثمر الأجنبي وحتى الوطني على خوض غمار الاستثمار لأنه يعلم أنه هناك منظومة قانونية تحمي أمواله.

فالاستثمار يعتبر دعامة أساسية للتنمية، فهو يشكل بالإضافة إلى الطاقة الإنتاجية زيادة في الثروات لما لذلك من أثر في اشباع الحاجات وتوفير الخدمات، كما أنه يحتاج إلى مناخ يجلبه ولاشك

أن تحقيق الأمن القانوني والقضائي يساهم إيجابيا في ذلك، فالمستثمر سواء كان وطنيا أو أجنبيا، ومهما كانت المبادرات التشجيعية المنصوص عليها في التشريعات والأنظمة فإنه ما كان ليغامر إلا إذا تحقق من وجود قضاء مستقل وفعال يحقق العدل والمساواة وهو ما يضمنه التحكيم التجاري.

لقد دفعت المشاكل التي يعاني منها القضاء والتحكيم إلى البحث عن طرق أو وسائل كفيلة بتحقيق العدالة المأمولة من طرف أفراد المجتمع، ولأجل الوصول إلى ذلك اتجهت عديد الدول من بينها الجزائر إلى تبني نظام الطرق البديلة في حل مختلف المنازعات.

لذلك أصبح اللجوء للوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية في وقتنا الحالي أمرا ملحا، وذلك لتلبية متطلبات الأعمال الحديثة، والتي لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل منفرد، فمع التطور المستمر في التجارة والخدمات، وما نتج عن ذلك من تعقيدات في المعاملات، وحاجة إلى السرعة والفعالية في الفصل في الخلافات، وتخصص من قبل من ينظر بهذه الخلافات أو يسهم في حلها، الأمر الذي استدعى تعميق الدراسات حول الآليات والنصوص وتجاوز المفاهيم الكلاسيكية للعدالة وتوسيع المنظور إليها لكي تأخذ بعدا جديدا يتجاوب مع الاضطراب المتواتر في ارتفاع عدد القضايا والوسائل المتاحة لحلها والتفكير في إيجاد وسائل بديلة لفض النزاعات التجارية فإن التقاضي أمام المحاكم التي تنشئها الدولة وتعين قضاتها والـ إجراءات المتبعة أمامها الطريقة العادية والطبيعية لفض المنازعات التي تثور بين الأفراد أو التجار فإن واقع القضاء أصبح يعاني من معوقات ومشاكل مرتبطة بكثرة القضايا وقلة الإمكانيات المالية والبشرية ذات الكفاءة والتخصص.

ومن أجل التقليل أو الحد من هذه النقائص، عمدت التشريعات إلى استحداث طرق بديلة عن القضاء لتسوية المنازعات التجارية، كالوساطة و الصلح.

ونظرا لما تحتله الوسائل البديلة لحل النزاعات من مكانة بارزة في الفكر القانوني والاقتصادي، على المستوى العالمي، وما شهده العالم منذ نصف قرن ويزيد من حركة فقهية وتشريعية لتنظيم الوسائل البديلة، وما تمثله في الحاضر من فعل مؤثر على صعيد التقاضي كان من الطبيعي أن تعمل الدول جاهدة لإيجاد إطار ملائم يضمن لهذه الوسائل تقنينها ثم تطبيقها لتكون بذلك أداة فاعلة لتحقيق وتثبيت العدالة وصيانة الحقوق.

ونظرا لأهمية هذه الطرق في فض الكثير من النزاعات التجارية، في ظل الانتقادات الموجهة إلى القضاء والتحكيم، الذي أثقل بكثير من الدعاوى والشكاوى مع دخول عصر العولمة والخصوصية وموجة التحرر الإقتصادي وارتفاع حجم المبادلات التجارية، وشيوع التجارة الإلكترونية، تبعا لذلك ازدادت المنازعات التجارية وكان أمام هذا الوضع أنه لا بد من إيجاد حلول تتماشى مع متطلبات هذا العصر في حل النزاعات الناشئة في بيئة الأنترنت هروبا من الطرق القضائية التقليدية في حلها.

فأصبح اللجوء إلى هذه الطرق في وقتنا الحالي أمرا لا بد منه في أغلب النزاعات التجارية، لذلك نرى التأييد لإيجاد طرق بديلة ودية تتسم بالسرعة والسرية والمرونة في إضفاء روح من نوع خاص في كيفية التعامل مع النزاعات، فأغلب الشركات التجارية الكبرى تريد الخروج في أسرع وقت وبتكلفة قليلة من النزاع بحل ودي ينمي تجارتهم ويعزز مستقبلهم دون انقطاع الرابطة التجارية مع الأطراف المتعاملة معهم، فكان لزاما عليها أن تعطي لها طابع خاص ومهم حتى أصبحت طرق محببة وأصلية في اللجوء إليها من طرف الأقطاب التجارية والأفراد في تعاملاتهم اليومية والمؤسسات المالية، كما تولدت لدى رجال الأعمال والمستثمرين قناعة تامة في طرحها في قضاياهم حين إبرام عقودهم والنص عليها في كل بنود العقد على أنها وسائل محببة وأكثر انسجاما مع متطلبات تجارتهم، لما فيها من ربح للوقت، واقتصاد للمال، واختصار للإجراءات الإدارية والقضائية، والتي تكون بطيئة في غالب الأحيان لطبيعة المنازعات وكثرة القضايا وتشعب إجراءات التقاضي، وذلك أن في عالم التجارة الوقت هو المال والسرعة هي عنصر أساسي في الوقت الحالي من العصر الحديث نتيجة لذلك فإن العدالة البطيئة هي نوع من الظلم والعلنية التي يتسم بها القضاء والتحكيم مؤخرا، تسيء بدرجة كبيرة إلى سمعتهم التجارية.

فلا عجب إذن أن تعرف الطرق الودية لحل النزاعات التجارية اهتماما متزايدا على صعيد مختلف الأنظمة القانونية والقضائية، وذلك لما توفره هذه الأخيرة من مرونة وسرعة في البت والحفاظ على السرية وما تضمنه من مشاركة الأطراف في إيجاد الحلول لمنازعاتهم.

وعليه فإن من الطبيعي أن تعمل الدول جاهدة على إيجاد الإطار القانوني الملائم الذي يضمن للتجار والمستثمرين حقوقهم، وذلك من خلال توفير كل الإمكانيات اللازمة والآليات الضرورية لحل نزاعاتهم التي قد تنشأ بينهم، بالإضافة إلى تهيئة المناخ الملائم لاستقطاب رؤوس أموالهم الأجنبية والوطنية وتحقيق التنمية، ومن ثم المحافظة على المنافسة الحرة والنزيهة، وقد انصبت كل

التشريعات بالدرجة الأولى على تكريس كل الضمانات للمتعاملين من خلال رفع كل الحواجز التي قد تحول دون ممارسة النشاط الإقتصادي بما فيها أسلوب معالجة القضايا والنزاعات التي قد تنشأ بينهم.

كما وأن طبيعة المنازعات المعروضة على القضاء، أصبحت أكثر تعقيدا وتنوعا نتيجة التطور العملي والتكنولوجي، كمنازعات الملكية الفكرية والتجارة الإلكترونية ومسؤولية المقاول والمهندس والنقل البحري والجوي والحوالات المصرفية والإلكترونية... الخ.

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

وأخيرا فإن بروز أنواع مستحدثة من العقود مازالت تفرزها الحياة الإقتصادية يوميا ويقف القاضي غير المتخصص عاجزا عن فهم مضمونها أو تفاصيلها، مما يجعل نظام الطرق البديلة وسيلة أفضل من القضاء لفهم مكوناتها والحكم في منازعاتها.

فطرقنا في هاته الدراسة جل الآليات بما فيها القضاء التجاري الذي أصبح أكثر من أي وقت مضى مطالبا بالإنفتاح على محيطه الخارجي والإطلاع على تجارب قضائية وثقافات قانونية أخرى، ذلك أن القضاء هو الجهة الرئيسية المخولة بالفصل في المنازعات، بالإضافة إلى مختلف الآليات الأخرى كالتحكيم والوساطة والصلح.

الجدير بالذكر أن هاته الآليات هدفها تسوية مختلف النزاعات التجارية في وقت أسرع وأقل تكلفة.

كان وراء اختيار هذا الموضوع سببان السبب الأول هو اعتبار هذه الطرق بما فيها القضاء من أهم الآليات ومن أشدها استقطابا للمتنازعين في مجال القانون العام والخاص، نظرا لخصوصية قواعدها وجدتها وواقعيتها وفعاليتها على أرض الواقع، بالإضافة إلى كثرة التعاملات التجارية بين الأشخاص والدول سواء أكانت دولية أو داخلية، لذا جذبني هذا الموضوع وجعلني أبحث فيه وذلك من

خلال التطرق إلى كل الوسائل أو الآليات فيما يخص النزاعات التجارية القائمة بين الدول والأشخاص، لذا أدركت أنه لا بد من التطرق لها للتعرف عليها من قريب في مدى فاعليتها في فض النزاعات التجارية.

أما السبب الثاني فهو قلة الدراسات التي تعرضت لهذا الموضوع بكثير من التفاصيل لاسيما منها العربية، على خلاف التحكيم الذي يوجد فيه عدة دراسات، كما أنه يشكل موضوعا مهما في وقتنا الحاضر، بالإضافة إلى أن المحاكم التجارية المتخصصة قد استحدثت بموجب القانون رقم 13-22 السالف الذكر، كل هاته الأسباب دفعتنا إلى دراسة هذا الموضوع.

لقد جاء اختيارنا لبحث الموضوع، كونه يساهم في فض الخصومات بين المتنازعين والتواصل والتفاهم وزيادة الثقة بينهم من خلال تسوية نزاعاتهم التجارية، في بيئة تتمتع بجو ملائم ومشجع للاستثمار، ولأجل تسليط الضوء عليها كأنظمة قانونية خاصة قديمة الوجود، تساهم في تسهيل المعاملات التجارية العقدية وغير العقدية، ضمن محور محرك وهو الحفاظ على رؤوس الأموال، ضمن نموذج يحقق السيولة الحسنة لمختلف المؤسسات والشركات التجارية.

استنادا للمعطيات السابقة، نطرح الإشكالية التالية:

- إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في وضع آليات تفصل في مختلف المنازعات التجارية في النظام القانوني الجزائري؟.

ضمن هذا الإشكال، وفي ذات المعنى يطرح موضوع الدراسة جملة من التساؤلات الفرعية، نأتي إلى ذكرها على النحو التالي:

- كيف يمكن للمحكمة التجارية المتخصصة أن تساهم في التطورات في عالم التجارة؟

- ما مدى فعالية قواعد الإختصاص القضائي التجاري في تحقيق الحماية الإجرائية لتسوية مختلف النزاعات؟

- كيف لنا أن نحدد نطاق المنازعات التي يختص بنظرها القسم التجاري؟

-هل يمكن فض النزاعات التجارية بطرق ودية دون اللجوء إلى القضاء المختص بين الشركات والأفراد بواسطة شخص ثالث حيادي ونزيه؟

-لماذا أصبح اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية أسهل من القضاء والتحكيم في وقتنا الحالي؟

-ما هو النظام القانوني للوساطة القضائية باعتبارها بديلا لحل النزاعات التجارية؟.

و للإجابة على التساؤلات المطروحة أعلاه، تم الإعتماد وبشكل أساسي على المنهجين الوصفي والتحليلي، حيث قمنا بوصف وتحليل النصوص القانونية لكل هاته الوسائل، والمدرجة ضمن القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، والقانون التجاري، وجميع النصوص القانونية ذات الصلة، وذلك لإعطاء الحلول القانونية لبعض الإشكالات مع التطبيقات الميدانية لها، كما تم تسليط الضوء على بعض المفاهيم التي يعتقد أنها تستحق شيئا من الشرح كما جاء به الفقه القانوني.

مع الإستعانة بالمنهج المقارن في بعض الجزئيات وخاصة في حالة وجود نقص أو غموض، حيث ندرس تلك الجزئية دراسة مقارنة إما بالقانون الفرنسي، أو بالقانون المغربي وبعض القوانين العربية المتعلقة بموضوع الدراسة، من أجل فهمها فهما صحيحا ومعرفة مدى توفيق المشرع الجزائري في تنظيم أحكامها.

وأخيرا و انطلاقا من طبيعة الموضوع، ومن أجل الوصول إلى التحليل الدقيق للموضوع محل الدراسة من جهة، وللإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه من جهة أخرى، تم تقسيم الموضوع إلى بابين، جاء الباب الأول تحت عنوان الآليات القضائية للفصل في المنازعات التجارية في التشريع الجزائري ، حيث قمنا بتقسيمه إلى فصلين، خصصنا (الفصل الأول) لدراسة التنظيم القانوني للقضاء التجاري الجزائري، هذا وتم تخصيص (الفصل الثاني) لدراسة التنظيم القانوني للتقاضي أمام القضاء التجاري، ومن جهة موازية جاء الباب الثاني تكملة للباب الأول حيث عنوانه بالآليات غير القضائية للفصل في المنازعات التجارية في التشريع الجزائري ، وهو الآخر قسمناه إلى فصلين، تطرقنا في (الفصل الأول) إلى الآليات الشبه قضائية للفصل في المنازعات التجارية في التشريع الجزائري، في حين تناولنا في (الفصل الثاني) الآليات الودية للفصل في المنازعات التجارية في التشريع الجزائري،

وذلك للإحاطة بالموضوع وإبراز جوانب الفعالية فيه إن وجدت، بالإضافة إلى استخراج إيجابيات وسلبيات القواعد القانونية المطبقة عليه.

الباب الأول : الآليات القضائية للفصل في المنازعات التجارية في التشريع الجزائري

إن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، وأمر من أمور الدين، ومصلحة من مصالح المسلمين، وهو أساس الحكم، وسلطة من السلطات التي يقوم عليها بناء الدولة الحديثة، ورمز لرقبها ودليل على حضارتها، وميزان تقاس به تصرفاتها.

و إذا كانت السنن الإلهية قد ربطت بقاء الدول واستقرارها بالعدل فإن القضاء هو الوسيلة التي يتحقق بها العدل، فالعدل بالقضاء يرسخ ويقوى لأن القضاء هو حصن العدل الحصين، وحارسه الأمين، ومكانه في الدولة هو الأساس باعتباره ميزان الحق. ومن هنا جاء الإهتمام بالقضاء وتقديسه واستقلاله على مر العصور، ووضعت الأنظمة التي تساهم في تطويره وحسن سير أدائه.

إن القضاء التجاري أصبح أكثر من أي وقت مضى مطالبا بالإنفتاح على محيطه الخارجي والإطلاع على تجارب قضائية وثقافات قانونية أخرى، رغبة في تطوير واستيعاب ميكانيزمات العمل التجاري حتى يصبح قادرا على إيجاد الحلول المناسبة لما قد يعرض عليه من القضايا التجارية والتي تهم مجال الإستثمار، ومن ثم يكون فاعلا أساسيا في خلق مناخ سليم يسوده الإطمئنان والثقة والاستقرار، ويشكل دعامة قوية لعملية التنمية وتشجيع الاستثمار، وحتى يقوم القضاء التجاري المتخصص والتأكد من مدى احترام الطرفين للاتفاق وتطبيق القانون بشأنها تطبيقا سليما، آخذا في اعتباره الموازنة بين حقوق المستثمر وحقوق الدولة.

ومن أجل هذا ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين ، خصصنا (الفصل الأول) لدراسة التنظيم القانوني للقضاء التجاري الجزائري فقسمناه إلى ثلاث مباحث جاء (المبحث الأول) بعنوان القضاء التجاري المتخصص في ظل النظام القضائي الجديد، و(المبحث الثاني) لدراسة التنظيم الهيكلي للقضاء التجاري في الجزائر، أما (المبحث الثالث) فكان بعنوان التنظيم الوظيفي للقضاء التجاري الجزائري.

أما عن الفصل الثاني فتناولنا فيه التنظيم القانوني للتقاضي أمام القضاء التجاري، حيث خصص (المبحث الأول) منه لدراسة نظام التقاضي أمام القضاء التجاري، و(المبحث الثاني) النظام القانوني لأحكام المحاكم.

الفصل الأول: التنظيم القانوني للقضاء التجاري الجزائري

إن من بين أهم الضمانات القانونية لحماية الإستثمار الأجنبي والوطني، هو توفير قضاء متخصص وسريع لحل المنازعات المرتبطة بالإستثمار لذا فقد اتجهت الجزائر نحو ارساء قضاء متخصص لحل المنازعات المرتبطة بالإستثمار بالنظر في القضايا التجارية وقد كان الهدف من إنشاء نظام متخصص هو تحقيق عدالة سريعة وفعالة تشكل دعامة قوية لعملية التنمية وتشجيع الإستثمار واستيعاب متطلبات العمل التجاري حتى يصبح قادرا على إيجاد الحلول المناسبة لما قد يعرض عليه من منازعات تجارية تهتم مجال الإستثمار، ومن ثم يكون فاعلا أساسيا في خلق مناخ سليم يسوده الإطمئنان والثقة والإستقرار ويشكل دعامة قوية لعملية التنمية وتشجيع الإستثمار¹.

وعليه سنتناول القضاء التجاري المتخصص في ظل النظام القضائي الجديد (المبحث الأول)، والتنظيم الهيكلي للقضاء التجاري في الجزائر (المبحث الثاني).

¹ - صونية بن طيبة، "الأمن القضائي كآلية لدفع عجلة التنمية في مجال الإستثمار"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة منتوري قسنطينة، المجلد 6، العدد 2، 2021/06/22، ص50.

المبحث الأول: القضاء التجاري المتخصص في ظل النظام القضائي الجديد

تجسد التجارة العمق الاقتصادي سواء للدول أو للمجتمعات أو للأفراد، فمن الأهمية بمكان أن تأخذ الدول بإصدار العديد من الأنظمة والتشريعات المنظمة للعلاقات التجارية على المستوى الداخلي للدولة والأفراد فيما بينهم، أو بين المجتمع الواحد، أو على المستوى الخارجي بوضع أنظمة متعلقة بالتجارة الإقليمية، وطبيعة التباين و الاختلافات التي ستقع بين الأفراد بسبب العلاقة التجارية ستتسأ عنها بالضرورة خصومات متعددة، و مطالبات لحقوق غير مستوفاة، فكان لابد من إنشاء جهة تفصل بين الخصوم، وهو القضاء متمثل في المحاكم¹.

المطلب الأول : القضاء المتخصص كآلية فعالة لحل المنازعات التجارية

تركز الإهتمام على القضاء المتخصص بعد زيادة المنازعات وتنوعها، وتشعب القوانين وتفرعها وما أحاط بها من تعقيدات الأمر الذي حمل كثيرا من الدول على تبني نظام القضاء المتخصص.

كما أن دور القضاء المتخصص في تشجيع الاستثمار وتنمية الاقتصاد احتل جانبا من الموضوعات التي نوقشت من قبل خبراء في البنك الدولي والمؤتمرات الدولية ذات العلاقة، وبغية تسليط الضوء على الموضوع وجب تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نبحت في (الفرع الأول) عن مفهوم القضاء المتخصص، ثم نعرض مزايا القضاء المتخصص وعيوبه في (الفرع الثاني الثاني)، أما أهمية التخصص القضائي فسنعرضه في (الفرع الثالث).

¹ -محمد لبيبا، محمد إبراهيم نقاسي، "محاكم القضاء التجاري في المملكة العربية السعودية"، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر كلية الشريعة و القانون -طنطا، مصر، المجلد الخامس والثلاثون، العدد 1، مارس 2020، ص620.

الفرع الأول: مفهوم القضاء المتخصص

تؤكد دساتير جميع الدول على كفالة حق التقاضي لجميع المواطنين على قدم المساواة، إذ يعد هذا الحق من الحقوق الدستورية التي لا غنى للفرد عنها بوجود حق التقاضي يتسنى للأفراد اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، والذي تحدده القوانين الداخلية طبقا لاختصاص المحاكم النوعي أو المكاني بحسب الموضوع.

وهذا يعني أن هناك تنوعا في اختصاص المحاكم أعدته الدساتير الوطنية والمواثيق الدولية.

أولا: التعريف بالقضاء المتخصص وتشكيلته

إن عدنا إلى المعنى اللغوي للقضاء المتخصص وجدنا أن التخصص يعني لغة "خصه بالشيء يخصه خصا وخصوصا...". أما اصطلاحا فقد تعددت التعاريف التي انصبت على القضاء المتخصص والمحاكم المتخصصة، فعرف البعض المحاكم المتخصصة بأنها "محاكم تختص بنظر نوع معين من المنازعات على نحو ينقطع القضاة القائمين عليها بالنظر لهذا النوع من القضايا مما يؤدي إلى اكتسابهم خبرة ومهارة كافية من أجل تحقيق عدالة سريعة دقيقة"، في حين عرفها آخرون بأنها "محاكم ذات اختصاص قضائي محدود أو حصري في مجال قانوني يرأسها قاضي له خبرة في هذا المجال". وعرفت أيضا بأنها "هيئة قضائية تنشأ بقانون أو بناء على قانون، بدرجة محكمة ابتدائية. وهي تدخل في إطار تشكيلات المحاكم العادية، ويقتصر نطاق ولايتها القضائية على نوع أو أنواع معينة ومحددة من القضايا والمنازعات، والتي غالبا ما تكون ذات طبيعة فنية تقنية"¹.

وعليه يمكننا تعريف القضاء المتخصص بأنه: تشكيل من تشكيلات المحاكم يناط به على وجه دائم النظر في نوع معين من المنازعات، ويدار بواسطة قضاة تلقوا تدريباً خاصاً ويمتلكون كفاءة وخبرة عالية في التعامل مع المنازعات التي تدخل في اختصاص هذه المحاكم.

¹ - نجلاء توفيق نجيب فليح، "القضاء المتخصص ودوره في تطوير النظام القضائي"، مجلة الحقوق، جامعة البحرين عمادة الدراسات العليا والبحث العلمي، البحرين، المجلد 16، العدد 4، 31 أكتوبر 2019، ص362.

وتختلف تشكيلات القضاء المتخصص من دولة إلى أخرى، فقد يتشكل من محاكم متخصصة مستقلة أو يأخذ شكل دوائر متخصصة في محكمة موجودة أصلاً، وقد تتشكل المحاكم المتخصصة برئاسة قاضي مع مساعدين من الخبراء، ففي فرنسا تتشكل المحاكم الجمركية من قاضي يساعده اثنان من كبار موظفي الجمارك، وتأخذ دولة الإمارات العربية المتحدة بنظام تشكيل محاكم متخصصة ومنها المحاكم العمالية والتي تتشكل من قاضي وخبيرين، وفي جميع الأحوال يتعين لتحقيق العدالة المنشودة أن يقترن تخصيص المحاكم بتخصص القضاة العاملين في حقل معين وإكسابهم الخبرة والتدريب اللازم في ذلك الحقل¹.

ثانياً: التمييز بين القضاء المتخصص و القضاء الاستثنائي والقضاء الخاص

يتجه البعض إلى اعتبار أن القضاء الاستثنائي والقضاء الخاص مصطلحان مترادفان ويشيرون بذلك إلى محاكم تنشأ لفترات مؤقتة للفصل في قضايا أو جرائم معينة أو لفئات محددة من الأشخاص أو لفترة زمنية محددة تنتهي بعدها ولايتها، ولا تلتزم هذه المحاكم بتوفير ضمانات المحاكمة العادلة للمتهم ولا منحه حق الطعن بالأحكام التي تصدر ضده، في حين يميز آخرون بين المحاكم الاستثنائية والمحاكم الخاصة على أساس أن المحاكم الاستثنائية لا تنشأ بالأداة التشريعية التي تنشأ بها محاكم القانون العام، وأنها تختص بنظر جرائم من نوع معين، أو محاكمة فئة من المتهمين، وتشكل غالباً من أفراد من غير القضاة كأن يكونوا سياسيين أو عسكريين، وكثيراً ما تهدر هذه المحاكم ضمانات المحاكمة العادلة، في حين يقتصر وصف المحاكم الخاصة وفق رأيهم على المحاكم التي تتشكل في أوقات الأزمات والطوارئ ويحاكم المتهمون أمامها دون إخلال بضمانات المحاكمة العادلة، وتنتهي صلاحياتها بانتهاء الظرف الذي تشكلت من أجله. لكن يبدو أن الصورة والفرق أبعد مما يذهب إليه هذا الرأي، وأن مفهوم المحاكم الخاصة مفهوم مرن وغير منضبط فهذه المحاكم صور متعددة تختلف باختلاف الغاية من انشائه.

لا ننكر أن القضاء الاستثنائي والخاص يمكن أن يقتريا من حدود القضاء المتخصص في مسألة واحدة، وهي أنهما ينظران في قضايا محددة وفي نوع معين من الدعاوى، ولكن الفكرة الأساسية

¹ - نجلاء توفيق نجيب فليح ، مرجع سابق، ص362.

للقضاء المتخصص تختلف جوهريا عن الغاية من القضاء الإستثنائي والخاص، وأن هناك فروقا عديدة بين الإثنين يمكن أن نجملها بالآتي:

-أن القضاء الإستثنائي والقضاء الخاص، في بعض صورته غالبا ما يحملان طابع التوقيت لمعالجة قضايا ناجمة عن أزمات وقتية تحتاج إلى تدخل قضائي عاجل، في حين أن القضاء التخصصي يحمل طابع الديمومة والإستمرار.

-لا يفترض في القاضي في المحاكم الإستثنائية والخاصة في بعض صورها، التخصص ولا الكفاءة والخبرة، بل على العكس يمكن أن تشكل المحاكم الاستثنائية من أشخاص من غير القضاة المحترفين¹، كما هو الحال في المحاكم العرفية، وكل ما يناط بهم هو النظر في قضايا معينة أو النظر بقضايا فئات معينة، على عكس القاضي في القضاء المتخصص الذي يتعين أن يملك الخبرة والمؤهلات الدقيقة والكفاءة والتعمق، ولعل هذا الفرق هو من أهم الفروق المميزة للقضاء المتخصص عن القضاء الإستثنائي والخاص.

-إن القضاء المتخصص يدخل في صلب النظام القضائي على وفق كثير من الدساتير، في حين أن القضاء الاستثنائي أو الخاص يشكلان بموجب قوانين خاصة، وأن القضاء الأخير وخصوصا الاستثنائي لا يخضع في الغالب لطرق الطعن وهو ما دعا المدافعين عن حقوق الإنسان إلى الغائه.

¹ - نجلاء توفيق نجيب فليح، مرجع سابق، ص365.

الفرع الثاني: مزايا القضاء التخصصي وعيوبه

للقضاء المتخصص مزايا أثبتتها الدراسات والتجارب في العديد من الدول، ومع هذا فهناك من يظن أن للقضاء المتخصص عيوب، ولا يقف الأمر عند ذلك بل يشكك أو يقلل من مزاياه، وسنتولى في الفرع الأول عرض مزايا القضاء المتخصص، ونخصص الفرع الثاني لما اعتبر عيوباً أو نقائص للقضاء المتخصص.

أولاً: مزايا القضاء المتخصص

دللت التجارب على أن للقضاء المتخصص مزايا يمكن أن نجملها بالآتي:

1/ القضاء المتخصص أكثر كفاءة وأقدر على حسم القضايا بنجاح:

إن تنوع القوانين الحديثة وتشعبها وتعقدها وتطور النزاعات وتعدد أشكالها أوجبت إدخال التخصص في الميدان القضائي كغيره من ميادين الحياة، وبهذا فإن تشكيل القضاء المتخصص سيكون الحل المجدي للتعامل مع التطورات والظروف المستجدة¹، فهذا القضاء لطبيعته تخصصه هو أكثر قدرة وكفاءة على حسم المنازعات الناجمة عنها وتحقيق الاستقرار والطمأنينة ليس فقط للمتقاضين بل للمجتمع، فالقاضي الذي يعد ويهيأ للعمل في المحاكم المتخصصة يملك الخبرة والدراسة العميقة في المجال الذي يتخصص فيه.

هذا ولا بد وأن يعمل القاضي ابتداءً في جميع الإختصاصات في المحكمة الابتدائية فيلم بجميع أنواع القضايا المدنية والجنائية والإدارية والمستعجلة، ولكننا نرى بعد ذلك أنه لا بد من أن نستقد من مبدأ التخصص، إذ أنه كلما عمل القاضي في تخصص معين مدني أو تجاري أو جنائي لفترة أطول، وكلما كانت القضايا التي فصل فيها في هذا النوع كثيرة ومتعددة، كلما زادت خبرة القاضي بهذا النوع من القضايا وزاد إلمامه بالقوانين الموضوعية والإجرائية المتعلقة به، وبالتالي أمكن لهذا القاضي أن

¹ -محمد محمود عبد الله علي بازي، "القضاء التجاري، النشأة والتطور-المشكلة والحلول"، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر القضائي الفرعي الأول، لأمانة العاصمة ومحافظات صنعاء والجوف والمحويت ومأرب المنعقد في صنعاء للفترة من 21 إلى 22/09/2003، اطلع عليه يوم: 24 سبتمبر 2022، على الساعة 09:19، منشور على الموقع: http://https://rqeep.blogspot.com/2018/03/blog-post_2.html

يحسم القضايا التي تعرض عليه على وجه يضمن سرعة الإنجاز مع ضمان صحة أحكامه وعدالتها أي يضمن سرعة السير في إجراءات القضية حتى حسمها بحكم عادل¹.

إضافة إلى ذلك فقد تشعبت العلوم والمعارف في زماننا في جميع الجوانب والعلوم النظرية والتطبيقية حتى أصبح مبدأ التخصص من المسلمات التي لا بد منها، كما أن القاضي المتخصص كلما رقي إلى درجة أعلى كلما كانت قدرته وكفاءته العلمية والفنية المتعلقة بهذا النوع من القضايا أكبر وأفضل.

2/ تخفيف العبء عن المحاكم:

لقد كان لتراكم الملفات والقضايا المعروضة أمام المحاكم الابتدائية والتي تبت في مختلف أنواع القضايا، أثر مباشر على بطء الاجراءات وعدم تجهيز الملفات مما شكل عرقلة واضحة في وجه المواطنين والمستثمرين، الشيء الذي دفع إلى التفكير في تخفيف العبء عنها بإقامة قضاء نزيه وعادل متخصص تكون له انعكاسات إيجابية على الإستثمار، وبذلك ظهر جليا أهمية المحكمة التجارية المخصصة².

3/ توفير وقت للقاضي:

إن القضاء المتخصص يوفر للقاضي الوقت ذلك أن عمل القاضي في مجال معين يجعله قادرا على الإلمام بالجوانب القانونية لذلك الموضوع الماما جيدا يمكنه من حسم القضايا في وقت محدد والتفرغ لمتابعة الدراسات القانونية والفقهية العميقة في المجال الذي يعمل به، مما يساهم في نضج الفكر القانوني للقاضي على العكس من القاضي العام الذي يكون مرهقا ومشتتا عند النظر في قضايا متنوعة لا جامع بينها تثير مشكلات قانونية تخضع لفروع متعددة من فروع القانون فهو لا يستطيع أن يطيل النظر فيها إذا أراد التعمق في كل منها والرجوع إلى الاجتهادات المتعلقة بها، لأن

¹ - حمد محمود عبد الله علي بازي، مرجع سابق.

² - حسن فتوخ، المحاكم العادية والمتخصصة في القانون المغربي، منشور على صفحة الأستاذ بتاريخ 12 نوفمبر 2014 ، اطلع عليه يوم 25-09-2022، على الساعة 10:55، صفحة الفيس بوك:

https://www.facebook.com/1031695133523404/posts/1037194239640160/?locale=ar_AR

ذلك سيؤدي إلى تأخير حسم الدعاوى، ولا يستطيع من جانب آخر أن يحسم القضايا بسرعة دون الوصول إلى حقيقة النزاع وطبيعته لأن فعل ذلك خان الأمانة¹.

4/ سرعة البت في القضايا:

يعد مبدأ تخصص القضاء إحدى الركائز لتحقيق سرعة الفصل في الدعاوى، فالقضاء المتخصص يوفر على المتخصصين الوقت فتمتع القاضي بالكفاءة والمقدرة والدراسة العميقة في الحقل الذي تخصص فيه سوف يسهل عليه حسم النزاع بزمن قصير بأحكام سريعة وناجزة تعطي كل ذي حق حقه. والقضاء المتخصص يقترب كثيرا من نظام التحكيم، وتشير الكثير من الاحصائيات بأن أحكام المحكمين تتسم بالسرعة واختزال الوقت بسبب ما يتمتع به المحكمون من خبرة وهي المزايا ذاتها التي يتمتع بها القضاة المتخصصون.

5/ تشجيع الإستثمار:

إذ أنه يتجلى فيه بوضوح دور القضاء في تحقيق التنمية والاستثمار، وبيان ذلك أننا في عصر انفتحت فيه الأمم على بعضها (عصر العولمة والأنترنت)، حيث أصبح العالم كله كالقرية الواحدة وأصبحت العلاقات الاقتصادية هي أهم العلاقات والروابط وسعت كل الدول إلى فتح أسواقها أمام المستثمرين، و الجزائر كغيرها من الدول تسعى إلى تطوير اقتصادها والنهوض به بما يحقق التنمية للشعب.

ولا تتحقق التنمية إلا بالاستثمارات في المجالات الحيوية ولا يمكن للإستثمار أن ينمو ويؤدي ثماره إلا مع تحقيق الأمن والاستقرار والذي لا يتحقق إلا بالقضاء العادل والسريع.

كما أن فتح المجال أمام الإستثمارات والشركات التجارية سواء كانت دولية أو محلية والتطور الإقتصادي الذي يشهده العالم قد أوجد معاملات تجارية متطورة لم تكن معروفة من قبل، ولا يمكن للقاضي أن يحكم في معاملة إلا إذا تصورها وعرفها حق المعرفة، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره وهنا تبرز أهمية وجود قضاء تجاري متخصص يلم القاضي فيه بالمستجدات والمعاملات

¹ - حسن فتوخ، مرجع سابق.

المعاصرة، إضافة إلى إمامه بالقواعد الشرعية والقانونية المنبثقة من شريعتنا الإسلامية، فنحن بحاجة إلى هذا القاضي لنواكب التطور ونساهم بما يساعد على قوة اقتصادنا وازدهار التنمية في بلادنا¹.

إن القضاء التجاري أصبح مطالبا بالإنفتاح على محيطه الخارجي والإطلاع على تجارب قضائية وثقافات قانونية أخرى، رغبة في تطوير واستيعاب ميكانيزمات العمل التجاري حتى يصبح قادرا على إيجاد الحلول المناسبة لما قد يعرض عليه من منازعات تجارية تهم مجال الإستثمار ومن ثم يكون فاعلا أساسيا في خلق مناخ سليم يسوده الاطمئنان والثقة والاستقرار ويشكل² دعامة قوية لعملية التنمية وتشجيع الإستثمار، وحتى يقوم القضاء التجاري المتخصص بالدور المنوط به لاسيما في التحفيز على الإستثمار والمساهمة في خلق النشاطات الإقتصادية، عليه أن يضمن أمن المستثمرين ويصون حقوقهم في ظل سيادة القانون واستقلال القضاء، سواء كانوا وطنيين أو أجنب، إذ لا استثمار بدون ضمانات قضائية واضحة.

ثانيا: عيوب القضاء المتخصص

ينظر البعض نظرة سلبية إلى القضاء المتخصص، مشيرين إلى أمور يظنون أنها سلبية تحيط بهذا النظام ويمكن أن نحصر ما وجه من مأخذ إلى القضاء المتخصص بالآتي:

1/ القضاء المتخصص يؤدي إلى جمود العملية القضائية:

فالقضاء المستعجل يحتجز القاضي في تخصصات محدودة تقتل حيوية العمل القضائي وتضفي طابع الروتين على عمل القاضي، وتعوق تطوره إذا ما استمر بنظر المنازعات والدعاوى التي تدخل في صلب اختصاصه في حين يحتاج العمل القضائي إلى سعة نظر، فالقاضي عندما يطبق القانون لا ينظر إلى النص المطبق على دعوى معينة فحسب، بل يتعين أن ينظر نظرة شاملة إلى النظام القانوني، لذلك فالتخصص القضائي يمكن أن يقود إلى ضيق الأفق وفقدان المنظور المتكامل للعمل القضائي، ويعزل القاضي عن مشاكل المجتمع المتنوعة³.

¹ - محمد محمود عبد الله علي بازي، مرجع سابق.

² - عبد الرحيم بحار، دور القضاء التجاري في تشجيع الاستثمار وصون حقوق المستثمرين، مقال اطلع عليه يوم: 24-09-2022، على الساعة 09:49، المغرب، منشور على الموقع: <http://m.marocdroit.com>

³ - نجلاء توفيق نجيب فليح، مرجع سابق، ص370.

2/ القضاء المتخصص يؤدي إلى مضاعفة عدد القضاة:

فتعدد التخصصات يوجب إيجاد قضاة متعددين لشغل التخصصات المتعددة، والتي بالإمكان أن يغطيها عمل قاضي واحد، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى ضياع الوقت والمال، ولا تقف المشكلة عند هذا الحد، بل إن الأخذ بنظام القضاء المتخصص يوجب أن ينتقل التخصص إلى محاكم الإستئناف ومحاكم النقض، فلا يعقل أن يخول قاضي محكمة الطعن غير متخصص سلطة الرقابة على أحكام قاضي متخصص يفوقه خبرة في المجال الذي يقضي فيه وهذا يستلزم إنشاء استئناف ومحاكم عليا متخصصة هي الأخرى.

3/ التأثير على شفافية العمل القضائي:

أشارت دراسات إلى أن القضاء المتخصص يؤثر سلبا على شفافية العمل القضائي، فتركيز التقاضي في مجال معين يؤدي إلى نشوء علاقات ود بين القضاة والمحامين ممن اطرادوا للعمل في ذات المجال، وسيكون القاضي مألوفاً من الخصوم وقد ينتج عن ذلك تأثيرات عالية من المحامين على القضاة لا نجدها في القضاء العادي، وهو ما قد يؤثر سلبا على استقلاليتهم ونزاهتهم، فقد لوحظ أن أغلب المتقاضين ومحاميهم في المحاكم المتخصصة هم من الفئات دائمة التردد على ذات المحاكم، وبالتالي فإن الاحتكاك والتعامل الدائم والصلة القريبة بين تلك الفئات وهيئة المحكمة ينمي احتمالية تحيز القضاة لبعض المتقاضين أو وكلائهم.

4/ الإخلال بمبدأ المساواة:

إن القضاء المتخصص يخل بمبدأ المساواة في المجتمع بتوفيره خدمات تفضيلية لبعض الفئات كالتجار مثلا، تميزهم عن بقية أفراد المجتمع بقضاء خاص يقدم لهم خدمات متميزة لا يستفيد منها الفرد العادي¹.

¹ - نجلاء توفيق نجيب فليح، مرجع سابق، ص370..

الفرع الثالث: أهمية التخصص القضائي

للقضاء المختص أهمية بالغة على جميع المستويات والأصعدة بالنسبة لجميع الأفراد والمؤسسات فهو للفرد صفاته من خانات العدالة ويحقق السرعة في استفاء الحقوق والسهولة في الإجراءات، أما بالنسبة للقضاء فهو سرعة حسم المنازعات وازدياد الجودة في مجال محدد في المبادلات القانونية العديدة والمتنوعة مما يكسب القاضي كفاءة وامكانية وأهمية تكمن فيما يلي:

أولاً: أهمية التخصص بالنسبة للقاضي

إن تخصص القاضي بنظر دعاوى محددة في فرع معين أو أكثر من فروع القانون وتمرسه به يكسبه خبرة ودراية مما يحقق السرية في الفصل في الدعاوى المعرفة كما يمكن للقاضي حلول نابعة ما خلال تطبيقها لحكم القانون نسا وروحا.

وتبدو أهمية التخصص القضائي من خلال ملاحظة الكثرة والتنوع في التشريعات الأمر الذي يستحيل معه الامام بآلاف النصوص المتعلقة بمختلف فروع القانون ذلك أن منازعات الفرع الواحد أصبحت على درجة عالية من التنوع والتعقيد بحيث يصعب على القاضي الوصول إلى الحلول العادلة والملائمة إلا بجهود غير عادية وخلال فترة زمنية استثنائية، كما أن التفرغ الذي يحصل عليه القاضي من خلال تخصصه بفرع من الفروع يتيح له متابعة الدراسات الفقهية المتطورة يوماً بعد يوم في مجال تخصصه. كما أن التخصص يساعده على تخطي الصعاب والعقبات التي تصادفه بسبب تمرسه في نطاق دعاوى معينة، ويمكن تخصص القاضي كذلك في صياغة أحكامه إذ تعد أسباب هذه الأحكام مصدراً هاماً من مصادر التشريع وهو القضاء والذي يتمثل في حيثيات الأحكام دون منطوقها¹.

¹ - رغد فوزي عبد الطائي، "فلسفة القضاء المتخصص (محكمة اليوم الواحد نموذجاً) دراسة مقارنة"، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، كلية القانون، العراق، المجلد 13، 31 ماي 2020، ص 227.

ثانيا: أهمية التخصص القضائي بالنسبة للعدالة

إن التخصص القضائي من شأنه أن يعزز نوع الخدمة القضائية المقدمة للأفراد من حيث تسهيل الإجراءات وتقديم عمل متقن بأقصر وقت، إذ لا عبرة بتقديم خدمة على درجة من الجودة ما لم يكن هذا التقديم قد تم في الوقت المحدد لها وفق القواعد الأصولية المقررة قانونا وبالتالي ضمان تحقيقها لرضا المتقاضين.

فالخدمة التي يقدمها القضاء والتي تتمثل بتحقيق العدالة تفقد قيمتها ووظيفتها الإجتماعية إذا تأخر وصولها.

وفي الحقيقة فإن اختصار الوقت يرتبط بتحقيق العدالة إذ لا بد من إنجاز الإجراءات اللازمة في العملية القضائية من لحظة رفع الدعوى إلى حين صدور حكما فيها، بشرط مراعاة النصوص والمبادئ القانونية التي تحكم النزاع المعروض على القضاء وبالتالي يتم الوصول إلى العدالة الحقيقية بالجمع بين عنصرى الوقت والإتقان، فما يمكن توقعه من الوقت اللازم لحسم دعوى في المحاكم العادية والذي قد يحتاج إلى أسابيع أو أشهر، ومن ثم فإن المحكمة المختصة تفصل في الدعاوى المعروضة أماها في آجال ومواعيد متقاربة وذلك نتيجة لقلة الدعاوى المرفوعة أمامها¹.

ومن جهة أخرى فإن القاضي المختص يمتاز كما قلنا سابقا بالخبرة والدراية والتي تغنيه عن الاستعانة بالخبراء في كل صغيرة وكبيرة، إذ أن تخصصه في مجال الدعاوى المرفوعة أمامه من شأنه أن يطور مهاراته ويعزز أحكامه غلا فيما لا يحيط به علمه.

إن وجود محاكم متخصصة يستلزم اجراءات تقرها وتحددها القوانين التي تنشأ هذه المحاكم بالذات، ويعد أمرا جوهريا إذ يتمثل ببساطة ويسر الاجراءات القضائية المتبعة في المحاكم المتخصصة عاملا للجذب وضمانة من ضمانات تحقيق العدالة إذ لا عبرة بتخصص القضاء محاكم وقضاة ما لم تكن الإجراءات أيضا خاصة وتمتاز باليسر والسهولة وإلا كان من اللغو القول بأهمية هذه المحاكم ويتعلق هذا بالتأكيد بالاطار الوظيفي الذي يقوم بإنجاز الخدمة بالإجراءات الفنية والإدارية وذلك بحذف العمليات المتكررة أو التي لا فائدة مرجوة منها.

¹ - رعد فوزي عبد الطائي، مرجع سابق ، ص227..

وتختلف أهمية التخصص القضائي بالنسبة لتحقيق العدالة باختلاف نوع التخصص المقصود فمثلا نجد أن تخصص القضاء التجاري يحقق مناخا ملائما للتنمية الاقتصادية وتشجيع التجارة وجذب الاستثمارات، وذلك أن المحاكم المتخصصة تقدم خدمات قضائية ناجزة وميسرة للمستثمرين تجعلهم أكثر ثقة في قدرة القضاء الوطني على حل مشكلاتهم في الأوقات المناسبة ودون تكاليف باهضة¹.

المطلب الثاني: القضاء التجاري المتخصص لإصلاح المنظومة القضائية لمسايرة التحولات الدولية

والداخلية (تجربة المحاكم التجارية الفرنسية)

إن فكرة إحداث محاكم تجارية متخصصة ليس وليدة الصدفة، بل جاء نتيجة إفرزات للتحولات الدولية والداخلية التي ميزت العقد الأخير من القرن الماضي.

هذا وتتبع أهمية القضاء التجاري من أهمية القضاء بشكل عام، فالقضاء كما قلنا هو الأداة التي بواسطتها يتم تحقيق العدل الذي هو أساس الحكم، والقضاء ككل لا يتجزأ والمنظومة القضائية منظومة واحدة متكاملة ولا يمكن أن ينهض جانب منها دون الآخر بل لابد أن تعالج جميعها بخطة واحدة تضمن لها أن تتطور جميعا بصورة مطردة ومتناسقة لا سيما وبلادنا تأخذ بنظام القضاء الموحد. وفي سبيل ذلك برزت أهمية القضاء التجاري وأهدافه كوسيلة لتحقيق وتطوير الإستثمار والإقتصاد في بلادنا نظرا للتطورات الراهنة التي تشهدها، ولإثبات ذلك كان لابد أن نتطرق إلى تجارب المحاكم التجارية الفرنسية والتي كانت اللبنة الأولى لهذه المنظومة القضائية.

إن انشاء محاكم التجارة أو المحاكم المتخصصة بصفة عامة في فرنسا كان قاصرا على محاكم الدرجة الأولى حيث يعد هذا القضاء في فرنسا بالنظر إلى القضاء الأصلي عام الولاية قضاء استثنائيا، ورغم ما حققه نظام المحاكم المتخصصة في فرنسا من نجاح وما تميز به من سهولة في الإجراءات المتبعة أمامه الأمر الذي أسهم في منح عدالة أكثر سرعة وأقل تكلفة.

¹ - رعد فوزي عبد الطائي، مرجع سابق، ص 228.

الفرع الأول: تأسيس المحاكم التجارية الفرنسية

يعود سبب اختيار المحاكم التجارية الفرنسية كأحد نماذج القضاء المتخصص إلى عراقة هذه التجربة وقدمها إذ يعود تأسيسها إلى القرن الخامس عشر، وقد مرت بمراحل متعددة إلى أن جرى تنظيمها في القانون التجاري¹، وما رافق انشاؤها من ردود أفعال، فهذه المحاكم تتكون من هيئات من التجار أي أن رئيس وأعضاء هذه المحكمة ليسوا من القضاة المحترفين بل هم تجار منتخبون يتم انتخابهم لمدة سنتين أو أربع سنوات من قبل هيئة انتخابية تتألف من قضاة حاليين وسابقين في المحاكم التجارية ومدوبي التجار (الذين يعملون في المجال التجاري) والذين هم أنفسهم منتخبون في المنطقة الخاضعة لولاية المحكمة، ووفقا لإحصائية جرت في (1 يناير 2013) كان هناك في فرنسا (134) محكمة تجارية، والأمر الذي يثير التساؤل هو مدى دقة تسميتها بالمحاكم، وما أثاره تشكيل هذه المحاكم من انتقادات عندما لا تكون المحكمة مشكلة من قضاة بل من تجار وصناعيين ومع هذا فإن هذا النوع من التشكيلات يتميز بأنه لا يلقي أية أعباء مالية على خزينة الدولة، فقضاة المحاكم التجارية في فرنسا هم متطوعون لا يتقاضون أية رواتب من خزينة الدولة كما أن عبء صيانة المحاكم لا تقع على خزينة الدولة بل يكون من الرسوم التي تتقاضاها تلك المحاكم، فمن جهة تسمية هذه المحكمة فليس هناك مجال للمنازعة حول وصفها بالمحكمة لأن قانون التجارة الفرنسي عرف هذه المحاكم بأنها قضاء من الدرجة الأولى مكون من قضاة منتخبين ومن كاتب للمحكمة، وأن هذه المحاكم تخضع لجميع الأحكام التي تسري على الهيئات القضائية الأخرى المنصوص عليها في قانون السلطة القضائية².

ووفق أحكام قانون التجارة الفرنسي فإن هذه المحاكم تشكل من تجار وصناعيين يتم انتخابهم من القطاعات التجارية والصناعية المعنية، وهؤلاء يتم اختيارهم من التجار عن طريق الانتخاب والاقتراع وتختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقود بين التجار أو بين مؤسسات الإئتمان أو كليهما، والنزاعات المتعلقة بالشركات التجارية أو المعاملات التجارية بين الأطراف من أي نوع، وأن الأحكام التي تصدر عن هذه المحاكم تخضع للطعن أمام محاكم الإستئناف العادية وهي المحاكم المكونة في الأساس من القضاة المحترفين، غير أنه على الرغم من كون تجربة القضاء التجاري

¹ - نجلاء توفيق نجيب فليح، مرجع سابق، ص 375.

² - مرجع نفسه، ص 375.

الفرنسي ناجحة وفعالة على مدى قرون لأن القضاة المنتخبون لتلك المحاكم يعملون في المهنة ذاتها وهم أقرب إلى الحياة التجارية في المنطقة التي تعمل فيها المحكمة وأقرب إلى تفهم مشاكلها وطبيعتها أعمالها والاعراف السائدة بينهم، كما أن لديهم تفهم لأدق تفاصيل العمل التجاري في الحقل الذي ينظرون ما يحدث فيه من خصومات فإننا في المقابل نجد ان هناك دراسات تشير إلى وجود سلبيات في عمل القضاء التجاري الفرنسي يمكن انجازها.

الفرع الثاني: سلبيات القضاء التجاري المتخصص في فرنسا

تتلخص أهم سلبيات القضاء التجاري المتخصص في فرنسا في الآتي:

1- لا تتمتع مثل هذه المحاكم بالاستقلالية التامة وذلك للترابط القائم بين قضاتها وأهل المهنة ولكون قضاتها جزء من الطوائف التجارية التي يفصلون في خصوماتها وهذه الروابط والتي تكون أحيانا متينة بين قضاة المحكمة وأهل المهنة تضعف استقلالية المحكمة وقد تفقد المحكمة شفافيته وحيادها بسبب طغيان روح الزمالة، وبالتالي قد تؤثر في أحكام هذه المحاكم فتميل إلى طرف على حساب الطرف الآخر، فضلا عن محدودية علم قضاة المحكمة في فقه القانون وتشعباته، ذلك أنهم ليسوا من القضاة المحترفين، وهذا يضعف سلطة قضاة هذه المحكمة ويجعلهم في تبعية لكتاب هذه المحاكم الذين لهم خبرة وتخصص في القانون¹.

2- إن كفاءة هذه المحاكم موضع شك بسبب انتماء أعضائها إلى حرف معينة فينحصر المامهم وكفاءتهم بحدود تلك الحرف، فإن عرضت عليهم دعاوى خارج هذا التخصص أصبح من الصعوبة عليهم الخوض في موضوع النزاع، فإن قيل يمكن تجنب هذه الخشية بالإستعانة بالخبراء، لكن ذلك سيؤدي إلى تأخير حسم القضايا وهي قضايا لا تتحمل التأخير كون العمل التجاري يحتاج دوما إلى السرعة ولهذا قد يكون من الأجدى تشكيل هذه المحاكم من قضاة محترفين يجري تدريبهم وتنقيفهم في الإطار الذي سيمارسون العمل القضائي فيه.

¹ - نجلاء توفيق نجيب فليح، مرجع سابق، ص375.

ويبدو أن الانتقادات الموجهة للمحاكم الفرنسية ليس لها أساس في الواقع ولم تدعم بإحصائيات تثبت وجود خلل في أي جانب من الجوانب التي وجهت حولها الانتقادات ولم يثبت وجود حالات تحيز أو محاباة لصالح أحد المتقاضين رفعت بشأنها دعاوى وأن استمرار هذه المحاكم في العمل وبفعالية على مدى قرون هو دليل على نجاح هذه التجربة، فهي غير مكلفة وقريبة مكانيا واجتماعيا من المتقاضين وأن هذه المحاكم قد كسبت ثقة التجار المتقاضين أنفسهم¹.

¹ - نجلاء توفيق نجيب فليح، مرجع سابق، ص 375.

المبحث الثاني: التنظيم الهيكلي للقضاء التجاري في الجزائر

لقد قسم المشرع الجزائري المنازعات التجارية إلى قسمين قسم من اختصاص القسم التجاري للمحكمة، وقسم آخر من اختصاص المحكمة التجارية المتخصصة، فالقسم التجاري يختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية التقليدية والبسيطة، أما المحكمة التجارية المتخصصة فتختص بالمنازعات الإقتصادية، وبالتالي فالمشرع جعل المحكمة التجارية المتخصصة محكمة مختصة في النزاعات الإقتصادية من جهة، ومن جهة أخرى بديل للتحكيم التجاري¹.

المطلب الأول: القسم التجاري وتشكيلته

يعالج هذا العنصر القسم التجاري بتشكيلته المستحدثة بمقتضى نصوص القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية كجهة مختصة لفض المنازعات التجارية.

الفرع الأول: القسم التجاري

يعد من الأقسام القديمة التي أحدثت بتاريخ 8 جوان 1966 والذي ينظر في المنازعات التجارية بمختلف أنواعها.

ينظر القسم التجاري في المنازعات التجارية باستثناء المنازعات المنصوص عليها حصرا للمحكمة التجارية المتخصصة، وهو ما أكدته المادة 531 من قانون رقم 22-13 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية² بنصها: "يختص القسم التجاري بالنظر في المنازعات التجارية، باستثناء تلك المذكورة في المادة 536 مكرر من هذا القانون"، ويمكن تعريف المنازعات التجارية بأنها مجموع النزاعات التي تنشأ بين التجار أو بسبب المعاملات التجارية المنظمة في القانون التجاري.

¹ - محمود سردو، مداخلة بعنوان: المحاكم التجارية المتخصصة في مواجهة تطور المعاملات التجارية، اطلع عليها يوم 4-3-2023، على الساعة 14:45، منشور على الموقع: courdeaindefla.mjustice.dz

² - قانون رقم 22-13 يعدل ويتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

فالقسم التجاري وكما هو متعارف عليه يكون في كل محكمة ابتدائية ويتشكل من قاض رئيسا ومساعدين يكونان على دراية تامة بالمسائل التجارية، ويكون لهم رأي استشاري، هذا ويفصل رئيس القسم التجاري بعد استشارة المساعدين وفق الإجراءات الواردة في هذا القانون والقانون التجاري والقوانين الخاصة، وهو ما نصت عليه المادة 535 من ق م إ م المعدل والمتمم، كما يمكن له أن يتخذ عن طريق الإستعجال الإجراءات المؤقتة والتحفظية للحفاظ على الحقوق موضوع النزاع.

الفرع الثاني: القسم التجاري من التشكيلة الجماعية إلى التشكيلة الأحادية

القسم التجاري قبل تعديل 2022 كان يتكون من قاضي ممتن وبساعده مساعدين من التجار منتخبين كل سنة قضائية مهمتهم هي إبداء الرأي بخصوص المسائل التجارية خاصة منها الأعراف بحكم المادة 526 وما جاورها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أما تعديل 2022 ألغى التشكيلة الجماعية للقسم التجاري وصارت التشكيلة قاض فرد، لكنه أدرج نظام التشكيلة الجماعية في المحكمة التجارية المتخصصة.

قبل تعديل القانون رقم 08-09 المؤرخ في فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كان القسم المدني ينظر في المنازعة المدنية والتجارية على حد سواء، بما يجعل القضايا المدنية لا تتميز عن القضايا التجارية، وهو أمر غير مرغوب فيه على اعتبار أن المعاملة المدنية تباين والمعاملة التجارية، فإذا كان الفرد في الحياة المدنية لا يعنيه تحقيق كسب مادي سريع بقدر ما يهمله الحفاظ على ذمته المالية والعمل على عدم الإنتقاص من عناصرها، لذلك فإن تصرفات الحياة المدنية يحيطها الحرص والحذر والتروي.

وعلى عكس من ذلك بالنسبة للمعاملات التجارية التي تبتغي المضاربة ونية تحقيق الربح، وهو ما يجسد أولى خصائص القانون التجاري السرعة والحركية¹، ويدعوا في المقابل إلى ضرورة تخصيص هيئة قضائية للنظر في المسائل التجارية تختلف عن الهيئة القضائية التي تنظر المسائل المدنية، على اعتبار أن تخصيص قضاء تجاري متخصص يعد من أهم نتائج التمييز بين النظام القانوني المدني والنظام القانوني التجاري.

¹ - حاج بن علي محمد، أهمية القسم التجاري لنظر المنازعات الاستهلاكية على ضوء قانون إ م إ 08-09، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، العدد 9، 2013، ص68.

ومن هذا المنطلق كان للمشرع الفرنسي أن أفرد المنازعات التجارية نظاما قضائيا مستقلا متمثل في محاكم تجارية، تتشكل من أشخاص ممن لهم الدراية بالمسائل التجارية، وهو ذات المنطق الذي أدركه المشرع الجزائري ودفعه على استحداث قسم تجاري مستقل بتشكيلة جماعية، لاسيما وهو يساير في التشكيلة الجماعية للقسم التجاري مسار القسم الإجتماعي، أي أن تتضمن هيئة القضاء أشخاص ممن لهم الدراية في المسائل المطروحة¹، فكما تتشكل الهيئة القضائية للقسم الإجتماعي من ممثل لأرباب العمل وممثل للعمال إضافة لرئيس القسم، فالقسم التجاري المستحدث يضم في تشكيلته مساعدين برأي استشاري ممن لهم الدراية بالمسائل التجارية إضافة لرئيس القسم تطبيقا لنص المادة 533 من قانون الإجراءات المدنية والادارية الجديد.

وإذا أدرك المشرع الجزائري أهمية أن يتولى أهل الإختصاص فض المنازعة التجارية، فإن مصلحة الطرف المدني تكمن في رفع دعواه أمام القسم التجاري، وأن هذه الحقيقة تعد ضابطا لإختيار الطرف المدني القضاء التجاري بالنسبة للدول التي تتبنى نظام تجاري مستقل لأنه الأفيد.

¹، حاج بن علي محمد، مرجع سابق، ص68.

المطلب الثاني: المحكمة التجارية المتخصصة وتشكيلتها

يرتبط وجود المحاكم التجارية ارتباطا وثيقا باستقلال القانون التجاري عن القانون المدني، ذلك أن استقلال القضاء التجاري عن القضاء المدني هو نتيجة حتمية لإستقلال القانون التجاري عن القانون المدني، واختلاف المعاملات المدنية عن المعاملات التجارية.

الفرع الأول: المحكمة التجارية المتخصصة

باعتبار أن الجزائر كانت مستعمرة فرنسية قبل استقلالها، فقد كان النظام القضائي الفرنسي مطبقا خلال الفترة الإستعمارية، أي في السنوات من 1830 إلى 1962، وبما أن التنظيم القضائي الفرنسي كان يعرف المحاكم التجارية منذ الإعتراف بها رسميا بموجب الأمر الملكي الصادر في 1963، كما سبق تبيانها، فقد نشأت أربعة محاكم تجارية في الإقليم الجزائري في مدن الجزائر، وهران، قسنطينة، وعنابة، تختص بما كانت تختص به المحاكم التجارية في فرنسا، أي الفصل في المنازعات التجارية، وتتشكل طبقا للتشريع الذي كان ساري المفعول آنذاك، أي من قضاة قناصلة، وهم في الأصل تجار منتخبون من طرف زملائهم التجار وليسو قضاة محترفين.

وبعد استقلال الجزائر، أصدر المشرع أمرا باستمرار العمل بالتشريعات الفرنسية السارية المفعول إلى غاية 31 ديسمبر 1962، إلى غاية صدور تشريعات وطنية باستثناء تلك التشريعات المخالفة للسيادة الوطنية. وعليه، استمرت المحاكم التجارية الأربعة المتواجدة في القطر الجزائري بالفصل في المنازعات التجارية بناء على التشريع الفرنسي الذي بقي ساري المفعول.

ولكن سرعان ما ألغى المشرع الجزائري تلك المحاكم التجارية الأربعة بموجب المرسوم رقم 63-69 المؤرخ في أول مارس 1963 المتعلق بتنظيم وسير الهيئات القضائية التجارية، إذ نص في مادته الأولى على ما يلي: "تلغى المحاكم التجارية ابتداء من تاريخ نشر هذا المرسوم". وتبعاً لذلك، تم تحويل اختصاصاتها إلى المحاكم الابتدائية الكبرى للمدن التي كانت تتواجد فيها¹. وقد أقر أنذاك هذا الإلغاء بعدم الحاجة إلى الإبقاء على هذه المحاكم متبنيا نظام وحدة القضاء، وعدم تخصيص للمنازعات التجارية هيئة قضائية متخصصة للفصل فيها.

¹ -حنان مازة وسعيد بوقرور، مقال بعنوان: النظام القانوني للمحكمة التجارية المتخصصة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 09/ العدد 01، 2023، ص270.

وذلك في ظل الملكية العامة لوسائل الإنتاج واحتكار الدولة لأهم النشاطات التجارية والإقتصادية.

إن اللجوء إلى تشكيل قضاء متخصص بالنظر في المنازعات التجارية ينسجم مع واقع التجارة القائم على السرعة والإئتمان بعيدا عن الإجراءات الطويلة والمعقدة المتبعة في المحاكم العادية، لذلك برزت فكرة تشكيل محكمة تجارية مختصة بنظر النزاعات التجارية.

يعد تشكيل المحاكم التجارية أحد السبل التي اتجهت إليها التنظيمات القضائية وذلك لتحقيق السرعة المطلوبة في حسم الدعاوى التجارية وذلك من خلال وجود قضاء متخصص ومتفرغ وبملاك خبرة في الأحكام المتعلقة بالتجارة¹، أما على صعيد الفقه القانوني نجد أن هناك من عرف المحكمة التجارية على أنها السلطة القضائية صاحبة الولاية بنظر المنازعات التجارية التي ينص عليها القانون المختص للبت في الدعاوى وحسم النزاع، كما أن هناك من عرفها على أنها محاكم متخصصة للنظر بنوع معين من النزاعات والمقيدة حدود ولايتها في نطاق رقعة جغرافية معينة وبحدود اختصاصات معينة على سبيل الحصر، وكذلك عرفت بأنها جهة من الجهات القضائية التابعة إلى القضاء صاحب الولاية العامة والمنظمة وفقا للنظام التجاري لتختص بالفصل في المنازعات التجارية، ان الناظر إلى التعريفات الفقهية المقدمة يجد أن جميعها تؤسس فكرة انشاء المحكمة التجارية استنادا إلى قانون أو بناء على قانون للنظر في المنازعات التجارية لما تتطلبه عملية الحسم من السرعة والخبرة في الميدان التجاري.

أضف إلى ذلك الإجراءات الإجرائية التي تتبعها المحكمة والتي يجب أن تتسم بخفض ساعات التقاضي من أجل حسم الدعوى على وجه السرعة والإعتماد على خبرات القاضي المختص بحيث يكون قادر على اتخاذ القرارات الجريئة أثناء سير الدعوى أو حتى صدور القرار وحسم الدعوى².

¹ -ماهر محسن عبود الخيكاني، "فعالية المحكمة التجارية العراقية في تسوية المنازعات التجارية"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل العراقية، العدد الثالث لسنة 2021، ص 1406.

² - مرجع نفسه ، ص 1406.

الفرع الثاني: تشكيلة المحكمة التجارية المتخصصة

في هذا الفرع سنتطرق إلى تشكيل المحاكم التجارية في بعض التشريعات المقارنة، ثم عن التشكيلة في القانون الجزائري .

أولاً: التشكيلة في القانون المقارن

سنعالج تباعاً في هذا العنصر تشكيل المحاكم التجارية في بعض التشريعات المقارنة، وهي فرنسا ومصر والمغرب، ثم سنقوم في مرحلة أخرى بتقييم تجربة المحاكم التجارية في هاته الدول.

1/ تشكيل المحكمة التجارية في فرنسا:

عرف قانون التجارة الفرنسي المحاكم التجارية بأنها قضاء من الدرجة الأولى مكون من قضاة منتخبين ومن كاتب للمحكمة، وأن اختصاصها محدد في قانون التجارة والقواعد الخاصة الأخرى، وأن هذه المحاكم خاضعة للنصوص الناظمة لجميع الهيئات القضائية والواردة في قانون السلطة القضائية.

ووفقاً للنص السابق والنصوص التي تليه من قانون التجارة الفرنسي فإن قضاء المحكمة التجارية الفرنسية يتمتعون بوضع خاص، حيث أنهم ليسوا قضاة محترفين بالمعنى الفني للكلمة، وإنما هم تجار أو صناعيون يتم انتخابهم من قبل أبناء مهنتهم وينتخب هؤلاء القضاة المستشارون في كل محكمة تجارية من قبل المجتمع، ليكونوا قضاة مستشارين انتخبوا في نطاق هذه المحكمة والمؤلف من الأعضاء الحاليين والقدامى للمحكمة التجارية، إضافة إلى مندوبين قناصلة يتم اختيارهم من قبل التجار، وتكون مهمة القضاة المستشارين مؤقتة حيث ينتخبون لمدة سنتين ويعاد انتخابهم لمدة أربع سنوات لثلاث مدد بحيث يكون المجموع أربعة عشرة سنة، ولا يعاد انتخابهم لمدة جديدة إلا بعد مرور عام بعد انقضاء المدة السابقة، ولا يتقاضى القاضي المستشار أي أجر لقاء عمله في المحكمة، حيث إن عمله تطوعي وبدون مقابل، ولا ننسى أن القاضي المستشار هو في الأصل تاجر ويبقى يمارس تجارته حتى في أثناء أدائه لمهمته كقاض¹.

¹ -محمد بن عبد العزيز الخلفي، عماد عبد الكريم قطان، "استحداث محاكم تجارية متخصصة في دولة قطر: دراسة مقارنة"، المجلة الدولية للقانون، كلية القانون، جامعة قطر، الدوحة، قطر، العدد 1، 2014/04/15، ص3.

و للمحكمة التجارية جمعية عامة تتألف من قضاة المحكمة، وهذه الجمعية تنتخب رئيساً للمحكمة لمدة أربع سنوات من بين القضاة الذين تولوا القضاء فيها لمدة ست سنوات على الأقل.

الجدير بالذكر أنه لا توجد محاكم استئناف تجارية مكونة من قضاة منتخبين، بل هي محاكم استئناف عادية مكونة من قضاة محترفين ولا يوجد بينهم قاض مستشار تم انتخابه.

2/ تشكيل المحكمة التجارية في المغرب:

إن ضرورة معالجة القضايا التجارية من طرف قضاة متخصصين ومتوفرين على جميع الإمكانيات اللازمة لجعلهم يفصلون في النزاعات المعروضة عليهم بالسرعة التي تتطلبها الحياة التجارية، أصبحت في ظل عولمة التجارة والإقتصاد من أهم المطالب التي يعلق على تحقيقها المستثمرون، ولاسيما الأجانب، هذه الضرورة هي التي دفعت بالمشرع المغربي إلى إحداث محاكم تجارية مستقلة عن المحاكم العادية بمقتضى القانون رقم 95-53، ضمت محاكم تجارية ومحاكم استئناف تجارية، وغرفة تجارية بالمجلس الأعلى، وانطلق العمل بهذه المحاكم رسمياً في 4 ماي 1998، ونشير إلى أن الحديث عن محاكم متخصصة في القضايا التجارية تم الإعلان عنه سنة 1994، مع فارق بسيط يتمثل في أن الأمر كان يتعلق بمشروع انشاء محاكم الأعمال-أي محاكم متخصصة في القضايا التجارية- والمحاكم التجارية بالمغرب شبيهة إلى حد كبير بالمحاكم التجارية الفرنسية، مع بعض الفوارق البسيطة، كانتخاب القضاة وشفوية المسطرة، وعدم وجود محاكم استئناف تجارية، وبما أن المحاكم التجارية لها طابع القضاء المتخصص، فإن المشرع المغربي لم يتبنى المعيار القيمي في تحديد اختصاصها¹، وإنما تبنى المعيار النوعي لتوزيع الاختصاص بينها وبين غيرها من المحاكم، فالتخصص إذن يعتبر أساس وجود المحاكم التجارية، وهكذا قام المشرع المغربي بوضع لائحة بالمنازعات التي تدخل في اختصاص هذه المحاكم من خلال المادة 5 من القانون رقم 95-53، ومن بين أهم هذه المنازعات نجد المنازعات الناشئة بين الشركاء في الشركات التجارية².

¹ -نورة بوطاهر، أنس الأعرج، اختصاص المحاكم التجارية في النزاعات الناشئة بين الشركاء في شركة تجارية، منشور بتاريخ 27 يناير 2019، مقال اطلع عليه يوم: 25-09-2022، على الساعة 16:38، منشور على الموقع:

https://anibrass.blogspot.com/2019/01/blog-post_52.html

² - مرجع نفسه.

ونشير إلى أن المشرع الفرنسي لم يكن يعطي الإختصاص في هذا النوع من القضايا للمحاكم القنصلية إلا بعد تعديل الفصل 2-631 من القانون التجاري بمقتضى قانون 17 يوليو 1956، فقبل هذا التاريخ كان حل النزاع يتم باللجوء إلى مسطرة التحكيم الإجبارية.

و بخلاف المشرع الفرنسي، فإن قضاة المحاكم التجارية في المغرب لا يتم انتخابهم، وإنما يتم تعيينهم من بين القضاة المحترفين ووفقا لقانون السلطة القضائية، وذلك بعد تدريبهم وتزويدهم بالمعارف الإقتصادية والفنية والإجتماعية المتعلقة بالقضايا التجارية.

3/ تشكيل المحكمة التجارية في مصر:

المحاكم الإقتصادية هي محاكم متخصصة تفصل في منازعات تجارية واستثمارية، مواكبة لمرحلة الإصلاح الاقتصادي، الذي يستهدف تحرير التجارة ودعم الاستثمار وجذب المزيد من المستثمرين، بهدف إزالة المعوقات المؤثرة على كفاءة الأداء الإقتصادي وسرعة حسم الدعاوى الإقتصادية المنظورة أمام القضاء. و بداية ظهور فكرت المحاكم الاقتصادية في مصر، جاء في شكل مشروع قانون لإنشاء المحاكم الاقتصادية صيغ في عام 2006، ووافق عليه مجلس الوزراء، وتم إرساله إلى مجلسي الشعب والشورى لمناقشته، إلا أنه لم يصدر فعليا إلا عام 2008، بسبب كثرة التشريعات ذات الأولوية، مثل التعديلات الدستورية وقانون الضرائب¹، حتى صدر برقم 120 في 22 مايو من عام 2008، وبدأ العمل به منذ أول أكتوبر من العام ذاته، وفي عام 2019 تم اصدار القانون رقم 146 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 120 لسنة 2008 الخاص بإنشاء المحاكم الاقتصادية.

فالمحكمة الإقتصادية هي محكمة تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة استئناف، يرأسها رئيس بمحاكم الإستئناف، وتتشكل من دوائر ابتدائية وأخرى استئنافية ويكون قضاتها من بين قضاة المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف ويختص دون غيرها بنظر الدعاوى والمنازعات ذات الطابع الإقتصادي.

¹-أيمن رمضان الزيني، "المحاكم الإقتصادية ودورها في تشجيع الاستثمار"، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العلمي الثاني للقانون والاستثمار المنعقد بطنطا، مصر، خلال الفترة من 29-30 أبريل 2015، ص 17.

وكما سبق وأن ذكرنا فإن المحكمة الإقتصادية تتكون من دائرتين إحداها ابتدائية والأخرى استئنافية، ولكل منهما تشكيل قانوني.

فالدائرة الابتدائية أو المحكمة الابتدائية الإقتصادية تتشكل من ثلاثة رؤساء بالمحاكم الابتدائية، والدوائر الاستئنافية أو المحكمة الاستئنافية الإقتصادية تتشكل من ثلاثة قضاة يكون أحدهم بدرجة رئيس محكمة استئناف.

فالمحكمة الإقتصادية تتكون من هؤلاء القضاة، المشار إليهم في القانون وتتولى وزارة العدل الرعاية اللازمة لهؤلاء القضاة من ناحية تلقيهم الدورات التدريبية اللازمة للعمل في هذه المحاكم وتأهيلهم بإحدى اللغات الأجنبية، حتى يتمكنون من الإطلاع على قضاء الدول الأخرى، ويكون القاضي ملما بكافة المستحدثات المحلية والعالمية في مجال الاقتصاد والإستثمار¹.

4/ تقييم تجربة المحاكم التجارية في القانون المقارن:

إن فكرة تشكيل محاكم تجارية من قضاة غير محترفين، كما هو الحال في المحاكم التجارية الفرنسية حيث تتكون هذه المحاكم كما رأينا من قضاة غير محترفين (تجار وصناعيين) يتم انتخابهم من قبل نظرائهم، لها إيجابياتها، فهي تكسب القضاء التجاري مرونة في التعامل مع القضايا التجارية المختلفة نظرا لما يتمتع به هؤلاء القضاة بالخبرة والمعرفة بكل تفاصيل العمل التجاري والأعراف التجارية، وكونهم تجارا منتخبيين من التجار أنفسهم يعني في واقع الأمر وجود ثقة بين المتقاضين والقضاة والتي تنعكس إيجابا على أداء القضاة الذين لا تقتصر مهمتهم على الفصل في المنازعات، وإنما يعد من بين مهامهم تقريب وجهات النظر بين المتنازعين ومحاولة التوفيق والصلح بينهم قبل عرض النزاع على القضاء، وذلك عن طريق تعيين وكلاء وقائمين بالصلح.

¹ -حسام مهني صادق عبد الجواد، "خصوصيات القضاء الإقتصادي المصري دراسة نقدية تحليلية مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي"، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون تفهنا الأشرف، دقهلية، مصر، المجلد 18، العدد 4، 31 أوت 2016، ص 1994.

إن نجاح التجربة الفرنسية بتشكيل المحاكم التجارية من قضاة منتخبين غير محترفين لا يعني بالضرورة نجاحها في الدول الأخرى، وذلك لأسباب عديدة منها ما هو متعلق بالبيئة القانونية والقضائية للدول، فمن بين الانتقادات التي وجهت لها في فرنسا أن التاجر أو الصناعي الذي يصبح قاضيا في المحكمة التجارية إنما ينحصر اختصاصه في مجال معين من الأنشطة التجارية والصناعية، وبالتالي تبقى معرفته بالأنشطة الأخرى خارج اختصاصه معرفة قاصرة وغير كافية، مما يعني أنه سيستعين بخبراء في مجالات التخصص الأخرى، وذلك يؤدي إلى إطالة أمد الدعاوى، وحيث إن أحد أهم أهداف تشكيل المحكمة التجارية في فرنسا هو سرعة الفصل في الدعاوى، فإن هذا لن يتحقق إذا كان التاجر غير ملم بالأعمال التجارية الأخرى، ومن جانب آخر فإن تشكيل المحكمة التجارية من قضاة غير متخصصين في القانون يؤدي إلى سيطرة كاتب الضبط أو مساعدي القاضي على سير الدعوى مما ينعكس سلبا عليها، وأخيرا إن كون القاضي في المحكمة التجارية في فرنسا من التجار سيؤثر حتما على حياده و موضوعيته، حيث يجمع بين القاضي والخصوم المهنة ذاتها، ومن الطبيعي أن يكون هناك منافسة معهم، ويتعارض ذلك مع طبيعة وظيفته كقاض محايد¹.

إن الملاحظ كذلك على تجارب الدول الثلاث أنها قد أصدرت تشريعات مستقلة في تكوين المحاكم التجارية وبيان اختصاصاتها وإجراءات الدعوى أمامها، فإنشء هذه المحاكم في فرنسا كان فريدا من نوعه ليس بالمقارنة مع الدول العربية فحسب بل مع الأنظمة القانونية الغربية أيضا، أما في مصر والمغرب فقد صدر في كل منهما كما أشرنا سابقا قانون مستقل تم بموجبه إحداث المحاكم الإقتصادية في مصر والمحاكم التجارية في المغرب وبموجبها تم تحديد تشكيل هذه المحاكم واختصاصها، والإجراءات المتبعة أمامها.

¹ - محمد بن عبد العزيز الخلفي، عماد عبد الكريم قطان، مرجع سابق، ص 5، 6.

ثانيا: تشكيلة المحكمة التجارية المتخصصة في القانون الجزائري

في هذا العنصر سنتطرق لتشكيلة المحكمة التجارية المتخصصة والتي تتكون من قاض، ومساعدين تكون لهم الدراية بالمسائل التجارية وفق ما هو معمول به في القوانين السارية المفعول.

1/ القاضي النظامي:

بالرجوع إلى نص المادة 536 مكرر 1 من القانون رقم 08-09¹ المعدل والمتمم، نجدها قد نصت على أن المحكمة التجارية في الجزائر تتكون من أقسام، وتكون هاته الأقسام تحت رئاسة قاض فرد ويساعده أربعة (4) مساعدين ممن لهم الدراية الواسعة بالمسائل التجارية، ويكون لهم رأي تداولي، أما عن طريقة اختيارهم فإنهم يختارون وفقا للشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تبنى استقلالية القضاء التجاري عن القضاء المدني استقلالية نسبية، إذ أن المحكمة التجارية المتخصصة لا تختص بكل المسائل التجارية وإنما تختص بجزء منها فقط.

2/ المساعدين في المحكمة التجارية المتخصصة:

باستقراء المواد من 1 إلى 9 من المرسوم التنفيذي رقم 23-52² نجدها تنص في المادة الأولى منه على أنه تطبيقا لأحكام المادة 536 مكرر 2 من القانون رقم 08-09 السالف الذكر المعدل والمتمم، يهدف هذا المرسوم إلى تحديد شروط وكيفيات اختيار مساعدي المحكمة التجارية المتخصصة الذين يدعون في صلب النص "المساعدون".

أما عن المادة الثانية من ذات المرسوم فنجدها قد نصت على أنه تمسك على مستوى كل محكمة تجارية متخصصة قائمة بأسماء المساعدين الذين يتم اختيارهم وفقا للشروط والكيفيات المحددة في هذا المرسوم.

¹-القانون رقم 22-13 والمتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، السالف الذكر .

²-المرسوم التنفيذي رقم 23-52 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1444 الموافق 14 جانفي سنة 2023، يحدد شروط وكيفيات اختيار مساعدي المحكمة التجارية المتخصصة.

هذا وقد نص في المادة الثالثة على أنه يتم إعداد قائمة المساعدين وتعيينها من قبل لجنة يتأسسها رئيس المجلس القضائي الذي يقع في دائرة اختصاصه مقر المحكمة التجارية المتخصصة أو ممثله، وتتشكل من:

-رئيس المحكمة التجارية المتخصصة،

-رؤساء الغرف التجارية للمجالس القضائية التابعة لإختصاص المحكمة التجارية المتخصصة،

-رؤساء أقسام المحكمة التجارية المتخصصة،

-هذا ويمثل النيابة العامة النائب العام أو أحد مساعديه لدى المجلس القضائي الذي يقع مقر المحكمة التجارية المتخصصة في دائرة اختصاصه،

يتولى أمانة اللجنة أمين الضبط الرئيسي للمحكمة التجارية المتخصصة،

وتحدد اللجنة قواعد عملها.

أما عن المادة الرابعة من هذا المرسوم فقد ذكرت أنه يمكن للجنة أن تستعين بكل هيئة أو مؤسسة عمومية أو خاصة أو أي شخص يمكنه أن يساعدها في أداء مهامها.

هذا ويجب أن تكون للمساعد دراية واسعة بالمسائل التجارية التابعة لاختصاص المحاكم التجارية المتخصصة، ويجب أن تتوفر فيه الشروط الآتية: وهو ما ذكرته المادة الخامسة من نفس المرسوم، هاته الشروط تتلخص فيما يلي:

أ-التمتع بالجنسية الجزائرية.

ب-التمتع بالحقوق المدنية والسياسية والسياسة الحسنة أي أن لا يكون محروما من ممارسته لحقوقه الوطنية والمدنية.

ج-الإقامة بدائرة اختصاص المحكمة¹..

¹-أنظر المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 23-52، السالف الذكر.

و-أن لا يكون المساعد قد حكم عليه لأجل ارتكاب جناية أو جنحة أو مخالفة جمركية أو مخالفة متعلقة بالضرائب وأن لا يكون المساعد قد ارتكب جرم السرقة أو إخفاء أشياء مسروقة، الاحتيال، خيانة الأمانة، الجرائم الماسة بالاقتصاد الوطني، الرشوة، استعمال النفوذ، الجرائم الماسة بالآداب العامة، مخالفة القوانين المتعلقة ببيع المواد السامة، تزوير الأوراق العرفية التجارية أو المصرفية.

يخضع كل مساعد تم اختياره إلى تحقيق إداري، يسعى من النائب العام لدى المجلس القضائي الذي يقع مقر المحكمة التجارية في دائرة اختصاصه.

أما عن المادة السادسة فقد أجازت أن يتابع المساعدون قبل مباشرة مهامهم تكويننا، تحدد كفاءات ومكان إجرائه من قبل رئيس المحكمة التجارية المتخصصة، ويتضمن على الخصوص التعرف على العمل القضائي واختصاصات المحكمة التجارية وسيرها.

تحدد مدة التكوين وبرنامج بقرار من وزير العدل حافظ الأختام.

هذا ويؤدي المساعدون قبل مباشرة مهامهم أمام المجلس القضائي الذي يقع مقر المحكمة التجارية المتخصصة في دائرة اختصاصه، اليمين بالصيغة الآتية: "أقسم بالله العلي العظيم أن أقوم بأداء مهامي على أحسن وجه وأن أحافظ على سرية المداولات والمعلومات والوثائق التي اطلعت عليها أثناء أو بمناسبة أداء مهامي".

ويحرر محضر بذلك وتسلم نسخة منه للمعنيين ويحفظ في أرشيف المجلس القضائي والمحكمة التجارية المتخصصة.

أما عن تنصيب المساعدين فسيتم في جلسة رسمية للمحكمة التجارية المتخصصة، ويحرر محضر بذلك يحتفظ به على مستوى أمانة ضبط المحكمة التجارية المتخصصة¹.

أما عن التعويضات فيتقاضاها المساعدون في التنظيم الساري المفعول².

ويمكن إنهاء مهام المساعدين في المسائل التجارية، بحالة من الحالات الثلاث التالية:

¹-أنظر المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 23-52، السالف الذكر.

²-أنظر المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 23-52، السالف الذكر.

-الإستقالة:

يمكن للمساعد في المسائل التجارية أن يتقدم باستقالته للتخلي عن المهام المسندة إليه له كمساعد وذلك إلى السيد الوالي بعد إخطار رئيس المحكمة المعين بها وتعتبر الاستقالة نهائية من تاريخ علم الوالي باستلام الإستقالة أو عند انتهاء الشهر من تاريخ الإستلام ويتخلى المساعد عن منصبه كمساعد حتى في حالة تعيين مساعد آخر محله.

-الشطب:

يشطب المساعدين الرسميين من القائمة إذا لم يستجيبوا بدون سبب قانوني إلى ثلاث دعوات متتالية بموجب أمر من رئيس المجلس القضائي ويتم إعلام الوالي بذلك.

-التجريد:

يتم تجريد المساعد الرسمي أو الإضافي من هذه الصفة بالحكم عليه بأية جريمة من الجرائم السالف ذكرها.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد مزج في تأليف تشكيلة المحكمة التجارية المتخصصة بين القضاة النظاميين والمساعدين الذين يختارون من بين الشخصيات التي لها معرفة بالحياة التجارية والأعراف المهنية، وبذلك قد يكون المساعدين من بين التجار وقد يكونوا من غيرهم، فلم يشترط المشرع تمتعهم بصفة التاجر. وقد حدد المشرع شروط وكيفيات اختيار مساعدين من بين التجار وقد يكونوا من غيرهم، فلم يشترط المشرع تمتعهم بصفة التاجر. وقد حدد المشرع شروط وكيفيات اختيار مساعدي المحكمة الجارية المتخصصة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 23-52 المؤرخ في 14 جانفي 2023. وتطبيقا لأحكام هذا المرسوم التنفيذي، يتم إعداد قائمة المساعدين وتعيينها من قبل لجنة يرأسها رئيس المجلس القضائي الذي يقع في دائرة اختصاصه مقر المحكمة الجارية المتخصصة أو ممثله، إضافة إلى عضوية رئيس المحكمة التجارية المتخصصة، رؤساء الغرف التجارية للمجالس القضائية التابعة لإختصاص المحكمة التجارية المتخصصة، رؤساء أقسام المحكمة التجارية المتخصصة ويمثل النيابة العامة النائب العام أو أحد مساعديه لدى المجلس القضائي الذي يقع مقر المحكمة التجارية المتخصصة في دائرة إختصاصه.

وذلك، خلافا للمشرع الفرنسي الذي أبقى على التكوين الأصلي والتاريخي للمحاكم التجارية، التي حافظت على تأصيلها من قضاة قناصل، الذين يعتبرون تجارا أصلا وليسوا قضاة نظاميين، ينتخبون من طرف زملائهم التجار طبقا لنص المادة 1-721 من القانون التجاري، كما كان عليه الأمر في المحاكم الفنصية في ظل نظام الطوائف في المدن الإيطالية.

وإذا اعتبر المشرع رأيي المساعدين رأيا تداوليا، فإنه تطبيقا للفقرتين الثانية والثالثة من المادة 536 مكرر من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يؤثر غيابهم على صحة تشكيلة المحكمة، إذ يمكن أن تتعقد المحكمة بشكل صحيح في حالة غياب أحد المساعدين من الأربعة المشتركين، فتعقد بثلاثة منهم فقط، إلى جانب القاضي الذي يتأخر القسم. وفي حالة غياب مساعدين اثنين، فيتم استخلافهم، بقاض، فتتعقد المحكمة في هذه الحالة بقاضيين ومساعدين. أما في حالة غياب أكثر من مساعدين، فيتم استخلافهم بقاضيين، فتتعقد المحكمة بثلاثة قضاة من بينهم رئيس القسم ومساعد واحد أو بدونهم، فتصبح التشكيلة مكونة من قضاة فقط دون المساعدين العارفين بالحياة التجارية، مما يخرجها من طابعها التقني، فيتعذر الرجوع إلى الأعراف المهنية بسبب غياب المساعدين عن تشكيلة المحكمة، باعتبارهم ممن لهم دراية بالأعراف التجارية، وبهذا قد تبتعد المحكمة عن خصوصيتها الذي نشأت على أساسها، وتصبح كهيئة قضائية عادية مكونة من قضاة محترفين، بدون مساعدة التجار الذين كانوا وراء انشاء هذا النوع من المحاكم المتخصصة¹.

وبالرغم من عدم اختصاص المحكمة التجارية المتخصصة بالفصل في الدعاوى ذات الطابع الجزائي، فقد ألزم المشرع بموجب المادة 536 مكرر 7 من ق إ م إ تمثيل النيابة العامة لديها بواسطة وكيل الجمهورية لدى المحكمة التي تتواجد المحكمة التجارية المتخصصة بدائرة اختصاصها. ويمكن تفسير تواجد وكيل الجمهورية لهذه المحكمة على أساس إزامية إبلاغ النيابة العامة عشرة أيام قبل تاريخ الجلسة ببعض المنازعات المحددة في المادة 260 من نفس القانون².

¹ -حنان مازة وسعيد بوقرور، مرجع سابق، ص 272.

² - مرجع نفسه، ص 273.

المبحث الثالث: التنظيم الوظيفي للقضاء التجاري الجزائري

إن المطالبة بالحق لا بد وأن يكون عبر اللجوء إلى الجهة القضائية المتعددة وفق إجراءات معينة، وكما هو معروف أن مرفق القضاء يتكون من عدد من المحاكم وعدد من المجالس ومن محكمة عليا ومجلس للدولة، فكل جهة تختص بطائفة من القضايا، وما يهمنا هو أي جهة مختصة بالفصل في المنازعات التجارية؟

و لذلك بين المشرع أن هناك نوعين من الإختصاص هما: اختصاص إقليمي (المطلب الأول) واختصاص نوعي (مطلب ثان).

المطلب الأول: الإختصاص الإقليمي للقضاء التجاري الجزائري

بعد تكييف النزاع المطروح وبعد التعرف على الجهة القضائية المختصة نوعيا بنظره فيما إذا كانت محكمة أو غيرها، فإنه يتعين تحديد موقع تلك الجهة القضائية جغرافيا، ذلك أنه بين الجهة القضائية المختصة نوعيا بالنزاع هي المحكمة فهذا لا يكفي لأن المحاكم كثيرة ومنتشرة، لذا وجب تحديد محكمة واحدة من بين هذه المحاكم.

إن البحث في هذه المسألة هو ما يطلق عليه بالاختصاص الإقليمي مثلما بين المشرع أحكام الاختصاص النوعي من خلال نصوص عديدة فإنه كذلك تناول الإختصاص الإقليمي¹ بشيء من التفصيل، وعموما فإن الاختصاص الإقليمي منظم في عدة مواد أهمها المواد: 37، 38، 39، 40 من ق إ م إ.

و للتوضيح أكثر في الإختصاص الإقليمي، سنوضح الإختصاص الإقليمي لبعض الدعاوى في كل من القسم التجاري والإختصاص الإقليمي للمحكمة التجارية المتخصصة.

¹ - خالد روشو، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري 08-09، دار الخلدونية، ب ط، الجزائر، ص 104 و 105.

الفرع الأول: الإختصاص الإقليمي للقسم التجاري

بالرجوع لنص المادة 532 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، نجد أنها تنص على أنه تطبق على القسم التجاري أحكام الإختصاص الإقليمي المنصوص عليها في هذا القانون والقواعد الواردة في القانون التجاري والقانون البحري والنصوص الخاصة.

أولاً: المبدأ العام

نظم المشرع الجزائري الإختصاص الإقليمي ضمن عدد من نصوص القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت المادة 37 من ق إ م أنه يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه وإن لم يكن له موطن معروف ، فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له ، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

ثانياً: الإستثناءات الواردة على المبدأ العام

استثنى المشرع الجزائري بعض المسائل من تطبيق القاعدة العامة، أي موطن المدعى عليه، إلى جهات قضائية مختصة إقليمياً حسب الأحوال، ومن ضمنها حالة المنازعات التجارية، وفي حال ارتبط المستهلك المضرور مع المحترف المسؤول في علاقة تعاقدية، إذ نصت المادة 39 من ق إ م على أنه: ترفع الدعاوى المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهات القضائية الآتية:¹....

في المواد التجارية ، غير الإفلاس والتسوية القضائية ، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد ، أو تسليم البضاعة ، أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها ، وفي الدعاوى المرفوعة ضد شركة ، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها".

¹ -حاج بن علي محمد، قويدر مغربي، "تحو قضاء تجاري جزائري متخصص"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 5، العدد 1، 2018/01/15، ص 72.

ومن خلال نص المادة 39 من ق إ م إ، نجد أن رفع المدعي تاجرا كان أو غير تاجر لدعواه أمام القسم التجاري ضد التاجر لأن العبرة بطبيعة الدين بالنسبة للمدين المدعى عليه بحسب الأصل، يمكنه من اختيار أكثر من جهة قضائية مختصة إقليميا، فله أن يرفع دعواه أمام الجهة القضائية التي بدائرة اختصاصها مكان إبرام العقد، أو المكان الذي تم الإتفاق على تنفيذ العقد بالتسليم أو الوفاء بدائرتها، وتعد الجهة القضائية الأخيرة أي مكان تسليم الشيء أو أداء الخدمة، هي الجهة القضائية الأكثر ملائمة لتحقيق مصلحة المدعي، لارتباطه عمليا بالمكان الذي يقطن فيه، فيسهل عليه التداعي أمام الجهة الأقرب منه، ومن ثم تفادي مصاريف ونفقات هو في غنى عنها، خاصة وهو يطمح إلى الحصول على تعويض عادل من المسؤول التاجر.

وإذا تعلق الأمر بضرر ناتج عن فعل مؤسسة أجنبية مركز أعمالها في الخارج، فإن الإختصاص ينعقد للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها فرع هذه المؤسسة الموجود في الجزائر باعتباره مركزا لها في نظر المشرع الجزائري تطبيقا لنص المادة 50 من القانون المدني الجزائري. كما وجب القول أن المشرع الجزائري مكن التجار من خلال نص المادة 45 من ق إ م إ، من اختيار الجهة القضائية المختصة إقليميا غير التي نص عليها مراعاة للطابع التجاري للمعاملات التي تجمع بينهم وفي كنف تحقيق خصائص النشاط التجاري الثقة والإئتمان، السرعة والحركية¹.

الفرع الثاني: الإختصاص الإقليمي للمحكمة التجارية المتخصصة

لقد نصت المادة 536 مكرر 1 من القانون رقم 22-13 الذي يعدل ويتم القانون رقم 08-09 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه تطبق على المحكمة التجارية المتخصصة أحكام الإختصاص الإقليمي المنصوص عليها في هذا القانون.

كما وقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 23-53 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1444 والموافق ل 14 جانفي 2023 الإختصاص الإقليمي للمحاكم التجارية المتخصصة والمحددة ب 12 محكمة عبر الإقليم الوطني من خلال نص المادة الثانية من نفس المرسوم.

¹نصت المادة 45 من ق إ م إ على أنه: "يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الإختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار".

و تطبيقا لأحكام المادتين 6 و7 من القانون رقم 07-22 المؤرخ في 5 ماي 2022 المتضمن التقسيم القضائي ولأحكام المادة 536 مكرر من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فبراير 2008 المعدل والمتمم المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فلقد صدر مرسومين تنفيذيين نشر في الجريدة الرسمية رقم 02 المؤرخة في 15 يناير 2023، يتعلق الأمر بالمرسوم التنفيذي رقم 23-52 المؤرخ في 14 يناير 2023 المحدد لشروط وكيفيات اختيار مساعدي المحكمة التجارية المتخصصة والمرسوم التنفيذي رقم 23-53 المؤرخ في 14 يناير 2023¹.

نذكر أن المحكمة التجارية المتخصصة المنشأة بموجب المادة 6 من القانون رقم 22-07 المؤرخ في 5 ماي 2022 المتضمن التقسيم القضائي تختص بالفصل في بعض المنازعات المحددة حصريا في المادة 536 مكرر من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. يتعلق الأمر بمنازعات الشركات التجارية لا سيما منازعات الشركاء وحل وتصفية الشركات التجارية والتسوية القضائية والإفلاس، ومنازعات البنوك والمؤسسات المالية مع التجار، والمنازعات البحرية والنقل الجوي، ومنازعات التأمينات المتعلقة بالنشاط التجاري، ومنازعات الملكية الفكرية وأخيرا المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية.

طبقا للمادة 536 مكرر 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتشكل المحكمة التجارية المتخصصة من أقسام تحت رئاسة قاض بمساعدة 4 مساعدين ممن لهم دراية واسعة بالمسائل التجارية ويكون لهم رأي تداولي وليس استشاري فقط، تطبيقا للمرسوم التنفيذي رقم 23-52 يتم إعداد قائمة المساعدين وتعيينها من قبل لجنة يرأسها رئيس المجلس القضائي الذي يقع في دائرة اختصاصه² مقر المحكمة التجارية المتخصصة أو ممثله. ويؤدي المساعدون قبل مباشرة مهامهم اليمين أمام المجلس القضائي الذي يقع مقر المحكمة التجارية المتخصصة في دائرة اختصاصه كما أوردنا سالفًا.

¹ -المرسوم التنفيذي رقم 23-53 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1444 الموافق 15 جانفي سنة 2023، الجريدة الرسمية ، يحدد دوائر الإختصاص الإقليمي للمحاكم التجارية المتخصصة، ، العدد 02.

² -براهيمي محمد، تنظيم واختصاص المحاكم التجارية المتخصصة، مقال اطلع عليه يوم 7 فيفري 2023 على الساعة 11:54، منشور على الموقع:

حدد المرسوم التنفيذي رقم 23-53 عدد المحاكم التجارية المتخصصة ب 12 محكمة عبر كامل التراب الوطني، باستثناء المحكمة التجارية المتخصصة للجزائر ووهران وقسنطينة التي تزود بمقرات خاصة، فإن كل محكمة من المحاكم التجارية المتخصصة تتعقد بالمحكمة المحددة بموجب قرار وزاري من وزير العدل التابعة للمجلس القضائي الذي تقع في دائرة اختصاصه المحكمة التجارية المتخصصة.

المطلب الثاني: الإختصاص النوعي للقضاء التجاري الجزائري

يقصد بالاختصاص القضائي السلطة التي يخولها المشرع لمحكمة ما للنظر في نزاع ما، إذ تتحدد الجهة القضائية المختصة نوعيا في نظر المنازعات التجارية بالنسبة للمشرع الجزائري بما عرفه التطور التشريعي للتنظيم القضائي، باعتداده النظام القضائي الموحد وما وصل إليه من استحداث قسم تجاري بتشكيلة جماعية..

فالمشرع الجزائري أسوة بالمشرع المصري واللبناني لم يعتمد نظام القضاء المتخصص، وهذا تطبيقا لنص المادة 32 فقرة 1 من ق إ م إ حينما ذكرت أنه: "المحكمة هي الجهة القضائية ذات الإختصاص العام وتتشكل من أقسام..."، وتضيف الفقرة 3 من ذات المادة 32 التي نصت بأن: "تفصل المحكمة في جميع القضايا لا سيما المدنية التجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا"¹.

وما يمكن استخلاصه من النص أن الإختصاص في المواد التجارية يؤول للمحاكم العادية، التي تتولى الفصل في المنازعات التجارية، فالمحاكم في النظام الجزائري هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام، فهي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية التي تختص بها نوعيا، والتي لا تقتصر فقط على الدعاوى القضائية التي تجمع بين التجار أنفسهم وإنما تتعداها للدعاوى التي تجمع بين المستهلك المتضرر والمحترف المسؤول من أشخاص القانون الخاص كالمنتج والموزع والبائع المحترف ممن يتمتعون بالصفة التجارية، وينسحب أيضا على دعاوى التعويض التي يرفعها المتضرر من حوادث الإستهلاك التي تسببها نشاطات المرافق العامة الإقتصادية والتجارية، وتبقى الجهات القضائية الإدارية مختصة بنظر بعض منازعات المستهلكين في مواجهة المرافق العامة الإدارية. على أن يطبق القانون التجاري على المنازعات التجارية والقانون المدني على المنازعات المدنية.

و فيما يلي سنتعرف على جل الدعاوى منها ما يختص بها القسم التجاري (الفرع الأول) و ما تختص به المحكمة التجارية المتخصصة (الفرع الثاني).

¹-فضيل العيش، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، ب ط، الجزائر، ص90.

الفرع الأول: الإختصاص النوعي للقسم التجاري

يختص القسم التجاري بالنظر في المنازعات التجارية باستثناء تلك المذكورة في المادة 536 مكرر من القانون رقم 22-13 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو ما نصت عليه المادة 531 من ذات القانون.

وتضيف المادة 535 من نفس القانون بأنه: "يفصل رئيس القسم التجاري وفق الإجراءات الواردة في هذا القانون والقانون التجاري والقوانين الخاصة"، كما تنص المادة 533 من نفس القانون دائما والتي أحالت إليها المادة 535 ضمنا على أنه: "يتشكل القسم التجاري من قاض رئيسا ومساعدين ممن لهم دراية بالمسائل التجارية، ويكون لهم رأي استشاري تم اختيار المساعدين وفقا للنصوص السارية المفعول".

وتطبيقا للنصوص المذكورة تنظر المنازعة التجارية بين التجار أمام القسم التجاري بتشكيلته الجماعية ذات الدراية بالمسائل التجارية، حيث ينظر هذا القسم في المنازعات التجارية، وعند الإقتضاء في المنازعات البحرية، وفقا لما هو منصوص عليه في القانون التجاري والقانون البحري والنصوص الخاصة.

ويمكن تحديد المنازعات التجارية بأنها مجموع النزاعات التي تنشأ بين بين التجار أو بسبب المعاملات التجارية المنظمة في القانون التجاري¹.

أما إذا قام المدعى عليه وعن طريق الخطأ برفع دعواه أمام القسم المدني، فهاته الممارسة لا تجعلنا امام قضاء تجاري مستقل، بحيث يفتح لنا المجال بالدفع بعدم الإختصاص بمعناه القانوني، على أنه وحتى في ظل عدم إمكانية إثارة الدفع بعدم الإختصاص النوعي، فعمليا وفي الدول التي تتبنى نظام القضاء العادي الموحد، يتم إحالة الملف بأطرافه إلى القسم المختص، باعتبار أن استحداث هذه الأقسام هو لأجل تنظيم إداري لمرفق القضاء، وفي هذا المعنى جاء نص الفقرة السادسة من المادة 32 من ق إ م إ بأنه: "في حالة جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني

¹-فضيل العيش، مرجع سابق، ص26.

بالنظر فيها، يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط، بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقاً".

وعليه فإن القسم التجاري يختص بكل المنازعات التجارية والتي تنشأ بين التجار شريطة أن تكون متعلقة بأعمالهم التجارية، وفق معيارين هما:

أولاً: المعيار الشخصي (التاجر)

لقد خص المشرع الجزائري التاجر بجملة من الإمتيازات وذلك بحكم انفراده عن غيره من أفراد المجتمع بخصوصيات تتماشى وطبيعة أعماله التي تتسم بالسرعة والإئتمان.

وفي سبيل ذلك أعطى المشرع للتاجر الحق في اللجوء للقضاء من أجل تسوية منازعاته، ومنح المحاكم سلطة في ذلك، فتختص هذه الأخيرة نوعياً في النظر في الدعاوى التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية، ويقصد بالإختصاص النوعي لهاته المحاكم تحديد القضايا التي يرجع لهذه المحاكم حق النظر فيها¹.

وحتى ينعقد الإختصاص لهاته المحاكم للنظر في الدعاوى الناشئة بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية، لابد من توفر شرطين أساسيين.

1-تحقق الصفة التجارية في أطراف النزاع:

يقصد بهذا الشرط أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه في الدعوى تاجراً، ويستوي أن يكون أحد الأطراف أو مجموعهم شخصاً طبيعياً أو معنوياً.

فبحسب المادة الأولى من القانون التجاري والتي حددت من هو التاجر فتتص على أنه: "يعد تاجر كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملاً تجارياً ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم ينص القانون بخلاف ذلك"².

¹-عرض حول الدعاوى التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية، مجلة القانون والأعمال الدولية، مقال اطلع عليه يوم 11 سبتمبر 2022، على الساعة 11:01، منشور على الموقع التالي:

<https://www.droitentreprise.com>

²-بن مسعود شهرزاد، محاضرات في مقياس القانون التجاري، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، ص4.

و انطلاقا من هذا المادة يمكن أن نعتبر أن القانون التجاري هو قانون التجار أي كل الأشخاص الذين يباشرون أعمالا تجارية أو قانون الأعمال التجارية التي تصبغ الأشخاص القائمين بها بصفة التاجر، أي أن هذه المادة تعرف التاجر من خلال الأعمال التجارية، والأعمال التجارية من خلال صفة القائم بها¹.

هذا وتعتبر المادة التاجر كل من يشتغل بالأعمال التجارية ويتخذها مهنة معتادة له سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا (شركة) بشرط أن يكون موضوع النشاط الممارس من طرف الفرد أو الشركة تجاريا، ويتبين من ذلك أن تعريف التاجر لا يرتبط بانتمائه إلى هيئة أو حرفة أو طائفة معينة، وإنما يرتبط بالعمل الذي يباشره ذلك أن احتراف العمل التجاري هو أساس اكتساب صفة التاجر.

ويشترط لاعتبار الشخص تاجرا وفقا للنص المشار إليه الشروط التالية:

أ- أن يباشر الشخص الأعمال التجارية على سبيل الإحتراف:

لكي يكتسب الشخص صفة التاجر، يجب أن يباشر عملا تجاريا وأن يتخذ عتاد له، أي احترافه القيام بالأعمال التجارية، ويقصد بالاحتراف توجيه الشخص نشاطه إلى القيام بالعمل التجاري، ويقضي الإحتراف تكرار القيام بالعمل التجاري بصفة منتظمة ومستمرة، بقصد تحقيق الكسب من ورائه.

ولا يشترط في الإحتراف أن يكون بشكل علني، بل أن احتراف بعض الأشخاص التجارة بشكل خفي للتهرب من الالتزامات القانونية أو لمخالفة القوانين، لا يحول دون اكتساب هذا الشخص صفة التاجر، كما لا يوجد فرق بين نشاط تجاري هام ونشاط تجاري غير هام، فكل من يحترف عملا تجاريا كيف ما كان يكتسب صفة التاجر.

¹ - بن مسعود شهرزاد، مرجع سابق.

وتجدر الإشارة، إلى أن الإحتراف ينطبق على الشخص المعنوي كما ينطبق على الشخص الطبيعي، فكل شخص معنوي يحترف الأعمال التجارية بصفة معنادة يكتسب صفة التاجر، وهو ما يعرف بالشركة التجارية، ويحدد الطابع التجاري للشركة إما بموضوعها أو بشكلها، والشركات التجارية بحسب شكلها حددتها المادة 544 من ق ت ج¹، وهي شركات التضامن وشركات التوصية (البسيطة وبالأسهم) وشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة.

ب- قيام الشخص بالأعمال التجارية لحسابه الخاص (مبدأ الاستقلالية): لا يكفي لإكتساب الشخص صفة التاجر احتراف الأعمال التجارية بصورة منتظمة وأن يتخذها على وجه الإستقلال، أي أن يقوم بها باسمه الشخصي ولحسابه الخاص وأن يتحمل بنفسه كافة المخاطر، والجدير بالذكر أن هذا الشرط لم تنص عليه المادة الأولى من القانون التجاري، بل كرس ذلك في المادة 1/2 من القانون رقم 90-22 المؤرخ في 18 أوت 1990 والمتعلق بالسجل التجاري².

إن تطبيق هذا الشرط يسمح بتمييز التاجر عن ذوي الأجور الذين هم تحت تبعية التاجر، ومن ثم لا يعد تاجرا العمال الذين يقومون بالأعمال التجارية لا لحسابهم الخاص بل لحساب رب العمل، فهذا الأخير يتحمل الخسائر التي قد تتجم عنها، كما يسمح بتحديد وضعية الشركاء في الشركات التجارية، ووضعية المدين فيه.

ج- الأهلية التجارية:

مبدئيا يشترط في الشخص الذي يريد ممارسة التجارة أن يكون كامل الأهلية، إلا أن القانون التجاري لم يحدد شروط اكتمال الأهلية، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام القانون المدني، فتنص المادة 40 منه على أن: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة"، وتنص المادة 42 من نفس القانون على ما يلي: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته أو جنون...".

¹-أنظر المادة 544 من القانون رقم 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون التجاري، معدل ومتمم، ج ر عدد 101 لسنة 1975.

²-القانون رقم 90-22 المؤرخ في 27 محرم عام 1411 الموافق ل 18 غشت سنة 1990، يتعلق بالسجل التجاري، ج ر ع36، والذي عدل بالأمر رقم 96-07 المؤرخ في 10 يناير 1996.

أما فيما يخص القاصر وهو الذي يبلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، فقد أورد المشرع بشأنه حكما خاصا به لممارسة التجارة وهو نص المادة 5 من القانون التجاري الجزائري والتي تنص: "لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية:

- إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب والأم.

- ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري.

و بذلك يشترط في القاصر الذي يريد مزاولة التجارة بلوغ من العمر ثمانية عشر سنة والحصول على إذن والديه والترشيد من المحكمة، مع قيد الإذن في السجل التجاري للإشهار. ويتوافر هذه الشروط يجوز للقاصر ممارسة التجارة المرخص له بها، كما يجوز له أن يرتب التزاما أو رهنا على عقاراته، غير أن التصرف فيها سواء كان اختياريا أو جبريا، لا يتم إلا باتباع الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر وعديمي الأهلية¹.

2/ متعلقة بممارسة تجارته (الأعمال التجارية بالتبعية):

علاوة على شرط الصفة التجارية و يجب أن يكون العمل مرتبطا بالنشاط التجاري للتاجر ، أو ناشئا عن الإلتزامات بين التاجر و هو ما عبرت عنه المادة الرابعة ب : بمناسبة تجارته، الإلتزامات بين التاجر²، أما إذا كان يتعلق الأمر باستعماله الخاص او العائلي ، فإنه لا تعد أعمالا تجارية بالتبعية و إنما تبقى محافظة بطبيعتها المدنية.

¹ - جيم أهوت، الوجيز في القانون التجاري، مطبعة مكتبة الأنوار، الطبعة الأولى، 2020، ص56.

² - حلو أبو حلو ، القانون التجاري الجزائري(الأعمال التجارية و التاجر)،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1992، ص 86.

وعرفت نظرية الأعمال التجارية بالتبعية ، في المجال التجاري ، اتساعا في مجال تطبيقها لتشمل جميع التزامات التاجر أو المتعلقة بنشاطه التجاري، و بعض النظر عن مصدر هذه الالتزامات التي قد تكون تعاقدية أو غير تعاقدية.

فتعد جميع الإلتزامات التعاقدية ، التي يجرها التاجر من أجل حاجات تجارته و بمناسبةها ، أعمالا تجارية بالتبعية و على أساس ذلك يعد عملا تجاريا بالتبعية ، الإلتزام الناتج عن جميع عمليات الشراء التي يعقدها التاجر دون نية البيع ، المتعلقة مثلا بالوقود لتشغيل مصنعه ، و كذلك السيارة المخصصة لنقص البضائع و توزيعها على الزبائن، كذلك تعد تجارية بالتبعية جميع العقود التي يبرمها التاجر، مثل كراء العقارات من أجل ممارسة التجارة ، أو لتخزين البضائع و السلع ، و العقود التي يعقدها مع المستخدمين و العمال ، تعد تجارية بالتبعية ، أما بالنسبة للعمال فتبقى محافظة على طبيعتها المدنية لذلك تبقى من أختصاص القضاء الاجتماعي نظرا للضمانات التي يوفرها قانون الشغل و نظرا كذلك لطابعه الحمائي.¹

أما عن الإلتزامات غير التعاقدية ، فتتمثل في الإلتزامات الناشئة عن الإخلال بالتزام قانوني ، و هو ما يعرف بالعمل غير المشروع أو المسؤولية التقصيرية كما ، تتمثل الإلتزامات المتعلقة بالإثراء بلا سبب.

إذن فكل هذه الإلتزامات القانونية و التي يمكن أن تجمع بين التاجر و نظرائه من التجار أو مع الزبائن ، تعتبر أعمالا تجارية بالتبعية.

وعليه فعلى مستوى العمل غير المشروع أو المسؤولية التقصيرية، فإن الجميع الإلتزامات الناتجة عن مسؤولية التاجر إتجاه باقي التجارة الآخرين، أو إتجاه الزبائن او الأغيار ، تعتبر أعمالا تجارية بالتبعية، بغض النظر إن كانت هذه الإلتزامات ناتجة عن المسؤولية عن العمل الشخصي للتاجر أو عن المسؤولية عن العمل الغير أو عن الأشياء التي تكون في حراسته، ففي إطار المسؤولية الشخصية، يعتبر إلتزام التاجر بالتعويض عن الأضرار التي ألحقها بتاجر آخر نتيجة ممارسته لأعمال المنافسة غير المشروعة، تعتبر أعمالا تجارية بالتبعية: مثل تقليده لعلامة تجارية مملوكة لتاجر آخر، أو إستغلال إسم تجاري عائد لغيره. أما على مستوى المسؤولية عن عمل الغير فالتاجر يعد مسؤولا عن الأعمال تابعة الذي ألحقوا ضررا بالغير بمناسبة التجارة أو المتعلقة

¹ - حلو أبو حلو ، مرجع سابق، ص 86.

بالنشاط التجاري . و في هذا الصدد فإن المسؤولية المدنية للتاجر - المتبوع- عن أخطاء تابعيه (العمال و المستخدمين) تكون تقصيرية. ذلك أنه في حالة ارتكاب العامل أو المستخدم خطأ أثناء ممارسته للنشاط التجاري الذي كلفه به التاجر ، فترتب عن ذلك ضرر ماديا أو معنويا للغير ، فللشخص المتضرر أن يسائل التاجر بإعتباره متبوعا لصاحب النشاط التجاري و ذلك من أجل تعويضه عن الأضرار التي حصلت له بفعل الخطأ الذي ارتكبه العامل - التابع- .

وعلى مستوى الإثراء بلا سبب، فتعد إلتزامات التاجر ناتجة عن الإثراء بلا سبب أعمالا تجارية بالتبعية و المقصود بالإثراء بلا سبب و هو إثراء التاجر بدون سبب قانوني يؤدي إلى إفقار تاجر آخر أو زبون.

و من تطبيقات الإثراء بلا سبب ما يعرف بدفع غير المستحق مثلا قيام شخص بالوفاء بدين للتاجر ، ظنا منه أن هذا التاجر دائن له، و بعد ذلك يتبين أن ليس هناك دين على الإطلاق ، حيث يلتزم التاجر برد مبلغ الدين، أو قيام تاجر ببيع بضاعة بثمن أعلى من ثمنها الحقيقي، فليتزم برد الفرق إلى الزبون أو التاجر بالنقسيط، إلتزام شركة التأمين برد الأقساط الإضافية التي حصلت عليها بلا سبب لزوال الخطر المضمون.

ومن التطبيقات أيضا الفضالة فدفع شخص غريب عن السفحة للحامل بدلا من المسحوب عليه ودون أن يكون موكلا بذلك، أو شراء تاجر أغطية من أجل تغطية بضائع عائدة لتاجر آخر لحمايتها من التلف بسبب الأمطار ، وكما لو تدخل الفضولي أيضا ليدفع عن التاجر دينا أو ليضمنه حتى لا يشهر إفلاسه¹.

¹ - نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004 ص 106.

ثانيا: المعيار الموضوعي (الأعمال التجارية)

يشترط لإختصاص المحاكم، أنه إذا تعلقت المنازعة المعروضة عليها بعمل من الأعمال التجارية كان لها الإختصاص لفضها.

في هاته النقطة يتبادر إلى أذهاننا سؤال حول مدى اكتفاء المشرع أو القانون تشريعا كان أو عرفا على إضفاء الوصف التجاري على الأعمال التي تتوفر فيها خصائص من مضاربة وممارسة للنشاط فقط؟ أم مدد هذا الوصف التجاري إلى أعمال أخرى؟ فما هي تلك الأعمال وكيف صنفها؟

1/ الأعمال التجارية الموضوعية: تقسم الأعمال التجارية بحسب موضوعها إلى طائفتين من الأعمال، أعمال تجارية منفردة والتي يعتبرها المشرع تجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها، بحيث تعد تجارية حتى ولو باشرها الشخص مرة واحدة والطائفة الثانية هي طائفة الأعمال التجارية بطريقة المقاول. وقد ذكر هذه الأعمال في نص المادة 2 من ق ت ج. والملاحظ في هذا النص أنه قد أخذ من نص المادة 632 من التقنين التجاري الفرنسي الذي يصعب تفسيره نظرا لقدمه، إذ لم يطرأ عليه أي تغيير جذري منذ 1807، والسؤال الي يتبادر إلى الذهن ينحصر في السرد الذي جاء به المشرع التجاري للأعمال التجارية فهل تعتبر هذه الأعمال قد جاءت على سبيل الحصر أو جاء على سبيل المثال؟

فلو رجعنا إلى فقهاء القرن 19 لوجدنا أنهم كانوا يرون أن هذا التعداد أو السرد الذي تضمنه نص المادة 632 من ق ت ف قد جاء على سبيل الحصر على أساس أن القانون التجاري هو قانون استثنائي يجوز نمد مجاله خارج الحدود التي رسمها له القانون¹، غير أن فقهاء القرن 20 رأوا أن هذا التعداد جاء على سبيل المثال وعلى ذلك فيمكن القول أن نص المادة 2 من ق ت ج أورد تعداد الأعمال التجارية على سبيل المثال فحسب.

¹ - بن مسعود شهرزاد، مرجع سابق، ص 29.

أ/ الأعمال التجارية الموضوعية المنفردة:

يمكن تعريفها بأنها الأعمال التي اعتبرها المشرع تجارية بنص القانون دون اعتداد بمرات مزاولتها أي حتى لو بوشرت لمرة واحدة و دون اعتبار لشخص القائم بها سواء كان تاجرا أم غير تاجر.

نص المشرع على هذه الأعمال في الفقرات من المادة 2 من القانون التجاري الجزائري هي 1، 2، 13، 14، 16، 17، 18، 19، 20، و كذلك المادة 4 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري.

وعليه فإن أهم أنواع الأعمال التجارية الموضوعية المنفردة تتمثل في: الشراء لإعادة البيع، عمليات الصرف، البنوك، السمسرة، الأعمال الخاصة بالعمولة، الأعمال التجارية البحرية وذلك حسب التقسيم التالي:

-الشراء لأجل إعادة البيع:

نصت الفقرة 1 من المادة 2 من ق.ت.ج على "كل شراء للمنفولات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها و شغلها" أما الفقرة 2 من نفس المادة "كل شراء لعقارات لإعادة بيعها . و من خلال هاتين الفقرتين نستنتج وجود شروط ثلاثة لاعتبار عملية الشراء لأجل البيع عملية تجارية موضوعية منفردة هي على التوالي: *أن يكون هناك شراء* أن يتعلق هذا الشراء بمنقول أو عقار* أن تتجه نية المشتري إلى البيع و تحقيق الربح.

* الشراء: إشتراط المشرع الجزائري من أجل إعتبار العمل تجاريا، أن يكون هناك عملية الشراء، ذلك أن الشراء يعد شرطا جوهريا للسعي نحو تحقيق الأرباح، ذلك أنه بغياب هذا الشرط فإن العمل لا يتصف بالصفة التجارية. و المقصود بعملية الشراء هنا بمعناها الواسع، أي بالإضافة إلى المعنى الضيق لعملية الشراء، التي تقتضي ملكية الشيء المبيع مقابل دفع ثمن نقدي فإن إكتساب المنقول أو العقار عن طريق المقايضة¹ أي عن طريق المقابل العيني يعد أيضا شراء. وعلى خلاف ذلك فإن أيلولة المنقولة أو العقار إلى الشخص عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة وبيعها يضل عملا مدنيا على اعتبار إنعدام أسبقية عملية الشراء. على أساس ما سبق ، فإن إنعدام عملية شراء يجعل العديد من الأعمال المعروفة في الواقع العملي أعمالا مدنية لعدم توفر الشراء بقصد البيع

¹ - حلو أبو حلو، مرجع سابق، ص 126.

ويتعبير أدق انتقاء وجه المضاربة¹ . و نعني بالخصوص : الأعمال الزراعية و الإنتاج الفكري و المهن الحرة.

* يجب أن يرد الشراء على المنقولات أو العقارات:

إن الشراء يجب أن يرد على المنقول أو العقار حتى تكتمل مقومات العمل التجاري .أي حصول واقعة الشراء بنية البيع وإضفاء بالتالي صفة تاجر على الممارس بشكل إعتيادي أو احترافي. وبالنسبة للمنقول محل الشراء ، فلا عبء بطبيعته ، قد يكون منقولاً مادياً ، كالسلع و البضائع و السيارات و غيرها ، و قد يكون منقولاً معنوياً مثل الأصل التجاري و السندات و الأسهم و حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو حقوق الملكية الصناعية أو التجارية مثل براءة الإختراع و الحق في العلامة التجارة و الإسم التجاري.

كما يمكن أن يكون المنقول بحسب المال، أي حسب إرادة المتعاقدين مثل شراء منزل و هدمه و بيع أنقاضه، وكذلك شراء أشجار التي تعد عقارات بطبيعتها مادامت ملتصقة بالأرض من أجل تقطيعها و بيعها كأخشاب.

تبقى ملاحظة أخيرة ذلك أن شراء المنقول من أجل إعادة بيعه يبقى عملاً تجارياً، سواء بيع المنقول على طبيعته الأولى أو بعد تهيئته بهيئة أخرى، أي إدخال تغيرات عليه، مثل شراء الحبوب و القيام بعملية طحنها و بالتالي بيع الدقيق الناتج عنها .

أما شراء العقار لأجل بيعه فكانت في بدء القرن الماضي و لازالت في بعض التشريعات على غرار التشريع المصري من الأعمال التجارية المدنية، و حجتهم في ذلك بداية هي تاريخية تجد أصلها في التفرقة التي عرفتها القرون الوسطى بين العقار و المنقول كذلك تحججوا ببطء تداول العقارات و صعوبة إجراءات نقل ملكيتها و هو ما يتعارض مع متطلبات التجارة من سرعة و سهولة، كما أنهم قالوا أن امتداد نطاق القانون التجاري إلى العقارات يؤدي إلى توسع القانون التجاري على القانون المدني. لكن كل هذه الحجج قوبلت بالنقد مما أدى بها على الاختفاء من معظم التشريعات و منها التشريع الجزائري الذي نص على أن شراء العقار لإعادة بيعه يعد عملاً تجارياً.

¹ - عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص52

و قد كان اتجاه المشرع الجزائري في هذا الإتجاه تسليما بالتطور الإقتصادي الذي أصبحت في ظله العمليات الواردة على العقارات تشكل مضاربات بالغة الأهمية و برؤوس أموال طائلة مما يحقق أرباحا هائلة مما يجعل القول بمدنيته غير عادل إذ يحرم الغير الذي يتعامل مع القائمين بها من ضمانات القانون التجاري و من أهمها إشهار إفلاس هؤلاء المضاربين¹.

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري اعتبر شراء العقارات لإعادة بيعها عملا تجاريا و لو وقع منفردا إذ لم يشترط القيام به في شكل مشروع. و في الأخير نقول أنه يستوي إعادة شراء العقار لإعادة بيعه بطرق مختلفة و متنوعة.

فبالنسبة للعمليات المتعلقة بالترقية العقارية، فنصت المادة الرابعة من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري على ما يلي :

"فضلا عن الأحكام التي نصت عليها في هذا المجال المادة 02 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون التجاري، تعد أعمالا تجارية بحكم غرضها، الأعمال التالية:

- كل نشاطات الاقترناء و التهيئة لأوعية عقارية قصد بيعها أو تأجيرها.
- كل النشاطات التوسيطية في الميدان العقاري لاسيما بيع الأملاك العقارية أو تأجيرها
- كل نشاطات الإدارة و التسيير العقاري لحساب الغير".

إذن فالمادة 4 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 وردت أكثر دقة و وضوحا من م2 من ق.ت.ج.²

النشاطات المتعلقة بالترقية العقارية كانت مذكورة في القانون رقم 86-07 المؤرخ في 4 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية وكانت تتمثل في كافة العمليات الرامية إلى بناء عمارات مخصصة للاستعمال السكني أو المهني قصد إعادة بيعها أو تأجيرها، و كانت هذه الأنشطة ممنوحة صراحة للجماعات المحلية، المؤسسات أو الهيئات العمومية، الخواص إذا كان البناء لحاجتهم الشخصية و إذا أنجز بصفة فردية أو بواسطة تعاونية عقارية، و كذلك الأشخاص الطبيعيين و المعنويين الخاضعين

¹ - حلو أبو حلو، مرجع سابق، ص131.

² - فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري -الأعمال التجارية-التاجر-الحرفي، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، 2003، ص103

للقانون الخاص غير المذكورين أعلاه. لكن المشرع كان يفرض على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين التمتع بالجنسية الجزائرية.¹

المرسوم 03-93 المتعلق بالترقية العقارية ألغى القانون رقم 07-86، و جاء ببيان واضح لطبيعة الأنشطة الرامية للترقية العقارية، إذ يشمل النشاط العقاري كافة العمليات الرامية لإنجاز و تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجة خاصة و لا يهتم الغرض من وراء هذه الأملاك سواء كان سكني أو مهني أو تجاري أو صناعي.²

تجدر الإشارة إلى أن المتعاملين في الترقية العقارية يكتسبون صفة التاجر دون اشتراط حملهم الجنسية الجزائرية كما كان عليه الحال في القانون 07-86، كذلك تطبق أحكام المرسوم 03-93 على الشركات المدنية العقارية إذا كانت أنشطة الترقية العقارية التي تقوم بها لا ترمي إلى توفير حاجات أعضائها و هذا إعمالا للمادة 5 من المرسوم 03-93.³

أخيرا يمكننا القول أن سلوك المشرع الجزائري لهذا الدرب كان نتيجة للنقلة النوعية في الإقتصاد الجزائري من النظام الإشتراكي إلى النظام الرأسمالي الحر، و إذا تلمسنا غاية المشرع من إضفاء الطبيعة التجارية على هذه الأعمال وجدنا أنها التسهيل على القضاة و المتقاضين و مساعدتي القضاء في الفصل في النزاعات.⁴

أما عن عمليات التوسط في شراء و بيع العقارات أو المحلات التجارية و القيم المنقولة فتعتبر أعمال التوسط في شراء و بيع العقارات أو المحلات التجارية أو القيم المنقولة أعمالا تجارية بحسب موضوعها و لو تمت مرة واحدة، و بصرف النظر عن شخص القائم به و دون اشتراط قصد الربح. و يشترط أن يتعلق التوسط بعملية شراء و بيع العقار سواء كان العقار مبني أو غير مبني و دون أن يتعلق الأمر بأي تصرف قانوني آخر كالإيجار و العارية و غيرهما، كما تعد عملية التوسط تجارية إذا تعلقت بشراء و بيع المحلات التجارية و القيم المنقولة بحسب موضوعها و بصرف النظر عن طبيعة القائم بها و لو وقعت مرة واحدة.

¹ - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق ، ص104

² - فتاك علي، مبسوط القانون التجاري في مقدمة القانون التجاري، نظرية الأعمال التجارية، ابن خلدون للنشر والتوزيع،

وهران، 2004. ص85

³ - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص106

⁴ - فتاك علي، مرجع سابق، ص85.

المحل التجاري هو كل مال منقول معنوي يستعمله التاجر في ممارسة نشاطه التجاري، فهو عبارة عن مجموعة العناصر المادية و المعنوية التي تألفت معا من أجل استغلال تجاري معين ، و يشمل البضائع و المعدات و الآلات و غيرها كما يشمل عنصر الإتصال بالعملاء و السمعة التجارية و براءات الاختراع، أما القيم المنقولة فهي الأموال المنقولة المعنوية الأخرى كبراءات الإختراع و حق المؤلف و غيرها من الحقوق الأدبية و الفنية و حقوق الملكية الصناعية.¹

* ضرورة توافر قصد البيع أو التأجير :

فحسب المادة 2 من ق ت ، فإنه يجب توافر شرط آخر وذلك بجعل الشراء نشاطا تجاريا. إن الدفع إلى البيع قصد البيع يعد شرطا ضروريا و جوهريا من أجل تجارية النشاط الشراء من أجل البيع ذلك أنه قصد الشخص من وراء شرائه للمنقول هو لأجل إستعمال الشخص أو للإستهلاك، فإن هذا النشاط لا يعد عملا تجاريا، بل يبقى عملا مدنيا بعبارة أخرى توافر فيه نية البيع أو الباعث على شراء من أجل اعتبار النشاط عملا تجاريا كما يجب أن تتوافر نية البيع وقت الشراء و لا يهم بعد ذلك إن تمت عملية البيع أو التأجير. و من أجل معرفة ما إذا كان الدافع إلى البيع أو التأجير متوفر وقت الشراء أم لا، فإن لقضاء الموضوع دور مهم في الكشف عنها خصوصا و أنها تعد من مسائل الواقع، أي أنها عبارة عن وقائع مادية لا تخضع لرقابة المحكمة العليا و الطرف المعني يمكن له التمسك بالصفة لتجارية بجميع طرق الإثبات بما فيها القرائن و شهادة الشهود، إستناد إلى مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية .

و يمكن إثبات النية من أجل البيع أو التأجير إستناد إلى الظروف الخارجية مثل نوع السلع و المنتجات المشتراة و كميتها، إضافة إلى الصفات الأطراف المتعاقدة ما إذا كانوا تجار أم لا . و نعني بذلك قرينة التجارة، أي إذا كان الشخص تاجرا، فإن هناك قرينة على أن عملية شراء المنقولات كانت بنية البيع أو التأجير مند الأو. بقي أن نشير أن المادة الثانية ، أغفلت في فقرتها الأولى والثانية، الإشارة إلى عنصر الربح، و الذي سبق لنا أن قلنا بأنه عنصر أساسي و ضروري في العمل التجاري ذلك أنه إذا غاب قصد تحقيق الربح زالت عن الشراء الصفة التجارية، كما هو الحال بالنسبة للجمعيات الإستهلاكية أو التعاونية، التي تشتري السلع و المنتجات من أجل بيعها إلى منخرطيهما بسعر التكلفة "سعر الشراء + سعر النقل" كما أنه لا يشترط أن يكون الربح آنيا أي في الحال و إنما

¹ - فتاك علي، مرجع سابق، ص 89.

يجوز أن يكون الربح مستقبليا مثلا لتاجر الذي يبيع السلع و المواد بسعر أقل بغية جلب الزبائن أو تصفية و تصريف المنتجات، و جلب بضائع جديدة لمحله، أو من أجل التعريف بمحله و إشهاره للعموم عن طريق التخفيض من الأثمنة كذلك يمكن للتاجر أن يبيع بدون ربح في حالة خوف و خشيته من تلف بعض البضائع او السلع : التي تكون سريعة التلف¹.

كذلك تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم ينص بصريح العبارة على اعتبار البيع من الأعمال التجارية بخلاف نصح صراحة على الشراء، و الواقع وجوب النص صراحة على اعتبار البيع عملا تجاريا باعتبار أن الشراء لأجل البيع يتم في مرحلتين : الشراء ثم البيع و قد تدارك الفقه و القضاء الفرنسيين سهو المشرع فثبت الرأي بقياس عقد البيع على عقد الشراء و اعتبار البيع من الأعمال التجارية.

ب/ الأعمال المصرفية و أعمال الصرف، السمسرة و الوكالة بالعمولة:

- الأعمال المصرفية، أعمال الصرف:

يقصد بالعمليات المصرفية مجموع الأعمال التي تقوم بها المصارف أو البنوك و هذه العمليات كثيرة و متنوعة منها ما يتعلق بإيداع النقود و منها ما يتعلق بالإئتمان كالحساب الجاري²، بحيث تقوم هذه البنوك بتأجير الخزائن الحديدية و كذا تحصيل قيمة الأسهم مما يشكل إضرار بمصلحة بعض الذي لا يمتنون ذلك، و كل العمليات المتعلقة بالأسهم و السندات المالية التي تصدرها الشركات و تعتمد البنوك اعتمادا كبيرا على عمليات الإيداع و بالأخص إيداع النقود بحيث تمثل هذه الودائع الجانب الأكبر من قدرة البنك و المعيار الحساس للثقة التي يبعثها في نفوس عملائه لذا أصبحت البنوك تشجع على الإيداع فأصبحت في الوقت الحاضر تفتح حسابات التوفير إلى جانب عمليات أخرى منها وديعة الصكوك، بالإضافة إلى عمليات الإيداع يعتمد كذلك البنك في العمليات الائتمانية ليس على رأس ماله فقط بل على مجموع الودائع النقدية و كذا الأرصدة الداخلة في حساباته

¹ - علي فتاك، مرجع سابق، ص 86

² - مرجع نفسه، ص 86.

الجارية ، و تتنوع عملية الإئتمان و تتطور لتمتد من القرض البسيط إلى الإعتماد البسيط و الضمان في صورته المختلفة.¹

و تعد أعمال المصارف عمليات تجارية بطبيعتها لو حصلت منفردة، غير أنه من الملاحظ أنه لا توجد في الحياة العملية عمليات مصرفية منفردة و بالتالي تعتبر البنوك و المؤسسات المالية أشخاص معنوية مهمتها الرئيسية القيام بعمليات مصرفية، كذلك يرى البعض الآخر أنه لكي يتم تحديد الطابع التجاري للعمليات المصرفية يجب النظر إلى المؤسسة البنكية. فالعمليات تعتبر تجارية بالنسبة لها أما بالنسبة للمتعاين معها فيختلف الأمر، غير أن العمليات المصرفية تأخذ الطابع التجاري إذا كان هذا الأخير تاجرا و تم العملية لأغراض تجارته أما إذا كان هذا الأخير غير تاجر فإن العملية لا تأخذ الطابع التجاري.

واعتبر المشرع الجزائري جميع الأعمال المصرفية أعمالا تجارية، أما إذا كان الشخص الذي يتعامل مع المصرف غير تاجر فيعتبر العمل مدني بالنسبة لهذا الشخص و تجاريا بالنسبة للمصرف مثال ذلك: إيداع الودائع النقدية في المصرف من قبل شخص غير تاجر أو الصرف لمصلحة غير تاجر.²

أما عن أعمال الصرف فيقصد بها تلك التي ترمي إلى استبدال عملة مقابل عملة أخرى. و قد بين النظام رقم 91-07 المؤرخ في 14 أوت 1991 المتعلق بقواعد الصرف و شروطه أنه "يقصد بالصرف كل تبادل بين العملات الصعبة الحسابية و الدينار و العملات الصعبة فيما بينها".³

تتم عملية الصرف بطريقتين: الصرف اليدوي و الصرف المسحوب.

***الصرف اليدوي:** فيه يتم استبدال نقود وطنية بنقود أجنبية عن طريق المناولة اليدوية.

***الصرف المسحوب:** فيه يتم تسليم النقود في مكان و استلام نقود أخرى بقيمتها في مكان آخر لقاء عمولة و يتميز الصرف المسحوب بخصائص تتمثل في أنه يجنب مخاطر نقل النقود من دولة إلى

¹ - علي البارودي، محمد سيد الفقي، القانون التجاري الاعمال التجارية - التجار - الاموال التجارية- الشركات التجارية - عمليات البنوك و الاوراق التجارية، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية دار المطبوعات الجامعية، 1999، ص67.

² - شادلي نور الدين، القانون التجاري، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2003، ص44.

³ - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص107.

أخرى بحيث لا يكلف العميل إلا أمر بالصرف بحيث ينفذ هذا الصرف من خلال شيك مسحوب أو رسالة اعتماد أو حوالة مصرفية.¹

عمليات الصرف تحدث بصفة متكررة غير أنه في الكثير من الأحيان تجرى بصفة منفردة من قبل حرفي غير أنه يشترط في هذا العمل المنفرد بنية الصرف استبدال أو سحباً بنية الربح. تعد أعمال الصرف سواء كان هذا الأخير يدوياً أو مسحوباً و سواء كان القائم به فرداً أو من البنوك الخاصة أو العامة مبدئياً و نظرياً أعمالاً تجارية ذلك أن العمل من جانب هذه البنوك يعتبر عملاً تجارياً موضوعياً أما بالنسبة للعميل فهو من قبيل الأعمال التجارية ذلك أن الغرض منها هو تداول النقود بقصد المضاربة² و تحقيق الربح الذي يتمثل في الفرق بين ثمن الشراء و ثمن البيع، غير أن هذه العمليات ليست من الأعمال التجارية المطلقة بين طرفيها و إنما هي كذلك بالنسبة للصيرفي فقط و دوماً أما بالنسبة للعميل فإن الأمر يتوقف على صفته.³

- السمسرة و الوكالة بالعمولة:

يطلق على هذه الأعمال أعمال التوسط و قد نص المشرع الجزائري على نوعين منها فقط هي السمسرة و الوكالة بالعمولة و أضفى عليها الطبيعة التجارية بحسب طبيعتها و لو تمت منفردة، فبالنسبة للسمسرة فهي عقد يقوم فيه الوسيط بتقريب وجهة النظر بين شخصين لا يعرف أحدهما الآخر من أجل إبرام عقد مقابل أجر يحدد عادة بنسبة مئوية من قيمة الصفقة، و هو ليس طرف في العقد و إنما تنحصر مهمته في التقريب بين البائع و المشتري مثلاً في عقد البيع.⁴

¹ - سمير عالية، أصول القانون التجاري (المدخل-الأعمال التجارية-التجار...)، المؤسسة الجامعية للنشر، بيروت-لبنان، ط2، 1996، ص97.

² - شادلي نور الدين، مرجع سابق.

³ - سعيد يوسف البستاني، قانون الأعمال و الشركات (القانون التجاري العام-الشركات-المؤسسة التجارية...)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص153.

⁴ - نادية فوضيل، مرجع سابق، ص71.

و الأصل أن السمسار ليس وكيلًا يقوم بإبرام العقود باسم طرف آخر من أطراف العلاقة القانونية، بل هو وسيط ينحصر دوره في التقريب بين طرفين يرغبان في إجراء تصرف قانوني معين¹ و على هذا الأساس فالسمسار ليس مسؤولًا عن تنفيذ الإلتزامات بين طرفي العقد لا بصفته الشخصية و لا بصفته ضامنًا.² السمسار لا يستحق أجرًا إلا إذا تمت الصفقة أو العقد بين الطرفين سواء نفذت الإلتزامات أو لم تنفذ. و لما كان السمسار يساهم في تداول الثروات عن طريق التقريب و التوفيق بين طرفي العقد اعتبر المشرع عمله تجاريًا في ف13 من م2 من ق.ت.ج.

والسمسرة تعتبر عملية تجارية في جانب السمسار إلا إنها تختلف في جانب عمالاته فإن كان العميل تاجرًا و تعلقت أو تعلقت صفقته بعمل تجاري اعتبر عمله تجاريًا أما إن كان العميل مدنيًا و تمت الصفقة لأغراض مدنية فيعتبر عمله مدنيًا و نفس الشيء بالنسبة للمتعاقد الآخر.³

-أما عن الوكالة بالعمولة فهي أحد أنواع الوكالة التجارية، و يقصد بهذه الأخيرة اتفاقية يلتزم بواسطتها الشخص عادة بإعداد أو إبرام البيع أو الشراء و بوجه عام جميع العمليات التجارية باسم و لحساب تاجر، و القيام عند الاقتضاء بعمليات تجارية لحسابه الخاص و لكن دون أن يكون مرتبطًا بعقد إجارة الخدمات، و يعتبر الوكيل التجاري نائبًا عن الأصيل و لذا تتصرف آثار الوكالة إلى الموكل مباشرة، فتقترب بذلك من الوكالة المدنية: لكن تختلفان عن بعضهما في كون الأولى من عقود المعوضة في حين تعتبر الثانية من عقود التبرع.

من أنواع الوكالة التجارية: الوكالة بالعمولة، الوكالة بالنقل، الوكالة بالنقل و التمثيل الجاري....⁴

تنص ف13 من م2 من ق.ت.ج على أن الوكالة بالعمولة تعد عملاً تجاريًا بحسب موضوعه و لو وقع مرة واحدة.

الواقع أنه في الحياة العملية يقوم الوكيل بالعمولة بنفس عمل السمسار فمهمته تتمثل في التوسط بين المتعاملين قصد إبرام العقود و الصفقات و لذا لا نرى فرقًا بينهما.⁵

¹ - علي فتاك، مرجع سابق، ص88

² - عمورة عمار، مرجع سابق، ص62

³ - مرجع نفسه، ص63.

⁴ - علي فتاك، مرجع سابق، ص88

⁵ - نادية فوضيل، مرجع سابق، ص72

الشخص الذي يقوم بعمل الوكالة يسمى الوكيل بالعمولة و تتلخص وظيفته في كونه يقوم بعمل قانوني باسمه الخاص و لكن لحساب موكله الأصيل مقابل أجر يسمى العمولة.¹ و يختلف الوكيل بالعمولة عن الوكيل العادي في أن الوكيل العادي يجري العقد باسم موكله و لحسابه مثلا إذا قام الوكيل ببيع بضاعة فإنه يبرم العقد نيابة عن موكله و باسمه و لا يظهر اسم الوكيل في العقد و ما ينشأ عن العقد من حقوق و التزامات تضاف إلى الموكل، بينما إذا كان البائع وكيلا بالعمولة فغنه يبرم العقد باسمه لا باسم موكله و من ثم عليه أن ينقل فيما بعد ما أنتجه العقد من حقوق و التزامات إلى الموكل.²

أما الإختلاف بين الوكيل بالعمولة و السمسار فيكمن في أن الوكيل يبرم العقد باسمه الخاص لحساب موكله مقابل أجر يسمى العمولة و لذلك فالوكيل بالعمولة مسؤول عن تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد، في أن السمسار لا يسأل عن ذلك لأنه مجرد وسيط و ليس طرفا في العقد.³ فالوكيل بالعمولة هو إذن من يقوم بإبرام العقود باسمه الخاص لحساب شخص آخر هو الأصيل، فاسم الموكل لا يظهر في العقد و لا تكون هناك صلة بين الموكل و الطرف الآخر في العقد ، بل يلتزم الوكيل وحده اتجاه الموكل، و يترتب على ذلك ما يلي:

-الوكيل بالعمولة هو الملتزم دون غيره تجاه من يتعاقد معه، و لكن في علاقته بالموكل فإنه يعتبر وكيل عنه في مباشرة التصرف و يلزم في مواجهته بتنفيذ مضمون الوكالة.

-ليس للمتعاقد مع الوكيل بالعمولة دعوى مباشرة قبل الموكل.

و تعتبر الوكالة بالعمولة عملا تجاريا منفردا بحسب موضوعه مهما كانت صفة القائم بها أو طبيعة الصفقة المبرمة طبقا لحكم ف13 من م2 من ق.ت.ج.

¹ - عمورة عمار ، مرجع سابق، ص63.

² - محمد فوزي سامي، مبادئ القانون التجاري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1997، ص51.

³ - عمورة عمار، مرجع سابق، ص64.

2/ الأعمال التجارية على شكل مقابلة (على وجه الاحتراف):

يقصد بالأعمال التجارية على وجه المقابلة الأعمال التي يعتبرها المشرع تجارية إذا ما باشرها القائم بها على وجه الإحتراف في شكل مشروع منظم بحيث تصبح حرفته المعتادة فالمقابلة هي مباشرة نشاط معين في شكل مشروع إقتصادي و هذا المشروع له مقومات أساسية هي غالبا عدد من العمال و المواد الأولية يضارب عليها صاحب المشروع.

وقد يكون ممارسة المشروع لنشاطه من خلال الفرد و هو ما يطلق عليه المشروع الفردي، وقد يشترك إثنان أو أكثر، في إستغلال كمؤسسة التسيير الإشتراكي. مشروع معين على هيئة شركة ويمنحها القانون الإستقلال القانوني فيكون لها ذمة مالية مستقلة وشخصية معنوية و قد يكون المشروع مملوك للدولة ويسمى حينئذ بالمشروع العام كمؤسسات التسيير الإشتراكي .

وعلى ذلك فالمقصود بالمقاولات تلك المشروعات التي تتطلب قدرا من التنظيم لمباشرة الأنشطة الإقتصادية سواء كانت صناعية أو تجارية أو زراعية أو خدمات و ذلك بتضافر عناصر مادية (رأس المال) و بشرية (العمل) و يقتضي هذا التنظيم عنصرا الإحتراف و المضاربة و يعني الإحتراف ممارسة النشاط على وجه التكرار كما تكون المضاربة على عمل الغير بقصد تحقيق الربح فإذا لم يتحقق في النشاط عنصري الإحتراف والمضاربة لا يكتسب هذا النشاط شكل المشروع و يعتبر القائم بالنشاط في هذه الحالة حرفيا وليس تاجرا فإذا ثبت للنشاط صفة التجارية فإنه يخضع القانوني التجاري هذا و قد وردت المقاولات بالقانون التجاري على سبيل المثال لا الحصر¹ .

وقد عدت المادة الثانية تجاري الأعمال التي تكتسب الصفة التجارية إلا إذا وقعت على سبيل المقابلة وهي:

(1) كل مقابلة لتأجير المنقولات أو العقارات.

(2) كل مقابلة للإنتاج أو التحويل أو الإصلاح.

(3) كل مقابلة للبناء الحفر أو لتمهيد الأرض.

¹ - عمورة عمار، مرجع سابق، ص 64.

(4) كل مقابلة للتوريد أو الخدمات.

(5) كل مقابلة لاستغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتوجات الأرض الأخرى.

(6) كل مقابلة لاستغلال النقل أو الإنتقال.

(7) كل مقابلة لاستغلال الملاهي العمومية أو الإنتاج الفكري.

(8) كل مقابلة للتأمينات.

(9) كل مقابلة لاستغلال المخازن العمومية.

(10) كل مقابلة لبيع السلع الجديدة بالمزاد العلني أو الأشياء المستعملة بالتجزئة بالجملة.

أ. مقابلة تأجير المنقولات أو العقارات:

يعد تأجير المنقولات أو العقارات إذا حدث على سبيل التكرار واتخذ شكل المشروع عملا تجاريا طبقا للمادة الثانية تجاري فيستوي أن يكون التأجير واردا على منقولات كمن يقوم بتأجير السيارات أو الدراجات أو كن التأجير واردا على عقارات كالمنازل لتأجيرها لأغراض الطب كالمستشفيات الخاصة أو لأغراض التعليم بإفشاء المشرع على هذه الأعمال الصفة التجارية يعتبر القائمون بها تجارا فيخضعون لالتزامات التجار من حيث مسك الدفاتر التجارية و القيد في السجل التجاري و الخضوع لضرائب الأرباح التجارية و الصناعية.

ب. مقابلة الإنتاج أو التحويل أو الإصلاح:

يقص⁷ بمقاولات الإنتاج أو التحويل أو الإصلاح مقاولات الصناعية التي تقوم بتحويل المواد الأولية أو النصف مصنوعة بحيث تكون صالحة لاشباع حاجات الأفراد مثل صناعة السكر من القصب البنجر أوالزيت من الزيوت أو صناعة النسيج و الأثاث و الآلات بجميع أنواعها¹. و يدخل في مدلول الصناعة الأعمال التي يترتب عليها تعديل للأشياء يرفع من قيمتها أو يزيد في استخداماتها كصناعة الصباغة و إصلاح الساعات وورش إصلاح السيارات وتعتبر مقاولات الصناعة تجارية سواء

¹ - عمورة عمار، مرجع سابق، ص65.

كان المشروع يقوم بشراء المواد الأولية المراد تحويلها أو يقدمها من عنده أو تقدم له من الغير لتحويلها فإذا كان صاحب المصنع يقوم بصناعة الجلود التي تنتجها ماشيته و التي تقدم له من الغير فإن هذا لا يغير من طبيعة الحالة التجارية¹.

ج- مقاولات البناء أو الحفر أو تمهيد الأرض:

إعتبر المشرع مقاولات البناء أو الحفر أو تمهيد الأرض عملا تجاريا أيا كان نوع هذه الأشغال و أهميتها فيدخل في نطاق ذلك إنشاء المباني و الجسور و الطرق و الأنفاق و المطارات و حفر الترع و القنوات و إنشاء السدود كما يدخل فيها أعمال الهدم و الترميم بشرط أن يقدم المقاول المقاول الأدوات و الأشياء اللازمة للعمل الموكول إليه ذلك أنه في هذه الحالة يضارب على الأدوات التي يقدمها الا أن القضاء يعتبر المقاول تجاريا حتى إذا اقتصر على تقديم العمل لإنشاء المباني اذ انه يضارب على عمل العمال تماما كما يضارب على الآلات و الأشياء التي يقدمها في إنشاء المباني و تطبيقا لذلك يعتبر المقاول الذي يتفق مع صاحب الأرض على توريد العمال اللازمة للإنشاءات العقارية قائما بعمل تجاري سواء قدم الأدوات اللازمة أم لم يقدمها أما إذا اقتصر عمل المقاول على مجرد الإشراف على العمال الذين أحضرهم صاحب العمل فإن عمله يظل مدنيا شأنه في ذلك شأن من يقدم خبرته أو إنتاجه الفكري .

د. كل مقابلة للتوريد أو الخدمات:

يقصد بالتوريد أن يتعهد شخص بتسليم كميات معينة من السلع بصفة دورية لشخص آخر نظير مبلغ معين مثل احتراف توريد الأغذية للمدارس أو المستشفيات أو الجيش أو توريد الفحم الى مصانع او الملابس الى المسرح كذلك يعتبر توريد الخدمات من عمليات التوريد مثل استثمار الحمامات و إستغلال المقاهي والفنادق و النوادي².

ولقد ثار الخلاف في الفقه حول ما إذا كان يلزم لاعتبار التوريد عملا تجاريا أن يسبق شراء السلع والمنتجات. فقد اتجه البعض إلى أن التوريد المقصود بالتجارية ما هو إلا صورة من الشراء لأجل البيع ، ذكره المشرع لتأكيد تجارية الشراء لأجل البيع سواء تمثل في صورة عملية منفردة أو في

¹ - عمورة عمار، مرجع سابق ، ص65.

² - هاني محمد دويدار، القانون التجاري اللبناني، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1995، ص 90.

صورة توريد. وقد رتب انصار هذا الاتجاه نتيجة جوهرية هي استبعاده توريد المزارع لمنتجاته الزراعية من نطاق تطبيق القانون التجاري¹.

إلا أن البعض الآخر ذهب إلى اعتبار التوريد صورة أو نوعا خاصا من البيع، فبينما عقد البيع عقدا فوريا يتمثل في سلسلة من البيوع تربط بين ذات الطرفين ولذا يعد عقد التوريد من العقود الزمنية أو المستمرة. ولا غرابة في اختلاف حكم التجارية بين البيع المنفرد الذي يجب أن يسبقه شراء لاعتباره عملا تجاريا وبين التوريد الذي يلزم سبقه بالشراء لاعتباره عملا تجاريا مادام يتم القيام به على وجه المشروع².

والرأي الراجح هو أن التوريد يعتبر تجاريا ولو لم يسبقه شراء، لأن المشرع الجزائري قصد بإضفاء الصفة التجارية على عملية التوريد. وهي عملية تقديم المواد أو الخدمات بصورة دورية منتظمة أو مستمرة، وأن يرد هذا التوريد عن طريق المقاول³.

هـ. مقاولات إستغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتجات الأرض الأخرى:

يعتبر المشرع صور الإستقلال الأول للطبيعة إذا تم من خلال مقاولة تتم بمقومات المشروع عملا تجاريا و من صور هذا الإستقلال إستخراج المعادن من باطن الأرض كاستخراج البترول و الحديد والفحم و الفسفات و الزئبق و غيرها و كذلك قطع الرخام و الأحجار من الجبال على سطح الأرض و تعتبر هذه المقاولات تجارية سواء كان القائم بها يمتلك مصدر الإنتاج أولا يملكه كصاحب حق الإمتياز للاستقلال لفترة معينة .

و قد أطلق المشرع الصفة التجارية على كل ما يتعلق بهذه الإستقلالات سواء عماليات الشراء اللازمة لها كآلات للحفر أو مواد كيمياوية أو ملابس وأدوات وقائية و من باب أولى تعتبر عمليات تحويل المنتجات أعمال تجارية حتى و لو استقلت عن العملية الرئيسية و هي الإستخراج كما في حالة تهيئة الأحجار المنقطة من المناجم السطحية و صنعها رخاما لأعمال الزينة و البناء.

¹ - هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص90.

² - مرجع نفسه، ص91.

³ - أحمد محرز، شرح القانون التجاري الجزائري، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980، ص 72، 73.

وكذلك تعتبر استغلالات منتجات الأرض الأخرى عملا تجاريا كاستغلال عين معدنية و تعبئة مياهها في زجاجات لبيعها وكما إذا أقام مستغل العين فندقا أو مطعم لخدمة القادمين. وأيضا إستغلال بحيرة في تربية الأسماك و صيدها وقد ساير المشرع المصري الفقه التقليدي فاعتبر العماليات الإستخراجية كاستخراج المعادن و البترول و المياه وما يوجد في باطن الأرض أو في أعماق البحار و الأنهار أعمالا مدنية بالنسبة لمن يقوم بها حتى إذا كان القصد منها تحقيق الربح والمضاربة و في فرنسا لم تصبح عماليات استغلال المناجم من الأعمال التجارية إلا بقانون 1919 أما قبل ذلك فقد كانت من قبيل الأعمال المدنية و قد ساير المشرع الجزائري في هذا الصدد التعديل الذي أخذ به المشرع الفرنسي فاعتبر تلك الأعمال أعمالا تجارية.

و. مقاولات إستغلال النقل أو الإنتقال:

يعد عملا تجاريا مقاولات إستغلال النقل أو الإنتقال و يقصد بالنقل نقل البضائع و يقصد بالانتقال انتقال الإنسان بوسائل النقل المختلفة و عمليات النقل و الإنتقال وفقا للمادة الثانية لا تعتبر تجارية إلا إذا باشرها الشخص على سبيل الإحتراف و نتيجة لذلك إذا فرض وقام أحد أصحاب السيارات بنقل أصدقائه أو أقربائه فان عمله يعتبر مدنيا حتى و لو تقاض عن هذا النقل أجر ذلك لان شرط الإحتراف هو أساس تجارية أعمال النقل و السبب في ذلك أن عمليات النقل و الإنتقال لا تبدو ذات طابع تجاري إلا إذا تضمنت مضاربة على العمال و السيارات بقصد تحقيق الربح. ومقاولات النقل تجارية أيا كانت وسيلة النقل و أيا كان المكان المراد النقل اليه وأيما كانت طبيعة الشيء المراد نقله. فالنقل برا يعتبر تجاريا أيا كان نوع وسيلة النقل الجوي وإذا كانت عمليات النقل تجارية دائما من جانب الناقل فهي تختلف من جانب الناقل فهي تختلف من جانب الطرف الآخر حسب طبيعة العمل بالنسبة اليه فاذا قام بها تاجر لأغراض تجارية اتخذت الصفة التجارية من جانبيها¹.

ر. مقاولات استغلال الملاهي العمومية أو الإنتاج الفكري:

نصت المادة الثانية على تجارية مقاولات الملاهي التي من شأنها تسلية الجمهور بمقابل عن طريق ما يعرض عليه في دور السينما و المسرح والسيرك و مجال الغناء و الموسيقى و سباق الخيل..

¹ - أحمد محرز، مرجع سابق، ص74.

وتعتبر هذه الأعمال تجارية على وجه المقابلة بمعنى أنها تكتسب صفتها التجارية من إحتراف القائم بها و ليس من طبيعتها وبناء على ذلك لا يعتبر تجاريا عرض الأفلام والمسرحيات في المدارس و الجامعات بمناسبة إنتهاء العام الدراسي أو بمناسبة الأعياد وذلك بقصد الترفيه عن طلبتها و أعضائها ذلك لأن هذا العمل لا يتم على سبيل الإحتراف بل يظل هذا العمل مدنيا و لو كان الدخول الى هذه الحفلات بمقابل رمزي لتغطية تكاليفها.

وتتطوي أعمال أصحاب دور العرض على المضاربة وقصد تحقيق الربح فهم يضاربون على أعمال الممثلين والموسيقيين كما يضاربون على المؤلفات و المسرحيات و الألحان التي يقومون بشرائها بل أن معظم ما يقدمه هؤلاء الأشخاص ينطوي على شراء بقصد البيع و يتمثل موضوع الشراء في المنقول المعنوي وهو الفلم أو المسرحية أو المؤلفات الموسيقية على أنه يلاحظ أن العقود التي يبرمها هؤلاء الأشخاص مع الممثل أو الفنان عموما ليست تجارية بالنسبة لهذا الأخير فالممثل إنما يتعاقد ليقدم إنتاجه الذهني أو الفني أو الأدبي أما صاحب دار العرض فالتعاقد يعتبر تجاريا من جانبه.

و يثور التساؤل عن مدى تجارية أعمال صاحب دار العرض الذي يقدم إنتاجه الفني الخاص به مستخدما في ذلك مواهبه و فنه الشخصي كعازف البيانو أو الكمان أو الأورج كما يثور التساؤل عن مدى تجارية أعمال صاحب دار العرض الذي يقوم بالدور الأول و الرئيسي في المسرحية التي يقدمها والرأي المستقر في هذا الخصوص أن عازف الكمان أو البيانو أوالمغني الذي يقوم بعرض فنه دون أن يضارب على أعمال غيره من الموسيقيين و الفنانين يعتبر عمله مدنيا لإنتفاء عنصر المضاربة على أعمال الغير. أما اذا قام صاحب دار العرض باستخدام غيره من الفنانين لعرض المسرحية فهو عمل تجاري على أساس المضاربة على الغير حتى و لو كان يقوم بدور في المسرحية.

كذلك يعتبر تجاريا إستغلال الإنتاج الفكري إذا تم على سبيل المشروع كأن يقوم ، ناشر بشراء حقوق المؤلف في إنتاجه الأدبي أو الفني أو العلمي لأجل نشره وبيعه وتحقيق الربح من وراء ذلك¹.

¹ - أحمد محرز، مرجع سابق، ص75.

ز . مقاولات التأمينات:

يعرف التامين بأنه عملية بمقتضاها يحصل أحد الأطراف (المستأمن) لصالحه أو لصالح الغير في حالة تحقق خطر ما على أداء من آخر (المؤمن) مقابل أداء من المستؤمن هو القسط ففكرة التأمين تقوم على أساس توزيع الخسائر التي يصاب بها البعض نتيجة تحقق خطر معين كخطر الوفاة أو المرض أو الحوادث أو الحريق و غير ذلك و توزيع نتائجه على الجماعة تلك الخسائر سهلة الإحتمال ضئيلة الأثر ويقوم على التأمين مشروع له مقوماته و إمكانياته الفنية المادية و البشرية و قد اعتبر المشرع الجزائري في المادة الثانية مقاولات التأمينات عملا تجاريا ولم يفرض النص أو يخصص أنواعا معينة من التأمين و على ذلك فإن كل مشروع يباشر نشاط التامين تعتبر أعماله عملا تجاريا سواء كان التأمين بريا أو بحريا أو جويًا وأيًا كان نوع التأمين و طريقة ونظام الأقساط و طبيعة الخطر المؤمن عليه فيستوي أن يكون التأمين ضد الإصابات أو الحريق أو السرقة أو غير ذلك.

أما التأمين التعاوني ومواده أن يتفق جماعة من الأشخاص يتعرضون لأخطار متماثلة كالزراع الذين يتعرضون لآفات في مواسم معينة تقضي على محصولاتهم أو أمراض معينة تهدد حيواناتهم فيتفقون على تكوين جمعية فيما بينهم للتأمين من الأخطار التي تهددهم نظيرا اشتراكات يدفعونها تكون هي بمثابة التعويض عن الخطر الذي يحيق بهم هذا النوع من التأمين التعاوني لا يعتبر تجاريا لإنعدام قصد المضاربة و تحقيق الربح كذلك الحال بالنسبة للتأمين الاجتماعي الذي تفرضه الدولة جبرا أو اختيارا لبعض فئات القوى العاملة المنتجة لحمايتها وفقا لسياستها الاجتماعية و الاقتصادية لا يعتبر تجاريا لانعدام قصد المضاربة وتحقيق الربح.

و الخلاصة أنه فيما عدا التأمين التعاوني والتأمين الاجتماعي تعتبر مقاولات التأمينات الأخرى أعمالا تجارية و يعتبر العمل تجاريا دائما بالنسبة للمؤمن عليه فيعتبر العمل مدنيا مالم يكن المؤمن عليه تاجرا و قام بالتأمين لحاجة تجارته كالتأمين على البضاعة من السرقة أو خطر الطريق فيأخذ التأمين في هذه الحالة الصفة التجارية بالتبعية¹.

¹ - أحمد محرز، مرجع سابق، ص76.

ن . مقاولات استغلال المخازن العمومية:

تعتبر مقاولات المخازن العمومية عملا تجاريا طبقا للمادة الثانية و هذا النوع من الإستغلال وثيق الصلة بالحياة التجارية التي تعتبر المخازن العمومية من دعائمها الأساسية و المخازن العمومية عبارة عن محلات واسعة يودع فيها التجار بضائعهم مقابل أجر بانتظار بيعها أو سحبها عند الحاجة و يعطى صاحب البضاعة إيصالا بها يسمى سند التخزين و هو صك يمثل البضاعة و يمكن عن طريق تحويله إلى الغير بيع هذه البضاعة أو رهنها دون نقلها من مكانها. و تلتحق بالمخزن العمومي عادة صله لبيع البضاعة بالمزيد في حالة عدم وفاء صاحبها بالدين الذي تضمنه في وقت الإستحقاق .

ي . مقاولات بيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة: تعتبر هذه المقاولات عملا تجاريا طبقا للمادة الثانية فقد رأى المشرع حماية جمهور المتعاملين مع محلات بيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة والأشياء المستعملة بالتجزئة فأخضعهم للأحكام التي يخضع لها التجار حتى ولو كانت البيوع التي تتم فيها مدنية و يشترط القانون لاعتبار عمليات البيع بالمزاد العلني تجارية أن ترد على شكل مشروع و على وجه الاحتراف . و العمل هنا تجاري بالنسبة للبائع. أما بالنسبة للمشتري بالمزاد فيظل العمل بالنسبة إليه مدنيا إلا إذا كان تاجرا و يشتري بالمزاد بالجملة لأجل البيع بالتجزئة فيعتبر عملية الشراء بالنسبة إليه تجارية.

3/ الأعمال التجارية بحسب الشكل:

إلى جانب الأعمال التجارية الممارسة على وجه الإعتياد او الإحتراف ، هناك أعمال تجارية شكلية، ذلك أن المشرع أسبغ عليها الصبغة التجارية لمجرد إتخاذها شكلا معيناً و بغض النظر عن طبيعة موضوع العمل و بصرف النظر أيضا عن صفة الشخص القائم بها ولو لم يكن تاجرا¹ ، كذلك لو عقدت ولو مرة واحدة ، ذلك أن المادة الثالثة نصت على أنه يعد تجاريا بحسب الشكل:

- التعامل بالسفتجة بين الأشخاص.

- الشركات التجارية.

¹- شادلي نور الدين ، مرجع سابق، ص 48.

- وكالات و مكاتب الأعمال مهما كان هدفها.

-العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية.

كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية و الجوية".

... فالعمل تضىف عليه الصفة التجارية لمجرد وروده في شكل قانوني معين . فالمعيار هنا معيار شكلي .

وعليه هناك أعمال تجارية شكلية نظامية، وأعمال تجارية شكلية عقدية

أ/ الأعمال التجارية الشكلية النظامية:

وهي الأعمال التي تنشأ في صورة نظام معين وتتمثل في التعامل بالسفتجة، الشركات التجارية، وكالات ومكاتب الأعمال .

- التعامل بالسفتجة: تعتبر السفتجة وسيلة شائعة للتعامل بين التجار و غير التجار¹ . و هي عبارة عن محرر مكتوب تتضمن أمرا من صاحبها إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بان يؤدي مبلغا من النقود المحرر في السفتجة إلى شخص ثالث يطلق عليه المستفيد في تاريخ الإستحقاق أو بمجرد الإطلاع على السفتجة².

و يفرض المشرع بيانات الإلزامية في الكمبيالة حتى تعد ورقة تجارية خاضعة للقانون الصرف

أي القانون التجاري . و تتجلى هذه البيانات حسب المادة 390 من القانون التجاري:

(1)- تسمية سفتجة مدرجة في السند نفسه و باللغة المستعملة للتحريير . وهذا لكي تتحدد طبيعة الورقة التجارية التي سيوقع عليها الفرد و يكون له علم كافٍ عن نوع التصرف الذي يقوم به وعن طبيعة الالتزام الذي يترتب عن البوليصه أو السفتجة و ينص الفقه أن هذه الكلمة بالذات ليست هي المطلوبة من نص القانون بل يجوز استبدالها بكلمة أخرى لها نفس المعنى.

(2)- أمر غير معلق على شرط بأداء قدر معين من النقود: لأن القانون اشترط أن يكون الأمر غير معلق على شرط لأداء المبلغ المعين لذلك يجب أن تستوفي السفتجة ما يلي:

¹- شادلي نور الدين ، مرجع سابق، ص 48.

²- مرجع نفسه، ص48..

*الأمر بالأداء: تتضمن السفتجة عبارة تفيد الأمر بالأداء مثل "ادفعوا..." أو "أطلب منك أن تسلم..." أو "أدعوك أن تعطي..." كل هذه العبارات تعني الأمر بالأداء.

*الأمر بالأداء يجب أن يكون مطلقاً: أي أن الساحب لا يمكنه أن يعلق أمر الأداء على شروط مهما كان نوعه أو أن يقتصر بأمر والسبب في ذلك أن ذلك الأمر يعرقل تداول الورقة التجارية بالسرعة التي تتطلبها المعاملات التجارية. وإذا ورد القيد على أمر بالأداء يؤدي إلى بطلان الورقة.

*أداء مبلغ معين بالنقد: يجب تحديد المبلغ الواجب دفعه ولا يمكن أن يكون محل الورقة التجارية غير مبلغ من النقود. وتجب أن يحدد المبلغ تحديداً كافياً لأن الورقة تمثل أداة وفاء وإثمان.

(3) - اسم من يلزمه الأداء (المسحوب عليه): يجب على الساحب أن يعين شخصاً. طبيعياً كان أم معنوياً. كي يستطيع المستفيد مطالبة بإيفاء الدين المحدود (المبلغ) في السفتجة. وجرت العادة أن يذكر اسم المسحوب عليه إلا إذا قبل بإيفاء المبلغ المطلوب.

(4) - تاريخ الاستحقاق: يجب أن يتضمن السند تاريخاً لاستحقاقه ولهذا التاريخ أهمية كبيرة بالنسبة للمستفيد أو العامل فإذا حان وقت الإيفاء يحق له المطالبة بقيمة الورقة وإذا تضمنت السفتجة عدة مواعيد متعاقبة عدت باطلة.

(5) - مكان الأداء: يجب أن يتعين تعييناً كافياً فلا يمكن أن تذكر أو تحرر السفتجة دون تحديد مكان الوفاء.

(6) - اسم من يجب الأداء له أو لأمره (الحامل): المستفيد أو المنتفع هو الحامل الأول للسفتجة ويأتي ذكر اسمه في الورقة لكي تدفع إليه و المستفيد يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً.

(7) - تاريخ إنشاء سند السحب ومكان إنشاءه: يجب توفرهما لأن ذكرهما يحقق نتائج وعدة فوائد *التحقق من أهلية الساحب عن إنشائه لهذا التصرف.

*التأكد من الحالة الاقتصادية للساحب (الإفلاس) عند تنظيمه للسفتجة.

*من الضروري معرفة تاريخ إنشاء السند عندما تكن مستحقة الدفع بعد مضي فترة معينة من تاريخ إنشائها¹.

(8) - توقيع من أنشأ السند (الساحب): في السفتجة يكون الساحب ملتزماً قبل المستفيد أو الحامل بدفع

¹ - شادلي نور الدين ، مرجع سابق، ص 49.

قيمتها عند امتناع المسحوب عليه عن الدفع و لكي يتقرر التزامه أمام الحامل (المستفيد) يجب توفر توقيعه على السفتجة، والتوقيع يعتبر بيان إلزامي بدونه تصبح الورقة باطلة. إذن إذا غابت أحد البيانات الإلزامية أصبحت الورقة التجارية باطلة، باستثناء غياب تاريخ الاستحقاق فتكون السفتجة مستحقة بمجرد الإطلاع. و إذا خلت من ذكر مكان الدفع أعتبر المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه مكانا للدفع وموطنا للمسحوب عليه.

و إذا لم يتبين مكان إنشائها فإن المكان المذكور بجانب اسم الساحب عدّ مكان الإنشاء. -والتوقيع على السفتجة يعتبر عملا تجاريا .و من ثمة إذا تم التوقيع عليها من طرف القاصر الغير مأذون له بالتجارة يعد باطلا لمصلحة القاصر و هذا لحمايته من القوانين الصارمة التي يمتاز بها القانون التجاري كنظام الإفلاس الذي تنجم عنه آثار قاسية و جزاءات متنوعة لذا استبعد المشرع الجزائري اعتبار السفتجة التي تحرر عن القاصر عملا تجاريا و إنما يمكن اعتبارها سند عادي. و تجدر الإشارة إلى أن السفتجة التي تنقصها إحدى البيانات الإلزامية السابقة ، فإنها تعد كمبيالة غير صحيحة ، أي مجرد سند عادي لإثبات الدين أي محرر عادي خاضع للقانون المدني بشرط توقيع عليه¹.

و تعد السفتجة عملا تجاريا شكليا أي كان المتعاملون بها تجارا أو غير تجار، وكذلك بغض النظر عن موضوع المعاملة - التي صدرت على إثرها السفتجة ما إذا كانت تجارية أو مدنية و بناء على ذلك، فإن أي نزاع يطرأ بين أطرفها كيفما كانت صفتهم و كيفما كانت طبيعة معاملتهم - يخضع القانون للتجاري . و توقيع من الأطراف هو مناط الإلتزام في السفتجة و غيرها في الأوراق التجارية بذلك فكل توقيع بالسحب أو بالتظهير أو القبول أو ضمانها ضمانا إحتياطيا يعد عملا تجاريا من خلال ما سبق يتضح لنا أن السفتجة لها وظيفتان:

-أنها أداة للوفاء و هذا ما كانت تقوم به عند نشوؤها في العصور الوسطى بمناسبة انعقاد الأسواق الموسمية في أوروبا فتؤدي وظيفة نقل النقود من مكان إلى آخر دون أن يتعرض حاملها لخطر ضياع النقود أو السرقة و يتمكن عند وصوله إلى مكان الوفاء من تقديمها للمسحوب عليه، ليتسلم منه المبلغ

¹ - أنظر المادة 2/396 من القانون رقم 75-59، المتضمن القانون التجاري، السالف الذكر.

المذكور في هذه السفتجة فيما أن السفتجة موقع عليها من طرف الساحب تتضمن لأمرًا واجب التنفيذ في حق المستفيد فبمجرد أن يظهرها يستوجب على المسحوب عليه أن يوفي المستفيد حقه. إضافة للوظيفة أدت السفتجة كذلك وظيفة أهم وهي:

-أنها أداة الإئتمان الذي يعد عمود من أعمدة التجارة بل الأعمدة التي تسيّر الأعمال التجارية فيمكن لشخص أن يشتري بضاعة دون أن تتوفر لديه السيولة النقدية للوفاء بثمنها فيحصل على ائتمان من دائنه بائع البضاعة بتأجيل دفع الثمن إلى ما بعد "خمسة أشهر من تاريخ البيع" و تسليم البضاعة فيحرر له المدين المشتري سفتجة يأمر فيها مدينه الحالي أو المستقبلي كأن يكون بنكًا مثلًا كأن يدفع ثمن البضاعة الذي يذكره في السفتجة لفائدة دائنه صاحب البضاعة و ذلك بعد "خمسة أشهر من البيع" و بواسطة هذه العملية يحصل هذا التاجر ساحب السفتجة على أجل الوفاء بثمن البضاعة بعد خمسة أشهر.

و عن طريق هذه الوسيلة (السفتجة) تكون الأطراف الثلاثة قد استفادت فالتاجر الساحب للسفتجة تمكن من شراء البضاعة دون أن يعرقل أعماله رغم توفر ثمنها لديه أثناء عملية الشراء، والبائع المستفيد من السفتجة تمكن من تسويق بضاعته متفاديا خموها وكسادها والمسحوب عليه الذي يعد تاجرا قام بالوفاء.

وبالنسبة للطبيعة القانونية للسفتجة فإن السفتجة هي ورقة تجارية يعد التعامل فيها من سحب وتظهير و توقيع و ضمان و خصم عملا تجاريا بحسب الشكل بغض النظر عن الأطراف و لو كانوا من الخواص، على خلاف الشيك، والسند الإذني اللذين لا يعدان عملا تجاريا بحسب الشكل، كما تنص المادة 3 من القانون التجاري بالنسبة للسفتجة وإنما يكونان عملا تجاريا بالتبعية أي إذا قام بسحبها تاجرا ومن أجل تجارته، وهذا ما يميزهما من حيث الطبيعة القانونية عن السفتجة التي تعد عملا تجاريا بحسب الشكل.

- وكالات و مكاتب الأعمال مهما كان هدفها: نصت المادة الثالثة الفقرة الثالثة من القانون التجاري أن وكالة و مكاتب الأعمال تعتبر تجارية بحسب الشكل بصرف النظر عن طبيعة النشاط التي تقوم به تجاريا أو مدنيا¹، و يقصد بتلك الوكالات و مكاتب الأعمال التي يقوم فيها الأشخاص بأداء شؤون الغير مقابل أجر يحدد بمبلغ ثابت يتم الاتفاق عليه مسبقا أو يحدد بنسبة مئوية من قيمة الصفقة التي

¹ -نادية فضيل، مرجع سابق، ص 133.

تتوسط الوكالات و المكاتب لإبرامها و مثالها مكاتب الترخيم ، وكالة الأنباء الإعلان و مكاتب السياحة و الوساطة في الزواج...الخ، ويلاحظ اصطلاح الوكالات والمكاتب اصطلاح واسع يشمل كل الأعمال التي تتضمن مضاربة على أعمال الغير أو التوسط في إتمام الصفقات أيا كانت طبيعتها حتى ولو كانت تقوم بنشاط مدني.

إن الغاية من تصنيف الوكالات و مكاتب الأعمال، هو حماية الجمهور الذي يتعامل معها¹، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إخضاعها لقواعد القانون التجاري² و لا سيما من حيث الإختصاص القضائي و الإثبات و الالتزام بالقيود في السجل التجاري و مسك الدفاتر التجارية و الخضوع لنظام الإفلاس.

4/ الأعمال التجارية الشكلية العقدية:

وهي الأعمال التي تنشأ في صورة عقد وتدخل فيها كل من المحل التجاري و عقود التجارة البحرية والجوية والغاية من تصنيفها أن المشرع قد أصفى عليها الصفة التجارية على العقد وحده دون النظر إلى الالتزامات الناشئة عن هذا الأخير.

- **العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية:** اعتبر المشرع الجزائري في نص المادة الثالثة الفقرة الرابعة من القانون التجاري الجزائري جميع العمليات المتعلقة بالمحل التجاري من بيع و شراء و تأجير و رهن من الأعمال التجارية بحسب الشكل بصرف النظر عن الشخصية القائمة بالعمل تاجرا أو غير تاجر .

- **العقود المتعلقة بالتجارة البحرية و الجوية :** طبقا لنص المادة الثالثة الفقرة الخامسة تعتبر جميع العقود المتعلقة بالتجارة البحرية و الجوية من الأعمال التجارية بحسب الشكل، بصرف النظر عما إذا كان أطراف العقد من التجار أو من غير التجار . فالنص الجزائري جاء مطلقا، من حيث أنه يشمل جميع العقود التجارية البحرية و الجوية على شرط توفر عنصر الشكل الذي أراده المشرع.

ووفقا لمفهوم هذا النص لكي يكتسب العمل الصفة التجارية من حيث الشكل يجب أن يتوافر فيه شرطان:

1- أن يكون العمل عقد من حيث الشكل و الموضوع

2- أن يتعلق موضوع العقد بالتجارة البحرية أو الجوية و أن يكون الغرض من التعاقد الاستغلال التجاري قصد المضاربة و تحقيق الربح ، أما إذا تعلق الأمر بشراء سفينة للنزهة مثلا فلا يعتبر عملا

¹- شادلي نور الدين ، مرجع سابق ، ص 51.

²-مرجع نفسه، ص51.

تجاريا بالنسبة للمشتري و هذا الانتفاء لعدم قصد تحقيق الربح و من أمثلة العقود المتعلقة بالتجارة البحرية و الجوية:

- إنشاء الطائرات و شراؤها و بيعها .
- استئجار أو تأجير السفن أو الطائرات .
- التأمين البحري أو الجوي.
- عقود استخدام البحارة أو الملاحية.
- عملية إقراض أو إستقراض بحري.
- شؤون الاستغلال الجوي.
- الإتفاق على أجور البحارة و الملاحين.

الفرع الثاني: الإختصاص النوعي للمحكمة التجارية المتخصصة

يجب أن يمر النزاع قبل عرضه على المحكمة التجارية على الوساطة لكي تكون صحيحة وإلا ترفض القضية شكلا إذا عرض النزاع مباشرة على المحكمة التجارية المتخصصة.

يقصد بالإختصاص النوعي، ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجاتها، بالنظر في نوع محدد من الدعاوى. فالإختصاص النوعي هو توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع الدعوى.

وبالنسبة للمحكمة التجارية المتخصصة فقد منحها المشرع اختصاصا نوعيا حصريا للفصل في المنازعات التي حددها بموجب نص المادة 536 مكرر من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بنصها على مايلي: "تختص المحكمة التجارية المتخصصة بالنظر في المنازعات المذكورة أدناه:-
منازعات الملكية الفكرية - منازعات الشركات التجارية، لاسيما منازعات الشركاء وحل وتصفية الشركات - التسوية القضائية والإفلاس - منازعات البنوك والمؤسسات المالية مع التجار - المنازعات البحرية والنقل الجوي ومنازعات التأمينات المتعلقة بالنشاط التجاري - المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية".

فطبقا للنص المذكور، يكون للمحكمة التجارية اختصاصا استثنائيا بتلك المنازعات المحددة في المادة المذكورة ، وقد أورد المشرع هذا التعداد على سبيل الحصر، وتحدد هذه المنازعات فيما يلي¹:

أولا: المنازعات المتعلقة بالشركات التجارية

تعتبر الشركات التجارية أعمال تجارية بحسب الشكل، وقد خصها المشرع بأحكام خاصة تختلف عن الأعمال التجارية الأخرى ولا شرط الكتابة الرسمية في العقود المتعلقة بالشركات ولا سيما عقود التأسيس، وتعتبر منازعات الشركات التجارية من اختصاص المحكمة التجارية المتخصصة، وقد ذكر المشرع نوعين من المنازعات على سبيل المثال وهما منازعات الشركاء وحل وتصفية الشركات،

¹-حنان مازة وسعيد بوقرور، مرجع سابق، ص273.

غير أن الأمر لا يتوقف عن هاذين النوعين فكل منازعات الشركات التجارية تعتبر من اختصاص المحكمة التجارية المتخصصة.

وللحفاظ على الشركة الإقتصادية من الإنقضاء كان لزاما على المشرع الجزائري التدخل في سبيل حمايتها، من خلال اعترافه للقضاء عموما والقاضي المختص بسلطة التدخل لمعالجة القضايا والنزاعات القائمة في الشركات التجارية، وذلك باعتبار أن أي عمل صادر عن أي عنصر من عناصر الشركة يمكن أن يكون محل منازعة قضائية وعلى هذا الأساس يمكن للقاضي التدخل لحل هذه النزاعات بشرط رفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة للنظر في هذه القضايا¹، وبخصوص الجزاء الصادر منه يكون هدفه بالدرجة الأولى الحفاظ على استقرار الشركة التجارية ومنعها من الإفلاس بالإضافة إلى الموازنة لبن مصالح الشركاء المتضاربة².

وفي هذا بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الشركاء في الشركات التجارية، والتي يجب النظر لها من قبل محاكم متخصصة في هذا الشأن ومن قبل قضاة متخصصين بها.

1-دعوى شهر افلاس الشركة التجارية أثناء فترة التصفية:

الأصل أنه يفترض أن الشركة الواقعة تحت عملية التصفية تكون قادرة على سداد ديونها بحيث تكون مهمة المصفي القيام بسداد الديون والتي هي على عاتقها، إلا إذا توقفت هذه الأخيرة عن دفع ديونها فإنها تتعرض لنظام شهر الإفلاس وهو ما نصت عليه المادة 215 من ق ت ج بقولها: "يتعين على كل تاجر أو شخص معنويإذا توقف عن الدفع أن يدلي في مدة 15 يوما قصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس"، علما أن هذا التوقف سيؤدي بالدرجة الأولى إلى زعزعة نظامها الإقتصادي.

أ-الأشخاص الذين لهم حق طلب شهر إفلاس الشركة:

يمكن للشركة الواقعة تحت عملية التصفية أن تتوقف عن دفع ديونها التجارية إذ ينتج عن ذلك ضائقة مالية تؤدي إلى شهر إفلاسها بحكم صادر عن القاضي المختص في المحكمة

¹ - سارة بلقاسمي وداود منصور، "دور القاضي في حل نزاعات الشركات التجارية"، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 14 العدد 03، 25-09-2021، ص651.

² - مرجع نفسه، ص651.

التجارية، فيمكن أن يصدر طلب الحكم بشهر إفلاس الشركة الواقعة تحت التصفية بناء على طلي مصفي الشركة أو قد يكون بناء على طلب الدائنين أو بناء على حكم من المحكمة من تلقاء نفسها.

- صدور حكم الإفلاس بناء على طلب المصفي:

بالرجوع لنص المادة 215 ق ت ج نجد ما تنص على أن كل مدين إذا توقف عن دفع ديونه وسواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا أن يدلي بإقرار في ظرف 15 يوما قصد افتتاح إجراءات الإفلاس، علما أن الشركة الواقعة تحت التصفية يقوم بتمثيلها المصفي والذي يعتبر وكيل عنها حسب ما ورد في المادتين 785 و 788 من ق ت ج، وعليه فإن توقف الشركة عن دفع ديونها وجب عليه تقديم طلب شهر الإفلاس بناء على تقرير الميزانية¹.

كما يلتزم المصفي بإخطار جمعية الشركاء بالوضعية المالية المستعصية للشركة، وفي حالة ما إذا لم تتعد الجمعية يودع هذا التقرير لدى كتاب المحكمة ليطلع عليه كل من له مصلحة في ذلك حسب نص المادة 3/789 ق ت ج²، كما أنه يجب أن يتضمن تقرير الميزانية أصول الشركة وخصومها وبيان مالها وما عليها من ديون.... إلخ.

وعليه فإنه إذا قام المصفي بتقديم كل ما يثبت أن الشركة الواقعة تحت التصفية مبرؤوس منها من الناحية المالية وجب الموافقة على طلب شهر إفلاسها، على أن للقاضي السلطة التقديرية عند دراسة طلب المصفي وتقدير مدى أهميته وجديته.

- طلب الدائن الحكم بشهر إفلاس مدينه:

أتاحت المادة 216 من القانون التجاري الجزائري للدائن أيا كانت صفته أن يتقدم برفع دعوى أمام المحكمة من أجل استصدار حكم من القاضي بشهر إفلاس الشركة الواقعة تحت التصفية وذلك في حالة توقفها عن دفع ديونها التجارية، وذلك عن طريق عريضة افتتاح الدعوى المقيدة لدى قلم

¹ - سارة بلقاسمي وداود منصور، مرجع سابق، ص 652.

² - تنص المادة 789 على أنه: "يضع المصفي في ظرف ثلاثة أشهر من قفل كل سنة مالية الجرد وحساب الاستثمار العام، وحساب النتائج وتقرييرا مكتوبا يتضمن حساب عمليات التصفية خلال السنة المالية المنصرمة، باستثناء الإعفاء الممنوح له بأمر مستعجل، يستدعي المصفي حسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون الأساسي، مرة على الأقل وفي السنة في أجل 06 أشهر من قفل السنة المالية جمعية الشركاء التي تثبت في الحسابات السنوية....".

كتاب الضبط على أن تتضمن العريضة بيان عنوان الشركة ونوعها، وعند تبليغ الشركة بالعريضة المتضمنة تاريخ الجلسة إلى المصفي الذي يقوم بتمثيلها، فيقوم باستدعاء الشركاء على الجمعية وذلك لمنحه رخصة تمثيل الشركة في هذه الدعوى أو بأمر من القاضي إذا تم تعيينه بذلك لما له من صفة التقاضي هذا ما نصت عليه المادة 788 من ق ت ج.

كما أنه يجوز للدائن التنازل عن دعواه وأن يقوم بترك الخصومة في حالة ما إذا استوفى دينه أو قام بالاتفاق مع المصفي على منحه أجلا للوفاء بدينه، غير أنه هذا الإتفاق قد لا تعدد بالمحكمة إذا تبين لها وجود دائنين آخرين، مما يجعل الاتفاق في هذه الحالة باطلا على أساس أن الإفلاس هدفه تحقيق مصلحة الدائنين جميعا.

- شهر إفلاس الشركة بواسطة المحكمة:

وفقا لما ورد في المادة 216 من ق ت ج يمكن للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بشهر إفلاس الشركة الواقعة تحت التصفية وذلك في حالة توقفها عن دفع ديونها، ذلك على اعتبار أن هذه القاعدة هي استثناء عن القاعدة العامة والتي تقضي بعدم جواز تمكين المحاكم من أن تقضي بما لم يطلب منها¹، فإذا طرحت دعوى أمام المحكمة يطلب فيها من القاضي الحكم بشهر إفلاس الشركة الواقعة تحت التصفية ويتم التنازل عليها أو يتم رفضها وذلك لعدم توفر صفة رافع الدعوى، أو من خلال طلب تتقدم به النيابة العامة إلى المحكمة تطلب فيه شهر إفلاس المدين والذي تم متابعتة جزائيا عن الإفلاس (بالتدليس أو التقصير)، ففي هذه الحالات يجوز للمحكمة شهر إفلاس الشركة من تلقاء نفسها وذلك في حالة ما إذا توفرت الشروط القاضية بالإفلاس.

ب- حجية حكم الإفلاس:

إذا كانت حجية العمل القضائي بصفة عامة لا تسري إلا في مواجهة أطراف الخصومة وخلفائهم، كما أنها لا تؤثر إلا في حق محل النزاع، غير أن حكم شهر الإفلاس يتمتع بأثر شامل فيما يتعلق بالآثار التي يربتها من حيث الأشخاص والأموال.

¹ - سارة بلفاسمي وداود منصور، مرجع سابق، ص 654.

فبالنسبة للأشخاص، فإنه متى صدر الحكم بشهر الإفلاس فإن المدين لا يعتبر مفلسا بالنظر إلى الدائن الذي طلب شهر الإفلاس وإنما يعتبر كذلك بالنسبة إلى كافة الناس وعلى الأخص بالنسبة إلى سائر الدائنين ولو لم يكونوا طرفا في دعوى الإفلاس، ويبرر الفقه الحجية المطلقة لحكم شهر الإفلاس، كاستثناء يرد على مبدأ نسبية الحجية بأن الأساس الذي يقوم عليه نظام الإفلاس هو المساواة بين أصحاب المراكز القانونية والموضوعية المتماثلة ولن يتحقق هذا إلا باعتبار حكم الإفلاس حجية على الكافة فضلا عن ضرورة حماية الغير الذي تتأثر مصالحه بهذا الحكم.

أما فيما يتعلق بالأموال، فإن حكم الإفلاس يشمل ذمة الشركة بأجمعها، إذ يعتبر شهر الإفلاس بمثابة حجز عام على أموالها¹.

2- دعوى تكملة الديون:

إن دعوى تكملة ديون الشركة يتم تحريكها وفقا لإجراءات قانونية خاصة، نظرا لإرتباطها بقواعد الإفلاس والتسوية القضائية، سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع، والتي تغطي عليها ملامح خاصة.

أ- صاحب الحق في الدعوى:

بمجرد صدور حكم الإفلاس يتم غل يد المسير عن إدارة شؤون الشركة، وتنتقل الإدارة إلى الوكيل المتصرف القضائي قبل الوكيل، وكل الدعاوى المتعلقة بالشركة تتم ممارستها من قبل الوكيل ومن جهة أخرى يتم وقف الإجراءات الفردية المتخذة من قبل الدائنين ضد الشركة، وتعود سلطة ممارستها إلى الوكيل المتصرف القضائي.

في هذه المرحلة يعد الوكيل المتصرف القضائي وكيلا عن الشركة وعن الدائنين، بمعنى أنه يسهر على تنفيذ مصلحة كل من الشركة والدائنين، لكن موقع المسير وسط هذه المصالح هو محل نظر حيث تتوجه إليه الأنظار في هذه المرحلة الحساسة التي من خلالها قد يكتشف عجز في موجودات الشركة².

¹-عزيزة بوريشة، الأحكام الجزائية لإفلاس الشركات التجارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة وهران، 2012-2013، ص50.

²- سارة بلقاسمي وداود منصور، مرجع سابق، ص655.

لقد منح القانون مهمة تحريك دعوى تكملة الديون ضد الشركة إلى الوكيل المتصرف القضائي، فهو الوحيد المخول له سلطة تقديم طلب إلى المحكمة وهذا من أجل التبليغ عن العجز الذي اكتشفه في موجوداتها أثناء قيامه بحصر أموال الشركة¹، فبفضل إجراء الجرد يتمكن الوكيل من تقييم ذمتها المالية الموجبة بمعنى موجوداتها وذمتها المالية السالبة بمعنى خصومها، وإذا اتضح من خلال ذلك أن الموجودات لا تكفي لتغطية ديون الشركة فعليه التحرك بإبلاغ المحكمة التي لها أن تقرر هذا العجز على عائق الذمة المالية الشخصية للمسير، وعلى الوكيل المتصرف القضائي أثناء قيامه بالتحقيق في ديون الشركة أن يأخذ بالاعتبار فقط الديون الناشئة قبل افتتاح إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية، والتي تم التحقيق فيها وقبولها فليس له الحق أن يدخل ضمن عملية تحديد نسبة عجز الديون الناشئة بعد افتتاح إجراءات جماعية.

ب- المحكمة المختصة بالنظر في دعوى تكملة الديون:

إن المحكمة المختصة بالنظر في دعوى تكملة الديون هي المحكمة التي أصدرت حكم الإفلاس بحق الشركة فهي الأولى باعتبارها على دراية بحال الشركة ومطلعة على شؤونها المالية، ومن الطبيعي أن تنتظر في جميع المنازعات الناشئة عن التفليسة سواء المباشرة أو غير المباشرة، وربما أن الهدف من افتتاح إجراءات الإفلاس بحق الشركة هو تمكين الدائنين من حصولهم على أموالهم، وعليه فإن دعوى تكملة الديون تعد من صلب هذه الإجراءات والتي يسهر القضاء على تنفيذها².

فعندما يقوم الوكيل المتصرف القضائي بتقديم طلب تحريك دعوى تكملة ديون الشركة، ينظر قاضي المحكمة في الوثائق والتقارير التي استند عليها الوكيل في تقرير حالة العجز، وعند توضيح العجز فعليا يتم إثارة مسؤولية المسير عن هذا العجز دون الحاجة إلى إثبات خطأ المسير، وعلى المسير الذي يريد التخلص من المسؤولية أن يثبت أنه بذل العناية والحرص أثناء تسييره للشركة.

¹-أنظر المادة 578 من القانون رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري الجزائري، السالف الذكر.

²-أنظر المادة 40 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، السالف الذكر.

وفي ظل دعوى تكملة الديون للشركة يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في تقييم الدليل الذي يأتي به المسير دافعا عن براءته، حيث يقوم بتقييم سلوكيات المسير قبل افتتاح اجراءات الإفلاس والتسوية القضائية، وهو بذلك يتمتع برؤية واسعة حول تقييم سلوك المسير المخطئ بسلوك المسير المجتهد، وبالمقابل نجد أن هذه السلطة الواسعة والتي يتمتع بها القاضي مقيدة بمبدأ عدم التدخل في إدارة الشركة، فعلى القاضي أن يكتفي بتقييم مشروعية القرار في التسيير الذي اتخذه المسير وليس تقييم ملائمة باعتباره أن سلطة الملاءمة هي ملك للمسير، وفي ذلك يتحتم على القاضي الانتقال إلى تاريخ اتخاذ القرار لتقييم مشروعية القرار، لكن ميدانيا هذا صعب فكلما كانت الفترة الزمنية التي ارتكب فيها الخطأ في التسيير بعيدة كلما كان الدليل على العلاقة السببية بين الخطأ والضرر صعب الإثبات، لذلك فإن المادة 578 من ق ت ج قد أعفت المحكمة من إثبات الخطأ واكتفت بإثبات الضرر الذي أصاب الشركة، وعلى المسير محاولة دفع المسؤولية بنفي العلاقة السببية بين سياسة تسييره التي انتهجها وبين العجز الذي تولد في الموجودات جراء استغلال الشركة¹.

3- دعاوى الغير الناشئة عن تصفية الشركة التجارية:

هي دعاوى لا تقام إلا في مواجهة الشركاء أو المصنفين وذلك لانقضاء الشركة وانتهاء شخصيتها المعنوية، هذا ما يؤدي بالدائنين إلى رفع دعوى مباشرة ضد الشركاء وذلك عند قيامهم بتوزيع موجودات الشركة بطريقة غير قانونية، أو في حالة عدم كفاية أموال الشركة من أجل تسديد ديونها، أو ضد المصفي الذي يقوم بارتكاب أخطاء أثناء أدائه لمهامه.

وعليه فإن تعلقت الدعوى بمساهم في شركة مساهمة أو شريك في شركات ذات مسؤولية محدودة، فتكون هذه الدعوى محدودة بنطاق ما حصل عليه الشريك عند القسمة غير القانونية لأموال الشركة، كما يمكن أن تمتد الدعوى إلى كل أموال الشريك المتضامن في شركة التضامن والتوصية البسيطة، بالإضافة إلى دعوى المسؤولية التقصيرية والتي يسأل من خلالها المصفي تجاه المساهمين في حالة عدم قيامه بنشر قرار التصفية وذلك لكي يتمكن الدائن من إثبات دينه، أو في حالة قيام

¹ - عزيزة بوريشة، مرجع سابق، ص 51.

المصفي بإهمال أموال وموجودات الشركة إضراراً بالضمان العام...، فيسأل المصفي عن كل خطأ يرتكبه سواء أكان الخطأ جسيماً أو يسيراً سبب الضرر للغير¹.

بالإضافة لذلك يمكن للغير أن يتوجه للمحكمة رافعا دعوى هدفها المحافظة على الضمان العام، ومن أهم هذه الدعاوى نجد الدعوى البوليصية²، والتي تقام نتيجة إثبات الدائن أن العقد الذي أبرمته الشركة يمكن أن يسبب له ضرراً يؤثر على مصلحته، أو أنه ضرر ناتج عن سوء نية الشركة، فمن أجل حماية مصلحته يتقدم برفع دعوى عدم نفاذ تصرفات الشركة المنحلة والتي تقوم بتصرفات هدفها الإنقاص من الضمان العام للدائنين وذلك عند اقتراب أجل نهايتها وخضوعها للتصفية، لكن يجب إثبات سوء نية الشركة أولاً وذلك لأن المصفي عند تنفيذه للعقود لا يكون إلا ممثلاً للشركة فقط، كما يحق للدائن أن يرفع دعوى صورية ضد المصفي والذي قد قام بإساءة استعمال أموال الشركة بإبرامه عقود وهمية، فيخضع المصفي في هذه الحالة للجزاء الجنائي وهو ما تقضي به المادة 840 من القانون التجاري الجزائري³.

فالحكم الصادر على الدعاوى المرفوعة في حالة خضوع الشركة للتصفية يتمثل في التقادم الخمسي والذي يسري على الشركات التجارية دون المدنية فتضمنت المادة 777 ق ت ج بتقادم الدعاوى ضد الشركاء غير المصفين أو ورثتهم بعد مرور خمس سنوات من نشر قرار انحلال الشركة، فيستفيد كذلك من هذا التقادم كل الشركاء وورثتهم أو ذوي حقوقهم، إضافة إلى الشركاء غير المصفين والذين لم يعينوا بموجب الاتفاق من أجل القيام بأعمال التصفية... إلخ.

فالملاحظ هو أن التقادم الخماسي قد تقرر حماية للشركاء من رجوع الدائنين بعد قفل التصفية خاصة الشركاء المتضامنين في شركات الأشخاص، أما إذا كان الانقضاء بسبب وفاة أحد الشركاء أو إفلاسه أو الحجز عليه أو صدور حكم بحل الشركة فإن التقادم هنا لا يسري غلا من تاريخ اتخاذ إجراءات الشهر بالطرق القانونية، وتجدر الإشارة هنا أن شركة المحاصة لا ينطبق عليها هذا الحكم نظراً لأنها غير متمتعة بالشخصية المعنوية حيث أنها مستمرة لا يعرف تاريخ حلها، ويعتبر كل من

¹-إيمان زكري، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص472.

²-أنظر المادة 191 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: "لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد من التزامه".

³-أنظر المادة 840 من القانون رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري الجزائري، السالف الذكر.

تعامل من أحد الشركاء فيها كأنه قد تعامل مع تاجر فرد فيخضع التقادم بالنسبة لدعاوى الغير ضد الشركاء في شركة المحاصة للقواعد العامة، كما تخضع له الشركة الفعلية¹.

كما تجدر الإشارة بأن التقادم الخماسي لا يسري على دعاوى دائن الشركة على الشركة نفسها كشخص معنوي، ولا يسري على الدعاوى التي يرفعها الغير على الشريك المصفي بوصفه مصفيا، أما في الشركة الباطلة فيبدأ سريان هذا التقادم من يوم نشر حكم الإبطال.

وأخيرا يمكن القول أن بإمكان الدائن أن يقطع التقادم وذلك من خلال قيامه برفع دعوى قضائية، وينقطع بالتبني وبالجزء، وينقطع تجاه جميع الشركاء المتضامنين في حالة انقطاعه تجاه أحدهم، أما بخصوص التقادم الجديد فيبدأ سريانه من وقت انتهاء سبب الإنقطاع.

4- دور القضاء في حماية الشركة التجارية من الإنقضاء:

سوف نتطرق في هاته النقطة على سلطات القاضي في الحفاظ على الشركة التجارية من الانقضاء، سواء كان دوره في تصحيح العيوب أو فصل الشريك المخطئ في الشركة التجارية؟.

أ- سلطة القاضي في تصحيح العيوب وتقادم دعوى البطلان:

إن بطلان الشركة في الواقع هو من المجالات والتي لا تحتمل الاختلاف في الأحكام بحسب الطبيعة المدنية أو التجارية، بل هو من مجالات وحدة القواعد لكافة الشركات لتعلقها بحماية الغير ودواعي الاستقرار اللازم للشركات، والبطلان أيا كان نوعه يؤدي كقاعدة عامة إلى زوال عقد الشركة تطبيقا للأثر الرجعي لنظرية البطلان، غير أن البطلان في الشركات لم يعد شبيها بالبطلان المعروف في العقود بوجه عام، فأصبح البطلان في الشركات يعتمد على عدة قواعد تهدف بالدرجة الأولى إلى دعم الإستقرار اللازم للشركات.

¹-إيمان زكري، مرجع سابق، ص476.

ومن هذا المنطلق وباستقراء المادة 739 من ق ت ج¹ نجدتها تنص على أنه إذا حدث بطلان لأعمال أو مداوات لاحقة لتأسيس الشركة مبنيًا على مخالفة قواعد النشر، فيجوز لكل شخص يهمله أمر تصحيح العمل أن يندر الشركة للقيام بهذا التصحيح في أجل ثلاثين يومًا، كما يجوز لكل شخص يهمله الأمر أن يطلب من القاضي تعيين وكيل يكلف بالقيام بهذا الإجراء، ومن الواضح أن الهدف من القيام بالتصحيح هو أن المشرع قد حرص على عدم بطلان الشركات حتى لا تتعرض الشركة للبطلان.

ومعنى هذا أنه متى زال سبب البطلان انقضت الدعوى، ذلك أن المشرع كما ذكرنا عمد إلى تقليص حالات البطلان إلى أبعد حد، من خلال تمكين من يهمله الأمر بالتصحيح لحماية للمراكز القانونية واستقرارا للمعاملات التجارية من جهة، وحماية للغير الذي تعامل مع الشركة عن جهل بوجود سبب من أسباب البطلان من جهة أخرى.

هذا ما يتضح من خلال ما جاءت به المادة 736 من ق ت ج عندما نصت على أنه: "يجوز للمحكمة التي تتولى النظر في دعوى البطلان أن تحدد أجلا ولو تلقائيا للتمكن من إزالة البطلان، ولا يسوغ لها أن تقضي بالبطلان في أقل من شهرين من تاريخ طلب افتتاح الدعوى".

كما أن المادة 738 تؤكد نية المشرع من خلال النص على: "في حالة بطلان الشركة ومداوات لاحقة لتأسيسها مبني على عيب في الرضا أو فقد أهلية الشريك وإذا كان التصحيح ممكنا، يجوز لكل شخص يهمله الأمر أن يندر الشخص الجدير (المعني) بهذا الإجراء إما بالقيام بالتصحيح أو يرفع دعوى البطلان في أجل ستة أشهر تحت طائلة انقضاء الميعاد، ويتعين إبلاغ الشركة بهذا الإنذار".

وعموما فإن دعوى بطلان الشركة تنقضي بالتقادم وذلك بانقضاء ثلاث سنوات من يوم العلم بسبب البطلان، مع مراعاة الفترة والتي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة 738 السالفة الذكر وهي ستة شهور من تاريخ الإنذار بطلب تصحيح البطلان².

¹ -أنظر المادة 739 من القانون رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، السالف الذكر.

² -منصور داود، "الفصل القضائي للشريك في شركات الأشخاص بين الاعتبار الشخصي والمصلحة الجماعية"، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد 10، العدد 4، 2017/12/15، ص388.

ب- دور القاضي في المحافظة على الشركة التجارية من الإنقضاء:

باستقراء المادة 750 من ق ت ج نجد أنها قد أجازت للقاضي أن يمنح أجل ستة أشهر للشركة وذلك لإجراء التسوية المطلوبة من أجل تصحيح عيوب الشركة وانقاذها من البطلان، كما يتضح أن له دور آخر يتمثل في المحافظة على الشركة من الانحلال حماية لحقوق الغير خاصة إذا تعلق الأمر بنزاع بين الشركاء، كما للمحكمة أن تقوم برفض طلب الحل إذا تبين لها أن سير الشركة مشلول أو قد يسبب خطرا.

إن عملية تقدير السبب المعتبر لحل الشركة مسألة موضوعية يقوم بتحديدتها القاضي، والملاحظ أن المشرع لم يتطرق لمفهوم الانحلال لأسباب معتبرة وقام بمنح القاضي سلطة واسعة تمكنه من تحديد السبب المعتبر خاصة عند قيام أحد الشركاء بطلب حل الشركة فيقرر القاضي وضعية الشركة الواجب حلها¹.

وعليه فإن الطلب الذي يقدمه أحد الشركاء لانحلال الشركة قضائيا يعتبر تطبيقا من تطبيقات القواعد العامة والمتعلقة بعدم تنفيذ العقود وهذا ما يؤدي لفسخها نظرا للطبيعة التعاقدية للشركة، فبنشأ التصور العقدي للسبب المعتبر والذي يؤدي لحل الشركة، ويكون أساسه نزاع قوي بين الشركاء أو إخلال بالالتزامات العقدية.

وعموما يتضح بأن القاضي يعمل على المحافظة على بقاء الشركة إلا إذا كان في بقائها خطورة على حقوق الشركاء وحقوق دائني الشركة، حيث لا يقرر القاضي حل الشركة إلا إذا توفر لديه سبب قوي لحلها، كما اعتبرت محكمة النقض الفرنسية وجود نزاع قوي يعرقل إدارة الشركة، ما يؤكد غياب نية الإشتراك سبب من أسباب حل شركة المساهمة.

¹-أنظر المادة 411 من القانون رقم 57-59 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر والتي تنص على أنه: "يقدر القاضي خطورة السبب المبرر لحل الشركة".

يلاحظ على أن مبدأ حسن النية في تنفيذ الإلتزامات العقدية يمتد طيلة حياة الشركة، حيث يجب أن تتماشى هذه الإلتزامات مع مبدأ حسن النية تحقيقا لمصلحة الشركة والشركاء معا، والتي لا تتحقق إلا بوجود مظاهر التعاون المشترك بين الشركاء، والذي ينتج عنه بالضرورة أثر مهم يتمثل في المساواة بين الشركاء أثناء القيام بالعمل المشترك تحقيقا لمصلحة الشركة¹، دون الإخلال بمبدأ المساواة وعنصر نية الاشتراك، هذا لأن الإخلال بهذه المبادئ يعتبر إخلال بالإلتزامات، وعدم قيام الشريك بالإلتزاماته يعتبر سببا كافيا لانحلال الشركة.

أما عن تعسف الأغلبية يعد سببا معتبرا للإخلال رغم أنه قد لا يعيق سيرها، ذلك لأن هذا التعسف لا يمس بأقلية الشركاء، وإنما يمس بمصلحة الشركة، الأمر الذي قد يخلق نزاعا قويا بين الشركاء بعد الاستغلال الذي تقوم به الأغلبية من أجل الإثراء الفردي لذمتهم، ما يهدد الشركة لأنه يهدم الوفاق بين الشركاء، لذلك يجيز للقاضي أن يتدخل لإعادة التوازن بين المصالح الجماعية بهدف المحافظة على الشركة وكل ما يتعلق بها².

أما إذا كان سبب حل الشركة اقتصاديا يشل الشركة ويؤدي لإنتهائها وتقييم الوضع الاقتصادي الدقيق للشركة يقوم به القاضي الذي لا يستند على ادعاء الشريك رفع الدعوى، كون استمرارية الشركة يخدم مصلحة جميع الأطراف من بينهم دائني الشركة، فيعمل القاضي هنا على التثبت من الوضع الاقتصادي الحقيقي للشركة، ذلك أن ازدهار الشركة اقتصاديا يحول دون قبول دعوى الحل، وأن التقييم الموضوعي لوضع الشركة الإقتصادي هو الأمر الذي يستند عليه القاضي لاستبعاد حلها³، وفي حالة عدم وجود صعوبات تؤدي لشل السير العادي للشركة ففرضية حلها تكون غير ممكنة، ذلك لأن مصلحة الشركة الاقتصادية ومصالح الغير تتجاوز مصالح الشخص المطالب بحل الشركة قضائيا.

¹ - منصور داود، مرجع سابق، ص 389.

² - إيمان زكري، مرجع سابق، ص 378.

³ - منصور داود، مرجع سابق، ص 390.

ج- دور القاضي في فصل الشريك المخطئ من الشركة التجارية:

من المتعارف عليه أن جميع التصرفات التي يأتي بها الشريك يجب ألا تكون متعارضة مع الغرض الذي تقوم من أجله الشركة، كما أنه يجب ألا تكون هذه التصرفات سببا من أسباب تعطيل سير عمل الشركة، وهذا ما تتطلبه نية المشاركة الفعلية، وعليه يجب أن تكون هذه التصرفات مصدر دعم لذلك الغرض، غير أنه إذا حصل العكس جاز لكل شريك آخر أن يتوجه للقضاء طالبا فصل هذا الشريك والذي ثبت أن تصرفاته ستؤدي بالضرورة إلى حل الشركة إذا استمر فيها¹.

يعتبر أي تصرف أو عمل يأتي من أحد الشركاء، يؤدي إلى الإضرار بمستقبل الشركة وحياتها، سببا مشروع لطلب فصل ذلك الشريك، فإذا كان هذا الفعل راجع إلى إرادته، أو كان صادر عن الشريك ذاته، أو ترتب نتيجة وجوده في الشركة، جاز للقاضي هنا فصل هذا الشريك مع مراعاة مجموعة من الشروط الخاصة بالشركة والشركاء، فتتحقق هذه الشروط يمنح القاضي سلطة تقدير تلك الأسباب والمؤدية إلى فصل الشريك من عدمه.

ونظرا لأن المشرع الجزائري قد أجاز وفق ما ورد في القواعد العامة، لكل شريك أن يتوجه للمحكمة ويقوم باستصدار حكم يفصل أي شريك يكون وجوده متعارضا على مد أجل الشركة، أو قد تكون تصرفاته سببا مسوغ لحل الشركة، لذلك نجد أن المشرع قد أورد في ذلك النص حالتين يسمح بموجبهما للشركاء فصل شريك آخر، والملاحظ أن هذه الأسباب قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، وذلك لتعذر حصرها في أي بلد آخر، فأبي سبب يشكل إساءة إلى مصلحة الشركة يعتبر كافيا لفصل ذلك الشريك، وعليه فإنه وبالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني الجزائري نجدها قد أوردت نصا صريحا يتمثل في المادة 442، حيث قضت بجواز فصل الشريك من الشركة في حالات محددة فنصت على: "يجوز لكل شريك أن يطلب من السلطة القضائية فصل أي شريك يكون وجوده سببا أثار اعتراضا على مد أجلها أو تكون تصرفاته سببا مقبولا لحل الشركة على شرط أن تستمر الشركة قائمة بين الشركاء الباقين".

¹ -محمد عبده حاتم سعيد، فصل الشريك وأثره على شركة التضامن (دراسة مقارنة)، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، مايو 2010، ص62.

لقد تبين لنا من خلال دراسة بعض الدعاوى الناشئة عن منازعات الشركاء في الشركات التجارية، والتي يتطلب حلها تدخل القاضي باعتباره السلطة المخول لها بذلك، الغاية من ذلك حماية الشركة التجارية من الإفلاس وكذلك انقضائها¹.

ثانيا: المنازعات المتعلقة بالإفلاس و التسوية القضائية

يعد الإختصاص القضائي فيما يتعلق بشهر الإفلاس والتسوية القضائية أحد الأدوات الأساسية لضمان سير المعاملات التجارية، ومن أدق أبواب التنظيم وأهمها كونه الأساس المحدد لصلاحيات واختصاص كل محكمة هذا من جهة، كما ويعد من الشروط الشكلية لتطبيق نظام الإفلاس من جهة أخرى، وذلك في إقليمية معينة وفقا لأحكام، القانون وقد نظم المشرع الجزائري أحكام ذلك بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفق قواعد وضوابط لتحديد الاختصاص منها ما هو مبني على اعتبار نوعي والآخر على اعتبار اقليمي أو محلي، وتعني قواعد الاختصاص هذه بتحديد الجهة المختصة بالنظر في النزاع المتعلقة بقضايا الإفلاس والتسوية، أو المحكمة المخول لها الفصل في الخصومات من بين كافة المحاكم.

يقوم المجتمع التجاري على عنصرين أساسيين لضمان حسن سير المعاملات التجارية أولهما الثقة وثانيهما الائتمان، لذا نجد أن المشرع تدخل لحماية هذين العنصرين، فقد يتأثر النشاط التجاري في حالة ما إذا توقف المدين عن سداد ديونه و قد سعى المشرع في هذا المجال لتقرير آلية كفيلة لحماية الدائنين بموجب القانون التجاري و المتمثلة في نظام الإفلاس²، و يقصد بهذا الأخير ذلك النظام الذي يهدف للتنفيذ الجماعي على أموال المدين المتوقف عن دفع ديونه في مواعيد استحقاقها، إلا أن للمشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف نظام الإفلاس بل إكتفى بالتطرق الى الشروط الواجب توفرها لتطبيق هذا النظام.

¹-منصور داود، مرجع سابق، ص 390.

²-محمد نجيب شرافي ونوي عبد النور، الإختصاص القضائي في قضايا الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02 لسنة 2022، ص52.

و باستقراء النصوص القانونية المتعلقة بالإفلاس والتسوية القضائية لاسيما المادة 215 من القانون التجاري و التي حددت الشروط الموضوعية لشهر الإفلاس المتمثلة في ضرورة توفر الصفة التجارية و شرط التوقف عن الدفع.

1- شروط الإفلاس والتسوية القضائية:

تقضي المادة 215 ق.ت.ج على أنه(تعين على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولم يكن تاجرا إذا توقف عن الدفع أن يدلي بإقرار في مدى 15 يوما يقصد افتتاح التسوية القضائية أو الإفلاس).

وتنص المادة 225 من ق.ت.ج بأنه:(لا يترتب إفلاس و لا تسوية قضائية على مجرد التوقف عن الدفع بغير صدور حكم مقرر لذلك).

نستخلص من هاتين المادتين أنه يشترط لشهر الإفلاس أو التسوية القضائية توفر شروط موضوعية وأخرى شكلية.
أ-الشروط الموضوعية:

من خلال نص المادة 215 من ق.ت.ج يتبين أنه يشترط لشهر الإفلاس أو التسوية القضائية توفر شرطين في المدين وهما صفة التاجر وحالة التوقف عن الدفع.
أ-1-صفة التاجر:

لقد فرضت المادة 215 من ق.ت.ج على كل تاجر يتوقف عن الدفع أن يدلي بإقرار في مدى 15 يوما قصد افتتاح اجراءات التسوية القضائية والإفلاس، والتاجر قد يكون شخصا طبيعيا أو معنوياً.¹

-التاجر شخص طبيعي:

يستلزم التأكد من صفة التاجر وأن الشخص الذي لا يستطيع ممارسة التجارة كالقصر لا يمكن شهر افلاسه لأنه محمي بسبب انعدام أو نقص أهليته إما إذا أذن له القاضي بمزاولة التجارة فإنه يكتسب صفة التاجر إذا احترف التجارة في حدود ما أذن له وهنا يجوز شهر افلاسه إذا توقف عن دفع ديونه التجارية.

¹-لياس بروك، مطبوعة بيداغوجية بعنوان الافلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2019-2020، ص16.

وما يثير التساؤل في هذا الصدد هو مدى خضوع كلا من التاجر المعتزل والمتوفي لنظام الإفلاس؟ ونجد الإجابة عن ذلك في كل من المادتين 219 و220 من ق.ت.ج.

• التاجر الذي اعتزل التجارة:

يمكن شهر افلاس التاجر الذي اعتزل التجارة بعد غلق أو بيع محله التجاري شرط أن يكون قد تعرض للإفلاس في وقت كانت له فيه صفة التاجر والمحكمة عليها أن تتحقق أنه كان في حالة توقف عن الدفع إذ نصت المادة 220 من ق.ت.ج امكانية طلب شهر الإفلاس خلال مدة عام تبدأ من شطب اسم المدين من السجل التجاري.

• شهر الإفلاس بعد الموت:

إن التاجر الذي يموت وهو في حالة توقف عن الدفع يمكن شهر افلاسه بعد مماته وذلك إما بتصريح يقدمه أحد ورثته أو بطلب من دائنيه إلا أن القانون الجزائري قد أوجب تقديم التصريح أو الطلب خلال مدة عام تبدأ من تاريخ الوفاة وللمحكمة أن تفتح الاجراءات تلقائيا خلال نفس الأجل.¹

- التاجر الشخصي المعنوي:

تخضع الشركات التجارية التي تم النص عليها في المادة 2/544 من ف.ت.ج وهي شركة التضامن وشركتي التوصية البسيطة وبالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة إلى نظام الإفلاس باعتبارها تاجرا شخصا معنويا، وتستثنى من ذلك شركة المحاصة.²

أ-2: الشركات التجارية:

تخضع الشركات التجارية لنظام الإفلاس إذا توقفت عن دفع ديونها التجارية وتكتسب الشركة الصفة التجارية إذا اتخذت أحد الأشكال المنصوص عليها في القانون التجاري وهي كالتالي:

-شركات الأشخاص:

يشهر افلاس شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة، إذا توقفت عن الدفع، ويتبع افلاسها افلاس الشركاء المتضامنين لاكتسابهم صفة التاجر، ولأن مسؤوليتهم تضامنية ومن غير حدود عن

¹-الإفلاس والتسوية القضائية، مقال اطلع عليه يوم 03مارس2023 على الساعة 21:52، منشور على الموقع:-fecg.univ-bouirq.dw

²-حورية سويقي، مطبوعة بيداغوجية تتضمن محاضرات في مقياس الأوراق التجارية الإفلاس والتسوية القضائية، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2020م-2021م، ص51.

ديون الشركة، أما بالنسبة لشركة المحاصة فإنه لا يجوز شهر افلاسها لانعدام شخصيتها المعنوية ولا يتعرض للإفلاس إلا الشريك المحاص الذي قام بالأعمال التجارية وتعاقد مع الغير باسمه الخاص.

-شركة الأموال:

يشهر افلاس الشركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم ذات المسؤولية المحدودة، والشركة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة إذا توقفت عن الدفع، والأصل أنه لا يشهر افلاس الشركاء فيها لعدم اكتسابهم صفة التاجر ولأن مسؤوليتهم تكون في حدود الحصص التي قدموها، غير أن افلاس هذه الشركة يتتبع بالضرورة افلاس المديرين فيها والمسيرين، والمفوضين وكل الممثلين لها والقائمين بإدارتها لأنهم هم السبب المباشر في افلاسها¹.

-الشركة الفعلية أو الباطلة:

هي الشركة التي تم قيدها في السجل التجاري لكن تخلف ركن من أركانها الجوهرية مما يجيز شهر افلاس هذه الشركة إذا توقفت عن الدفع قبل الحكم بإبطالها وذلك حماية للغير المتعامل معها، حيث تعتبر في هذه الحالة شركة فعلية لمزاومتها النشاط التجاري مما يبهر شهر افلاسها.

-الشركة المنحلة:

هي الشركة التي تكون قيد التصفية، حيث ولهذا الغرض فإنها تبقى محافظة على شخصيتها المعنوية، مما يؤدي الى إمكانية شهر افلاسها في هذه الفترة أيضا.

-الشركة المدنية:

تنص المادة 1/439 من القانون المدني أن الشركة المدنية تنتهي بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو اعساره أو افلاسه.

وعليه باعتبار أن الشركة المدنية تخضع للقانون الخاص وبالتالي فإنها تخضع لنظام الإفلاس والتسوية القضائية².

¹-عثماني مرابط حبيب، محاضرات في نظام الإفلاس والتسوية القضائية موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص محاسبة ومالية، جامعة الجلفة، الجزائر، 2021-2022، ص44.

²-لياس بروك، مرجع سابق، ص14.

ب- شروط التوقف عن الدفع:

اشترطت المادة 215 ق.ت.ج لشهر الإفلاس توقف المدين التاجر عن الدفع، وهو بذلك يعد شرطاً ضرورياً بشهر الإفلاس وتحديده بدء فترة الريبة، إذ من شأن التوقف عن الدفع إحداث اضطراب في سلسلة علاقات المديونية الناشئة بين التجار. والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرفه وهذا يجعلنا نبحث في القوانين المقارنة وفي الفقه عن مفهوم التوقف عن الدفع. وبالرجوع إلى القانون التجاري الفرنسي نجده قد عرف التوقف عن الدفع بأنه استحالة أو عجز المدين عن مواجهة الديون المستحقة بالموارد المتاحة.

ويشترط في الدين الذي توقف المدين التاجر عن دفعه في موعد استحقاقه جملة من الشروط، أن يكون تجارياً، مستحق الأجل، مؤكداً ومعين القيمة، خالياً من أي نزاع.

ب.1: أن يكون تجارياً:

ويكون الدين تجارياً إذا كان ناشئاً عن عمل تجاري بطبيعته أو بالتبعية، غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 216 ق.ت.ج يتضح أنه يمكن إعلان الإفلاس في حالة التوقف عن الدفع أي دين سواء كان مدنياً أو تجارياً، وبذلك يجوز لدائن التاجر بدين مدني طلب شهر إفلاسه إذا أثبت توقفه عن دفع دين تجاري.¹

ب.2: أن يكون مستحق الأجل:

أي يجب أن يكون الدين الذي بذمة المدين التاجر والذي يسببه شهر إفلاسه حال الاداء وليس مؤجلاً، فغذا الدين لم يحل أجله بعد، أو أنه سقط بالتقادم وتحول التزام طبيعي، فلا يمكن للمحكمة قبول طلب شهر الإفلاس.

ب-3: أن يكون الدين خالياً من النزاع:

والنزاع في الدين يتخذ عدة صور، كعدم ثبوت الدين في حق المدين التاجر نظراً لعجز الدائن عن اثبات حقه، أو عدم معرفة أجل حلول هذا الدين أو عدم تحديد مقداره بشكل دقيق أو دفع المدين بإجراء مقاصة بين دينه ودين الدائن وغيرها.²

¹-عثماني مرابط حبيب، مرجع سابق، ص48.

²-إلياس بروك، مرجع سابق، ص17.

ج-تحديد تاريخ التوقف عن الدفع:

بعد التوقف عن الدفع شرط ضروري لشهر إفلاس التاجر، لذا خول المشرع مهمة تحديد تاريخ هذا الأخير للمحكمة التي قضت بالتسوية القضائية أو بشهر الإفلاس، غير أنه لا يمكن لها أن ترجع هذا التاريخ إلى أكثر من 18 شهرا يسبق تاريخ صدور الحكم بالإفلاس أو التسوية القضائية، وذلك حتى لا يمتد نطاق عدم نفاذ التصرفات إلى فترة طويلة، الأمر الذي من شأنه المساس باستقرار المعاملات.

وفي حالة ما لم تقم المحكمة بتحديد تاريخ التوقف عن الدفع فإن تاريخ الحكم بالتسوية القضائية أو بشهر الإفلاس هو تاريخ التوقف عن الدفع.¹

2- آثار الحكم بشهر الإفلاس أو التسوية القضائية:

يعد الإفلاس ذلك النظام الذي يقتصر على فئة التجار فقط وهو وسيلة للتنفيذ الجماعي على أموال المدين الذي توقف عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها بهدف تصفية أموال المدين وتوزيع ناتجها على الدائنين حيث ينجم عن هذا الحكم آثار عديدة تنصب على ذمة المدين المفلس وشخصيته وكذلك ما يطرأ على جماعة الدائنين، أما فيما يخص التسوية القضائية التي تعتبر نظام يستفيد منه التاجر حسن النية سيء الحظ الذي كان توقفه عن الدفع راجع لظروف قاهرة لا يد له فيها، هذا ما أدى الى اضطراب مركزه المالي وتدهوره حيث أوجد المشرع هذا النظام لتفادي شهر افلاسه وامكانية استعادة مكانته التجارية، لذلك يترتب على هذا النظام جملة من الآثار منها ما يتعلق بآثار التسوية قبل التصديق على الصلح ومنها ما يتعلق بآثار التسوية بعد التصديق على الصلح.

أ-آثار الحكم بشهر الإفلاس:

ينتج عن حكم شهر الإفلاس عدة آثار قانونية، منها ما يتعلق بالمدين التاجر المفلس، ومنها ما يتعلق بالدائنين، وهذا ما سوف نتناوله في هذا العنصر.²

¹-راشدي سعيدة، مرجع سابق، ص24.

²- عثمانى مرابط حبيب، مرجع سابق، ص64.

أ-1: آثار الإفلاس بالنسبة للمدين:

ويمكن تقسيمها وفق ما يلي شرحه:

- الآثار المتعلقة بالذمة المالية للمدين:

بمجرد صدور الحكم القضائي بالإفلاس، تغل يد المدين عن إدارة أمواله، وذلك استنادا لما نصت عليه المادة 1/224 من القانون التجاري.

والحكمة من ذلك هي حماية الدائنين من المدين وضمان المساواة بين الدائنين، كما أن سريان قاعدة غل اليد تكون من يوم صدور الحكم الى غاية انتهاء التقلية.

• ما يدخل في نطاق قاعدة غل يد المدين:

وذلك وفق ما يلي:

-التصرفات القانونية:

يمنع على المدين المفلس القيام بأي عمل قانوني كالبيع أو الإيجار أو القرض، إذ تعد التصرفات التي يقوم بها بهد الحكم بالإفلاس غير نافذة في مواجهة جماعة الدائنين، إما إذا وقع التصرف في فترة الريبة فإنه يخضع لعدم النفاذ الوجوبي حسب نوع التصرف.

-بالنسبة للأموال:

يشمل غل اليد كل أموال المدين المفلس الحاضرة والمستقبلية سواء اكتسبها بطرق تجارية، أو بأي طرق أخرى، كالميراث أو هبة...الخ، ولا يجوز للمدين أن يفي بدين لأحد الدائنين، وفي حال قام بذلك يعتبر مرتكبا لجريمة الإفلاس بالتقصير.

-الفعل الضار:

تشمل قاعدة غل اليد كل فعل ضار يشمل ذمة المدين شخصيا أو من تابعة أو من الأشياء أو الحيوانات التي تكون تحت حراسته، إذ يعتبر المدين مسؤولا عن الضرر الذي الحقه بالغير.

-حق القاضي:

بمجرد صدور حكم القاضي بالإفلاس، يمنع المدين من ممارسة حق التقاضي في الدعاوي المتعلقة بذمته المالية، ويمثله فيها الوكيل المتصرف القضائي، كما يسري المنع على كل دعوى رفعت قبل الحكم ولم يتم الفصل فيها¹.

¹ - حورية سويقي، مرجع سابق، ص 80.

حيث أجازت للمدين المفلس الطعن في حكم شهر الإفلاس.

• ما لا يدخل في نطاق قاعدة غل يد المدين:

الأموال التي لا يشملها غل اليد هي تلك الأموال التي لا تدخل في الضمان العام للدائنين، كالأموال التي لا يجوز عليها والتي تتمثل في منقولات المفلس الشخصية. كما لا يشمل غل اليد النفقة المقررة للمفلس وعائلته، فرغم غل يد المدين عن ادارة أمواله والتصرف فيها بقوة القانون، إلا أن المشرع من جهة أخرى حرص على رعاية المفلس بتقرير نفقة له ولعائلته من أموال التفليسة للإنفاق منها وسد حاجاته وحاجات أسرته.¹

أ.2: الآثار المتعلقة بالشخص المدين:

وتتمثل في:

-تقرير اعانة للمفلس ولأسرته طبقا للمادة 242 ق.ت.ج يحددها القاضي المنتدب بأمر بناء على اقتراح وكيل التفليسة، تسلم في شكل مبلغ نقدي من أموال المدني إما دفعة واحدة أو عدة دفعات حسبما يقدره القاضي المنتدب.

-سقوط بعض الحقوق المدنية والسياسية للمفلس، وذلك طبقا لنص المادة 243 من القانون التجاري.

أ-3: الآثار المتعلقة بتصرفات المدين

يترتب على غل يد المدين عدم نفاذ تصرفاته المبرمة بعد صدور الحكم بشهر افلاسه غير أن تصرفاته تصبح مشتبته فيها تجاه جماعة الدائنين من يوم توقفه عن الدفع وتسمى الفترة الممتدة من تاريخ التوقف عن الدفع الى تاريخ صدور الحكم بفترة الريبة، وقد أخضع المشرع تصرفات المدين إما لعدم النفاذ الوجوبي أو الجوازي.²

ب- آثار الافلاس بالنسبة للدائنين:

الاموال التي لا يشملها غل اليد هي تلك الاموال التي لا تدخل في الضمان العام للدائنين، كالأموال التي لا يجوز الحجز عليها والتي تتمثل في منقولات المفلس الشخصية.

¹ - راشد سعيدي، مرجع سابق، ص50.

² - حورية سويقي، مرجع سابق، ص81.

كما لا يشمل غل اليد النفقة المقررة للمفلس وعائلته، فرغم غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها بقوة القانون، غلا أن المشرع من جهة أخرى حرص على رعاية المفلس بتقرير نفقة له ولعائلته من أموال التفليسة للإنفاق منها وسد حاجاته وحاجات أسرته.¹

ج- الآثار المتعلقة بشخص المدين:

وتتمثل في:

-تقرير إعانة للمفلس ولأسرته طبقا للمادة 242 ق.ت.ج يحددها القاضي المنتدب بأمر بناء على اقتراح وكيل التفليسة، تسلم في شكل مبلغ نقدي من أموال المدين إما دفعة واحدة أو عدة دفعات حسبما يقرره القاضي المنتدب.

-سقوط بعض الحقوق المدنية والسياسية للمفلس، وذلك طبقا لنص المادة 243 من القانون التجاري.

د- الآثار المتعلقة بتصرفات المدني:

يترتب على غل يد المدني عدم نفاذ تصرفاته المبرمة بعد صدور الحكم بشهر إفلاسه، غير أن تصرفاته تصبح مشتبها فيها تجاه جماعة الدائنين من يوم توقفه عن الدفع، وتسمى الفترة الممتدة من تاريخ التوقف عن الدفع الى تاريخ صدور الحكم بفترة الريبة، وقد أخضع المشرع تصرفات المدني أما لعدم النفاذ الوجوبي أو الجوازي.²

وبالتالي، فالإفلاس هو نظام يهدف إلى تصفية أموال المدين المفلس الذي توقف عن دفع ديونه، وقد أخضع المشرع الجزائري بموجب المادة 215 من القانون التجاري، الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص لنظام الإفلاس والتسوية القضائية مثل الشركات المدنية والتعاونيات. وعلى الرغم من أنها أشخاص مدنية ولا تتمتع بصفة التاجر ولم يستثنىها من النص القانوني، مما يتيح المجال لمقاضاة هذه الأشخاص المدنية أمام المحكمة التجارية المتخصصة، الأمر الذي نستنتج معهأن هذه المحكمة لا تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين التجار، وإنما قد تفصل في منازعات يكون أطرافها أشخاص مدنيين.³

¹- راشدي سعيدة، مرجع سابق، ص50.

²- حورية سويقي، مرجع سابق ، ص81.

³-حنان مازة وسعيد بوقرور، مرجع سابق، ص275.

ثالثا: منازعات حقوق الملكية الفكرية

يقصد بالملكية الفكرية، أو بالأحرى حقوق الملكية الفكرية تلك الحقوق المعنوية المتعلقة بمنهج فني أو ذهني، وهي تنقسم إلى نوعين، حقوق الملكية الصناعية والتجارية وحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وتتمثل حقوق الصنف الأول في العلامات المنظمة بموجب الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003، والأسماء التجارية، وبراءات الإختراع التي يحكمها الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 يوليو 2003، والرسوم والنماذج الصناعية المنظمة بموجب الأمر رقم 03-08 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

أما حقوق الصنف الثاني فتتمثل في حقوق الملكية الأدبية والفنية أو ما يعرف بحقوق التأليف والحقوق المجاورة، والتي نظمها المشرع بموجب الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 يوليو 2003¹.

تلعب الحقوق الفكرية دورا مهما في عالم التجارة، ويمكن أن تكون عنصرا جوهريا في الذمة المالية للتاجر، فهل تدخل منازعات التأليف في اختصاص المحكمة التجارية المتخصصة، باعتبار أن المؤلف يعتبر شخص مدني، ويمكن القول أن المشرع قد ترك عبارة المنازعات المطلقة ولم يقيد بها بمنازعات الملكية الفكرية بين التجار، ومن ثم قد يكون النزاع بين أشخاص مدنية تختص بالنظر فيه المحكمة التجارية المتخصصة.

وباعتبار أن الإختصاص النوعي من النظام العام، فلا يحتمل الإجتهد والتفسير الواسع وعليه، فإن جميع المنازعات المتعلقة بالملكية الفكرية تندرج ضمن اختصاص المحكمة التجارية المتخصصة بغض النظر عن صفة الخصم، سواء كان شخصا مدنيا أو كان تاجرا، وهذا ما يؤكد الإختصاص الموضوعي للمحكمة التجارية المتخصصة واستبعاد المشرع الإختصاص الشخصي².

هذا وتشكل حقوق الملكية الفكرية أرقى صور حقوق الملكية على وجه الإطلاق، وهذا راجع لكون موضوع هذه الملكية يرتبط ارتباطا وثيقا بملْكَةِ العقل، والذي به ميز الله الإنسان عن ما سواه من مخلوقات فهو أسمى ما يملكه وأرقاه، فبه يتوصل لإبداعاته وقوته الخارقة في التفكير والبحث والعلم اللامتناهي، حيث أنه لا شك أن حقوق الملكية الفكرية ككل تعد وسيلة قانونية للمعرفة المناسبة، ومن

¹ - حنان مازة وسعيد بوقرور، مرجع سابق، ص 274.

² - مرجع نفسه، ص 274.

خصائص المعرفة أن استعمالها من قبل شخص ما لا يحد من حق شخص آخر في الحصول عليها وكلما زاد عدد الناس يستخدمون المعرفة كان ذلك أفضل للمجتمع، حيث أن ذلك سيفيد المجتمع ولذا قال علماء الإقتصاد: إن للمعرفة صفة المصلحة العامة التي لا تضاهي ولذا يجب المحافظة على المعرفة والإهتمام بها.

-حقوق الملكية الفكرية هي سلطة تحول لصاحب الفكرة للمحل الذي يرد عليه الإبتكار سواء كان اختراع أو علامة تجارية ولها خاصية عدم الإدراك المادي، وهي لصيقة بصاحبها تترجم للوجود على شكل دعوات مادية وهذا ما جاءت به منظمة الملكية الفكرية العالمية "wipo"، تضم الملكية الفكرية أيا مما تمخضت عنه ابداعات العقل، وبهذا يمكن تقسيم حقوق الملكية الفكرية إلى:

أ- الملكية الأدبية والفنية:

يشمل مصطلح الملكية الأدبية والفنية كل عمل في المجال الأدبي والعلمي والفني مهما كانت طريقة وشكل التعبير عنه، حيث يعتبر ملكا لصاحبه أي مؤلفه، ويشمل على نوعين من الحقوق: حق المؤلف والحقوق المجاورة¹.

-حقوق المؤلف:

حتى المؤلف هو مصطلح قانوني يصف الحقوق الممنوحة للمبدعين في مصنفااتهم الأدبية والفنية، وتشمل المصنفات الأدبية كل من الكتب، الروايات، الشعر، المسرحيات، برامج الحاسوب وقواعد البيانات واللوحات الفنية والرسوم التقنية والخرائط... إلخ، فهذا النوع من الحقوق يضم اجمالا الإنتاج الأدبي والفني أو العلمي والذي يكون مدونا على شكل مادي ملموس، وهذه الأمور تكون مملوكة لحائزها. هذا ما يعطي لحق المؤلف طبيعة أخرى غير حق الملكية فمحلها ثمار الفكر البشري².

¹-نادية زواني، محاضرات في تسوية منازعات الملكية الفكرية لطلبة الماستر، جامعة الجزائر 1، 2019-2020، ص3.

²-نبيل ونوغي، منازعات الملكية الفكرية وطرق تسويتها، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، جامعة زيان عاشور المجلد 2،

العدد2، 2017/06/01، الجلفة، ص 197.

-الحقوق المجاورة:

بدأ استخدام مصطلح الحقوق المجاورة لأول مرة سنة 1948 بمناسبة مراجعة اتفاقية برن الخاصة بحماية المصنفات الأدبية والفنية بغية اعطاء شيء من الحماية للمخاطبين بهذه الطائفة من حقوق الملكية، نظرا للدور الكبير الذي يلعبونه في نشر المصنفات الأدبية والفنية، إذ أن العديد من المصنفات الفكرية لا تجد طريقها ببسر وفعالية للجمهور بدون تدخل فناني الأداء، بحيث أن نشاطاتهم تعتبر بمثابة الروح في المصنفات التي تمثل الأجساد¹.

ب-الملكية الصناعية:

لم يعرف المشرع الجزائري هذه الحقوق كغيره من التشريعات، وقد حاول الفقه إعطاء تعريف لها، فهناك من عرفها بأنها: "الحقوق التي ترد على مبتكرات جديدة كالاختراعات ونماذج المعرفة ومخططات التصميمات للدوائر المتكاملة والمعلومات غير المفصح عنها والتصميمات والنماذج الصناعية أو على شارات مميزة تستخدم في تمييز المنتجات كالعلامة التجارية والمؤشرات الجغرافية، أو في تمييز المنشآت التجارية، وتمكن صاحبها من الاستئثار باستغلال ابتكاره أو علامته التجارية أو اسمه التجاري في مواجهة كافة ووفقا للأحكام المنظمة لذلك قانونا".

إن مصطلح الملكية الصناعية هو مصطلح فرنسي الأصل، لكنه غير دقيق، وقد حددت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية في البند الثاني من المادة الأولى الأنواع التي تندرج تحت مصطلح الملكية الصناعية، ف جاء نصها: "تشمل حماية الملكية الصناعية براءات الاختراع ونماذج المنفعة والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات الصناعية والتجارية وعلامات الخدمة والإسم التجاري وبيانات المصدر أو تسميات المنشأ وكذلك قمع المنافسة غير المشروعة"².

¹-جليلة بن عياد، التنظيم القانوني للحقوق المجاورة لحق المؤلف، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد العاشر العدد الأول، 02-12-2020، ص125.

²-حفيظة بوترفاس، محاضرات الملكية الصناعية، لطلبة السنة أولى ماستر، تخصص قانون أعمال، مقال اطلع عليه يوم 2022/09/17، على الساعة 18:57، ص3، منشور على الموقع: elearn.univ-tlemcen.dz.

-براءة الإختراع:

تحتل براءة الإختراع مكانا مرموقا في الحياة الإقتصادية نظرا للأثار المتعددة والناجمة عن استغلالها، وبراءة الإختراع هي الشهادة التي تمنحها الجهات المعنية نظير اختراع يؤدي إلى ايجاد شيء جديد لم يكن موجودا من قبل، حيث أن الاختراع هو فكرة لمخترع تسمح عمليا بإيجاد حل لمشكل محدد في مجال التقنية،¹ ويعد توافر جملة من الشروط الموضوعية والشكلية تمنح وثيقة تثبت هذا الإختراع، يمنحها المعهد الوطني للملكية الصناعية مثلا في الجزائر.

-العلامات:

يرجع ظهور العلامات إلى العصور القديمة، ولها أهمية جد بالغة في الحياة اليومية والمجال التجاري والصناعي ويقصد بالعلامة كل اشارة أو دلالة يضعها التاجر أو الصانع على المنتجات التي يقوم ببيعها أو صنعها لتمييز هذه المنتجات عن غيرها من السلع المماثلة، وتشير العلامة إما إلى بلد الإنتاج أو مصدر صناعة السلع أو مصدر بيعها أو أنواعها أو مرتبتها أو ضمانها أو طريقة تحضيرها أو للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات، وعرفها المشرع الجزائري على أنها: "كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام، والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيبيها، والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره"²

وهنا نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يفرق بين أنواع العلامات، بل أعطاه تعريف واحد وموحد هذا التعريف التفصيلي يعود بالأساس لدور الفقه لذا كان المشرع الجزائري موفق في طرح خاصة من ناحية الصياغة التي كانت عامة ذات ألفاظ ذات دلالة عامة، حوت كل الصور والأشكال التي تكون عليها العلامة في أمر الواقع، كما أنه في هذا التعريف قد فرق بين العلامة وتسميات المنشأ وكذا الوسم والإسم والعنوان التجاري، وهي ثلاث أنواع علامة تجارية وعلامة الخدمة وعلامة الصنع.³

¹ -أنظر المادة 02 من الأمر 07-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى الموافق 19 يوليو 2003، المتعلق ببراءات الاختراع، ج ر ع 44.

² - أنظر المادة 2 من الأمر 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق 19 يوليو 2003، المتعلق بالعلامات، ج ر ع 44.

³ - نبيل ونوغي، مرجع سابق، ص199 و 200.

إن عناصر الملكية الفكرية على اختلاف تسمياتها، ذات أهمية جد بالغة من ناحية الإستغلال الإقتصادي فهي تدر أموال جد طائلة على أصحاب هذه الحقوق، لذا نجد التنافس جد شديد بين الشركات من أجل احتواء العناصر المختلفة لحقوق الملكية الفكرية، فهي تضم برامج الحاسوب والتكنولوجيا وكل عناصر التقدم والتنمية، ونجد أن كل القوانين في شتى دول العالم وضعت حقوق حصرية لأصحاب هذه الحقوق فكان لهم حق استئثار الإستغلال.

كما أن تأثير حقوق الملكية الفكرية على التجارة والإستثمار جد بالغ جاءت اتفاقية تريبس لتنظيم حقوق الملكية الفكرية وجوانبها المالية والتجارية وفق رؤية دولية تحمي كل المصالح، وكانت قبلها مفاوضات جولة الأورغواي تسعى لذلك مع رغبة دول كثيرة في ادراج الإستثمار في هذا المجال من خلال ادخال الإجراءات التجارية المتعلقة بالإستثمار ضمن اتفاقيات منظمة التجارة العالمية وتحرير عمليات الإستثمار¹.

فمن خلال تركيز كل الدول على موضوع الملكية الفكرية وتأثيرها على التجارة الوطنية والعالمية وعملية الإستثمار، حيث أن الحماية القوية لهذه الحقوق تؤدي إلى توسيع السوق من خلال ايجاد أسواق المعرفة والمنتجات والحقوق الذهنية الجديدة، وهذا ما يؤدي إلى زيادة في تدفق التجارة الدولية عن طريق الصادرات التي تهيمن عليها عناصر الملكية الفكرية والتي أصبحت تلعب الدور هام في التجارة الإلكترونية وحركة التكنولوجيا، وما توفره من منتجات وبضائع وسلع جديدة رفعت من نسب التبادل التجاري والعقود التجارية الدولية، والتي تتم كلها عبر قنوات اقتصادية وصناعية أثرت في المؤشر الرئيسي في العلاقات الاقتصادية بين الدول والشركات².

لذا نجد أن حقوق الملكية الفكرية قد أثرت في الإستثمار خاصة منه الإستثمار الأجنبي من خلال فتح العديد من المجالات التي يمكن للمستثمر أن يقوم بمشاريع فيها، وهذا النوع من المشاريع أكتسح الساحة الاقتصادية في وقتنا الحالي خاصة في مجال الإستثمار في مجال التكنولوجيا وعقود نقل المعرفة والخبرات التقنية العملية، فقد بين الواقع أن حقوق الملكية الفكرية أوجدت لنفسها مكانة في قطاع الإستثمار بل أن بعض الدول جعلت منها أولى اهتماماتها من خلال أنها اعتبرت قطاع الإختراع والإبداع والتكنولوجيا وما يرتبط بها من الأنشطة ذات الأهمية البالغة للإقتصاد الوطني لها

¹ - نبيل ونوغي، مرجع سابق ، ص200.

² - عبد الرحيم عنتر عبد الرحمان، التنظيم القانوني للملكية الفكرية-دراسة مقارنة-، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2015، ص373.

وجعل أنظمة حوافز ومزايا خاصة في حالة الإستثمار فيها، حيث أن بعض الواردات هي شكل من أشكال تحويل التكنولوجيا العالية ذات التأثير المستقل عن الإنتاجية، ولكن تقوية حقوق الملكية الفكرية تؤثر أيضا بصورة خاصة على زيادة الواردات من الموارد الإستهلاكية ذات التكنولوجيا المنخفضة وهي مرتبطة مع الهبوط في الصناعات الوطنية القائمة على أساس التقليد¹.

رابعاً: المنازعات البحرية

لقد حظي موضوع النقل البحري باهتمام واسع على المستويين الدولي والمحلي²، وازداد هذا الإهتمام بعد ظهور أنواع جديدة من السفن، بحيث أصبح النقل البحري يتسم بالعالمية نظراً للإنتفاع العالمي المتزايد به، فلقد أصبح لا يقف عند حدود الدولة التي نشأ فيها، الأمر الذي أدى إلى جعل الأمم شريكة في النقل البحري، وأصبحت حمايته واجباً ليس على دولة بعينها فحسب، بل على كافة دول العالم. ومن هنا ظهرت الحاجة الملحة إلى وجود تنظيم دولي لحماية النقل البحري.

فالجزائر على غرار الدول الأخرى عرفت النقل البحري، بحيث طورت المنظومة القانونية لهذا الأخير، فبعدما كان حكراً على الدولة في فترة ماضية تحول إلى النشاطات المفتوحة لصالح بعض الأشخاص⁴، عن طريق امتياز استغلال خدمات النقل البحري وذلك بعد تعديل القانون البحري في 1998 وصدور المرسوم التنفيذي 08-57، إلا أن الدولة الجزائرية احتفظت بالملكية العامة لخدمات النقل البحري، بحيث اعتبرته ملكية عامة.

إن الإهتمام بالنقل البحري للبضائع و تنظيمه بقواعد خاصة، جعل المنازعات الناشئة عنه خاضعة للأحكام خاصة تميزها عن غيرها من المنازعات وانعكست هذه الخصوصية على أطراف الدعوى سواء أكانت مدعية أو مدعى عليها، أو من حيث الاختصاص في نظرها أين أصبح من اللازم على القاضي البحري معرفتها والتحكم فيها لضمان تطبيق سليم وفعال للقواعد القانونية التي تحكم هذا النوع من المنازعات³.

¹ - نبيل ونوغي، مرجع سابق، ص 201.

² - لقد قامت الدولة الجزائرية باستحداث مرفق النقل البحري بموجب المرسوم رقم 63-489 المؤرخ في 31/12/1963، المتضمن إنشاء الشركة الوطنية للملاحة البحرية، ج ر ع 06.

³ - شهرزاد بن الصغير، منازعات النقل البحري بين إشكالية تحديد صفة التقاضي وتنوع الجهات القضائية، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد السادس، ص 249.

إن تحديد صفة التقاضي في منازعات النقل البحري تمثل أحد أهم الإشكالات التي تثيرها منازعات النقل البحري، بحيث تتأرجح بين سهولة تعيينها إذا تعلق الأمر بصفة المدعى، وبين صعوبة تعيينها إذا تعلق الأمر بصفة المدعى عليه.

1/ سهولة تعيين صفة المدعي في منازعات النقل البحري:

يكون المدعى في دعوى المسؤولية في منازعات النقل البحري هو صاحب الحق في البضاعة أو المالك الشرعي لها والذي تضرر بسبب هلاكها أو تلفها أو تأخير تسليمها، ومن ثم يمكن لكل من الشاحن أو المرسل إليه أو الغير أن يكتسب صفة المدعي في منازعات النقل البحري.

1-1 الشاحن البحري:

إن الشاحن البحري عبارة عن شخص يلتزم بموجب عقد النقل بتقديم بضاعة للناقل سواء باعتباره مالكا لها أو مستعملها الشرعي، مقابل أجره يتعهد بدفعها¹، فهو الذي يقوم بطلب نقل البضاعة الخاصة به أو خاصة بشخص آخر من ميناء إلى آخر.

وقد يكون الشاحن شخصاً طبيعياً أو شركة تقوم بتسليم البضاعة للشحن، وهو الطرف الوحيد المرخص له باستلام وثائق الشحن الأصلية الموقع عليها من طرف الناقل أو وكيله، وليس بالضرورة أن يكون هو صاحب البضاعة أو بائعها أو مستأجر السفينة، ولكن يمكن أن يكون وكيلاً معيناً بمعرفة أحد هؤلاء .

فالشاحن عبارة عن طرف أصيل في عقد النقل البحري، يستوي في ذلك أن يتم النقل بموجب سند شحن أو بدونه، كما يعتبر صاحب المصلحة الأولى في حسن إنجاز النقل البحري، وصاحب الحق في الرجوع على الناقل البحري بالمسؤولية. ولا شك أن رجوع الشاحن على الناقل يكون على أساس المسؤولية التعاقدية بأن يتقرر التعويض عن الضرر الذي يلحق الشاحن من جراء إخلال الناقل بالتزامه التعاقدية بنقل البضائع كاملة وسليمة وفي الميعاد المتفق عليه.

إذا كانت الصفة في رفع الدعوى تثبت للشاحن بصفته كطرف في العقد فإنها لا تبقى دائماً قائمة باعتبار أن الحق في رفع الدعوى ينتقل مع سند الشاحن.

¹-سامية عباس، التزامات الشاحن في عقد النقل البحري، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، جامعة الجزائر1، 2011-2012، ص10.

وفي هذا الصدد أعتبر René Rondière إن دعوى الشاحن ضد الناقل لا تكون مقبولة إلا إذا كان مازال حائزا لسند الشحن أو في الحالة التي يطلب فيها جبر ضرر تحمله وحده وبصفة شخصية، وهو ما أخذت الذي أقرت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر عن الغرف المجتمعة بتاريخ 12/22 / 1989 الذي أقرت فيه بحق الشاحن في رفع دعوى قضائية ضد الناقل، بسبب الضياع أو الهلاك الذي قد يصيب البضاعة عندما يكون هو الوحيد الذي تحمل الضرر المترتب عن عملية النقل، بالرغم من أن حق رفع الدعوى في حالة¹.

1-2: المرسل إليه

يعرف المرسل إليه بأنه "الطرف الذي تعهد الناقل البحري، بناء على اتفاقية مع الشاحن على تسليم البضاعة المنقولة إليه، فهو طرف أجنبي عن العقد الذي أبرم لفائدته، ورغم أن المرسل إليه لم يساهم في إبرام عقد النقل البحري، ألا أنه يشارك في ذلك العقد بموجب سند الشحن".

فهذا يعني بأن طرفا عقد النقل البحري هما الشاحن والناقل، ولكن الواقع العملي لهذا العقد يفرض تدخل شخص ثالث لإتمامه وهو المرسل إليه فالمرسل إليه بالرغم من أنه يعتبر من طائفة الغير، إلا أنه يساهم في عقد النقل البحري، وتنشأ بينه وبين أطراف عقد النقل البحري علاقات وهو ما يعبر عنه بالعلاقات الثلاثية².

رغم أن المرسل إليه أجنبي عن العقد ولم يشترك في إبرامه، إلا أنه المستفيد من عقد النقل البحري للبضائع، بحيث يرتبط مع الناقل برابطة قانونية تستند إلى العقد، على أن هذه الرابطة إنما تنشأ إذا ما أعلن المرسل إليه رغبته في التمسك بسند الشحن. وذلك دون أن يكون طرفا منشأ له، ومؤدى التعاقد لمصلحة المرسل إليه أن ينشأ له حق شخصي ومباشر تجاه الناقل البحري يخوله الرجوع عليه بالمسؤولية في حالة الهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم.

¹ - شهرزاد بن الصغير، مرجع سابق، ص 251.

² - إن فكرة الطرف الثالث ليست بفكرة حديثة وإنما هي فكرة قديمة من أجل تحديد المركز القانوني للمرسل إليه، فهي محل جدل فقهي في الفقه والقضاء الفرنسي، أنظر في ذلك: مراد يسعيد، قواعد روتردام 2008: أسس جديدة للنقل البحري الدولي، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد 1، سنة 2014، الصادرة عن جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ص 42.

ولإثبات صفة المرسل إليه يتعين على هذا الأخير عملاً بأحكام المادة 749 من القانون البحري أن يقدم وثيقة الشحن التي تعتبر سنداً لحيازة البضائع واستلامها. فصدر في هذا الشأن قرار عن الغرفة 1996 ملف رقم 145015 قضى برفض دعوى الشركة الجزائرية لتأمينات النقل وكذا شركة سونطراك. والرامية إلى تعويض الخسائر لكونهما لم تبررا صفتها كمرسل إليهما بتقديم وثيقة الشحن.

يتم تعيين المرسل إليه في وثيقة الشحن إذا كانت اسمية، وإذا كانت لأمر يذكر اسم الشخص الذي تكون لأمره، وفي حالة التحويل تكون لآخر مظهر لها، فلما تكون لحاملها يذكر الشخص الذي يقدم الوثيقة عند وصول البضاعة.

من أجل التأكد من صفة المرسل إليه اشترط القانون صدور وثيقة أخرى غير سند الشحن وهذا ما يجب أن توضع طريقة التحقق من المرسل: « نصت عليه المادة 787 القانون البحري والتي تنص على أنه: "إليه في اتفاقية الأطراف المتعلقة بالنقل البحري للبضائع وذلك بموجب وثيقة أخرى غير وثيقة الشحن".

1-3: الغير (شركة التأمين)

يمكن لأي شخص تضرر من جراء عدم تنفيذ عقد النقل البحري أو في حالة الهلاك أو التلف الذي لحق بالبضاعة أو بسبب التأخير في تسليمها الرجوع بالمسؤولية على الناقل البحري، وتأسس هذه الحالة على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، كون أن الغير لا يرتبط مع الناقل بعلاقة تعاقدية، وذلك على خلاف الشاحن الذي يرتبط بعقد النقل وكذلك المرسل إليه الذي يرتبط بالناقل بموجب ما يعرف بالإشترط لمصلحة الغير¹.

والجدير بالذكر أنه يمكن للغير الرجوع بالمسؤولية على الناقل البحري استناداً إلى حلوله محل المرسل إليه أو بجانبه، وهو أن يحل شخص محل صاحب الحق في رفع الدعوى الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع مما يكسبه الصفة في التقاضي ولعل أحسن مثال عن الحلول في الدعاوى البحرية هو حلول شركة التأمين محل المؤمن له الذي استفاد من تعويض عن الأضرار اللاحقة به في كل الدعاوى التي كان بإمكانه رفعها ضد المتسبب في الضرر وتسمى دعوى شركة التأمين في هذه الحالة بدعوى الحلول التي: "تجد أساسها في نص المادة 118 من قانون التأمين إذ تنص هذه الأخيرة

¹ - شهرزاد بن الصغير، مرجع سابق، ص 253.

في فقرتها الأولى على ما يلي يحل المؤمن محل المؤمن له في حقوقه ودعواه ضد الغير المسؤول في حدود التعويض الذي يدفعه ومن هنا تعتبر شركة التأمين حائزة للصفة عند رفعها لدعوى ضد الناقل البحري بسبب عدم .

للمؤمن له تنفيذ عقد النقل أو تنفيذ المعيب، بعد حلولها محل المرسل إليه أو الشاحن حسب الحال و قد أوضحت المحكمة العليا شروط ممارسة شركة التأمين لدعواها لا يستطيع المؤمن الرجوع على الناقل بدعوى مباشرة على أساس المسؤولية التقصيرية، وذلك لانقضاء علاقة سببية مباشرة بين خطأ الغير والضرر الذي أصاب المؤمن بسبب الوفاء بالتعويض، لأن هذا الوفاء لم ينشأ من فعل الغير، ولكنه تقرر بمقتضى عقد التأمين الذي يجعل على عاتق المؤمن الالتزام بتعويض الضرر الذي أصاب المؤمن له في حالة وقوع الضرر المؤمن منه .

غير أنه يجب على المؤمن (شركة التأمين) أن تتوفر فيه الصفة في دعوى الرجوع ، فلا يحق له رفع دعوى ضد الناقل إلا بعد أن يثبت تسديده تعويضا للمؤمن له وذلك حسب المادة 144 من قانون تقدر الأضرار بمقارنة قيمة البضائع في حالة الخسارة بقيمتها وهي سالمة :« التأمينات التي نصت على أنه في نفس الزمان والمكان، ويطبق معدل نقص القيمة المحسوب بهذه الطريقة على القيمة المؤمن عليه غير أن المحكمة العليا وضعت عدت شروط يجب أن تتوفر في شركة التأمين لرفع دعوى الحلول والمتمثلة في كل من:

- تقديم عقد الحلول يوم رفع الدعوى موقعاً عليه من طرف المؤمن له وشركة التأمين، وعليه قيمة الخسائر المعوضة للمرسل إليه، كما يجب أن يحمل عقد الحلول تاريخاً سابقاً عن تاريخ رفع الدعوى ، وذلك لإثبات الصفة قبل التداعي وليس خلاله أو بعده¹.
- وجوب رفع الدعوى في المهلة المحددة قانوناً، فترفع هذه الدعوى ضمن مهلة السنة المنصوص عليها في المادة 743 من القانون البحري²، أما إذا رفعت خارج مهلة السنة تكون مرفوضة شكلاً إلا إذا رفعت في مدة ثلاثة أشهر من يوم تسديد المبلغ المطالب به عملاً بأحكام المادة 744 من القانون البحري.

¹ - شهرزاد بن الصغير، مرجع سابق، ص 253.

² -أنظر المادة 743 من الأمر رقم 76-08 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتضمن القانون البحري، ج ر 29 سنة 1977، المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05، المؤرخ في 25 يونيو 1998، ج ر ع 47 الصادرة في 27 يونيو 1998.

2/ صعوبة تحديد المدعى عليه في منازعات النقل البحري:

إن تحديد الأشخاص الذين ترفع الدعوى ضدهم في عقد النقل البحري، يكتسي أهمية بالغة وذلك عملا بالقاعدة التي تقر بأن الدعوى ترفع من ذي صفة على ذي صفة. فالإخلال بالالتزام بنقل البضاعة من مكان إلى آخر هو من أهم الالتزامات المترتبة على عقد النقل و يشكل موضوع أكثر الدعاوى طرحا على القضاء، الشيء الذي يجعل من تحديد صفة الناقل عنصرا جوهريا لتحديد صفة المدعي عليه في أغلب الدعاوى الناشئة في عقد النقل البحري للبضائع، رغم أن أغلب الناقلين يقومون بتضمين عقود النقل بشروط تتماشى مع مصالحهم¹ إلا أن هذا لا يمنع من أن ترفع الدعوى ضدهم .

1/2- تحديد صفة الناقل في حالة إيجار السفينة:

إن استغلال السفن في مجال النقل البحري قد يكون من طرف مالكها أو من طرف من يستأجرها بموجب اتفاقية يلتزم بموجبها مؤجر السفينة بأن يضع سفينة تحت تصرف المستأجر مقابل أجر.

وبالرجوع إلى مواد القانون البحري المنظمة لإيجار السفن يتضح لنا أن هناك ثلاث صور لإيجار السفينة، نحاول تحديد صفة الناقل في كل واحدة منها:

أ/ إيجار السفينة بهيكلها:

وهو عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بوضع السفينة تحت تصرف المستأجر لمدة معينة دون تجهيزها بمؤن أو بحارة أو بعد تجهيزها تجهيزا غير كامل. ويترتب عن هذا النوع من الإيجار انتقال التسيير الملاحي والتجاري للسفينة إلى المستأجر الذي يكتسب في هذه الحالة صفة الناقل البحري في مواجهة متلقي خدمة النقل وهذا ما يؤكد نص المادة 730 من القانون البحري².

¹ -R-Rodiere , **Traite général de droit maritime , affrètement et transport**, Tom 2 , les contrats de transport de marchandises, éd . Dalloz , paris, 1968, p. 363 .

² -أنظر المادة 730 من الأمر رقم 76-08، المتضمن القانون البحري، السالف الذكر.

ب/ إيجار السفينة على أساس المدة:

في هذا النوع من عقود إيجار السفن يلتزم المؤجر بوضع سفينة معينة كاملة التجهيز تحت تصرف المستأجر وذلك لمدة محددة مقابل أجرة. وهنا يحتفظ المؤجر بالتسيير الملاحي للسفينة، بينما يعود، التسيير التجاري للسفينة لمستأجرها الذي تثبت له صفة الناقل في هذه الحالة حسب نص المواد 700-701 من القانون البحري.

وقد يحتاط مؤجر السفينة فينص في عقد المشاركة الزمنية على أن مستأجر السفينة هو الذي يعتبر ناقلا بمقتضى سندات الشحن التي يصدرها، وبهذا يكون هذا الشرط حجة على حملة سند الشحن متى حصلت الإشارة إليه فيها، وإلا كان أثره محصورا في العلاقة بين مؤجر السفينة ومستأجرها طرفا عقد المشاركة .

ج/ إيجار السفينة على أساس الرحلة:

إن إيجار السفينة بالرحلة يكون في شكل عقد يربط بين طرفين¹ ، غالبا بين شركتين ملاحين في مستوى اقتصادي واحد، يسمى الطرف المؤجر والثاني المستأجر حول محل معين المؤجرة وهي السفينة. في هذا النوع من الإيجار يحتفظ المؤجر بالتسيير الملاحي والتجاري للسفينة وهو ما نصت عليه المادة 651 ق.ب.ج.

وهو العقد الذي يلتزم بموجبه المؤجر بوضع سفينة كاملة التجهيز تحت تصرف المستأجر للقيام برحلة أو عدة رحلات وهنا يحتفظ المؤجر بالتسيير الملاحي والتجاري للسفينة ويكتسب على هذا النحو صفة الناقل البحري طبقا لنص المادة 651 من القانون البحري وهذا ما أكدته المحكمة العليا في 1995 قرارها غير منشور مؤرخ في 07-12-1995 قضية رقم 13894.

ويتبين مما سبق أن تحديد نوع إيجار السفينة يكتسي أهمية بالغة في تحديد صفة الناقل و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 22/11/1994 قضية رقم 119766 أين اعتبرت أن تحديد نوع إيجار السفينة ضروري لتحديد المسؤولية .

¹-خليل بوعلام، اجراءات التقاضي في المنازعات البحرية في القانون الجزائري والمعاهدات الدولية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، السداسي الاول، 2008، ص31.

2-2- تحديد صفة الناقل في حالة النقل البحري المتتابع:

يتولى تنفيذ النقل البحري المتتابع عدة ناقلين يقوم كل واحد منهم بإنجاز مرحلة معينة من مراحل نقل البضاعة من ميناء الشحن إلى ميناء التفريغ وذلك تماشياً مع مقتضيات عملية قد تستوجب هذا النوع من أنواع النقل¹.

والإشكال الذي يثور يتعلق بكيفية تحديد صفة المدعى عليه أمام تعدد الناقلين المنفذين للنقل فمن منهم يملك صفة الناقل في مواجهة صاحب الحق على البضاعة والذي يكون مسؤولاً في مواجهته عن تنفيذ عقد النقل، الشيء الذي يجعل منه مدعى عليه ذا صفة في دعوى المسؤولية التي قد ترفع عليه بسبب الأضرار اللاحقة بالبضاعة أو التأخر في تسليمها خاصة.

إن الجزائر لم تنظم إلى اتفاقية هامبورغ. التي نظمت أحكام النقل المتتابع في المادة 11 منها محددة مسؤولية كل ناقل. وعليه، وكمحاولاً لتحديد من يثبت له صفة المدعى عليه في هذا النوع من عقود النقل نرجع لأحكام سند الشحن المباشر. الذي يتم إصداره بمناسبة عقود النقل التي يتولى تنفيذها عدة ناقلين متعاقبين والمنصوص عليها في المواد من 764 إلى 769 من القانون البحري.

أ/ الناقل المتعاقد:

الناقل المتعاقد هو الناقل البحري الذي يبرم عقد النقل مع الشاحن ويتعهد بإتمام النقل بجميع مراحلها، وله أن يعهد بجزء من الرحلة إلى ناقل بحري آخر أو بتنفيذ عملية النقل كلها إلى ناقل آخر هو الناقل الفعلي أو البديل .

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذه الحالة إلا ما تعلق بالتوقف الاضطراري، فيجب على الناقل تحت طائلة التعويض اتخاذ ما يلزم لتأمين مسافنة البضائع ونقلها حتى ميناء الوصول المقرر، حسب المادة 677 من القانون البحري الجزائري.

¹ - شهرزاد بن الصغير، مرجع سابق، ص 257.

وفي حالة مسافنة البضائع من سفينة إلى أخرى خلال توقف الرحلة، تكون مصاريف المسافنة وأجرة الحمولة الواجبة الأداء لإنهاء نقل البضائع على عاتق الناقل، إلا إذا أبعده الناقل عنه المسؤولية التي سببت هذا التوقف وفقا للمادة 777 من القانون البحري الجزائري¹.

ب/ الناقل الفعلي في النقل المتتابع:

لقد أسس المشرع الجزائري النقل المتتابع وخصه بأحكام خاصة، من أجل التوفيق بين مصلحة صاحب الحق في البضاعة من جهة، وبين التزامات الناقلين الأول والمتتابعين من جهة أخرى، فأجازت هذه الأحكام للمرسل إليه متابعة أحد الناقلين ليدفع له التعويض الواجب على الأضرار التي لحقت بالبضاعة وذلك نيابة عن باقي الناقلين ليدفع على أن يرجع هذا الناقل على باقي الناقلين الآخرين المسؤولين بموجب وثيقة الشحن المباشرة لتحصيل ما دفعه، ما عدا الناقل الذي يثبت أن الضرر لم يلحق بالبضاعة خلال المسافة التي قام فيها بالنقل. ولكن من الناحية العملية قد يصعب إن لم نقل يستحيل إثبات الجزء من النقل الذي حصلت فيه الأضرار، وفي هذه الحالة يعد كل ناقل مسؤولا بحسب نسبة أجرة الحمولة التي قبضها وهذا هو مؤدي نص المادة 767 من القانون البحري². فبالرجوع إلى نص المادة 765 والمحددة للمسؤولية في حالة تعدد الناقلين نجد أنه يقر مسؤولية الناقل البحري مصدر وثيقة الشحن - وهو الناقل المتعاقد - عن تنفيذ عقد النقل في كل المسافة التي تسري عليها الوثيقة أي من ميناء الشحن إلى ميناء التفريغ على أساس أن سند الشحن المباشر يضم عمليات النقل المختلفة في عقد واحد.

وبالنسبة إلى الناقلين الآخرين فإنهم مسؤولون عن تنفيذ عقد النقل في المسافة التي تكفلوا فيها بالبضائع وذلك بالتضامن مع الناقل المتعاقد مصدر سند الشحن.

ومن هنا نقول أن صفة المدعى عليه تثبت للناقل المتعاقد بالدرجة الأولى كما يمكن للمرسل إليه رفع الدعوى ضد الناقل الأخير الذي تسلم منه البضاعة باعتباره نائبا عن الناقل المتعاقد معه³.

¹-أنظر المادة 777 من الأمر رقم 76-08، المتضمن القانون البحري، السالف الذكر.

²-أنظر المادة 767 من الأمر رقم 76-08، المتضمن القانون البحري، السالف الذكر.

³- شهرزاد بن الصغير، مرجع سابق، ص 257.

وخلاصة القول فإن منازعات التجارة البحرية من الأعمال التجارية وهي تخضع لأحكام القانون البحري، ونظرا لخصوصية هذا النزاع الذي يعتبر من الأعمال التجارية العادية، فقد جعله المشرع من اختصاص المحكمة التجارية المتخصصة.

خامسا: منازعات التأمينات المتعلقة بالنشاط التجاري

لقد قدم المشرع الجزائري تعريفا لعقد التأمين طبقا للمادة 619 من القانون المدني: "التأمين عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد مرتب أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد، وذلك مقابل قسط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"، مع الملاحظة في التعريف الوارد في المادة 2 من الأمر 95-07¹ المتضمن قانون التأمينات حيث أحالتنا لنص المادة 619 المذكورة أعلاه.

بيد أن هذا التعريف قد انتقد من بعض الفقه على أساس ارتكازه على الجانب القانوني فقط، وعدم تضمنه للجانب الفني الذي له قيمة كبيرة من حيث التأمين، إذ نظم هذا النص العلاقة التي تربط المؤمن بالمؤمن له من خلال بيان الالتزامات التي تقع على عاتق المؤمن له بدفع أقساط التأمين. مع ضمان المؤمن تغطية الضرر في حالة وقوعه.

1- التوصل إلى حل منازعات عقود التأمين باللجوء إلى الجهات القضائية المختصة:

في حالة عدم توصل أطراف العلاقة إلى حل ودي من خلال الخبرة المعدة من طرف الأشخاص المؤهلين قانونا، يتم اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة، وفي هذا الخصوص، يجب التمييز بين إذا كانت هذه الدعوى متأتية عن العقد الذي تم بين المؤمن والمؤمن له، أو كانت المنازعة ناشئة من غير العقد حتى يتم التحديد الدقيق للآثار القانونية خاصة بهذا النزاع.

و الدعوى المترتبة عن عقد التأمين أو غير الناشئة عنه، تتمثل في:

¹ - القانون رقم 06-04 الصادر بتاريخ 20/02/2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 الصادر بتاريخ 25/01/1995، المتضمن قانون التأمينات.

أ-الدعاوى المترتبة عن نشوء علاقة تعاقدية في هذا النوع من التصرفات:

قد يتولد عن عقد التأمين دعوى يكون اختصاص فصل فيها راجع للجهات القضائية خاصة وأن العقد يترتب عليه التزامات وحقوق لذوي العلاقة ومن بين هذه الدعاوى التي يمكن تصور وقوعها:

✓ **دعوى الفسخ:** طبقا للمادة 119 من القانون المدني، في حالة عدم تنفيذ أحد الأطراف التزاماته فيجوز لطرف آخر إذ لم يتمثل لتنفيذ أن يطلب بفسخ العقد، وتطبيقا لذلك إذ لم يحم المؤمن له بالوفاء بالأقساط، أو أخل بالتزاماته جاز له طلب فسخ العق (المؤمن) مع إمكانية مطالبته بالتعويض ، كم يمكن أن يتم هذا الفسخ بطريقة التراضي أو عن طريق توافق الإرادتين.

كما أنه توجد إلى جانب ذلك دعاوى أخرى، كالتي ترفعها شركة التأمين على المؤمن له يكون الغرض منها مطالبته بدفع الأقساط التي لم يحم بدفعها¹.

✓ **دعوى بطلان عقد التأمين:** وهذا الحق مخول المؤمن والمؤمن له تطبيقا للمادة 99 من القانون المدني إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في الإبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق. فيمكن للمؤمن له طلب إبطال إذ مس هذا العقد نقص أو خلل في ركن من أركانه، كما مكن القانون الحق للمؤمن طلب إبطال العقد إذا أرى أن مؤمن له استعمل طرق غير مشروعة أو قيامه بإقرارات غير صحيحة قصد الحصول على امتيازات أو تعويضات غير حقيقية.

كما أعطى المشرع للمؤمن له الحق في طلب إبطال العقد على أساس وجود شروط تعسفية أوردتها المؤمن في بنود العقد، حيث عدت المادة 622 المؤمن في بنود العقد من القانون الجزائري العديد من هذ المدني الجز الحالات كوجود شرط يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.

¹-عبد الصمد حوالف ويوسف رحمان، الأساليب التقنية والآليات القانونية لتلافي أو حل منازعات عقود التأمين، مقال اطلع عليه يوم 5-9-2022، على الساعة 12:40، منشور على الموقع: www.asjp.cerist.dz

بالإضافة إلى هذه الدعاوى هناك دعاوى عديدة ناشئة عن عقد التأمين كدعوى مطالبة بالتعويض المترتبة عن الإخلال بتنفيذ التزام المبرم في هذا العقد، ودعوى استرجاع ما أخذه المؤمن من المؤمن له من دفع زائد وغيرها من هذه الدعاوى¹.

ب- الدعاوى المتأتية دون وجود علاقة تعاقدية:

مما لا شك فيه أن أساس وجود هذه الدعاوى راجع إلى استناد من له المصلحة إلى القاعدة القانونية، التي تبين له حق المطالبة باسترداد أو بتعويض حقه دون سبق وجود علاقة تعاقدية، ومن بين أهم هذه الدعاوى، الدعوى المباشرة التي يرفعها المضرور ضد شركة التأمين المسؤولة عن تغطية اضرار، أو الأخطاء التي يرتكبها المؤمن له باعتبار وجود علاقة تعاقدية سابق مع المؤمن يلتزم فيها بجميع تابعيات المخاطر المتسبب فيها المؤمن له.

كذلك هناك دعوى الحلول طبقا للمادة 38 من قانون التأمينات² كذلك دعوى التي يرفعها الدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز ضد شركة التأمين قصد المطالبة بمبلغ التأمين، وغيرها من هذه الدعاوى التي لا تنشأ عن عقد التأمين وإنما مصدرها القانون.

هذا وتعتبر منازعات التأمينات من أهم المنازعات التي تختص بها المحكمة التجارية المتخصصة لأن التجارة تقوم على التأمين، كتأمين البضائع، المحلات، وهو إلزامي فإذا كانت منازعة التأمين مع التاجر لا تتعلق بنشاطه التجاري، فلا ينعقد الإختصاص للمحكمة التجارية المتخصصة³.

¹ - عبد الصمد حوالف ويوسف رحمان، مرجع سابق.

² - أنظر المادة 38 من القانون رقم 06-04 المتضمن قانون التأمينات، السالف الذكر.

³ - حنان مازة وسعيد بوقرور، مرجع سابق، ص 275.

الفصل الثاني: التنظيم القانوني للتقاضي أمام القضاء التجاري

يقصد به الإجراءات و الآليات التي تسمح بالوصول إلى الهدف المنشود من أجل المطالبة بحق أو المحافظة عليه، وهذا المعنى العام، أما من الناحية القانونية، فتعرف الإجراءات على أنها مجموعة القواعد التي يجب الخضوع إليها للوصول إلى نتيجة وذلك خارج أي منازعة، فالإجراءات كأداة قانونية فإنها تساهم في التمييز بين الحالات الشرعية وغير الشرعية وذلك بتدخل الجهات القضائية.

إن من بين الحقوق التي تتضمنه جميع الدساتير هو الحق في اللجوء إلى القضاء، وهذا الأخير لا يمكن ممارسته إلا باتباع مجموعة من الإجراءات وبتوافر جملة من الشروط الشكلية والموضوعية على حد سواء، فقبل كل هذا لابد أن يكون هناك حق معتدى عليه، ومن أجل حماية الحق المعتدى عليه أو استرجاعه لابد من دعوى يرفعها المدعي لاسترداد حقه، إلا أننا نجد أن التشريعات الوضعية قد وضعت قيود من أجل تعرف بالشروط الشكلية، فالمرشع الجزائري وكغيره من التشريعات الأخرى وضع جملة من الشروط لقبول الدعوى، وبدون هذه الشروط لا يمكن أن نكون أمام دعوى قضائية.¹

وقبل الخوض في شروط قبول الدعوى، كان لزالما علينا التطرق لنظرية الدعوى، والتي تعتبر من أهم المواضيع التي خاض فيها العديد من رجال القانون والفقهاء ولم يتمكن أحد من وضع تعريف دقيق وشامل لها وهذا ناتج أساسا من اقتراب مفهومها من عدة مفاهيم قانونية أخرى متشابهة، ولقد ارتأينا أن نخصص (المبحث الأول) من أجل دراسة نظام التقاضي أمام القضاء التجاري، ثم سنتطرق في (المبحث الثاني)، على التنظيم القانوني لأحكام المحاكم.

¹ -محمد أمين مودع وأمال زواوي، شروط قبول الدعوى على ضوء تعديل قانون الاجراءات المدنية الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد 02-أكتوبر 2018، ص135.

المبحث الأول: التنظيم القانوني للتقاضي أمام القضاء التجاري

اشترط المشرع قبل قيد الدعوى بالمحكمة التجارية المتخصصة إجراء الصلح بين الأطراف المتنازعة. وبالتالي، لا يدخلو الأمر من احتمالين اثنين، إما التوافق وتصلح أطراف النزاع، وإما عدم تحقيق الصلح. ففي الحالة الأخيرة، يتصل النزاع عن طريق فيه الدعوى أمام المحكمة التجارية المتخصصة، المخاصمة القضائية.

ويلاحظ بأن المشرع فرض بموجب المادة 536 مكرر 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصلح كإجراء إلزامي قبل قيد الدعوى أمام المحكمة التجارية المتخصصة، وليس جوازيا كما اعتبره المشرع في أحكام الصلح الواردة في الكتاب الخامس من ق إ م إ المتعلق بالطرق البديلة لحل النزاعات، وبالضبط المادة 990 من القانون المذكور. فقد خص المشرع إجراء الصلح أمام المحكمة التجارية المتخصصة بأحكام خاصة، فلا تطبق أحكام الصلح الواردة في الكتاب الخامس من القانون المذكور، إلا إذا لم يوجد حكم خاص.

وربما يكون المشرع أصاب في فرض إجراء الصلح قبل قيد الدعوى، وذلك أفضل من إجراء الوساطة الذي أصبح إلزاميا أمام القسم التجاري للمحكمة تطبيقا للمادة 534 من ق إ م . وذلك لأن الوساطة إجراء يدخل ضمن إجراءات الخصومة فيتم اللجوء إليه بعد قيد الدعوى، أما الصلح فهو إجراء سابق لقيد الدعوى، فيتحقق الصلح وينتهي النزاع، فلا يطلع على النزاع أحد ما عدا أطرافه، في حين إجراءات الوساطة تبدأ بتعيين الوسيط، ويكون هذا الإجراء في جلسة علنية، مما يؤدي إلى معرفة بوجود النزاع حتى من خارج أطرافه.

كما أن الوساطة تتم من طرف وسيط يعينه القاضي وقد لا يكون مختصا في مجال المنازعات التجارية، فيعجز عن تحقيق التوافق بين الأطراف المتنازعة، وهذا ما يفسر الحالات التي يتم فيها حل النزاع أمام الوسيط، إذا لم نقل أنها تكاد تنعدم¹.

¹ -حنان مازة وسعيد بوقرور، مرجع سابق، ص 278.

أما الصلح المفروض أمام المحكمة التجارية المتخصصة، فيتولاه قاضي من قضاة المحكمة، والذي يكون قد تلقى تكويننا خاصا في حل المنازعات التجارية، مما يزيد من احتمالية حل النزاع في مرحلة الصلح، دون حاجة اللجوء إلى المخاصمة القضائية.

وقد عرف المشرع الجزائري الصلح بموجب المادة 459 من القانون المدني بأنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل من حقه"، ويكون إجراء الصلح الذي فرضه المشرع قبل قيد الدعوى أمام المحكمة التجارية المتخصصة مما تضمنته المادة المذكورة، أي الصلح لإنهاء نزاعا قائما.

وبالرجوع إلى أحكام ق إ م إ، وبالتحديد إلى نص المادة 536 مكرر 4 يتم اللجوء إلى الصلح كإجراء إلزامي سابق بطلب من أحد الخصوم، يقدمه إلى رئيس المحكمة التجارية المتخصصة، ويشترط فيمن يتقدم بطلب إجراء الصلح أن يكون أهلا لمباشرة إجراءات التقاضي، فلا يحق للقاصر مثلا تقديم الطلب، وأكثر من ذلك، فقد اشترط المشرع بموجب المادة 460 من القانون المدني فيمن يقدم على إجراء الصلح التمتع بأهلية التصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح، فلا يجوز مثلا لممثل الشخص المعنوي عقد الصلح إلا إذا كان أهلا للتصرف بعوض باسم الشخص المعنوي، إما قانونا أو اتفاقا.

وبمجرد تلقيه الطلب يعين رئيس المحكمة خلال مدة خمسة أيام بموجب أمر على عريضة، أحد القضاة لإجراء الصلح، وذلك في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر، ويقع على طالب الصلح تبليغ أطراف النزاع بتاريخ جلسة الصلح بعد تحديدها من طرف القاضي¹.

¹ - حنان مازة وسعيد بوقرور، مرجع سابق، ص 279.

المطلب الأول: رفع الدعوى وانعقاد الخصومة

ما يجب الوقوف عليه بداية عند دراسة الدعوى القضائية أن هذه الأخيرة تعد من أهم المواضيع التي خاض فيها العديد من رجال القانون والفقهاء، كل من الزاوية التي هو مختص بها للدراسة، ولقد دار خلاف حول تعريف هذا المصطلح، بل لم يتمكن أحد من وضع تعريف دقيق وشامل لها، وهذا ناتج أساسا من اقتراب مفهومها من عدة مفاهيم قانونية متشابهة، ولعدم وضع التشريعات لتعريف خاص بها، وكذا لارتباطها بالوسائل والإجراءات المتبعة أمام مرفق القضاء، وبين حق ممارستها أمام القضاء.

وتبعاً لذلك تعد الدعوى الوسيلة التي بموجبها يلجأ المواطن أو الشخص صاحب المصلحة إلى السلطة القضائية للحصول على الحماية القضائية لحقه المعنوي عليه. أما المشرع الجزائري فإنه لم يورد تعريفاً للدعوى متأثراً في ذلك برأي المشرع الفرنسي الذي يرى أن نظرية الدعوى لا تحتل التنظيم التشريعي، وإنما محلها في الفقه وليس التشريع.

إن معرفة الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع توعياً وإقليمياً ليس سوى بداية الطريق للمطالبة القضائية وعموماً فإن المطالبة القضائية تبدأ برفع دعوى قضائية، وتتم بخصومة وتنتهي بحكم، إما فاصل في موضوعها أو غير فاصل¹.

الفرع الأول: تعريف الدعوى

تعد الدعوى الوسيلة التي بموجبها يلجأ بها المواطن إلى السلطة القضائية للحصول على الحماية القضائية لحقه المعنوي عليه، وقد ذهب رأي في الفقه سمي بالتقليديين إلى القول أن الدعوى هي السلطة التي خولها القانون لصاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه، وبموجب هذا التعريف فهم يقررون أن الدعوى هي نفس الحق الذي تحميه يبقى في حالة سكون ويتحرك في حالة الاعتداء عليه، فالدعوى هي الحق في حالة الحركة، وتوصلوا إلى نتيجة مفادها أن الدعوى وأصل الحق المطالب به هو واحد، ويتبع الأول الثاني وجوداً، فتتولد مع الحق وتزول بزواله، وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن الدعوى لها مميزاتها الخاصة وتستقل عن الحق المطالب به الذي يبنى على

¹ - خالد روشو، مرجع سابق، ص 129.

أسباب وشروط مختلفة، كما أن ليس كل دعوى تستند على حق فهناك دعاوى ترفع لكن صاحبها لا يعد صاحب الحق المطالب به.

وقد استقر الرأي الغالب في الفقه إلى القول أن الدعوى هي الوسيلة التي خولها القانون لصاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه¹.

أما المشرع الجزائري فإنه لم يورد تعريفاً للدعوى متأثراً في ذلك برأي المشرع الفرنسي الذي يرى أن نظرية الدعوى لا تحتل التنظيم التشريعي وإنما محلها الفقه وليس التشريع.

وكما سبق الإشارة إليه فإن المشرع الجزائري لم يعرف الدعوى القضائية²، واكتفى بالنص على شروطها في المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون رقم 08-09 والمؤرخ في 25 فيفري 2008، وذلك في الفصل المتعلق بشروط قبول الدعوى، وهو ما سنوضحه لاحقاً³.

الفرع الثاني: خصائص الدعوى القضائية

تختلف الدعوى عن الحق من حيث سبب كل منهما وشروطه وآثاره، فالحق سببه واقعة قانونية عقداً كان أو عملاً غير مشروع وغير ذلك من مصادر الالتزام، في حين الدعوى سببها النزاع بين الدعي والمدعى عليه، مما يقتضي تدخل السلطة القضائية لحسمه، فالدعوى لها كيان مستقل عن الحق في اللجوء إلى القضاء لكون هذا الأخير من الحقوق العامة التي كفلها الدستور لكل شخص، وهو حق عام لا يجوز التنازل عنه بصفة مطلقة إلا أنه يجوز تقييده سواء بالاتفاق كاللجوء إلى التحكيم أو عن طريق التشريع باشتراط مثلاً وجوب عرض النزاع على هيئة أخرى قبل اللجوء على القضاء⁴.

¹ - أنيسة يحيوي، محاضرة بعنوان إجراءات رفع دعوى، أقيمت يوم 2006/05/30، في إطار التكوين المحلي المستمر لموظفي أمانة الضبط للسنة القضائية 2005-2006، مجلس قضاء برج بوعرييج - محكمة المنصورة، ص3.

² - فضيل العيش، مرجع سابق، ص40.

³ - مرجع نفسه، ص40.

⁴ - أنيسة يحيوي، مرجع سابق، ص4.

كما وتتميز الدعوى عن الخصومة في أنه قد تنشأ الخصومة عن طريق مطالبة قضائية صحيحة، ومع ذلك تكون الدعوى غير مقبولة لعدم توفر شروطها، وقد تنقضي الخصومة بالسقوط أو الترك مثلا دون أن تنقضي الدعوى، إذ يجوز البدء في خصومة جديدة موضوعها الدعوى السابقة¹.

وبذلك فإن الدعوى تعتبر الوسيلة المخولة قانونا للشخص للمطالبة بالحماية القضائية لحقه في حالة الاعتداء عليه، وهي حق لصاحبها وليست واجبا فله أن يستعملها أو يتنازل عنها.

الفرع الثالث: شروط قبول الدعوى القضائية

إن ثمة شروط تشترك فيها كل دعاوى القضائية بصرف النظر عن موضوعها، وهي شروط جوهرية يترتب على إغفال أي شرط منها تعريض الدعوى لعدم القبول².

هاته الشروط قد نصت عليها المادة 13 / 1 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي مالم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون" وتضيف الفقرة الثانية: "يثير القاضي تلقائيا الصفة في المدعي أو في المدعى عليه"، وهو ما يعني أن شرط الصفة في الدعوى هو من النظام العام: "كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".

وفي القانون القديم كانت هذه الشروط منصوص عليها في المادة 459 من قانون الاجراءات المدنية القديم: "لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة واهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك".

و يقرر القاضي من تلقاء نفسه انعدام الصفة أو الأهلية، كما يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى إذا كان هذا الإذن لازما".

ويتضح أن التعديل الجديد لم يأت بشيء جديد في باب شروط قبول الدعوى سوى إغفاله لشرط الأهلية الذي يعتبر شرطا أساسيا لقبول الدعوى وهو من النظام العام، كما أن القانون الجديد قد

¹ - فضيل العيش، مرجع سابق، ص 40.

² - خالد روشو، مرجع سابق، ص 132.

ضيق وحدد نطاق المصلحة الواجب توافرها لقبول الدعوى وهي المصلحة القائمة أو المحتملة والتي يقرها القانون¹.

أولاً: الصفة شرط متصل بصاحب الحق

إن الصفة معناها تحديد الشخص الذي له حق إقامة الدعوى أو رفعها بحيث إذا رفعت من غيره عدت غير مقبولة.

فكل شخص يعتبر نفسه ضحية تصرف معين له الحق في رفع دعوى قضائية ولا يجوز لغيره أن يرفعها بدله، ومن أمثلة ذلك:

- دعوى إثبات النسب،

- دعوى الطلاق،

- دعوى إبطال العقد².

غير أن المشرع وعبر مختلف التشريعات، قد منح الصفة لأشخاص من أجل الدفاع عن حقوق الغير، وفي هذه الحالة فإن الصفة تنتظر في الشخص رافع الدعوى ولكن المصلحة ينظر فيها في شخص الغير، منها:

- الدعوى المرفوعة من طرف الشركاء للدفاع عن مصالح الشركة من التصرفات المرتكبة من طرف المسيرين.

- الدعوى المرفوعة من طرف ممثل الدائنين وتتمثل هذه الدعوى في أنها ترفع من طرف شخص تعينه المحكمة من أجل تمثيل كافة دائني المدين الذي يكون في حالة تسوية قضائية، فتكون لهذا الممثل الصفة في رفع الدعوى القضائية باسم ولمصلحة الدائنين..... إلخ³.

وتنقسم الصفة إلى عدة أنواع على النحو الآتي:

¹ - فضيل العيش، مرجع سابق، ص 40.

² - عبد العزيز مقبولجي، شروط قبول الدعوى، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السادس، ص 115.

³ - مرجع نفسه، ص 115.

أ-الصفة لدى المدعي:

ينبغي التمييز بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي، فقد يسجل على صاحب الصفة في الدعوى مباشرتها شخصيا بسبب عذر مشروع، في هذه الحالة القانون يخول له شخص آخر بتمثيله من الناحية الإجرائية كأن يحضر المحامي نيابة عن المدعي، وفي هذه الحالة يقع على القاضي التأكيد ابتداء من صحة التمثيل، ثم يبحث لاحقا في مدى توفر الصفة لدى صاحب الحق.

ب-الصفة لدى المدعى عليه:

إذا كان يشترط توفر عنصر الصفة في المدعي وإلا رفضت دعواه، فإنه يشترط أيضا قيام عنصر الصفة لدى المدعى عليه، إذ يشترط أن ترفع ضد: - من يكون معنيا بالخصومة كدعوى العامل ضد رب العمل، أو زوجها ضد زوجها. - ممن تجوز مقاضاتهم فلا تقبل الدعوى ضد فاقد الأهلية.

ج-الصفة غير العادية أو الإستثنائية:

يجبر القانون صراحة في بعض الحالات حلول شخص أو هيئة محل صاحب الصفة الأصلية في الدعوى، وهذا الاستثناء لا يقبل إلا بناء على نص تشريعي¹.

د-الصفة الإجرائية:

نقصد بالصفة الإجرائية صلاحية الشخص لمباشرة إجراءات الدعوى باسم غيره (لا نيابة عنه) في الحالات التي يستحيل فيها على صاحب الصفة الأصلي مباشرة الدعوى بنفسه.

والحالات التي تثبت فيها الصفة الإجرائية كثيرة ومتعددة ومن ذلك ثبوت الصفة في رفع الدعوى للولي والوصي تمثيلا للقاصر طبقا للمادة 44 ق م ج، وثبوت الصفة لمدير أو رئيس مجلس إدارة الشخص الاعتباري، وكذا الوزراء لوزاراتهم، وكذلك الصفة الممنوحة للحارس القضائي لتمثيل من وضع تحت حراسته...إلخ.

¹ - محمد أمين مودع وأمال زواوي، مرجع سابق، ص 142.

على أنه ينبغي الإشارة هنا أن الشخص الذي تثبت له الصفة الإجرائية لا تتوفر لديه الصفة في الدعوى على النحو الذي رأيناه بالنسبة للصفة الموضوعية إنما تكون له فقط الصفة في مباشرة إجراءات الدعوى بصفته ممثلاً لصاحب الصفة في الدعوى، وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا : "....لا تكون للممثل القانوني أو الوكيل عن صاحب الحق الصفة في رفع الدعوى ولا يكون طرفاً فيها وإنما تكون له الصفة في مباشرة ومتابعة إجراءات الدعوى ممثلاً لصاحب الحق فيها...."، و هذا التمايز بين الصفة الإجرائية والصفة الموضوعية لا يخلو من أهمية، حيث يستلزم مجموعة من النتائج لعل أهمها:

- أن صاحب الصفة الإجرائية لا يكون هو المدعي أو المدعى عليه في الدعوى، وإنما يظل المدعي والمدعى عليه هو نفسه صاحب الصفة الموضوعية، فالولي عندما يرفع الدعوى باسم القاصر لا يكون هو المدعي، وإنما فقط صاحب صفة إجرائية، أما المدعي فهو القاصر نفسه لأنه هو صاحب الحق الموضوعي وهو من تثبت له الصفة الموضوعية، غاية ما في الأمر أنه لا يمكنه مباشرة دعواه بنفسه لأنه يفتقد الصفة الإجرائية¹.

ثانياً: إلزامية توفر المصلحة في رفع الدعوى

المصلحة في هذا المعنى هي المنفعة التي يجنيها المدعي من التجائه إلى القضاء فهي إذن الباعث على رفع الدعوى وهي في نفس الوقت الغاية المقصودة من رفعها، فالأصل أن الشخص إذا اعتدى على حقه تحققت له مصلحة في الالتجاء إلى القضاء، وهو أيضاً يبتغي منفعة من هذا الالتجاء.

يشترط في رفع الدعوى أن تكون له مصلحة في رفعها، ويستعمل عادة تعبيراً عن هذا المعنى أن لا دعوى بغير مصلحة وأن المصلحة هي مناط الدعوى².

¹- عمر بن الزبير، الصفة والمصلحة كشرط لقبول الدعوى المدنية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد السادس-العدد الثاني، 2022، ص133.

²- عبد العزيز مقفولجي، مرجع سابق، ص118.

و المصلحة التي يعتد بها هي المصلحة القانونية، والتي يقصد بها المصلحة التي تستند على حق أو مركزا قانونيا موضوعيا كان أو إجرائيا، بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق، أو المركز القانوني بتقريره إذا كان محل نزاع، أو دفع العدوان عليه أو تعويض ما لحق به من ضرر بسبب ذلك، فلا يجوز للشخص مثلا أن يطالب بتعويض عن الضرر المتمثل في الألم المسبب له نتيجة قتل صديقه، أو أن يكون محل العقد قمارا، وبالنتيجة لا تقبل الدعوى التي تستند على حق لا يحميه القانون¹.

ويجب أخيرا أن تكون المصلحة موجودة ويتم تقدير وجودها يوم رفع الدعوى أي أن تكون حالة وقائمة وقت التقاضي *un intérêt ne et actuel* أو مصلحة محتملة يقرها القانون وهو نص المادة 13 ق إ م إ: ".... وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

و يقصد بالمصلحة القائمة: أن يكون حق رافع الدعوى قد اعتدى عليه فعلا، أو حصلت منازعة فيه فيتحقق الضرر الذي يببرر لجوؤه إلى القضاء، بمعنى أن يكون "الضرر حال"، فالقاضي يأخذ بالمصلحة الموجودة وقت رفع الدعوى أما إذا انتفت هذه المصلحة يوم رفع الدعوى فإن هذه الأخيرة تكون غير مقبولة، فلا يمكن قبول دعوى للمطالبة مثلا بأداء مبلغ الدين وتاريخ الوفاء لم يحن بعد.

نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية صراحة على أن شرط الصفة والإذن (المادة 13) وكذلك شرط الأهلية (المادة 64 و65) على أنها شروط أساسية لقبول الدعوى وكلها متعلقة بالنظام العام، يثيرها القاضي من تلقاء نفسه.

في حين سكت المشرع على شرط المصلحة واكتفى بالنص على أنه يجب توفر المصلحة القائمة أو المحتملة لقبول الدعوى دون أن يبين جزاء تخلفها في الدعوى.

وذهب الفقه الجزائري إلى أن شرط المصلحة لا يتعلق بالنظام العام، و لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه، بل يمكن لكل خصم إثارة انعدام المصلحة ويعود للقاضي تقرير جدية الدفع².

¹-لامية لعجال، الشروط الموضوعية لقبول الدعوى المدنية على ضوء التشريع، مجلة معارف للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 02، العدد 02، 2021، ص102.

²- فضيل العيش، مرجع سابق، ص 48 و51.

ثالثا: دور القاضي في مراقبة توافر شرطي الصفة والمصلحة

نصت الفقرة الثانية من المادة 13 من ق إ م إ على أن القاضي يثير تلقائيا مسألة انعدام الصفة لدى المدعي والمدعى عليه ومن ثم فإن شرط الصفة من النظام العام يثيره الخصوم كما يثيره القاضي أيضا، ولم يشر نص المادة إلى شرط المصلحة وهو ما يفهم منه أن تخلف هذا الشرط يتوجب إثارته من قبل الخصوم في الموضوع، وليس للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، غير أن لهذه القاعدة استثناء وذلك في حالة عدم مشروعية المصلحة ففي حال ثبت للقاضي أن المصلحة من الدعوى غير مشروعة يتوجب عليه حينها أن يثير ذلك من تلقاء نفسه ولو لم يثره الخصوم لأن المشروعية تتعلق بالنظام العام.

ونعتقد أنه بالنسبة لحالة انعدام الصفة في المدعى عليه كان الأجدر بالمشرع ترك الأمر للمحكمة بحيث تمنح المدعي أجلا لتوجيه الدعوى إلى ذي صفة بدلا من الحكم بعدم قبولها، وذلك لتجنب المقاضين ضياع الوقت، وكذلك الجهد والمصاريف التي تبذل من أجل رفع الدعوى من جديد، خاصة وأن الخطأ في المدعى عليه وارد خاصة في الدعاوى المرفوعة على الهيئات الإدارية والمؤسسات بسبب تعددها وتداخل اختصاصاتها في أغلب الأحيان على نحو يصعب معه تحديد الهيئة التي لديها الصفة، وهذا الحكم نص عليه قانون المرافعات المصري من خلال المادة 2/115¹.

رابعا: الإذن

تشتت المادة 13 أيضا الإذن كشرط من شروط قبول الدعوى إذا كان القانون يشترطه، ويفهم من الإذن تلك الرخصة التي نص القانون في بعض الحالات على وجوب الحصول عليها، بحيث لو تقدم المدعي بدعواه دون الحصول على ذلك الإذن حكم بعدم قبول دعواه.

ومثل هذه الرخصة أو الإذن:

الإذن المنصوص عليه في المادة 5 من القانون التجاري والتي تنص على أنه: "لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة

¹ - عمر بن الزبير، مرجع سابق، ص 138 و 139.

أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية:

-إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو أسقطت عنه سلطته الأبوية أو استحاله عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب والأم.

-ويجب أن يقدم هذا الاذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري".

فإذا حصل وأن مارس القاصر البالغ 18 سنة من عمره تجارة ورفع دعوى قضائية بشأن منازعة من منازعات تلك التجارة دون أن يكون قد تحصل على الاذن المنصوص عليه في المادة 5 من ق ت، حكم بعدم قبول دعواه ويجب على القاضي إثارتها من تلقاء نفسه¹.

كما هناك شروط أخرى تدخل ضمن شروط قبول الدعوى نص عليها المشرع من خلال المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والادارية وهي كالاتي:

1- أن لا تكون الدعوى قد تقادمت.

2- أن لا تكون الدعوى قد انقضت بالأجل المسقط.

3- أن لا تكون قد سبق الفصل فيها (الدعوى).

4- أن لا يكون قد فات أجل الطعن.

خامسا: جديد القانون في شروط قبول الدعوى:

حسب نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 فإن المشرع ركز على نقطتين أساسيتين:

الأولى: وجوب توفير الصفة في المدعي والمدعى عليه: حيث ذهب المشرع من خلال النص السابق إلى أبعد الحدود إذ ركز على مركزي المدعي والمدعى عليه بالقبول "لا يجوز لأي شخص" فهو لم يحدد مركز هذا الشخص سواء مدعي أو مدعى عليه أو متدخل في الخصام.

¹ - عبد العزيز مقبولجي، مرجع سابق، ص 120 و 121.

الثانية: وجوب توفر المصلحة ولو كانت محتملة: لا تتحقق المصلحة إلا بتحقق الضرر أو المنفعة أما المصلحة المحتملة فهي يكفي لتحقيقها توقع الضرر وحلول الخطر.

سادسا: استبعاد الأهلية من شروط قبول الدعوى:

استبعدت الأهلية من شروط قبول الدعوى وفق نص المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والادارية للأسباب التالية:

- أنها شرط من صحة التقاضي وليست شرط لوجود الحق في التقاضي.
- أن الدفع الذي يقدم في حالة عدم توافر الأهلية هو دفع لعدم صحة الإجراءات وليس دفع بعدم وجود الحق في التقاضي¹.
- أن الأهلية شرط لمباشرة الدعوى وليس شرط لوجودها (الدعوى).
- يترتب على فقدان الأهلية أثناء سير الخصومة انقطاع الخصومة، أما فقدان الصفة أثناء سير الخصومة فيترتب عليها حكم بعدم قبولها.
- أن الدفع المقدم في انعدام الأهلية هو دفع ببطان الإجراءات أما الدفع المقدم بعدم توافر الصفة أو المصلحة فهو دفع بعدم القبول.

¹ - خالد روشو، مرجع سابق ، ص 138.

المطلب الثاني: تحضير الدعوى

المثيل للإهتمام هو أن المشرع الجزائري لم يتضمن القسم التجاري بأي إجراءات خاصة، حيث ترفع الدعوى أمام القسم التجاري بعريضة افتتاح الدعوى طبقا للقواعد العادية المنصوص عليها في القانون الجديد، واكتفى المشرع بالتصدي للاختصاص بشقيه النوعي والإقليمي كما سبق ذكره¹.

ويفصل رئيس القسم التجاري بعد استشارة المساعدين، وفق الإجراءات الواردة في هذا القانون والقانون التجاري والقوانين الخاصة².

الفرع الأول: عريضة الدعوى

العريضة إصطلاح قانوني، يقصد به الطلب المكتوب الموجه للقاضي، والذي يعرض من خلاله العارض ادعاءاته وطلباته ودفعه، من أجل طلب الحصول على حكم في الدعوى، سواء بتقرير حق، أو حماية مركز قانوني، أو جبر ضرر ما عن طريق التعويض، بغض النظر عن مدى مصداقية ادعاءاته، أو وجود الحق أو المركز القانوني فعلا، فهو إعراب عن رغبة المدعي في الحصول على حماية قانونية. و يعتبر إيداع العريضة أو خطوة قانونية تفتح بها الدعوى.

وعرائض الدعوى تختلف وتتعدد بحسب موضوع الدعوى وطبيعة الطلب، فنجد العريضة الافتتاحية، عريضة معارضة، عريضة استئناف...إلخ، لكن مع اختلاف العرائض فإن البيانات الأساسية التي يجب ذكرها لا تختلف، حيث نجد المادة 15 من ق إ م إ تحدد القواعد العامة التي تحكم تحرير عرائض الدعوى، ورغم أن المادة 15 معلقة بعريضة افتتاح الدعوى، إلا أنه يمكن القول بأن جميع العرائض المقدمة للقاضي يجب أن تحترم البيانات الأساسية الواردة في هذه المادة، إضافة إلى البيانات الخاصة بكل نوع من العرائض في حالة النص الصريح عليها.

¹-عبد الرحمان بريارة، مرجع سابق، ص379.

²-أنظر في ذلك المادتين 534و535 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم ، السالف الذكر .

أولاً: البيانات الأساسية الواجب ذكرها في عريضة افتتاح الدعوى:

قبل تعداد هاته البيانات أو كما اصطلح عليها المشرع أحيانا، بالبيانات العادية أو المعتادة، تجدر الإشارة إلى أن هذه البيانات ذو طبيعة إجبارية بمعنى أن إغفالها يؤدي إلى عدم قبول العريضة شكلا. وهاته البيانات تتمثل في:

أ-الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى: فالغاية من ذلك هو تحديد ولاية القاضي على الفصل في الدعوى، أي اختصاص القاضي، سواء كان محلي أو كان نوعي، وهي قواعد يجب احترامها قبل الفصل في الموضوع. و كل هذا قد تم شرحه سابقا فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

ب-اسم ولقب المدعي و موطنه: وهو أمر بديهي حتى يتم توجيه الدعوى من الشخص الصحيح ضد الشخص الصحيح، أي أن الدعوى عبارة عن إجراء قانوني من صاحب المصلحة والمتمتع بالأهلية، أما عن الغاية من ذكر الموطن فهو أن تكون التبليغات صحيحة. وعن الموطن نجد القواعد التي تحدده في القانون المدني والتي تميز بين:

-القاعدة العامة في الموطن المادة 36 ق م ج¹،

-موطن التاجر أو الحرفي المادة 37 ق م ج²،

ج-اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن له.

د-الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الإجتماعي، وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي: تسمية الشخص المعنوي، تقابل اسم ولقب الأشخاص الطبيعية، وبالتالي أهمية الإشارة إليه حتى توجه الدعوى التوجيه الصحيح، ويقصد بطبيعة الشخص المعنوي، تحديد مركزه القانوني، أي إذا كان شخص معنوي عام سواء الدولة، الولاية، المؤسسات العمومية....، أو شخص معنوي كالشركات والجمعيات، وطبيعة الشخص المعنوية أهمية كبيرة جدا في تحديد الاختصاص النوعي للجهة القضائية الموجه أمامها الدعوى³، أما عن المقر الإجتماعي فهو يقابل موطن الأشخاص الطبيعية ومعرفة

¹-تنص المادة 36 من ق م ج على أنه: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكنى يحل محلها مكان الإقامة العادي".

²-تنص المادة 37 من ق م ج على أنه: "يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة".

³- فضيل العيش، مرجع سابق، ص 55.

الموطن يساعد على تحديد الاختصاص المحلي للجهة القضائية، وعن صفة ممثله القانوني أو الاتفاقي فهي من تحدد أهمية نائبه القانوني في تمثيل الشخص المعنوي، فقد يكون مثلا مدير الشركة هو الممثل الاتفاقي لها إذا تمت الإشارة إليه صراحة في العقد التأسيسي للشركة¹.

هـ- عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى:

يقصد به تقديم عرض موجز عن الوقائع منذ بداية الخصومة مع الإشارة إلى جميع التطورات، ينتهي بطلب أو طلبات محددة تدعمها الوسائل التي تم بموجبها تأسيس الدعوى، فالقضاء ليس مكانا لعرض وقائع قد لا تحتل وصفا قانونيا أو مجرد سرد لحقائق دون تبيان المراد من ورائها، فإذا ما أراد المالك استعادة ملكيته من المستأجر عليه أن يذكر في الموجز مرجعية صفته كمالك وكيفية شغل المستأجر للعين، ثم دوافع رغبته في استعادة العين المؤجرة، ويختم ذلك بطلب يتضمن طرد المستأجر وكل شاغل بإذنه².

أما عن الوسائل التي تؤسس عليها الدعوى، والي يقصد بها تقديم المبررات القانونية كي لا تتحول العريضة إلى مجرد حديث عام لا يستند لأي مرجعية قانونية أو موقف قضائي مستقر عليه. فنجد هاته الوسائل تتمثل في وسائل قانونية بمعنى نصوص قانونية مهما كانت طبيعتها (دستور، اتفاقية، نص تشريعي، مرسوم، أمر...)، كما يمكن أن تكون وسائل مادية، كمختلف المحاضر، أو الشهود، أو الصور...وبعبارة أخرى كل وثيقة يمكن أن تثبت واقعة معينة.

بعد إعداد العريضة يتم توقيعها وتاريخها لتودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف³.

¹ - فضيل العيش، مرجع سابق، ص 55.

² - عبد الرحمان بريارة، مرجع سابق، ص 49.

³ - أنظر في ذلك المادة 14 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

يجب احترام أجل 20 يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. يمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاثة أشهر، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما بالخارج¹.

ثانيا: التكليف بالحضور

يجب أن يتضمن التكليف بالحضور البيانات الآتية:

- أ- اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي و ساعته،
- ب- اسم ولقب المدعي و موطنه،
- ج- اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور و موطنه،
- د- تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي، و صفة ممثله القانوني أو الإتفاقي، 5-تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها.

يسلم التكليف بالحضور للخصوم بواسطة المحضر القضائي، الذي يحرر محضرا يتضمن البيانات الآتية:

- اسم ولقب المحضر القضائي، و عنوانه المهني وختمه و توقيعه، و تاريخ التبليغ الرسمي و ساعته،
- اسم ولقب المدعي و موطنه، 3- اسم ولقب الشخص المبلغ له وموطنه، إذا تعلق الأمر بشخص معنوي يشار إلى تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي، واسم ولقب وصفة الشخص المبلغ له،
- توقيع المبلغ له على المحضر، والإشارة إلى طبيعة الوثيقة المثبتة لهويته، مع بيان رقمها، وتاريخ صدورها،
- تسليم التكليف بالحضور إلى المبلغ له، مرفقا بنسخة من العريضة الافتتاحية، مؤشر عليها من أمين الضبط،
- الإشارة في المحضر إلى رفض استلام التكليف بالحضور، أو استحالة تسليمه، أو رفض التوقيع عليه،

¹-أنظر في ذلك المادة 16 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

-وضع بصمة المبلغ له في حالة استحالة التوقيع على المحضر¹،

-تتبيه المدعى عليه بأنه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضور، سيصدر حكم ضده، بناء على ما قدمه المدعي من عناصر.

و يحضر الخصوم في التاريخ المحدد في التكليف بالحضور شخصيا أو بواسطة محاميهم أو وكلائهم.

الفرع الثاني: استعمال الدعوى (الطلبات والدفع)

إن الهدف من الطلبات والدفع القضائية هو معرفة الوسائل التي تمكن أطراف الدعوى من مباشرة الإجراءات القانونية انطلاقا من عريضة الدعوى أي الطلب الأصلي أو الطلبات العارضة سواء تم تقديمها من طرف المدعي أو المدعى عليه، وكذا إذا تعلق الأمر بالدفع القضائية، وهي من الوسائل الدفاعية والهجومية في إطار الإجراءات المدنية، ومن هنا يتسنى معرفة ما إذا تم قبول الطلب الأصلي شكلا فتنتم الإجراءات، وإذا تم رفضه تسقط الخصومة².

أولا: الطلب القضائي

هو الإجراء الذي يتقدم به الشخص للقضاء عارضا عليه دعواه طالبا منه الحكم له به، ولا يقبل الطلب إلا إذا توفرت فيه شروط قبول الدعوى فضلا عن شروط المواعيد والإجراءات.

و هذا ما نصت عليه المادتين 14 و 15 من القانون 08-09 حيث قضت المادة 14 بأنه: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف".

في حين تحدثت المادة 15 من نفس القانون عن البيانات اللازمة في عريضة افتتاح الدعوى والتي ذكرناها سابقا.

¹ - فضيل العيش، مرجع سابق، ص 58.

² - كمال داود، الطلبات والدفع القضائية، مقال اطلع عليه يوم: 20-09-2022، على الساعة: 13:45، منشور على الموقع: virtuelcampus.univ-msila.dz

أما المادة 17 فقد تناولت الجانب المالي المترتب على عريضة افتتاح الدعوى أمام الجهات القضائية، وذلك بالنص: "لا تقيد العريضة إلا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا، ما لن ينص القانون خلاف ذلك".

يفصل رئيس الجهة القضائية في كل نزاع يعرض عليه حول دفع الرسوم بأمر غير قابل لأي طعن. يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية، إذا تعلقت بعقار و/أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون،".

ويقسم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطلبات القضائية إلى: طلبات أصلية وطلبات عارضة.

أ-الطلبات الأصلية: يعرف الطلب الأصلي بأنه الطلب الذي تنشأ به الخصومة القضائية، نتيجة تقديمه بصفة مبتدئة، أي دون أن يكون تبعا لطلب آخر، وهو أول ما يتخذ فيها من إجراءات لذلك يسمى بالطلب المفتوح للخصومة، ويرفع بواسطة ورقة تسمى عريضة افتتاح الخصومة.

والملاحظ في المادة 25 من ق إ م إ أن المشرع الجزائري لم يعرف الطلب الأصلي، على خلاف المشرع الفرنسي الذي عرفه في المادة 53 من قانون الإجراءات المدنية¹.

وبالرغم من هذا، فإن المتمعن في الفقرة الأولى من المادة 25 يلاحظ أن المشرع الجزائري قد نص على أحد العناصر المكونة للطلب الأصلي، وهو عنصر موضوع النزاع، حيث جاء فيها ما يلي: "يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد".

و يتكون الطلب القضائي من ثلاث عناصر أساسية هي: الخصوم أو الأطراف، الموضوع أو المحل، و السبب، حيث أن القاضي يكون ملزما بأن يتحقق من وجود هذه العناصر من تلقاء نفسه.

¹-طاهي محمد الطيب، الطلب القضائي على ضوء المادة 25 من ق إ م إ، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35-العدد 01، 2021، ص214.

و القانون يلقي على عاتق المدعي الأصلي في الدعوى عبء تحديد عناصر الطلب القضائي تحد يدا كافيا نافيا للجهالة، فإذا تبين أن أحد العناصر غير معين تعيينا كافيا ترتب على ذلك بطلان الم طالبة القضائية¹.

ب-الطلبات العارضة: هي مجموعة الطلبات التي تبتدى أثناء سير ونظر خصومة قائمة وتتناول بالتغيير أو بالنق ص أو بالإضافة إلى ذات الخصومة من جهة موضوعها أو أسبابها أو أطرافها. فالطلب العارض طل ب موضوعي يترتب عليه تعديل الطلب الأصلي بالزيادة أو النقصان دون أن يمحوه، يرفع بعد إقامة الدعوى الأصلية وقبل صدور الحكم فيها ولا يرفع مستقلا عنها².

كما أن المشرع الجزائري قد نص على مجموع الطلبات التي تأتي لتعديل الطلبات الأصلية في المادة 25 من ق إ م إ، ويفهم من هذه المادة أن الطلبات العارضة نوعان وهي: الطلبات الإضافية والطلبات المقابلة، وسنقوم بشرح كل نوع من أنواع الطلبات العارضة فيما يلي:

-الطلبات الإضافية: بعد أن استقر الفقه الجزائري على أن الطلبات الإضافية هي الطلبات الصادرة من المدعي (الطالب الأصلي)، ضد نفس المدعى عليه، ومن هنا يتبين أنه يمكن للمدعي أثناء سير الخصومة تعديل الطلب الأصلي بتقليصه أو توسيعه، أما المشرع الجزائري فقد عرف الطلب الإضافي بأنه الطلب الذي يقدمه أحد أطراف النزاع بهدف تعديل طلباته الأصلية، وهو نفس تعريف المشرع الفرنسي في المادة 65 ق إ م ف.

-الطلبات المقابلة: عرفت الفقرة الأخيرة من المادة 25 ق إ م إ، بأنه الطلب الذي يقدمه المدعى عليه قبل المدعي للحصول على منفعة، فضلا عن طلبه رفض مزاعم خصمه. كما هو عبارة عن وسيلة هجومية لا تقتصر على رفض طلبات المدعي بل كذلك يرمي إلى الحكم لصالحه بطلبات جديدة قبل المدعي. وبهذا فالطلبات المقابلة تؤدي خلافا للدفع، إلى تغيير موضوع الخصومة بإضافة طلبات جديدة³.

¹ - فضيل العيش، مرجع سابق، ص 64.

² - مرجع نفسه، ص 64.

³ -الطلبات والدفع، مقال اطلع عليه يوم: الثلاثاء 20-09-2022، على الساعة: 15:19، منشور على الموقع:

-**التدخل:** يقصد بالتدخل الإنضمام إلى القضية ممن لم يكن طرفا فيها أثناء قيد الدعوى، ويكون التدخل في الخصومة إما اختياريا أو وجوبيا، فالأول يتم بناء على طلب الغير أثناء سير الخصومة فيصبح طرفا فيها بإرادته واختياره، أما الثاني فيتم رغما عن إرادة الغير الذي يصبح طرفا في الخصومة بناء على رغبة أحد الخصوم الأصليين أو بناء على أمر المحكمة أثناء السير فيها، ويصبح التدخل بنوعيه أمام قاضي الاستعجال كما أن التدخل يكون جائزا في الأحوال التي تقبل التدخل¹.

***التدخل الإختياري:** ويقصد به المحافظة على حقوق المتدخل إلى جانبه كتدخل البائع في دعوى الاستحقاق المرفوعة ضد المشتري. ولقد أشارت المادة 194 إلى مسألة التدخل وإلى بعض الشروط الواجب توفرها حيث نصت على أنه:

"يكون التدخل في الخصومة في أول درجة أو في مرحلة الاستئناف اختياريا أو وجوبيا.

لا يقبل التدخل إلا ممن توفرت فيه الصفة و المصلحة.

يتم التدخل تبعا للإجراءات المقررة لرفع الدعوى.

لا يقبل التدخل أمام جهة الإحالة بعد النقض ما لم يتضمن قرار الإحالة خلاف ذلك".

- هذا ويشترط لقبوله إضافة إلى الشروط العامة أن يكون للمتدخل مصلحة للمحافظة على حقوقه في مساندة هذا الخصم².

***التدخل الوجوبي أو الهجومي:** يعرف عادة بالإدخال في الخصومة، إذ على عكس التدخل الذي يتم بالإرادة المحضة للغير الذي يرى ان له مصلحة في النزاع، فإن التدخل الوجوبي يكون بطلب من المدعي أو المدعى عليه على السواء الذي يرى من مصلحته إدخال هذا الغير مثلما جاء في المادة³ 139 من القانون البحري، إذ يجوز للمدعى عليه في جميع الأحوال إلزام المالك بالانضمام إلى الدعوى. وقد يم استثناء بأمر من القاضي دون أن يشترط المشرع لصحة الإجراء إعداد عريضة مستقلة لكون الغير قد أدخل جبرا في النزاع⁴.

¹- عبد الرحمان بريارة، مرجع سابق، ص40.

²- فضيل العيش، مرجع سابق، ص 70.

³- عبد الرحمان بريارة، مرجع سابق، ص43.

⁴- مرجع نفسه، ص43.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز للغير المدخل في الخصام أن يثير الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية المكلف بالحضور أمامها حتى ولو استند على شرط محدد للإختصاص.

ثانيا: وسائل الدفاع أو الدفع

الدفع هو ما يجيب به الخصم على طلب خصمه قصد تفادي الحكم به أو تأخير هذا الحكم، وهو يعتبر وسيلة من وسائل الدفاع التي منحها المشرع كقاعدة عامة للمدعى عليه حتى يتمكن من الرد على ما يدعيه المدعى ضده، ولكن هذا لا يعني حرمان المدعي الأصلي من الرد على ما دفع به المدعى عليه الأصلي بل يمكنه أيضا (المدعي الأصلي) الرد بدفع و هذا لأن مركزي المدعي والمدعى عليه قابلان للتغيير بالنظر إلى كل الطلبات والدفع المقدمة، ولا يرتبطان بالطلب الأصلي فقط.

وبالنظر إلى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن ق إ م إ السالف الذكر، نجد أن المشرع الجزائري قد تناول أنواع الدفع في الباب الثالث من الكتاب الأول المتعلق بوسائل الدفاع بحيث قسمه إلى ثلاثة فصول خصص كل فصل لنوع من أنواع الدفع¹.

أ-الدفع الموضوعية:

من خلال نص المادة 48 من قانون 08-09 والتي تنص على أنه: "الدفع الموضوعية هي وسيلة تهدف إلى دحض ادعاءات الخصم. ويمكن تقديمها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى". نستطيع القول أن الدفع الموضوعية هي تلك الدفع التي توجه إلى ذات الحق المدعى به كإنكار وجوده أو ادعاء انقضائه²، وهي تشمل كل الدفع التي يترتب على قبولها رفض الطلب لهذا لا يمكن حصرها، كما يعتبر دفعا موضوعيا الدفع المتصل بالقاعدة القانونية لعدم توفر شروط ذلك النزاع المعروف، وتختلف الدفع الموضوعية عن الطلبات المقابلة التي يبديها المدعى عليه، لأنها وسيلة سلبية للدفاع لا يرمي صاحبها إلى الحكم له سوى برفض طلب المدعى له.

¹-هدى زوزو، أنواع الدفع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة المنتدى القانوني، العدد السادس، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص195.

²-خالد روشو، مرجع سابق، ص154.

ب-الدفع الشكلية:

عرفها المشرع في المادة 49 من ق إ م إ بأنها: "الدفع الشكلية هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها". وعليه فهو دفع يوجه إلى إجراءات الدعوى ويجب تقديم كل الدفع الشكلية قبل الخوض في موضوع الدعوى ولا يمكن الفصل في هذا الأخير إلى حين الفصل فيها وفي حال تقديم الدفع الشكلي بعد الدخول في الموضوع فلن يقبل وهذا ما تناوله المشرع في المادة 50 من ق إ م إ.

ويقسم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الدفع الشكلية إلى ما يلي:

-الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي:

في حالة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي¹ لا بد من أن يكون هذا الطلب مسببا كما يتوجب على مقدمه أن يحدد جهة الاختصاص الإقليمي التي كان من المفروض أن ترفع أمامها الدعوى، كما أن النوع من الدفع لا يقدم إلا من قبل المدعى عليه، ولا يمكن للمدعي إثارته، بحيث يجوز للقاضي أن يفصل في الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي قبل الفصل في الموضوع، كما يجيز له القانون أن يفصل فيها بنفس الحكم الفاصل في الموضوع ولكن بعد إعدار الأطراف شفاهة لتقديم طلباتهم في الموضوع، وهذا حسب المادتين 51 و52 من ق إ م إ².

-الدفع بإرجاء الفصل:

يعتبر الدفع بإرجاء الفصل في الدعوى من الدفع الشكلية التي يجب إثارتها في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول.

حيث يجب على القاضي إرجاء الفصل في الخصومة إذا نص القانون على منح أجل للخصم الذي يطلبه. مثل ما تنص عليه المادة 165 الفقرة الأخيرة: "إذا عرضت القضية أمام القاضي الجزائي، يتم إرجاء الفصل في دعوى مضاهاة الخطوط إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية".

¹-أنظر قرار المحكمة العليا رقم 1270204 حول عدم الاختصاص الإقليمي.

²- هدى زوزو، مرجع سابق، ص197.

وتجدر الإشارة إلى أن إرجاء الفصل في الخصومة من أسباب وقف الخصومة¹، حيث يأمر بإرجاء الفصل في الخصومة بناء على طلب الخصوم، ماعدا الحالات المنصوص عليها قانونا، ويتم إرجاء الفصل في الخصومة بأمر قابل للإستئناف في أجل 20 يوما من تاريخ النطق به² طبقا للقواعد المقررة في مواد الإستعجال.

- الدفع بوحدة الموضوع والإرتباط:

نكون أمام حالة وحدة الموضوع عندما يرفع أمام جهتين قضائيتين مختصتين ومن نفس الدرجة نفس الموضوع ومتى تحقق هذا الأمر جاز تقديم دفع بوحدة الموضوع وفي هذه الحالة يجب على الجهة القضائية الأخيرة أن تتحلى لصالح الجهة الأخرى متى طلب أحد الخصوم ذلك كما يجوز للقاضي أن يثير من تلقاء نفسه.

أما حالة الإرتباط فتكون عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية أو أمام جهات قضائية مختلفة وهذا التخلي لا يكون إلا بحكم قضائي صادر عن آخر جهة قضائية أو آخر تشكيلة طرح أمامها النزاع بناء على دفع يثيره أحد الخصوم كما يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، ويكون هذا الحكم ملزما للجهة الحال إليها النزاع ولا يجوز الطعن فيه، وهذا ما نص عليه المشرع في المواد من 53 إلى 58 من قانون الاجراءات المدنية والادارية³.

-الدفع بالبطلان:

هو دفع ببطلان الإجراءات الشكلية ولا يكون إلا بنص وعلى من يتقدم بهذا الدفع أن يثبت الضرر الذي لحقه هذا ويجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم حتى يصححوا الإجراء المشوب بالبطلان بشرط أن لا يبقى أي ضرر بعد التصحيح، ويسري أي هذا التصحيح من تاريخ الإجراء، وهذا حسب المواد من 60 إلى 63 من ق إ م إ في المادة 64 من نفس القانون.

¹-أنظر المادة 213 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

²-أنظر المادة 215 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

³- هدى زوزو، مرجع سابق، ص197.

إن البطلان هو الوصف القانوني الذي يلحق العمل المخالف لما نص عليه القانون مخالفة تؤدي إلى عدم ترتيب الآثار القانونية التي يرتبها عليه القانون لو كان صحيحاً¹.

هذا وقد حدد المشرع لحالات بطلان العقود غير القضائية من حيث موضوعها في الحالات التالية:

-انعدام أهلية الخصوم.

-انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي.

ويمكن للقاضي إثارة هذه الأمور من تلقاء نفسه.

ج-الدفع بعدم القبول:

يرمي هذا الدفع إلى انكار وجود الدعوى لعدم توفر شروط قبولها، فهي إذن دفوع تتعلق بوسيلة حماية الحق (الدعوى) فيما إذا كانت موجودة، مثل الدفع بانعدام المصلحة وانتفاء الصفة أو سقوط الحق في رفع الدعوى.

ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى هذه النقطة من خلال المواد 67، 68، 69 من ق إ م إ.

لا توجد قاعدة عامة تسري على جميع الدفوع، ولهذا ينبغي معرفة طبيعتها إذا ما كان مقرة لمصلحة الخصوم فيجب إثارتها من هؤلاء، أما إذا كان مقرة للمصلحة العامة فنقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها.

وتأسيساً على مضمون المواد 67، 68، 69 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الدفع بعدم القبول يخضع للأحكام التالية:

-الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة، والتقدم وانقضاء الأجل المسقط، وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع.

¹ - فضيل العيش، مرجع سابق، ص 78.

-يمكن للخصوم تقديم الدفع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم الدفع في الموضوع¹.

-يجب على القاضي أن يثير تلقائيا الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام، لا سيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن أو عند غياب طريق الطعن².

الفرع الثالث: الخصومة القضائية

تعتبر الدعوى الطريقة الفنية بيد أصحابها للمحافظة أو المطالبة بحقوقهم فبرفع هذه الدعوى أمام القضاء تنشأ حالة قانونية جديدة اصطلح على تسميتها بالخصومة، فأصبح من المألوف التعبير عن كيفية ممارسة الدعوى بإجراءات الخصومة، وهذه الخصومة القضائية هي ما يطلق عليها الفقه القانوني بإجراءات التقاضي المدنية، والتي يهيمن عليها مجموعة من المبادئ الأساسية كعلنية الجلسات وشفوية المرافعات³، والمساواة بين الخصوم ومبدأ المواجهة بينهم، لذلك فالقاعدة العامة هي السير الطبيعي للخصومة وتتابع إجراءاتها إلى أن تنتظر المحكمة في الادعاء المقدم من طرف المدعي وتفصل فيه بحكم منهي لها.

إلا أنه قد تحيد بالخصومة عوامل لا تؤدي بها إلى هذه النهاية بل يؤدي إلى انقضائها بغير حكم منه لها، ومرجع هذه العوامل هو رغبة طرفيها أو أحدهما في التخلص منها.

وتكون لطرفي الخصومة مصلحة في انقضائها دون الفصل في موضوعها إذا رضى كل منهما بمركزه القانوني القائم أو إذا أراد تهيئة جو ودي صالح لتحقيق صلح أو للإحالة على التحكيم، وتكون للمدعى عليه مصلحة في انقضاء الخصومة إذا لم يوالها المدعي مدة ما، ويمكن رد مختلف أحوال الإنقضاء المبكر للخصومة بدون حكم فيها إلى عاملين رئيسيين هما سلطان الإرادة في مجال

¹ - خالد روشو، مرجع سابق، ص 158.

² - مرجع نفسه، ص 158.

³ -فاطيمة الزهراء فرحات ووفاء بوسنان، الخصومة القضائية في قانون الاجراءات المدنية والادارية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، العدد الثاني جويلية 2020، ص 38.

قيام الخصومة والثانية فكرة الجزاء في مجال تنظيم الخصومة. وفيما يلي سنتطرق لكل العوارض المنهية للخصومة¹.

أولاً: انقضاء الخصومة بطريق الصلح

الأصل أن تنتهي الخصومة بحكم في موضوعها من درجة التقاضي التي تكون أمامها، إذ أن الحكم في الموضوع هو الغاية النهائية، والنتيجة الطبيعية لإجراءات الخصومة والناجمة عن المطالبة القضائية إلا أنه قد تنقضي الخصومة انقضاء مبسرا.

أي أنها تزول دون صدور حكم فاصل في موضوعها وهي نهاية غير طبيعية وغير عادية، لأن الخصومة لم تحقق هدفها بإصدار حكم في موضوع المطالبة القضائية. ويرجع انتهاء الخصومة بغير حكم في الدعوى إلى عدة أسباب مختلفة وقد نظم المشرع الجزائري عدة أسباب منها ما تنص عليه المادة 220 من ق إ م إ على أنه: "تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى بالصلح أو بالقبول بالحكم أو بالتنازل عن الدعوى"².

و حسب نص المادة 536 مكرر 4 من ق إ م إ فإنه: " يسبق قيد الدعوى إجراء الصلح الذي يتم بطلب من أحد الخصوم ويقدم إلى رئيس المحكمة التجارية المتخصصة الذي يعين خلال مدة خمسة (5) أيام، بموجب أمر على عريضة، أحد القضاة للقيام بإجراء الصلح في أجل لا يتجاوز ثلاثة (3) أشهر، ويبلغ طالب الصلح باقي أطراف النزاع بتاريخ الجلسة.

يمكن القاضي المعين لهذا الغرض الاستعانة بأي شخص يراه مناسبا لمساعدته لإجراء الصلح الذي ينتهي بتحرير محضر يوقع من القاضي وأطراف النزاع وأمين الضبط، ويخضع للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون.

في حالة فشل محاولة الصلح، ترفع الدعوى أمام المحكمة التجارية المتخصصة بعريضة افتتاح الدعوى طبقا للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون، تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا، بمحضر عدم الصلح".

¹ - فاطيمة الزهراء فرحات ووفاء بوسنان، مرجع سابق، 38.

² -يسين شامي، انقضاء الخصومة بغير حكم فيها في قانون الاجراءات المدنية والإدارية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 046 العدد 07، جوان 2019، ص87.

ف نجد أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد نظم مسألة الصلح المنعقد أمام الجهات القضائية هذه الأخيرة التي أجاز لها المشرع وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى بسعي من الخصوم، أو بمبادرة من رئيس تشكيلة الحكم وتحت إشرافه مثبتا إياه بمحضر. و في إثر ذلك يأمر بتسوية النزاع وغلق الملف بأمر غير قابل للطعن.

فالصلح باعتقادنا مؤداه تقريب وجهتي نظر بين طرفين متناقضين في مسألة معينة، كانت بالأصل متباينة ومختلفة، ونتيجة لهذا الاختلاف وذاك التباين ينتهي الأمر إلى تغليب إحداها على الأخرى بصفة كلية أو جزئية، وذلك بواسطة الجهات القضائية المختصة، لهذا كان الصلح بمثابة حل ودي للمشكل أو المنازعة المطروحة، تحصل فيه تنازلات متقابلة متفق عليها تكون مرضية للجميع، وهو بهذا المعنى يحقق أقصى ما يمكن تحقيقه، ويقدم أقصى ما يمكن تقديمه من الطرفين، بعيدا عن الأنانية المفرطة، وصونا للحقوق المتبادلة وتحقيقا للعدل التصالحي الاتفاقي، ومن ثم كان تكريسا للمبدأ الشرعي المعروف -الصلح خير- وأما آثاره المعنوية الإيجابية فثابتة لما يعود به على الأطراف من نقادي للكثير من المشكلات الأخرى¹.

ونظرا للأهمية القصوى للصلح ولما تتطلبه إجراءاته من مواجهة بين الأطراف فلا يقبل صلح بطرف واحد وقد نصت المواد من 990 إلى 993 من ق إ م إ، على إجراءاته:

أ-وقوف الطرفين أمام المحكمة و إقرارهما بالصلح:

إن الصلح باعتباره قضائيا لا يكف أن يكون هناك صلح صحيح وقائم بين الطرفين ولو كان هذا الصلح مثبتا في ورقة عرفية موقعا عليها من الطرفين، بل يجب بالإضافة إلى أن يحضرا الطرفان بنفسيهما أو وكيل بوكالة خاصة بالصلح أمام المحكمة، كما أنه يلزم أن يقر كل منهما أنه موافق على الصلح في شكل وجاهي في جلسة يطبعها حضورهما، كما أنه يجب على المحكمة أن تتأكد بنفسها من أن الطرفين قد أقر هذا الصلح وهذا لن يكون إلا بحضور الطرفين وقيامهما بالتوقيع عليه وفقا لنص المادة 992 من ق إ م إ²، وإذا تدخل الغير في الدعوى فلا يجوز للمحكمة التصديق على الصلح، إلا بعد الفصل في مدى صحة التدخل، وإذا نازع أحد المتصالحين أو شخص من الغير في

¹-محمد بركات، عوارض الخصومة في ظل القانون 08-09، مجلة الفكر، العدد الثامن، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص56.

²-أنظر المادة 992 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الدعوى في صحة الصلح المبرم بين الطرفين فإن يكون على القاضي أن يبحث في مدى جدية هذه المنازعة.

ب-التقريب بين الأطراف أثناء سير الخصومة:

يمكن القيام بعملية التوفيق بين الأطراف أثناء سير الخصومة وفي جميع مراحلها وهو مبدأ سائد في ق إ م إ سواء كانت المبادرة من الخصوم أنفسهم أو بسعي من القاضي وهذا ما نصت عليه المادة 990/4 من ق إ م إ.

هذا وتنص المادة 991 من نفس القانون على أنه: "تتم محاولة الصلح في المكان والوقت الذي يراهما القاضي مناسبين ما لم توجد نصوص خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك".

ويمكن أن نستخلص من هذه المادة أن المشرع قد منح السلطة التقديرية للقاضي لتقدير ملائمة قيامه بمحاولة الصلح. ومنه فإن القاضي مخير في إجراء محاولة التوفيق في أول جلسة أو عند اتخاذ إجراءات التحقيق أو لحظة الحضور الشخصي للأشخاص حيث يمكن له استدراج الخصوم لغرض هذه التسوية، بل حتى أنه يمكنه عرض الصلح على الخصوم بعد قفل باب المرافعة وذلك إذا طلب أحد الخصوم فتح باب المرافعة من جديد وهنا يمكن للقاضي عرض الصلح على الخصوم¹.

ثانياً: انقضاء الخصومة أصلاً بسبب السقوط و التنازل:

ويرجع انقضاء الخصومة أصلاً إلى أسباب مختلفة وقد نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية سببين هما سقوط الخصومة والتنازل عن الخصومة وقد تناولهما ق إ م إ في المواد من 222 إلى 236.

أ-سقوط الخصومة كطريق لانقضاء الخصومة بغير حكم فيها:

إذا امتنع الخصوم لمدة طويلة عن القيام بالإجراءات والمساعي اللازمة قانوناً فهذا يعني بدون شك أنهم لا يهتمون بالخصومة وهو ما يشكل قرينة على إهمالهم لها، وحتى في حالة عدم ثبوت الاهتمام فإنه لا يمكن السماح بإطالة أمد الإجراءات، ولذا تعين مجازاة عدم تحرك الخصوم بالتصريح

¹ - يسين شامي، مرجع سابق، ص 89.

بسقوط الخصومة، وينبغي التفرقة بين التقادم وسقوط الخصومة، ذلك أن التقادم يمس بأصل الحق ويترتب عليه انقضاء الدعوى والتقادم يمنح للخصم وسيلة دفاع بعدم قبول الدعوى.

فيوقع السقوط كإجراء إجرائي لكل من تقاعس عن القيام بالإجراءات التي تسمح باتخاذ قرار في الخصومة، ولكن لا يسوغ للقاضي إثارة هذا العارض تلقائياً وإنما لابد من توافر شروط معينة يتقرر على إثرها سقوط الخصومة، ويشترط للحكم بسقوط الخصومة ثلاث شروط وهي¹:

- أن يقف سير الخصومة مدة سنتين من تاريخ آخر إجراء صحيح تم فيها أو ما اصطلح عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية "مساعي الخصوم" وهي كل الإجراءات التي تتخذ بهدف مواصلة القضية وتقدمها، أو من تاريخ صدور أمر القاضي الذي كلف أحد الخصوم القيام بالمساعي، أو من تاريخ صدور الحكم.

- ألا يتخذ خلال السنتين التي تسقط الخصومة بانقضائها أي إجراء يقصد به مولاة السير فيها.

- أن يطلب المدعى عليه الحكم بسقوط الخصومة حيث لا يجوز للقاضي إثارة سقوط الخصومة²، من تلقاء نفسه بل يجب استصدار حكم قضائي بالسقوط سواء عن طريق رفع دعوى قضائية وفق الإجراءات المقررة قانوناً طبقاً للمادة 2/222 من ق إ م إ، وقد يتخذ هذا الطلب صورة دفع شكلي يثار قبل إبداء أي دفاع³.

ويترتب على الحكم بسقوط الخصومة إلغاء جميع إجراءاتها بما في ذلك عريضة إفتتاحها، فتعتبر كأن لم تكن، وتزول كافة الآثار التي نشأت عنها، وتعود العلاقة بين الخصمين إلى ما كانت عليه قبل رفع الدعوى، كما يترتب على الحكم بالسقوط إلزام المدعي بالمصاريف القضائية⁴، ولا يترتب على السقوط أي مساس بأصل الحق الذي رفعت الدعوى للمطالبة به، ويكون للمدعي الحق في تجديد دعواه ما لم يكن حقه قد سقط لسبب آخر.

¹- عبد المالك يحيوي وعمرو خليل، عوارض الخصومة في التشريع الجزائري، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، المجلد 06-العدد 02، 2021، ص 446.

²- عبد الله مسعودي، سقوط الخصومة وترك الخصومة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس-العدد الأول، 2022، ص 1443.

³- مرجع نفسه، ص 1433.

⁴- تنص المادة 230 من ق إ م إ على أنه: "إذا تم النطق بسقوط يتحمل المصاريف القضائية الطرف الذي خسرها".

ب-التنازل عن الخصومة:

التنازل عن الخصومة هو نزول المدعي عن الخصومة التي أنشأها وإعلان إرادته في إنهاء إجراءاتها دون صدور حكم في الموضوع، فالتنازل لا يتصور إلا من المدعي، ذلك أنه قد لا يلتزم هذا الأخير بالمضي قدما في الدعوى التي رفعها، ولا تملك المحكمة إلزامه بذلك، وهذا أثر من آثار الصفة الخاصة للدعوى المدنية، فالخصومة تبدأ بناء على إرادة المدعي، ولذا يجيز له القانون أن ينهيها بإرادته، وإن كان يجب عليه موافقة المدعى عليه في بعض الحالات لأنه طرف في الخصومة، ويجوز كذلك للمتدخل في الخصومة أن يتركها، ويجوز الترك الجزائي لإجراء من الإجراءات، ويجب ان يحصل التنازل من شخص له أهلية التقاضي أي الأهلية الإجرائية.

-إجراءات التنازل عن الخصومة:

طبقا للمادتين 231 و235 من ق إ م إ، فإن التنازل عن الخصومة سواء أمام المحكمة او المجلس القضائي يتم بعريضة تقدم للجهة القضائية الناظرة في الدعوى أو بإبداء طلب التنازل في الجلسة، ويتم تحرير محضر بذلك ويتم تثبيت التنازل بحكم قضائي، ويشترط ألا يكون التنازل مقترنا بقيد كأن يشترط المدعي تحميل المدعى عليه المصاريف القضائية، أو إثبات الصلح في الحكم القضائي بالتنازل. ويتم تقديم طلب التنازل في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، ولكن إذا كانت القضية مهية للفصل فيها تصبح ملكا للمحكمة ومن ثم يجوز لها رفض طلب التنازل.

-آثار التنازل:

يتحمل المدعي المصاريف القضائية، وكذلك التعويضات المطلوبة من المدعى عليه بسبب الضرر الذي لحق به¹.

كما قد ينصب التنازل على المطالبة القضائية برمتها أو على إجراء من إجراءاتها كالإدعاء الفرعي بالتزوير فيقتصر أثر التنازل على ذلك الإجراء وحده، أما إذا كان التنازل منصبا حول الخصومة برمتها فإنه وباعتبارها وحدة متكاملة فإن جميع إجراءاتها تلغى ولا يمتد التنازل إلى الحق

¹ - عبد الحق جيلالي، عوارض الخصومة القضائية والجزاء الإجرائي المترتب عنها في التشريع الجزائري، مجلة قيس للدراسات الانسانية والاجتماعية، المجلد 03-العدد 02، ديسمبر 2019، ص811.

المتنازل عليه بحيث يجوز إعادة طرحه أمام المحكمة بعريضة جديدة لأن الحكم بالتنازل لا يشكل حجة تطال الحق المتنازع عليه.

ثالثا: العوامل الموقفة للخصومة:

وتتمثل عوارض الخصومة عادة في وقف الخصومة وانقطاع الخصومة، وهي ما تكون محل

تفصيل في ما يلي:

أ-وقف الخصومة:

هو عدم السير في الخصومة مدة معينة توقف خلالها الخصومة لسبب معين، وهناك أسباب كثيرة تجعل القاضي يحكم بوقف الخصومة، كأن يوقف الخصومة في حالة رد القاضي أو طلب حل تنازع الإختصاص، كما أن القاضي قد يحكم بوقف الخصومة تلقائيا أو بناء على طلب الخصوم، وخصوصا إذا كان الفصل في الدعوى معلق على الفصل في مسألة من المسائل الأولية مثل: دعوى التزوير الفرعية (أصل الدعوى المدنية)، وقد عالج المشرع مسألة وقف الخصومة وفق المواد الآتية: 213-216 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية¹.

وتبعاً لذلك أن وقف الخصومة يتخذ عدة صور وذلك مرده إلى تعدد وتنوع أسباب الوقف، فكما أسلفنا فقد يكون الوقف باتفاق الخصوم، وهنا يكون لنا مجال للحديث عن وقف اتقائي، وقد يكون بحكم من المحمة فنكون أمام وقف قضائي، وأحيانا أخرى إلى جانب الوقف الاتقائي والقضائي، وقد يعمد المشرع إلى النص على بعض الحالات التي تؤدي إلى الوقف، وتتوقف الخصومة للأسباب التالية:

- أن يكون الوقف بحكم من المحكمة المرفوع أمامها النزاع، وذلك بعدما يتم الاتفاق بين أطراف الخصومة علة وقفها.

- أو إذا رأت المحكمة تعليق الحكم في قضية الحال إلى غاية الفصل في مسألة أولية لها صلة بالدعوى الأصلية ويتوقف عليها الحكم، وفي جميع الأحوال يتم الوقف بحكم من المحكمة².

¹-عبد الحق جيلالي، مرجع سابق، ص 811.

²- خالد روشو، مرجع سابق، ص 162.

-إرجاء الفصل:

القاعدة العامة في إرجاء الفصل جاءت بها م 59 من ق إ م إ، التي تنص على أنه: "يجب على القاضي إرجاء الفصل في الخصومة إذ نص القانون على منح أجل للخصم الذي يطلبه"، كما قد يأمر القاضي بإرجاء الفصل في الدعوى من تلقاء نفسه إلى غاية صدور تقرير الخبير مثلاً، أو لغاية الفصل في تنازع الاختصاص، أو إرجاء الفصل في الدعوى لغاية الفصل في مسألة أولية.

-شطب الدعوى:

الشطب جزاء يلحق عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون أو تلك التي أمر بها القاضي، ومثال الإجراءات الشكلية التي أمر بها القانون إلزام المدعي بتكليف المدعى عليه، فإذا لم يقم المدعي بتكليف المدعى عليه قضت المحكمة بشطب القضية من الجدول، كما يمكن للخصوم تحرير طلب مشترك لشطب القضية، ويصدر الأمر بشطب القضية من الجدول في غير أوضاع العنلية وليس له أي وصف، لا وصف الحضورية ولا وصف الغيابية وليس بالإبتدائي ولا النهائي¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة وقف الخصومة بسبب الشطب تبقى الآجال سارية على عكس حالة الأمر بإرجاء الفصل في القضية، كما أنه يتم إعادة السير في الخصومة بموجب عريضة افتتاح الخصومة، تودع بأمانة الضبط بعد إثبات القيام بالإجراء الشكلي الذي كان السبب في شطبها.

ب-العوامل المؤدية إلى انقطاع الخصومة:

انقطاع الخصومة هو وقف السير فيها بحكم القانون لسبب يطرأ في حالة أو مراكز أحد الخصوم أو من يمثله قانوناً، والسبب العرض قد يتصل بأحد الخصوم، ويمس مركزه القانوني كطرف في الخصومة كما في حالة وفاة أحد الخصوم أو فقدان أهليته. وقد يتصل بالشخص الذي ينوب عنه في الخصومة في حالة فقدان صفته كنائب عن صاحب الحق في الدعوى لأي سبب كان.

¹ - عبد المالك يحيوي وعمرو خليل، مرجع سابق، ص 444.

ولقد وردت الأسباب المؤدية على انقطاع الخصومة على سبيل الحصر في المادة 210 من ق إ م إ تجعل من الخصومة غير مهيأة للفصل فيها، والغاية من انقطاع الخصومة حماية الخصوم ابتداء من ذوي الحقوق من ورثة المتوفي أو من يقوم مقام من فقد الأهلية أو تغيرت صفته حتى لا تتخذ الإجراءات بغير علمهم ويصدر الحكم ضدهم في غفلة منهم دون أن يتمكنوا من استعمال حقهم في الدفاع تأكيدا لمبدأ المواجهة بين الخصوم، فلا يقصد بالإنقطاع أن يكون جزاء الطرف الآخر لاستمراره في متابعة إجراءات الخصومة على الرغم من علمه بقيام السبب الموجب لإنقطاعها، وطالما أن حكمة الإنقطاع كفالة حقوق الخصوم¹، وحماية من يقوم مقام الخصم الذي قام في حقه سبب الانقطاع، فإنه يجي توقف الإجراءات إلى أن يشترك في الخصومة محل الطرف المعيب من يقوم مقامه فيعود سير الخصومة مرة أخرى².

¹ - عبد الحق جيلالي، مرجع سابق، ص 806.

² - مرجع نفسه، ص 806.

المبحث الثاني: التنظيم القانوني لأحكام المحاكم

هذا المبحث خصصناه لدراسة كل ما يخص الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة التجارية المتخصصة والأقسام التجارية الموجودة في كل المحاكم، والتي لا تختلف أحكامها عن الباقي الأحكام الصادرة من المحاكم الأخرى، وكيفية الطعن في قراراتها وأحكامها.

المطلب الأول: الأحكام القضائية

لتحديد مضمون الحكم القضائي حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا بد من تبيان أنواعه، فالدرج لدى العامة من الناس وربما بعض القانونيون أن المقصود بالحكم القضائي هو ذلك الحكم الذي يصدر عن الهيئة القضائية ممثلة في المحكمة الابتدائية.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نجد أن المشرع ضمن عنوان "أحكام تمهيدية" في المادة الثامنة الفقرة الخامسة ينص على أنه: "يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون الأوامر والأحكام والقرارات القضائية". ومن خلال ربط هذه المادة ببعض المواد الأخرى ذات الصلة، سواء في الباب الثامن من الكتاب الأول المعنون ب"الأحكام والقرارات"، أو من خلال الباب الرابع من الكتاب الثاني المندرج تحت عنوان "الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية" فإننا نجد مدلول الأحكام القضائية إنما يمتد ليشمل الأحكام والأوامر والقرارات الصادرة من الهيئات القضائية المختلفة¹.

¹ - أمينة لرجم، الأحكام القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية "دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الثالث، جوان 2019، ص 281 و 282.

الفرع الأول: الأحكام القضائية من حيث مضمونها التنفيذي

تنقسم الأحكام من حيث قوتها التنفيذية إلى أحكام مقررّة وأحكام منشئة وأحكام ملزمة، هاته التقسيمات سنتطرق لها في هذا العنصر:

أولاً: أحكام تقريرية أو الأحكام الكاشفة

وهي الأحكام القضائية التي تقضي فقط بوجود حق أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني. فالحكم المقرر أو الكاشف هو الذي يصدر مقرراً ومؤكداً لحالة أو مركز قانوني موجود من قبل، ودون أن يتضمن إلزام الخصمين بأداء معين.

لذلك فإن الحكم المقرر لا يرمي إلا إلى تأكيد رابطة قانونية معينة، وبصدوره تتحقق الحماية القانونية كاملة، فهو يزيل الشك أو التجهيل الذي يدور حول هذا الحق أو المركز القانوني. ومثله الحكم ببراءة الذمة المالية للمدين.

ثانياً: أحكام منشئة

وهي الأحكام القضائية التي تقرر إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديله أو إنهاء مركز قانوني قائم، وبصدور الحكم يتم إنشاء الرابطة الجديدة فتتحقق بصدوره كامل الحماية القانونية، كالحكم بإشهار إفلاس التاجر.

ثالثاً: أحكام الإلزام

وهي الأحكام التي يرد فيها التأكيد على حق بالتزام، أي على حق يقابله التزام الطرف الآخر بأداء معين كتسليم منقول، أو دفع مبلغ من المال. ولا يحقق هذا الحكم بذاته الحماية القانونية المطلوبة بل يحتاج إلى تنفيذه¹.

وتوجد في الفقه نظريات متعددة لتحديد معيار حكم الإلزام وهي بصفة عامة تنقسم إلى قسمين:

-الأول يحاول أن يجد معيار الإلزام في نتيجة الحكم. و الثاني يرى أن المعيار يكمن في العلاقة القانونية التي يرد عليها الحكم، والقسم الثاني من النظريات هو الراجح فقهاً.

¹-فضيل العيش، مرجع سابق، ص154.

الفرع الثاني: الأحكام القضائية من حيث طبيعة موضوعها

تنقسم الأحكام القضائية من حيث موضوعها إلى أحكام مدنية وأحكام جنائية وأخرى تجارية.

أولاً: الأحكام المدنية

وهي الأحكام القضائية التي تصدر عن جهة القضاء المدني بمناسبة خصومة مدنية، بمعنى أن المعيار هنا هما جهة الإصدار المتمثلة في القسم المدني على مستوى الهيئة القضائية، وطبيعة الخصومة التي تكون بين أشخاص القانون الخاص وتهدف إلى تعويض الضرر الذي لحق بالمدعي سواء أكان الضرر مادياً أو معنوياً.

ثانياً: الأحكام التجارية

وهي الأحكام القضائية التي تشمل طائفة التجار، وتصدر عن القسم التجاري على مستوى الهيئات القضائية، فهي تلك الأحكام التي تخص الأعمال التجارية وليس المدنية وتشمل الأشخاص الممارسين للتجارة، والتي قد تأخذ طابع التعويض وقد تكون ذات آثار جزائية بحسب طبيعة الفعل المرتكب¹.

الفرع الثالث: أحكام من حيث حضور أو غياب الخصوم

تنقسم الأحكام القضائية من حيث حضور أو غياب الخصوم إلى:

أولاً: الأحكام الحضورية

يكون الحكم حضورياً إذا حضر الخصوم شخصياً أو ممثلين بوكلائهم أو محاميهم أثناء الخصومة أو قدموا مذكرات حتى ولو لم يبدوا ملاحظات شفوية، نتيجة لذلك لا يشترط الحضور الشخصي للخصوم أو إبداء الملاحظات أمام القاضي كي يعتبر الحكم حضورياً، إنما يكفي التمثيل القانوني، وهو ما عرفته المادة 288 من ق إ م بقولها: "يكون الحكم حضورياً، إذا حضر الخصوم شخصياً أو ممثلين بوكلائهم أو محاميهم أثناء الخصومة أو قدموا مذكرات حتى ولو لم يبدوا ملاحظات شفوية".

¹ - أمانة لرجم، مرجع سابق، ص 284.

كذلك يعتبر الحكم حضوريا إذا امتنع أحد الخصوم الحاضر عن القيام بإجراء من الإجراءات المأمور بها في الآجال المحددة¹.

ثانيا: الأحكام الغيابية والأحكام المعتبرة حضوريا

يصدر الحكم غيابيا إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله أو محاميه رغم صحة التكليف بالحضور، بينما يكون الحكم اعتباريا حضوريا، إذا تخلف المدعى عليه المكلف بالحضور شخصا أو وكيله أو محاميه عن الحضور، وهو ما نصت عليه المادتين 292 و 293 من ق إ م².

الفرع الرابع: الأحكام القضائية من حيث الحجية المترتبة عليها

يقسم المشرع الجزائري الأحكام بناء على الحجية المترتبة عليها إلى أحكام قطعية وأخرى غير قطعية (قبل الفصل في الموضوع) على النحو التالي:

أولا: الأحكام القطعية

من خلال نص المادة 296 من ق إ م نجد أن المشرع يعرف الحكم القطعي بأنه ذلك الحكم الذي يفصل في مسألة موضوعية أو شكلية بشكل كلي أو جزئي، ويحوز الحجية فيما فصل فيه بمجرد النطق به. الملاحظ في تعريف المشرع أنه وقع في خلط بين الأحكام التي تحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في شق منه وبين الأحكام الصادرة في مسألة متفرعة عنه مثل الحكم القاضي باختصاص المحكمة أو عدمه، أو الحكم بسقوط الخصومة أو الحكم ببطان إجراءات المطالبة القضائية أو الادعاء بالتزوير بعدم صحة أو صحة الورقة، فكلها أحكام قطعية، لأن الأحكام الصادرة في كل موضوع النزاع أو في جزء منه تحوز الحجية. لكن الأحكام الصادر في مسألة متفرعة كالحكم باختصاص أو عدم اختصاص المحكمة أو بطلان إجراءات المطالبة القضائية فهي أحكام قطعية

¹-أنظر في ذلك المادة 291 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم ، السالف الذكر.

²-عبد الرحمان بريارة، مرجع سابق، ص 210 و 212.

لكنها لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه، فهي لم تفصل في موضوع النزاع ولكن المحكمة استنفذت ولايتها، وهو ما نصت عليه المادة 297 من ق إ م إ¹.

ثانيا: الأحكام غير القطعية

وهي ما اصطلح على تسميتها في القانون بالأحكام قبل الفاصلة في الموضوع، وتكون حسب التشريع الجزائري إما القاضية بإجراء من إجراءات التحقيق أو الفاصلة في تدبير مؤقت. وهو تعريف المادة 298 من ق إ م إ بنصها: "الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو الحكم الأمر بإجراء تحقيق أو تدبير مؤقت"².

وتقسم الأحكام غير القطعية إلى:

أ-الأحكام الآمرة بإجراء تحقيق: وهي الأحكام التي كانت تعرف في ظل قانون الإجراءات المدنية بالأحكام التمهيدية والأحكام التحضيرية، لكن قانون الإجراءات جمعها تحت تسمية الأحكام الآمرة بإجراء تحقيق.

ب-الأحكام الفاصلة في تدبير مؤقت: ويقصد بها الأحكام الإستعجالية والصادرة عن القسم الإستعجالي طبقا للمواد 209 وما بعدها من ذات القانون. أو الصادرة عن قسم موضوعي نتيجة عارض مفاده طلب استعجالي غير ماس بأصل الحق.

¹-أنظر في ذلك المادة 297 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم ، السالف الذكر.

²- أمينة لرجم، مرجع سابق، ص 287.

الفرع الخامس: من حيث قابلية الحكم للطعن

يقسم المشرع الجزائري الأحكام بناء على قابليتها للطعن إلى:

1- الحكم الابتدائي:

وهو الحكم الصادر من محاكم الدرجة الأولى ويقبل الطعن فيه بالإستئناف. وهو الأصل العام في صدور الأحكام القضائية، أي أن تصدر إبتدائيا في جميع المواد، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.¹

2- الحكم الإنتهائي:

وهو الحكم الصادر عن الدرجة الأولى لكنه لا يقبل الاستئناف أي أنه يصدر في أول وآخر درجة، ومثاله النزاعات التي لا تفوق قيمة معينة وهو ما نصت عليه المادة 33 ق إ م².

3- الحكم النهائي:

وهو الحكم الذي يقبل الطعن فيه بالطرق العادية (المعارضة والاستئناف) ولو كانت قابلة للطعن فيها بالطرق غير العادية، ومن الفقه من يصطلح عليها بالأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه.

4- الحكم البات:

وهو الحكم القضائي الذي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن سواء العادية أو غير العادية. واكتساب الحكم درجة البتات يؤدي إلى منع نظر الدعوى مجددا وعرض النزاع مرة أخرى على القضاء. بحيث يصبح للحكم حجية العقد الرسمي.³

¹-تنص المادة 3/33 من ق إ م إ على أنه: "وتفصل في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للإستئناف".

²-تنص المادة 33 ق إ م إ على أنه: "تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار (200.000 دج) إذا كانت قيمة الطلبات المقدمة من المدعي لا تتجاوز مائتي ألف دينار (200.000 دج)، تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر درجة، حتى ولو كانت قيمة الطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية تتجاوز هذه القيمة".

³-أنظر في ذلك المادة 284 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

فالملاحظ على أن الأحكام التي تصدر عن المحاكم التجارية المتخصصة هي أحكام قابلة للإستئناف أمام المجلس القضائي ووفقا للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون، والتي كنا قد أشرنا إليها سابقا، وهو ما أكدته المادة 536 مكرر 5.

المطلب الثاني: المداولة والنطق بالحكم

الحكم القضائي يمر صدوره بمراحل مختلفة، فعندها يستنفذ الخصوم حقهم في الدفاع، بتقديم كل طرف طلباته ووسائل دفاعه في مواجهة الطرف الآخر، إلى أن تصل القضية إلى مرحلة اختتام المرافعة فيعلن القاضي غلق بابها، ويحيل القضية إلى المداولة ، ويحدد تاريخ النطق بالحكم.

الفرع الأول: المداولة

يقصد بالمداولة المشاورة بين أعضاء المحكمة في منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء المرافعة أو قبل النطق بالحكم، ولذلك يجب التمييز بين ما إذا كانت تشكيلة الهيئة فردية، فيقصد من المداولة التفكير من القاضي، حينئذ يقال تحجز القضية للنظر أو الدراسة لأن القاضي الفرد لا يتداول مع نفسه، أما إذا كانت التشكيلة جماعية، فيقصد منها تبادل الرأي فيما بينهم وحينئذ يقال تحجز القضية للمداولة وهي تعني المشاورة بين أعضاء الهيئة.

فإذا كانت التشكيلة فردية، فيلجأ القاضي إلى حجز القضية للنظر والتفكير، وقد يفصل فيها فورا بعد انتهاء المرافعة، وقد ترفع الجلسة مؤقتا، ثم تستأنف للنطق بالحكم، وقد تؤول القضية إلى الجلسة المقبلة، ويحدد تاريخ النطق بالحكم، وهذا ما تقضي به المادة 271 من ق إ م إ.

أما إذا كانت التشكيلة جماعية، فيمكن أن تتم المداولة في الجلسة نفسها، فيتشاور أعضاء التشكيلة فيما بينهم سرا ثم يصدروا الحكم، ويمكن للهيئة أن تنسحب إلى غرفة المشورة لتبادل الرأي فيما بينهم، ثم تستأنف الجلسة لإصدار الحكم.

وقد ترى الهيئة حجز القضية للمداولة وتأجيلها إلى وقت لاحق ويحدد تاريخ النطق بالحكم، وذلك إذا كانت القضية تحتاج إلى البحث والتفكير قبل إصدار الحكم¹.

¹ - عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، الطبعة الثالثة، دار بلقيس، الجزائر، 2023، ص498.

وبعد المداولة يتم التصريح بمنطوق الحكم.

الفرع الثاني: النطق بالحكم

يقصد بالنطق بالحكم، تلاوة منطوق الحكم شفويا بالجلسة، يثبت في سجل خاص بالجلسة، ويجب أن تكون عبارات المنطوق واضحة ناجزة لا تحتمل التأويل.

وقد يتم النطق بالحكم في جلسة المرافعات، ويجوز تأجيل إصدار الحكم إلى جلسة أخرى قريبة تحددها المحكمة، وهذا ما تنص عليه المادة 2/271 من نفس القانون، على أنه وفي حالة التأجيل يجب أن يحدد تاريخ النطق بالحكم إلى الجلسة المقبلة.

تتخصر في القول: أن القانون لم يترتب أي بطلان على هذه المخالفة، استنادا إلى أحكام المادة 60 من نفس القانون، والتي تنص على أنه لا يتقرر بطلان الأعمال الاجرائية لعيب شكلي ما لم يكن منصوصا عليه صراحة في القانون، وخاصة وأن هذا الإغفال لا يترتب عليه أي ضرر قد يلحق بالخصم، لأن مواعيد الطعن لا تسري إلا بناء على تبليغ يسلم إلى المحكوم عليه، وإذا كانت تشكيلة الجهة القضائية جماعية، فلا يصدر الحكم إلا بأغلبية الآراء، وهذا ما تنص عليه المادة 270 من نفس القانون¹.

وسواء صدر الحكم بالإجماع أو بأغلبية الأصوات فلا يذكر ذلك في الحكم، وينسب الحكم برمته إلى الهيئة التي صدر عنها الحكم.

ويصدر الحكم من المحكمة الابتدائية من قاض فرد، ومن جهة الإستئناف يصدر من رئيس الغرفة ومستشارين، ويصدر القرار من القضاة الذين سمعوا المرافعة وتداولوا فيما بينهم دون غيرهم.

والمنطوق هو القرار الذي تصدره المحكمة فضلا في الطلبات والدفع المعروضة عليها، وقد يرد المنطوق في أسباب الحكم المتصلة به اتصالا لا يقبل الانفصال، ولذلك تعد تلك الأسباب مكملة للمنطوق، فمثلا إذا حكم بطرد المدعى عليه من العقار، فيجب ذكر ما يعين هذا العقار من من ذكر رقم وحدودا ومساحة ومكان هذا العقار.

¹-عمر زودة، مرجع سابق، ص498.

المطلب الثالث: تصحيح وتفسير الحكم القضائي

لا تسلم الأحكام القضائية من الأخطاء المادية والغموض في بعض الأحيان، كلما كان القاضي فطنا وحذرا ونبها قلت أخطاؤه ووضحت مناطيق أحكامه، ومع ذلك قد تتضمن أحكامه القضائية إما أخطاء مادية أو غموضا، لذا يجب تصحيحها وهو ما سنطرق له في هذا العنصر.

الفرع الأول: تصحيح الحكم القضائي

تتولى المحكمة تصحيح الحكم بناء على طلب مقدم من أحد الخصوم، أو بناء على طلب مشترك، ويقدم الطلب وفق إجراءات رفع الدعوى، ويتعين تكليف الخصوم الآخرين بالحضور، كما يحق للنيابة العامة تقديم طلب التصحيح إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المشوب بالخطأ المادي، وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 286 من نفس القانون، تقتصر سلطة الجهة القضائية على تصحيح الخطأ المادي وتستند في هذا التصحيح بالرجوع إلى بيانات الحكم، أو إلى مستندات القضية أو إلى سجل جلسة النطق بالحكم.

الفرع الثاني: تفسير الحكم القضائي

لا يقصد بتفسير الحكم البحث عن إرادة القاضي، كما هو الشأن عند تفسير العقد، لكن تفسير الحكم ينصب على تحديد مضمونه، ويبحث عنه في العناصر الموضوعية للوصول إلى معرفة العمل التقديري للقاضي، ويلجأ إلى تفسير الحكم عندما تصبح عباراته غامضة أو مبهمة وهذا ما جاء النص عليه بالمادة 285 من ق م ج على أن تفسير الحكم يقصد به توضيح مدلوله أو تحديد مضمونه، ويقدم طلب تفسير الحكم بعريضة من أحد الخصوم إلى الجهة القضائية التي أصدرته¹.

والحكم الصادر بالتفسير يعتبر متمما للحكم الذي يفسره، ويكون الحكم قابلا للطعن فيه بمختلف طرق الطعن.

تعمل المحكمة بصدد تفسير منطوق الحكم على الكشف التقديري الذي يتضمنه الحكم، ولا يجب أن يتخذ التفسير ذريعة لتعديل الحكم أو الحذف منه أو الإضافة إليه.

¹ - عمر زودة، مرجع سابق، ص 504.

ومن الأمثلة على ذلك، فقد صدر حكم في إحدى الدعاوى والتي تتلخص وقائعها في كون موروث فريق (ح) كان شريكا في شركة وبعد وفاته انتقلت حصة الشريك المتوفي إلى ورثته، فرفع أحد دائني الشركة على الورثة مدعيا بأنه دائن للشركة بمبلغ مالي، طالبا إلزامهم بأدائه له، فانتهدت الدعوى إلى الحكم القاضي بإلزام الورثة بسداد الدين، فشرع الدائن في التنفيذ على الورثة بالحجز على أموالهم الخاصة لأن الحكم قضى على الورثة بسداد الدين، ولم يبين ما إذا كان الورثة ملزمين بسداد الدين في حدود حصتهم في الشركة أم يمتد إلى أموالهم الخاصة، مما يجعل هذا الحكم مشوبا بالغموض يحتاج إلى التفسير. ومما لا شك فيه فإن التفسير ينتهي إلى القول أن الورثة ملزمين بسداد الدين في حدود الحصة التي انتقلت إليهم عن طريق الميراث ولا يمتد إلى باقي أموالهم الخاصة.

المطلب الرابع: نظام الطعن في الأحكام والقرارات التجارية

إن الحاجة إلى استقرار الحقوق لأصحابها يستوجب احترام الحكم الصادر من القضاء وعدم إتاحة الفرصة لتجديد النزاع في القضايا التي فصل فيها.

ولكن باعتبار القضاة غير معصومين من الخطأ ولا يستبعد ظلمهم، فقد تكون أحكامهم معيبة من حيث الشكل وعلى غير حق من حيث الموضوع، لسبب يتعلق بالقانون أو بتقدير الوقائع، ومقتضيات العدالة وواجب ضمان حقوق المتقاضين يقتضيان السماح لمن صدر عليه حكم، يراه مشوباً بعيب من العيوب، أن يطرح النزاع من جديد على القضاء لإعادة النظر في الشيء المقضي، لعله يصل إلى ما يراه أنه الحق والصواب¹.

وللتوفيق بين هذين الاعتبارين برزت فكرة الطعن في الأحكام، وحصر المشرع طريقه ومواعيده، بحيث إذا انقضت هذه المواعيد واستنفذت تلك الطرق، وجب احترام الحكم الصادر من القضاء، ولا يسمح بتجديد النزاع مهما اكتنف الحكم من خطأ أو بطلان. فضلا عن عدم القبول وهو مآل الطعن الذي يقدم دون مراعاة الإجراءات المقررة قانونا.

وقد حدد المشرع الجزائري طرق الطعن على سبيل الحصر في القانون، ولا يجوز لأية جهة قضائية، بما فيها المحكمة العليا، أن تقبل طريقا آخر للطعن في الأحكام القضائية، سواء صدرت عنها أو عن جهة قضائية أخرى.

¹ -بوشير محند أمقران، الجديد في طرق الطعن في أحكام القضاء المدني في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة النقدية، مقال اطلع عليه يوم: 21-09-2022، على الساعة: 17:05، منشور على الموقع: www.asjp.cerist.dz.

الفرع الأول: طرق الطعن العادية

طبقا لنص المادة 313 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية فإن طرق الطعن العادية هي:

الاستئناف والمعارضة، فهذين الطريقتين يستخدمان ضد أحكام القضاء وبعد استنفاذها يحوز الحكم قوة الشيء المقضي فيه.

الملاحظ أنه لا يمكن الطعن بطرق المعارضة إلا إذا استنفذت مدة الشهر من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي.

تطرق المشرع إلى مسألة طرق الطعن العادية وذلك من خلال المواد 323-326 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي فصل فيها كما يلي:

-يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي كما يوقف بسبب ممارسته باستثناء الأحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون، يؤمر بالنفاذ المعجل رغم المعارضة أو الإستئناف عند طلبه في جميع الحالات التي يحكم فيها بناء على عقد رسمي أو وعد معترف به أو حكم سابق حاز قوة الشيء المقضي به، أو في مادة النفقة أو منح مسكن الزوجية لمن أسندت له الحضانة. يجوز للقاضي في جميع الأحوال الأخرى أن يأمر في حالة الإستعجال بالنفاذ المعجل بكفالة أو بدون كفالة¹.

-يجوز رفع الاعتراض على النفاذ المعجل أمام رئيس الجهة القضائية المعروض أمامها الاستئناف أو المعارضة، ويجوز له توقيف النفاذ المعجل عن طريق الاستعجال إذا رأى أن الاستمرار فيه قد تترتب عليه آثار بالغة وآثار يتعذر استدراكها².

-يفصل رئيس الجهة القضائية في الاعتراض على النفاذ المعجل في أقرب جلسة.

-لا يقبل الاعتراض على النفاذ المعجل إلا إذا ثبت أن الحكم الذي أمر به طعن فيه بالإستئناف أو المعارضة.

-لا يقبل أي طعن في الأحكام الفاصلة في الاعتراض على النفاذ المعجل.

¹- بوشير محند أمقران، مرجع سابق.

²- مرجع نفسه.

الفرع الثاني: طرق الطعن غير العادية

تتمثل طرق الطعن غير العادية في: الطعن بالنقض، اعتراض الغير الخارج عن الخصومة و التماس إعادة النظر، هذه الطرق نصت عليها المادة 313 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09-08.

أولاً: الطعن بالنقض

إن الطعن بالنقض طريق من طرق الطعن غير العادية أو الاستثنائية والذي يسمح لأحد أطراف الدعوى، من أن يطلب مستشاري المحكمة العليا فحص مدى صحة تطبيق القواعد القانونية من طرف قضاة الموضوع. وعلى عكس محاكم الدرجة الأولى والمجالس القضائية، فإن للمحكمة العليا دور في توحيد الاجتهاد القضائي أي في تفسير القواعد القانونية وطريقة تطبيقها.

أ- عريضة الطعن بالنقض:

يجب أن تتضمن عريضة الطعن بالنقض تحت طائلة عدم قبولها شكلا المثار تلقائياً، ما يأتي¹:

- اسم و لقب وموطن الطاعن، وإذا تعلق الطعن بشخص معنوي كأن تكون شركة تجارية وجب بيان تسميتها وطبيعتها ومقرها الاجتماعي وصفة ممثليها القانوني أو الإتفاقي،

- اسم ولقب و موطن المطعون ضده أو ضدهم، وإذا تعلق الطعن بشخص معنوي، وجب بيان تسميته ومقره الاجتماعي،

- تاريخ وطبيعة القرار المطعون فيه،

- عرضاً موجزاً عن الوقائع والإجراءات المتبعة،

عرضاً عن أوجه الطعن المؤسس عليها الطعن بالنقض،

يجب ألا يتضمن الوجه المتمسك به أو الفرع منه، إلا حالة واحدة من حالات الطعن بالنقض بعد تحديدها، وذلك تحت طائلة عدم قبوله.

¹-أنظر في ذلك المادة 565 من القانون رقم 09-08 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم ، السالف الذكر .

كما يجب ارفاق عريضة الطعن بالنقض تحت طائلة عدم قبول الطعن شكلا تلقائيا، بالوثائق

التالية¹:

-نسخة مطابقة لأصل القرار أو الحكم محل الطعن، مرفقة بمحاضر التبليغ الرسمي إن وجدت.

-نسخة من الحكم المؤيد أو الملغى بالقرار محل الطعن،

-الوثائق المشار إليها في مرفقات عريضة الطعن،

-وصل دفع الرسم القضائي لدى أمين الضبط الرئيسي لدى المحكمة العليا أو المجلس القضائي،

-نسخة من محاضر التبليغ الرسمي للتصريح و/ أو لعريضة الطعن بالنقض إلى المطعون ضده.

كما يجب أن تحمل عريضة الطعن بالنقض وتحت طائلة عدم قبولها شكلا تلقائيا، التوقيع

الخطي وختم محام معتمد لدى المحكمة العليا وعنوانه المهني².

ب-توسيع حالات الطعن بالنقض على حساب التماس إعادة النظر:

حصرت المادة 358 من ق إ م إ أوجه الطعن في 18 حالة، وأكدت المادة 359 على عدم

قبول أوجه أخرى غير تلك المنصوص عليها باستثناء الأوجه القانونية المحضة أو تلك الناتجة عن

الحكم أو القرار المطعون فيه. وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها

وجها أو عدة أوجه للنقض وهذا ما نصت عليه المادة 360 ق إ م إ.

ولا يبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية:

-مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات،

-إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات،

-عدم الاختصاص،

-تجاوز السلطة،

-مخالفة القانون الداخلي،

¹-أنظر في ذلك المادة 566 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم ، السالف الذكر .

²-أنظر في ذلك المادة 567 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم ، السالف الذكر .

- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة،
- مخالفة الإتفاقيات الدولية،
- انعدام الأساس القانوني،
- انعدام التسبيب،
- قصور التسبيب،
- تناقض التسبيب مع المنطوق،
- تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار،
- تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثرت بدون جدوى، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، وإذا تأكد هذا التناقض، يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول،
- تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي، في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا، ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض. وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه، ويجب توجيهه ضد الحكمين، وإذا تأكد التناقض، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا،
- وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار¹،
- الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب،
- السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية²،
- إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية.

¹ - فضيل العيش ، مرجع سابق، ص 180 و 181.

² - مرجع نفسه، ص 180 و 181.

ج- الشروط الشكلية لقبول الطعن بالنقض:

كان ولا يزال تمثيل الخصوم أمام المحكمة العليا من طرف محام معتمد لديها وجوبيا، ولا يقبل الطعن بالنقض الذي يقدم من غير محام معتمد لدى المحكمة العليا، ولكن نجد أن المشرع قد خفف من هذا الالتزام بتوسيع عدد الأشخاص الذي يعفون من هذا الشرط، وذلك بنصه على إعفاء الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من التمثيل الوجوبي بمحام¹.

والجديد هو نص المشرع على وجوب تمثيل الخصوم بمحام أمام جهات الاستئناف، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ولذلك فيما عدا في مادة شؤون الأسرة والمادة الاجتماعية بالنسبة للعمال.

وقد بين المشرع البيانات التي يتعين أن تتوفر في عرائض الطعن²، والوثائق التي يتعين إرفاقها بها، تحت طائلة عدم قبولها شكلا المثار تلقائيا. كما أكد على أنه يتعين أن لا تتضمن عريضة الطعن بالنقض، تحت عنوان الوجه المتمسك به أو الفرع منه بعد تحديده، إلا حالة واحدة من حالات الطعن بالنقض، وذلك تحت طائلة عدم قبوله.

رفع قيمة الكفالة التي يشترط إيداعها لقبول التماس إعادة النظر واعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى عشرين ألف دينار جزائري.

د- إجراءات تسجيل الطعن بالنقض:

يرفع الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا بتصريح من الطاعن أو محاميه، أو بعريضة مكتوبة موقع عليها من حمام معتمد لديها، وذلك أمام أمانة ضبط المحكمة العليا، أو أمام أمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه الحكم موضوع الطعن.

يمسك بأمانة ضبط المحكمة العليا وبأمانة ضبط المجالس القضائية سجل يسمى "سجل قيد الطعون بالنقض"، تسجل فيه تصريحات أو عرائض الطعون بالنقض حسب تاريخ وصولها، يوضع

¹-أنظر في ذلك المادة 2/558 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم ، السالف الذكر.

²-أنظر المادة 540 بالنسبة لعريضة الاستئناف، والمادة 565 بالنسبة لعريضة الطعن بالنقض، من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم ، السالف الذكر .

تحت مسؤولية أمين الضبط الرئيسي، مرقما وموقعا من طرف الرئيس الأول للمحكمة العليا، أو رئيس المجلس القضائي، حسب الحالة، والذي يراقب مسكه دوريا¹.

يتم التصريح بالطعن بالنقض من طرف الطاعن أو محاميه، في محضر يعده أمين الضبط الرئيسي لدى المحكمة العليا أو المجلس القضائي أو أمين الضبط الذي يفوضه لهذا الغرض، ويوقع المحضر من كل من أمين الضبط الذي أعده والقائم بالتصريح. وتسلم نسخة منه إلى هذا الأخير بغرض تبليغه الرسمي للمطعون ضده.

يتعين على الطاعن أن يبلغ رسميا المطعون ضده، خلال أجل شهر واحد، من تاريخ التصريح بالطعن بالنقض، بنسخة من محضر التصريح وتنبيه بأنه يجب عليه تأسيس محام إذا رغب في الدفاع عن نفسه.

للطاعن أجل شهرين، ابتداء من تاريخ التصريح بالطعن بالنقض، لإيداع العريضة بأمانة ضبط المحكمة العليا أو المجلس القضائي، يرفق بها عدد من النسخ وفق عدد الخصوم، يعرض فيها الأوجه القانونية لتأسيس طعنه، وذلك تحت طائلة عدم قبول الطعن بالنقض شكلا، ويجب على الطاعن أن يبلغ رسميا المطعون ضده، خلال أجل شهر واحد، من تاريخ إيداع عريضة الطعن بالنقض، بنسخة من هذه العريضة مؤثر عليها من طرف أمين الضبط الرئيسي لدى المحكمة العليا أو المجلس القضائي².

هـ- آجال الطعن بالنقض:

تبعاً لمضمون نص المواد 354-357 من قانون 09/08 فإن المشرع خص آجال الطعن بالنقض بقواعد ناظمة له نوجزها في ما يلي:

-يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين (2) يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا ويمدد أدل الطعن بالنقض إلى ثلاثة (3) أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار.

¹- بوشير محند أمقران، مرجع سابق، ص 12 و13.

²- مرجع نفسه، ص 12 و13.

- لا يسري أجل الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات الغيابية إلا بعد انقضاء الأجل المقرر للمعارضة.
- يترتب على تقديم طلب المساعدة القضائية توقيف سريان أجل الطعن بالنقض أو أجل إيداع المذكرة الجوابية.
- يستأنف سريان أجل الطعن بالنقض أو أجل إيداع المذكرة الجوابية للمدة المتبقية ابتداء من تاريخ تبليغ المعني مكتوب المساعدة القضائية بواسطة رسالة مضمّنة مع إشعار بالاستلام¹.

ثانياً: إعتراض الغير الخارج عن الخصومة

إن إعتراض الغير طريق من طرق الطعن غير العادية على الأحكام، لأن الآثار التي يترتبها سلوك طرق الطعن القانونية غير العادية، تكاد تكون هي ذات الآثار التي يترتبها سلوك طريق الطعن بإعتراض الغير.

وقد تبنت غالبية التشريعات هذا الرأي منها المشرع الفرنسي الذي نظم أحكام هذا الطعن في قانون الاجراءات المدنية في المواد من 582 إلى 592 رقم 1123 لسنة 1975، وتبناه المشرع الجزائري كطريق طعن غير عادي ونظم أحكامه بداية في قانون الاجراءات المدنية الملغى في الباب الرابع والقسم الأول منه المعنون بإعتراض الغير الخارج عن الخصومة مقتصرًا أحكامه في المادة 191 بنصها: "أن لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم لم يكن طرفاً فيه، بطريق بإعتراض الغير الخارج عن الخصومة".

و باعتبار عمومية هذا النص، جاء المشرع بأحكام هذا الطريق من خلال قانون الاجراءات المدنية والإدارية بنوع من التفصيل من خلال المواد من 960 إلى 962 من هذا القانون، حيث تناول هذه الطعن وشروط قبوله والآثار المترتبة عليه².

¹ - خالد روشو، مرجع سابق، ص 190.

² - عائشة غنادرة، الطعن بطريق إعتراض الغير الخارج عن الخصومة في الأحكام القضائية الإدارية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09-العدد 03، ديسمبر 2018، ص 410 و 411.

أ- الأحكام التي يجوز الطعن فيها بطريق اعتراض الغير:

نصت المادة 380 ق إ م إ على أنه: "يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الإستعجالي الذي فصل في أصل النزاع"، وعلى خلاف القانون القديم للإجراءات المدنية فإن الإستعجالية يجوز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير.

رغم أن القاعدة العامة أن الأمر الاستعجالي لا يمس بأصل الحق، رغم أن المادة 960 ق إ م إ المتعلقة باعتراض الغير الخارج عن الخصومة في المواد الإدارية لم تنص على جواز الطعن عن طريق اعتراض الغير في الأمر الاستعجالي¹، فهل تم النص عليه سهواً؟ و للإضافة فإن المشرع الفرنسي كان أكثر وضوح بنصه في المادة 585 ق إ م ف على أن كل حكم قضائي قابل للطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

ب- شروط قبول الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

توجد شروط خاصة ينفرد بها طريق الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، والتي يمكن استخلاصها بمقتضى الإحالة المنصوص عليها في المادة 961 بنصها: "تطبق الأحكام المتعلقة باعتراض الغير الخارج عن الخصومة المنصوص عليها في المواد 381 إلى 398 من هذا القانون أمام الجهات القضائية وهي كالآتي:

- شرط المصلحة:

وهو ما أكدته المادة 381 إ م إ، وتكون المصلحة متوفرة في حالة وقوع الضرر أو احتمال وقوعه، فالغير الذي يعلم بوجود الحكم ويخشى تنفيذه لاحقاً، له مصلحة قائمة في تفادي الآثار المحتملة لذلك التنفيذ.

¹-فضيل العيش، مرجع سابق، ص185.

-الغير:

وهو كل شخص لم يكن طرفا في الدعوى، سواء بنفسه أو بواسطة من يمثله، وليس خلفا عاما أو خاصا لأحد الأطراف¹.

-الكفالة:

لا يقبل اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، ما لم يكن مصحوبا بوصل يثبت إيداع مبلغ لدى أمانة الضبط، يساوي الحد الأقصى من الغرامة المنصوص عليها في المادة 388 ق إ م إ، التي تتراوح ما بين عشرة آلاف دينار (10.000دج) إلى عشرين ألف دينار (20.000 دج).

-الميعاد:

يبقى أجل اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على الحكم أو القرار أو الأمر، قائما لمدة خمس عشرة (15) سنة، تسري من تاريخ صدوره، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. غير أن هذا الأجل يحدد بشهرين، عندما يتم التبليغ الرسمي للحكم أو القرار أو الأمر إلى الغير، ويسري هذا الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي الذي يجب أن يشار فيه إلى ذلك الأجل وإلى الحق في ممارسة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة².

ثالثا: في إلتماس إعادة النظر

يهدف إلتماس إعادة النظر إلى مراجعة الأمر الإستعجالي، أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع، والحائز لقوة الشيء المقضي فيه، وذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون، ويرفع أمام ذات الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه، لأنه ينبني على أسباب لو أن الجهة القضائية قد تنبته إليها لأحتتمل أن تغير حكمها، وهي أسباب غابت عنها إما لسهو غير متعمد منها أو بسبب فعل المحكوم له³. و يخضع التماس إعادة النظر إلى مجموعة من الأحكام والقواعد نظمها المشرع من خلال نصوص المواد 391-397 من ق إ م إ، وهذه الأحكام تتمثل فيما يلي:

¹-أنظر في ذلك المادة 381 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

²-أنظر في ذلك المادة 384 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم ، السالف الذكر.

³- بوشير محند أمقران، مرجع سابق، ص 338.

أ- لا يجوز تقديم التماس إعادة النظر إلا ممن كان طرفا في الحكم أو القرار أو الأمر، أو تم استدعاؤه قانونا.

ب- يمكن تقديم التماس إعادة النظر لأحد السببين الآتيين:

- إذا بني الحكم أو القرار على شهادة شهود، أو على وثائق اعترف بتزويرها، أو ثبت قضائيا تزويرها بعد صدور ذلك الحكم أو القرار وحيازته قوة الشيء المقضي فيه،

- إذا اكتشفت بعد صدور الحكم أو القرار الحائز لقوة الشيء المقضي به، أوراق حاسمة في الدعوى، كانت محتجزة عمدا لدى أحد الخصوم.

ج- يرفع التماس إعادة النظر في أجل شهرين (2)، يبدأ سريانه من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشاهد، أو ثبوت التزوير، أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة¹.

د- لا يقبل التماس إعادة النظر إلا إذا كانت العريضة مرفقة بوصل يثبت إيداع كفالة بأمانة ضبط الجهة القضائية، لا تقل عن الحد الأقصى للغرامة المنصوص عليها في المادة 379 أدناه.

هـ- يرفع التماس إعادة النظر أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر الملتمس فيه وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى بعد استدعاء كل الخصوم قانونا.

و- تقتصر المراجعة في التماس إعادة النظر على مقتضيات الحكم أو القرار أو الأمر التي تريب مراجعتها، ما لم توجد مقتضيات أخرى مرتبطة بها.

ي- يجوز للقاضي الحكم على الملتمس الذي خسر الدعوى بغرامة مدنية من عشرة آلاف دينار (10.000 دج) إلى عشرين ألف دينار (20.000 دج)، دون الإخلال بالتعويضات التي قد يطالب بها. وفي هذه الحالة تطبق أحكام الفقرة الثانية من المادة 388 ق إ م².

¹ - خالد روشو، مرجع سابق، ص 191.

² - أنظر في ذلك المادة 388 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الباب الثاني: الآليات غير القضائية للفصل في المنازعات التجارية في التشريع

الجزائري

اللجوء للوسائل البديلة لحل النزاعات في وقتنا الحالي أصبح أمرا حتميا، وذلك لتلبية متطلبات المعاملات الحديثة، والتي لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل منفرد ووفق اجراءات اصدار الأحكام المقننة في القوانين الاجرائية، فمع التطور المستمر في التعاملات والخدمات وانفتاح الدول على العالم الخارجي خاصة في مجال جلب المستثمر سواء الأجنبي أم الوطني، ما نتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات، والحاجة إلى السرعة والفعالية في حل الخلافات التي قد تنشأ بين المتعاملين، وتخصص من قبل من ينظر بهذه الخلافات أو يساهم في حلها، نشأت الحاجة لوجود آليات قانونية يمتن للأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفعال، مع منحهم مرونة حرية لا تتوفر عادة في المحاكم، فكان من الضروري إذن أن تعرف الوسائل البديلة لحل النزاعات اهتماما متزايدا على صعيد مختلف الأنظمة القانونية والقضائية، وذلك لما توفره هذه الأخيرة من مرونة وسرعة في الحل والحفاظ على السرية وما تضمنه للأطراف من مشاركة في ايجاد الحلول لمنازعاتهم.

ونظرا لما أصبحت تحتله الوسائل البديلة لحل النزاعات من مكانة بارزة في الفكر القانوني على المستوى العالمي، وما شهده العالم في الآونة الأخيرة من حركة فقهية وتشريعية لتنظيم الوسائل البديلة، وما تمثله من فعل مؤثر على صعيد النفاضي كان من الطبيعي أن تعمل الدول جاهدة لإيجاد اطار ملائم يضمن لهذه الوسائل تقنينها ثم تطبيقها لتكون بذلك أداة فاعلة لتحقيق وتثبيت العدالة وصيانة الحقوق.¹

¹-الصالح بوغزارة، الأسباب والمبررات لاعتماد الوسائل البديلة لحل النزاعات كطريق لعدالة توافقية، مجلة البحوث والحقوق

السياسية، العدد 06، 2016، ص414.

فأصدرت تعديلات على قوانينها ومنها الجزائر التي قننت أحكام جديدة تتماشى والتحويلات الإقتصادية والتجارية، فندق إ م إ رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 خص في الكتاب الخامس المعنون: بالطرق البديلة لحل النزاعات وذلك بعدما كانت تعطي التخصص للمحاكم لحل النزاعات أصبحت تسمح اليوم باللجوء إلى الوسائل البديلة بنصوص صريحة.

الفصل الأول: الآليات شبه قضائية للفصل في المنازعات التجارية في التشريع الجزائري

كان التحكيم هو الوسيلة الأساسية لفصل النزاعات قبل نشأة الدولة فلما ظهرت الدولة وقويت شوكتها أصبحت سلطتها القضائية هي المختصة بالفصل في كافة المنازعات التي تقع على أرضها غير أن المشرع أقر التحكيم ونظم قواعده تخفيفا على كاهل القضاء، واحتراما لإرادة الخصوم الذين يفضلون التحكيم نظرا لما يحققه من مزايا أهمها سرعة الفصل في المنازعات، وقلة التكاليف، والسرية، والخبرة في مجال المنازعة لأطراف النزاع والدولة باعترافها بالتحكيم وإجازتها له قانونا، إنما تترك بإرادتها قدرا من ولاية القضاء للمحكمن.

ومع التطور العلمي والتكنولوجي الذي شهده العالم والذي أدى إلى تبادل المعلومات والبيانات وإبرام التعاقدات التجارية عن طريق الأنترنت، وجعل العالم قرية واحدة وذات سوق واحدة مفتوحة مما جعل التجار يروجون لبضائعهم وخدماتهم والحصول على السلع والخدمات عن طريق الأنترنت عبر التعاقد الإلكتروني، وبذلك أضحت التجارة الإلكترونية ثورة في مجال الإقتصاد اللامادي مكنت العالم من التفاعل والتواصل في أسرع وقت وساهمت في التنمية بشتى أنواعها.

يعتبر التحكيم أحد أهم الوسائل لحل المنازعات الناتجة عن العقود التجارية الدولية والتي انتهجها المشرع الجزائري لتمييزه بالسرعة في الفصل في النزاع وعدم تكلفته المادية، ويقصد بالتحكيم¹ طبقا للمادة 1007 من ق إ م إ بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه أطراف في عرض النزاعات التي قد تنشأ بينهم على التحكيم.

من المتفق عليه أن بطء التقاضي وعدم فعالية تنفيذ الأحكام ظاهران تهددان العدالة، لذلك لم يعد اللجوء إلى القضاء في نظر البعض وسيلة فعالة للحصول على الحقوق، وإنما أصبح مكانا يجد

¹-محمد حودي، إجراءات التحكيم الإلكتروني في العقود التجارية الدولية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الخامس- العدد 01 جانفي 2019، جامعة عمار تليجي، الأغواط-الجزائر، ص174.

فيه المماطل متسعا للمراوغة والتعطيل. وأسباب ذلك ردها البعض إلى: تعقيدات إجراءات التقاضي، وقلة عدد القضاة، وقدرة المحامين على مد إجراءات التقاضي.

الحل إذن لمشكلة بطء عملية التقاضي وتعقيداتها وعدم فاعلية تنفيذ الأحكام هو اللجوء والركون إلى وسائل أخرى تساهم في تخفيف العبء الملقى على كاهل قضاء الدولة، أي إيجاد نوع من العدالة الخاصة البعيدة عن القضاء العادي. ويأتي على رأس هذه الوسائل التحكيم باعتباره الأكثر شهرة وشيوعا لا سيما في مجال التجارة الدولية، حيث أصبح ظاهرة قانونية عالمية يرمي إلى تحقيق عدالة تقوم على أسس مختلفة عن المفهوم التقليدي للعدالة في القضاء.¹

¹- مروان محمد أبو فضة وماهر موسى درغام، التحكيم التجاري الدولي، ورقة عمل مقدمة إلى اليوم الدراسي المعنون "التحكيم المالي في المنازعات التجارية-مشكلات وحلول"، الجامعة الإسلامية، غزة فلسطين، 18 مارس 2012، ص2.

المبحث الأول: التحكيم التجاري التقليدي

عرفت المجتمعات القديمة نظام التحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات وفق القواعد العرفية والتقاليد السائدة في العصور القديمة، حتى قبل نشأة الدولة العصرية وقضائها، حيث عرف تطبيقات كثيرة عند قدماء المصريين والإغريق والرومان، وكان معمولا به في العلاقات الداخلية والخارجية، وسرعان ما تطور بتطور مفهوم الدولة وتقنيته واعتماده كآلية بديلة لتسوية المنازعات بأشكاله وتقسيماته المختلفة التي تضمنتها المعاهدات والاتفاقيات المتعلقة به، بالإضافة إلى ما أثبتته طريق التحكيم في تسوية المنازعات الإستثمارية، مما أدى الى اعتباره أكثر الآليات انتشارا وملائمة لهذا النوع من المنازعات¹.

ونظرا لأهمية التحكيم باعتباره آلية بديلة لفصل المنازعات فلقد حظي باهتمامات جل الدول، إذ أبرمت بشأنه مجموعة من الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية، وهذا الإهتمام كان له دور مهم في ظهور هيئات ومراكز دائمة للتحكيم الدولي من قبيل مركز التحكيم بغرفة التجارة الدولية وغيرها...

المطلب الأول: ماهية للتحكيم التجاري

يختلف التحكيم الداخلي عن التحكيم الدولي في مسائل عدة، الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري و غيره من التشريعات المقارنة إلى سن قواعد خاصة بكل تحكيم على حدة.

الفرع الأول: تعريف التحكيم التجاري

لقد تعدد التعريفات حول ماهية التحكيم باعتباره إحدى الوسائل البديلة عن القضاء في الفصل في المنازعات بطريقة سلمية وذلك عن طريق اللجوء إلى شخص أو عدة أشخاص من ذوي الرأي يسمى الواحد منهم "محكما" أو "هيئة التحكيم"، للفصل في النزاع الذي ينشأ بين طرفين بعيدا عن القضاء وذلك وفقا لاتفاق يبرم بين الأطراف. وسنتعرض في هذا الفرع إلى مفهوم التحكيم في التشريع الجزائري وغيره.

¹ -رقاب عبد القادر، الآليات البديلة لتسوية المنازعات للاستثمار الاجنبي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة زيان عاشور بالجلفة، السنة الجامعية: 2019-2020، ص25.

أولاً: تعريف التحكيم التجاري لغة واصطلاحاً

التحكيم لغة يعني " حكمه في الأمر " أي فوض إليه الحكم فيه و " حكموه بينهم " بمعنى طلبوا منه أن يحكم بينهم و " حكمنا فلانا فيما بيننا " بمعنى أجزنا حكمه بيننا، حكم بمعنى قضي واحتكم الخصمان إلى الحاكم بمعنى رفع خصومتها إليه، والتحكيم مصدر حكم وهيئة التحكيم هي لجنة تقوم بالحكم بين الأطراف المتنازعة،¹ كقوله تعالى: " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً".²

أما التحكيم اصطلاحاً فنجد أن التعريف الاصطلاحي لا يختلف عن التعريف اللغوي فيقصد به تولية الخصمين شخصاً أو أكثر للحكم فيما تنازعوا فيه³، أو هو كما عرفه " ابن قدامة " في كتابه بأنه: (اختيار خصمين شخصاً أو أكثر غير قاض للحكم بينهما في المنازعة ويطبق حكم الشرع) والتحكيم هو وسيلة تستخدم لحل المشكلات أو المنازعات خارج نطاق المحاكم والهيئات القضائية الرسمية.

ثانياً: التعريف الفقهي للتحكيم التجاري

يرى جانب من الفقه بأن التحكيم عبارة عن نظام للقضاء الخاص تقضى فيه خصومة معينة من اختصاص القضاء ويعهد بها إلى شخص أو أشخاص يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها⁴.

ويعرفه جانب من الفقه الفرنسي كما يلي:

L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs personnes - l'arbitre ou les arbitres - lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'état.⁵

¹ -الصيد أحمد، تسوية منازعات عقود الاستهلاك، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص 37.

² - الآية 65 من سورة النساء.

³ - الصيد أحمد، مرجع سابق، ص 37.

⁴ - طيب قبائلي وكريم تعويلت، التحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بلقيس، ب ط، الجزائر، 2020، ص 10.

⁵ - DAVID Rene, l'arbitrage dans le commerce international, 2eme Edition LGDJ, Paris 1982.p.9.

أما عن التعريف الذي يجمع بين مختلف الجوانب التي يطرحها التحكيم، نجد تعريف الدكتور عبد الكريم سلامة، إذ نلاحظ أن تعريفه عكس التعاريف السابقة والتي تركز على جانب واحد منه دون الجانب الآخر، فقد عرفه على أنه: "نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب، بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم، بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم، وفقا لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم".

على ضوء ما تقدم، يتبين أن التحكيم يفترض وقوع نزاع معين أو توقع حدوثه في المستقبل وكان من المفروض أن القضاء الرسمي هو من سيتولى الفصل فيه، إلا أن أطراف النزاع قرروا سلب هذا الإختصاص ومنحه بموجب اتفاق لشخص أو أكثر يختارونه بإرادتهم للفصل في نزاعهم بموجب حكم يلتزمون به.¹

ثالثا: تعريف المشرع للتحكيم

لا نجد تعريف واضح ودقيق من طرف المشرع الجزائري للتحكيم رغم أنه تناول مختلف أحكام التحكيم التجاري من خلال نصوص القانون، كالمواد المدرجة ضمن المرسوم التشريعي 09 _ 93 ، ولا حتى في القانون الجديد 09 - 08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الذي نظم فيه المشرع الجزائري التحكيم بنوعيه الداخلي والدولي.

مختلف التشريعات الوطنية عرفت ما يسمى باتفاقية التحكيم التجاري والتي يقصد بها اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية². و بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه عرفها في المادة 1011 من ق،إ،م،إ" اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم "أي إنه عقد يتفق فيه الطرفان المتعاقدان على التنازل من مراجعة القضاء العادي، والاحتكام إلى محكم أو أكثر للفصل في نزاع محتمل أو نزاع قائم بينهما ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى

¹ طيب قبائلي وكريم تعويلت، مرجع سابق، ص 11.

² شحاتة عريب شلقامي، إشكالات اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص 15.

ونستنتج من ذلك كله بأن المشرع . كقاعدة عامة قد أوجد نظاماً للتحكيم مبناه مبدأ سلطان الإرادة الحرة للخصوم، ومبتغاه الفصل في المنازعات التي نشأت، أو قد ستقع بين الطرفين مستقبلاً أياً ما كانت طبيعة أو صبغة النزاع تجاري أو إداري أم غير ذلك، وبالتالي فإن أساس مصدر سلطة المحكمين ، هو توافق إرادة الطرفين على عرض النزاع على التحكيم لنظر النزاع الراهن، والبت فيه بحكم يحوز حجية الأمر القضائي.

وعليه نلاحظ بأن المشرع الجزائري قد توسع كثيراً في النطاق الذي يمكن أن يشمل اتفاق التحكيم، سواءً من جهة نوع العلاقة القانونية التي تربط الأطراف، أم من حيث ضرورة وجود نزاع حالي أو مستقبلي يتم الإتفاق على إحالته للتحكيم، فاتفاق التحكيم بهذا المفهوم هو عقد¹ كسائر العقود الأخرى يخضع للقواعد العامة للعقود من حيث انعقاده، وإثباته، وآثاره، وانقضائه، وإلى جانب هذه القواعد العامة فإن لاتفاق التحكيم قواعد وأحكاماً خاصة به، ومن أهمها إن اتفاق التحكيم لا يوجد له في الواقع كيان مستقل، وقائم بذاته، وإنما دائماً يرتبط بوجود علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية ، بحيث لا يتصور دون وجود تلك العلاقة ، وإلا كان غير ذي موضوع أو محل يرد عليه، مما يترتب بطلانه.

الفرع الثاني: مزايا اللجوء إلى التحكيم كآلية لتسوية المنازعات التجارية وعيوبه

إذا كان التحكيم والقضاء يشتركان في الهدف ألا وهو حسم النزاع وذلك بقرار ملزم ونهائي لأطرافه، فما هي الأسباب التي تدعو المشتغلين بالتجارة الداخلية والدولية إلى العزوف عن القضاء العادي وتفضيل اللجوء إلى التحكيم ؟ هل من مزايا يتمتع بها التحكيم، وهل من عيوب طرأت عليه مؤخراً ؟ هذا ما سنعالجه في هذا الفرع.

أولاً: مزايا التحكيم التجاري

للتحكيم مزايا عديدة وأهمها:

1- السرعة العالية في حسم المنازعات التجارية كون المحكمين متفرغين للنزاع المعروض عليهم ويباشروا في إجراءات التحكيم بشكل فوري، مع بساطة الإجراءات وعدم تعقيدها في سير العملية

¹ - العقد في القانون المدني وفقاً لرأي الدكتور السهوري، يعرف على أنه : " تلاقى إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين سواء كان ذلك بإنشاء التزام أو تعديله أو إلغائه".

التحكيمية. فضلا على أن المحكمين يلتزمون بإصدار قرارهم خلال ميعاد معين يعينه أطراف النزاع في اتفاق التحكيم.

2-تحقيق العدالة ورضا أطراف النزاع كون المحكمين تم اختيارهم من قبل المتنازعين أنفسهم من قناعة التامة بقدرتهم على تحقيق العدالة وتخصص وعلم بموضوع النزاع.

3-التحكيم يحقق الضمانات للمستثمرين من خلال النص في العقد التجاري على تسوية النزاعات القائمة أو التي تثور مستقبلا عن طريق التحكيم. هذا يوفر الطمأنينة لدى المستثمرين بتخلصهم من القضاء الوطني للدول المضيفة للإستثمار الذي يتأثر بالتقلبات السياسية والإقتصادية. حيث يجد التحكيم مخرجا في مسألة تنازع القوانين حيث يسعى كل طرف تطبيق قوانين بلده.

4-الكتمان والسرية العالية من أهم المزايا التي تجذب المحتكمين من الشركات والمستثمرين في المعاملات التجارية الدولية هي سرية الإجراءات والحفاظ على أسرار التجارة في احكام التحكيم التجاري، فإذا كانت كقاعدة عامة في القضاء العادي مبدأ العلانية¹، فإن التجار غالبا ما يفضلون الحفاظ على أسرار مهنتهم وحرصهم على عدم إذاعة أسرار صناعية أو تكنولوجية أو اتفاقات خاصة، فالبعض من التجار يفضل خسارة دعواه على كشف أسرار التجارة.

5-انخفاض تكلفة التحكيم، حيث يرى البعض أنه من السمات الأساسية للتحكيم انخفاض تكاليفه مقارنة مع عرض القضية على القضاء العادي، الذي يحتاج إلى أموال طائلة وذلك لطول إجراءاته ودفع أتعاب المحامين والرسوم الواجبة لرفع الدعوى².

ثانيا: عيوب التحكيم التجاري

بالرغم من أن للتحكيم التجاري عدة مزايا تميزه عن غيره من الوسائل لحل النزاعات التجارية ، إلا أنه لا يخلو من بعض العيوب، نذكر منها ما يلي:

1-من حيث السرعة: في ظل التطور الحاصل في عالم التجارة والأعمال وتشابك وتنوع العلاقات التجارية وشيوع عقود لم تكن تعرف في السابق، نتيجة ثورة التكنولوجيا الحديثة والعولمة والخصخصة

¹ - حاتم غائب سعيد، التحكيم كأداة لفصل النزاعات التجارية الدولية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، ص419.

² -مينة مومن، الإجراءات البديلة لحل منازعات التجارة الدولية، مجلة نوميروس الأكاديمية، المجلد الثالث-العدد الأول، 2022 /01/01، ص239.

والتي اكتسحت العالم، لم يعد التحكيم بديلا مغريا عن القضاء العادي ولم يبقى هو الوسيلة الوحيدة لحسم النزاعات التجارية خصوصا الدولية منها ولم يبقى مجردا من أي عيب، بل بات مقرونا ببطء القضاء وارتفعت تكاليفه حيث أصبحت تشكل أرقاما خيالية لا تتاسب التجار ورجال الأعمال والشركات التجارية، وذلك أن التجارب العملية أثبتت من الناحية العملية انتشار قرارات تأجيل قضايا التحكيم وهذا من شأنه أن يجرد التحكيم من أهم ما يميزه عن القضاء الرسمي فقد تطول في بعض الأحيان مدة حسم النزاع لبعض السنوات، فمثلا في قضية بنك Mellat الإيراني وشركة GAA البريطانية للتنمية والإعمار دامت القضية من يونيو /حزيران 1979 وحتى يوليو / تموز عام 1987 حيث صدر حكم من محكمة لندن التجارية للتحكيم بأغلبية المحكمين يلزم البنك بدفع مبلغ قدره 3.655.914 دولار أمريكي مع الفوائد لشركة GAA، والأمثلة في هذا المجال كثيرة.

2- من حيث الكلفة: أما من ناحية الكلفة التي يتحملها المتنازعون في لجوئهم إلى التحكيم فهي تشكل عيبا آخر يؤخذ على التحكيم¹، فالمحكّمون يتقاضون أتعابا لقاء قيامهم بالمهمة التحكيمية الموكلة إليهم وأصبحت اليوم تشكل أرقاما خيالية مع العلم أن مراكز التحكيم المحلية والدولية تضع غالبا جداول بأتعاب المحكمين. فالتحكيم يكلف المتنازعين أكثر من القضاء الرسمي، حيث تدفع الدولة مرتبات القضاة ولا يدفع من يرفع الدعوى سوى الرسوم المقررة، بينما في التحكيم يدفع الخصوم أتعاب المحكمين ومصاريف إنقالهم وإقامتهم وغيرها من المصاريف.

3- من حيث السرية: إضافة إلى البطء في عملية التحكيم والذي بات مقرونا ببطء القضاء التقليدي والتكلفة المرتفعة حتى صار يعرف بقضاء الأغنياء، فإن السرية Confidentiality أيضا تعرضت لبعض الانتهاكات في كثير من القضايا مؤخرا، رغم أن مبدأ سرية التحكيم يعتبر من الخصائص المهمة لعملية التحكيم.²

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم وتمييزه عما يشابهه

لقد اختلفت الآراء الفقهية في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم فقد تجاذبته عدة اتجاهات، الاتجاه الأول ذا طبيعة اتفاقية أو تعاقدية، في حين وصفه الآخر بأنه ذو طبيعة قضائية وبين هذا

¹-علاء آبريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت-لبنان، 2008، ص42-43.

²-مرجع نفسه، ص45-46.

وذلك ظهر اتجاه ثالث مزج بين الاتجاهين الأول والثاني ليعيد التحكيم ذا طبيعة مختلطة، وأخيراً نادى اتجاه رابع بالطبيعة الخاصة المستقلة للتحكيم، كما أن التحكيم التجاري خصائص ومميزات تختلف عن باقي الآليات الأخرى التي تشابهه.

أولاً: الطبيعة القانونية للتحكيم

في الوقت الذي يركز البعض على بداية التحكيم الإتفاقية لتغليب طابعه العقدي، يركز البعض الآخر على نهايته القضائية لتغليب طابعه القضائي:

1- الطبيعة الإتفاقية أو التعاقدية للتحكيم التجاري:

اعتبر البعض التحكيم عقداً رضائياً ملزماً للجانبين من عقود المعاوضة، ويرى أنصار هذا الاتجاه أن حكم التحكيم يعتبر جزءاً لا يتجزأ من اتفاق التحكيم بل إنه يندمج فيه والمحكومون هم أفراد يعهد إليهم بمهمة تنفيذ الاتفاق ولا يرتقون إلى مرتبة القضاة.

ويسلم أنصار هاته النظرية بأن التحكيم يقوم أصلاً على عمل من المحتكمين وهو اتفاق التحكيم وعمل من المحكم وهو الفصل في النزاع، كما يرون بأن نظام التحكيم يقوم على أساس إرادة الأطراف ومن ثم فإن له طابع تعاقدي.

2- الطبيعة القضائية للتحكيم التجاري:

على خلاف الإتجاه السابق، يرى أنصار هذه النظرية أن الطابع القضائي يغلب على طبيعة التحكيم ذلك أنه قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه وأن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها وأن عمله هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية للدولة¹.

وذهب أنصار هاته النظرية إلى أنه إذا كان اختيار التحكيم وسيلة لحسم النزاع يتم بعمل إرادي من طرفيه فإن الإلتجاء إلى القضاء يتم بعمل إرادي من جانب أحدهما وقد يتفق أطراف النزاع على رفع النزاع إلى محكمة غير المحكمة المختصة أصلاً وقد يتفق أطراف الخصومة على النزول عن الخصومة بعد رفعها وهذا دليل على أن ما تؤديه إرادة الخصوم من دور في طرح النزاع على التحكيم بدلا من القضاء ليس له من أثر على حقيقة الوظيفة التي يؤديها التحكيم من كونها وظيفة قضائية مثلها في ذلك مثل وظيفة قضاء الدولة.

¹-خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، مصر، 2002، ص112.

3- الطبيعة الخاصة للتحكيم التجاري:

يرى أصحاب هذا الطرح أن التحكيم هو نظام قضائي استثنائي كونه وسيلة مختلفة عن القضاء وفي نفس الوقت موازية له. فالتحكيم تتعاقب عليه صفتان الأولى هي الصفة التعاقدية حتى تبدو واضحة في اختيار الخصوم لقضاء التحكيم كوسيلة لفض نزاعاتهم¹، أما الصفة الثانية -الصفة القضائية- تتجلى من خلال تدخل القاضي بعد أن يلجأ إليه الأطراف لإسباغ حكم التحكيم الصفة التنفيذية فيتحول قرار التحكيم إلى حكم قضائي².

ثانيا: التحكيم وما يميزه عن بعض الأنظمة المشابهة له في حل النزاعات التجارية

هناك بعض المصطلحات التي ترافق التحكيم أو التي تسبقه لغرض منع النزاعات وحسمها والتي يمكن اللجوء إليها من قبل الأطراف المتنازعة ذاتها أو بمبادرة من طرف ثالث ليست له علاقة بموضوع النزاع أو لغرض الاستعانة بها للتوصل لتسوية سريعة ترضي الأطراف. والتي يمكن إيجازها كما يلي:

1- تمييز التحكيم عن القضاء

يعتبر القضاء سلطة من السلطات التي تتمتع بها الدولة والتي تفصل بين المتخاصمين وحماية الحقوق، ويشترك مع التحكيم في كونه طريق للفصل في النزاع بحكم ملزم، ويمكن التمييز بينه وبين التحكيم من خلال ما يلي:

أ- إذا كان التحكيم يشترط توافق إرادة الأطراف على اختياره كطريق لحل النزاع القائم أو المحتمل بينهم، فإن القضاء حق يستعمله المتقاضين تلقائيا ولا يتطلب موافقة خصمه للنقاضي أمام الجهات القضائية.

ب- في التحكيم يتولى الأطراف اختيار الشخص أو الأشخاص الذين تسند إليهم مهمة الفصل في النزاع أو يبينون على الأقل كيفية تعيينهم والمؤهلات المطلوبة فيهم، أما في القضاء، فإن القاضي يعين بشكل رسمي من طرف الدولة ولا دخل للمتخاصمين في تعيينه.

¹ - يمينة مومن، مرجع سابق، ص 238.

² - مرجع نفسه، ص 238.

ج- في التحكيم نجد طبيعة المهمة الموكلة للمحكم موقوتة وخاصة بنزاع معين، بينما مهمة القاضي عامة ودائمة بعد مراعاة قواعد الإختصاص القضائي.¹

د- يلتزم القاضي أثناء فصله في النزاع المعروف عليه بإسقاط حكم القاعدة القانونية على وقائع النزاع للوصول إلى الحل القانوني، بينما المحكم في التحكيم يمكن أن يعفيه الأطراف من الإلتزام بنص القانون، ويفصل في هذه الحالة وفقا لما يراه مناسبا لحل النزاع، لكن ذلك يتوقف عادة وفق جل التشريعات، على وجود اتفاق صريح بين الأطراف يمنحه صفة "محكم بالصلح".

5- لا يمكن تنفيذ حكم التحكيم إلا بعد صدور أمر من السلطة القضائية في الدولة، بينما يكون الحكم القضائي النهائي واجب التنفيذ دون الحاجة إلى صدور أمر بذلك.

2- التمييز بين التحكيم والصلح:

لقد عرف المشرع الجزائري عقد الصلح بأنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".²

و هو حسب المشرع الجزائري يتم في أي مرحلة من مراحل الخصومة بسعي من الخصوم (المادتين 971 و 972 من ق إ م إ).

أما التحكيم فهو يتم بواسطة الغير وهو المحكم الذي لا يبحث عن الحل الذي يرتضيه الأطراف وإنما عن الحل العادل وفقا للقانون المطبق.

إن التحكيم هو عقد بين الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية ينصب أساسا على اختيار شخص "المحكم" لكي يفصل في النزاع سواء أكان النزاع قائما أو محتمل الوقوع وذلك بقرار أو حكم ملزم للأطراف لذلك فهو يختلف عن الصلح باعتبار أن هذا الأخير يهدف إلى تحقيق الصلح بين الطرفين من خلال تقريب وجهات النظر وصولا إلى حل يرتضيه الخصوم.³

¹ - طيب قبائلي وكريم تعويلت، مرجع سابق، ص 12.

² - المادة 459 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر. عدد 78، الصادر بتاريخ 30-09-1975، المعدل والمتمم.

³ - منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الإستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة 1، 2013-2014، ص 15.

3- التمييز بين التحكيم والوساطة:

إذا كان التحكيم هو وسيلة تقليدية ومعروفة في مختلف التشريعات كحل بديل لتسوية النزاعات، فإن الوساطة مفهوم جديد دخل على تشريعنا الوطني، على خلاف العديد من التشريعات التي عرفته وأثبتت نجاعته كحل بديل للتقاضي، ومن خلال المقارنة بينهما سنوضح ما يلي:

أ-إحالة النزاع للوساطة والتحكيم:

إحالة النزاع للتحكيم يكون قبل اللجوء للقضاء، فإما أن يكون بندا في الإتفاقية المبرمة وهو ما يعرف بشرط التحكيم، فإذا وقع نزاع يتم عرضه على التحكيم أو يتم الإتفاق على عرضه على محكمة تحكيمية وهو ما يعرف باتفاقية التحكيم، وفي حال تجاوز هذا الإتفاق من طرفي النزاع فإنه يحق للطرف الآخر تقديم دفع أمام المحكمة التي تقضي برفض الدعوى ويلزم الأطراف بنظرها أمام هيئة تحكيمية.

أما الوساطة القضائية والتي جاء بها المشرع الجزائري فإنها لا تعرض إلا بعد طرح النزاع أمام القضاء ويكون الأطراف بعدها أحرارا إما باتباع إجراءات التقاضي أو الوساطة.¹

ب-مهمة الوسيط ومهمة المحكم:

مهمة الوسيط تختلف عن مهمة المحكم، فمهمة الوسيط لا تتجاوز تقريب وجهات واتخاذ كافة الإجراءات التي تكفل ذلك، إضافة إلى أن رأي الوسيط غير ملزم للأطراف وليس له سلطة عليهم، وإن وجدت هذه السلطة فهي أدبية تتجسد في حث المتنازعين على قبول اقتراحاته وتوصياته التي تشكل مدخلا وسبيلا لحل النزاع القائم.

أما المحكم فمهمته تكمن في إصدار قرار بموضوع النزاع المعروف عليه، بعد معاينة وتدقيق الأدلة والوقائع تماما كالقاضي، وهذا القرار يكون ملزما شأنه شأن الحكم القضائي.

¹-عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص80.

ج- مجال الوساطة و التحكيم:

التحكيم شأنه شأن الوساطة مقيد بمجال محدد فإذا كانت الوساطة غير جائزة في مادة شؤون الأسرة والمادة الاجتماعية وكل ما من شأنه المساس بالنظام العام فإن التحكيم القاعدة هي جواز اللجوء له لكن الاستثناء عدم جوازه في المسائل التالية:

-الحقوق التي لا يملك الأشخاص مطلق التصرف فيها، أي غير القابلة للتفاوض بشأنها وعلى هذا الأساس هناك معادلة بين الحقوق القابلة للتصرف وجوازية اللجوء إلى التحكيم.

-المسائل المتعلقة بالنظام العام.

-حالة الأشخاص وأهليتهم.

-تكلفة الوساطة والتحكيم.

إن الوساطة شأنها شأن التحكيم يكون تلقي الأتعاب فيها من الأطراف، وإذا سكت المشرع الجزائري عن تحديد أتعاب المحكم مما يجعل تكلفة التحكيم في بعض الأحيان باهظة، وهي من الإنتقادات الموجهة لهذا الأسلوب من حل النزاعات، فإن الوساطة القضائية نص عليها المرسوم التنفيذي بأن القاضي يتولى تحديد أتعاب الوسيط القضائي¹.

4- التمييز بين التحكيم والخبرة:

الخبير هو الذي يملك خبرة معينة حول موضوع محدد، ويكلف بإبداء رأيه فيما يعرض عليه من مسائل معينة، والخبرة هي المعرفة ببواطن الأمور قد تكون هندسية أو طبية أو تجارية أو حسابية كالضرائب أو دراية بالأعراف والعادات التجارية...إلخ. فهو يستجلي جانب الغموض في مسائل معينة، والخبرة بهذا المعنى لا تعتبر طريقة للفصل في النزاع، فهي تختلف اختلافا كبيرا عن التحكيم، ففي الخبرة يقوم الخبير بإبداء رأيه وليس لهذا الرأي أي قوة إلزامية، ولمعرفة ما إذا كان اتفاق الخصوم اتفاقا على اللجوء إلى التحكيم أو الخبرة، فإن معيار التفرقة هو مدى الصلاحيات الممنوحة للشخص المطروح عليه النزاع، فإن كانت الصلاحيات المخولة له للفصل في النزاع وإصدار قرار ملزم للطرفين، فهو حكم والمسألة تحكيم²، أما إذا كانت تلك الصلاحيات لا تتجاوز إبداء الرأي في مسألة

¹ - عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 82.

² -حاتم غائب سعيد، مرجع سابق، ص 417.

فنية للإسترشاد، سواء أكان الرأي للمتنازعين أم لجهة أخرى، ولمن كتب إليه هذا التقرير العمل به أو تركه فهو رأي خبير فقط.

كما لا يجوز الطعن بالطرق القانونية في رأي الخبير، ذلك لأنه لا يصدر حكما، بينما يجوز الطعن في الحكم الذي يتخذه المحكم¹.

الفرع الرابع: أنواع التحكيم التجاري

التحكيم كما ذكرنا آنفا هو نظام قضائي خاص يتميز عن النظام القضائي العام بأن الخصوم هم من يختارون قضاتهم والقواعد التي ستطبق على المنازعة الواقعة بينهم، كما أنه يتميز أيضا بسرعة الفصل في المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بين طرفي اتفاق التحكيم وفي هذا البحث نشير إلى أنواع التحكيم والتي لا يوجد لها شكل أو نظام معين، وإنما تم استنباطها واستقرائها من قوانين التحكيم ونظم التحكيم المختلفة والهيئات والمؤسسات التحكيمية المتخصصة وبناء على ما تم ذكره آنفا أنواع التحكيم على النحو التالي:

أولا: التحكيم الخاص

وهو ذلك النوع من التحكيم الذي يحدد فيه أطراف النزاع المواعيد والمهل، ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم أو ردهم، ويقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل في قضايا التحكيم، ويعتبر التحكيم خاصا ولو تم الإتفاق بين طرفي النزاع على تطبيق إجراءات وقواعد منظمة أو هيئة تحكيمية طالما أن التحكيم يتم خارج إطار تلك المنظمة أو الهيئة.

وهذا التحكيم الذي كان أول نوع من أنواع التحكيم مازال مستمرا ومازلت له مكانة هامة في مجال التحكيم ولاسيما في المنازعات التي تقع بين الدول. لما تتمتع به الدول من سيادة الأمر الذي يدفعها حين تلجأ إلى التحكيم إلى اختيار ما يراعي سلطتها وسيادتها².

¹ - حاتم غائب سعيد، مرجع سابق، ص 417.

² - سفيان سولم، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق تخصص قانون خاص، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013-2014، ص 48.

ثانيا: التحكيم المؤسسي

التحكيم المؤسسي أو النظامي، هو ذلك التحكيم الذي يعهد به إلى هيئة، أو منظمة، أو مراكز التحكيم الدائمة سواء كانت وطنية أو دولية، والذي يتم وفقا لإجراءات وقواعد موضوعة سلفا تحددتها الإتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، كان يقوم المركز بتعيين المحكمين أو أحدهم حسب اتفاق الطرفين، أو مراجعة حكم التحكيم حسب ماتتص عليه لائحته¹.

ثالثا: التحكيم الإختياري والتحكيم الإجباري

يعتبر التحكيم قضاء اختياريا، لأنه يقوم على إرادة الأطراف في إنشائه، لأن الأصل في فصل النزاع يعود للسلطة القضائية، فاللجوء إلى التحكيم كآلية لتسوية النزاع يكون بعد أن يتفق الأطراف على إحالة ما سيقع بينهما من نزاع مستقبلا على التحكيم، وفي هذه الحالة يتم الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم في عقد يسمى شرط التحكيم، وقد يكون العقد الأصلي لا يتضمن شرط التحكيم، ولكن بعد قيام النزاع قد يتفق الطرفان في عقد مستقل على اللجوء إلى التحكيم، وفي هذه الحالة يسمى هذا الإتفاق بمشارطة التحكيم.²

رابعا: التحكيم الداخلي (الوطني)، والتحكيم الدولي

تتفق معظم تعاريف الفقهاء بشأن التحكيم الوطني، فهناك من يعرفه بأنه التحكيم الذي تكون مكوناته أو عناصره من موضوع النزاع إلى جنسية ومحل طرفيه والمحكمين والقانون الواجب التطبيق ومكان جريانه كلها تنتمي إلى دولة واحدة. وبنفس المعنى هناك من يعرفه أيضا بأنه التحكيم الذي لا يتعد حدود الدولة الواحدة في موضوعه وأطرافه وهيئاته وحيزه الجغرافي والقانون المطبق على الإتفاق. أما المقصود بالتحكيم الدولي فهو التحكيم في مجال علاقات التجارة الدولية والمصالح الخارجية لأطراف النزاع والتي تكشف إرادتهما المشتركة عن أن التحكيم الناشئ عن علاقة تجارية دولية أو مصالح خارجية أي خارج الدول التي ينتمون إليها.

¹ -عبد القادر رقاب، مرجع سابق، ص 61.

² -هشام البخفاوي، الوسائل البديلة التقليدية والمستحدثة لحل النزاعات التجارية، مجلة صوت القانون، العدد الثامن-السنة 2017، ص 382.

ولقد وجد التحكيم الدولي مجاله الخصب خصوصاً مع تنامي العلاقات التجارية بين الدول وازدهار المشروعات الإستثمارية وتعدد الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالإستثمار وضمن الإستثمار.¹

المطلب الثاني: التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الداخلي

يختلف التحكيم الداخلي عن التحكيم الدولي في مسائل عدة، الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري و غيره من التشريعات المقارنة إلى سن قواعد خاصة بكل تحكيم على حدة.

الفرع الأول: اتفاق التحكيم التجاري

يعتبر اتفاق التحكيم يعتبر الحجر الأساس في عملية التحكيم ، حيث يعمل هذا الاتفاق على إثبات موافقة طرفي النزاع على اللجوء إلى التحكيم ، أياً كانت الصورة التي رد عليها، فموافقة الطرفين تعد مطلباً لا غنى عنها من أجل تسوية النزاعات، واتفاق التحكيم يتخذ ثلاث صور.

أولاً: تعريف اتفاق التحكيم التجاري وصوره

1/ تعريف اتفاق التحكيم التجاري : يعرف اتفاق التحكيم بأنه: " ذلك الإتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها من خلال التحكيم".²

وتعتبر اتفاقية التحكيم دستور التحكيم ومصدر سلطة المحكمين، وهي الحائل دون اختصاص القضاء بالنزاع موضوع التحكيم.

و تعبير التحكيم في القانون الجزائري يتجلى في صورتين هما، شرط التحكيم واتفاق التحكيم، كما تطرقنا إلى الفرق بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم، بالإضافة إلى الدفع بوجود اتفاق التحكيم.³

2/ صور التحكيم التجاري:

أ/ شرط التحكيم: لا تنطبق أحكام المادة 1008 من ق إ م إ على شرط التحكيم في إطار التحكيم التجاري الدولي، الذي تبنى في إطاره المشرع الجزائري نظرية استقلالية شرط التحكيم بموجب المادة

¹ -سوالم سفيان، مرجع سابق، ص50.

² - رجاء نظام حافظ بني شمس، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني "دراسة مقارنة"، أطروحة قدمت لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص60.

³ -سوالم سفيان، مرجع سابق، ص145.

1040 من نفس القانون والتي تنص على: " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي". و في هذه الحالة يجتمع شرط التحكيم بمبدأ الاستقلالية الذي يقوم على حقيقتين هما من جهة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، ومن جهة أخرى استقلالية شرط التحكيم عن القانون الداخلي للدولة.¹

ذلك أن اتفاقية التحكيم عقد يرد على الإجراءات ولا يرمي إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية، فهو ينصب على الفصل في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي، ويترتب على ذلك أن الإتفاق على التحكيم ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي، بل هو عبارة عن عقد آخر من طبيعة مختلفة وإن كان مندمجا فيه من الناحية المادية. وعليه في حالة بطلان هذا العقد فإن ذلك لا يمتد بالضرورة إلى بطلان عقد التحكيم ليستلزم وجوب عرض النزاع على القضاء. وأيضا في حالة بطلان عقد التحكيم فإن ذلك لا يمتد إلى العقد الأصلي الذي يبقى صحيحا. أما فيما يتعلق باستقلالية شرط التحكيم بالنسبة للقانون الذي يطبق على العقد الأصلي فإنها لا تقوم إلا فيما يتعلق بالنظام العام الدولي.²

ب/ اتفاق أو مشاركة التحكيم: قد لا يتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم في العقد الأصلي ولكن عند قيام النزاع بينهما يبرمان اتفاقا خاصا لعرض هذا النزاع على محكمة أو أكثر، وسمي هذا الإتفاق باتفاق التحكيم.

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 1011 من ق إ م إ بأنه: " الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم". أما المشرع الفرنسي فقد عرفه في المادة 1447 من ق إ م "باعتباره ذلك الإتفاق الذي يلتزم بمقتضاه أطراف نزاع معين قائم بالفعل بينهم بعرضه على التحكيم للفصل فيه بواسطة شخص أو أكثر من اختيارهم".³

وعليه يقصد باتفاق التحكيم ذلك الإتفاق الذي يبرمه طرفا العقد بعد وقوع النزاع الخاص بذلك العقد ويحيلان بموجبه نزاعهما إلى التحكيم، ومثال ذلك أن يبرما الطرفان عقدهما دون أن يتضمن

¹ - زيري زهية، مرجع سابق، ص 95.

² - مرجع نفسه، ص 96.

³ - بوختالة منى، مرجع سابق، ص 43.

شرط التحكيم لتسوية المنازعات بينهما، وفي مرحلة لاحقة يعرض أحدهما على الآخر تسوية أية منازعات مستقبلية ناشئة عن العقد أو تتعلق به إلى هيئة التحكيم.

كما يجوز للأطراف المتنازعة الإتفاق على التحكيم أثناء سريان الخصومة أمام الجهات القضائية وفي هذه الحالة بإمكان الخصوم التماس إرجاء الفصل في الدعوى المعروضة على القضاء بطلب من الخصوم إلى حين انتهاء أجل التحكيم.

كما جاء في نص المادة 1013 من ق م إ م: " يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية"¹.

وعلى هذا الأساس فإن اتفاق التحكيم هو تصرف قانوني مستقل يتخذ شكل اتفاق مكتوب يحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان وإجراءات التحكيم، وقد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون أو القانون الواجب التطبيق وعادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحقا على نشوب الخلاف.²

ج/ الفرق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم: هناك فرق واضح بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم، سنتطرق إلى أهم ما يميز أحدهما عن الآخر في العناصر التالية:

- إن شرط التحكيم يرد كأحد بنود عقد معين لتنظيم طريقة حل المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل بين طرفي العقد على خلاف ذلك كانت مشاركة التحكيم لا تبرم إلا في حالة وجود نزاع قائم بين الطرفين أو أكثر وينفق الأطراف على إخضاعه للتحكيم ولذلك تعتبر مشاركة التحكيم عقدا مستقلا قائما بذاته، بينما لا يتجاوز شرط التحكيم كونه شرطا أو بندا في عقد موضوعي وإن كان القانون الجديد قد أعطى له استقلاليته.

- إن مشاركة التحكيم التي تبرم بعد إثارة النزاع يجب أن تكون أكثر دقة في تحديد المسائل محل النزاع بين الطرفين مقارنة بشرط التحكيم الذي قد يكون أكثر عمومية، وهو الأمر الذي قد يؤدي إلى تعذر حل النزاع بالتحكيم إن لم يكن هذا البند قد أحسنت صياغته عند إبرام العقد لأن شرط التحكيم غالبا ما يرد في نهاية العقد ومن دون أي تفصيل بسبب حسن نية الطرفين بعد الوقوع في أي خلاف

¹-سوالم سفيان، مرجع سابق، ص 146.

²-بوختالة منى، مرجع سابق، ص 44.

عند إبرام العقد، حيث يأتي شرط التحكيم خالياً من تحديد مكان التحكيم وعدد المحكمين والقانون الواجب التطبيق، ويعتبر شرط التحكيم الأكثر شيوعاً مقارنة بمشارطة التحكيم.¹

د/ الدفع بوجود اتفاق التحكيم: غالباً ما يحدث أن يلجأ أحد الأطراف إلى المحكمة بغية عرض النزاع عليها في الوقت الذي يكون فيه اتفاق التحكيم موجوداً وصحيحاً، وهو ما يطلق عليه " بمشكل اللجوء إلى القضاء مع وجود اتفاق التحكيم".

فشرط التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها فقط من سماع الدعوى ما دام الشرط قائماً، فالخصم بالاتفاق على التحكيم يتنازل عن اللجوء إلى القضاء لحماية حقه، وبالتالي يكون الدفع بالاعتداء بشرط التحكيم من قبيل الدفع بعدم قبول الدعوى لا من قبيل الدفع بعدم الاختصاص، لأنه ينكر به سلطة خصمه في الالتجاء إلى القضاء للذود عن حقه.²

ثانياً: شروط صحة اتفاق التحكيم

يعد اتفاق التحكيم . كما سبق القول . عقداً من العقود الملزمة للجانبين، حيث تنشأ عنه التزامات على عاتق كلا طرفيه، ولذلك كان من الطبيعي أن تتوفر فيه الشروط العامة اللازمة لصحة الالتزام العقدي، وإلا عدّ ذلك العقد باطلاً، ولما كان الاتفاق على التحكيم عقداً؛ فإنه لا ينعقد إلا بالتراضي عليه من قبل الطرفين من خلال التعبير الصريح الصادر عن إرادتي طرفيه معاً، واقتران الإيجاب الصادر من أحدهما بقبول الآخر، بحيث يجب يتطابق الإيجاب مع القبول في جميع المسائل التي اتجهت إليه إرادة الطرفين، وأن يكون تراضيهما على ولوج طريق التحكيم صريحاً، حتى يمكن معه القول بانعقاد التحكيم وفقاً للشكل الذي حدده المشرع ، وهو وجوب إفراغ التعبير عن الإرادة كتابةً، بما يفيد قبول التحكيم كطريق لحل منازعات قائمة فعلاً أو مستقبلية، كذلك يشترط المشرع أيضاً أن ينصب هذا الاتفاق على محل أو على مسائل معينة يسمح القانون بأن تكون ميدانياً للاتفاق على التحكيم، وهي ذات المسائل التي يجوز فيها الصلح، وأخيراً اشترط أن يكون اتفاق الطرفين مبنياً على سبب مشروعاً دائماً³، وبالإضافة إلى هذه الشروط الموضوعية تطلب المشرع شروطاً شكلية لازمة لصحة اتفاق التحكيم، وهي وجوب كتابة هذا الإتفاق.

¹-شعران فاطمة، مرجع سابق، ص17.

²-سوالم سفيان، مرجع سابق، ص148.

³- مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995م، ص41

1/ الشروط الموضوعية: لصحة اتفاق التحكيم، يجب أن تكون المادة قابلة لهذه العملية كما يجب أن تتوفر في الأطراف التراضي الأهلية الضرورية للإتفاق على التحكيم .

أ- **المواد القابلة للتحكيم:** يمكن مبدئيا الإتفاق على التحكيم في كل المواد، ولكن وبصفة استثنائية، لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم (م. 1006 ق.إ.م.إ.). المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها". لا يمكن إذا طلب التحكيم في أشياء خارجة عن التجارة. وبصفة عامة لا يجوز الإتفاق على التحكيم في المواد التي لا تكون قابلة للصالح.

في ظل التشريع القديم كان لا يجوز إطلاقا للدولة وللأشخاص الاعتباريين العموميين طلب التحكيم، ولكن بعد التعديل الذي طرأ على قانون الإجراءات المدنية القديم بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993 أجاز المشرع الأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام طلب التحكيم ولكن فقط في علاقتهم التجارية الدولية. قانون الإجراءات المدنية والإدارية مدد هذا النظام الجديد ووسع مجال تطبيقه على الصفقات العمومية، فعملا بالمادة 1006 الفقرة 3: "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"¹.

قانون الإجراءات المدنية القديم كان يمنع التحكيم في مسائل الإلتزام بالنفقة، وفي حقوق الإرث، والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس (م. 442 ف.1 ق.إ.م.). قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يستثنى هذه المسائل من التحكيم. المشرع أخذ إذا بالنسبة لمادة شؤون الأسرة بالنظرية التي تميز بين المواد المتعلقة بالأحوال الشخصية المحضة (مسائل الزواج والطلاق والنسب...) التي لا تقبل التحكيم، والمواد المتعلقة بالمصالح المالية (النفقة، التعويض عن فسخ الخطبة، قسمة التركة أو إدارتها...). هذا الموقف هو في الواقع مطابق لأحكام المادة 461 من القانون المدني التي تجيز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية وتمنعه في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام.

ب- **الأهلية الضرورية للإتفاق على التحكيم:** نظرا للخطورة الخاصة لاتفاق التحكيم، يجب أن تتوفر في من يقوم بهذا العمل لا فقط أهلية الإلتزام أو أهلية التقاضي، بل كذلك أهلية التصرف المطلق في

¹ - مختار أحمد بربري، مرجع سابق، ص 41.

الحق المتنازع عليه. تطبيقا لنص المادة 1006 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا يجوز لبعض فاقدي الأهلية أن يطلبوا التحكيم. لا يجوز للفاصر الذي لم يبلغ سن التمييز، ولا للراشد الذي فقد أهليته أن يطلبوا التحكيم، كما يكون طلب التحكيم مستحيلا في النزاعات المتعلقة بالمحجور عليهم. ولا يجوز للوكيل أن يطلب التحكيم إلا بموجب وكالة خاصة (م.574 ق.م.).

2/ الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم التجاري (شرط الكتابة): تذهب معظم التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية في اتجاه اشتراط الكتابة في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، ومنها مجموع الاتفاقيات التي انضمت إليها الجزائر على المستوى الدولي.

تتميز عقود الإستثمار والتي تكون الدولة طرفا فيها عن غيرها من العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية باحتوائها على العديد من الشروط وبالأخص بعد انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية سنة 1988، والتي تجعل من الكتابة وسيلة إثبات في حالة المطالبة بالاعتراف أو التنفيذ ممن له مصلحة، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ أدرج هذا الشرط، باشتراط أن يكون اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان مكتوبا، ومن هنا أخذ المشرع الجزائري بشرط الكتابة في المادة 1008¹، وهي مستمدة جزئيا من نص المادة 78 فقرة 1 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد التي تنص على أنه " يجب من حيث الشكل، و تحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي".

ثالثا: آثار اتفاقية التحكيم

يلزم اتفاق التحكيم الأطراف بأن تعهد بالمنازعة الناشئة بينهم، والمتفق على حلها بواسطة التحكيم إلى المحكمة التحكيمية، وثبوت عدم الإختصاص لها، كما أن اتفاق التحكيم هو الذي يحدد الاختصاص للمحكمة التحكيمية، ويترتب عن قيام اتفاق التحكيم صحيفا أثرين هامين أثر إيجابي والآخر سلبي، وهو ما سنتطرق له على النحو التالي:

¹ -أنظر المادة 1008 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

1/ الأثر الإيجابي لإتفاق التحكيم

يلتزم الأطراف بعرض النزاع الناشئ بينهم على محكم أو محكمين تم اختيارهم للفصل في النزاع وهذا بدلا من اللجوء إلى المحكمة المختصة أصلا بالفصل في النزاع وعلى هذا النحو فإن الأثر الإيجابي لا يطرح أي إشكال ولكن الأمر يصبح مختلفا إذا طلب أحد الأطراف تفعيل التحكيم بينما يقوم الطرف الثاني بعرقلة هذا التوجه كأن ينسحب من مشاركة التحكيم أو يمنع عن تعيين محكمة أو يغيب عن جلسات التحكيم أو أن يتسبب في كل ما من شأنه منع سير عملية التحكيم وفق ما تم الإتفاق عليه. و مما لا شك فيه أن هذه الحالات تمنع السير الحسن لعملية التحكيم¹.

من هنا يتبين أن للمحكم سلطة الفصل في ما إذا كان مختصا بالفصل في النزاع أم لا وتحديد نطاق اختصاصه من حيث الأشخاص والموضوع، فقاعدة الإختصاص هي قاعدة أولية، فالمحكوم ملزمون بأن يتصدوا لموضوع الإختصاص أولا وذلك تحت رقابة القضاء².

وتأكيدا لإختصاص المحاكم بالفصل في اختصاصه نجد أن القضاء أكد ذلك في العديد من القضايا محكمة colmar أكدت في حكمها الصادر في نوفمبر 1968 القاعد التي تفيد بأن القاضي المطروح عليه النزاع هو المختص بالفصل في مسألة اختصاصه. هذا ونجد في الاتفاقيات الدولية كاتفاقية نيويورك 1961 مثلا في مادتها 5/3 تنص على: " لا يجب على المحكم الذي ينكر الأطراف عليه الإختصاص أن يتخلى عن نظر المنازعة، فالمحكم له السلطة في الفصل في اختصاصه وفي مسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يعتبر هذا الاتفاق جزءا منه".

وبناء على ما سبق ذكره فإن مبدأ الإختصاص في المبادئ المستقرة في النظام الدولي ولو أن بعض فقهاء النظام الأنجلوسكسوني مازالوا يشككون في ذلك³.

¹-عباس عبد القادر، التحكيم التجاري الدولي وآثاره، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مقال اطلع عليه يوم: 2021/06/16، على الساعة 22:35، ص319.

²-بقة حسان، مرجع سابق، ص43.

³-عباس عبد القادر، مرجع سابق، ص320.

2/ الأثر السلبي لاتفاق التحكيم التجاري:

يقضي احترام اتفاق التحكيم، أنه إلى جانب الأثر الإيجابي لهذا الإتفاق والذي يرفض على الأطراف احترام تعهداتهم وضرورة إسناد المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم إلى محكمة التحكيم، ضرورة احترام أيضا الأثر السلبي لهذا الإتفاق والذي يحرم على الأطراف اللجوء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعة محل اتفاق التحكيم.

أ- مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم:

يعد هذا المبدأ مكرسا في الاتفاقيات الدولية المتصلة بالتحكيم بكيفية صريحة وجد واضحة، خاصة في اتفاقية نيويورك، واليوم كل التشريعات الوطنية المعاصرة تكرر هذا المبدأ سواء اتخذ اتفاق التحكيم صورة شرط تحكيم مدرج في العقد أو صورة مشاركة تحكيم اتفق عليها بعد نشوء النزاع.

ب/ الإستثناءات الواردة على مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم:

على الرغم من أن القاعدة العامة التي تضبط مسلك القضاء الوطني فيما يخص المنازعات الخاص الدولية، المتفق بشأنها على التحكيم، تتلخص في عدم اختصاص هذا القضاء بالفصل في هذه المنازعات، إلا أن هذه القاعدة العامة ترد عليها بعض القيود والإستثناءات: أبرزها انعقاد الاختصاص للمحكم الوطنية بشأن اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، وتدخل القضاء الوطني من أجل تشكيل محكمة التحكيم في حالة تعذر تشكيلها، وأخيرا الرقابة التي تباشر من قبل القضاء الوطني على حكم التحكيم سواء كانت هذه الرقابة من خلال الطعن بالبطلان على حكم التحكيم، أو في صورة الأمر بتنفيذ حكم التحكيم¹.

¹ - بقعة حسان، مرجع سابق، ص 44.

الفرع الثاني: هيئة التحكيم التجاري

أولاً: اختيار المحكم

غالباً ما يكون أساس التحكيم هو رغبة أطراف العلاقة وضع النزاع في يد شخص أمين حريص على علاقته بالطرفين، له خبرة ومعرفة ودراية بالعقد المبرم بينهما وقادر على حل النزاع بالطريقة التي تحقق العدالة بما يتناسب مع طبيعة النزاع، ومن ثم فإن أمر تحديد ماهية المحكم من خلال استجلاء الشروط الواجب توافرها فيه لإمكانية اختياره، وطرق هذا الاختيار.

1/ شروط المحكم:

تعد عملية اختيار المحكم من العمليات المهمة جداً لأنه يعد المحور الأساسي للسير في إجراءات التحكيم ويقصد بالمحكم بصورة عامة " شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم"¹

أو أنه "الشخص الذي يتولى الفصل في النزاع المحال الى التحكيم ويكون هذا الفصل بين طرفين أو أكثر بناءً على اتفاق تحكيم يخوله حق القيام بهذه المهمة".²

أما المحكم فهو " الشخص الذي تولى اليه مهمة الفصل في النزاع سواء أكان هذا النزاع حاصل أم محتمل الحصول ويكون حائزاً على ثقة أطراف المنازعة، وذو خبرة ودراية في المجال".

هذا ولما كان المحكم يعد قاضياً خاصاً أو مختاراً لأنه يستمد سلطته من إرادة الخصوم و من إرادة القانون الذي أجاز له ان يمارس مهمة قضائية ومنحه صلاحية إصدار قرار يتمتع بحجية الأمر المقضي به، فان المشرع لم يترك كامل الحرية للخصوم في اختيار شخص المحكم، بل حدد عدد من الشروط التي يجب أن تأخذ بنظر الاعتبار من الخصوم عند تعيين المحكم، إذ نصت معظم القوانين والاتفاقيات الدولية في موادها على لزوم كون المحكم شخصاً طبيعياً، ووجوب تمتعه بالحيادية والإستقلال عن الأطراف الذين اختاروه لهذه المهمة، فضلاً عن تحديدها لعدد المحكمين في حالة تعددهم بعددٍ فردي، كما اشترط البعض منها صراحةً ان يكون المحكم متخصصاً في مجال المنازعة .

¹ - أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، بدون سنة نشر، ص 22 وما بعدها ، ص153.

² - حسام عبد اللطيف، دور المحكم في إجراءات التحكيم الداخلي، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الحقوق في جامعة النهرين، سنة 2007 ، ص 7 .

أ- أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً: يشترط في المحكم ان يكون شخصاً طبيعياً يرى ويحس، ويفكر ويقرر على ضوء ما يحيط به من ظواهر وحقائق ، وما من شخص معنوي، إلا وله شخص طبيعي يعبر عن ارادته ويكون لسان حاله، لذا فكما لا يتصور ان يكون القاضي شخصاً معنوياً فإنه لا يتصور ايضاً أن يكون المحكم شخصاً معنوياً، لأنهما يقومان بمهمة واحدة هي الفصل في النزاع وبيان وجه الحق فيه بحكم يكون عنواناً للحقيقة ولا يتصور ان تأتي الحقيقة على لسان شخص معنوي لا يحس ولا يرى، إذ من الضروري ان يكون المحكم في مجال المنازعات طبيعياً وليس معنوياً؛ وذلك لان الشروط الأخرى التي اشترطتها القوانين في المحكم لا يمكن ان تنطبق على الشخص المعنوي إذ تشترط أن لا يكون المحكم قاصراً او محجوراً عليه او من رجال القضاء، هذا فضلاً عن طبيعة التحكيم التي تقضي أن يكون المحكم طبيعياً¹. وإذا كلف شخص طبيعي بمهمة التحكيم يجب أن يكون هذا الأخير متمتعاً بحقوقه المدنية (م.1014 ف.1 ق.إ.م.إ.). هذا النص يمنع إذا تكليف القاصر أو الأجنبي بمهمة التحكيم كون التمتع بالحقوق المدنية يفترض بلوغ سن الرشد وكذا حق التصويت أو الترشح. إذا علم المحكم أنه قابل للرد فإنه يجب عليه إخبار الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم (م.1015 ف.2 ق.إ.م.إ.)، كما لا يجوز له التخلي عن المهمة إذا شرع فيها (م.1021 ف.1 ق.إ.م.إ.).

أما عند الاتفاق على كون المحكم شخصاً معنوياً كالهيئات و المراكز المتخصصة في ذلك، ففي هذه الحالة تقتصر مهمة هذا الشخص على تنظيم التحكيم فقط، إذ أن الاتفاق على إحالة النزاع لدى إحدى الهيئات ،أو مؤسسات التحكيم لا يعني أن تتولى هذه المؤسسة العملية التحكيمية، والفصل بالنزاع، وإنما تكون مهمتها الإشراف التنظيمي والإداري البحت على عملية التحكيم التي يتولاها محكم ،أو محكمون متخصصون في مجال المنازعة والذين يكونون من الاشخاص الطبيعيين سواء تم تعيينهم من قبل أطراف النزاع مباشرة أو من مؤسسة التحكيم ذاتها .

وقد نصت المادة م.1014 ق.إ.م.إ على أنه يجوز تكليف شخص معنوي بمهمة التحكيم ولكن في هذه الحالة يتولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم.

¹- أسعد فاضل منديل، التحكيم في قانون المرافعات العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة النهدين ، سنة 2002 ،ص83..

ب- أن يكون المحكم محايداً ومستقلاً: نظراً للطبيعة القضائية لعمل المحكم ولكونه يفصل في المنازعات وفي حوزته سلطات واسعة للفصل في جميع المسائل القانونية والواقعية التي يثيرها النزاع المعروف عليه ، ونظراً لعدم التزامه بأتباع قواعد الإجراءات المعمولة بها أمام المحاكم القضائية وحرية الكبيرة في تسير الإجراءات التحكيمية ، إذ أن عدم خضوع التحكيم لأية جهة رسمية ذات مصلحة يؤمن من وجهة نظر المستثمرين الأجانب الحياد اللازم والضمانة الضرورية لحماية استثماراتهم على خلاف الأمر بالنسبة للقضاء.

ونظراً لتمتع الحكم الصادر عنه بالقوة الملزمة فقد وجب أن تتوفر في المحكم عموماً الصفات و الضمانات الواجب توفرها في القضاء وأولها الحيادية والإستقلال عن أطراف النزاع¹ ، فلا يكون المحكم مرتبطاً بأحدهم ، أو بأحد مستشاريهم أو بأحد المحكمين الآخرين في هيئة التحكيم بروابط اجتماعية أو بعلاقات عمل من شأنها ان تجعله صاحب مصلحة في حكم التحكيم المنتظر إصداره مما قد يؤول الى عد المحكم منحازاً لطرف ، أو متحاملاً على طرف آخر .

ويقصد بالحياد أن يقف المحكم بحل النزاع على مسافة واحدة بين أطراف العلاقة ويراعى مبدأ المساواة بينهم ، أي أن لا تكون له مصلحة بموضوع النزاع ، اما الاستقلالية فهي ضرورة عدم ميل عاطفته أتجاه أحد الخصوم بعبارة ، أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بينهم بالعدل والانصاف مما يقتضي تحدد المحكم من تأثيرهم مهما كان مصدره سواء صداقة او قرابة او حالة تبعية بينه وبين الخصم الذي اختاره²، إذ يجب على المحكم أن يكشف للأطراف في بداية الإجراءات التحكيمية او قبل بدايتها عن أي علاقة شخصية او علاقات عمل تربطه بأي منهم ، أو بمستشاريهم ، أو بأي من المحكمين الآخرين في هيئة التحكيم وهو ما يعرف في لائحة التحكيم اليونسترال 1976 والقانون النموذجي لعام 1985 بواجب المحكم في الإفصاح عن الظروف التي يمكن أن تجرده من اهلية النظر في النزاع³. وعليه فإذا اخل المحكم بواجبه في الإفصاح أفترض التحيز من جانبه من دون الحاجة الى إثبات تحيزه الفعلي نتيجة سلوك اتاه مما يؤثر في مجرى العملية التحكيمية و الحكم الصادر فيها .

¹ - عكاشة عبد العال، المفترضات و الشروط الذاتية في المحكم ، ط1، المكتبة القانونية ،دمشق ،2003 ،ص62.

² - علاء أباريان، مرجع سابق ، ص118،119.

³ -ينظر القانون النموذجي الصادر عام 1985 على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني

http/www.jus.uio/im/un/.arbitration.model law 1985 -doc.

هذا ويكفي التحيز المفترض من جانب المحكم نتيجة الرابطة أو العلاقة غير البسيطة التي لم يفصح عنها لإلغاء الحكم التحكيم. أما إذا أفصح المحكم عنها فيكون عندها قد ادى واجبه ومن ثم يكون لأطراف العلاقة الخيار بين القبول، أو المطالبة برده¹.

ج- أن يكون عدد المحكمين فردياً: توجب معظم التشريعات ان يكون عدد المحكمين عدداً فردياً وذلك لتلافي الحالة التي قد ينتهي اليها التحكيم باختلاف المحكمين فيما بينهم من دون ان يصلوا الى قرار واحد، الأمر الذي يؤدي الى عدم حسم النزاع بل قد يزيد الأمر سوءاً . وعليه يجوز للأطراف، في العقد المثبت لاتفاق التحكيم، تعيين عدد المحكمين الذين يرونهم مناسبين، ولهم كامل الحرية لتعيين محكم أو عدة محكمين ولكن على شرط أن يكون العدد فردياً (م.1017 ق.إ.م.إ.).

ولقد رتب على تخلف هذا الشرط بطلان العملية التحكيمية من دون اتفاق التحكيم الذي يبقى صحيحاً على الرغم من النص فيه على عدد زوجي من المحكمين ، أي أنه إذا أتفق الطرفان على التحكيم أمام محكمين اثنين يكون الإتفاق صحيحاً في شق و باطل في شق آخر ما دام بالإمكان تجزئة البطلان وفقاً للقواعد العامة² ، فهو صحيح من إذ الإتفاق على التحكيم وباطل من إذ عدد المحكمين إلا إذا تبين من ارادة الطرفين بأنهما قصداً فعلاً التحكيم من محكمين اثنين من دون غيرهما بحيث لو كانا يعلمان بعدم جواز التحكيم بعدد زوجي لما ابرما الاتفاق عندئذ يمتد البطلان ليشمل اتفاق التحكيم ايضاً .

د- تخصص المحكم: لم نلاحظ عند رجوعنا الى القوانين الخاصة بالتحكيم الى أي اشاره الى هذا الشرط والسبب وراء ذلك حسب اعتقادنا هو رغبة المشرع إلى عدم الإشتراط الصريح بضرورة لكون المحكم متخصصاً في مجال المنازعة ، وإنما ترك الحرية الى أطراف النزاع ليحددوا المحكم الذي تتوفر فيه الكفاءة المطلوبة والتخصص المحدد بموضوع المنازعة، إذ قد تتعلق المنازعة بمعاملات مالية كبيره تحتاج الى خبرة ومعلومات تفوق ما يمكن للقضاء العادي الإحاطة به، لذلك يفضل ان يكون المحكم على دراية بالأمر المحال إليه ومتخصصاً فيه أو قد تتعلق المنازعة بمشاكل فنية بالغة التعقيد تتطلب تخصصات نادرة لحسمها كأن تتعلق بالنواحي الفنية لاستغلال الحقل او معدل الإنتاج في عقود البترول أو بمشاكل هندسية بحته تتعلق بكفاءة المنشآت في عقود الاشغال أو بمشاكل

¹ - أكتّم خولي ، أخليقات التحكيم وآدابه ، ط1 ، المكتبة القانونية ،دمشق ،2008،ص360.

² - وهذا ما يسمى طبقاً للقواعد العامة نظرية انقصاص العقد . للمزيد حول هذه النظرية ينظر د.عبد الرزاق السنهوري ، ص 194 وما بعدها .

المحاسبات المالية او بنوعية التكنولوجيا المستخدمة في انشاء مصنع في عقود التعاون الصناعي .فالأوفق أن يكون من ضمن المحكمين بقدر الامكان التخصصات المطلوبة لتعدد الخبرات اللازمة لحسم النزاع.

وإذ ان المحكم هو محور التحكيم وبقدر ما يكون راسخاً في وجوده وشخصيته وعلمه في اختصاصه بقدر ما يكون التحكيم وافياً وسليماً ،وعلى عكس ذلك إذا كان المحكم مفتقراً الى الكفاءة والخبرة فأن التحكيم كله يصبح في موضع شك و مفتقراً الى الثقة والقيمة سواء لجهة نسبة العدالة التي يحتويها أم لجهة القيمة القانونية التي يوفرها من خلاله وإذ أن الفصل في المنازعات الناشئة عن المنازعة تحتاج الى مؤهلات علمية وفنية خاصة نظراً لتعلقها بمسائل فنية بحتة، لهذا فبدلاً من عرضها على محكمة قضائية والتي تحيلها في اغلب الاحيان الى خبير لأبداء الرأي الفني فيها فإنه يكون من الافضل عرضها على محكمين تتوافر فيهم هذه المؤهلات

هـ- قبول المحكم: يجب على الشخص الذي عينه المتعاقدان أن يقبل المهمة المكلف بها، إذ أنه غير ملزم بذلك. و حتى بعد قبوله للمهمة، يمكن للمحكم أن يتنحى (م.1021 ف.1 ق.إ.م.إ.)، أي أن يرفض بأن يكون محكماً، على شرط أن لا يكون قد بدأ مهمته. فلو بدأ مهمته، لا يمكن طبعاً إلزامه بمواصلتها، ولكن يكون من حق الأطراف أن يطلبوا منه التعويضات الناتجة عن الأضرار التي سببها لهم.

2/ طرق تعيين المحكم: لقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ثلاث طرق لتعيين أو تشكيل هيئة التحكيم التجاري ، وهي:

أ-التعيين المباشر للمحكمين من قبل أطراف النزاع: ويكون ذلك باتفاق الأطراف المتعاقدة على تعيين محكم أو عدة أشخاص محكمين وذلك حسب ما تقضي به أحكام المادة 1041 من القانون 09/08.¹ والملاحظ أن أغلب المحكمين المعيّنين بهذه الطريقة هم أشخاص ينتمون إلى الدول الصناعية الكبرى، وهذا ما جعل البعض يشكك في مسألة حياد هؤلاء المحكمين. وقد اشترطت غالبية التشريعات العربية المنظمة للتحكيم أن يكون عدد المحكمين المعيّنين وترا كيفما كانت طريقة التعيين، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري والذي نص في المادة 1017 على أنه: "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".

¹-أنظر المادة 1041 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر .

ب- اللجوء إلى نظام تحكيمي لتعيين المحكمين: يتم تعيين المحكمين وفقا لهذه الطريقة باللجوء إلى نظام تحكيمي موضوع من قبل مؤسسات التحكيم الدائمة الدولية، كما أشارت إلى ذلك المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سالفه الذكر.

ج- تعيين المحكمين عن طريق القضاء: يتم تعيين المحكمين في هذه الحالة بناء على طلب يقدم إلى رئيس المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها التحكيم في حالة إجراء التحكيم في الجزائر، وفي حالة إجراء التحكيم في الخارج يقدم الطلب إلى رئيس محكمة الجزائر، وذلك في حالة ما إذا اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

وفي حالة عدم تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع في اتفاق التحكيم فيرجع الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه وهو ما نصت عليه المادة 1042 من ق إ م إ، كما تجدر الإشارة إلى أنه يجوز رد أعضاء هيئة التحكيم المعينين من قبل المحكمة المختصة وذلك في الحالات التي نصت عليها المادة 1016 وهي كما يلي¹:

- عندما لا تتوفر في المحكم المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.

- وجود سبب منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

- عدم حياد المحكم بسبب وجود علاقات اقتصادية أو علاقات مصالح مباشرة أو بواسطة شخص آخر مع طرف من الأطراف.

غير أن حق الأطراف المتعاقدة في اختيار المحكمين مقيد بتوفير ضمانات شخصية وموضوعية وإجرائية تضمن أداء عدالة حقيقية وحماية فعالة لحقوق الأطراف. كما يجب أن تتوفر في المحكم بعض الصفات مثل: الكفاءة وقبول المحكم مهمته والالتزام بالموضوعية والحياد والاستقلالية.

أما عن صلاحيات هيئة التحكيم فنتمثل فيما يلي:

- الحكم باختصاصها في الموضوع النزاع بحكم أولي².

¹- يوسف مسعودي، التحكيم التجاري الدولي كآلية لحل منازعات التجارة الدولية، مجلة المعيار، العدد 16، ديسمبر 2016، ص193.

²- انظر المادة 1044 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

-اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية بناء على طلب من أحد الأطراف في دعوى التحكيم¹.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

إن سبب اختيار أطراف النزاع التحكيم كوسيلة لحل منازعاتهم هو تأمين السرعة في الإجراءات، فضلا عن أن الأطراف يختارون محكمون يتقنون بهم، كما أن موضوع النزاع الناشب سيخضع لأحكام القانون المختار وعلى هذا الأساس، فإن المحكم يستمد سلطته في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع من اتفاق التحكيم وفقا لما يتفق عليه الأطراف، وهذا بخلاف القاضي الوطني الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بالاستناد إلى قاعدة الإسناد الوطنية².

وطبقا للمادة 1050 من ق إ م إ فإن هيئة التحكيم تفصل في النزاع المعروض أمامها بواسطة

إما:

1-القانون الذي اختاره المتعاقدان تطبيقا لمبدأ قانون الإرادة في العقود: أي القانون الذي يختاره الأفراد بإرادتهم الصريحة أو الضمنية. والقانون المختار بتلك الصفة هو قانون وطني لدولة معينة كالقانون الجزائري والمقصود منه النظام القانوني ككل في تلك الدولة.

2-وفقا لقواعد القانون والأعراف المناسبة لموضوع النزاع في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق³، فعند انعدام اختيار الأطراف فإن الفقه والقضاء يروج لمنهج القواعد المادية وتحرير نظام التحكيم من الخضوع لأحكام أي قانون وطني معين. وهذه القواعد أرستها الأعراف والعادات والحلول التي أرساها قضاء تحكيم التجارة الدولية، وتبعاً لذلك فغن تطبيق قانون الإرادة يكون بصفة أصلية، أما تطبيق عادات التجارة الدولية يكون بصورة تبعية أو تكميلية⁴.

¹-انظر المادة 1046 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

²- يوسف مسعودي، مرجع سابق، ص 194.

³- أنظر المادة 1050 من القانون رقم 09-08 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

⁴- يوسف مسعودي، مرجع سابق، ص 194.

والجدير بالذكر، أنه في حالة وجود اتفاق تحكيم بشأن نزاع معين، فإنه يتعين على المحكمة رد الدعوى لعدم الإختصاص، ويقوم القاضي بذلك احتراماً لقاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية بنظر النزاع المشمول باتفاقية التحكيم¹.

ج- تطبيق المحكم لقانون التجارة الدولية: قد يجد المحكم نفسه مضطراً الى حل النزاع على ضوء قواعد من خلق عادات وأعراف التجارة الدولية التي تستقل عن القوانين الوطنية، وذلك لقصور القوانين الوطنية واختلاف مفاهيمها اختلافاً من شأنه أن يعيق تقدم التجارة الدولية بصورة عامة والاستثمار الأجنبي بصورة خاصة، إذ أنها تتميز بعدم اتساع مبادئها، أو مستوى قواعدها، إلا بقدر ما يتطابق مع العلاقات الداخلية².

ولقد اصطلح على تسمية هذه القواعد بقواعد التجارة الدولية التي يقصد بها "مجموعة المبادئ والنظم القانونية المستقاة من كل المصادر والتي غدت تدريجياً ولا زالت تغذي الهياكل القانونية والسير القانوني الخاص بجماعة المتعاملين في مجال التجارة الدولية"³.

وقد عرفها الأستاذ derairs بأنها "مجموعة القواعد التي تطبق على الاوجه المتنوعة للنشاط الإقتصادي الدولي استقلالا عن الانظمة القانونية الوطنية"

ولقد أجازت العديد من القوانين الوطنية الصادرة بشأن التحكيم للأطراف الذين يرغبون في عدم تطبيق قانون وطني اخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ فيما بينهم لأحكام قانون التجارة الدولية.

هذا وقد لا يستبعد المحكم قانون ارادة الأطراف انما يقرر تطبيقه ويشير اليه في حكمه مع أنه قد يطبق أحكاماً قانونية أخرى لهذا القانون ويعدل فيه عن طريق تطبيق العادات والاعراف التجارية على العقود الإستثمار، إذ قد ينص العقد على وضع معين من دون بيان المقصود منه، مما يقتضي تفسيره، ففي هذه الحالة يتوجب على المحكم الرجوع الى الأعراف والعادات للتفسير على اعتبار ان قانون الإرادة يتضمن أحكاماً تفسيرية او ان العقد لا يتضمن حكماً لمسألة معينة ولا يوجد لها حل في القانون الأخير فيتوجب على المحكم الرجوع الى قانون التجارة الدولية لسد النقص.

¹- طاهر حدادن، دور القاضي الوطني في مجال لتحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فلاح قانون التنمية الوطنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 04 جويلية 2012، ص12.

²- أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1981، ص166، 167.

³- هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995، ص222.

الفرع الثالث: الخصومة التحكيمية

تتبنى العملية التحكيمية على مجموعة من الإجراءات القانونية التي يجب استيفاؤها قبل الوصول إلى مرحلة إصدار الحكم التحكيمي و ما يليه من إجراءات ، وهذا ما يطلق عليه الخصومة التحكيمية.

تعتبر الخصومة أداة محورية في الدعوى سواء القضائية أو التحكيمية ، فإذا كانت الأولى حالة قانونية تنشئ بمجرد رفع الدعوى إلى القضاء أو حالة قانونية ناشئة عن المطالبة القضائية ، و تقتضي سلوك الخصوم و المحكمة لمجموعة من الإجراءات المؤدية إلى الفصل في النزاع ، فإن الخصومة التحكيمية هي جملة من الإجراءات المتشابهة التي تتم خلال فترة زمنية ، و تستهدف تحقيق القضية وتكوين الرأي فيها بغية إصدار حكم تحكيمي في موضوعها ، فالخصومتين -القضائية و التحكيمية- وسيلتين معترف بهما من طرف المشرع و الأفراد في فض المنازعات بين الخصوم بحكم أو قرار يحوز الحجية ويلزم أطرافها.¹

وبعبارة أدق ، فالخصومة التحكيمية تتأسس على مجموعة من الأعمال الإجرائية المتتابعة ، و التي يستهدف من وراءها إصدار حكم من الهيئة التحكيمية في النزاع القائم بين أطراف اتفاق التحكيم. ولا تقوتنا الإشارة إلى أن الخصومة التحكيمية تتبنى على الطابع الاختياري للنظام القانوني المطبق عليها ، حيث إن هذا الأخير خاضع لاختيار و إرادة أطراف النزاع أو الهيئة التحكيمية.

أولاً: سرية الخصومة التحكيمية

تعتبر الخصومة التحكيمية سلسلة من المراحل و الإجراءات التي تستهل بنشأة النزاع بين أطراف اتفاق التحكيم، و طرحه على الهيئة التحكيمية لأجل الفصل فيه بواسطة حكم تحكيمي، و هذا الأخير يعد الحلقة الأخيرة في إجراءات سرية الخصومة التحكيمية،² و التي تليها كذلك إجراءات أخرى ذات طبيعة قضائية ، سواء تعلق الأمر بتذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية أو الطعن فيه أما القضاء.

¹ - عاشور مبروك ، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم ، الطبعة الثانية ، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة ، 1998، ص 126.

² - تبدأ الإجراءات التحكيمية منذ اللحظة التي يوجه فيها المدعي إلى المدعى عليه وكل كمحكم كم المحكمين مذكرة بدعواه وتنتهي بالتداول في القضية قبل إصدار حكم فيها أي أثناء دراسة الهيئة التحكيمية لمشروع الحكم.

1/ المبادئ التي تحكم الخصومة التحكيمية: تتبني الخصومة التحكيمية على مجموعة من المبادئ التي تسهم في ضمان فعالية آلية التحكيم، كآلية بديلة لفض النزاعات.

إلا أن الملاحظ هو أن كل هذه المبادئ تستمد إطارها من المبادئ التي تحكم التقاضي لدى المحاكم، حيث تجد هذه المبادئ تطبيقاتها الأصلية في التقاضي أمام القضاء الرسمي، مما يتيح للمحتكمين الاستفادة من الضمانات القضائية، لكن لدى هيئة التحكيم بدل القضاء.

أ-المبادئ العامة للتقاضي أمام الهيئة التحكيمية: توصف هذه المبادئ بالعامّة لكونها تستمد مرجعيتها بالدرجة الأولى من المبادئ العامة المعروفة في مجال التقاضي الرسمي، و التي يجب على الهيئة التحكيمية احترامها يتعلق الأمر باحترام مبدأ المساواة بين الخصوم و احترام مبدأ المواجهة بينهما، ثم احترام مبدأ حق الدفاع .

-احترام مبدأ المساواة بين الخصوم: يراد باحترام مبدأ المساواة بين الخصوم، ضرورة تقيد الهيئة التحكيمية بتمكين كل أطراف المنازعة محل اتفاق التحكيم من تقديم طلباتهم و دفاعاتهم و شرح دعواهم على قدم المساواة، أي دون انحياز الهيئة التحكيمية إلى أحد الأطراف.

هذا و يهم مبدأ المساواة بين الخصوم - في إطار الخصومة التحكيمية - المساواة الإجرائية، أي أنه ينصب على الحقوق الإجرائية للخصوم، دون أن يمتد إلى الحكم الذي تصدره الهيئة أو ما تعتمده بناء على سلطتها التقديرية من أدلة و مستندات و وثائق.

-احترام مبدأ المواجهة في نزاع التحكيم: ترتكز الآلية التحكيمية على غرار القضاء على مواجهة الخصوم بعضهم للبعض. و من تم فالمواجهة تكون أمام الهيئة بترافع كل من طرف سواء في جلسات التحكيم أو بتبادل المذكرات و شرحه للدعوى، و تقديم المستندات و الأدلة ذات العلاقة بموضوع النزاع.

-احترام مبدأ حق الدفاع: يقصد بحق الدفاع، أن يمنح كل طرف من أطراف المنازعة الحق في الإدلاء بكل الحجج والمستندات الزامية إلى دعم و تبرير موقفه من الادعاء في الخصومة التحكيمية، أو تقديم الحجج و البراهين لدحض موقف الخصم¹.

¹-عبد اللطيف بولعلف، الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي، دراسة في القانون المغربي المقارن، الطبعة الأولى، دار الأفاق المغربية، الرباط، 2011، ص 101.

و عادة ما يتولى مهمة الدفاع أمام الهيئة التحكيمية، محامون لهم خبرة و تجربة في موضوع النزاع محل التحكيم هذا، و يكون حق الدفاع مقرونا بحق المساواة في الاستفادة من الدفاع، علاوة على كونه وسيلة أساسية في المواجهة بين الطرفين.

و ختاماً تشكل هذه المبادئ من مضامين النظام العام الإجرائي و أسباب الموجبة للطعن بالبطلان، سواء في الحكم الداخلي أو التحكيم الدولي، و لا يجوز التنازل عن هذا الطعن بالبطلان رغم كل شرط مخالف، نظراً لتعلق الأخير لقاعدة من النظام العام الإجرائي.¹

ب- المبادئ الخاصة بالتقاضي أمام الهيئة التحكيمية: تقوم الخصومة التحكيمية إلى جانب المبادئ العامة لتقاضي على مبادئ أخرى خاصة، أو تخص مباشرة الطبيعة الإجرائية للعملية التحكيمية ككل، ذلك أنها تشكل خصوصية تميز الخصومة التحكيمية عن الخصومة القضائية.

- مبدأ السرية: يفيد هذا المبدأ، كون إجراءات التحكيم، خاصة الجلسات و المداولات سرية أي ينحصر العلم بها و بما يروج فيها بين الأطراف أو ممثليهم و بين الهيئة التحكيمية المشرفة على التحكيم.

أما بخصوص سرية المداولات التحكيمية فإن المشرع الجزائري أكد على سرية مداولات المحكمين، و من فإلى جانب سرية الجلسات و الإجراءات، فانعقاد المداولات للتصويت بغرض التصويت لفائدة أو ضد الحكم التحكيمي المقترح تكون بشكل سري.

هكذا نص المشرع على وجوب احترام السرية في المداولات، لكن دون ترتيب جزاء على خرقه، إلا أن ذلك لا يعني عدم خضوعهم (المحكمين) في هذا الإطار لأحكام القانون الجنائي خاصة فيما يتعلق بجريمة إفشاء السر المهني.

كما أن المشرع و على خلاف عدم احترام مبدأ الدفاع و المواجهة و المساواة لم ينص على قابلية الحكم التحكيمي الذي لم يحترم هذه القاعدة للبطلان،² أما سرية الجلسات، فتعد من النظام العام

¹ - عبد اللطيف بولعلف ، مرجع سابق، ص 101.

² - لم يعتبر القضاء الفرنسي عدم احترام مبدأ سرية المداولات خرقاً للنظام العام الإجرائي لأن المشرع الفرنسي لم يربط جزاء البطلان على عدم احترامه وإن ذهب الفقه إلى اعتبار خرقه يربط مسؤولية المحكم تجاه بقية المحكمين المكونين للهيئة و كذا تجاه الأطراف. (أنظر: عبد اللطيف بو العلف، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1981، ص 101 و 102).

إذ قضى القضاء السوري ببطان حكم تحكيمي لم يحترم مبدأ السرية، لأن المحكم عقد جلساته و أصدر قراره من مكتبه مباحة للعموم.¹

-مبدأ الإختصاص بالإختصاص: يعد مبدأ الإختصاص -بالإختصاص من أهم المبادئ التي تضمن للتحكيم كل فعاليته، فهدفه يتمثل في غلق الباب أمام كل الإجراءات والوسائل الإحتيالية الرامية ذالى المماثلة لإفقاد التحكيم الغاية من وجوده وهي سرعة الفصل في النزاعات.²

و بناء عليه، فالمشرع ألزم الهيئة -قبل أن تثبت في موضوع النزاع محل التحكيم-أن تتظر في أمرين، أولهما، البت في مدى صحة و حدود اختصاصاتها، أي تقادي تعدي الاختصاص المحدد لها بمقتضى اتفاق التحكيم، و ثانيهما النظر في صحة اتفاق التحكيم من عدمه، و ذلك إما بصفته تلقائية من الهيئة أو بطلب من أحد أطراف اتفاق التحكيم مع عدم قابلية هذا الأمر الصادر عن الهيئة للطعن.

2/ البت في الخصومة التحكيمية: و بناء عليه، فالمشرع ألزم الهيئة -قبل أن تثبت في موضوع النزاع محل التحكيم-أن تتظر في أمرين، أولهما، البت في مدى صحة و حدود اختصاصاتها، أي تقادي تعدي الاختصاص المحدد لها بمقتضى اتفاق التحكيم، و ثانيهما النظر في صحة اتفاق التحكيم من عدمه، و ذلك إما بصفته تلقائية من الهيئة أو بطلب من أحد أطراف اتفاق التحكيم مع عدم قابلية هذا الأمر الصادر عن الهيئة للطعن.

أ-افتتاح الخصومة التحكيمية:

يستهل افتتاح الخصومة التحكيمية بتوجيه الطرف المدعي للطلب إلى المدعى عليه و الهيئة، وكذا رد الطرف المدعى عليه على هذا الطلب .

-رفع الطلب: يتعين على المدعي أن يرفع طلبا للبت في النزاع المثار بينه و بين المدعى عليه، سواء للمدعى عليه أو للهيئة التحكيمية، و اشترط المشرع أن يكون الطلب (المذكرة) مكتوبا يشمل مجموعة من البيانات، و هي اسم المدعي و عنوانه، بالإضافة إلى البيانات المتعلقة مباشرة بموضوع النزاع، أي شرح وقائع الدعوى و تحديد موضوعات النزاع ثم الطلبات التي يرمي إلى تحقيقها في الخصومة التحكيمية، علاوة على كل بيان أو أمر اتفق الأطراف مسبقا في شرط أو عقد الحكم على ضرورة

¹ - عبد اللطيف بولعلف، مرجع سابق، ص102.

² -طيب قبائلي وكريم تعويلت، مرجع سابق، ص67.

ذكره في الطلب أو المذكرة. كما يتم إرفاق الطلب بكل ما من شأنه دعم و تقوية ادعاء المدعي، من مستندات و وثائق وإثباتات ينوي أن يحتج بها مستقبلا في الجلسات و الدفوع.¹

و يترتب على عدم تقديم المدعي دون عذر مقبول لمذكرة افتتاح الدعوى داخل الأجل المحدد لذلك، تقرير الهيئة التحكيمية إنهاء إجراءات التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

-الرد على الطلب: هكذا، و لتمكين الطرف الثاني (المدعي عليه) في استعمال حقه في الدفاع، فإن المشرع منحه إمكانية أو بالأحرى فرض عليه إرسال - بعد تلقيه المذكرة أو طلب الإدعاء الموجه له و للمحكمن من طرف المدعي - مذكرة جوابية للطرف الأول و كذا لكل المحكمن، يبين من خلالها ردوده حول ما جاء في مذكرة المدعي، و له أن يدرج فيها كل طلباته العارضة حول موضوع النزاع أو الخصومة المعروضة على الهيئة التحكيمية، و يرفقه بدوره بكل الوثائق والمستندات و الحجج التي تيرر دفوعاته و مطالبه العارضة، لإثبات أو نفي ادعاء الخصم.²، وعليه قرر القانون نظاما خاصا (م.1022 ق.إ.م.إ.): يلزم كل طرف بأن يقدم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشرة يوما على الأقل، وإذا امتنع أحد الأطراف عن تقديم وسائل دفاعه ومستنداته.

ب- عقد الجلسات التحكيمية وإجراء المداولات:

تعتمد آلية التحكيم على عنصر المواجهة بين أطراف المنازعة (أطراف عقد أو شرط التحكيم بالدرجة الأولى)، إلى جانب تبادل المذكرات الكتابية بينهم، و عنصر المواجهة المباشرة لا يتأتى إلا بعقد الهيئة للجلسات التي من خلالها يرافع و يدافع كل طرف عن موقفه من ادعاءات الطرف الآخر.

-عقد الجلسات التحكيمية: يشكل نظام عقد الجلسات التحكيمية صورة مشابهة للجلسات التي يعقدها القضاء الرسمي بصدد البت في نزاع معين، غير أن الأولى تتسم بالسرية على خلاف الثانية، ذلك أن التحكيم ينبنى على سرية جلسات المرافعة في حين أن المبدأ السائد في الجلسات القضائية هو مبدأ علنية الجلسة.

¹ - و تبعا للمادة 18 من قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة المعروفة باليونيسترال فإنه، في ما عدا الحالة التي يتضمن فيها إخطار التحكيم ببيان الدعوى ، فإنه يجب على المدعي أن يرسل خلال المدة التي تحددها هيئة التحكيم إلى المدعى عليه و إلى كل واحد من المحكمن بيانا مكتوبا بدعواه، و يتم إرفاقه بصورة من عقد التحكيم (شرط التحكيم) إذا لم يرد في العقد. كما يجب أن يشتمل بيان الدعوى على: اسم المدعي و اسم المدعى عليه و عنوان كل واحد منهما، بيان بالوقائع المؤيدة للدعوى و المسائل موضوع النزاع ثم الطلبات.

² - حول رد الطرف الآخر على طلب التحكيم في التشريع المصري أنظر: عاشور مبروك، مرجع سابق ، ص 170 إلى 172.

***ظروف انعقاد الجلسة التحكيمية:**

آلية الإخطار بزمان انعقاد الجلسات أو الاجتماعات التحكيمية يمثل صورة من صور مبدأ المساواة بين الأطراف السائد في التحكيم، كما أوجب المشرع أن يتم قبل خمسة أيام من تاريخ انعقاد الجلسة، لأجل تمكين كل طرف من إعداد نفسه و مراجعة دفوعاته قبل انعقاد الجلسة.

هذا و إذا كان الأصل أن الهيئة التحكيمية لا تتقيد بالإجراءات التي تحكم الخصومة القضائية، فإنه لا مانع من تبني الهيئة لنظام خاص بها، فما يتعلق بتاريخ عقد الجلسات، و لو تم عقدها في العطل الرسمية و ذلك إذا لم يتفق الخصوم على اختيار أوقات معينة بالذات يجب أن تعقد فيها¹، اللهم إذا استدعى الحال إجراء تعديلات في مواعيد عقدها سواء ساعة إلى أخرى أو يوم إلى آخر، إذ تملك الهيئة التحكيمية إمكانية إعمال ذلك.²

ولا تعد تلك المرونة في اختيار الأطراف لزمان عقد الجلسات مطلقة، بل تقيد باحترام مبدأ حق الدفاع،³ فالمادة 15 من نظام غرفة التجارة الدولية تقضي في فقرتها الأولى بأن المحكم يقوم ببناء على طلب أحد الأطراف أو عند الاقتضاء من تلقاء نفسه بتكليف الأطراف بالحضور أمامه في اليوم و المكان الذي يحددهما مع مراعاة إعطائهم مهلة مناسبة.

أما بشأن مكان انعقاد الجلسة، فإنه يخضع بالدرجة الأولى لاتفاق الأطراف، حيث يعمدون إلى تحديده في اتفاق التحكيم، سواء قبل نشوء النزاع (أي في شرط التحكم) أو بعد نشوئه (أي في إطار عقد التحكيم).

***شرح مضمون الخصومة:** يهدف عقد الجلسات التحكيمية إلى تمكين كل طرف من أطراف النزاع في شرح موضوع هذا الأخير، و عرض حججه و أدلته المدعمة لادعائه و لدفاعه، و يقدم كل طرف طلباته العارضة أو الإضافية أو المضادة⁴ ذات الصلة بالنزاع إما لشرح نقطة معينة أو دفع إدعاء معين.

¹ - أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 220 .

² - عاشور مبروك، مرجع سابق، ص 185.

³ - أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 222.

⁴ - الطلب المقابل أو المضاد أو الجوابي هو الذي يقدمه المدعى عليه دفعا لمزاعم المدعي وردا عليها وعلى ادعاءاته، تمكينا لحقه في الدفاع، وسميت بذلك لأنها تقابل ادعاءات المدعي بالرد عليها.

و يجوز في هذا المقام، أن تقوم الهيئة التحكيمية بجميع إجراءات التحقيق بالاستماع للشهود و إجراء خبرة عن طريق الاستعانة بالخبراء في بعض المسائل التقنية و الفنية، والاستماع لأي جهة أو فرد تكون لشهادته فائدة في النزاع و الإسهام في فضه.

هذا و يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق طرفا التحكيم على لغة أو لغات أخرى، أو تحديد الهيئة لغة أو لغات أخرى، و التي تسري على البيانات و المذكرات المكتوبة و الوثائق و المرافعات الشفهية، و على كل قرار أو حكم يصدر أو تتخذه الهيئة، كما يجوز للهيئة طلب إجراء ترجمة على كل أو بعض الوثائق و المستندات الموظفة في شرح الدعوى والمرافعات.

***اتخاذ الإجراءات والتدابير الوقائية والتحفظية:** يمكن للمحكمن مبدئيا الأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولكن، إذا ادعي بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي، يحيل المحكمن الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة (م.1021 ف. 2 ق.إ.م.إ.). أقر القانون هذه القاعدة نظرا لخطورة هذا الإجراء ولضرورة اطلاع النائب العام على القضية (م.260 ق.إ.م.إ.).

***أجل اتفاق التحكيم:** يلزم القانون المحكمن بإصدار حكمهم في أجل معين. يجب أن يحدد في اتفاق التحكيم الأجل الذي يلزم فيه المحكمن بالفصل في النزاع. فلو لم يشر إلى ذلك، يبقى اتفاق التحكيم صحيحا، ولكن القانون ألزم المحكمن بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر من تاريخ تعيينهم، أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم (م.1018 ف.1 ق.إ.م.إ.). و بعد انقضاء أجل الأربعة أشهر، ينتهي التحكيم وتنتهي مهمة المحكمن بقوة القانون؛ يرجع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها سابقا ويخضعون للمحاكم الرسمية دون سواها.

امتداد الأجل المذكور جائز باتفاق أطراف العقد (م.1018 ف.2 ق.إ.م.إ.). يكون تمديد الأجل بمثابة اتفاق على تحكيم جديد، ويجب إثباته مبدئيا ضمن نفس الأشكال التي تسري على الاتفاق الأول، أي كتابيا. ولكن قد يمدد الأجل ضمنيا ومثال ذلك حضور الأطراف أمام المحكمن أو تقديمهم مستندات. في حالة عدم موافقة الأطراف على تمديد أجل إنهاء اتفاق التحكيم، فإنه يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة (م.1018 ف.2

ق.إ.م.إ.1) ¹. ولا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف (م.1018 ف.3 ق.إ.م.إ.2).

- إجراء المداولة:

يعتبر انصراف الهيئة التحكيمية إلى المداولة المرحلة ما قبل الأخيرة لإصدار الحكم التحكيمي، حيث إن الهيئة تعمل على دراسة الحكم الواجب إصداره و القيام بالتصويت لفائدته أو ضده.

***حجز القضية للمداولة:** تعمد الهيئة التحكيمية إلى حجز القضية محل النزاع للمداولة، و ذلك بعد استنفاد كافة إجراءات التحقيق و القيام بالعدد اللازم من الجلسات، و تبادل المذكرات و المرافعات بين الأطراف³.

و لا يجوز لأي طرف بعد تاريخ المداولات أن يقدم أي طلب جديد أو إثارة أي دفع جديد أو إبداء ملاحظات معينة أو الإدلاء بأية وثيقة أو مستند، ما لم يكن لذلك بطلب من الهيئة التحكيمية، و من تم فهذه المرحلة تعد المرحلة التي يتم فيه قفل باب المرافعات، و تشتغل الهيئة بإصدار الحكم بناء على ما تم الترويج له في الجلسات و المذكرات و ما تم تقديمه من حجج و أدلة، كما تكون جلسات المداولات سرية تعكس سرية إجراءات التحكيم ككل.

*التصويت على الحكم:

تتصرف مهمة الهيئة التحكيمية بعد أن وضعت الحكم إلى إجراء عملية التصويت ، إما لفائدته أو ضده، ذلك أن الهيئة بداية نضع مشروعاً للحكم التحكيمي، و لا يتخذ صفة حكم تحكيمي إلا بعد إجراء عملية التصويت.

و اشترط المشرع نصاب الأغلبية لإصدار الحكم التحكيمي، أي تصويت أغلبية المحكمين لفائدته، غير أن الإشكال العملي يطرح عندما تتشكل الهيئة التحكيمية من محكم واحد، و من تم فلا يسوغ الحديث عن الأغلبية مادام الحال يتعلق بشخص واحد و هو المكون للهيئة التحكيمية.

¹-أنظر المادة 2/1008 من ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

²-أنظر المادة 3/1008 من ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

³-عبد القادر رقاب، مرجع سابق، ص242.

ثانيا: عوارض الخصومة التحكيمية وانقضاؤها

1/ عوارض الخصومة التحكيمية:

أ- وقف الخصومة التحكيمية: نظرا لطبيعة خصومة التحكيم، فإنه يجوز للأطراف الاتفاق على وقف إجراءات التحكيم،¹ و يجب على الهيئة التحكيمية إقرار هذا الاتفاق أيا كانت مدته، فالأطراف هم من يقرروا متى سيتم إيقاف الدعوى ومتى سيتم رفع هذا الوقف لأسباب يرونها وجيهة وتراعي مصالحهم.² و تجدر الإشارة إلى أنه أثير إشكال يتعلق بمدى إمكانية الاتفاق على وقف إجراءات الخصومة لمدة تتجاوز المدة المحددة قانونيا لإصدار الحكم التحكيمي، و في هذا الإطار ذهب البعض إلى أنه لا يجوز الإتفاق على وقف الخصومة لمدة تتجاوز المدة المحددة قانونا لإصدار حكم التحكيم، ذلك أنه إذا تجاوزت مدة الوقف المدة المحددة لإصدار الحكم التحكيمي فإن المحكم سيتعذر عليه إعادة السير في التحكيم لانقضاء المدة المحددة له، بينما يرى البعض الآخر أنه يجوز الاتفاق على وقف الخصومة التحكيمية لمدة تتجاوز المدة المحددة قانونا لإصدار الحكم التحكيمي، مادام أن ذلك الوقف تم بإرادتهما الحرة و إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة الذي هو جوهر عملية التحكيم.³

و يمكن كذلك أن يكون الوقف بناء على قرار من هيئة التحكيمية إذا توفرت حالة من الحالات التي أشار إليها المشرع في المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية و هذه الحالات هي:

- إذا ادعي بالتزوير مدنيا في ورقة

- أو إذا حصل عارض جنائي

و عليه فإن وقف الخصومة التحكيمية من طرف الهيئة التحكيمية، يتطلب شرطين أساسيين، هما ضرورة توافر إحدى الحالات التي أشرنا إليها و المنصوص عليها في المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية، ثم يجب أن يكون الفصل في النزاع المعروض على الهيئة التحكيمية متوقفا على الفصل في هذه المسائل، و هذا الشرط الأخير متروك لتقرير الهيئة التحكيمية، فإذا قررت أن الفصل في النزاع المعروض أمامها لا يتوقف على الفصل في المسألة المثارة، فإنها

¹ - هذا ما يسمى بالوقف الاتفاقي الذي يعني اتفاق الخصوم على وقف الدعوى لفترة زمنية محددة.

² - مقال تحت عنوان " مسطرة صدور الحكم التحكيمي شروطها و إجراءاتها، آجالها و عوارضها"، منشور بالموقع الالكتروني marocdroit تاريخ الاطلاع 2014/10/25.

³ - خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 227.

تستمر في النظر في النزاع،¹ أما إذا رأيت أن الفصل في النزاع المعروض أمامها يتوقف على الفصل في المسألة المثارة، فإنه في هذه الحالة تأمر بوقف إجراءات التحكيم إلى حين البت فيها بصفة نهائية.

ب- **انقطاع الخصومة التحكيمية:** انقطاع الخصومة التحكيمية هو وقف سيرها العادي نظرا لوجود سبب من أسباب الانقطاع، و في هذا الصدد يجب الإشارة إلى أن المشرع في إطار تنظيمه للدعوى التحكيمية لم يشر إلى أسباب انقطاعها، مما يعني أن الخصومة التحكيمية شأنها شأن الخصومة العادية حيث تتعرض للانقطاع لوجود أحد الأسباب التي أشار إليها المشرع، إذ يتضح أنه ما لم يتم قفل باب المناقشة و المرافعة، فإن وفاة أحد الأطراف أو فقدانه للأهلية أو زالت عنه صفة الادعاء فإن إجراءات الدعوى تنقطع إلى حين إشعار من لهم الصفة و الأهلية في مواصلة الدعوى.

أما بخصوص مصير خصومة التحكيم المنقطعة، فإنه لا يختلف عن مثلتها الموقوفة حيث إما أن يتم إعادة استئنافها من جديد أو انقضاؤها دون صدور حكم في موضوعها.

2/ انقضاء الخصومة التحكيمية:

إن الخصومة التحكيمية شأنها شأن الخصومة العادية تماما، فقد تنتهي نهاية طبيعة بصدور الحكم الحاسم في موضوعها، غير أن الأمور لا تسير دوما كما ينبغي فهناك حالات وأسباب خاصة يمكن فيها لهيئة التحكيم إصدار قرار إنهاء الخصومة دون الفصل في النزاع.

أ- **الأسباب العامة لانقضاء الخصومة التحكيمية:**

يقصد بالأسباب العامة لانقضاء الخصومة التحكيمية تلك الأسباب التي تنقضي بها الدعوى عموما، و عليه سنقتصر على سببين اثنين من أسباب انقضاء الخصومة التحكيمية يتمثل الأول في صدور الحكم التحكيمي ثم السقوط .

- **صدور الحكم التحكيمي:** يقصد بصدور الحكم التحكيمي كل حكم قطعي صدر في جميع المسائل المعروضة على الهيئة التحكيمية²، و بالتالي فإن صدور الحكم التحكيمي في موضوع النزاع يعد النهاية الطبيعية لخصومة التحكيم، و قد أثير نقاش فقهي حول الطبيعة القانونية لحكم المحكمين وانقسموا في هذا الصدد إلى اتجاهات متباينة، فهناك اتجاه يذهب إلى القول بقضائية حكم المحكمين

¹ - عاشور مبروك، مرجع سابق، ص 328.

² - للمزيد من التفاصيل راجع:

مأمون الكزبري و إدريس العلوي العبدلاوي، شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي، الجزء الأول، الأحكام- طرق الطعن- التحكيم، المطبعة و مكان الطبع غير مذكورين، ص 571 و ما بعدها.

نظرا لأن اتفاق الأطراف على التحكيم لا يعني تنازلهم عن الدعوى و إنما يتنازلون فقط عن الالتجاء للقضاء الرسمي لفائدة قضاء يحددون إجراءاته و مسطرته، في حين يرى اتجاه آخر أن الحكم التحكيمي ذو طبيعة اتفاقية لا قضائية نظرا لأن التحكيم بصورة عامة من خلق إرادة الأطراف و اختيارهم، بينما يرى اتجاه أخرى بأن الحكم التحكيمي ذو طبيعة مزدوجة¹، أما من منظورنا المتواضع فإننا نضم رأينا إلى الاتجاه القائل بازدواجية الطبيعة القانونية لحكم المحكمين، حيث إنه ذو طبيعة اتفاقية مادام ينشأ عن طريق إرادة الأطراف، فهم الذين يعينون المحكمين و هم من يختارون الإجراءات القانونية التي ستطبق على موضوع النزاع، وفي نفس الوقت هو ذو طبيعة قضائية مادام أن المحكمة تتدخل لإعطائه القوة التنفيذية، و ما يعزز هذا الطرح أن المشرع ألزم أن يتضمن الحكم التحكيمي مجموعة من البيانات المتطلبة كذلك في الأحكام القضائية.

- **السقوط:** يعتبر السقوط بمثابة جزاء يوقع ضد الشخص المهمل و المتقاعس عن القيام بالواجبات الإجرائية اللازمة لسير الخصومة القضائية²، و نظرا لأن المشرع قد خص خصومة التحكيم ببعض الأحكام التي تتلاءم مع الغايات المبتغاة من تنظيمها، فإننا نتساءل عن مدى إمكانية انقضاء خصومة التحكيم بالسقوط على غرار الخصومة القضائية .

ب/ الأسباب الخاصة لإنقضاء الخصومة التحكيمية:

نظرا للخصوصية التي تتميز بها الخصومة التحكيمية فإن المشرع الجزائري قد حدد مجموعة من الأسباب الخاصة التي تنقضي بها غير أننا لا نزعم الخوض في جميع الأسباب الخاصة إنما سنركز على فيها على ما هو أساسي و ذلك على الشكل التالي:

- **توصل الأطراف إلى تسوية ودية منهية للنزاع:** و انطلاقا من هذا المادة يتضح أن المشرع يشجع أطراف الرابطة التحكيمية على إنهاء موضوع النزاع بطريقة ودية، و بالتالي وضع حد للخصومة التحكيمية ، و من تم إذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنتهي النزاع، كان لهما أن يطلبوا إثبات شروط التسوية أمام هيئة التحكيم التي يجب عليها في هذه الحالة أن تصدر قرار يتضمن شروط التسوية و ينهي الإجراءات.

¹ - عبد الكريم الطالب، الشرح العلمي لقانون الإجراءات المدنية، الطبعة السادسة، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش، 2012، ص 345 و ما بعدها.

² - نورة غزلان الشنيوي، دراسة في قانون المسطرة المدنية المغربي، الطبعة الثانية، مطبعة الورود انزكان، 2013، ص 94 و ما بعدها.

- **عدم جدوى الإستمرار في إجراءات التحكيم و استحالتها:** إذا كانت الغاية من اللجوء إلى التحكيم هي تفادي العقبات و المشاكل التي تواجه الأشخاص بسبب لجوئهم إلى المحاكم و المتمثلة في بطء الإجراءات و كثرتها.... فإن الهيئة التحكيمية، قد ترى أثناء تصديها للنزاع أنه لا فائدة ولا جدوى من مواصلة إجراءات التحكيم حتى نهايتها نظرا لتعذر الحصول مثلا على المستندات الكافية أو لاستحالة تنفيذ ما قد تصدره الهيئة التحكيمية من أحكام في الخصومة المعروضة أمامها.

- **انقضاء ميعاد التحكيم دون الفصل في موضوع النزاع:** يكون التحكيم مرهون بأجل فإذا انقضى هذا الأخير دون الحسم في موضوع النزاع فإن التحكيم ينقضي و يعتبر كأن لم يكن، و بالتالي بفوات الميعاد المحدد لإصدار الحكم سواء كان محددًا بالقانون أم بالاتفاق، يكون لكل طرف الحق في التقدم إلى رئيس المحكمة المختصة بطلب إنهاء إجراءات التحكيم طبقا لما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة 327-20 من قانون الإجراءات المدنية، و في هذه الحالة يكون للأطراف عرض النزاع من جديد أمام المحكمة المختصة ما لم يتفقوا من جديد على حل هذا النزاع عن طريق اللجوء إلى التحكيم و بإجراءات جديدة.¹

الفرع الرابع: حكم التحكيم التجاري

سنتطرق في هذا الفرع إلى ماهية حكم التحكيم التجاري وكيفية صدوره وتنفيذه.

أولاً: مفهوم حكم التحكيم التجاري

لمعرفة حكم مفهوم الحكم التحكيمي لابد من الوقوف على التعريفات التي قيلت فيه، وأنواعه، وكذا مدى إلزامية هذا الحكم.

1/ تعريف حكم التحكيم التجاري

تكمن أهمية حكم التحكيم في معرفة أي القرارات و الأحكام الصادرة عن المحكم، و التي يتعين وصفها أنها أحكام تحكيمية تختلف عن غيرها من القرارات الإجرائية و التي تفصل في مواضيع إجرائية.

أما اتفاقية نيويورك المتعلقة بالإعتراف و تنفيذ الأحكام الأجنبية 1958. قد تضمنت نص فيما يتعلق بالمقصود بالحكم التحكيمي حيث جاء في نص المادة 2/1 منها أنه " يقصد بالحكم التحكيمي

¹ - إبراهيم رضوان الجعيري، بطلان حكم المحكم، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009، ص 30 - 31 .

ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالات محددة، بل أيضا الأحكام الصادرة من هيئات تحكيمية دائمة يحتكم إليها الأطراف"، إلا أن هذا التعريف لا يمكن اعتباره كاملا.¹

أ-تعريف حكم التحكيم: أمام غياب تعريف قانوني لحكم التحكيم ، سواء على مستوى التشريعات الوطنية لكل دولة ، أو في الاتفاقيات و المعاهدات الدولية التي عنت بتنظيم كل ما يتعلق بالتحكيم، فإن الفقه تصدى لهذه المهمة وانقسمت الآراء في الصدد تعريف الحكم التحكيمي إلى اتجاهين.

- **الاتجاه الموسع لتعريف حكم التحكيم:** و هو الاتجاه الذي يوسع من نطاق حكم التحكيم على نحو يجعله يشمل ليس فقط الأحكام التي تفصل في المنازعة على نحو كلي، بل و أيضا تلك التي تفصل في أحد عناصر المنازعة بشكل جزئي.

فقد ذهب الأستاذ كويلا رد إلى تعريف الحكم التحكيمي بأنه القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه، سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها ، أو بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة. كما يرى هذا الاتجاه أن القرارات الصادرة عن المحكم و التي لا تفرض على الأطراف إلا بناءا عن قبولهم الصريح لها لا تعد أحكاما تحكيمية²، فالقرار الصادر عن المحكمة التحكيمية و الذي أطلق عليه قرار من الدرجة الأولى لا يتحول إلى حكم تحكيمي إلا إذا وافق الأطراف على مشروع الحكم التحكيمي، و في حالة تحقق هذا القبول تعرض المنازعة على محكمة تحكيمية من الدرجة الثانية تصدر حكم نهائي لا يمكن أن يكون محلا للطعن فيه بالبطلان. وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في 1 يونيو 1987 .

- **الاتجاه الضيق لتعريف حكم التحكيم:** وهو الاتجاه الذي يدافع عليه الفقه السويسري حيث اعتبر أن القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم حتى تلك المتصلة بموضوع المنازعة و التي لا تفصل في طلب محدد لا تعد أحكام تحكيمية إلا إذا أنهت بشكل كلي أو جزئي منازعة التحكيم. و يعتبر هذا الاتجاه استثناء عن ما هو موجود لدى غالبية الفقه السويسري الذي تبنى الإتجاه الموسع.

¹ - إبراهيم رضوان الجعيري ، مرجع سابق، ص 30 - 31 .

² - حفيظة السيد حداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 294، 295 .

و استنادا إلى التعريف الضيق فإن القرارات التي تفصل في المسائل المتصلة بالموضوع كصحة العقد الأصلي، و مبدأ المسؤولية لا تعد أحكاما تحكيمية ، و لا تعدو أن تكون مجرد أحكام تحضيرية و أولية لهذا لا يمكن أن تكون محلا للطعن.

- **الإتجاه المرجح:** من خلال بيان هذين الإتجاهين في تعريف حكم التحكيم يتبين أن غالبية الفقه يتبنى الإتجاه الأول و هو الإتجاه الموسع، بحجة أن اختيار الأطراف للتحكيم كوسيلة لفض نزاعهما كان بهدف التوصل إلى حلول ملائمة لهذا النزاع دون أي خصومة، و احتراماً لهذا الهدف لا بد من الأخذ بهذا المعنى الموسع للحكم التحكيمي، و هذا حتى لا يستمر الأطراف في المنازعة أمام المحكم في حالة حكمه مثلا باختصاصه على الرغم من أن هذا الحكم التحكيمي لو طعن فيه بالبطلان أمام محكمة الدولة التي صدر حكم التحكيم على إقليمها لانتهت الأمر ببطلانه و فقد المحكم اختصاصه بالفصل في موضوع المنازعة، بالرغم من أن هذه المسألة لا تتعلق بموضوع النزاع بشكل مباشر إلا أنها تفصل فيه و لو بشكل جزئي، و استنادا لهذا يمكن أن تستثنى مجموعة من القرارات و التي لا تعتبر أحكام تحكيمية بالمعنى الفني الدقيق، فالقرارات الصادرة عن محكمة التحكيم و المتعلقة بتحديد زمان و مكان انعقاد الهيئة التحكيمية، أو تأجيل نظر الدعوى للاطلاع و الاستعداد لا تعد أحكام تحكيمية فمحكمة التحكيم لا تستنفذ بها ولايتها، و نفس الشيء بالنسبة للقرارات التي تهدف إلى إعداد الخصومة للفصل فيها مثل القرار بندب خبير، أو معاينة مكان أو سماع شهود.¹

ب-أنواع حكم التحكيم: تختلف أنواع حكم التحكيم باختلاف الزاوية التي ينظر منها.

- **من حيث حسم النزاع:** فأحكام التحكيم تنقسم إلى الأحكام التي تفصل النزاع المعروف على المحكم للفصل فيه بصفة قطعية، و أحكام أخرى تفصل في جزء من الخصومة فقط.

* **أحكام التحكيم المنهية للخصومة أو القطعية:** و هي الأحكام التي تحسم النزاع لأنها تفصل في كل المسائل المتنازع عليها، حيث تتضمن إنتهاء المحكم من مهمته على نحو تام يؤدي إلى استيفاء ولايته ، و بالتالي يعتبر هذا الحكم نهائي سواء فيما يتعلق بإنهائه لإجراءات التحكيم و بالتالي مهمة المحكم ، أو فيما يتعلق بحله للنزاع برمته، و نفس الشيء تعرضت إليه المادة 21 فقرة 1 من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس بأن حكم التحكيم النهائي هو الذي ينهي الإجراءات التحكيمية.²

¹-- حفيظة السيد حداد، مرجع سابق ، ص 300 ، 301 .

²-- محمد فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص 309 .

* أحكام التحكيم الجزئية: و هي الأحكام التي تصدرها هيئة التحكيم في مرحلة قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها، فهي قد تفصل أو قد تنهي بعض المسائل الجزئية من النزاع، و لكنها لا تكون حكم منهي للخصومة بل أحكام تنظم سير هذه الخصومة.¹

و لإصدار الأحكام الجزئية أهمية بالغة باعتبارها تلعب دور في حل المنازعات المعقدة، و التي تتفرع عنها الكثير من المشاكل المستقلة إذ أن صدور هذه الأحكام الجزئية و لاسيما من قبل هيئات التحكيم ذات الخبرة قد يفيد كلا الطرفين.²

- من حيث حضور الأطراف: وتنقسم أحكام التحكيم من هذا المنظور إلى أحكام حضورية من جهة، و أحكام غيابية من جهة أخرى.

* حكم التحكيم الحضورى: و هو الحكم الذي يصدر بناء عن الوثائق و المذكرات المقدمة من قبل المدعي و المدعى عليه خلال المرحلة السابقة، و ذلك بحضور الطرفين لهذه الإجراءات و تقديم دفعتهما و طلباتهما، مما يدل على احترام حق الدفاع و معاملة الأطراف على قدم المساواة.

* حكم التحكيم الغيابى: و هي الحالة التي يصدر فيها حكم التحكيم برغم من عدم حضور أحد أطراف المنازعة لجلسات التحكيم، بشرط أن يكون هذا الطرف قد تم تبليغه و إعلامه بمواعيد الجلسات مما يؤكد مراعاة حق الدفاع و المعاملة المتساوية للأطراف، و بالتالي فإن غياب هذا الطرف لا يؤثر على سير إجراءات التحكيم، و على هيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم و إصدار حكم للنزاع استنادا على عناصر الإثبات الموجودة أمامها، و هذا ما نصت عليه قواعد اليونسترال حيث اعتبرت أن عدم حضور أحد الطرفين أو عدم إبداء دفاعه لا يعتبر تسليما منه بادعاءات الطرف الأخر، و إذا لم يحضر أحد الطرفين أو لم يبدي دفاعه في أي مرحلة من مراحل الاجراءات يجوز لطرف الأخر أن يطلب من المحكمة أن تفصل في المسألة المطروحة عليها و تصدر حكما، لكن يجب على المحكمة قبل أن تصدر هذا الحكم أن تخطر الطرف الذي لم يحضر أو لم يبدي دفاعه، أو تعطيه مهلة إلا إذا كانت مقتنعة أن ذلك الطرف ليس في نيته القيام بذلك.³

¹ - محمد مختار بريري، مرجع سابق، ص 163

² - إبراهيم رضوان الجعيري، مرجع سابق، ص 30 - 31.

³ - حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 312، 313.

-من حيث الفترة التي يصدر فيها: وتتقسم الأحكام التحكيمية في هذا الصدد إلى أحكام صادرة قبل الفصل في موضوع النزاع، و أخرى بعد الفصل في موضوع النزاع.

ج-1- الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع النزاع: يشمل هذا النوع كل الأنواع التي سبق ذكرها سواء الحاسمة للنزاع أو الجزئية، و سواء كانت حضورية أو غيابية.

* الأحكام الصادرة بعد الفصل في موضوع النزاع: الأصل أن بصدور الحكم الفاصل في النزاع تنتهي مهمة المحكم ولا يحق له فيما بعد تعديل هذا الحكم، إلا أن هذا الأصل يرد عليه استثناء لأنه في بعض الأحيان قد يصدر الحكم و يكتفه بعض الغموض و يصعب معه الوصول إلى الحقيقة، أو يقع المحكم في بعض الأخطاء المادية أو الكتابية أو الحسابية و التي لا يؤدي تصحيحها إلى تعديل الحكم، أو قد يغفل المحكم الفصل في بعض الطلبات التي طلبها الأطراف أثناء سير الدعوى.¹

2/ القوة الإلزامية لحكم التحكيم:

يتمتع الحكم التحكيمي بمجرد صدوره بالقوة الإلزامية و التي تستمد أولاً من إتفاق الأطراف أي من توقيعهم لإتفاق التحكيم، و عادة ما يتم التعبير عليه صراحة في هذا الإتفاق بإدراج عبارة "أن قرار التحكيم يعتبر ملزم ونهائي".²

كما تستمد هذه الإلزامية من إعتبار أن المحكم يقوم بنفس الوظيفة التي يقوم بها القاضي و يصدر حكماً ملزماً للخصوم، و يتمتع بالحجية على نحو يؤدي إلى عدم إمكانية عرض نفس المنازعة التي صدر بشأنها حكم التحكيم على القضاء العام مرة أخرى أو على قضاء التحكيم.³

وهذا ما أكدته النصوص القانونية في مختلف الدول، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 1031 من "ق إ م إ" أن أحكام التحكيم تحوز حجية الشيء المقضي فيه فيما يخص النزاع المفصول فيه.⁴

¹- إبراهيم رضوان الجعيري، مرجع سابق، ص 67 .

²- فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 340

³- حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 82

⁴- القانون 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، السالف الذكر.

ثانيا: صدور الحكم التحكيمي

بعد الانتهاء من جميع الإجراءات الواجب إتباعها فإن المحكم أو الهيئة التحكيمية ملزمة بإصدار قرارها الحاسم في النزاع خلال المدة المحددة لها، و يجب أن يصدر هذا الحكم وفق مجموعة من الشروط مما يجعله صحيحا و يمكن من ترتيب آثاره.

1/مضمون الحكم التحكيمي وشروط صدوره: سبق و أن قلنا أن الحكم التحكيمي هو عبارة عن ثمرة للمجهودات التي قام بها الأطراف منذ اختيارهم اللجوء إلى التحكيم، و قيامهم بكامل الإجراءات و تقديم الوثائق و المذكرات، هذا من جهة و من جهة أخرى يعتبر هذا الحكم التحكيمي الحد الفاصل لمهمة المحكم إن كان وحيدا بعدما يكون قد إطلع على الوثائق و دققها، أو الهيئة التحكيمية التي تكون قد أجرت المداولة و توصلت إلى قرار نهائي.

و غالبا ما يتخذ هذا القرار بالأغلبية و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1026 من (ق إ م إ د). أما في حالة عدم تحقق الأغلبية فإن أغلب القواعد التحكيمية تعطي للمحكم الرئيس أن يتخذ القرار و يوقعه هو وحده و هذا ما جاءت به المادة 19 من قواعد غرفة التجارة الدولية.

كما يشترط الشكل الكتابي حيث تفرض معظم التشريعات إصدار الحكم كتابة و يتم تأكيده عن طريق التوقيع و هذا ما أخذت به أغلب أنظمة التحكيم.¹

أ/-**محتويات حكم التحكيم:** لكي يكتمل الحكم التحكيمي لا بد أن يتضمن مجموعة من البيانات شكلية و أخرى موضوعية و قد نصت عليها المادة 32 من قواعد الانسترال و المادة 1028 من (ق إ م إ د).

- **البيانات الشكلية:** و تتمثل هذه البيانات فيما يلي:

* **ذكر أسماء المحكمين المصدرين للقرار التحكيمي:** فقد جرت العادة على ذكر أسمائهم و صفاتهم و عناوينهم و أسم الطرف الذي عينه و كيفية تعيين المحكم الرئيس.

¹ -jean-francois poudret. Sébastien besson. Droit compare de l'arbitrage international. B ruylant. 2002.p704 .

* **ذكر أطراف النزاع:** و هم المدعى و المدعى عليه حيث يتم ذكر الاسم الكامل لكل طرف و عنوانه و إذا كان شخص معنوي فيذكر اسم الشخص المعنوي و مركز أعماله، بالإضافة إلى أسماء المحامين أو المستشارين لكل طرف في حالة وجودهم.¹

* **ذكر تاريخ و مكان إصدار الحكم التحكيمي:** يتضمن حكم التحكيم بيان تاريخ و مكان إصداره، وهو بذلك يؤكد الفصل في النزاع قبل انتهاء المدة المحددة له، والممنوحة لهيئة التحكيم بموجب القانون المنظم للإجراءات، بالإضافة إلى سريان قيمته القانونية إذا كان يرتب التزاما ماليا على أحد الأطراف.²

كما أن لذكر مكان صدور الحكم أهمية في تحديد نوع القرار أجنبي أو وطني و هذا بموجب المادة 1 من اتفاقية نيويورك. و المبدأ المستقر عليه في المجال الدولي أن مكان التحكيم هو مكان صدور الحكم و إن جرت المداولات في أماكن مختلفة و هذا ما نصت عليه المادة 16 من قواعد الأستزال، و في حالة عدم ذكره لا يؤدي ذلك إلى بطلان القرار إنما تقام قرينة بأنه مكان التحكيم.

* **توقيع المحكمين:** وقد نص المشرع الجزائري عليه في المادة 1229 من (ق إ م د) حيث أشار من خلالها إلى أن أحكام التحكيم توقع من جميع المحكمين و في حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك و يرتب الحكم آثاره باعتباره موقعا من جميع المحكمين.

* **الإشارة إلى اتفاق التحكيم:** هناك بعض القوانين تستوجب الإشارة إلى اتفاق التحكيم عكس البعض الآخر كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري الذي لم يشر إليها في المادة 1028 من (ق إ م د)، لكن غالبا ما تتم الإشارة إليها في معظم القرارات التحكيمية الدولية بهدف توضيح التفاصيل التي اتفق الاطراف عليها حول كيفية إجراء التحكيم.³

- **البيانات الموضوعية:** و تتمثل هذه البيانات فيما يلي:

* **منطوق الحكم:** و هو نتيجة لما توصلت إليه الهيئة التحكيمية من نتائج نهائية في كيفية حسم النزاع.

¹ - محمد فوزي سامي، مرجع سابق، ص 316 .

² - عبد القادر رقاب، مرجع سابق، ص 248.

³ - محمد فوزي سامي، مرجع سابق، ص 316.

* **مصاريف التحكيم:** و عادة ما يتم ذكر مصاريف التحكيم في القرار التحكيمي و كيفية توزيعها و نسبة تحمل كل طرف.

و يعتمد المحكم في تقديره لهذه المصاريف على القواعد التحكيمية أو القانونية المطبقة على التحكيم إن كانت تشير إلى ذلك، أو إتباع ما جاء في إتفاق الأطراف و هذا ما جاءت به محكمة استئناف باريس في 20 مارس 1986 حيث حكمت بإبطال ما ذهب إليه المحكمون بتحصيل طرف واحد لمصاريف التحكيم في حين أن الطرفين قد إتفق على تقسيم المصاريف.¹

* **ملخص لطلبات الخصوم و أقوالهم و المستندات المقدمة:** فقد جرت العادة على ذكر موضوع النزاع الذي دفع بالأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم و ملخص عن موضوع النزاع ، وكذلك طلبات المدعى و رد المدعى عليه و جميع أوراق الإثبات التي قدمت في القضية.² وهذا ما ذهبت إليه المادة 1027 من (ق إ م إ د) حيث تنص بأنه يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف و أوجه دفاعهم.

* **تسبب الحكم:** حيث تنص معظم التشريعات على وجوب تسبب الحكم التحكيمي شأنه في ذلك شأن القرار القضائي و إلا كان باطلا لمخالفته للنظام العام، في حين ذهب القضاء الفرنسي إلى التفريق بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي حيث يعتبر عدم تسبب الحكم التحكيمي الداخلي يجعله باطلا، أما فيما يتعلق بالقرار التحكيمي الدولي فإن عدم تسببيه لا يجعله مخالف للنظام العام الدولي ما دام القانون أو القواعد الإجرائية للتحكيم لا تلزمه بذلك، و هذا ما أكدته محكمة استئناف تونس بسبب قرار صادر في إنجلترا التي لا يفرض قانونها التسبب.

أما عن القواعد التحكيمية فقد نصت معظمها على أن القاعدة هي وجوب تسبب الحكم التحكيمي ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. (المادة 32 من قواعد الانسترا) ، و يلاحظ أن قواعد الغرفة التجارية العربية الأوربية و غرفة التجارة الدولية لم تشر إلى ضرورة تسبب القرار على عكس اتفاقية واشنطن، و الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري.³

أما المشرع الجزائري فقد ذهب إلى وجوب تسبب الحكم التحكيمي وهذا بموجب الفقرة الثانية من المادة 1027 (ق إ م إ).

¹ - محمد فوزي سامي، مرجع سابق ، ص 317.

² - إبراهيم رضوان الجغير، مرجع سابق، ص 48

³ - محمد فوزي سامي، مرجع سابق، ص 317 و 318.

ب- شروط صحة حكم التحكيم: بالإضافة إلى البيانات السابق ذكرها لا بد أن تتوفر مجموعة من الشروط لصحة حكم التحكيم حتى يتسنى تنفيذه.

- أن يصدر الحكم بصدد نزاع قائم فعلا بين أطرافه: حيث يشترط أن يكون هناك نزاع حول موضوع معين بسبب علاقات قانونية ذات طابع اقتصادي أيا كانت العلاقة عقدية أو غير عقدية.

- أن يكون الحكم قطعي: و هو الذي يفصل في جملة النزاع أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه فصلا حاسما لا رجوع فيه من قبل المحكمة التي أصدرته، كالحكم للمدعي بقبول طلباته أو رفضها، أو الحكم بعدم الاختصاص، أو بانقضاء الحق بالتقادم أو سقوط الدعوى...

- أن يكون نهائيا و حائز لحجية الشيء المقضي فيه: و يكون الحكم نهائيا عندما ينهي المحكم أو الهيئة التحكيمية الإجراءات و يصدر الحكم في النزاع بعد قفل باب المرافعة، و بالتالي تنتهي مهمة المحكم و يستنفذ ولايته و لا يبقى له أي اختصاص بشأن النزاع ألا ما قد يلزم من تصحيح بعض الأخطاء الكتابية البحتة، و يكون نهائيا بعد توقيعه من المحكمين بالأغلبية.

و يكون الحكم حائز حجية الشيء المقضي فيه بين الأطراف الصادر بينهم هذا الحكم، و يقصد به عدم إمكانية طرحه ثانية أمام نفس الهيئة للفصل فيها.¹

- أن يكون الحكم قابلا للتنفيذ: و يكون كذلك عندما يكون نهائيا و قطعيًا و حائز لقوة الأمر المقضي فيه، ولم يطعن فيه بالطرق المقررة قانونا، و يجب أن يحوز على الصيغة التنفيذية من الدولة التي سينفذ فيها.²

2/ آثار القرار التحكيمي:

ثار خلاف فقهي حول الوقت الذي يرتب فيه القرار التحكيمي أثاره، فهناك من أعتبره من تاريخ اكتساب هذا القرار للحجية القطعية، و هناك من قال من تاريخ إيداعه لدى المحكمة المختصة، في حين ذهب جانب آخر إلى الأخذ بتاريخ صدور الحكم ، و يعتبر هذا الرأي الأخير هو الراجح. وهذا ما نص عليه القانون الإيطالي. أما القانون الفرنسي فيعتبره من تاريخ تبليغ الأطراف.

¹ - إبراهيم رضوان الجعيري، مرجع سابق، ص 59 ، 60

² - مرجع نفسه، ص 61 .

أ/ آثار الحكم التحكيمي بالنسبة للخصوم: يترتب على الحكم التحكيمي الآثار التالية:

-الإلتزام بتنفيذ الحكم التحكيمي: يلتزم الأطراف بمجرد صدور القرار التحكيمي بالتنفيذ إراديا، و أساس هذا الإلتزام يكمن في اتفاق الطرفين على التحكيم، و يتم عادة التعبير عنه صراحة في اتفاق التحكيم " أن قرار التحكيم يعتبر ملزما و نهائيا". حيث تشير الإحصائيات أن 90 بالمئة من القرارات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية تم تنفيذها إراديا.¹

- الإلتزام بعدم عرض النزاع مرة ثانية على القضاء: لأن القرار حائز لحجية الأمر المقضي فيه بالنسبة لموضوع النزاع و بين الطرفين فقط، و هذا حتى في حالة إمكانية الطعن فيه، إلا أن تمتعه بهذه الحجية لا يعني اكتسابه للقوة التنفيذية لأن هذه الأخيرة تتطلب القيام بمجموعة من الإجراءات.

ب/آثار القرار التحكيمي بالنسبة للمحكمن:

وتتمثل هذه الآثار فيما يلي:

- رفع ولاية المحكم عن النزاع: إذ أن بصدور القرار التحكيمي تنتهي ولاية المحكم عن النزاع الذي تم حسمه و يعني بذلك عدم إمكانية الرجوع مرة ثانية للنظر في النزاع، أو إعادة النظر في القرار الذي اتخذته الهيئة التحكيمية، إلا أنه يمكن للمحكم من تلقاء نفسه، أو بطلب من أطراف النزاع أن يقوم بتصحيح الأخطاء المادية أو إكمال النقص بسبب إغفال اتخاذ القرار بشأن موضوع تم طلبه أثناء المرافعة أو تفسير القرار.

أما إذا تم إيداع القرار لدى المحكمة فلها أن تطلب من المحكم القيام بالتصحيات السابقة.

- استحقاق المحكم للأجور المنفق عليها: وهذه الأجور يتم تحديدها في إطار مصاريف التحكيم التي سبقت الإشارة إليها، إلا أنه من جهة أخرى فالمحكم تقع عليه مسؤولية الإهمال وبالتالي يحق للطرفين مطالبته بالتعويض بسبب الأضرار التي لحقت بهم.²

3/ الطعن في حكم التحكيم:

لقد فرق المشرع الجزائري بخصوص الطعن في حكم التحكيم بين التحكيم الداخلي والدولي مسائرا في ذلك الاتجاه الذي نهجه المشرع الفرنسي. والأصل أن التحكيم الداخلي كما بينا سابقا يقبل الإستئناف، إلا إذا تضمن اتفاق التحكيم تنازل الطرفين عن حق الإستئناف.

¹- محمد فوزي سامي، مرجع سابق، ص 343 ، 344 .

²-مرجع نفسه، ص344.

أ- طرق الطعن في حكم التحكيم: تتمثل هاته الطرق في النقاط التالية:

- **المعارضة:** يكون حكم التحكيم مبدئيا قابلا لطرق الطعن الجائزة ضد الأحكام العادية، ولكن المادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تمنع المعارضة. عدم جواز المعارضة هو منطقي ويتمشى مع طبيعة التحكيم لأن التوقيع على اتفاق التحكيم من قبل كل الأطراف يعد بمثابة حضور. وحتى وإن رفض أحد الأطراف مباشرة إجراءات التحكيم، فإن الحكم الصادر لا يعتبر غيابيا. طريق الطعن العادي الوحيد الذي يجيزه قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو الاستئناف.

- **الاستئناف:** التشريع القديم كان يمنح الإختصاص للفصل في الاستئناف المرفوع ضد حكم التحكيم حسب الحالات إلى المحكمة أو إلى المجلس القضائي. المادة 455 من قانون الإجراءات المدنية القديم كانت تنص على ما يلي: "يرفع الاستئناف عن أحكام التحكيم إما إلى المحكمة أو إلى المجلس القضائي وذلك تبعا لنوع القضية وما إذا كانت تدخل في نطاق اختصاص أي من هتين الجهتين القضائيتين". هذه المادة التي وردت في صيغة غامضة كانت تميز في الواقع بين الإختصاص الابتدائي والإختصاص الاستئنافي والنهائي للمحاكم. فإذا كانت المادة من اختصاص المحكمة ابتدائيا ونهائيا لو رفعت الدعوى أمامها، فإن استئناف حكم التحكيم يرفع أمام المحكمة. وأما إذا كانت المادة من اختصاص المحكمة ابتدائيا فقط، نظرا لقيمة النزاع، فإن استئناف حكم التحكيم يرفع إلى المجلس القضائي.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية وحد قواعد الإختصاص إذ أن المجلس القضائي يكون هو المختص للنظر في استئناف حكم التحكيم بغض النظر عن نوع القضية وقيمة النزاع. والمجلس القضائي المختص إقليميا هو المجلس الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم (م.1033 ق.إ.م.إ.).¹

وعليه يكون حكم التحكيم قابل للاستئناف فور صدوره، ويجب رفعه في أجل شهر واحد من تاريخ النطق به (م.1033 ق.إ.م.إ.). وطبقا للقواعد العامة فإن تنفيذ حكم التحكيم يتوقف خلال أجل الاستئناف كما يتوقف بسبب رفع الاستئناف (م.323 ف.1 ق.إ.م.إ.). ولكن يكون الأمر خلاف ذلك إذا أمر بالتنفيذ المعجل إذ في هذه الحالة لا يكون للاستئناف أثر موقوف (م.1037 ق.إ.م.إ.).

¹ -أنظر المادة 1033 من ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

يرفع الإستئناف ويفصل فيه حسب الإجراءات المطبقة أمام المجلس القضائي الفاصل في استئناف أحكام المحاكم العادية. يرفع الاستئناف إذا بموجب عريضة تودع بأمانة ضبط المجلس القضائي من طرف محام كون تمثيل الخصوم بمحام وجوبي أمام جهات الاستئناف (م.10 ق.إ.م.إ.). يجب طبعاً أن تكون عريضة الإستئناف معلة أي تحتوي الأوجه التي أسس عليها الإستئناف. ويمكن في الخصومة أمام المجلس القضائي تقديم استئناف فرعي وهذا على غرار ما يجري في الحالات العادية.

لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصوصاً خاصة توضح آثار القرار الذي يصدره المجلس القضائي إثر استئناف حكم التحكيم. إذا رفض الاستئناف في حكم التحكيم لعدم التأسيس، الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه (م.390 ق.إ.م.إ.)، وإما أحكام التحكيم فإنها تكون دائماً قابلة للإستئناف فإن الأثر الطبيعي لذلك هو منح حكم التحكيم القوة التنفيذية. ولكن إذا اعتبر المجلس القضائي أن المحكمين خالفوا القانون أو لم يطبقوه تطبيقاً صحيحاً، فإنه لا يكتفي بإلغاء حكم التحكيم ولكنه يتصدى ويفصل في الموضوع، وحينئذ فإن قرار المجلس يحل محل حكم التحكيم. ويجب طبعاً على المجلس القضائي أن يبقى في حدود المهمة التي أسندها الأطراف للمحكمين .

-**اعتراض الغير الخارج عن الخصومة:** تنص المادة 1038 من ق إ م¹ أنه لا يحتج بأحكام التحكيم تجاه الغير. ولكن إذا اعتبر شخص لم يكن طرفاً في التحكيم أن حكم التحكيم سبب له ضرراً أو سيسبب له ضرراً، جاز له الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة (م.1032 ف.1 ق.إ.م.إ.)². وخلافاً لما هو مقرر في حالة استئناف حكم التحكيم، فإن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة يرفع لا أمام المجلس القضائي ولكن أمام المحكمة. والمحكمة المختصة إقليمياً هي المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم (م.1032 ف.2 ق.إ.م.إ.).

-**الطعن بالنقض:** حسب المادة 1034 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية³، فإن القرارات الفاصلة في استئناف أحكام التحكيم تكون وحدها قابلة للطعن بالنقض. حكم التحكيم لا يكون إذا قابلاً للطعن بالنقض، وهذا المنع منطقي لأن حكم التحكيم يكون دائماً قابلاً للاستئناف. ويكون الطعن بالنقض

¹-أنظر المادة 1038 من ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

²-أنظر المادة 1032 من ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

³-أنظر المادة 1034 من ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

غير مقبول حتى في حالة ما إذا كان حكم التحكيم غير قابل للاستئناف بسبب تنازل الأطراف عن مباشرة هذا الطعن الأخير.

- التماس إعادة النظر: قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم ينص على جواز الطعن بالتماس إعادة النظر في حكم التحكيم. فهل يعني هذا أن المشرع منع الطعن بالالتماس؟ نعتقد ذلك لأنه لو كانت نية المشرع جواز هذا الطعن لنص عليه صراحة كما فعل ذلك في قانون الإجراءات المدنية القديم في المواد من 456 إلى 458. منع التماس إعادة النظر في حكم التحكيم يتمشى مع طبيعة هذا الطعن لأنه يهدف إلى مراجعة.

ب- استئناف الأمر الفاصل في طلب تنفيذ حكم التحكيم:

عرضنا فيما سبق نوع الطعون الجائزة ضد حكم التحكيم نفسه. ولكن إذا بادر الأطراف إلى طلب تنفيذ حكم التحكيم والتمسوا من رئيس المحكمة إصدار أمر بذلك، فإن القانون يجيز الطعن في هذا الأمر. ويجب هنا التمييز بين الحالة التي يأمر فيها رئيس المحكمة بتنفيذ حكم التحكيم، والحالة التي يرفض فيها ذلك.

إذا أصدر رئيس المحكمة أمرا يرفض بموجبه تنفيذ حكم التحكيم، فإنه يجوز للأطراف استئناف هذا الأمر. ويجب رفع هذا الاستئناف في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ الرفض (م. 1035 ف. 3 ق.إ.م.إ.)¹ إذا اعتبر المجلس القضائي أن رئيس المحكمة أخطأ حينما رفض الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، فإنه يتصدى ويقضي بالتنفيذ. وأما إذا اعتبر أن القاضي طبق صحيح القانون حينما رفض الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، فإن المجلس القضائي يقضي بتأييد الأمر المستأنف فيه.

إذا أجاز قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاستئناف في أمر رئيس المحكمة القاضي برفض تنفيذ حكم التحكيم، فإنه لم يتطرق للحالة التي يأمر فيها رئيس المحكمة بتنفيذ حكم التحكيم. فهل يعني ذلك أن أمر التنفيذ لا يكون قابلا للاستئناف ولا لأي طعن آخر؟ في غياب نص صريح، فإنه يصعب الإجابة عن هذا السؤال علما أن المشرع لم يمنع بنص صريح الطعن في أمر التنفيذ كما فعل ذلك بالنسبة لأمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر (م. 1058 ف. 2 ق.إ.م.إ.) ومع ذلك يجب الملاحظة أن أمر تنفيذ حكم التحكيم يصدره رئيس المحكمة بناء على عريضة يقدمها الطرف الذي له مصلحة في ذلك. ولكونه أمر على عريضة، فإن أمر تنفيذ حكم التحكيم قد يخضع لطرق

¹-أنظر المادة 1035 من ق.إ.م.إ. المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الطعن المقررة للأوامر على العرائض والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما يخضع للمادة 312 التي تنص أنه: "في حالة الاستجابة إلى الطلب فإنه يمكن الرجوع إلى القاضي الذي أصدر الأمر للتراجع عنه" علما أن القاضي المختص في هذه الحالة هو قاضي الأمور المستعجلة.

ج- دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري:

من خلال استقراء المادة 1058 نجدها قد نصت على إمكانية الطعن بالبطلان ضد التحكيم الدولي الصادر في الجزائر وفقا للحالات المحددة في المادة 1056 السالفة الذكر، نفس الإجراء جاء على سبيل الحصر في النص 1518 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وهذا فيما يتعلق بأحكام التحكيم الدولية الصادرة في فرنسا¹.

هذا ما يفيد أن الطعن بالبطلان دعوى قضائية تنظر من جديد في موضوع النزاع الدولي الفاصل فيه من قبل بحكم تحكيمي دولي صادر في الدولة، ما ينفي إختصاص القضاء الوطني في النظر في حكم الدولي الأجنبي.

وعند قيام دعوى بطلان حكم التحكيم الالكتروني فنجد أنها تترتب آثار فيما يتعلق بوقف تنفيذ الأحكام طبقا لنص المادة 1060، والواقع أن هناك أثر آخر مترتب على صدور الحكم الفاصل في دعوى البطلان، وذلك ما لم يطعن على هذا الحكم:

-الآثار المترتب على رفع دعوى بطلان حكم التحكيم: تنص المادة 1060 يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055، 1056، 1058 تنفيذ أحكام التحكيم، وهو نفس الأثر الذي قرره قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة 1506.

وعلى هذا فإن رفع دعوى ببطلان حكم التحكيم الدولي، يترتب عليه التزام الجهة القضائية المطلوب منها تنفيذ هذا الحكم بوقف هذا التنفيذ، إلى حين فصل المجلس القضائي المرفوع أمامه دعوى البطلان في هذه الدعوى تأييدا أو رفضا، على أن تنفيذ حكم التحكيم في جميع الأحوال يظل

¹ - ليدية دوفان، مرجع سابق، 217.

موقوفا، ما لم تنقضي المادة المحددة للطعن عليه بالبطلان المنصوص عليها في المادة 1059 من ق إ م¹ فإذا انقضت حاز هذا الحكم قوة الشيء المقضي فيه.

-الأثر المترتب على الحكم الفاصل في دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري: كما سبق، فإن المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه المسألة، فلا مناص إذن من إعمال القواعد العامة المطبقة على الآثار المترتبة على صدور الأحكام، فالحكم الفاصل في دعوى البطلان قد يصدر إما بتأييد حكم التحكيم الدولي وإما برفضه، وغنى عن البيان أنه إذا قضى المجلس بتأييد حكم التحكيم، وجب عليه أن يأمر بتنفيذه، أما إذا قضى المجلس ببطلان حكم التحكيم، ترتب على ذلك زوال هذا الحكم كلياً أو جزئياً، ويؤول كل ما ترتب عليه من آثار، وإذا كان قد صدر حكم بتفسيره، فإنه يزول بزواله باعتباره متمماً له، وتنقضي تبعاً لذلك خصومة التحكيم، ما لم يطعن على قرار المجلس بالنقض وتم نقضه².

ثالثاً: تنفيذ حكم التحكيم

لقد قررت اتفاقية نيويورك السالفة الذكر على أن الدول المتعاقدة تعترف بحجية التحكيم وتأمر بتنفيذه طبقاً للقواعد والأصول المتبعة في إقليم الدولة المطلوب التنفيذ على أرضها. وطبقاً لنص المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإن أحكام التحكيم تحوز حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورهما فيما يخص النزاع المفصول فيه.

1/ من حيث المحكمة المختصة: وفقاً للمادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإن المحكمة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم هي المحكمة التي يتلقى رئيسها بتلقي طلب الأمر بالتنفيذ، وهي المحكمة التي صدر في دائرتها اختصاصها حكم التحكيم ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل.

2/ حقيقة المقصود من الأمر بالتنفيذ: لا يعد بالأمر بالتنفيذ دليلاً على صلاحية الحكم للتنفيذ الفوري، إنما وضع الصيغة التنفيذية عليه هي وحدها دليل هذه الصلاحية. وعليه لا ينظر في صلاحية الحكم للتنفيذ إلا عند تسليم صورته التنفيذية إلى المحكوم له بعد تذييلها بصيغة التنفيذ.

يجب على طالب التنفيذ أن يودع بأمانة ضبط المحكمة حكم التحكيم ونسخة من اتفاق التحكيم، وتوضح الصيغة التنفيذية على الحكم. وفي حالة رفض طلب التنفيذ يمكن للخصوم استئنافه

¹-أنظر المادة 1059 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م المعدل والمتمم، السالف الذكر.

²- بومدين بلباقي، مرجع سابق، ص 112.

في أجل 15 يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي وذلك وفقا للمادة 1035 الفقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويمارس القاضي وهو ينظر في إصدار أمر التنفيذ سلطة ولائحة يباشرها دون مواجهة، وعليه بداية التحقيق من أن المستند المقدم له هو حكم تحكيم بالمعنى الصحيح، وليس عملا قانونيا آخر. وإذا تأكد من هذا فإنه ينظر في إصدار المر بالتنفيذ، ولا يتولى تحقيق القضية التي صدر فيها حكم التحكيم، وإنما تقتصر سلطته على التأكد من المشروعية الظاهرة للحكم.

ويكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف، أما الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ فلا يمكن استئنافه إلا في الحالات المحددة في المادة 1056 السالفة الذكر، وهذا إذا تعلق الأمر بأحكام التحكيم الأجنبية أو الصادرة في تحكيم دولي.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري فتح الباب لاستئناف الأمر الصادر بالتنفيذ، كما أنه توسع في الأسباب التي تبرر ذلك وهو في ذلك نهج ما اتبعه المشرع الفرنسي¹. فالمشرع فتح باب لاستئناف القرار الصادر بالتنفيذ في كل الحالات التي تبرر طلب البطلان.

3/ المستندات الواجب تقديمها: طبقا لحكم المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يتعين على طالب التنفيذ أن يرفق بطلبه مستندات محددة هي:

- أصل الحكم الصادر من هيئة التحكيم.
- صورة من اتفاق التحكيم وتودع الوثائق بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل.²

4- شروط تنفيذ حكم التحكيم: لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا بعد التحقق أنه:

- لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم الجزائرية في موضوع النزاع.
- أن لا يخالف النظام العام في الجزائر.
- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.
- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكما، أو إذ وجد تناقض في الأسباب.
- أن تكون المحاكم الجزائرية غير مختصة أصلا بنظر النزاع محل حكم التحكيم.

¹ - مختار بريري، مرجع سابق، ص 291.

² - أنظر المادة 1053 من ق إ م إ، السالف الذكر.

المطلب الثالث: التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية منازعات العقود التجارية

يعد مفهوم التحكيم الدولي مثار جدل واختلاف واسع في صفوف الباحثين لارتباطه بالحياة البشرية منذ الأزل، وفرض في العصور المتلاحقة إلى جانب القضاء، وقد استعمل مصطلح التحكيم التجاري الدولي لأول مرة في مؤتمر الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي الذي انعقد في نيويورك في الفترة ما بين 20 ماي و 10 يونيو لسنة 1958 وانتهى بالتوقيع على اتفاقية نيويورك 1958 للاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية.

الفرع الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي

خصصنا هذا الفرع لدراسة التحكيم التجاري الدولي من حيث تحديد ماهيته وكذا طبيعته القانونية تباعا على النحو التالي.

أولاً: تعريف التحكيم التجاري الدولي و تحديد وطبيعته

لم يتفق فقه التحكيم على تحديد ماهية التحكيم الدولي أو بعبارة أدق تحديد معيار لدولية التحكيم¹. فمنهم من عرف التحكيم الدولي بأنه هو ذلك التحكيم الذي يرتبط بمجال العلاقات التجارية الدولية و المصالح الخارجية لأطراف النزاع والتي تكشف ارادتهما المشتركة عن أن التحكيم ناشئ عن علاقة تجارية دولية هو مجاله الخصب، خصوصاً مع تنامي العلاقات التجارية بين الدول و ازدهار المشروعات الاستثمارية وتعدد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار و ضمان الاستثمار.²

¹ - Internationalité de l'arbitrage Critères de l'internationalité. Le terme international est utilisé pour distinguer l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Cette distinction est particulièrement utile pour, d'une part déterminer si les conventions internationales ayant pour objet l'arbitrage international sont applicables et pour définir quelles normes nationales sont applicables à l'arbitrage, en particulier lorsque les lois relatives à l'arbitrage, comme ... (voir l'ouvrage de : Eric LOQUIN, L'arbitrage du commerce international, Joly, Pratique des affaires éditions 1, juillet 2015 à site web:

<https://www.lextenso.fr/larbitrage-du-commerce-international>, vu le 19/10/2017 à 8.33min

² - نقلا عن سفيان سوالم، مرجع سابق، ص 258.

1/ تعريف التحكيم التجاري الدولي:

نجد أن المشرع الجزائري قد عرف التحكيم التجاري في المادة 1004 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري¹: " الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على عرض النزاعات التي تثار فيما بينهم للتحكيم مع مراعاة الحقوق التي لهم مطلق التصرف فيها".

وعليه فالتحكيم تقنية قانونية تهدف إلى إعطاء حل للمسألة أو النزاع من قبل هيئة (محكم أو محكمين) تتمتع بسلطة الحكم أو القضاء وذلك ليس تفويضا من دولة ولا من سلطة تشريعية بل تستمد ولايتها من اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، هؤلاء المحكمين القضاة يمكن أن يكونوا مجرد أشخاص طبيعيين أو أشخاص اعتبارية خاصة، هيئة أو مركز دائم للتحكيم يخول حق الفصل في النزاع الذي ينشأ بين الطرفين بعيدا عن اللجوء إلى القضاء العادي وفقا لاتفاق الأطراف.

وعليه فالتحكيم نظام قانوني يؤدي وظيفة الفصل في منازعة مختلف بشأنها أو ما يعرف بالخصومة التحكيمية ويقوم على أساسين²:

-الأساس الأول: إرادة الأطراف واتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم واختياره بديلا عن القضاء.

-الأساس الثاني: إقرار المشرع لهذه الإرادة في التشريع الداخلي وتنظيمها في قانون الإجراءات المدنية ومساعدة الأطراف على تحقيق هذه الغاية، فالتحكيم قضاء خاص لا يجوز إجبار شخص عليه أو حرمانه من هذا الحق.

وبالفعل فالتحكيم هو تلك التقنية القانونية المختارة من الأطراف للقيام بالفصل في منازعة محددة وفقا لقواعد قانونية مختارة سواء كانت هذه الهيئة التحكيمية خاصة أو مؤسساتية، وعليه يمكن الإجماع على أن التحكيم هو "اتفاق بين طرفين أو أكثر على إخراج النزاع أو عدد من النزاعات من اختصاص القضاء العادي وأن يعهد بها إلى هيئة تتكون من محكم أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم"، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 1041 والتي تنص على ما يلي: "يمكن

¹-القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمنق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

²-منى بوختالة، مرجع سابق، ص9.

للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم".

هذا وتجدر الإشارة هنا أن هذا النوع من أساليب تسوية منازعات التجارة الدولية والإستثمار- التحكيم- لا يخلو من العيوب ونقاط الضعف، إذ مازالت جوانبه المختلفة وما تثيره من مشكلات قانونية تحظى بعناية كبيرة من طرف المختصين وتتناولها أحكام القضاء ومراكز التحكيم المتخصصة، ولعل من أهم هذه المشكلات القانونية والتي انجذبت إليها أقلام المختصين ومراكز التحكيم المتخصصة مشكلة اجراءات التحكيم ومقومات الحكم التحكيمي الصادر في نهايتها وطرق الطعن فيه وتنفيذه.¹

2/ طبيعة التحكيم التجاري الدولي:

أ- **الصفة التجارية للعلاقة:** إن الصفة التجارية للعلاقات القابلة للتحكيم تتسع لتشمل العلاقات الإقتصادية بشكل عام. فالصفة التجارية في مجال التحكيم أوسع من نظرية العمل التجاري في القانون الداخلي.² بمعنى آخر، فإن العلاقات الخاصة التي تحال للتحكيم قد تكون من منظور القانون الداخلي تجارية أو مدنية. لكن الإتفاقيات الدولية التي تنظم التحكيم، مثل اتفاقية نيويورك لسنة 1958 تنص على العلاقات التجارية فقط؛ ويفسر نطاقها بشكل واسع يشمل العلاقات التي تتناول تبادلا دوليا للسلع والخدمات دون التفريق بين طبيعة مدنية أو تجارية للعلاقة، وعلى هذا استقر القضاء والفقهاء وأخذ به قانون التحكيم النموذجي لسنة 1985 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونسترال).³

ويوضح أحد الشراح اتساع الصفة التجارية للعلاقات الإقتصادية الدولية بقوله: "لا يمكن حصر اصطلاح ((التجاري)) على المفهوم الضيق له بقصره على معاملات التجار وحدها فيما بينهم، بل ينبغي - كما أوضح القانون النموذجي ذاته - تفسير هذا المصطلح تفسيراً واسعاً بحيث يشمل

¹ - منى بوختالة، مرجع سابق، ص 10.

² - حلو أبوظو و عباس كريم، الوجيز في شرح القانون التجاري الأردني، ط2، عمان، 2002، ص 91 وما بعدها؛ قانون التجارة الأردني رقم 1966/12 المواد 6-8.

³ - عبد الحميد الأحديب، التحكيم: أحكامه ومصادره، ج1، مؤسسة نوفل، بيروت، 1990، ص 5-6 وتجزئ بعض الإتفاقيات للدول الأطراف استبعاد علاقات معينة من نطاق العلاقات التجارية وتطبيق المعيار الوطني للصفة التجارية للعمل. انظر إمكانية التحفظ على اتفاقية نيويورك بهذا الشأن في المادة (3/1).

المسائل الناشئة عن جميع العلاقات التجارية، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، والعلاقات ذات الطبيعة التجارية تشمل، دون حصر، المعاملات التالية: أي معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها...". وبناء على ذلك، يعتبر التحكيم تجاريا عندما يتعلق بنزاع ناشئ عن عملية اقتصادية.

ب/ **الصفة الدولية للعلاقة:** إذا كانت العلاقة وطنية ترتبط عناصرها (مثل مكان إبرام العقد وتنفيذه وموطن أطرافه وجنسياتهم) بدولة واحدة، وجرى التحكيم على إقليم هذه الدولة نفسها فإن التحكيم يعد وطنيا،¹ ولا مجال لفرض قواعد مادية دولية عليه. أما إذا كانت العلاقة وطنية بينما جرى التحكيم على إقليم دولة أخرى، فإن التحكيم يعد أجنبيا بالنسبة للدولة المرتبطة بالعلاقة. لكن التحكيم الأجنبي لا يكون بالضرورة دوليا في هذه الحالة. وقد أخذت اتفاقية نيويورك بالصفة الأجنبية للتحكيم دون اشتراط الصفة الدولية.² ويرجع ذلك ربما إلى صعوبة الاتفاق على معيار للصفة الدولية للتحكيم بالمقارنة مع الصفة الأجنبية التي تتحدد على أساس جغرافي تبعا لمكان صدور حكم التحكيم.³

هناك معايير مختلفة لتحديد الصفة الدولية للعلاقة التجارية. منها معايير واسعة أخذ بها قانون التحكيم النموذجي. وتتص المادة الأولى منه على أن التحكيم يعد دوليا إذا كانت مواطن أطرافه عند إبرام اتفاق التحكيم و أماكن أعمالهم موجودة في دول مختلفة، أو إذا كان مكان إبرام الاتفاق أو مكان وجود البضاعة أو مكان إجراء التحكيم في دولة أخرى غير الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للأطراف أو إذا اتفق الأطراف على كونه دوليا.

يلاحظ أن المعيار الذي أخذ به القانون النموذجي معيار واسع يقوم على أسس جغرافية ويشمل التحكيم الأجنبي الذي بينا معناه سابقا، كما أن تلك المعايير قد تفتح المجال للتحايل على القانون الوطني الذي يجب تطبيقه أصلا على التحكيم الداخلي فيقوم الأطراف باصطناع عنصر أجنبي لجعل التحكيم دوليا. لذلك يركز اتجاه آخر على معيار اقتصادي لتحديد الصفة الدولية للتحكيم، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي مثلا.⁴

¹ - أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 53، 57.

² - منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، ص 34.

³ - أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 54-55.

⁴ - عبد الحميد الأحذب، مرجع سابق، ص 104-108.

وبحسب القضاء الفرنسي، يكون التحكيم دولياً إذا تعلق بعلاقة تجارية دولية من منظور اقتصادي،¹ وذلك عندما ترتبط العلاقة بالتجارة الدولية بمعنى أن تتضمن انتقال السلع والخدمات والأموال عبر الحدود من دولة إلى أخرى.² ووفقاً لهذا المعيار الاقتصادي، فإن عناصر العلاقة قد تتركز جغرافياً بدولة واحدة، ومع ذلك تصنف العلاقة على أنها دولية إذا كانت تتضمن مثلاً دفع الثمن من خلال حوالة مصرفية دولية (من مصرف لآخر في دولتين مختلفتين). وعلى سبيل المثال أيضاً "يصدق الطابع الدولي بهذا المفهوم على التحكيم الذي ينصب على نزاع بشأن عقد مقاوله يتم تنفيذه في الخارج وكان النزاع بين شركتين وطنيتين ويتضمن انتقال الخدمات الهندسية إلى الخارج".³

جاء في المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه يعد التحكيم دولياً: "التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل". هذا التعريف يختلف عن التعريف الذي ورد في المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية القديم التي هذا نصها: "يعتبر دولياً... التحكيم الذي يفرض النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج". تكييف التحكيم هل هو دولياً أم داخلياً لا يتوقف على إرادة الأطراف، ولكن يحدد بطابع العلاقات الاقتصادية التي كانت مصدر النزاع.

المعيار الذي أقره قانون الإجراءات المدنية والإدارية يثير تساؤلات من حيث الدافع الذي جعل المشرع يتخلى عن المعيار القديم الذي يؤدي في نظرنا المعنى الصحيح للتحكيم التجاري الدولي رغم تضيق مجال تطبيقه. حتى وإن ذهب البعض إلى أن الدافع من الصيغة الجديدة هو توسيع معيار التحكيم التجاري الدولي، وهذا صحيح بالنظر إلى الأحكام الأخرى التي تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنه كان من المستحسن إقرار المعيار الحديث أي المعيار الاقتصادي المحض دون ربطه بأي قيد. وأما الإشارة إلى "النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين" ففضلاً على أنها عبارة لها طابع قانوني وسياسي أكثر منها اقتصادي، فإنها قد تفسر على أن الأمر يتعلق بالنزاعات الاقتصادية بين دولتين مباشرة، مع العلم أنه من وجهة القانون الدقيق يجب التمييز بين الدولة كهيكل إداري مستقل له شخصيته المعنوية وباقي الأشخاص المعنويين أو الطبيعيين الذين يمكنهم اللجوء إلى

¹ - لقد كرس المشرع الفرنسي المعيار الاقتصادي الذي وضعه القضاء الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1981، المادة 1492. انظر: فوزي محمد سامي، التحكيم، ص 102؛ حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة، ص 9 هامش 1؛ منير، التنظيم القانوني، ص 19-20.

² - فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 102.

³ - أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 66-67.

التحكيم الدولي. وقد لجأ المشرع نفسه إلى هذا التمييز عند تطرقه للأشخاص الذين يمكنهم اللجوء إلى التحكيم الداخلي إذ نص في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه لا يجوز للأشخاص المعنويين العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية. هذا وأن مصطلح "اقتصادي" قد يقصي العمليات المالية كتحويل النقود أو العملات الصعبة عبر الحدود والتي أصبحت تأخذ أهمية بالغة في الإقتصاد الحديث.

ثانيا: تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر من النفور إلى التكريس

يمكن التمييز بين مرحلتين أساسيتين مر بها التحكيم في التشريع الجزائري، مرحلة أولى سادت قبل الإصلاحات الاقتصادية امتدت من الإستقلال إلى غاية الشروع في هذه الإصلاحات، من خلالها اتخذ المشرع موقف النفور من التحكيم (1) ومرحلة ثانية، أين تم تقبل التحكيم التجاري الدولي بتكريسه قانونا سواء في القانون الداخلي أو الدولي (2).¹

1- مرحلة النفور من التحكيم التجاري الدولي:

عرفت الجزائر غداة الإستقلال فراغا تشريعا كبيرا، لذلك استمرت على العمل بالقوانين الفرنسية ما عدا ما يخالف السيادة الوطنية.² وإذا كان القانون الفرنسي يعترف آنذاك بالتحكيم التجاري الدولي، فإن الجزائر اعتبرته مخالفا للسيادة وكانت النزاعات بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة تختص به المحاكم الداخلية.

وتمتد مرحلة إنكار نظام التحكيم التجاري الدولي منذ الإستقلال إلى غاية مرحلة التأميمات، وهي مرحلة مؤقتة لموقف الجزائر من التحكيم، إذ يظهر على الصعيد الإتفاقي تبني التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الاقتصادية الدولية بين الجزائر وفرنسا من خلال اتفاقية افيان، وقد استمرت مرحلة التحفظ هذه حتى بداية الثمانينيات أين كرس التحكيم بموجب الإتفاق بين فرنسا والجزائر سنة 1982، والذي أدى إلى ظهور هذا النظام لأول مرة سنة 1983.³

¹ - طيب قبائلي وكريم تعويلت، مرجع سابق، ص 27.

² - أنظر القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31/12/1962 المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول إلى غاية 31/12/1962 ما عدا ما يخالف السيادة الوطنية، ج. ر العدد 20، المؤرخة في 11/01/1963، ص 18.

³ - عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 181.

حيث أنه وفي إطار المعاهدات الثنائية، لأجل حل منازعات المؤسسات المختلطة بمقتضى هذا الإتفاق المبرم في 27 مارس 1983، قبلت الجزائر التحكيم في إطار حل النزاعات التي تنشأ بين المؤسسات العمومية الجزائرية، وشركائها العموميين أو الخواص الفرنسيين.¹

لهذا فقد كانت الجزائر ولفترة طويلة تستبعد التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التي تنشأ بينها وبين الأطراف الأجنبية، وهو ما أثر سلبا على حجم الاستثمارات الأجنبية في الجزائر. ولعل مرد هذا الاستبعاد كان مرتبطا بفكرة السيادة خاصة وأن الجزائر من الدول حديثة الاستقلال مقارنة بالدول المتقدمة، فهي تشعر حيال التحكيم أنه يطعن في قضائها الوطني.

وقصد رفض مطلق التحكيم جاء تفسير نص المادة 03/442 من قانون الاجراءات المدنية الملغى، بأن المقصود بعبارة "دولة" هنا، الدولة والجماعات المحلية والهيئات العامة ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي، وهو ما لا يحتمله التفسير الضيق لهذه المادة.*

ولهذا فإن تبني القانون الجزائري لنظام التحكيم التجاري الدولي جاء في مرحلة متأخرة، إذ أن قانون الإجراءات المدنية (الأمر 66-154)² المعدل والمتمم، كان إلى وقت قريب يرفض هذا النظام ويمكن ملاحظة من خلال المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية القديمة التي تحرم على الأشخاص العمومية اللجوء إلى هذا الإجراء: "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التعرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

2- مرحلة التصريح والتجسيد الفعلي لنظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر: لقد تم تعديل المادة 422 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 09/93³، والتي أجازت للأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم، حيث أصبحت صياغتها الجديدة "...ولا يجوز

¹ -Mahiou Ahmed :L'arbitrage en Algérie, Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques. volume XXVIII, Décembre, 1989, p702 .

² -الأمر 66-154 مؤرخ في 08/06/1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدل ومتمم، ج.ر. عدد47، صادر بتاريخ 09/06/1966(ملغى).

³ -المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25/04/1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08/06/1966، يتضمن قانون الاجراءات المدنية، ج.ر. عدد27، صادر بتاريخ 27/04/1993.(ملغى).

للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

يلاحظ من خلال هذا التعديل أن المشرع الجزائري قد عدل وبشكل جذري عن الموقف المانع للتحكيم التجاري الدولي على الدولة وأشخاص القانون العام الأخرى. وذلك حينما أعلنت بشكل صريح عن إمكانية لجوء هذه الأشخاص العمومية إلى نظام التحكيم التجاري الدولي في المنازعات الخاصة بعلاقاتها التجارية الدولية.¹

ليأتي بعد ذلك القانون رقم 08-09² لينص في المادة 1006 على أنه: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية أن تطلب الحكيم ما عدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

وقد تم تكريس التحكيم من خلال نص المشرع الجزائري في مقام الضمانات الممنوحة للمستثمرين من خلال المادة 17 من الأمر رقم 01-03³ المتعلق بتطوير الإستثمار³، إذ تنص على: " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالتحكيم والمصالحة أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص".

¹ - عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 183.

² - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، يتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

³ - الأمر 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق ل 20 غشت سنة 2001، والمتعلق بتطوير الإستثمار، ج. ر عدد 47 المؤرخة في 22 غشت 2001. الملغى بالأمر 06-08 المؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يعدل ويتم الأمر 01-03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001، والمتعلق بتطوير الإستثمار.

وجاء أيضا تكريس للتحكيم التجاري الدولي في القانون المتعلق بالمحروقات الصادر سنة 2005¹ في مادته 58 حيث نصت على أنه: " يسوى كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات (النفط) والمتعاقدين، ينجم عن تفسير و / أو تنفيذ العقد أو عن تطبيق هذا لقانون و / أو النصوص المتخذة لتطبيقه، عن طريق المصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد. في حالة عدم التوصل إلى حل، يمكن عرض الخلاف على التحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد".

الملاحظ على أنه وبفعل الضغوطات الممارسة على الجزائر من قبل المتعاملين معها، خاصة الحكومة الفرنسية في السنوات الأولى للإستقلال، والذي أدى بها إلى تقبل التحكيم التجاري الدولي رغم موقفها العدائي له، لأنها في الحقيقة كان مجبرة على ذلك لا غير. إلا أن التوجه الإقتصادي الجديد الذي تبنته الدولة الجزائرية في الثمانينيات بالنظر للضرورة الإقتصادية والتفتح على الإستثمارات الأجنبية لحاجتها الماسة لها لدفع عجلة التطور والتنمية، خطى المشرع خطوة إيجابية حذرة نحو التفتح على التحكيم التجاري الدولي وكذا من خلال الممارسة التعاقدية للمؤسسات العمومية الجزائرية.

لا يمكن أن نعيب على المشرع حذره وتردده هذا، حيث كان لزاما أن يتم الإنتقال من مرحلة إلى مرحلة أخرى إتباع مسير ومتدرج حتى يتم تجاوز المرحلة الإنتقالية، ونتيجة لهذا حدث تعارض وغموض في الترسانة القانونية التي وضعها المشرع في هذه المرحلة. هكذا، بعد الموقف العدائي للتحكيم والموقف الحذر منه بعد ذلك، جاءت مرحلة التكريس الفعلي لهذا النظام نتيجة الدخول في الإصلاحات الإقتصادية لإعتماد نظام إقتصاد السوق الذي فرضته التطورات الحاصلة في النظام الإقتصادي العالمي، بالتالي كرس هذا النظام القضائي الخاص تحقيقا للتنمية الوطنية التي لا يمكن الوصول إليها إلا عن طريق جلب رؤوس الأموال الأجنبية والإستثمارات بما تفرضه من منح ضمانات وتحفيزات من بينها ضمانات اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات.²

¹ -أنظر القانون رقم 05-07 المؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 الموافق ل 18 أبريل 2005 المتعلق بالمحروقات، ج. ر عدد 50، المؤرخ في 12 جمادى الثانية 1426 الموافق ل 19 يوليو 2005، والمعدل بموجب الأمر رقم 06-10 المؤرخ في 03 رجب عام 1427 الموافق ل 29 يوليو سنة 2006، يعدل ويتم القانون رقم 05-07، ج. ر عدد 48، الصادر بتاريخ 30 يوليو 2006.

² - طيب قبايلي وكريم تعويلت، مرجع سابق، ص40.

يمكن القول إذن، أن تغيير الموقف تجاه التحكيم يدل على أن الجزائر، بعد النظر إلى واقع العلاقات الإقتصادية الدولية والرهانات التي تواجهها، فهتت أن قبول التحكيم ضرورة لا مناص منها، وبالتالي عملت على تكييف نصوصها القانونية مع واقع هذه العلاقات الإقتصادية على الصعيد الدولي، هذا ما قامت به بالفعل عند انضمامها للإتفاقيات المتعددة الأطراف المتعلقة بالتحكيم التجاري، تبعتها إلى يومنا هذا بمجموعة من الإتفاقيات الثنائية لتشجيع الإستثمارات المجسدة لنظام التحكيم.

ثالثا: مصادر التحكيم التجاري الدولي

مصادر التحكيم التجاري الدولي نوعان: مصادر ذات الأصل العمومي، والمصادر ذات الأصل الخاص. المصادر ذات الأصل العمومي تنقسم بدورها إلى قسمين: المصادر الداخلية المتمثلة في القوانين التي تتخذها الدولة في مجال التحكيم وبالنسبة للجزائر المواد من 1039 إلى 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمصادر الدولية المتمثلة أساسا في الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم. وقد تكون هذه الإتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف، وهي كثيرة أهمها البروتوكول الخاص بأحكام المحكمين الموقع بجينيف في 24 سبتمبر 1923، والإتفاقية الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الأجانب الموقعة في جينيف في 26 سبتمبر 1927، والإتفاقية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة في نيويورك في 10 يونيو 1958 التي وقع عليها عدد كبير من الدول من بينها الجزائر¹.

وإما المصادر ذات الأصل الخاص، فإنها من إنشاء الممارسين التجاريين الدوليين خارج إطار الدولة. ونذكر منها على الخصوص الإتفاقيات النموذجية للتحكيم - les conventions d'arbitrage - type المحررة من طرف مراكز التحكيم، وتنظيمات مؤسسات التحكيم الدائمة - règlements d'arbitrage des institutions permanentes كتنظيم المركز الدولي للتحكيم لدى الغرفة التجارية الدولية. ومن أهم هذه المصادر كذلك القضاء التحكيمي المتمثل في أحكام التحكيم الصادرة في النزاعات التجارية الدولية.

¹ - طيب قبايلي وكريم تعويلت، مرجع سابق، ص 40.

الفرع الثاني: تنظيم التحكيم التجاري الدولي

سننظر في هذا العنصر إلى تشكيل محكمة التحكيم (أولا)، ثم إجراءات تعيين المحكمين (ثانيا)، ثم الخصومة التحكيمية (ثالثا).

أولا: تشكيل محكمة التحكيم

قد تتشكل محكمة التحكيم الدولية من محكم فرد أو من عدة محكمين. ولكن ونظرا لأهمية موضوعات النزاع، فإن الأطراف يفضلون عادة التشكيلة الجماعية التي تمكن كل واحد منهم من تعيين محكم.

يجب طبعاً أن يكون المحكمين ذوي مؤهلات في مجال القانون المطبق على النزاع. ولتفادي تضارب المصالح يجب ألا يكون للمحكمين علاقات اقتصادية أو علاقات مصالح مباشرة أو بواسطة شخص آخر مع طرف من الأطراف.

ثانياً: إجراءات تعيين المحكمين

يخضع إجراء تعيين المحكمين مبدئياً إلى أطراف الاتفاقية التجارية، وهذا التعيين قد يتخذ شكلين مختلفين: فإما أن يقوم الأطراف مباشرة بتعيين المحكمين (1) و إما يلجئون لهذا الغرض إلى نظام تحكيمي (2).

1- التعيين المباشر للمحكمين الدوليين:

قد يتفق الأطراف في اتفاقية التحكيم أو في شرط التحكيم على تعيين محكم وحيد أو عدة محكمين. وإذا كان نظام المحكم الوحيد يخفف تكاليف التحكيم ومن شأنه الإسراع في فك النزاع مقارنة مع التشكيلة الجماعية، فإنه له مساوئ من أنه يطرح مسألة حياد المحكم وانفراده بالرأي. وأما التشكيلة الجماعية فمن محاسنها أنها تضمن اتخاذ القرار بعد تبادل الآراء بين المحكمين ومناقشة كل المسائل التي يثيرها النزاع.

المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ تترك للأطراف الحرية الكاملة في تعيين المحكمين، كما تجيز لهم تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم. يمكن إذا للأطراف تعيين المحكمين مسبقاً في شرط التحكيم، كما يمكنهم طبعاً أن يتفقوا في العقد التجاري نفسه على عرض النزاعات التي قد تنشأ عن التنفيذ على محكمين.

¹ -أنظر المادة 1041 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

قد يقع أن ينشأ خلاف حول تشكيل أو تسيير محكمة التحكيم. في هذه الحالة فإن المادة 1041 من ق.إ.م.إ. حددت الإجراءات التي يجب إتباعها لحل هذا الخلاف. يجب على من يهيمه التعجيل رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر. وأما إذا كان يجري التحكيم في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، فإن الأمر يرفع لرئيس محكمة مدينة الجزائر. وفي حالة عدم تحديد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم فإن الاختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ (م.1042 ق.إ.م.إ.)¹.

تدخل رئيس المحكمة المنصوص عليه في المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يخص فقط التحكيم الحر l'arbitrage ad hoc، أي عندما يرجع للأطراف أنفسهم تشكيل وتنظيم محكمة التحكيم. لا يجوز للقاضي التدخل إذا اختار الأطراف في اتفاقيتهم التحكيم المؤسسي أي اللجوء إلى نظام تحكيمي خاص بمؤسسة تحكيمية دائمة لتعيين المحكمين الدوليين.

2- تعيين المحكمين بالرجوع إلى نظام التحكيم:

قد يتفق الأطراف المتعاقدين في الإتفاقية التجارية أو في شرط التحكيم على أن تعيين المحكمين يتم حسب نظام التحكيم الخاص المطبق من قبل مؤسسة تحكيمية دولية دائمة كنظام التحكيم للغرفة التجارية الدولية بباريس، أو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن أو كذلك نظام التحكيم للغرفة التجارية الفرنسية - العربية (م.1041 ق.إ.م.إ.). ومع ذلك يجوز للأطراف توظيف محكمين خارج القوائم المعدة من طرف هذه المؤسسات إذ أن هذه الأخيرة لا تبادر في تعيين المحكمين التابعين لها إلا في غياب اتفاق بين الأطراف حول هذا التعيين.

ثالثا: الخصومة التحكيمية الدولية

1/ القانون المطبق على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع

فور رفع دعوى التحكيم أمام المحكم أو المحكمين المعينين في الاتفاقية، أو عند مباشرة إجراءات تشكيل محكمة التحكيم فنكون أمام خصومة تحكيمية. فتطرح عندئذ مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع.

¹-أنظر المادة 1042 من ق.إ.م.إ. المعدل والمتمم، السالف الذكر.

أ/ القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية: عملا بالمادة 1043: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم. وإذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم". القانون الإجرائي المطبق هو إذا مبدئيا القانون الذي يختاره الأطراف، وفي غياب اتفاق بين الأطراف، فإنه يرجع لمحكمة التحكيم تحديده.

هذه القاعدة التي أقرتها المادة 1043 هي مطابقة لأحكام اتفاقية جينيف لعام 1961 واتفاقية واشنطن لعام 1965 كما أن هذا الحل أقرته أنظمة التحكيم. وحتى يستفيد حكم التحكيم بكل آثاره في البلد الذي سيمارس رقابته عليه، فإنه يجب على المحكمين الأخذ بعين الاعتبار الأحكام الإلزامية ومن النظام العام لهذا البلد.

ب/ القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

إلى جانب معرفة القانون الإجرائي الذي يجب تطبيقه على الخصومة التحكيمية، فإنه تطرح كذلك مسألة معرفة القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع، هل هو قانون الدولة الذي يجري فيه التحكيم، أم أنه يمكن اختيار قانون أي دولة أخرى بغض النظر عن أي اعتبار؟ المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تشكل النص الأساسي بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إذ تنص: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

المشرع الجزائري لم يحصر مسألة تعيين القانون المطبق على موضوع النزاع في حدود ضيقة، ولكنه ترك للأطراف حرية تحديده. وفي غياب اتفاق بين الأطراف، فإنه يرجع لمحكمة التحكيم تعيين هذا القانون. المادة 1050¹ تتكلم عن "قواعد القانون" règles de droit وليس عن "القانون" loi وهذا يعني أنه يمكن لمحكمة التحكيم الفصل في موضوع النزاع إما بالرجوع إلى قانون دولة معينة، وإما تطبيق قواعد وأعراف التجارة الدولية أو ما يسمى "انون التجار" la lex mercatoria. المادة 1050 تنص بصفة غير مباشرة على جواز اللجوء إلى هذا القانون الأخير في حالة غياب

¹ -أنظر المادة 1050 من القانون رقم 08-09، المتضمن ق إ م إ، السالف الذكر.

اتفاق الأطراف على خلاف ذلك، وهذا حينما أقرت إمكانية الفصل في النزاع "حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها - محكمة التحكيم - ملأمة".

واختيار القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع قد يدرج في اتفاقية التحكيم قبل أو بعد نشوء النزاع، وقد يكون هذا الإختيار صريحا أم ضمنيا. يجوز للأطراف اختيار قانون محايد ليس له أي علاقة موضوعية بمحل النزاع، ودون الارتباط بمبادئ القانون الدولي الخاص. ويجوز لهم كذلك الاتفاق على استبعاد تطبيق أي قانون وطني والرجوع إلى القواعد العامة للقانون أو إلى أعراف التجار الدوليين. إذا تولت محكمة التحكيم اختيار القانون المطبق على موضوع النزاع، فإنها تأخذ عادة بعين الاعتبار طبيعة وميزات العقد التجاري المبرم بين الأطراف.

2/ الإختصاص:

قد تطرح أمام محكمة التحكيم دفعو تتعلق بالإختصاص. المادة 1044 من ق إ م¹ تطرقت صراحة لهذه المسألة، إذ تنص أن محكمة التحكيم تفصل في الإختصاص الخاص بها، وأنه يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. وأما الفصل في هذا الدفع فإنه يتم بموجب حكم أولي إلا إذا كان مرتبطا بموضوع النزاع (م. 1044 ف. 2 ق. إ. م. إ.).

بالنسبة لإختصاص كلا من محكمة التحكيم الدولية و المحكمة الرسمية وعلاقتها، فإن المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص أنه: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف". يظهر من نص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن القاضي يصبح غير مختصا بالفصل في موضوع النزاع عندما تكون الخصومة التحكيمية قائمة، كما يصبح غير مختصا كذلك إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم.

عدم اختصاص القاضي بسبب وجود اتفاقية تحكيم ليس من النظام العام، فلا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه بل يجب على من له مصلحة إثارة هذا الدفع، وهذا ما يستنتج من المادة 1045 التي استعملت عبارة: "على أن يثار من أحد الخصوم". اشتراط إثارة الدفع بعدم الاختصاص من أحد الخصوم ليقضي به القاضي لصالح محكمة التحكيم هو مطابق للمادة 2 من اتفاقية نيويورك لعام

¹-أنظر المادة 1044 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

1958 التي تنص أنه يجب على المحكمة المطروح أمامها قضية ذات علاقة باتفاقية تحكيم أن تحيل النزاع إلى التحكيم "بطلب من أحد الفرقاء".

حتى و إن قبل القاضي الدفع بعدم الإختصاص من حيث الشكل¹، فيمكن أن يقضي برفضه والتمسك باختصاصه إذا تبين له مثلا أن اتفاقية التحكيم لاغية أو باطلة أو أنها غير ملزمة أو أنه ليس في الإمكان تنفيذها وهذا ما أقرته المادة 2 من اتفاقية نيويورك لعام 1958. في حالة عدم إثارة الدفع بعدم الإختصاص، فإن الطرف يعتبر كأنه صادق على اختصاص القاضي وتنازل عن اتفاقية التحكيم.

ودور القاضي ليس دورا مهما في مجال التحكيم الدولي كما رأينا ذلك بالنسبة لإجراءات تشكيل محكمة التحكيم. يمكن للقاضي كذلك التدخل لاتخاذ تدابير تحفظية استعجالية أو مد يد المساعدة في مجال تقديم الأدلة أو في تنفيذ حكم التحكيم .

3/ إجراءات خصومة التحكيم الدولية:

إذا لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاقية التحكيم، فإنه يمكن لمحكمة التحكيم اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية بطلب من أحد الأطراف (م.1046 ف.1 ق.إ.م.إ.)² إذا رفض الطرف المعني تنفيذ التدبير المأمور بها، فإنه يمكن لمحكمة التحكيم أن تستعين بالقاضي. والقاضي الذي يكون مختصا في هذه الحالة هو إما القاضي المعين في اتفاقية التحكيم وإما القاضي الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه (م.1042 ق.إ.م.إ.).

وإذا دعت الضرورة إلى اللجوء إلى القاضي في الحالة التي يرفض فيها الطرف المعني تنفيذ التدبير الذي أمرت به محكمة التحكيم، فإن القانون الذي يجب تطبيقه من طرف القاضي هو قانون بلد هذا القاضي (م.1046 ف.2 ق.إ.م.إ.). ويمكن في كل الأحوال لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لشرط تقديم الضمانات اللازمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير (م.1046 ف.3 ق.إ.م.إ.).

قد تطرأ أثناء سير الخصومة صعوبات أو إشكالات لا يمكن لمحكمة التحكيم حلها بنفسها، ولذلك فإن المشرع أجاز القاضي مد يد المساعدة للمحكمن لحل هذه الصعوبات. ويكون تدخل

¹-عبد الرحمان بريارة، شرح قانون إ م إ على ضوء القانون رقم 08-09 المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13، ط5، ج2، بيت الأفكار، 2022، ص37.

²-أنظر الماد 1046 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

القاضي في هذه الحالة يطلب من المحكمين أو من الأطراف. حددت المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعض الحالات التي يمكن فيها طلب المساعدة من القاضي: "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهمله التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلب بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

يرجع طبعاً للأطراف تقديم طلباتهم ومستنداتهم. ومع ذلك فإن محكمة التحكيم هي التي تتولى البحث عن الأدلة بنفسها (م. 1047 ق.إ.م.إ.). ويتم تقديم هذه الأدلة طبقاً للقواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم موضوع النزاع. قد يعترض محكمة التحكيم صعوبات في البحث والحصول على أدلة، ففي هذه الحالة يمكنها طلب مساعدة القاضي في تقديم هذه الأدلة وهذا ما نصت عليه المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4/ حكم التحكيم الدولي:

الأخيرة لإجراءات التحكيم هو صدور حكم التحكيم. يصدر حكم التحكيم من محكمة التحكيم وفق الشروط الشكلية والموضوعية المحددة في اتفاقية التحكيم. وإذا لم يحدد الأطراف هذه الشروط، فإنه تطبق القواعد العامة المطبقة على أحكام التحكيم لا سيما فيما يخص شكلها وتشكيلها.

أ/ مفهوم حكم التحكيم وأنواعه:

لم يعرف تعريفاً دقيقاً في أغلب النصوص المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي. اتفاقية نيويورك لسنة 1958 تنص فقط على أن "عبارة قرارات التحكيم لا تشمل فقط القرارات التي يصدرها المحكمون المعينون للبت في القضايا الانفرادية، بل تشمل أيضاً القرارات التي تصدرها هيئات التحكيم الدائمة التي يخضع لها الفرقاء". قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يعرف هو كذلك حكم التحكيم. يجب تمييز أحكام التحكيم عن العقود الأخرى لا سيما تمييزها عن الأوامر التي تصدرها محكمة التحكيم. وكما هو الشأن بالنسبة لأنواع الأحكام العادية، فإن التكييف الخاطئ لحكم التحكيم لا يؤثر على قابليته للطعن وأجل ممارسته¹.

¹-حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص19.

حكم التحكيم قد يكون جزئيا أو كليا (الحكم الفاصل في الإختصاص، القانون المطبق، صحة العقد...) (م.1044 ق.إ.م.إ.). ويميز عادة بين أربعة أنواع من أحكام التحكيم: الحكم النهائي الذي يفصل في كل نقاط النزاع، الحكم الجزئي أو الأولي sentence partielle الذي يفصل في جزء من النزاع، الحكم الغيابي sentence par défaut الذي يصدر في غياب الخصم أو من يمثله، وأخيرا حكم اتفاق أطراف sentence d'accord-parties الذي يعاين وقوع صلح بين الأطراف (م.1049 ق.إ.م.إ.).

ب/ شكل حكم التحكيم:

يكون حكم التحكيم مكتوبا، وهذا ما يستنتج من المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص أن حكم التحكيم الدولي يثبت بتقديم أصله مرفقا باتفاقية التحكيم. لغة حكم التحكيم الدولي هي مبدئيا لغة البلد الذي اختار الأطراف تطبيق قانونه الإجرائي، ما لم يتفق الأطراف على لغة معينة. عند طلب إظهار حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية أو الطعن فيه بالبطلان، فإنه يجب ترجمته إلى لغة البلد الذي يقيم فيه القاضي المختص. ويكون حكم التحكيم مسببا تحت طائلة البطلان (م.1056-5 ق.إ.م.إ.)¹.

يجب كذلك أن يتضمن حكم التحكيم بعض البيانات الأساسية: التاريخ لمراقبة ما إذا لم يصدر حكم التحكيم خارج الأجل المتفق عليه علما أن ذلك يشكل سبب من أسباب بطلان حكم التحكيم (م.1056-1 ق.إ.م.إ.)، التوقيع، المكان الذي صدر فيه والذي قد لا يكون مكان مقر محكمة التحكيم. ويبلغ حكم التحكيم طبعاً للأطراف مباشرة أو بواسطة مؤسسة التحكيم.

ج/ آثار حكم التحكيم:

كان المحكم، في التحكيم الداخلي، يتخلى عن النزاع بمجرد الفصل فيه (م.1030 ق.إ.م.إ.)، فإنه لا يوجد نصا مماثلا بالنسبة للتحكيم الدولي. ومع ذلك، فإن المنطق يبريد أن الاتفاقية المبرمة بين الأطراف والمحكم تضمن هذا التخلي إلا في حالات استثنائية.

يمكن أولاً، كما هو الحال بالنسبة لحكم التحكيم الداخلي، أن يكون حكم التحكيم الدولي محل تفسير بطلب من أحد الأطراف إذا تبين أن هذا الحكم غامض، وعلى شرط أن يكون هذا التفسير ضروريا لتنفيذ الحكم. يمكن كذلك لمحكمة التحكيم تصحيح منطوق حكمها إذا اتصل بهذا الحكم خطأ ماديا كأن يتعلق الأمر بتصحيح خطأ وقع في عملية حسابية محددة للتعويضات المحكوم بها. قد يقع

¹-أنظر المادة 5/1056 من القانون رقم 08-09، المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

كذلك سهو عن الفصل في أحد الطلبات، ففي هذه الحالة يمكن لمحكمة التحكيم إصدار حكم تحكيمي إضافي. ويمكن إعادة النظر في حكم التحكيم الدولي في حالة الغش كاستعمال مزور مثلاً. وبمجرد صدوره يجوز حكم التحكيم سلطة الشيء المقضي فيه بالنسبة للمنازعة التي فصل فيها.

د/ طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولية:

إن الطعن هو وسيلة قانونية لحماية المحكوم عليه من خطأ المحكم الدولي، من خلال المطالبة بإعادة النظر فيما قضى به عليه، سواء عن طريق تعديل الحكم الصادر ضده أو إلغائه كلياً أو جزئياً. ويظهر إختصاص النظر في الطعون ضد الأحكام التحكيمية كآلية رقابية في يد القاضي الوطني من أكثر مظاهر الرقابة شدة، وبذلك يأخذ الطعن شكل الطعن بالإستئناف (1) أو دعوى البطلان (2).

-الطعن بالإستئناف: يوجه الطعن بالإستئناف ضد الأوامر الصادرة من الجهة القضائية المختصة سواء تضمن الأمر الإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي أو رفضه أو رفضه، ففي نص المادة 1055 من ق إ م إ أكد المشرع ذلك من خلال النص على أن يكون الأمر القاضي برفض الإعتراف أو برفض التنفيذ قابلاً للإستئناف، فقرار الفصل في طلب الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه بعد عرضة للإستئناف¹.

ولا يجوز إستئناف الأمر القاضي بالتنفيذ إلا إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية، وفي حالة ما إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون، وكذا في حالة فصل محكمة التحكيم بما يخلف المهمة المسندة إليها و عدم مراعاتها لمبدأ الوجاهية وعدم تسبب الحكم أو تناقض الأسباب، بالإضافة إلى كون حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام².

هذا وتجدر الإشارة أن المادة 1056 من ق إ م إ قد عدد الحالات التي يجب أن يبني عليها الإستئناف، حيث نصت على أنه: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات الآتية:

¹-ليدية دوفان، النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في القانون فرع تحولات الدولة، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017-2018، 214.

²-أنظر المادة 1056 من القانون رقم 08/09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

-إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

-إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

-إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

-إذا لم يراعي مبدأ الوجاهية.

-إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

-إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام.

وتجدر الإشارة أن هذه الحالات الستة المذكورة أعلاه جاءت على سبيل الحصر¹.

ونصت المادة 2/1058 من نفس القانون على أنه: "لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ وتخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه".

وبالرجوع إلى نص المادتين 1056 و2/1058، المذكورتان أعلاه، نستنتج أن الأمر الذي يقضي بتنفيذ الحكم التحكيمي التجاري الدولي الصادر بالجزائر، لا يقبل أي طعن ما عدا الطعن بالبطلان، فالمشروع الجزائري لم يذكر مصطلح الاعتراف في المادة 2/1058.

يرفع الطعن بالإستئناف ضد الأمر الرفض أو المؤيد للاعتراف أو التنفيذ لحكم التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه خلال شهر ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالاعتراف أو تنفيذ الحكم².

-**الطعن بالنقض:** فيما يتعلق بطريق الطعن بالنقض، أجاز المشروع الجزائري في نص المادة 1061 ذلك بالنص: "تكون القرارات الصادرة تطبيقاً للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه، قابلة للطعن بالنقض"، فيلاحظ أن هذه الصبغة تركت فراغاً قانونياً فيما يتعلق بتحديد الأشكال والإجراءات والمواعيد الواجب احترامها، يثير التساؤل العمدي حول خضوعها للقواعد العامة المعمول بها في هذا

¹-يومدين بلباقي، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 8 ديسمبر 2019، ص 106.

²-أنظر المادة 1057 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

المجال، أم تخضع للحالات التي يخضع لها الطعن بالإستئناف أو الطعن بالبطلان المحددة في المادة 1056؟

يبقى هذا الإشكال مطروحا أمام المشرع الجزائري، الذي ينتظر منه توضيح التساؤلات المطروحة أعلاه، حيث بقي الحال على وضعه كما كان في القانون السابق.

في هذا الصدد نورد من بين اقتراحات الدكتور أكثم الخولي:

(-اسناد الاختصاص بالحكم في إبطال أحكام التحكيم الدولي أو في الاعتراف بها وتنفيذها أو رفض تنفيذها إلى محكمة عليا واحدة تخضع أحكامها وقراراتها للنقض وحده وذلك توحيدا للقضاء واقتصادا في وقت التقاضي).

إلا ان هذا الإجراء يكون باتباع مراحل معينة ومحددة، حسب ما إذا كان في إطار التحكيم الخاص أو المنظم، إذ ينبغي احترام الإجراءات المتفق عليها أو المنصوص عليها في المراكز الدولية المتخصصة وإلا كان الحكم قابلا للطعن فيه طبقا للقانون، وذلك نظرا لأهمية المرحلة المتعلقة بصدور حكم التحكيم وما بعده التي ستعكس لا محالة على مدى مصداقية التحكيم التجاري الدولي، ومدى تأثيره على الأمن القانوني للإستثمار، الذي يعد من بين أهم انشغالات الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي في استقرار المعاملات التجارية والزيادة في معدلات الاستثمارات الأجنبية وتدفقها إلى الدول النامية، التي هي بأمس الحاجة إليها¹.

الفرع الثالث: مسألة الإعتراف والتنفيذ لحكم التحكيم التجاري الدولي

لم يعرف المشرع الجزائري مصطلحي "الإعتراف" و "التنفيذ" بحكم التحكيم الأجنبي في القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ، واكتفت فقط بذكر أهم الشروط الواجب توافرها فيه حتى يعترف به، حيث نصت المادة 1051 من ذات القانون على أنه: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر من رئيس المحكمة التي أصدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر التحكيم موجودا خارج الإقليم

¹ - بقعة حسان، مرجع سابق، ص 70.

الوطني¹، كما نصت المادة 1052 من نفس القانون على أنه: " يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شرط صحتها"²، ونصت كذلك المادة 1053 من القانون نفسه: "تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل"³.

هذا وتتعترف الجزائر بأحكام التحكيم الدولي مادام هذا الإقرار غير مخالف للنظام العام الدولي حسب المادة 1051 من ق إ م إ، وفكرة النظام العام هي فكرة نسبية من الصعب إيجاد تعريف جامع مانع لها، إذ أن ما قد يعتبر في بلد مخالفا للنظام العام فقد لا يكون كذلك في بلد آخر، وأدى هذا الأمر إلى ظهور اتجاه يدعو إلى التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، ويبدو أن المشرع الجزائري قد تأثر بهذا الاتجاه بحيث اشترط للاعتراف بحكم التحكيم الدولي أن لا يكون مخالفا للنظام العام الدولي، حيث يعتبر النظام العام الدولي أضيق نطاقا من النظام العام الداخلي وإن كان أعمق أثرا وأقوى إلزاما عملا بمبدأ سمو النظام العام الدولي على النظام العام الداخلي، وبالتالي يجب تحديد المجالات التي يشملها النظام العام الدولي فهو دون شك أقل تقييدا من النظام العام الداخلي حيث يفسح المجال أمام حرية إرادة الأطراف.

ومثال ذلك قضية مصر للتجارة الخارجية ضد شركة "هاربوتيز" حيث أبرمت الشركتان عقدا يتضمن شرطا للتحكيم بموجب المادة 13 منه، وهو الأمر الذي حصل حيث لجأ "هاربوتيز" للتحكيم بدعوى أن مصر للتجارة قد خرقت أحد شروط العقد وهو الأمر الذي أيده الحكم التحكيمي وألزم مصر للتجارة الخارجية بتقديم تعويضات لشركة "هاربوتيز"، فلجأت مصر للتجارة الخارجية لرفع دعوى أمام محكمة جنوب القاهرة ترفض فيها تحمل المسؤولية لكن دعواها رفضت لأن الأمر قد سبق الفصل فيه بقرار التحكيم، وهو الحكم الذي أيده محكمة استئناف القاهرة، فطعن مصر للتجارة الخارجية أمام محكمة النقض ودعت أن القرار التحكيمي كان قرارا مبدئيا وغير نهائي، كما وأنها ليست طرف في العقد وإنما وقعت نيابة عن كيانات أخرى أي أنها غير ملزمة بالحكم التحكيمي حسب المادة 25 من اتفاقية نيويورك، كما وأن الحكم التحكيمي جاء مخالفا للنظام العام إذ أنه منح فوائد اعتبارا من تاريخ استحقاقها لا من تاريخ القرار وهو الأمر المخالف لأحكام المادة 226 من القانون المدني

¹-يمينة مومن، مرجع سابق، ص244..

²-أنظر المادة 1052 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

³-أنظر المادة 1053 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

المصري، غير أن رد محكمة النقض جاء بالرفض معتبرا أن أحكام التحكيم تعتبر نهائية من تاريخ صدورها¹، كما ورفضت الطعن المؤسس على أن مصر للتجارة ليست طرفا في اتفاق التحكيم لأنها وقعت العقد المشتمل على الاتفاق المذكور، وقضت المحكمة أيضا بعدم تعارض قرار التحكيم مع النظام العام لأن المادة 226 من القانون المدني لا صلة لها بالنظام العام حسب مقتضيات المادة 2/5ب من اتفاقية نيويورك².

أولا: شروط الإعراف بحكم التحكيم الدولي في الجزائر

ويلاحظ أن شروط الإعراف بحكم التحكيم الدولي في الجزائر هي:

- 1- اثبات وجود حكم التحكيم الدولي حيث أن طلب الأمر بالاعتراف وفق نص المادة 1052 من ق إ م إ السالفة الذكر، يقتضي تقديم حكم التحكيم الدولي مرفوقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنها أمام الجهة القضائية المختصة، لكن ماهي الجهة المختصة بالنظر في طلب الاعتراف؟ فبالرجوع إلى نص المادة 1051 نجد أن تحديد المحكمة المختصة مرتبط بمقر التحكيم، فإذا كان مقر التحكيم في الجزائر فرييس المحكمة الني صدر قرار التحكيم في دائرة اختصاصها هو المختص بنظر طلب الاعتراف، أما إذا كان مقر التحكيم موجودا خارج الجزائر فرييس محكمة محل التنفيذ هو المختص³.
- 2- أن يكون الاعتراف المراد منحه لحكم التحكيم التجاري الدولي غير مخالف للنظام العام الدولي، وفق ما نصت عليه المادة 1051 من نفس القانون، والمقصود بالنظام العام الداخلي هو عدم ضمان الخروج الإرادي على أحكام القواعد القانونية الآمرة، ويستعان بهذه الفكرة في نطاق العام الدولي لاستبعاد تطبيق قانون أجنبي⁴.

مع العلم أن دولية وأجنبية حكم التحكيم هي من دولية التحكيم، واختلف الفقه والتشريع الوطني والدولي حول المسألتين، أما بخصوص أجنبية حكم التحكيم فأغلب التشريعات أخذت بمعيار المكان، واعتبرت الحكم أجنبيا متى كان صادرا عن محكمة أجنبية أي باسم دولة أجنبية، حيث تعتبر الأحكام

¹ - محمد نذير ضبعي، ضمانات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 5- العدد 2- ديسمبر 2018، جامعة أم البواقي-الجزائر.

² - محمد نذير ضبعي، مرجع سابق، ص 37.

³ - سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 493.

⁴ - ممانة محمد ومريم معنصري، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 4 جوان، 2016، ص 150.

الصادرة عن المحاكم الدولية كمحكمة العدل الدولية، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وغرفة التجارة الدولية وغيرها من مراكز التحكيم الدولية أحكاما أجنبية¹.

وفي حالة قبول طلب الاعتراف تعطى لحكم التحكيم التجاري الدولي الصادر في المنازعة القوة التنفيذية بأمر، ليصبح سندا تنفيذيا قابلا للتنفيذ على تراب الجمهورية الجزائرية².

والمشروع الجزائري في ظل ق إ م إ رقم 08-09 أورد فرعا خاصا في الاعتراف بأحكام التحكيم، وفرعا خاصا في تنفيذ أحكام التحكيم الدولي، حيث أحالتنا المادة 1054 من ذات القانون وفي مجال تنفيذ أحكام التحكيم الدولي إلى المواد من 1035 إلى 1038 من القانون نفسه³.

هذا وتجدر الإشارة أن غالبية الأحكام التحكيمية الداخلية والدولية تخضع لرقابة القضاء الوطني، فالمادة 1051 نصت كما أشرنا على أن حكم التحكيم يكون قابلا للتنفيذ من قبل رئيس المحكمة بالرغم من أنها لم تنص صراحة على شرط اثبات طالب التنفيذ وجود حكم التحكيم الداخلي، غير أن النص على إيداع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل. وكذلك تحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم، يفيد وجوب تقديم الطرف الذي له مصلحة في التنفيذ أصل الحكم التحكيمي، ووجوب إثبات ذلك من خلال إيداعه لدى أمانة ضبط المحكمة، بالإضافة إلى ضرورة تقديمه وإيداعه لمختلف الوثائق المطلوبة، لاسيما اتفاقية التحكيم، وهو ما يفهم بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 1035، خلافا للفقرة الأولى من نفس المادة والتي استلزمت فقط إيداع أصل الحكم التحكيمي فقط، بينما يشترط في الطرف الذي يقدم طلب للقاضي بهدف الاعتراف بحكم التحكيم الدولي أو الحصول على الصيغة التنفيذية بقصد تنفيذه تقديم ما يثبت وجود حكم التحكيم. وهذا عملا بنص المادة 1051 من ق إ م إ⁴، وتتم عملية إثبات حكم التحكيم الدولي بتقديم أصل القرار مع اتفاقية التحكيم وفي حالة ما تعذر على المعني تقديم الأصل، فإنه يجوز له الاقتصار على تقديم نسخة من كليهما تستوفيان صحتهما، حيث نصت المادة 1052

¹ -أنظر المادة 1039 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

² -عمر بن سعيد، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر، المجلد1، العدد 2: جويلية، 2014، جامعة خنشلة، الجزائر، ص56.

³ -سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 494.

⁴ -تنص المادة 1051 على أنه: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها.....وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط....".

من ذات القانون على أنه: "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها".

و بالرجوع إلى موقف قانون إ م إ نجده يشترط بمقتضى المادة 1051 لاستصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي ألا يتعارض مع النظام العام الدولي كما أشرنا سابقا، وهذا معناه ألا يتعارض مع مبادئ النظام العام الأساسية الاقتصادية للمجتمع، وهي تلك القواعد التي لا يجوز للقاضي الوطني مخالفتها، مع التأكيد على ضرورة مراعاة القاضي الوطني للتغيرات والتباين والحدود والتفسيرات ذات الطابع العالمي، والتي تسمى بالقواعد القانونية عبر الدولية، ومن جهة أخرى عدم التوسع في تفسير فكرة النظام العام بالنسبة لأحكام التحكيم الدولية، ففي سبيل رفض الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، يجب حصول تنافر واضح بين أسباب الحكم ومقتضيات النظام العام، فلا يكفي لاستصدار أمر الرفض، مجرد وجود اختلاف أو تباين بين القواعد المطبقة من ناحية وبين القواعد القانونية ولو كانت قواعد أمرة من ناحية أخرى¹.

ثانيا: شروط الاعتراف بالحكم التحكيمي وفقا لأحكام اتفاقية نيويورك لسنة 1958

وضعت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 شروط للاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه أهمها:

1-الشروط الشكلية:

في نص المادة 4 من الإتفاقية على سبيل الحصر وهي:

-أن يقدم مع طلب الاعتراف والتنفيذ أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند، وأصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة 2 أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.

-وعلى طالب الاعتراف والتنفيذ، إذا كان الحكم أو الاتفاق المشار إليهما غير محررين بلغة البلد الرسمية المطلوبة إليه التنفيذ، أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذه اللغة، ويجب أن يشهد على الترجمة مترجم رسمي أو محلف، أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي.

2-الشروط الموضوعية:

¹-رشيد دحماني، التحكيم كآلية بديلة لحل النزاعات (دراسة تحليلية ونقدية)، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، المجلد7، العدد 1، جوان 2022، ص54.

جاء في المادة 5 من الاتفاقية، تتمثل في الحالات التي تؤدي إلى رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، تناولتها المادة في نقطتين تتضمن كل منهما مجموعة من الحالات نذكرها فيما يلي:

أ-أسباب رفض التنفيذ المنصوص عليه في أحكام المادة 1/5 من اتفاقية نيويورك

-عدم صحة اتفاق التحكيم.

-الإخلال بحق الدفاع.

-تجاوز الحكم الحدود¹.

-عدم صحة تشكيل محكمة التحكيم أو عدم صحة الاجراءات التحكيمية.

-التدليل على أن الحكم لم يصبح ملزما بعد أو أبطل أو أوقف تنفيذه.

ب-أسباب رفض التنفيذ المنصوص عليها في المادة 2 /5 من اتفاقية نيويورك

-حالة عدم جواز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

-حالة مخالفة النظام العام.

الملاحظ على هذه الاتفاقية أنها خفضت الأسباب التي من شأنها رفض الاعتراف والتنفيذ بإلغائها ما يعرف بنظام التصديق الثاني، والذي كان معمولا به في ظل اتفاقية جنيف.

ثالثا: الطعن في الأمر الصادر بشأن الإعتراف أو التنفيذ

نميز هنا بين ما إذا كنا أمام أمر برفض الإعتراف أو التنفيذ، أم كنا أمام أمر يقضي بقبول الإعتراف أو التنفيذ. ثم نتطرق بعد ذلك إلى آثار الطعن في الأمر بالإعتراف أو بالتنفيذ.

1-الطعن في الأمر القاضي برفض الإعتراف أو التنفيذ: يكون هذا الأمر قابلا للإستئناف أمام المجلس القضائي المختص خلال شهر واحد يبدأ حسابه من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة. و ذلك دون أن تضع المادة 1055 من ق إ م إ حالات محددة على سبيل الحصر يؤسس

¹-أحمد صالح علي، مرجع سابق، ص133.

عليها الإستئناف، مع الإشارة إلى أن الأمر الصادر بموجب هذا الاستئناف يكون قابلاً للطعن بالنقض حسب ما تنص عليه المادة 1061 من نفس القانون¹.

2- الطعن في الأمر القاضي بقبول الإعراف أو التنفيذ: يميز ق إ م إ هنا بين أحكام التحكيم التجاري الدولي الصادرة خارج الجزائر، وبين أحكام التحكيم التجاري الدولي الصادرة في الجزائر. ففي الحالة الأولى التي تتمثل في الأمر بالإعتراف أو بتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر خارج الجزائر (الأجنبي)، فهنا يجوز الطعن في هذا الأمر بالإستئناف بشرط توفر إحدى الحالات الست المحصورة في المادة 1056 من ق إ م إ²، فيرفع هذا الإستئناف أمام المجلس القضائي المختص خلال أجل شهر واحد يبدأ حسابه من تاريخ التبليغ الرسمي الأمر رئيس المحكمة ويكون القرار الصادر بموجب الطعن بالإستئناف قابلاً للطعن بالنقض حسب المادة 1061 من القانون المذكور.

أما الحالة الثانية التي تتمثل في الاعتراف أو بتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر في الجزائر، فهنا لا يمكن الطعن في هذا الأمر إلا بطريقة غير مباشرة ذلك عند الطعن في الحكم التحكيمي عن طريق دعوى البطلان. حيث تقضي المادة 1058 من ق إ م إ بأن الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر في الجزائر غير قابل لأي طعن لا بالبطلان ولا بالاستئناف. إلا أن الطعن بالبطلان في الحكم بحد ذاته يترتب عنه بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ الذي سبق وأن صدر. وإن كان محل نظر أمام المحكمة عند الفصل في الطلب ففي هذه الحالة يترتب بقوة القانون تخلي تلك المحكمة عن الفصل فيه إلى غاية البت في دعوى البطلان.

3- الآثار المترتبة على الطعن في الأمر الصادر بخصوص الإعراف أو التنفيذ: يترتب حسب المادة 1060 من ق إ م إ³ على هذا الطعن وقف تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي. حيث لا تبدأ إجراءات التنفيذ الجبري للحكم إلا ابتداء من إنقضاء آجال الطعن بالبطلان أو بالإستئناف، إذ يجب على المحكوم له القيام بتبليغ الأمر بالتنفيذ ثم إنتظار إنقضاء مواعيد الطعن (البطلان أو الإستئناف) والتي

¹-أنظر في ذلك المواد 1055، 1057، 1061 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

²-هي نفس الحالات التي يؤسس عليها الطعن بالبطلان في حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر في الجزائر، وذلك بموجب إحالة من المادة 1058 إلى المادة 1056 من ق إ م إ.

³-أنظر المادة 1060 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

يبدأ سريانها من تاريخ تبليغ الأمر بالتنفيذ، ثم يتجه بعد ذلك إلى رئيس أمناء الضبط ليتسلم منه حسب المادة 1036 من ق إ م¹ نسخة رسمية من حكم التحكيم تكون ممهورة بالصيغة التنفيذية، وبذلك يصبح بين يديه السند التنفيذي الذي يمكنه من الشروع في التنفيذ الجبري².

يتضح مما سبق أن التحكيم الدولي له دور كبير كوسيلة بديلة عن القضاء في حل النزاعات التجارية الدولية، خصوصا مع التطور الهائل في العلاقات التجارية، بالإضافة إلى مزاياه من حيث بساطة إجراءاته وسرعتها و الإستجابة لرغبات الأطراف وتكريس حريتهم، مما يضيف أهمية بالغة بين المتعاملين التجاريين في اختياره واللجوء إليه في حل نزاعاتهم، ويرجع الفضل إلى الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية في إرساء قواعد وأحكامه³.

يعد التحكيم التجاري الدولي من أبرز وأكثر الوسائل التي تستعمل لتسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية الدولية لمزاياه العديدة، حيث حظي باهتمام الدول منذ ما يزيد عن نصف القرن، إلا أنه أصبح يشكل اليوم طريقا من الطرق التقليدية رغم مميزاته كوسيلة لحل المنازعات التجارية على الصعيدين المحلي والدولي، إذ احتل التحكيم الصدارة ولا يزال أبرز وأكثر الوسائل المستعملة لتسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية محلية كانت أو دولية فقلما يخلو عقد من العقود الدولية من شرط التحكيم، إلا أن هذا التحكيم أضحى وجها كلاسيكيا لا يتماشى ومستجدا العصر الحديث والتي تنفرد بخاصية السرعة، وهذا ما أدى إلى ضرورة إعتقاد نوع جديد نستطيع تسميته بالتحكيم التجاري التقني إن صح التعبير، والذي لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من حيث التقنية المستعملة أو الطريقة المتبعة والتي جعلت منه أكثر إقبالا وإهتماما من طرف المتعاملين الدوليين⁴.

¹ -أنظر المادة 1036 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م المعدل والمتمم، السالف الذكر.

² -زهية زيري، مرجع سابق، ص 136.

³ -الحوارية عنصر، التحكيم الدولي كآلية لحل النزاعات في مجال قانون التجارة الدولية، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، العدد 7، أبريل 2018، جامعة وهران محمد بن حمد، ص 10.

⁴ -مجيرة تومي، التحكيم الإلكتروني كتجربة لتطوير آليات التحكيم، مجلة صوت القانون، العدد السابع، الجزء الثاني، 2017، ص 91.

المبحث الثاني: التحكيم التجاري الإلكتروني

إن إمكانية تسوية المنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية بواسطة الطرق العادية المتمثلة في القضاء العادي للدولة، قد تكون من الناحية العملية غير فعالة وغير منتجة، حيث سيجرب عليها إطالة أمد التقاضي، والهدف من وجودها وهو توفير الوقت والجهد للمتعاملين بها، فكان لا بد من البحث عن طريقة بديلة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود التي تتم في الفضاء الإلكتروني ومن أهمها التحكيم.

وإذا كان هذا الأخير (التحكيم) يستخدم منذ زمن بعيد في حسم المنازعات الناشئة عن التجارة العادية، الداخلية أو الدولية وحاز على ثقة المتعاملين به، فإنه في التجارة الإلكترونية ليس إلا ثوبا جديدا من خلال تطبيق وسائل تقنية المعلومات والاتصالات التي توفرها شبكة الانترنت.

إذن فالتحكيم الإلكتروني هو ذلك النظام الذي بدأ يظهر مع تزايد وتنوع استخدامات الأنترنت، حيث تخصصت بعض محاكم التحكيم الافتراضية في فض منازعات عقود التجارة الدولية، لاسيما ما يعقد منها على شبكة الانترنت، حيث يلزم أمامها حضور الأطراف، بل يكفي تبادل المستندات ومذكرات الدفاع والطلبات الأخرى الكترونيا.

المطلب الأول: الإطار القانوني للتحكيم التجاري الإلكتروني

لقد أحدثت البيئة الإلكترونية آثارا واسعة على العلاقات القانونية بين الأفراد، كما أثارت البيئة الإلكترونية آثارا واسعة على العلاقات القانونية بين الأفراد، كما أثارت جملة من التحديات والمشاكل القانونية التي تتطلب تنظيمها قانونيا متخصصا وعاجلا يتعلق في مجمله بإعادة تقييم جادة للقواعد القائمة لتتلاءم مع الطبيعة الخاصة لتطبيقات العصر الرقمي¹، فكان لتسلل هذا المفهوم الثوري إلى مجال التجارة الدولية أثر كبير في توسيعها وتفعيلها ورفعها إلى مستوى مختلف تماما من التشابك والتعقد، فأصبحنا أمام مصطلحات تجارية دولية تقليدية مضافا إليها مفهوم "الإلكترونية" ليغير تماما

¹ -النحوي سليمان و بوفاتح أحمد، دور التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات المستهلك الإلكتروني، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد الخامس العدد الأول، 2021، ص 200.

من أحكامها وطبيعتها ووجودها القانوني، مثل العقود الالكترونية والتجارة الكترونية والتوقيع إوحتى النقد الإلكتروني.

ولأن مجال الخلاف متسع في التجارة بين الأطراف المتعاقدة حول حيثيات العقد في المحيط الرقمي فإن طرق فض المنازعات اصبح لها مكان في المحيط ذاته أيضا، فقد اصبحت الآليات التقليدية لتسوية النزاع المتمثلة في طرحه على المحاكم الوطنية ذات الاختصاص الإقليمي وسيلة غير مناسبة لحل هذا النوع من المنازعات، لذا كان لزاما العمل على ابتداع آلية لتسويتها ممثلة في التحكيم الإلكتروني.

ومن أجل توفير المعرفة الأولية التي تمكننا من دراسة الإطار الإجرائي للتحكيم الإلكتروني بكل تعقيداته علينا تحديد ماهية التحكيم الإلكتروني في مفهومه وأهدافه ومزاياه وكل المشاكل القانونية التي يثيرها وأهم هيئاته، وذلك في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: ماهية التحكيم التجاري الإلكتروني

يرجع أساس ظهور التحكيم الإلكتروني إلى ظهور مناخ وبيئة جديدة تتم في إطارها المعاملات التجارية المتمثلة في شبكة الأنترنت، وبالتالي يعد من بين المصطلحات والمفاهيم الحديثة والجديدة في ميدان العلوم القانونية، وتكمن أهميته في كونه يتماشى ويتلاءم مع خصوصية معاملات التجارة الإلكترونية التي تتسم بالسرعة والمرونة في مجملها¹.

أولا: مفهوم التحكيم التجاري الإلكتروني

يعد مفهوم التحكيم الإلكتروني من المفاهيم الحديثة في علم القانون، الذي استحدث نتيجة التطور العلمي الهائل في مجالات تقنية المعلومات، ووسائل الإتصال المتطورة حيث سنتطرق إلى تعريف التحكيم الإلكتروني ثم بيان أهم مميزاته، بالإضافة إلى هيئاته.

¹ - النحوي سليمان و بوفاتح أحمد، مرجع سابق، ص200.

1-تعريف التحكيم التجاري الإلكتروني:

بات معلوما بأن التحكيم وسيلة يتم بموجبها تسوية المسألة محل النزاع ويعهد بهذه المسألة إلى شخص أو أكثر يسمى المحكم أو المحكمين شريطة اتصافهم بالحياد، ويقوم المحكمون بتسوية المسألة محل النزاع وفق الاتفاق المبرم بين المحكمين ويكون حكمهم ملزما للأطراف، وبما أن التجارة الإلكترونية تقوم على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها، ولا يتماشى ذلك مع بطء الإجراءات لدى القضاء العادي أدى ذلك إلى ظهور التحكيم الإلكتروني كصورة حديثة متطورة للتحكيم العادي والتقليدي خاصة بما يتميز به من سرعة ومرونة لا تتوافر في القضاء العادي¹.

ومن الملاحظ فإن الفقه قد اختلف في وضع تعريف موحد للتحكيم الإلكتروني، وانقسموا بذلك إلى اتجاهين²: (اتجاه موسع) يرى أن التحكيم يعد الكترونيا سواء تم بأكمله عبر وسائل إلكترونية أو اقتصر استعمالها على بعض مراحل فقط، إذ يمكن أن يقتصر استخدام الوسيلة الإلكترونية على مرحلة إبرام اتفاق التحكيم وتبادل البيانات، في حين أن المراحل الأخرى قد تتم بالطرق التقليدية كحضور الأطراف لجلسات التحكيم.

بينما يرى الإتجاه الثاني (ضيق) يرى أن التحكيم لا يكون الكترونيا إلا إذا تم بأكمله عبر الوسائل الإلكترونية بداية من الاتفاق على التحكيم وتبادل المستندات وسماع الشهود، انتهاءا بصدور حكم التحكيم الكترونيا.

يرجح العديد من الفقهاء الإتجاه الثاني والذي يقضي بضرورة إجراء التحكيم بأكمله عبر شبكة الأنترنت وذلك لإضفاء صفة التحكيم الإلكتروني عليه، وما يؤكد الإتجاه الثاني هو أن مراكز التحكيم الدولية تحرص على الاستفادة من التطور التقني خاصة مع ظهور شبكة الانترنت، إذ جميعها لها موقع الكتروني يمكن التواصل معها عبر الأنترنت سواء بطلب الإستشارة أو تقديم طلب التحكيم، ومثال هذه المراكز، هو غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) بواسطة برنامج Net Case الذي يسمح³

¹-علي ملحم، دراسة تحليلية في التحكيم الإلكتروني، مجلة جامعة البعث، المجلد 38-العدد، 16 جامعة دمشق، 2016، ص128.

²-رجاء نظام حافظ بني شمس، مرجع سابق، ص9.

³-يوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 20-06-2012، ص13.

لأطراف التحكيم عن طريق قواعدها التواصل عبر الأنترنت، في مجال آمن بهم وتكون المعلومات المتبادلة بينهم مشفرة ولا يمكن قراءتها اثناء عملية الإرسال.

2- نشأة التحكيم الإلكتروني:

لما كان القضاء الوطني هو الوسيلة الأصلية والأمتثل للفصل في المنازعات بين الأفراد جراء المعاملات وتعاقدااتهم، إلى جانب الوسائل البديلة الأخرى كالوساطة والتفاوض والتحكيم العادي، ونظرا إلى العيوب والتي لحقت بهاته الوسائل والمتمثلة في بطء اجراءات التقاضي وكثرة التكلفة والنفقات التي يتحملها أطراف النزاع، بدأ البحث بصورة جدية عن نظام جديد لحسم المنازعات يتلاءم مع طبيعة منازعات التجارة الإلكترونية، نظرا لما تتطلبه من سرعة في الأداء وإنجاز بالوقت والإجراءات، مع العلم أنه منذ بداية تسعينات القرن الماضي ظهرت فكرة حل المنازعات إلكترونيا عبر الأنترنت، فأصبح حل هاته المنازعات يتم بذات الطريقة التي يتم بها إبرام التصرفات العقدية والتي تنشأ عنها هذه المنازعات، ومن أجل ذلك ظهر التحكيم الإلكتروني أو التحكيم على الخط أو ما يسمى بالتحكيم الشبكي كوسيلة لتلبية احتياجات التطور لحسم المنازعات بشكل عام والتي تبرم عبر الأنترنت بشكل خاص.

وبهذا انتقلت المنازعات ولاسيما منازعات التجارة الإلكترونية إلى مرحلة جديدة بدلا من حلها عن طريق الوسائل البديلة التقليدية الأخرى، حيث تجري فيها اجراءات حل المنازعة بطريقة إلكترونية مباشرة على شبكة الأنترنت¹.

إن من أبرز بدايات التحكيم الإلكتروني هي شبكة القضاة الإلكترونية والتي أسست عام 1994 المتضمنة لأكثر من أربعين قاضيا بهدف مكافحة عمليات القرصنة وجرائم التشهير وانتهاكات حقوق المؤلف، وفي جامعة مونتريال بكندا انطلق مشروع محكمة التحكيم الافتراضية عام 1996 في كلية الحقوق وتتم كافة اجراءات التحكيم إلكترونيا وفقا لنظام هذه المحكمة على موقعها الإلكتروني،

¹- أحمد السيد البهي الشوبري، مقال بعنوان، إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني، المجلد الرابع من العدد الثالث والثلاثين لجمعية كنية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، ص808.

بداية من طلب تسوية النزاع ثم عدة اجراءات تنتهي بإصدار الحكم القضائي ونشره على الموقع الإلكتروني للمحكمة¹.

بعد هذا اتبعت المؤسسات والمنظمات الدولية التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات التجارية مثل غرفة التجارة الدولية والمنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية ونقابة التحكيم الأمريكية، وبذلك نرى أن الواقع العملي يفرض أن التحكيم الإلكتروني أصبح حقيقة ملحة واقعة في العالم.

3- تمييز التحكيم الإلكتروني عن غيره من آليات فض المنازعات إلكترونياً:

تعرف آليات فض المنازعات إلكترونياً بأنها صيغة لحل المنازعات، تختار فيها شبكة الأنترنت لتكون كلها أو جزء منها المكان الافتراضي لحل النزاع، ولكنها لا تعني بالضرورة أن عملية فض المنازعات بأكملها قد تدار عن طريق شبكة الأنترنت، إذ أن مجرد استخدام البريد الإلكتروني كوسيلة اتصال خلال عملية التحكيم يعد وسيلة لتسوية المنازعات إلكترونياً ولكن بشكل محدود.

وعليه فإن آليات فض المنازعات إلكترونياً والتي يمكن تمييزها عن التحكيم الإلكتروني تتمثل

في:

أ- الوساطة الإلكترونية La mediation electronique

تختلف الوساطة الإلكترونية عن التحكيم الإلكتروني في عدة وجوه نذكر منها:

- يتم اللجوء إلى الوساطة الإلكترونية من أجل الحفاظ على استمرار العلاقات بين الطرفين المتنازعين، بينما يتم اللجوء إلى التحكيم بين أطراف لا تربط بينهم علاقة وثيقة ولا يستوي لديهم استمرار العلاقة من عدمها.

- يتمتع المحكم بسلطة قضائية تمنحه القدرة على إصدار أحكام وقرارات ملزمة للطرفين، بينما نجد الوسيط لا يتمتع بمثل هذه السلطة، فهو يتمتع بسلطة اقتراح الحلول على الطرفين، وعليه فإن المحكم يحكم بينما الوسيط يقترح، والفارق كبير بين الأمرين.

¹-نبيل زيد مقابلة، مقال بعنوان: التحكيم الإلكتروني، رابطة المحكمين العرب، مقال اطلع عليه يوم 2020/8/24، على الساعة 12:39، منشور على الموقع الإلكتروني: <http://sa-arbitrators.org/2011/03/29/2085432623>.

-تختلف الوساطة عن التحكيم في أنه يحق لطرفي النزاع الإنسحاب في أي مرحلة كانت عليها الوساطة، في حين أنهما لا يتمتعان بنفس الإمكانية في حالة التحكيم، ويعد هذا الفارق أمرا منطقيا نظرا للطابع الإلزامي للتحكيم، سواء كان ذلك من ناحية الإجراءات أو من ناحية الحكم والطابع الغير إلزامي للوساطة¹.

على الرغم من الاختلافات الظاهرة بين التحكيم الإلكتروني والوساطة الإلكترونية إلا أن هذا لا يمنع من وجود نقاط التقاء بينهما، أهمها أنه لا يجوز اللجوء إلى أي من النظامين إلا بناء على اتفاق أطراف النزاع، سواء قبل نشوء النزاع أو بعد وقوعه بتوقيع اتفاق تحكيم أو وساطة، مع العلم أن بعض أنظمة التحكيم الإلكتروني كنظام المحكمة القضائية يمكن الرجوع إلى الوساطة، حتى ولو لم يشتمل العقد المبرم بين الطرفين بطريقة إلكترونية على شرط الوساطة.

ب-التوفيق الإلكتروني: Conciliation électronique: قام الفقه بتعريفه بأنه: " نظام يتيح لطرفي النزاع اختيار شخص أو أكثر يدعى الموفق ليساعدهما في الوصول على تسوية ودية بشأنه عن طريق تهيئة المناخ الملائم لتبادل وجهات النظر، وعن طريق اقتراح ما يراه مناسبا من حلول، فإذا ما تم التوصل لهذه التسوية لتولي الطرفان إعداد وتوقيع التسوية بمساعدة الموفق".

فإذا كانا يلتقيان في أنهما يتمان عبر وسائل الإتصال مهمتهما التقريب والوصول لحل النزاع المعروف في إطار كل وسيلة من أجل الوصول للحل الموفق، لكن الإختلاف واضح جدا خاصة وأن التوفيق الإلكتروني لا يتمتع بالقوة الملزمة لأطرافه فيستطيع أي منهما الإنسحاب أثناء عملية التوفيق وفي أي مرحلة كانت عليها²، بالإضافة إلى أن التوفيق لا يمنع المحكمة من النظر في النزاع محل التحكيم بمجرد الدفع بوجوده، إضافة إلى أن رأي التوفيق الإلكتروني غير ملزم إلا إذا قام طرفي النزاع بتوقيع اتفاق بما انتهت إليه عملية التوفيق، في حين التحكيم ينتهي النزاع بحكم واجب النفاذ.

¹ - حسين فريحة، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل المنازعات، إدارة، العدد 39، مقال اطلع عليه يوم 13 جويلية 2021، على الساعة 22:07، على الموقع: www.asjp.cerist، ص58.

² -خير الدين فايزة، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات الادارية-الصفقات العمومية في الجزائر، حوليات جامعة الجزائر، العدد 2 مجلد 36، 2022، ص45.

ج-المفاوضات الإلكترونية:

يعرف التفاوض بأنه: "التحاور وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما".

يلاحظ أن التفاوض في التجارة التقليدية يتم شفاهة عن طريق الإتصال المباشر بين أطراف التعاقد من خلال عقد اجتماعات بينهم، يجلس فيها الأطراف على مائدة مفاوضات واحدة وجها لوجه، كما قد يتم عن طريق تبادل البرقيات أو الرسائل، أو عن طريق الفاكس والتكس، وقد يتم حديثا عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات وتبادل الرسائل بواسطة البريد الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت وتعرف هذه الطريقة بالمفاوضات الإلكترونية.

هذا وتقوم بعض المراكز المتخصصة بتقديم خدمة المفاوضات المباشرة، وذلك من خلال تزويد المتفاوضين بكلمة مرور خاصة بهم يستطيعون من خلالها الدخول لصفحة النزاع التابعة لموقع فض النزاعات بالمركز ولمدة معينة، بهدف التوصل إلى حل للنزاع المثار، مع العلم أنه لا يمكن للمركز التدخل سواء توصل الطرفان لحل للنزاع أم لا.

أما عن الإختلاف بين المفاوضات الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني فيتضح في أن الحكم الصادر في التحكيم يكون ملزما للطرفين على خلاف المفاوضات التي تسعى إلى تسوية المنازعة بما يتوافق مع إرادة الطرفين، والتي تصل بهم إلى تسوية النزاع بطريقة مرضية للطرفين وذلك بتقريب وجهات النظر وإزالة العقبات التي أثمرت عنها المنازعة¹.

4-أهداف وصور التحكيم الإلكتروني:

توجد ثلاثة أنواع من التحكيم الإلكتروني وهي:

أ-التحكيم غير الملزم: وهو التحكيم الذي لا تتمتع فيه القرارات التحكيمية بقوة ملزمة على عكس القرارات التحكيمية التي تجري بصورة تقليدية.

¹ - خالد إبراهيم ممدوح، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص38.

ب-التحكيم الملزم المشروط: وهو التحكيم الذي يتمتع فيه أحد الطرفين أو كليهما بحرية قبول القرار التحكيمي الصادر أو رفضه خلال فترة محددة، ليصبح بعدها الحكم ملزماً إذا لم يتم رفضه من قبل الأطراف أو إذا أعلن الطرفان قبولهما له.

ج-التحكيم غير الملزم بطبيعته: وهو التحكيم الذي لا يستهدف إصدار حكم تحكيمي يلزم الطرفين على غرار الحكم الصادر من المحاكم الوطنية.

يهدف التحكيم الإلكتروني مبدئياً إلى تأمين بيئة العمل الإلكتروني بكل ما يتصل به من أمور من خلال تسوية أو حل المنازعات الإلكترونية وتقديم الإستشارات لما من شأنه الوقاية من حدوث أي منازعة من أجل مجتمع رقمي معافى، ولذلك وجب تحديد أهداف أعمال التحكيم الإلكتروني فيما يلي:

-العمل على تقديم مختلف خدمات التحكيم الإلكتروني عن طريق محكمين خارجيين وعبر وسائط الاتصالات الإلكترونية لتسوية أو حل المنازعات الناشئة عن علاقة قانونية ذات طابع إقتصادي سواء كانت علاقة عقدية أو غير عقدية في القطاع العام أو الخاص أو بينهما مكانها البيئة الرقمية¹.

-العمل على تقديم الخبرة الإستشارية في المعاملات الإلكترونية مثل الإستجابة لطلب جهات معينة لتكملة عقد به بعض من أوجه الخلل القانوني أو مراجعة أحكام عقد معين في ظل ظروف معينة نشأت بعد إبرامه، بالإضافة إلى تقديم مختلف أشكال الخبرة الإستشارية في النظم التقنية المعلوماتية والحوسبة التطبيقية للجهات القانونية مثل المحاكم.

ثانياً: مزايا وعيوب ومعوقات التحكيم الإلكتروني في فض النزاعات الإلكترونية

يتميز التحكيم الإلكتروني بعدد من الخصائص والمميزات التي تكفل له البقاء وتضمن له الإنتشار على نحو واسع في الوقت الحاضر، خاصة في المعاملات التجارية الإلكترونية، حيث تظهر حرية التجارة فيها بدرجة عالية ، ولإرادة أطرافها سلطان يهيمن على تنظيم علاقاتهم، كما نجد أنه يبرز ملامح حرية التجارة بدرجة عالية من جهة أخرى.

¹-يتوجي سامية، عنوان المقال: التحكيم الإلكتروني، عرض مقدم في إطار الدراسة النظرية لمقياس التحكيم الدولي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008-2009، ص4، مقال اطلع عليه يوم 10-12-2019، على الساعة 10:35، منشور على الموقع الإلكتروني: . <http://www.lawjo.net/vp/attachment.php?attachmentid=966&d=1270056425>.

وفي بداية الأمر نلاحظ أن التحكيم التجاري الإلكتروني، وباعتباره صورة متطورة من التحكيم التقليدي يتمتع بمزايا متميزة وهذا ما سوف نتحدث عنه (1)، وفي نفس الوقت تشوبه الكثير من السلبيات و الإنتقادات والتي يجب تجنبها قدر الإمكان وهو ما سنتطرق له (2).

1-مزايا التحكيم الإلكتروني:

بالرغم من أن التحكيم الإلكتروني حديث الظهور من حيث تطبيقاته العملية، إلا أن ذلك لا يمنع من توفره على عدة مزايا تجعله وسيلة واسعة النطاق يلجأ لها عند الضرورة، فما هي أهم تلك المزايا؟ وللإجابة على هذا التساؤل سنقوم بتعداد أهم المزايا على التوالي:

أ- **السرعة في حسم النزاع: speed** يتفوق التحكيم الإلكتروني كثيرا على التحكيم التقليدي من حيث سرعة الفصل في المنازعات المعروضة عليه¹، وذلك لأن التحكيم التقليدي يحتاج إلى مدة أطول بكثير مما يتطلبه التحكيم الإلكتروني، فيجمع أغلب رجال القانون على أن السرعة هي الميزة الأساسية لحسم المنازعات، بعيدا عن القضاء ذو الإجراءات الطويلة والمعقدة وكثرة القيود الشكلية، بالإضافة إلى أن التحكيم الإلكتروني لا يشترط فيه الحضور المادي لأطراف النزاع أمام المحكمين²، بل يكفي مشاركتهم في جلسات التحكيم من خلال الإتصالات الإلكترونية، كما أن هذه الميزة تظهر من خلال أحكام التحكيم الصادرة من جهات التحكيم الإلكتروني، حيث تصدر في وقت قصير نظرا لسهولة الإجراءات.

ب- **تقريب المسافة: Bridge the distance**: إن التقدم الذي تشهده الوسائل البديلة لحل النزاعات عبر شبكة الأنترنت وخاصة التحكيم الإلكتروني يعد خدمة كبيرة فيما يتعلق بتقريب المسافات، إذ أن أغلب منازعات التجارة الإلكترونية تتم بين أطراف تختلف جنسياتهم وتتباعدا أماكن إقامتهم³، وفي هذا الصدد اتفق البعض على أن التحكيم الإلكتروني هو وسيلة تساعد على تسوية النزاعات في مختلف المناطق الجغرافية والتي يتعذر على الأطراف السفر إليها، أو لا يرغب فيها الأطراف بالتقابل وجها لوجه، ونفس الشيء بالنسبة للشهود والخبراء إذ لا يلزم الحضور المادي لهم بل يكفي اتصالهم عبر شبكة الأنترنت، بالإضافة إلى أن الأنترنت تعد مكانا محايدا للأطراف وذلك لعرض نزاعهم.

¹-حيدر مهدي نزال، مقال بعنوان : التحكيم الإلكتروني والقانون العراقي، جامعة النهدين، العراق، ص318.

²-رجاء نظام حافظ بني شمس، مرجع سابق، ص15.

³- خالد إبراهيم ممدوح، مرجع سابق، ص252.

ج- **خفض التكاليف LOW COSTS**: في ظل تنامي التجارة الإلكترونية نلاحظ إبرام الملايين من الصفقات بين التجار والزبائن والتي تقل تكاليف التحكيم فيها في حالة نشوب خلاف ما عن تكاليف التحكيم التقليدي غالباً، فتظهر هذه الميزة من خلال خفض التكاليف المرتبطة بعملية التحكيم والمتمثلة أساساً في توفير مصاريف السفر ومصاريف الإقامة في الفندق وحجوزات الطيران وغيرها من المصاريف¹، بالإضافة إلى رسوم المحاكم والخبرة، وهو ما يتناسب مع حجم العقود الدولية الإلكترونية المبرمة، فضلاً عن اسهام التحكيم الإلكتروني في حسم النزاع في مدة قصيرة وبالتالي خفض النفقات وعدم تكبد طرفي المنازعة نفقات أو تكاليف كبيرة قد تؤدي إلى توقف العلاقة التجارية فيما بينهم².

د- **تجنب قضايا الإختصاص التشريعي Avoid jurisdiction issue**: بالنظر إلى الإزدياد المتسارع في حجم التجارة الإلكترونية نلاحظ زيادة كبيرة في حجم ومعدل الخلافات الناجمة عن العمليات التجارية، والتي غالباً ما تخضع لنظم قانونية مختلفة نظراً للطبيعة الدولية لشبكة الأنترنت، الأمر الذي يترتب عليه وقوع تنازع في القوانين والإختصاص والتي يعتبر من الصعوبة بمكان حلها نظراً لاختلاف قواعد الإسناد من دولة لأخرى.

فيظهر دور التحكيم الإلكتروني من خلال تمكين الأطراف من تجنب هذه المسألة الصعبة وغير مؤكدة النتائج بالإتفاق فيما بينهم على القانون الواجب التطبيق سواء على موضوع النزاع أو الإجراءات بطريقة صريحة أو بالإحالة إلى لائحة مركز تحكيم معين³.

ومن هذا المنطلق نجد أن هناك بعض من الفقه يرى أنه بالإمكان اللجوء إلى محاكم تقليدية لحل المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، وذلك استناداً إلى القواعد العامة لتحديد اختصاص المحاكم كاختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو المحكمة المتفق على اللجوء إليها أو محل إبرام أو تنفيذ العقد، غير أن هذا الإتجاه قد تعرض إلى العديد من الإنتقادات من ضمنها صعوبة تحديد موطن أو محل إقامة المدعى عليه في حالة ما إذا كان المدعى عليه عبارة عن موقع منشأ على شبكة الأنترنت، كما تثار مشكلة أمام محاكم الدول التي لا يوجد بها تشريعات تتعلق

¹-الرومي محمد أمين، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، الإسكندرية، 2006، ص93.

²-مرجع نفسه، ص93.

³-حيدر مهدي نزال، مرجع سابق، ص319.

بنتظيم أحكام التجارة الإلكترونية¹، كما نلاحظ أن التحكيم الإلكتروني يساعد على تجنب أطراف العقد الإلكتروني على مسايرة القانون والقضاء للعقود الإلكترونية من جهة، وعدم الإعراف بهذه العقود من جهة أخرى، بالإضافة إلى مشكلة تحديد المحكمة المختصة، غير أن هناك اتجاه آخر للفقهاء يرى أن ذلك لا يشكل قاعدة عامة رغم فاعلية الوسائل البديلة لحسم المنازعات في العلاقة بين المهنيين أو التجار فإن الأمر لا يخلو من صعوبة عدم الإعراف بشرعية القرار في علاقة يكون أحد أطرافها مستهلكا.

هـ-الملاءمة **Convenience**: خلافا لهيئات التحكيم التقليدية أو المحاكم، فإننا نلاحظ بأن التحكيم الإلكتروني متاح على مدار أربع وعشرين ساعة في اليوم وسبعة أيام في الأسبوع، وهذه تعتبر أهم ميزة تمكن الأطراف من إرسال رسائل بالبريد الإلكتروني أو الإتصال في أي وقت و دون الإضطراب إلى تكبد عناء السفر لمسافات طويلة، كما يمكنهم أيضا ممارسة التحكيم الإلكتروني من أي مكان ودون قيد، باستعمال جهاز الكمبيوتر في المنزل أو في العمل أو في أي مكان آخر، ومن هنا يتضح جليا أنه بإمكان أطراف النزاع والمحكمين التواصل بشكل مباشر ودون التواجد فعليا في نفس المكان².

و-الخبرة **Experience**: في سبيل حل النزاع بطرق تواكب تطور التجارة الإلكترونية خاصة في المجال الفني والقانوني لهذه التجارة، وجب عرض هذا النزاع على أشخاص ذو خبرة فنية خاصة ومحل ثقة، باعتبار أن هذه المنازعات والتي تنشأ عند إبرام وتنفيذ العقود الإلكترونية تستلزم شخصا يتمتع بخبرات في هذا المجال وهي خبرات لا تتوفر غالبا في القاضي الوطني³.

وعليه فإن كان المحكمون في التحكيم التقليدي هم أهل الخبرة في المنازعات الخاصة بالتجارة، فإن المحكمين في التحكيم الإلكتروني هم أهل الخبرة المتخصصة في المنازعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية، وبالتالي فإن الحكم الذي سيصدره المحكم في النهاية سيكون غالبا حلا عمليا وفعالاً ومقبولا لكلا الطرفين.

بالإضافة إلى المزايا المقدمة وما توفره تكنولوجيا الإتصالات في عملية التحكيم من تسهيلات متمثلة في عملية التخزين والإسترجاع والمراجعة ومعاودة استخدام المعلومات المخزنة، عن طريق

¹ -الرومي محمد أمين، مرجع سابق، ص88.

² -رجاء نظام حافظ بني شمس، مرجع سابق، ص16.

³ - خالد إبراهيم ممدوح، مرجع سابق، ص251.

جهاز الحاسوب والذي يقوم بتخزين كم هائل من المعلومات التي يمكن الرجوع لها والبحث عن أي معلومة معينة في قاعدة بياناتها الضخمة والتميزة بالسرعة الفائقة بالإضافة إلى إمكانية تعديل المعلومة بسهولة وفي أقل من ثانية.

وعلى الرغم من الإيجابيات التي يمتاز بها التحكيم الإلكتروني، نجد أنه بحاجة إلى المزيد من الضوابط القانونية، وأفضل طريقة لتحديد هذه الضوابط تكون بالوقوف على العقبات التي يواجهها التحكيم الإلكتروني وهو ما سنتطرق له تباعا.

2-سلبات التحكيم الإلكتروني:

مما لا شك فيه بأن للتحكيم الإلكتروني إيجابيات تميزه عن غيره من الوسائل القانونية الأخرى، إلا أنه لا يخلو من بعض السلبات والتي تتمثل في:

أ-**الخشية من عدم السرية:** يعد الحفاظ على سرية النزاع والفصل فيها أحد الدوافع المهمة للجوء إلى التحكيم التقليدي كطريق بديل عن القضاء القائم على مبدأ أساسي هو العلنية، والذي يقضي بصدور أحكامه في جلسات علنية مفتوحة للجميع، هذا ما يتنافى مع مصلحة التاجر الذي يسعى إلى المحافظة على أسرارته التجارية خشية من استغلالها من قبل المتنافسين¹.

ومن هذا المنطلق يتضح لنا أن التحكيم الإلكتروني عكس التحكيم التقليدي لا يحقق السرية المبتغاة بذات النسبة التي يحققها التحكيم التقليدي، ويعود السبب في ذلك إلى أن إجراءات التحكيم الإلكتروني تتم عبر الأنترنت، هذا الوسط قد يشكل تهديدا لسرية التحكيم من أكثر من جانب لحصول الأطراف على الأرقام السرية أو كلمة السر للدخول إلى صفحة المختص بحل نزاعهم وتبادل المستندات مع المحكم والتي تستدعي تدخل أشخاص آخرين لا علاقة لهم بالنزاع وهذا ما قد يهدد سرية التحكيم².

ب-**عدم ملائمة التشريعات الداخلية والدولية للتحكيم الإلكتروني:** هناك تشكيلات وشروط كثيرة تتطلبها التشريعات الوطنية والدولية والتي يتعذر على التحكيم الإلكتروني في كثير من الأحيان

¹ - رجاء نظام حافظ بني شمس، مرجع سابق، ص16.

² - BÉtto jean-Georgers , FRY Jason, HENRY Marc, kLEIMAN ELIE et Philippe, « Nouvelles tendances de l'arbitrage international », RDAI, n°3, 2006, p371.

استفائها، والتي نجد أنها قد وضعت أساسا لحكم المعاملات التجارية التقليدية المادية ذات الطابع الملموس، وهو السبب الذي يحول في كثير من الحالات إلى عدم فاعلية التحكيم الإلكتروني لتعذر توفر هذه الشكليات التقليدية و التي تضي عليه الشرعية والإعتراف.

رغم أن هناك تطورات هائلة قد طرأت على التجارة الإلكترونية الدولية إلا أننا نجدها لا زالت تفتقر إلى نظام قانوني خاص بها على المستوى الدولي، وهو الأمر الذي يعني أن إمكانية بقائها محكومة بالقوانين الوطنية المختلفة والمتعارضة والتي تزيد منازعاتها في كثير من الأحيان أن تخضع إلى الطرق التقليدية لحل المنازعات كالتحكيم التقليدي مثلا، والذي تعد أحكامه ومبادئه متناقضة والطبيعة الرقمية لعالم التجارة الإلكترونية أمر غير صائب.

3- معوقات الإعتراف بالتحكيم الإلكتروني:

إن التحكيم الإلكتروني كآلية مستحدثة لفض المنازعات التجارية إلكترونيا تعترضها الكثير من المشاكل والمعوقات في الإعتراف به والتي تتطلب لمواجهتها التفكير جديا في تطويره منهجيا وهيكليا، ذلك أن ما يثيره التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية من إشكاليات ترجع أساسا إلى:

أ- الأهلية:

اشتراطت سائر أنظمة وتشريعات التحكيم وجوب توافر الأهلية القانونية في كل من فريق النزاع والمحكمين، وبالطبع فإن مسألة بحث الأهلية بالنسبة للمرجح والمحكمين لا ضرورة لها إذ تتم العملية التحكيمية عموما عن طريق الإنترنت بواسطة مراكز كبرى تحرص على الدقة في شتى الجوانب وخصوصا الأمور الأساسية فيها، ويبقى مجال الحديث والبحث في الأهلية القانونية لطرفي النزاع¹.

وحيث أنه على فرض عدم توافر الأهلية لطرفي النزاع فإننا نكون بصدد إتفاق تحكيم باطل لنقص أو انعدام أهلية أحد أطراف النزاع عند توقيعه وما يترتب عليه من بطلان لحكم التحكيم الصادر في المنازعة التجارية، غير أنه يمكن التغلب على هذه المشكلة بعمل تصميم بذات الموقع

¹-أسامة إدريس بيد الله، مقال بعنوان: التحكيم الإلكتروني (ماهيته وإجراءاته)، اطلع عليه يوم 20/07/2020، على الساعة 11.40، منشور على الموقع الإلكتروني: lefpedia.com-arab-2010/04.

بشكل يلزم الطرف الذي ينوي الإتفاق لإحالة نزاعه على إحدى مراكز التحكيم الإلكتروني¹ بالكشف عن هويته والإفصاح عن عمره، على انه إذا أغفل تحديد ذلك لا يسمح له بالمضي أو استكمال إتفاقه، وهو ما يضيف نوعا من المصادقية أمام طرفي النزاع ويبعده عن شبهة البطلان.

ب- عدم تطبيق المحكم للقواعد الآمرة:

يخشى الأطراف وخاصة الطرف الضعيف في العقد من اللجوء إلى التحكيم عموما والتحكيم الإلكتروني بوجه خاص بسبب الخشية من عدم تطبيق القواعد الآمرة الحمائية المنصوص عليها في القانون الوطني خاصة إذا كان هذا الطرف مستهلكا، وهو ما يترتب عليه بطلان لحكم التحكيم وعدم إمكانية تنفيذه، وذات الأمر عند اختيار القانون الواجب التطبيق غير قانون المستهلك ليحكم النزاع، فإن المحكم لن يطبق هذه القواعد الحمائية والمنصوص عليها في قانون المستهلك الوطني ذلك أنه لا يطبق إلا القانون المختار، وباعتبار أنه ليس قاضيا فهو غير ملزم بتطبيق القواعد الآمرة حتى في الدولة التي يوجد فيها مقر محكمة التحكيم، لذا عارض كثيرون اللجوء للتحكيم كون حماية الطرف الضعيف يكون دائما من خلال القواعد الآمرة والتي يضعها مشرعو الدولة لحماية طائفة معينة أو مصالح جماعية، فالمحكم هنا لا يهتم إلا بحل النزاع بين الأطراف دون النظر إلى المصالح السياسية التشريعية العليا للدول.

وأمام هذا الإنتقاد رد البعض مدافعا عن التحكيم بشقيه التقليدي والإلكتروني بالتأكيد على الجوانب العملية التطبيقية والقانونية التي يراعي فيها المحكم قواعد معينة عند نظره في منازعات التجارة الإلكترونية ومنها:

- عدم إهمال المحكم للمصلحة العامة، فهو يأخذ في اعتباره القواعد الآمرة التي تنص عليها التشريعات الوطنية سواء كانت موجودة في قانون الطرف الآخر أو هي من الأعراف التجارية لطائفة معينة من طوائف التجارة².

¹- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني (ماهيته، إجراءاته، وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامة التجارية وحقوق الملكية الفكرية)، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2009، ص56.

²- علي ملحم، مرجع سابق، ص135.

-هدف المحكم الأساسي يتمثل في تحقيق مصالح وأهداف المجتمع الدولي، والوسائل التي يمكن له استعمالها لاحتلال وحماية مصالح الطرف الضعيف أو المستهلكين تكون أكثر من تلك الممنوحة للقاضي الوطني، حيث يمكن للمحكم الإختيار ضمن مجموعة من القوانين القانون الذي يحقق له الأهداف الحمائية المرجوة في سبيل حماية الطرف الضعيف أو المستهلك.

ج-ضمان سرية العملية التحكيمية:

تعد صيانة وحفظ سرية التحكيم أحد الشروط الجوهرية لنجاح عملية التحكيم الإلكتروني، والإقبال عليها، وقد عملت مراكز التحكيم الإلكترونية على صيانة ذلك بتضمينها نصوصا تحفظ سرية أية معلومة تتعلق بالنزاع لتؤكد على كل من يطلع عليها تعهده بعدم نشر ما اطلع عليه و خصوصا¹ من الشهود والخبراء، ولكن المشكلة تكمن في فرض تحديا آخر ألا وهو الإختراق القادم من الخارج عن طريق المتطفلين، والحل المطروح حاليا يكمن في تشفير البيانات المحفوظة والمتبادلة بصورة تمنع قراءتها إلا من قبل المرسل إليه².

ثالثا: نطاق تطبيق التحكيم الإلكتروني

هناك اعتبارات قانونية أو تجارية تجبر الأطراف المتنازعة على اللجوء إلى القضاء بدلا من التحكيم أو الوساطة، باعتبار أنه من غير الممكن أن تكون هاته الوسائل البديلة مناسبة في كل الحالات مهما تم تأييدها، إلا أنه يمكن للأطراف في حالة شعورهم مثلا بأن نظام المحاكم لا يلبي احتياجاتهم وهو ما يجعل إرادتهم الكاملة تتجه نحو التحكيم لفض النزاعات القائمة بينهم، نظرا لما يوفره من مزايا عديدة يفنقر لها القضاء، مع ذلك يبقى التحكيم مجرد طريق بديل لفض النزاعات لا يمكن اللجوء له في جميع الحالات.

يرى البعض أن التحكيم الإلكتروني لا يقتصر على فض المنازعات الناشئة عبر الأنترنيت فقط، بل يتم اللجوء له لفض جميع النزاعات الناشئة خارج البيئة الإلكترونية، إلا أن الأمر لا يخلو من صعوبات قد تؤثر على مستقبل التحكيم الإلكتروني نظرا لحدائته وعد اكتمال ملامحه بعد.

¹ -بريش عبد القادر وحمدى معمر، دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الإقتصاد الجديد، العدد 02، جانفي 2010، ص 112.

² -يتوجي سامية، مرجع سابق.

على الرغم من أن معظم المنازعات المعروضة على مراكز التحكيم الإلكتروني تتعلق غالبا بأسماء المواقع الإلكترونية، نظرا لفاعلية تنفيذ الأحكام الصادرة من جهة، وإلزامية لجوء المتنازعين في هذه المنازعات للتحكيم الإلكتروني بموجب اتفاقية التسجيل من جهة ثانية، إلا أن نطاق تطبيق التحكيم الإلكتروني غير محصور في هذه المنازعات فحسب، إنما هناك نزاعات أخرى يتم اللجوء فيها إلى التحكيم الإلكتروني شريطة أن تكون متعلقة بالأعمال الإلكترونية وبشكل خاص أعمال عقود التجارة الإلكترونية، وهو ما يستوجب عرضه لتبيان ذلك¹.

هذا وتجدر الإشارة على أن معظم الفقه قد اتفق على تقسيم المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية إلى قسمين، أولهما تلك المنازعات الناشئة عن العقد الإلكتروني أي ذات الطبيعة التعاقدية(1)، وثانيهما المنازعات الإلكترونية ذات الأساس غير التعاقدية(2).

1- المنازعات الإلكترونية ذات الأساس التعاقدية:

تتنوع المنازعات الإلكترونية ذات الأساس التعاقدية بتنوع العقود الإلكترونية، والتي تباينت مفاهيمها بين الفقه ومختلف التشريعات دون إعطائها تعريفا جامعاً، أو معياراً موحداً لتقسيمها(أ)، فمن الفقه من يصنفها إلى عقود مبرمة بين التجار وهي العقود التجارية والتي يرمز لها ب B2B (Business to Business)، أو العقود ذات الطبيعة المختلطة، أي تجارية بالنسبة لأحد الأطراف (التاجر) ومدنية بالنسبة للطرف الآخر (المستهلك) والتي يرمز لها ب B2C (Business to Consumer)، غير أن هناك آخرون يصنفونها على أساس مدى ارتباطها بشبكة الأنترنت(ب).

أ- تعريف عقود التجارة الإلكترونية:

من الأمور التي أثارت الجدل واختلفت عندها وجهات النظر، محاولة وضع تعريف التجارة الإلكترونية بصفة عامة والعقود الإلكترونية بصفة خاصة، ولعل ذلك الخلاف تشعب هذه التجارة وتنوع العقود التي تبرم من خلالها الأمر الذي أدى إلى اختلاف المفاهيم والتعريفات، وهو ما سيتم توضيحه في النقاط التالية:

¹- نسيمه أمال حيفري، مقال بعنوان: التحكيم الإلكتروني ودوره في حل المنازعات الناتجة عن التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم السياسية والقانون، العدد الثاني مارس 2017، الصادرة عن المركز الديمقراطي العربي، جامعة محمد بن أحمد، وهران-2- الجزائر.

*التعريف الفقهي لعقود التجارة الإلكترونية: لقد وضع الفقه عددا من التعريفات لعقد التجارة الإلكترونية، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى تعريفه بأنه: " اتفاق يتلاقى في الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"، في حين يذهب اتجاه آخر إلى إيراد تعريف آخر لعقد التجارة الإلكترونية فيقول بأنه: "اتفاق فيه الإيجاب ببيع أشياء أو تقديم خدمات، يعبر عنه على طريقة الإذاعة المرئية المسموعة أو وسط شبكة دولية للاتصالات عن بعد، ويلاقيه القبول عن طريق اتصال الأنظمة المعلوماتية ببعضها"¹.

الملاحظ على هاته التعريفات أنها قد تعرضت لبعض الإنتقادات نجد في مقدمتها عدم تمييزها بين العقد الإلكتروني وعقد التجارة الإلكترونية، على الرغم من الفارق الكبير الموجود بينهما، فالعقد الإلكتروني يشمل جميع صور التعاقد من خلال الوسائط الإلكترونية بغض النظر عن موضوع العقد وأطرافه، بينما عقد التجارة الإلكترونية يشمل بالإضافة إلى العقد الإلكتروني والذي يقع في مجال التجارة من حيث الموضوع أو الأطراف، بعض صور الإتفاقات المتداولة في أوساط التجارة الإلكترونية، كاتفاق التبادل الإلكتروني للبيانات، وبالتالي ترى هذه الإنتقادات أن عقد التجارة الإلكترونية هو ذلك العقد الذي يبرم في بيئة تجارية ويتم فيه التعبير عن الإيجاب والقبول وتلاقيهما كلياً أو جزئياً من خلال أجهزة إلكترونية قابلة للبرمجة تربط بينها شبكة اتصالات متعددة الوسائط قد تكون مفتوحة أو مغلقة.

*التعريف التشريعي لعقود التجارة الإلكترونية: لقد تباينت التعريفات التشريعية بشأن العقد الإلكتروني، حيث عرفته المادة الثانية من التوجه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997، والمتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد بأنه: "كل عقد يتعلق بممتلكات أو خدمة المبرم بين المورد والمستهلك في إطار نظام البيع أو تقديم الخدمات عن بعد ينظمها المورد، وذلك من خلال استخدام تقنية أو عدة تقنيات الإتصال عن بعد إلى حين إبرام العقد"، نص هذا التوجيه على أن أحكامه ينبغي أن تدخل حيز النفاذ في أقاليم الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي، أما القانون

¹-سلطان عبد الله محمود الجوازي، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت-لبنان، 2010، ص40.

الأمريكي فقد أورد تعريفاً للسجل الإلكتروني والذي هو بمثابة العقد الإلكتروني الذي يتم إبرامه بين الأطراف، حيث عرفه بأنه: "عقد أو أي سجل آخر يتم تكوينه أو إرساله أو نقله أو استقباله أو تخزينه بأي وسيلة إلكترونية".

كما عرفه المشرع الأردني بأنه: "الإتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً"، يتضح من هذا التعريف بأن المشرع الأردني قد استند على أساس الوسيلة التي يبرم بها العقد من أجل إضفاء صفة العقد الإلكتروني عليه، كما ذهب أبعد من ذلك بحيث اعتبر العقد إلكترونياً حتى ولو تم أو أبرم عن طريق وسائل إلكترونية دون النظر إلى أطراف العلاقة العقدية ودون النظر إلى نوع العمل¹.

أما بخصوص المشروع المصري والذي أعدته لجنة التسمية التكنولوجية التابعة لمركز المعلومات ودعم القرار برئاسة مجلس الوزراء في مصر، فقد عرف العقد الإلكتروني في المادة الأولى منه بأنه: "كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسط إلكتروني".

أما عن الجزائر فيلاحظ أن القانون المدني الجزائري لم يتعرض للنظم القانونية التي تحكم العقد الإلكتروني ولم يتناول تعريفه.

من هنا يتضح بأن المشرعين المصري والأردني قد أجمعا على وضع تعريف صريح للعقد الإلكتروني، حيث لم يحدده في نوع محدد من العقود بل حاولوا تعميمه سعياً منهم لاحتواء كافة التصرفات التي يتم إبرامها عبر الأنترنت، كما وتركوا المجال مفتوحاً لادراج تصرفات جديدة تتم بصفة إلكترونية مستقبلاً، وبهذا ينفرد هاذين التشريعين عن باقي التشريعات العربية الأخرى في تعريف العقد الإلكتروني.

ب- أنواع منازعات عقود التجارة الإلكترونية:

تتنوع منازعات العقود الإلكترونية بحسب تنوع العقود الإلكترونية والتي نجد كثيراً من الفقهاء يصنفها إلى ثلاثة أنواع، مستندين في ذلك إلى الأطراف المكونة له والمجسدة في العقود ما بين

¹- مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 53.

التجار، والعقود الإلكترونية المختلطة، والعقود الإلكترونية بين المستهلكين، إلا أن دراستنا ستقتصر على أهم أنواع العقود الإلكترونية دون الأخذ بعين الاعتبار صفة الأطراف المكونة له، والتي تبرم بسبب التجارة الإلكترونية، والمتمثلة في كل من عقد الدخول إلى الشبكة، وعقد الإيواء بالإضافة إلى عقد إنشاء متجر افتراضي.

* **عقد الدخول إلى شبكة الأنترنت (عقد الإشتراك في الأنترنت):** يعد عقد الدخول إلى شبكة الأنترنت من الناحية الفنية من أهم العقود الإلكترونية، وتعتبر خطوة مبدئية لازمة لإبرام أو تنفيذ العقد الإلكتروني، بمقتضى هذا العقد يتيح مقدم خدمة الدخول إلى الأنترنت للعميل الوسائل التي تمكنه من الدخول إلى الشبكة، أهمها برنامج الإتصال CONNEXION الذي يحقق الإتصال بين جهاز¹ الكمبيوتر والأقمار الصناعية التي من خلالها يتم بث إشارات رقمية يتم تحويلها إلى الشكل الذي نجد شبكة الأنترنت عليه، كما يتوجب على المزود توفير كافة البرامج الأساسية لتشغيل خدمة الأنترنت.

من هنا يتضح لنا بأن هذا العقد هو عقد ملزم لجانبين، فيقع على عاتق مقدم الخدمة التزام بتحقيق اتصال العميل بالشبكة -التزام بتحقيق نتيجة- والذي يستلزم إعطاء العميل اسم المستخدم (user name) وكلمة السر والعنوان الإلكتروني، بالإضافة إلى التزام تكميلي يدخل في الإطار العقدي وهو خدمة المساعدة التليفونية والمسماة بالخط الساخن (hot line) والتي تهدف إلى حل المشكلات الفنية التي قد يواجهها العميل عن طريق التليفون، أما العميل فلا يقع عليه سوى دفع قيمة الإشتراكات.

تعد المنازعات الناشئة عن هذا النوع من العقود من أكثر أنواع المنازعات تعقيدا، نظرا لما تثيره من مسائل قانونية تتعلق بتفسير العقد وتعديله، بسبب ما يحتاج إليه من تغيير لمواجهة التطورات التقنية.

* **عقد الإيواء أو عقد التوطين:** هو عقد من عقود تقديم الخدمات يعرف بأنه: "التقاء ارادتين على إبرام عقد محل معلوماتي، أي بيانات ورسائل، يتم تداولها بين مستخدمين هذه المعلومات وإرسالها إلى الغير بأية وسيلة كانت"، يعد هذا العقد من العقود التي يقوم فيها المزود أو مقدم الخدمة بتقديم

¹ -بلاسام حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية تخصص قانون أعمال، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015، ص26.

الخدمات ووضعها تحت تصرف المستخدم والمشارك، فيقوم مقدم الخدمة بتخصيص حيز على القرص الصلب للكمبيوتر الخاص به لتخزين معلومات المشارك، لضمان سهولة اللجوء إلى موقع المشارك على شبكة الأنترنت، أو متجره الافتراضي مثلا، لمدة معينة ومقابل مدة معينة.

ويكيف البعض هذا العقد بأنه عقد إيجار أشياء (louage de choses)، وهو ما تضمنته المادة 1713 وما بعدها من التقنين المدني الفرنسي، وذلك طالما أن مقدم الخدمة يسمح لعمله بالانتفاع بأجهزته مع احتفاظه بملكيتها ويتنازل له عن حيازته لبعض الإمكانيات التي تتيحها هذه الأجهزة، وطالما أن ما يقدمه من خدمات فنية يعد ذا صفة تبعية بالنسبة للانتفاع بهذه الأجهزة¹.

* **عقد انشاء المتجر الافتراضي:** يطلق البعض على هذا العقد الذي يحقق إنشاء المتجر الافتراضي عقد المشاركة، وذلك لأنه العقد الذي بمقتضاه يصبح المتجر الافتراضي مشاركا في المركز التجاري الافتراضي، والذي يجمع العديد من التجار تحت عنوان واحد².

ينظم هذا العقد بطبيعة الحال الإلتزامين الرئيسيين فيه وهما التزام المركز التجاري بفتح المتجر الخاص بالمشارك على شبكة الأنترنت، وما يتضمنه ذلك من ترخيص له باستخدام برنامج متخصص يسمح له بمباشرة التجارة عبر شبكة الأنترنت، والتزام المشارك بالمقابل المالي لذلك مع الإلتزام بالقانون الداخلي لصاحب الخدمة.

يثير هذا النوع من العقود العديد من المنازعات ذات الطبيعة التعاقدية كالإلتزام بشرط الإتفاقية المبرمة بين الشركة ومقدم خدمة المتجر الافتراضي، بالإضافة إلى منازعات ذات طبيعة غير تعاقدية، كتلك المتعلقة بالمنافسة غير المشروعة أو الأسرار التجارية، فالملاحظ أن هذه العقود هي أكثر المعاملات الإلكترونية والتي تتضمن العديد من المنازعات خاصة مع المستهلك، وهو ما دفع بالعديد من الدول باصدار عدة قوانين تتضمن حماية المستهلك المتعاقد عبر الأنترنت من الشروط التعسفية

¹-أسامة أبو الحسن مجاهد- خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، "الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية"، المجلس الأعلى للثقافة، الطبعة الأولى، القاهرة، 2003، ص32-33.

²-بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص42.

2- المنازعات الإلكترونية ذات الأساس غير التعاقدية (أسماء النطاق):

لا تقل المنازعات ذات الطبيعة غير التعاقدية والناشئة عن استخدام الأنترنت في المعاملات التجارية أهمية عن المنازعات ذات الطبيعة التعاقدية في اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات.

لقد أفرزت الإستعمالات المتعددة لشبكة الأنترنت عدة منازعات تتعلق معظمها بالملكية الفكرية والصناعية وأمن المعلومات والمنافسة غير المشروعة، ولعل أكثر المنازعات غير التعاقدية والتي يلجأ فيها الأطراف إلى التحكيم الإلكتروني، نجد تلك المتعلقة بعناوين المواقع الإلكترونية، حيث تسجل هذه المنازعات نسبة 84% من القضايا والتي نظرها مركز الويبو في النصف الأول من عام 2000.

أ- مفهوم أسماء النطاق Domain Names :

إذا أراد المستهلك الوصول إلى موقع شركة معينة، كان يجب عليه أن يقوم بحفظ الأرقام التي تشير إلى موقعها، ويكتبها في محرك البحث الذي يوصله إلى موقع هاته الشركة، غير أنه وبالنظر إلى صعوبة حفظ هذه الأرقام نتيجة لطولها وكثرتها، اتجهت الأنظار إلى وسيلة جديدة تتمثل في كتابة مجموعة من الحروف، إذا قام المستهلك بكتابتها وصل إلى موقع أي شركة يريدها، تسمى هذه الوسيلة "بالعنوان الإلكتروني".¹

*تعريف أسماء النطاق:

لم يتفق كلا من الفقه والقضاء على تعريف موحد وثابت لأسماء النطاق، فاستندت بعض التعريفات إلى الطبيعة الفنية لهذا العنوان، وأخرى إلى تكوين العنوان الإلكتروني على شبكة الأنترنت، والبعض الآخر اسنده إلى الوظيفة التي يؤديها هذا العنوان.²

¹ - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص222.

² - مرجع نفسه، ص222.

كما استند رأي آخر على معيار الوظيفة لتحديد مفهوم العنوان الإلكتروني، فيعرفه بأنه: "موقع أو عنوان على شبكة الأنترنت يسمح بتحديد ذلك الموقع وتميزه عن غيره من المواقع الأخرى"، وعليه فإنه يعتبر مجرد وسيلة تمكن مستخدمي الأنترنت من الوصول إلى المواقع عبر الشبكة¹.

تعرف أسماء النطاقات كذلك من حيث الشكل بأنها عبارة عن سلسلة من الكلمات يفصل بينها نقاط تتولى تعريف عنوان بروتوكول الأنترنت بحيث ينفرد به حائزه، ومن الناحية القانونية يعرف بأنه: "علامة تأخذ مظهر اندماج الأرقام والحروف بحيث يتولى هذا المظهر تحديد مكان حاسوب أو موقع أو صفحة عبر الأنترنت، وهو يتكون من ثلاثة مقاطع: المستوى العام أو العالي الذي يتولى تحديد طبيعة الجهة التي يتم الإتصال معها، ومستوى ثاني يتناول العلامة التجارية أو الإسم المختار، ومستوى ثالث يتناول تحديد خادم المضيف يتم التعامل معه"².

لقد أجمع العديد من الفقهاء بأن التعريف المستند على الوظيفة التي يقوم بها اسم النطاق هو التعريف الأدق والأقرب إلى الواقع، كونه عنوانا افتراضيا لا يحدد مواقع المشروعات على أرض الواقع ولكنه يحددها على شبكة الأنترنت.

*أنواع أسماء النطاق:

يأخذ العنوان الإلكتروني إحدى الصورتين، فهو إما عنوان إلكتروني عام أو دولي، أو هو عنوان إلكتروني وطني أو محلي، ويختلف كلا النوعين في شروط الحصول عليه والجهة المختصة بتسجيله، وهو ما سنتطرق له بالتفصيل من خلال العناصر التالية:

-العنوان الإلكتروني العام (أسماء المواقع العليا العامة): يقصد بالعناوين العامة أو الدولية تلك العناوين التي تشير إلى أنشطة دولية عامة لا تنتمي إلى دولة بعينها وإنما توجه بالدرجة الأولى إلى المستهلكين في كل دول العالم، وفي فترة معينة كانت هذه العناوين تتمثل في عدد معين، إلا أنه قد أضيف إلى هذا العدد عدد آخر، فمثلا نجد com والذي ينسب إلى الشركات التجارية الدولية، org

¹-بوديسة كريم، مرجع سابق، ص37.

²-رجاء حافظ بني شمس، مرجع سابق، ص40.

تشير إلى المنظمات الدولية المختلفة التي تسعى إلى تحقيق الربح¹، وتجدر الإشارة أن مؤسسة الأنترنت لتخصيص الأسماء والأرقام (ICANN) هي التي تختص بتسجيل أسماء نطاق المواقع العليا على مستوى الدول، بما في ذلك تسييرها وتوسيع مجالها².

-**العنوان الإلكتروني الوطني (أسماء المواقع الوطنية):** يقصد بها تلك العناوين التي تنتهي بحرفين يشيران إلى اسم الدولة التي تنتمي إليها هذه العناوين، حيث يخصص لكل دولة من دول العالم رمز خاص بها وفقا لمعيار الآيزو 3116، فمثلا تنتهي أسماء مواقع الدولة الجزائرية بالرمز (dz)، وأسماء مواقع مصر برمز (eg)، الأردن تنتهي أسماء مواقعها برمز (jo)، وأسماء مواقع أمريكا برمز (us)،

وأسماء مواقع فرنسا برمز (fr)، ويوجد في الوقت الحاضر حوالي 244 اسم موقع مكون من رموز الدول، وفي الغالب تلجأ المشروعات إلى تسجيل عناوينها الإلكترونية أولا في مجالها الوطني، فإذا حقق هذا التسجيل فائدة لها باعتبارها وسيلة من وسائل الإعلان عن وجوده، يبحث بعد ذلك عن تسجيل عنوان آخر دولي أو عام خاصة في المجال (com)³.

ب- صور منازعات أسماء النطاق:

يمكن القول بأن أغلب صور المنازعات المتعلقة بأسماء النطاق أو أسماء المواقع الإلكترونية تتمثل فيما يأتي:

***تسجيل اسم موقع متطابق مع علامة تجارية:** يعتبر هذا النوع من الإعتداء بالقرصنة الإلكترونية أو السطو الإلكتروني، حيث يقوم شخص أو مشروع لا يمتلك أي حق على علامة تجارية بتسجيل هذه العلامة في صورة عنوان إلكتروني على شبكة الأنترنت، الغرض من ذلك الإضرار بمالك هذه العلامة أو بغرض إعادة بيع العنوان الإلكتروني إلى هذا المالك مرة أخرى بثمن باهض⁴.

¹-شريف محمد غنام، مقال بعنوان: حماية العلامة التجارية عبر الأنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، اطلع عليه يوم: 2020/08/26، على الساعة: 15:27، منشور على الموقع الإلكتروني: www.osamabahar.com.

²-مرجع نفسه.

³-عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص234.

⁴-شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص56.

يلاحظ بأن هذا النوع يعتبر من أكثر الإعتداءات شيوعا خصوصا في فترة بداية انتشار الأنترنت عندما لم تكن الشركات مدركة لأهمية أن يكون لها دور على الشبكة، إذ سارع كثير من الأشخاص بتسجيل العلامات التجارية المشهورة العائدة للشركات التجارية الكبرى كأسماء المواقع، حيث نجد بأنه يطلب من هذه الشركات مبالغ كبيرة وذلك في سبيل التنازل عن أسماء المواقع المحتوية على علامات تجارية¹.

ومن أمثلة هذا النوع من المنازعات نورد المثال التالي:

قضية Sony Corporation V RK Enterprises رقم (FA 0011000096109) والتي عرضت على مجمع التحكيم الوطني (National Arbitration forum NAF)، حيث قام المسجل لاسم المواقع بتسجيل العلامة التجارية التي تملكها الشركة المشتكية (SONY) وهي (WALKMAN) كاسم موقع www.walkman.com، وقد طلبت الشركة المشتكية تحويل واستعادة اسم الموقع المسجل وذلك لأن زبائن الشركة سوف يعتقدون أن الموقع له علاقة ببضائع ومنتجات الشركة، كما أنه ليس للمسجل حق بالتسجيل والذي يهدف من تسجيله الإعتماد على شهرة العلامة التجارية (Complainant) في جلب الزوار لموقعه².

*تسجيل اسم موقع متشابه مع علامة تجارية: تتجسد هذه الحالة بتسجيل شخص لإسم موقع متشابه إلى حد كبير بعلامة تجارية عن طريق تعديل طفيف لإحدى الحروف أو إضافة كلمة مثل موقع: www.yafoo.com، وهو ما يؤدي إلى الخلط في أذهان الجمهور وتضليلهم مما يلحق أذى بالمستهلك ومالك العلامة التجارية.

*تسجيل اسم موقع يحتوي على علامة تجارية مع إضافة عبارات تحقيرية:

نجد أنه في هذه الصورة من الإعتداء، يقوم أحد عملاء أو موظفي أو زبائن الشركة السابقين بالتعبير عن غضبه من إحدى المنتوجات التي تنتجها الشركة أو إحدى الخدمات التي تقدمها لعملائها، فيقوم بتسجيل العلامة التجارية العائدة للشركة كاسم موقع مع إضافة كلمة أو عبارة تسيء

¹ - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 56.

² - رجاء حافظ بني شمس، مرجع سابق، ص 43.

للشركة قبل الإسم أو بعده مثل (boycott .cocola.com) أو (Ihate toyota.com) أو بعد (cocola suck.com) أو (toyotasuck.com)¹.

يلاحظ أنه قد تم إضافة كلمة قاطع (boycott) لاسم موقع (cocola.com) في المثال الأول والمقطع أنا أكره (I hate) لاسم الموقع (toyota.com) في المثال الثاني وإضافة الكلمة النابية (suck) لاسم الموقع (cocola.com) ولاسم الموقع (toyota.com) في المثالين الثالث والرابع².

ومن التطبيقات العملية لهذه الصورة من الإعتداء على العلامة التجارية نجد القضية رقم (D10152000-) التي رفعتها شركة (Lookheed Martin Corporation) ضد (Dan Parisi) والتي نظر فيها مركز الويبو للتحكيم والوساطة، وترجع وقائع هذه القضية إلى قيام المسجل بتسجيل اسمي موقعين www.lockheedsucks.com و www.lockheedmartinsucks.com متماثلين مع العلامتين التجاريتين العائدتين للشركتين (Lookheed) (Lookheed Martin) مع إضافة الكلمة النابية (suck) بعد العلامتين التجاريتين اللتين تملكهما الشركة، وقد حكم اثنان من أصل ثلاثة من أعضاء الفريق (Panelists) بأن ذلك لا يشكل اعتداء على العلامة التجارية العائدة للشركة المدعية.

*تسجيل اسم موقع يحتوي على علامة تجارية عائدة لشركة منافسة: في هذه الحالة تقوم شركة من بين شركتين متنافستين تعملان في مجال واحد أو تقدم كل منهما بضائع ومنتجات واحدة، بتسجيل العلامة التجارية العائدة للشركة الأخرى كاسم موقع حارمة إياها من تسجيل اسم موقع يحتوي على علامتها التجارية.³

الفرع الثاني: مراكز التحكيم الإلكتروني (مصادر أحكام التحكيم الإلكتروني)

إن واقع تسوية المنازعات خارج الإطار القضائي قد وجد له مجالا واسعا من التطبيقات الفعلية والمتنوعة والشاملة لمنازعات التجارة الإلكترونية، من حيث كونه نتيجة منطقية للتوجه الجاد للاستفادة القصوى مما توفره الإمكانيات التي تتيحها وتوفرها البيئة الرقمية والوسائل الإلكترونية المتلاحقة التطور

¹-بوديسة كريم، مرجع سابق، ص40.

²-مرجع نفسه، ص40.

³-رامي محمد علوان، المنازعات حول العلامة التجارية وأسماء مواقع الأنترنت، مجلة الشريعة والقانون-العدد الثاني والعشرون-ذو القعدة 1425هـ يناير 2005، ص281.

والتوسع، بغية التوصل إلى النجاح في إنجاز إجراءات الطرق التقليدية لتسوية المنازعات كالتفاوض والوساطة والتوفيق ولكن من خلال شبكة الأنترنت، وذلك من خلال مبادرات خاصة تبنتها بعض المنظمات الإقتصادية والإقليمية والإتحادات المهنية الفعالة في هذا المجال والتي تهتم بمواكبة التطور التكنولوجي السريع ومن هذه المنظمات المراكز نذكر مايلي:

أولاً: الإتحاد الأوروبي

نظراً لأهمية التحكيم الإلكتروني وفعاليته نجد أن معظم الدول والمنظمات الدولية قد اتجهت إلى إصدار مجموعة من القوانين تعنى بالموضوع، و تتيح في قواعدها للأطراف اللجوء للتحكيم عبر الأنترنت، ومن أمثلة ذلك الجهد المبذول نجد ما قام به الإتحاد الأوروبي وذلك بتوجيه الدول الأعضاء بالألا تضع في تشريعاتها الداخلية عقبات قانونية تحول دون استخدام آليات لتسوية المنازعات إلكترونيا بعيدا عن القضاء، وفي هذا الصدد قام الإتحاد الأوروبي باتخاذ بعض الخطوات الجدية والفعالة، من بينها¹:

أ-المادة 17 من التوجيه الأوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية رقم 2000/31 الخاص ببعض المظاهر القانونية لخدمة مجتمع المعلومات والتجارة الإلكترونية والتي نصت على أنه "يجب أن تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيدا عن أروقة المحاكم وباستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الإلكتروني".

ب-إصدار اللجنة الأوروبية المختصة بتسوية المنازعات لا سيما التي تتم بين المستهلكين بإعتماد سلسلة من التوجيهات بخصوص حل المنازعات على الخط (conflits on line) ومنها:

-تأسيس شبكة أوروبية لتسوية المنازعات مباشرة على الخط، وكذا حل كافة المنازعات المتعلقة بالمستهلك الأوروبي خاصة القطاع الخدماتي.

¹-علي ملحم، مرجع سابق، ص138.

-وضع مبادئ عامة وجب مراعاتها من جانب الدول الأعضاء عند تسوية منازعاتهم عبر الأنترنت، وكان هدف هذه التوصية سد النقص في التوصية رقم 257/298 وهي وضع خطوط إرشادية لتوفير أفضل حماية ممكنة للمستهلك الأوروبي في معاملته الإلكترونية¹.

ثانيا: المنظمة العالمية للملكية الفكرية

تضطلع المنظمة العالمية للملكية الفكرية بأداء دور متعاظم الأهمية في عملية تطوير وتفعيل نظام التحكيم الخاص بالتجارة الإلكترونية وتنظيم المنازعات الخاصة بالأنترنت المتعلقة منها أساسا بالملكية الفكرية وأسماء الدومين والعلامات التجارية.

ولقد تمكن هذا النظام من التغلب بفعاليته على العديد من الصعوبات من حيث أنه سمح بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق كما تضمن وحدة الجزاء رغم اختلاف الجنسيات خاصة أمام واقع كون حل النزاعات التجارية ذات الصلة بحقوق الملكية الفكرية مسألة حيوية للغاية إذا ما روعي فيها سرعة الفصل والكلفة القليلة وتقديم الحلول البديلة للأساليب القضائية المتميزة بطول الأمد والكلفة العالية.

لقد قدم مركز wipo للتحكيم والوساطة عوناً كبيراً في مجال حل النزاعات بين الأفراد والشركات في العالم بعد تزايد أهمية عقود التجارة الإلكترونية، ويضم المركز قائمة طويلة تضم أسماء المختصين من المحكمين والوسطاء في هذا المجال من 70 بلداً، وتخضع هذه البلدان لقوانين wipo في أساليب حل النزاعات².

ثالثا: القاضي الافتراضي

تمثلت التجربة العملية الأولى لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية باستخدام شبكة الأنترنت في برنامج القاضي الافتراضي، والذي تجسد بناءً على عدة توصيات وقرارات صادرة من الإتحاد الأوروبي بالإضافة إلى الجهود المبذولة من طرف منظمة الويبو.

¹-هند عبد القادر سليمان، ورقة مقدمة بعنوان: دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، جامعة المرقب بالجمهورية الليبية، أكاديمية الدراسات العليا.

²-يتوجي سامية، مرجع سابق.

يعتبر برنامج القاضي الافتراضي مشروعاً أطلق تجريباً في مارس 1996 للتحكيم عبر الإنترنت بهدف فض المنازعات الناشئة بين مستخدمي الإنترنت والمتضررين من الرسائل أو الملفات غير المشروعة وبين القائمين على الأنظمة المختلفة من حيث توجيه الشكاوى والمطالبات بالتعويض ضدهم¹.

كما تجدر الإشارة فإن مشروع القاضي الافتراضي هو مشروع أمريكي قد أعد بالتعاون بين مركز القانون وأمن المعلومات بجامعة فيلانوفيا VILLA NOVA CENTER FOR LAW AND INFORMATION POLICY وبين معهد القانون المتخصص في مجال حل المنازعات بطريقة إلكترونية CYBERSPACE LAW INSTITUTE، وفي عام 1999 انتقل هذا المشروع إلى كلية KENT CHIKAGO للحقوق بمعهد إلينوي للتكنولوجيا وتم تدعيمه من طرف جمعية المحكمين الأمريكية (AAA) ومعهد قانون الإنترنت والمركز الوطني للأبحاث المعلوماتية الأمريكي.

إن الهدف من هذا المشروع هو إعطاء حلول سريعة ومحايدة للمنازعات المتعلقة بالإنترنت عن طريق وسيط معتمد من المركز تكون له خبرة قانونية في التحكيم والقوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية وعقودها وقانون الإنترنت ومنازعات العلامة التجارية والملكية الفكرية².

رابعاً: المحكمة الإلكترونية

نشأت هذه المحكمة في كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا في سبتمبر 1996³، وتهدف إلى إيجاد حلول للمنازعات التي تحدث في العالم الافتراضي، وتختص هذه المحكمة بالفصل في منازعات حق المؤلف، العلامات التجارية، التجارة الإلكترونية، المنافسة غير المشروعة وغيرها من المجالات الأخرى.

¹ - هند عبد القادر سليمان، مرجع سابق.

² - بين حليلة ليلي وعشور سليم، خصوصية التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية-المجلد 04-العدد01، سنة 2019، 193.

³ -مجبرة تومي، التحكيم الإلكتروني كتجربة لتطوير آليات التحكيم، مجلة صوت القانون، العدد السابع، الجزء الثاني، 2017، ص87.

هاته المحكمة هي عبارة عن آلية لحل منازعات المعاملات الإلكترونية عموما والتجارة الإلكترونية خصوصا، وفقا لمراحل وإجراءات الكترونية بدءا من طلب التسوية وانتهاء بصدر الحكم وتسجيله على الموقع الإلكتروني للمحكمة¹.

وفي سبيل تدعيم الثقة في نظامها أصدرت المحكمة شهادات مصادقة على المواقع التي تتعامل بالتجارة الإلكترونية تعبيرا عن التزام هذه المواقع أو المسؤولين عنها بتسوية منازعاتهم الإلكترونية في حال وقوعها وفقا لنظام هذه المحكمة الإلكترونية².

الملاحظ على هذه المحكمة أنها تقوم بتقديم خدمات تسوية المنازعات باللغتين الفرنسية والإنجليزية، وذلك لوجودها في مقاطعة ذات طبيعة لغوية مختلطة من هاتين اللغتين، صف إلى ذلك فإنها تجمع بين النظامين اللاتيني والإنجلوسكسوني، مما يؤدي إلى توحيد القواعد القانونية بين أنظمة ذات ثقافات متباينة فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية وسبل فض المنازعات المتعلقة بها³.

كما أن المحكمة لم تغفل عن بذل مجهود خاص فيما يتعلق بالمنازعات والتي يكون أحد أطرافها مستهلكا، فتجتهد من أجل تفسير العقود محل النزاع لصالح المستهلك، ويكون قانون المستهلك هو القانون واجب التطبيق، مع العلم أنه يمكن للمحكم أن يجتهد لتقديم حماية أفضل للمستهلك وذلك من خلال معلومات تكميلية وأدلة إثبات.

بالرغم من المميزات التي تمتاز بها المحكمة الإلكترونية، إلا أنه يعاب على نظامها أن الحكم الصادر من هذا المحاكم لا يصدر إلا باتفاق جميع الأطراف على الخضوع لهذا النظام.

خامسا: نظام تسوية منازعات أسماء الدومين

لقد أتاحت شبكة الأنترنت للشركات والمؤسسات التجارية الموجودة في مختلف دول العالم إنشاء مواقع على الشبكة تعرض فيها منتجاتها على الزائرين المتصفحين للموقع وذلك لمشاهدة البضائع والخدمات المتوفرة، بما أوجد معها مشكلات قانونية من نوع جديد تتصل بحقوق الملكية

¹-مصطفى ناطق صالح مطلوب، التحكيم التجاري الإلكتروني، مجلة الرافدين للحقوق-المجلد 11، العدد 39، سنة 2009، ص151.

²-النحوي سليمان وبوفاتح أحمد، مرجع سابق، ص202.

³-عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص166.

الفكرية من أهمها ما تعلق بالعلامات التجارية نتيجة لتسمية بعض المواقع على الشبكة باتخاذ أسماء الدومين كعنوان لتلك المواقع وما يتصل بذلك من تشابه أو تطابق أو تماثل لعلامات تجارية مشهورة قصد جذب العملاء.

كما يسمح نظام أسماء الدومين (DNS) لمستخدمي شبكة الأنترنت الإتصال بالموقع المطلوب وتبادل البيانات معه عن طريق استخدام مجموعة من الحروف توصل إليه، وفي هذا الصدد أصدرت مؤسسة الأنترنت لتخصيص الأسماء والأرقام (ICANN) مجموعة من الوثائق المتعلقة بالموزع منها:

1- وثيقة المبادئ الصادرة في 26/8/1999 والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1/12/1999 وتضمنت السياسة الموحدة لتسوية منازعات أسماء الدومين.

2- لائحة الإجراءات والصادرة بتاريخ 24/10/1999 المتضمنة قواعد وإجراءات نظام التسوية¹.

الملاحظ على هذا النظام (ICANN) أنه يهدف بالدرجة الأولى إلى محاربة تسجيل أسماء وعناوين لمواقع إلكترونية تتشابه مع أسماء علامات تجارية مشهورة بغية بيعها إلى مالكي هذه الأسماء أو العلامات.

كما يمكن تحديد خصائص نظام تسوية منازعات أسماء الدومين على الأنترنت في كون إجراءاته تتم من خلال آليات إلكترونية مثل البريد الإلكتروني، على أن يوفر مركز WIPO نماذج الشكاوى والردود عليها، كما يقوم بحفظ قواعد البيانات لإدارة القضايا، مع العلم بأنه لا يعتمد في تشغيل النظام على أماكن وجود أو مواطن أصحاب الشكاوى أو المدعى عليهم أو المسجلين، من حيث أنه قد روعي في تصميم النظام أن يكون نموذجيا وعالمي النطاق على الأقل بالنسبة لمنازعات أسماء الدومين من المستوى العالمي مثلما روعي فيه كيفية تشغيله والتي تتم دون الحاجة للوجود المادي للأشخاص في مكان محدد.

¹ - يتوجي سامية ، مرجع سابق.

المطلب الثاني: الإطار الإجرائي للتحكيم الإلكتروني

تتضمن إجراءات التحكيم الإلكتروني مجموعة من القواعد تضعها المراكز المقدمة لخدمة التحكيم لتنظيم سير العملية واتمامها، تتعلق بالمواجهة والدفاع والإثبات واحترام النظام العام ويضاف إلى تلك القواعد الخاصة بالتحكيم التقليدي قواعد خاصة بالتحكيم الإلكتروني، ولعل أبرزها كيفية التواصل بين المتخاصمين والمحكمين عن بعد، كيفية تقديم المستندات الكترونيا والحفاظ على سرية المعاملات التجارية التي تهم الأطراف وموضوع النزاع¹.

الفرع الأول: إبرام إتفاق التحكيم الإلكتروني

إن التحكيم الإلكتروني شأنه شأن التحكيم التقليدي يبدأ باتفاق الأطراف لإخراج النزاع من ولاية القضاء الوطني لأجل عرضه على إحدى هيئات التحكيم الإلكترونية، فالإتفاق على التحكيم الإلكتروني هو الخطوة الأولى في عملية التحكيم الإلكتروني وانتفاء هذا الإتفاق معناه انتفاء العملية التحكيمية من أساسها.

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني ما هو إلا عقد مبرم بطريقة إلكترونية، ومن ثم يخضع لما يخضع له العقد الإلكتروني ولا يخرج عن هذه القاعدة، فهو يتم بالإتفاق والتراضي بين طرفيه، إلا أنه يتميز بكونه يبرم عن بعد من خلال استعمال وسائل اتصال غير تقليدية لا تعتمد على الدعامة الورقية ولا الإلتقاء المباشر للأطراف في مجلس عقد حقيقي، وهو ما يجعله يتميز ببعض الخصوصية تخرج به عن القواعد العامة لنظرية العقد والتي وضعت أصلا للتعاقد من خلال استعمال دعائم ورقية تقليدية.

ومن هذا فإن دراسة الإطار الإجرائي للتحكيم الإلكتروني تقتضي بالضرورة التعرّيج بداية إلى دراسة مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني من خلال التطرق إلى تعريفه وصوره وضوابطه، وهو ما سنتطرق له سنتطرق له في هذا الفرع، بينما سنخصص (الفرع الثاني) لدراسة إجراءات التحكيم الإلكتروني من خلال التطرق إلى اجراءات عرض النزاع ثم كيفية صدور الحكم وتنفيذه.

¹ - النحوي سليمان وبوفاتح أحمد، مرجع سابق، ص202.

أولاً: مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني وصوره

إن التحكيم الإلكتروني يتميز عن التحكيم التقليدي بالطبيعة الخاصة للوسط الذي يتم عبره ألا وهو الوسط الإلكتروني، لذا فإن الإتفاق في إطار هذا النوع من التحكيم لا يتم بالصيغة التقليدية لإتفاق التحكيم، فهو في الواقع اتفاق الكتروني، ومثل هذا الأمر قد يثير تساؤلات قانونية عدة من حيث مدى إمكانية تطبيق القواعد القانونية الخاصة باتفاق التحكيم بصيغته التقليدية على اتفاق التحكيم الإلكتروني وبالتالي مدى صحة هذا الإتفاق وقوة إلزامه لأطرافه¹.

وتعد الإجابة عن هذه التساؤلات أمراً في غاية الأهمية، فالعقبات القانونية التي تقف أمام الإقرار باتفاق التحكيم الإلكتروني يؤدي إلى نتيجة حتمية هي العزوف عن اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني، طالما أن الإتفاق عليه ليس له قوة ملزمة لأطرافه ويمكن لأي منهما أن يمتنع عن تطبيقه دون أن يكون للطرف الآخر غطاء قانوني يمكنه من إجبار الممتنع عن تنفيذ اتفاقهما، فهذا الإتفاق لا وجود له في نظر القانون، ولتوضيح وإيجاد الحلول اللازمة لهاته العقبات قمنا بالتطرق إلى تعريف هذا الإتفاق (1)، ثم دراسة أهم صورته (2).

1- تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني

اتفاق التحكيم الإلكتروني هو الإتفاق الذي بموجبه يتفق الأطراف على إحالة النزاع، وبشكل اختياري إلى طرف ثالث محايد مقدم خدمة التسوية الإلكترونية، لتعيين شخص أو عدة أشخاص لتسوية النزاع باستخدام وسائط إلكترونية².

لقد عرف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم بأنه: "هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بوجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم"³.

¹ -آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 6، العدد2، الإمارات العربية المتحدة، جمادي الأولى 1430- يونيو 2009، ص216.

² -فاطمة زعزوعة ونجاة زعزوعة، التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد الثامن العدد 01، ماي 2022، ص139.

³ -أنظر المادة 1011 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اليونسترال لسنة 1985 فقد عرف اتفاق التحكيم بأنه: "اتفاق الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية أو غير تعاقدية"¹.

إذا كان التحكيم الإلكتروني نظاما حديث النشأة أساسه استخدام وسائل الإتصال الحديثة في التحكيم بدلا من تبادل المستندات في التحكيم التقليدي، وعليه يمكن تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني بأنه: "الاتفاق الذي يعني تسوية المنازعات والخلافات عبر شبكات الإتصال كالإنترنت دون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف عملية التحكيم في مكان واحد".

ومن ثم يثبت بأنه لا يوجد اختلاف كبير بين اتفاق التحكيم التقليدي والإلكتروني في جوهرهما، ذلك أن كلاهما يمثلان وسيلتين لفض النزاعات الناشئة عن العقود التجارية، غير أن ما يميزه اتفاق التحكيم الإلكتروني عنه هو أن ابرامه وإجراءاته تتم عبر وسيلة إلكترونية، والتي تضيف على ذلك صفة إلكترونية.

يمكن القول أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يتميز بالمميزات التالية:

- يهدف اتفاق التحكيم الإلكتروني إلى اخراج النزاع من سلطة القضاء الوطني لأجل عرضه على التحكيم الإلكتروني.

- يتسم بالطابع الدولي بالنظر إلى طبيعة الوسائل الإلكترونية المستعملة لإبرامه.

- يتم ابرامه وتنفيذه دون التواجد المادي لأطرافه، أين يتم تبادل الإيجاب والقبول عبر وسائل اتصال إلكترونية عبر مجلس عقد حكومي افتراضي².

- يتم اثباته عبر المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني.

2- صور اتفاق التحكيم الإلكتروني: يمكن أن يتخذ اتفاق التحكيم الإلكتروني عدة صور مختلفة، ولا يتصور وجوده قبل نشوب النزاع أو ضمن العقد الأصلي، فقد يكون في شكل شرط بالعقد الأصلي

¹ -المادة 1/7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر سنة 1985.

² -بوقريط أحمد، اتفاق التحكيم في منازعات عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق تخصص قانون مدني معمق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018-2019، ص66.

كبنء من بنوءه، أو في شكل اتفاق لاحق بعء قيام النزاع، أو في شكل شرط إحالة يرء في العقء الأصيلي يحيل إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم.

أ- شرط التحكيم الإلكتروني: **La clause compromissoire**: في هذه الصورة يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع، فلا ينتظر أطراف العلاقة القانونية نشوب النزاع بينهما لتحديد الوسيلة التي يعتمدانها لحلها، بل يتخذان القرار بشكل مسبق، فيتفقان على إخضاع النزاع الذي قد ينشأ بينهما مستقبلا بسبب تلك العلاقة إلى التحكيم، ولا يشترط أن يءرج اتفاق التحكيم كبنء في العقء الذي يبرم بين الطرفين، لذلك يتفق عليه الأطراف ابتءاءا وعند إبرامهم للعقء الأصلي مصدر العلاقة القانونية بينهما فيأتي بشكل بند في العقء، كما قد يتفق عليه لاحقاً، فيأتي اتفاق التحكيم مستقلاً عن العقء، العبرة من هذه الصورة من صور اتفاق التحكيم هي أن يتم الإتفاق عليه قبل النزاع¹.

يمكن تصور شرط التحكيم في العالم الإلكتروني، إذ أن الكثير من الشركات التجارية تءرج في عقودها الإلكترونية والتي تبرمها عبر شبكة الأنترنت شرط التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي يحتمل أن تنشأ بمناسبة تنفيذ تلك العقود عن طريق التحكيم الإلكتروني من خلال أحد المواقع التي تعرض خدمات التحكيم الإلكتروني، أما في عقود التجارة الإلكترونية فغالبا ما يءرج شرط التحكيم ضمن الشروط العامة التي تم عرضها وقبولها بإءءى وسائل الإتصال الإلكترونية بتوقيع مؤمن ومحصن إلكترونيا².

يواجه شرط التحكيم الإلكتروني باعتباره شرطا كباقي الشروط التعاقدية الأءرى بعض الصعوبات في المعاملات الإلكترونية تعرقل الإعتراف به، إذ أنه يءرج ضمن شروط أءرى مفروضة من طرف أحد طرفي العقء الإلكتروني على الطرف الأءر الذي لا يكون له سوى قبول كل الشروط أو رفضها ءون أن يكون له الحق في مناقشتها³.

ب- مشاركة التحكيم الإلكتروني: **Le compromis**: يقصد بمشاركة التحكيم ذلك الإتفاق الذي يبرمه طرفا العقء بعء وقوع النزاع الخاص بذلك العقء ويحيلان بموجبه نزاعهما إلى التحكيم⁴، ومثال ذلك أن

¹ - آلاء يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص 218.

² - بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص 70.

³ - مرجع نفسه، ص 70.

⁴ - فاطمة زعزوعة ونجاة زعزوعة، مرجع سابق، ص 140.

يرم الطرفان عقدهما دون أن يتضمن شرط تحكيم لتسوية المنازعات بينهما، وفي مرحلة لاحقة يعرض أحدهما على الآخر تسوية أية منازعات مستقبلية ناشئة عن العقد أو تتعلق به إلى هيئة التحكيم.

فالفرق ما بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم هو أن شرط التحكيم يتم إبرامه قبل حصول أي نزاع، أما مشاركة التحكيم فيتم إبرامها بعد نشوب النزاع أو قيامه بين الأطراف، فالفرق بينهما يكمن في أن الأول متعلق بنزاع سيولد، أما الثاني فيتعلق بنزاع ولد بالفعل، ومن الناحية العملية تبدأ مشاركة التحكيم بحثيات تتعلق بالنزاع وطبيعته¹.

ورغم أن بعض الفقه لا يرى فائدة عملية من التفرقة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، وهو النهج الذي سارت عليه العديد من القوانين والمعاهدات الدولية أبرزها معاهدة نيويورك ومعاهدة جنيف، إلا أن هذه التفرقة موجودة عند بعض قوانين التحكيم خاصة العربية منها، والتي تتطلب في مشاركة التحكيم تحديد طبيعة النزاع الذي وقع فعلا تحت طائلة بطلان الإتفاق، بخلاف شرط التحكيم الذي يتعلق بنزاع مستقبلي، ومن أمثلة ذلك كل من القانون الفلسطيني والمصري².

ج- شرط التحكيم الإلكتروني بالإحالة: Clause Arbitrale par reference:

بموجب هذه الصورة من اتفاق التحكيم يمكن للطرفان المتنازعان في العقد الأصلي أن يحيلوا إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم، وتتم الإحالة إليها كأن تكون هذه الوثيقة عبارة عن عقد نموذجي فيشير الأطراف إلى الإحالة إليه عند إبرامهم للعقد³.

إن الصور الثلاث المقدمة هي الصور التي يمكن أن يتخذها التحكيم التقليدي والتي ورد النص عليها في قوانين التحكيم التي وضعت في الأصل لتنظيم أحكام التحكيم التقليدي، وهي في مجملها تشير إلى عقد أصلي يمثل العلاقة القانونية والتي تربط بين الطرفين، والتي قد تكون سابقة أو معاصرة لإتفاق التحكيم مثلما تشير إلى اتفاق التحكيم إما بكونه بندا في هذا العقد أو عقدا مستقلا قائما بذاته، أو بندا في وثيقة تتم الإحالة إليها في العقد الأصلي، هذه الإشارات كلها تتعلق بوثائق

¹ - خالد إبراهيم ممدوح، مرجع سابق، ص 276.

² - رجاء نظام بني شمس، مرجع سابق، ص 63.

³ - مقال بعنوان: التحكيم الإلكتروني ماهيته وإجراءاته، اطلع عليه يوم: 2020/07/16، على الساعة: 12.28، منشور على الموقع: <http://www.marocdroit.com>

مادية تعرف بدايتها مثلما تعرف نهايتها، فإذا ورد اتفاق التحكيم كبند في العقد الأصلي فإنه سيظهر كذلك بشكل لا يقبل الشك، وإذا اتخذ صيغة اتفاق مستقل فإنه حينها سيكون وثيقة مستقلة عنوانها اتفاق التحكيم ولا خلاف في أنه اتفاق على حل النزاع الذي نشب أو يحتمل نشوبه بشأن العقد المشار إليه في الإتفاق.

أما إذا كان اتفاق التحكيم الكترونياً فإن كل الوثائق المشار إليها فيما سبق ستكون حينها وثائق إلكترونية، وهذه الوثائق ستكون عبارة عن صفحات في وثائق الكترونية على الأنترنت، والتحكيم الإلكتروني كما سبق وأشرنا هو تحكيم يتم ابتداء وانتهاء عبر الأنترنت وكل الوثائق والمستندات الخاصة به بدءاً من اتفاق التحكيم وصولاً إلى حكم التحكيم هي عبار عن وثائق الكترونية ولا يمكن أن تكون إلا كذلك وذلك لكي تستجيب وطبيعة الوسط الذي يجري التحكيم عبره¹.

ثانياً: شروط صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني

إن اتفاق التحكيم يعني اتفاق طرفي النزاع على إحالة ما نشأ أو قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن تنفيذ عقد معين إلى محكم معني للفصل فيه.

وهو اتفاق يدخل في إطار القانون الخاص الهدف منه انشاء إلتزام على عاتق أطرافه، وذلك بإحالة النزاع إلى التحكيم والتنازل عن اللجوء للقضاء، فهو تصرف عقدي ويعد عملاً قضائياً يقوم فيه المحكم بوظيفة القاضي الوطني، وما يميز التحكيم الإلكتروني هو ابرامه عبر وسيلة الكترونية وبذلك يعد عملاً الكترونياً يلزم توفره على أركان وشروط الإنعقاد، فمناطق اختصاص القضاء هو صحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم، فإن صح اتفاق التحكيم فإن القضاء يرفع يده عن البت ويعود الإختصاص لهيئة التحكيم، أما إن اختلف فيسترد قضاء الدولة اختصاصه الأصلي بالنظر في المنازعات المثارة بين الأفراد بدل هيئة التحكيم.

¹-آلاء يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص219.

1- الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم الإلكتروني:

تتطلب صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني عقداً كان أو شرطاً أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لصحة أي عقد بصفة عامة، والتي تحددها النظرية العامة للعقود ويتعلق الأمر بأركان قيام العقد، وهي: التراضي والأهلية والمحل والسبب، والتي سنعمل على دراستها تباعاً:

أ- التراضي في اتفاق التحكيم الإلكتروني: لا ينعقد اتفاق التحكيم إلا بتوافر الرضا لدى كل من الطرفين وهذا يقتضي أن يكون هناك إيجاب صادر من أحد الطرفين يصادف قبولاً من الطرف الآخر فينشأ في هذه الحالة اتفاق التحكيم.

ولا يثير عنصراً الرضا وهما الإيجاب والقبول صعوبة تذكر مادام انتهى الطرفان إلى وثيقة مكتوبة تسجل ما اتفقا عليه، سواء كانت واردة في صلب العقد أو واردة في وثيقة مستقلة عنه¹.

لكن الصعوبة تثور في حالة إذا ما اقتصر الأمر على المراسلات المتبادلة بين الطرفين كالرسائل والبرقيات، إذ في هذه الحالة يكون ما رضى به كل طرف ثابتاً في الوثائق الصادرة عنه هو، دون أن يكون هناك وثيقة واحدة جامعة لفحوى ما تم التوصل إليه بين الطرفين وحتى ينعقد اتفاق التحكيم، فإن العرض الذي قدمه أحد الطرفين لا بد أن يصادف قبولاً من الطرف الآخر.

فلما كان اتفاق التحكيم الإلكتروني يتم عبر الوسائط الإلكترونية، فإن تطابق إرادتي طرفي الاتفاق لإختيار التحكيم الإلكتروني طريقاً لحل المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية فلا بد أن تتم بذات الطريقة الإلكترونية، مع النقاء الإيجاب مع قبول مطابق له، للجوء إلى التحكيم كوسيلة لحسم النزاع سواء كان حالاً أن محتملاً².

الملاحظ على أنه لا يختلف الإيجاب والقبول الإلكتروني عن الإيجاب والقبول التقليدي إلا في الخصوصية التي يتمتع بها الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني، ومن ثم وجب التطرق إلى كل من الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني.

¹- عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 88.

²- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 58.

*الإيجاب الإلكتروني: يعرف الإيجاب عموماً على أنه "تعبير نهائي جازم، قاطع الدلالة على اتجاه إرادة من صدر منه قبول التعاقد وفقاً لشروط معينة"، فيعتبر الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود فالإتمام عقد معين يلزم أن يبدأ أحد الأطراف بعرضه على الطرف الآخر.

لا يوجد تعريف خاص للإيجاب الإلكتروني يختلف في مضمونه عن تعريف الإيجاب التقليدي، إلا في الوسيلة المستخدمة للتعبير عنه، أين يتم بوسائط إلكترونية، ذلك أنه يتم التعبير عن الإيجاب بأية وسيلة تروق الموجب ولا تثير شكاً في دلالتها على التراضي ولو بصيغة رقمية.

إن الإيجاب الذي يتم التعبير عنه بطريقة الكترونية يكون ملزماً لصاحبه، فإذا اقترن به قبول انعقد العقد، وإن إبرامه بطريقة الكترونية ليست حجة للتوصل منه¹.

يمكن للموجب في الإيجاب الإلكتروني كما في الإيجاب التقليدي الرجوع عن إيجابه، ويكون ذلك بسحبه من موقع عرضه على شبكة الأنترنت، بشرط أن يعلن عن رغبته في الرجوع عن الإيجاب فيعدم بذلك أثره القانوني، إلا إذا كان الإيجاب مقترناً بأجل للقبول، ففي هذه الحالة يكون ملزماً، غير أن العدول لا يكون له أي أثر قانوني إلا إذا علم به الموجب له، ويقع عبء الإثبات على الموجب².

أما عن الإيجاب المقصود في اتفاق التحكيم الإلكتروني فهو ذلك العرض الذي تتحد فيه العناصر الجوهرية لاتفاق التحكيم الإلكتروني، والذي يكون باتاً في دلالته على إرادة التعاقد من صاحبه، والمتمثلة في تخية سلطة الفصل في النزاع القائم بشأن عقود التجارة الإلكترونية من ولاية القضاء وإسناد مهمة الفصل فيه إلى هيئة تحكيم إلكترونية، مع تحديد هذا النزاع.

*القبول الإلكتروني: وجود الرضا لا يتعلق بالإيجاب فقط في العقد كي ينشأ بل يجب أن يلقى العرض قبولاً ممن وجه إليه، ولهذا يعرف القبول بأنه: "التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بارتضائه العرض الذي تقدم به الموجب"³، فيشترط في القبول أن يتطابق كلياً مع الإيجاب وإلا فإن العقد لا ينعقد، وأيضاً يشترط في القبول أن يكون صريحاً لأنه وبحسب الأصل العام فإن

¹ -بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص 121.

² -Lionel Bocharbepg , internet et commerce electronique, Delmas, 1999, p114.

³ -محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني(النظرية العامة للإلتزامات)، دار الهدى للطباعة والنشر، ب ط، الجزائر، 2012، ص 109.

سكوت من وجه إليه لا يعد قبولاً، ولذلك فإن من يتسلم رسالة إلكترونية فإن الموجب سيعتبر المتسلم قابلاً لمضمونها خلال فترة زمنية وأنه قابل لما ورد فيها، أما إذا لم يرد عليها المتسلم بالرفض فمثل هذا القول لا يترك أي أثر قانوني، وبعبارة أخرى إذا أرسل المتسلم إلى الموجب ما يفيد قبوله صراحة فإن لهذا القبول أثره القانوني في إبرام العقد.

غير أن الحقيقة التي تدق باب القبول الإلكتروني أن يكون صريحاً، فيصعب مع هذا النوع من القبول أن يتم ضمناً فهو يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آتياً وهذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد لأن التعبير عن القبول على شبكة الأنترنت غالباً ما يتم عن طريق ضغط الزائر على أيقونة تفيد القبول. وعلى هذا الأساس نطرح التساؤل التالي: هل أن الضغط على أيقونة القبول يدل بشكل بات على توجه إرادة من وجه إليه العرض على القبول؟

للإجابة نقول بأنه ليس الضغط على أيقونة تفيد القبول لا يعتد به دوماً باعتباره تعبيراً عن الإرادة ما لم ينقيد بمجموعة من القيود وهي:

-القيود الأولى: أن يكون زائر الموقع قد ضغط على زر القبول بعد أن مكته الموجب من الإطلاع على شروط العقد كافة ومنها شرط التحكيم، ولا يتحقق هذا الأمر إلا بعد أن يقوم الموجب بفتح صفحة خاصة على موقع الويب مبيناً شروط العقد، وأن يربط بشكل واضح بين أيقونة القبول وشروط التعاقد¹.

-القيود الثانية: لا يبدأ تنفيذ العقد قبل الضغط على أيقونة القبول وخاصة فيما يتعلق بالسلع والخدمات الرقمية كبرامج الحاسب والكتب الإلكترونية أو المقطوعات الموسيقية والتي يبيعها عبر الأنترنت، إذ يمكن أن يتم تنفيذ العقد وتسليم هذه السلع الرقمية المبيعة عن طريق تحميلها وإنزالها على جهاز الحاسب الإلكتروني العائد للمشتري، ومن ثم فإذا كان بالإمكان تنفيذ العقد كلياً أو جزئياً قبل الضغط على أيقونة القبول فلا ينعقد بالضغط عليها ولا يعد قبولاً لشروط العقد أو شرط التحكيم².

¹ - صفاء اسماعيل وسمي، مقال بعنوان: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، اطلع عليه يوم 2020/9/11، على الساعة 18:44، منشور على الموقع: <http://abu.edu.iq>، ص 419.

² - مرجع نفسه، ص، 420.

-القيد الثالث: توفير ما من شأنه تثبيت عملية القبول لتفادي مشكلة الضغط على الأيقونة سهواً أو من قبل شخص آخر، ويتم تفادي هذه المشكلة من خلال التركيز على وجوب استخدام وثيقة الأمر بالشراء أو ارسال وثيقة إلى المشتري ويرسلها بعد ذلك موقعة منه أو عن طريق استدراج المشتري قبل عملية النقر إلى الإجابة على عدة أسئلة تجعله أكثر إحاطة ومعرفة بالسلع موضوع العرض أو أن يلزم الزائر بالضغط مرتين على أيقونة القبول حتى يتم تأكيد قبوله.

ب-المحل في اتفاق التحكيم الإلكتروني: لقد نصت القواعد العامة للقانون بأنه يجب أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه، ويشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد، وباعتبار اتفاق التحكيم الإلكتروني عقد فإنه لا يخرج عن نطاق هذه القواعد، فالمحل الذي يضاف إلى اتفاق التحكيم ينبغي أن يتوافر فيه شرط القابلية لحكم العقد أي أن يكون هذا النزاع قابلاً للتحكيم، وللمتعاقدين في مجال التجارة الإلكترونية الحرية في تحديد المسائل التي تخضع للتحكيم، ولكن توجب بعض التشريعات التي تنص على عدم قابلية اتفاق الأطراف للتحكيم وبهذا تفرض قيوداً على حرية الأطراف في إخضاع النزاع للتحكيم.

كما وقد نصت بعض التشريعات مثل التشريعات الخاصة بحماية المستهلك والمحاكمات الجنائية بأنه لا يمكن للأطراف تقديم المحاكمة الجنائية أمام محكمين، ولكن يمكن إجراء التحكيم على الآثار المالية المترتبة على الجريمة، مثل إجراء تحكيم للمجني عليه بتقدير التعويض الذي يستحقه¹.

أما بخصوص التحكيم الإلكتروني غالباً ما يتعلق محله بعقود التجارة الدولية ولا سيما الإلكترونية، ومن الملاحظ تمتع المتعاقدين في هاته العقود بالحرية في تحديد المسائل التي يخضعونها للتحكيم².

ولعل أكثر القود تأثيراً في قابلية النزاع للتحكيم الإلكتروني هي تلك التي أنت بها التشريعات الخاصة بحماية المستهلك، إذ تمنع هاته النصوص الإتفاق الذي يبرم بين التاجر والمستهلك ويكون مضمونه تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهما أو النزاع الذي يثار بشأنه، ومثل هذا المنع مرده

¹-عبد الله سعيد عبد الله بن رشيد الكتبي، التنظيم القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني في دولة الإمارات العربية المتحدة، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الإمارات العربية المتحدة، نوفمبر 2018، ص20.

²-أحمد السيد البهي الشوبري، مرجع سابق، ص833.

رغبة المشرع في إحاطة المستهلك بالحماية، فالمستهلك لما يتعاقد مع التاجر المحترف يكون في مركز يتسم فيه بالضعف عند موازنته بمركز التاجر المحترف، لأن المستهلك شخص يتعاقد على سلعة أو خدمة لأشباع حاجاته الشخصية أو حاجات من يعولهم ولا تتعلق تلك السلعة أو الخدمة بمهنته أو حرفته.

غير أن القول بعدم جواز الإتفاق على التحكيم الإلكتروني عندما يكون أحد الطرفين مستهلكا لا يحقق دائما مصلحة المستهلك، ذلك أن لجوؤه إلى التحكيم أكثر تحقيقا لمصلحته، فالمستهلك قد يبرم العقد الإلكتروني مع شخص قد لا يكون موجودا بالضرورة في الدولة ذاتها التي يوجد فيها المستهلك، فإذا أثير نزاع بينهما ولم يكن أما المستهلك إلا إقامة الدعوى أمام المحاكم الوطنية¹، فإن هذا قد يتطلب منه مصاريف قضائية مرتفعة نسبيا، بالنظر لوجود التاجر المدعى عليه في بلد آخر، كما يتطلب الأمر إجراءات كثيرة ومعقدة لتبليغه، كما وقد تكون المنازعة وهذا هو الحال في غالب العقود التي يبرمها المستهلك قليلة القيمة، وفي مثل هذا الفرض قد يفضل المستهلك عدم إقامة الدعوى على التاجر وترك حقه تفاديا للمصاريف المرتفعة والإجراءات الطويلة، وهذا ما يعني ضياع حقه بدلا من حمايته.

ج-السبب في اتفاق التحكيم الإلكتروني: يعرف السبب وفقا للنظرية التقليدية للعقد بأنه: "الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه"، ويعتبر السبب عنصرا في الإلتزام العقدي²، وإذا كان السبب وفقا للنظرية التقليدية هو الغرض المباشر الذي دفع المتعاقد إلى ارتضاء الإلتزام، فإنه وفقا للنظرية الحديثة للسبب يتعين البحث عن الباعث إلى التعاقد، فكلما كان متصلا بالمتعاقد الآخر، بمعنى أنه كان عالما به أو على الأقل يستطيع أن يعلم به³.

يعتبر السبب أحد العناصر المهمة لعقد اتفاق التحكيم، فالسبب يحتمل معنيين الأول وهو أن السبب يعني التزام كل طرف بإجراء التحكيم تجاه الآخر، أما الثاني بأن السبب في اتفاق التحكيم يشمل الغرض الشخصي والغاية الشخصية المباشرة وحتى الغير مباشرة من الإلتزام أو الإتفاق الملزم للأطراف، ويقصد بذلك الغاية التي دفعت أحد الطرفين لتوقيع اتفاق التحكيم، وعلى سبيل المثال قد

¹-آلاء يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص226.

²-بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص157.

³-محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص227.

يرم شخص ما اتفاق التحكيم رغبة منه في اجتناب إجراءات القضاء الصارمة أو تجنب الخضوع لمحاكم الطرف الآخر، وقد يبرم الشخص اتفاق التحكيم رغبة منه في سرعة حل النزاع مقارنة بالقضاء الذي يحتاج لمدة أطول لحل النزاع¹.

كما أن السبب في اتفاق التحكيم الإلكتروني وفقا للنظرية الحديثة فيكون وفق ما يبتغيه الطرفان من التحكيم الإلكتروني مثل السرعة والتقليل من النفقات أو المحافظة على السمعة التجارية والعلاقات الإقتصادية، فسبب اتفاق التحكيم الإلكتروني هو اللجوء إلى التحكيم كعدالة خاصة، لما فيها من مميزات، وإخراج للنزاع من سلطة القضاء الوطني.

2- الشروط الشكلية لانعقاد اتفاق التحكيم الإلكتروني

تتطلب أغلب القوانين المنظمة لأحكام التحكيم شكلية معينة في اتفاق التحكيم والتي تتمثل باشتراط أن يكون هذا الإتفاق مكتوبا، إلا أن هذه القوانين غير متفقة حول الدور الذي تلعبه هذه الشكلية في اتفاق التحكيم بين ما تعتبره شرطا لانعقاد التحكيم ذاته، وبين من تعتبره لازمة لإثبات هذا الإتفاق.

أ-مدى قانونية الكتابة الالكترونية لاتفاق التحكيم: إن الخصوصية التي يمتاز بها العالم الافتراضي جعلت المراسلات تتم عبر وسائل تقنية عديدة مثل البريد الإلكتروني والإتصال مباشرة على واجهة الموقع على شبكة الويب، أو الإتصال الصوتي عبر موقع الإنترنت، أو الإتصالات المرئية أو غيرها وبالتالي فإن الرسالة المرسله عبر هذه الوسائل تكون بمثابة وثائق إلكترونية موجودة داخل نظام الكمبيوتر المرسل إلى كمبيوتر المرسل إليه².

لقد استقر العمل عرفا وقانونا على تدوين السندات الرسمية والعادية على الأوراق وبالحروف الخاصة وبأي لغة يرتضيها أطراف التعاقد، ولكن اللجوء إلى تدوين السندات على وسائل إلكترونية هو الذي يثير الشك حول مدى صلاحية المحرر الكتابي الذي يتم بهذه الوسائط والذي يسمى بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، وهذا الشك يزول عندما نعلم أن جانب من الفقه لا يشترط في الكتابة أي شرط خاص، لا من حيث اللغة أو الطريقة التي تمت بها، فالكتابة التي تتم بواسطة الأنترنت تصلح

¹-عبد الله سعيد عبد الله بن رشيد الكتبي، مرجع سابق، ص21.

²-بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص157.

لأن تكون بعد توقيعها دليلاً للإثبات، ولكن مساواة الكتابة الإلكترونية بالكتابة التقليدية كدليل للإثبات تستلزم توفير ضمانات معينة في هذه الوسيلة الجديدة من وسائل الإثبات¹، ذلك أن الكتابة التقليدية تعد في طبيعة طرق الإثبات كونها تمثل أعلى درجات الأمان والسلامة القانونية، مع إمكانية وضع توقيع على السند المادي وهو بذلك يكون وسيلة مهمة في تحديد شخصية الموقع والتعبير عن إرادته ومن ثم الإلتزام بمضمون السند الذي وقع عليه.

والآن ومع التطور الحاصل في ميدان الكتابة الإلكترونية أصبح من الممكن توفير الأمان القانوني في المعاملات الإلكترونية التي تعقد عن بعد ويكون ذلك من خلال تدخل شخص ثالث يكون محل ثقة ويتفق عليه الطرفان، ويقوم بالتأكد من صحة توقيع كل منهما أو نسبه إليهما وأيضاً التأكد من شخصية الطرف المرسل للرسالة ومن وصول الرسالة ومضمونها إلى المرسل إليه وقد يتطلب هذا الأمر الزام المتعاقدين وتزويد الشخص الثالث بشهادات تثبت ذلك².

***تعريف الكتابة الإلكترونية باعتبارها شرطاً شكلياً لاتفاق التحكيم:** إن التطور التكنولوجي في وسائل الإتصال كالفاكس والتلكس، والمصغرات الفيديوية ومخرجات الكمبيوتر والشرائط الممغنطة، قد أدى إلى ضرورة تبني مفهوم واسع للكتابة، وذلك حتى يمكنها استيعاب ذلك التطور الحاصل في هذا المجال، كما أنه لا يوجد ما يمنع أن تكون الكتابة محررة على دعامة إلكترونية طالما أنها تحقق نفس الهدف، بشرط أن يتم حفظ البيانات المتداولة إلكترونياً حتى يمكن الرجوع لها عند الحاجة³.

يعتبر التشريع الفرنسي من التشريعات السبّاقة لتبني الشكل الجديد للكتابة، وعرف الكتابة الإلكترونية من خلال نص المادة 1316 من القانون رقم: 230/2000 الصادر بتاريخ 13 مارس 2000 المعدل للقانون المدني الفرنسي، بنصها: "الإثبات الخطي أو الإثبات بالكتابة ينتج من كل تدوين

¹ -صفاء إسماعيل وسمي، مرجع سابق، ص 423.

² -وتسمى هذه الشهادات بشهادات المصادقة الإلكترونية وهي الشهادة التي تصدرها سلطات التصديق المرخص لها من قبل الجهات المسؤولة في الدولة بممارسة نشاطها لتشهد بموجبها بأن التوقيع الإلكتروني هو توقيع صحيح وينسب إلى من صدر عنه ويستوفي الشروط والمعايير المطلوبة فيه باعتباره دليل إثبات يعول عليه. انظر صفاء إسماعيل وسمي، المرجع السابق، ص 423.

³ -خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 294.

للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي إشارة ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة، أيا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره¹.

من هنا يتضح بأن المشرع الفرنسي قد اعتمد على فكرة التوسع في تحديد مدلول الإثبات عن طريق الكتابة ليشمل كل أنواعها، والمتمثلة في الكتابة على الدعامة التقليدية والكتابة على الدعامة الإلكترونية، وبهذا يعتبر القانون الفرنسي من القوانين التي كانت واضحة بشأن فكرة تطويع قواعد قانون الإثبات.

أما عن المشرع الجزائري فلم يذكر أي تعريف للكتابة، كما لم يهتم بتحديد دعامة الكتابة، أين نصت المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري² على أنه: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري يعتد في مفهوم الكتابة بأية وسيلة من وسائل نقلها، بشرط أن تكون هاته الكتابة مفهومة، فلو كان تتابع العلامات أو الرموز في الشكل الإلكتروني مشفرا فلا يمكن حينها إدراك معانيته من قبل الإنسان بل من قبل الحاسوب فقط³.

*الشروط الواجب توفرها في الكتابة الإلكترونية: اعترفت التشريعات القانونية بحجية الكتابة الإلكترونية تماشيا مع الموقف الدولي في هذه المسألة، وخاصة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي من خلال ما تضمنه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية من أحكام في هذا الشأن.

-إمكانية قراءة الكتابة الإلكترونية LISIBLE: يشترط في الكتابة لكي تعتبر دليلا في الإثبات أن تكون مقروءة بحيث تدل على مضمون التصرف القانوني، كما يشترط فيها أن تكون واضحة ويمكن فهمها وإدراك محتواها.

¹ - بلغانم سميحة، دور التوثيق الإلكتروني في تحقيق فعالية التحكيم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص قانون أعمال، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2017/09/14، ص39.

² - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

³ - بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص85.

لقراءة البيانات الإلكترونية، لا بد من ادخال المعلومات إلى الحاسوب الذي يترجمها إلى اللغة المعروفة، وكما أن القلم وسيلة للكتابة الخطية، فإن الحاسوب وسيلة لقراءة الكتابة الإلكترونية، وبالتالي البيانات والمحركات الإلكترونية تكون موجودة، ويكون لها حجية قانونية في الإثبات¹.

-استمرارية الكتابة الإلكترونية ودوامها **DURABILITE** : ويعني ذلك أن يتم تدوين الكتابة على دليل يضمن ثباتها بشكل مستمر، حتى تحفظها لفترة طويلة من الزمن بحيث يمكن الرجوع لها عند الحاجة، ذلك لأن الدور الذي تلعبه الكتابة هو إثبات وجود التصرف القانوني، وهو ما أكدته المادة 1/1/10 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996.

غير أنه قد لا تتوافر خاصية استمرارية الكتابة في السندات الإلكترونية المستخدمة في التعاقد عبر الأنترنت، بسبب التكوين المادي والكيميائي للشرائح المغنطة وأقراص التسجيل التي تتصف بدرجة عالية من الحساسية تؤدي إلى تلفها إذا تغيرت قوة التيار الكهربائي، أو تغيرت درجة تخزين هذه الوسائط، وهو ما يفقدها القدرة على الإحتفاظ بتلك المعلومات المكتوبة إلكترونياً واستمرارها².

وعليه فإن افتقاد الكتابة الإلكترونية لميزة الإستمرارية قد يشكل أكبر عائق أمام الإعتراف بقدرتها على تحقيق حجية الكتابة التقليدية ذاتها، الإشكال نفسه بالنسبة لإثبات وجود الحكم التحكيمي الإلكتروني، الأمر الذي تطلب وجود وسائل تقنية تمكن من حفظ الكتابة الإلكترونية لفترة طويلة، وبهذه الطريقة فقط يمكن القول أن الكتابة الإلكترونية تتمتع بخاصية الإستمرارية³.

-**شرط الثبات أو عدم قابلية الكتابة للتعديل IRREVERSIBILITE**: يقصد به حفظ المستند الكتابي دون أدنى تعديل أو تغيير من حذف، محو أو حشو، ليتسنى بعد ذلك الإعتماد بالمحرر المكتوب، إذ أن قدرة المحرر في الإثبات تتقرر بمدى سلامته من أي عيب قد يؤثر في شكله الخارجي؛ وهو المعنى الذي أخذت به المادة (1/10/ب) من قانون اليونسترال النموذجي بنصها على: "الإحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أن يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت"، وهو شرط نجد غالبية التشريعات قد

¹ - عبد الحق كوريتي، إثبات اتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة الشؤون القانونية والقضائية، العدد الثاني، 2017، ص 99.

² - يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، 2007، ص 73.

³ - بلغانم سميحة، مرجع سابق، ص 51.

اشتراطه بحيث أوجبت حفظ المحرر من أي تعديل أو عمل قد ينقص من قيمته القانونية كدليل في الإثبات، وهو ما نص عليه أيضا المشرع الجزائري في العبارة الأخيرة من المادة 323 مكرر 1 بالنص: "...في ظروف تضمن سلامتها".

مع توفر الشروط المتطلبة في الكتابة في صورتها التقليدية من إمكانية القراءة والإستمرارية والثبات وإمكانية الرجوع إليها عند الإقتضاء، وعدم قابليتها للتعديل إلا بترك أثر واضح يدل على ذلك التعديل والتي يمكن تحققها كلها في الكتابة مجال الإثبات¹.

ومما لا شك فيه أن اختلاف التشريعات الوطنية في مسألة مدة تحقق شرط الكتابة في الرسائل الإلكترونية من شأنه أن يثير الكثير من الصعوبات في حال تنفيذ أحكام التحكيم الإلكترونية في بلد لا يأخذ بالتفسير الموسع لشرط الكتابة، الأمر الذي دفع المنظمات الدولية إلى محاولة اصدار الإتفاقيات التي تأخذ بالتفسير الموسع للكتابة ومنها مشروع تطوير قانون التحكيم التجاري الدولي المعد من قبل لجنة الأونسترال بالأمم المتحدة والذي نص على أنه: (يتعين أن يكون اتفاق التحكيم كتابيا وتشمل الكتابة أي شكل يوفر سجلا ملموسا للإتفاق أو أن يكون في المتناول على نحو آخر بصفته رسالة بيانات بحيث يمكن استعماله في اشارة لاحقة، وهو ما يدل على أن اتفاقيات التحكيم يمكن أن تبرم بوسيلة أخرى ليس لها شكل المستندات الورقية كالإتصالات الإلكترونية)².

*الأساس القانوني لاستفاء اتفاق التحكيم الإلكتروني الشروط الشكلية: إن تطور مفهوم الكتابة من المفهوم التقليدي المتمثل في الرموز المرئية على سند ورقي إلى المفهوم الحديث والذي وسع من المفهوم السابق ليشمل أي رموز تكون مرئية عند قراءتها أيا كانت الدعامة المثبتة لها، يجعلنا نتساءل عن عما إذا كانت البيانات المرسلة عبر (الفاكس) و(التلكس) تعد مستوفية لشرط الكتابة الذي يستلزمه إبرام بعض العقود أو إثباتها كما الحال في اتفاق التحكيم؟ وقد حسمت الإتفاقيات الدولية هذا الأمر حيث ورد النص في المادة 2/2 من اتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المبرمة عام 1958 على أنه: "يقصد بالإتفاق المكتوب شرط التحكيم في عقد أو في اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الإتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات"، كما نصت المادة 2/7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر في 21 يونيو 1985 على أنه: "ينبغي

¹-بلاسام حامدي، مرجع سابق، ص186.

²-علي ملحم، مرجع سابق، ص149.

أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ويعتبر الإتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل الرسائل أو التلكسات أو البرقيات أو غيرها من وسائل الإتصال السلكي واللاسلكي لتكون بمثابة سجل للإتفاق".

هذا ولم يكن القضاء بعيدا عن ذلك، فقد تبنت المحاكم بدورها التوسع في مفهوم الإتفاق المكتوب ليشمل تلك البيانات التي يتم تبادلها عبر البرقيات أو (الفلكس)، وعدتها أصلا لوثائق كتابية لا مجرد صور عنها، من ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية عام 1997 في قضية تتلخص وقائعها في أن مدينا قبل حوالة حق وأرسل قبوله بواسطة رسالة (فلكس)، حيث أنه يجوز لقاضي الموضوع أن يعتبر رسالة (الفلكس) دليلا كتابيا على القبول¹، لأنها ليست مجرد صورة بل نسخة أخرى من أصل الرسالة، إذ أن جهاز (الفلكس) المتلقي يتلقى الرسالة كما هي في صورة ذبذبات على أجزائه الداخلية فتكون نسخة أصلية من المحرر بكتابة إلكترونية ثم يخرجها مرة أخرى على ورق.

أما بخصوص البريد الإلكتروني فقد انتهى الفقه إلى أنه يمكن أن يكون نظير لوسائل الإتصال الأخرى في تحقيقه لمفهوم الوثيقة المكتوبة وشموله بحكمها على الرغم من عدم النص عليه في اتفاقية نيويورك، فهو يشترك في خصائصه الجوهرية مع وسائل الإتصال الأخرى التي ورد النص عليها في الإتفاقية ولاسيما البرقيات، ففي كل منهما تستعمل تقنية معينة يجري من خلالها تحويل الرسالة إلى شكل الكتروني ليتم بعد ذلك إرسالها عبر شبكة اتصال ومن ثم تحولها مرة أخرى إلى شكل مرئي للإنسان، وكما يمكن أن يستخدم البريد الإلكتروني لإبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني فإن بالإمكان أن يبرم هذا الإتفاق عبر المواقع الإلكترونية، ويتم ذلك عبر تضمين الموقع نموذجا لعقد معين يتضمن فقرة تحكيم، وكل من يريد إبرام هذا العقد أن يقوم بالضغط على أيقونة معينة تتضمن رضاه بإبرام العقد مثل "أقبل"².

ب- التوقيع كشرط شكلي لاتفاق التحكيم الإلكتروني: يحتل التوقيع مكانة متميزة فيما يتعلق بالإعتراف بحجية المستند الورقي العادي في الإثبات، فهو يؤدي وظائف أهمها دلالته على هوية صاحبه نظرا لكون التوقيع هو رمز أو حركة خطية تختلف من شخص إلى آخر، بالإضافة إلى أن التوقيع يعبر عن إرادة صاحبه المتجهة إلى إقرار التصرف القانوني، والتوقيع لم يكن متصورا -نسبيا- في السابق

¹ - آلاء يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص 232.

² - مرجع نفسه، ص 232.

إلا على دعامة ورقية، إلا أنه وبفعل تنامي الإتجاه نحو إبرام العقود إلكترونياً، فقد أصبح بالإمكان الحديث عن التوقيع الإلكتروني. وسنقوم بعرض تعريف التوقيع الإلكتروني وأنواعه تالياً.

*المقصود بالتوقيع الإلكتروني: عرفت المادة (2/أ) من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 التوقيع الإلكتروني بأنه: "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً ويجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات وبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

الملاحظ على هذا التعريف أنه قد جاء مطاطياً حيث ترك هامشاً واسعاً بخصوص نوع الطريقة المستخدمة في التوقيع، ولم يحددها بنوع محدد بهدف إمكانية استيعاب طرق مستحدثة¹.

كما وقد فرقت توجيهات الإتحاد الأوروبي بين التوقيع الإلكتروني العادي والتوقيع الإلكتروني المعزز، حيث عرفت الأول على أنه: "معلومات على شكل إلكتروني متعلقة بمعلومات إلكترونية أخرى مرتبطة بها ارتباطاً وثيقاً ويستخدم أداة للتوثيق"، بينما وضعت شروطاً للأخير على النحو التالي:

- أن يرتبط ارتباطاً فريداً مع صاحب التوقيع²؛
- أن يكون قادراً على تحديد صاحب التوقيع والتعرف عليه؛
- أن يتم إيجاده باستخدام وسائل تضمن السرية التامة؛
- أن يكون مرتبطاً مع صاحب المعلومات المحتواة في الرسالة حيث أنه يكتشف أي تغيير في المعلومات.

ثالثاً: آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني

متى توافر في اتفاق التحكيم شروطه الموضوعية والشكلية اللازمة لاعتباره صحيحاً قانوناً فإنه يترتب عليه عدة آثار قانونية وهي:

¹- عبد الحق كوريتي، مرجع سابق، ص 106.

²- بيان إسحاق القواسمي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، قدمت هذه الدراسة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، جامعة بيرزيت-فلسطين، 2007، ص 39.

1- الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم الإلكتروني:

يتمثل في التزام كل طرف من أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني باللجوء للتحكيم لتسوية منازعاتهم التي نشأت أو سوف تنشأ بينهم على هيئة التحكيم التي قاموا باختيارها بعيدا عن ساحة القضاء العادي، وبالتالي يتضح أنه إذا كان لجوء أطراف اتفاق التحكيم إلى هيئة التحكيم للفصل فيما بينهم من منازعات حقا لهم، فإنه يمثل أيضا في ذات الوقت التزاما على عاتقهم، يجب عليهم عدم الإخلال به. فبالنسبة للحق فهو حق كل طرف في اللجوء إلى الهيئات التحكيمية الإلكترونية لحسم المنازعات القائمة بينهم، أما بالنسبة للالتزام فإنه يظهر في التزام الأطراف باللجوء إلى هذه الهيئات التحكيمية الإلكترونية لحسم تلك المنازعات وعدم تنصل أي منهم من ذلك¹.

2- الأثر السلبي لاتفاق التحكيم الإلكتروني:

هو التزام أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني بعدم اللجوء إلى القضاء لحسم المنازعات موضوع هذا الاتفاق، فيستطيع طرف الاتفاق في حالة عرض الطرف الآخر النزاع على قضاء الدولة لعله أن يثير وجود اتفاق التحكيم، ومن ثم يجب على هذه المحكمة عدم الإستمرار فيه لأنه ليس من اختصاصها وإنما من اختصاص هيئة التحكيم المتفق عليها². وفي هذا الشأن نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 08 فقرة 01 على أنه: " على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع ما لم يتضح أن الاتفاق باطل أولا وعديم الأثر ولا يمكن تنفيذه".

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم الإلكتروني

تتجسد إجراءات التحكيم في مجموعة من الأعمال الإجرائية المتتابعة التي تستهدف الحصول على حكم من هيئة التحكيم، وفي جميع الأحوال فإن دعوى التحكيم لا بد أن تتم وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف ابتداء من رفع طلب التحكيم مع مراعاة التبليغ الصحيح للأطراف المعنية، ومنح كل طرف

¹ بيان إسحاق القواسمي، مرجع سابق، ص39.

² رواجي أمينة، التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مذكرة لإتمام متطلبات نيل شهادة الماجستير تخصص القانون الدولي والعلاقات السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم: 2016-2017، ص116.

الحق في تقديم طلباته ودفعه وفق القانون المختار مجسدين في ذلك مبدأي الوجاهة أثناء جلسات التحكيم والمعاملة بالمثل¹.

كما يتم في التحكيم الإلكتروني إتباع إجراءات التحكيم العادية مضافا إليها باتفاق الأطراف القواعد الإضافية الخاصة بالتحكيم الإلكتروني، ويجوز للأطراف تحديد إجراءات التحكيم الإلكتروني التي يريدون تطبيقها ضمن بنود إتفاق التحكيم، ومن أبرز هذه الإجراءات كيفية التواصل بين المتخاصمين والمحكمين عن بعد عبر شبكة الأنترنت، بالإضافة إلى كيفية تقديم المستندات إلكترونيا، وأيضا أهمية الحفاظ على سرية المعلومات التجارية والصناعية موضوع النزاع التي تهم الأطراف، إذ كان هناك خلاف بين أطراف إتفاق التحكيم الإلكتروني، فإنه قبل اللجوء إلى مركز التحكيم يتعين إتخاذ مجموعة من الإجراءات لعرض النزاع على مركز التحكيم، يمكننا إيجاز هاته الإجراءات فيما يلي:

-التقدم لمركز التحكيم المعين عن طريق كتابة النموذج الموضوع على موقع الأنترنت والمعد سلفا من قبل المركز أو الجهة المعنية بالتحكيم، مع تبيين طبيعة الخلاف الناجم عنه النزاع وما قد يقترح من حلول مناسبة، إذ يجب تعيين موضوع النزاع في وثيقة التحكيم حتى تتحدد ولاية المحكمين.

-تحديد كل طرف أسماء ممثليه في نظر النزاع ووسيلة الإتصال بهم وتحديد عدد المحكمين وإختيار طريقة الإجراءات التي يرغب في إتباعها خلال نظر النزاع وكذلك تحديد مدة التحكيم.

-تقديم الوثائق والمستندات والأدلة المدعمة لحق كل طرف مع إرفاق نسخة من إتفاق التحكيم، ويقوم المركز بالإتصال بالأطراف بواسطة البريد الإلكتروني لمتابعة الإجراءات وفق فترات زمنية معينة، مع أداء الرسوم الإدارية المحددة.

-يتم تحديد موعد الجلسة من قبل مركز التحكيم كي يتقدم كل طرف بتقديم أدلته وبياناته، ومن ثم تبدأ عملية التحكيم التي تنتهي بإصدار الحكم وقيده على الموقع الإلكتروني الخاص بالقضية، وتتم

1- بوديسة كريم، مرجع سابق، ص107.

إجراءات التحكيم بطريقة إلكترونية على الموقع الإلكتروني لمركز التحكيم، وفيه تخزن البيانات والمستندات والوثائق المتعلقة بالقضية¹.

أولاً: دعوى التحكيم الإلكتروني

تكون بداية إجراءات التحكيم الإلكتروني برفع دعوى التحكيم الإلكتروني، وهذه الدعوى يرفعها الأطراف عندما يكون بينهما خلاف ويكونا قد أبرما اتفاقية التحكيم، ويلجئون إلى دعوى التحكيم الإلكتروني للفصل في النزاع أو الخلاف الناشئ بينهما والتي تتم عبر الأنترنت، وتبدأ هذه الدعوى باتباع مجموعة من الإجراءات إلى غاية صدور حكم التحكيم².

1- سير إجراءات التحكيم الإلكتروني: يتم عرض النزاع على التحكيم الإلكتروني بتقديم طلب التحكيم (أ) والإخطار بطلب التحكيم (ب) وخصوصيات جلسات التحكيم (ج)، مع مراعاة السرية أثناء الجلسات (د)، وهو ما سنتعرض له تباعاً³.

أ- تقديم طلب التحكيم:

يقصد بطلب التحكيم ذلك الطلب الذي يوجهه أحد طرفي اتفاق التحكيم إلى مركز التحكيم المتفق عليه أو إلى الطرف الآخر يخطره فيه برغبته في رفع النزاع إلى التحكيم، ويطلب منه اتخاذ اللازم لتحريك إجراءات التحكيم واستكمالها، ويشترط في هذا الطلب عادة عدة شروط منها أن يكون الطلب مكتوباً وتقديم الطلب خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين وتقديم البيانات الواجب توافرها في الطلب، حيث يتضمن الطلب نوعين من البيانات، الأولى تتعلق بطرفي الدعوى من حيث الاسم والعنوان للمدعى والمدعى عليه، والثانية تتعلق بموضوع الدعوى وتشمل وقائعها والمسائل المختلف عليها الطرفان.

¹-عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، ط1، مكتبة القانون والإقتصاد، المملكة العربية السعودية، 2013، ص123.

²-بن حليمة ليلي، خصوصية التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص194.

³-حمادوش أنيسة، خصوصية التحكيم الإلكتروني في حل المنازعات التجارية الإلكترونية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 48 ديسمبر 2017، المجلد ب، ص.ص 229-241، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2017، ص235.

أما فيما يتعلق بالتحكيم الإلكتروني فقد أوضح برنامج تحكيم المحكمة الافتراضية كيفية تقديم طلب التحكيم وبياناته كآلاتي:

*عندما ينشأ نزاع يتعلق بمعاملة أو نشاط ناشئ عن استخدام شبكة الأنترنت، يقوم المتضرر بزيارة موقع البرنامج على العنوان التالي (www.vmag.org) لتقديم ادعاء عن طريق الضغط على العبارة (fiill a comp Iaint) والتي ستوصل المدعي إلى نموذج ليملاً الفراغات الموجودة فيه والتي تشمل:

-المعلومات المتعلقة بالمدعي كاملة.

-المعلومات المتعلقة بالمدعي عليه كاملة.

-المعلومات المتعلقة بالنزاع، وظروف نشأته (وقائع النزاع بالتفصيل الممكن وحسب التاريخ، وسبب الدعوى، وفيما إذا كانت تتعلق بحقوق الملكية الفكرية أو بالأسرار التجارية أو أي سبب آخر يؤسس عليه دعواه).

-الطلبات المتعلقة بحسم النزاع، ويمكن أن يطلب المدعي أن تكون المعلومات المتعلقة بادعائه سرية¹.

*يقوم المدعي عليه بعد ملء النموذج بالضغط على عبارة عرض النزاع في نهاية النموذج.

*بعد أن يستلم مركز التحكيم هذا الطلب، يبدأ في استكمال إجراءات التحكيم والاتصال بالمدعي عليه.

ب-الإعلانات والتبليغات والإخطارات: للأطراف الحرية التامة في تحديد كيفية الإعلان أو الإخطار أو الوسيلة التي يتم بها تبليغ الطرف الآخر بطلب التحكيم وكذلك التبليغ بالمستندات التي يقدمها أي الطرفين إلى علم الطرف الآخر.

كما أنه يجوز أن يكون الإخطار إلكترونياً وهذا ما نصت عليه المادة 2/3 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس وتبعاً لذلك تقرر لائحة المحكمة الإلكترونية على أنه يتعين على الأطراف والسكرتارية والمحكمة إرسال كل البلاغات المكتوبة والإخطارات بالبريد الإلكتروني على الموقع².

¹ - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، مرجع سابق، ص 128.

² - فاطمة زعزوعة ونجاة زعزوعة، مرجع سابق، ص 145.

ج- خصوصيات جلسات التحكيم:

في إطار التحكيم العادي تعقد هيئة التحكيم جلسات المرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته، ولها الإكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة.

ذهب البعض إلى أنه عملاً بمبدأ سلطان الإرادة، فإن للأطراف الكلمة الأولى والأخيرة في تحديد لزوم عقد جلسات مرافعة شفوية من عدمه، فإن اتفقوا على الإكتفاء بتبادل المذكرات والمستندات الشارحة والمدعمة لإدعاءاتهم وطلباتهم وأوجه دفعهم، التزمت هيئة التحكيم بذلك وإن هذا أمر متصور وقائم على الأقل في التحكيم الإلكتروني¹، وهناك اتجاه آخر يرى أنه بالنظر إلى أن الوسائل الفنية متاحة في هذا المجال حيث ظهرت من خلال الأنترنت وسائل حديثة للاتصال تسمح بتبادل الأصوات والصور بشكل شبه متزامن بين الأطراف ومن ثم فلا غضاضة في إدارة الجلسات الكترونياً.

د- سرية جلسات التحكيم:

في إطار التحكيم الإلكتروني يظل مبدأ سرية الجلسات هو الأصل حيث لم تخرج قواعد التحكيم الإلكتروني عن القواعد العامة للتحكيم في هذا الصدد، فوفقاً للمادة (3/7) من لائحة محكمة التحكيم الإلكترونية فإنها تعطي الأمانة العامة السكرتارية لكل محكم دليل للدخول وكلمة سر للدخول إلى موقع القضية، كما تقرر المادة (2/19) من ذات اللائحة أنه على الأطراف الإلتزام بدخول موقع القضية بطريقة شرعية، وأضافت الفقرة الثالثة من نفس المادة أن البيانات المنشورة على موقع القضية تعتر سرية ولا يمكن مراجعتها إلا من خلال الأمانة العامة ومحكمة التحكيم والأطراف أو ممثليهم، كما أنه وفقاً لإجراءات التحكيم أمام محكمة التحكيم الخاصة بنظام القاضي الافتراضي فإنه تتم إجراءات التحكيم بإنشاء موقع خاص على شبكات الأنترنت يخصص للنظر في كل قضية معروضة، ولا يتاح الدخول إلى هذا الموقع إلا للأطراف في القضية، وهيئة التحكيم فقط من خلال مفتاح شفري خاص بهم بحيث يمنع على أي شخص آخر الدخول إلى هذا الموقع، بالإضافة إلى أن تتابع إجراءات التحكيم الإلكتروني المتعلقة بعناوين المواقع الإلكترونية يشير إلى احترام مبدأ السرية، حيث تسير إجراءات التحكيم بين الطرفين والمحكم والهيئة التحكيمية عن طريق تبادل المعلومات عبر شبكات الأنترنت دون جلسات التحكيم، وبعد أن ينتهي المحكم أو هيئة التحكيم من تسلم جميع البيانات التي

¹-نبيل زيد مقابلة، مرجع سابق، ص20.

يقدمها الخصوم أو يطلبها منهم يتخذ قرارا في الدعوى على أساس البيانات المقدمة إليه وفقا لشروط النظام الموحد لتسوية المنازعات، و يجب عليه أن يرسل قراره في الدعوى وعلى المركز خلال أربعة أيام من تعيينه وبعد أن يتسلم المركز قرار التحكيم يقوم أيضا بتبليغه للطرفين ولمسجل الموقع الإلكتروني، لمؤسسة الأنترنيت (ICANN)¹.

2-مكان إجراء التحكيم الإلكتروني:

باستقراء نصوص وتشريعات التحكيم الوطنية والدولية نستخلص بأنه قد ترك لطرفي النزاع الحرية الكاملة في اختيار مكان التحكيم، دون تمييز بين العلاقات التي تتركز عناصرها في الداخل، والعلاقات التي يتركز عنصر أو أكثر من عناصرها في الخارج.

وإذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين على مكان التحكيم بطريق مباشر أو غير مباشر تولت هيئة التحكيم ذاتها تعيين المكان على أن تراعي في هذا التعيين ظروف الدعوى وملاءمة المكان الذي تختاره لأطرافها²، وتجدر الإشارة إلى أنه إذا ما تم التحكيم في مكان غير المكان المتفق عليه، فلا يترتب البطلان على المخالفة، مالم تؤدي إلى إخلال بحق الدفاع، كما إذا اتفق مثلا على إتمام التحقيق في مكان الواقعة المسببة للمسؤولية، ضمانا لمعاينته وتم التحكيم في مكان آخر دون إتمام المعاينة.

وفيما يتعلق بالتحكيم الإلكتروني فإن البعض يقرر أن هناك صعوبة في توطين مثل هذا النوع من التحكيم، ولذا فقد تم طرح العديد من الحلول لتحديد مكان التحكيم منها أن المسألة يتم حلها بالرجوع إلى المكان الذي يوجد فيه المحكم وهو ما يعني تطبيق قانون مكان المحكم إلا أن ذلك الحل يبدو أقل إقناعا عندما نكون بصدد تحكيم إلكتروني، وهو ما يزيد من تعقيد الأمور خاصة عندما نكون أمام هيئة تحكيم ثلاثية ولسنا أمام محكم وحيد فعليه الرجوع إلى قانون مقدم الخدمة، وهذا الرأي يتركز على التوطين الجغرافي لمقدم الخدمة، ولا يمكن قبول هذا الرأي أيضا في حالة تعدد مقدمو خدمة الإنتفاع بالإجراء التحكيمي إذا كان كل منهم مقيما في دولة مختلفة، أما عن نظرية التحكيم غير الوطني التي توجب الإعتراف للتحكيم الإلكتروني بالطابع غير الوطني وهو ما يعني عدم إسناد هذا

¹-عبد الصمد عبد القوي علي مصري، مرجع سابق، ص130.

²-عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص422.

النوع من التحكيم إلى قانون مكان التحكيم، غير أنه يصعب قبول هذا الرأي بالنسبة للمحاكم الوطنية، كما أنه لا يتوافق مع أحكام اتفاقية نيويورك¹.

ويرى اتجاه آخر أن مقر التحكيم يبدو خيالا أو وهما حيث لا تبدو أي علاقة مادية ضرورية مع الإقليم الذي تجري عليه العمليات التحكيمية، وأنه في هذه الصورة ينتفي التوطين المادي للعمليات الإجرائية، وهو ما يكون له أثر إلهام سيما وأن القانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم يتوقف، في الغالب على مقر أو مكان التحكيم. وبالتالي فليس هناك مكان جغرافي في هذا التحكيم الموجه²، وحتى ولو أصررنا على وجود مكان مادي فالواقع هو تعدد الأماكن وهو الأمر الذي يكون قليل الجدوى في تحديد القانون الواجب التطبيق، وإذا سلمنا بأن مبدأ الإقليمية يجب ثباته، فليس أمامنا سوى التسليم بالمكان القانوني والذي سيكون في جوهره خيالا.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني

إن من أهم ما يدفع الأطراف إلى اختيار التحكيم هو اختيار حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يرتضونه أي القانون الذي يحكم النزاع ولا شك أن تحديد القانون الواجب التطبيق يمثل أهمية كبيرة في مجال التحكيم الإلكتروني أي لابد من الوصول إلى حكم يعبر عن إرادة الأطراف عن طريق هذا القانون.

القاعدة أن هيئة التحكيم يجب أن تنقيد بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو إجراءات التحكيم وإلا كان حكمها معرض للبطلان، وتحديد القانون الواجب التطبيق لا يخرج عن طريقتين: الأولى تكون باتفاق الأطراف والثانية أن تتولى هيئة التحكيم مهمة تحديد هذه القواعد عند عدم اتفاق الأطراف.

وعلى العموم فإن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم تنقسم إلى شقين، أولهما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والآخر يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم³.

¹ - عبد الصمد عبد القوي علي مصري، مرجع سابق، ص 108.

² - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 426.

³ - رواجي أمينة، مرجع سابق، ص 150.

1- القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

تتبدى أهمية اختيار القانون أو لائحة التحكيم الواجبة التطبيق على الإجراءات في الأثر المترتب على ذلك الاختيار، من حيث تحديد نظام أدلة الإثبات والوسائل الفنية التي تسمح بتأكيد احترام مبادئ السرية والمواجهة بين الخصوم وكذا حقوق الدفاع.

ومبدئيا فإنه لا تثار أية مشكلة في ظل وجود لوائح تحكيم تنص على اتباع إجراءات إلكترونية منها لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية ولائحة تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية لحل المنازعات الخاصة بأسماء الدومين وكذا قرارات هيئة التحكيم الأمريكية المتضمنة لإجراءات تحكيمية لحل المنازعات التي تقع بين مشغلي الأنظمة ومستخدمي الخدمات الإلكترونية.

هذا ونجد أن المادة 14 من لائحة المحكمة الإلكترونية قد قررت إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد الإجرائية التي تنص عليها لائحة المحكمة مع مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام، وهو ما يعني أن تطبيق هذه الإجراءات لا يعني بالضرورة استبعاد القواعد المتعلقة بالنظام العام الواجبة التطبيق.

كما وقد تثار بعض الصعوبات في الحالة التي يخضع فيها أطراف التحكيم للائحة كلائحة غرفة التجارة الدولية أو للقانون كالقانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة والخاص بالتحكيم التجاري الدولي الصادر سنة 1885، حيث لم تحدد هذه اللائحة ولا ذلك القانون كيفية تنظيم استخدام التقنيات الإلكترونية في العملية التحكيمية.

وإزاء هذا الوضع تعددت الحلول لتحديد مكان التحكيم ما بين:

- حل المسألة بالرجوع إلى المكان الذي يوجد فيه المحكم، وهو ما يعني تطبيق قانون مكان المحكم.

- حل المسألة بتطبيق قانون مكان تقديم خدمة الأنترنت¹.

- تفضيل نظرية التحكيم غير التوطيني التي تستوجب الإعراف للتحكيم الإلكتروني بالطابع غير الوطني.

¹- يتوجي سامية، مرجع سابق.

والراجح هو ترك الحرية الكاملة للأطراف في تحديد مكان إفتراضي للتحكيم وهو ما يتفق مع فكرة عدم وجود مقر مادي للمحاكم الإلكترونية.

2- القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني¹

إن غالبية النظم القانونية قد حرصت على احترام إرادة المحتكمين فيما يتعلق باختيارها للقواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع واعمالها سواء كانت صريحة أم ضمنية ما دامت لا تخالف النظام العام ولا يشوبها الغش نحو القانون. وهذا يؤدي بنا إلى القول أنه لا مشكلة تذكر بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق إذا كانت إرادة الفرقاء حاضرة ولكن المشكلة تتبع في الفرض الذي تغيب فيه الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق.

في هذه الحالة يتعين على هيئة التحكيم أن تبحث عن قواعد تنازع القوانين حيث ذهب البعض إلى اسناد العلاقة لقانون البلد الذي يجري فيه التحكيم (قانون مقر التحكيم) ولكن مقر التحكيم قد يكون مكانا حياديا للمحتكمين، أو أن مكان التحكيم هو مكان ملاءم لممارسة التحكيم ولكن ليس له علاقة بموضوع التحكيم، وتبلغ الصعوبة قمتها عندما يكون التحكيم قد جرى بواسطة الشبكة؛ وهذا الواقع دفع القضاء الفرنسي إلى خلق فكرة تسمى تلطيف العقد وبها تكون مهمة المحكم المفوض بالصلح ترتكز نحو نزول الأطراف عن التمسك بالتنفيذ الدقيق للحقوق التي يستمدوها من العقد وهذا يسمح للمحكم باستبعاد حقوق معينة ناشئة عن الاتفاق بشرط أن لا يعدل قصد العقد باستبدال الإلتزامات التعاقدية بالتزامات جديدة لا تتفق مع القصد الحقيقي للطرفين².

أما عن تطبيقات القانون الموضوعي في حالة غياب الإرادة فتكاد لا تخلو لائحة من لوائح هيئات التحكيم الدائمة أو معاهدة دولية من نص يعالج هذه المشكلة فعلى سبيل المثال ينص نظام المحكمة الافتراضية على أنه إذا لم يتفق أطراف النزاع على تحديد القانون المطبق على موضوع التحكيم تقوم المحكمة باختيار القانون الذي يرتبط به النزاع بأوثق صلة، تطبيقا لنص المادة(1/17) وباستثناء الحالة التي يكون أحد أطرافها مستهلكا.

¹ -أسامة ادريس بيد الله، مرجع سابق.

² - صفاء إسماعيل وسمي، مرجع سابق، ص434.

ثالثا: حكم التحكيم الإلكتروني

تنتهي الخصومة التحكيمية بإصدار هيئة التحكيم حكما فاصلا في المنازعة القائمة، ويترتب على صدور الحكم التحكيمي آثار يتمثل أهمها في قابلية التنفيذ.

1-تعريف الحكم التحكيمي:

يقصد بحكم التحكيم الإلكتروني والذي يبدو مختلفا عن حكم التحكيم التقليدي في بعض الجوانب، كالكتابة والتوقيع وطرق إصداره، وبعض الجوانب الأخرى والتي يتميز بها حكم التحكيم الإلكتروني باعتبارها ذات طابع إلكتروني، عندما يصدر عبر وسائل الكترونية وشبكة اتصالات مثل الأنترنت، وبالتالي يعني كافة القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم عبر هذه الشبكة، سواء كانت قرارات نهائية أو مؤقتة أو تمهيدية أو جزئية دون حاجة إلى التواجد المادي لأعضاء هيئة التحكيم في مكان واحد. إلا أنه لا يختلف من حيث المفهوم فكلاهما ذات معنى واحد، والسبب في ذلك أن لكل منهما حكما يصدر عن هيئة تحكيم تفصل في النزاع القائم بين الأطراف¹.

إن هذا المضمون لا يختلف بطبيعة الحال من حكم التحكيم الإلكتروني عن حكم التحكيم التقليدي، وإن اختلفت وسيلة صدار الحكم، إذ لا أثر لهذه الوسيلة على مضمون مفهوم حكم التحكيم، حيث الإتفاق واضح بين المفهومين بالرغم من وجود بعض الإختلافات.

ومن ثم فإن مفهوم حكم التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن حكم التحكيم التقليدي إلا من خلال الطريقة التي يصدر بواسطتها، حيث يتم إصدار حكم التحكيم الإلكتروني عبر وسائط الكترونية ومن خلال الأنترنت. وعليه فحكم التحكيم الإلكتروني يقصد به: "كافة القرارات الصادرة عن الهيئة التحكيمية عبر شبكات الإتصال سواء كانت قرارات نهائية أو قرارات مؤقتة تمهيدية أو جزئية دون الحاجة إلى التواجد المادي لأعضاء هيئة التحكيم في مكان واحد".

¹-أحمد محمود المساعدة، التنظيم القانوني لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني(دراسة مقارنة)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12/العدد 02-2015، جامعة المجمعة المملكة العربية السعودية، مقال نشر بتاريخ 10-11-2015، ص40.

إن الميزة الأساسية التي تخص إجراءات التحكيم الإلكتروني هي أنه يتم عبر الوسائل الإلكترونية بدءاً من مرحلة تخزين البيانات إلى مرحلة صدور الحكم.¹

2- صدور الحكم التحكيمي الإلكتروني:

لا يخرج حكم التحكيم الإلكتروني عما هو عليه في شكله التقليدي إلا فيما يخص الوسيلة التي سيصدر بيها.

كما أن صدور حكم التحكيم في الآجال المحددة وانتهاء إجراءات التحكيم الإلكتروني لا يعني أن هذا الحكم يتمتع بكل الآثار القانونية، بل لا بد أن يصدر هذا الحكم وفقاً لمستلزمات تعد من النظام العام تكمن خصيصاً في طريقة إعداد الحكم والتي تتمثل في:

أ- ميعاد صدور حكم التحكيم الإلكتروني:

بعد أن تنتهي هيئة التحكيم من سماع الادعاء والدفع، وفحص رسائل الإثبات المقدمة من الأطراف، فإنها تقوم بإغلاق باب الجلسات وذلك تمهيداً لإصدار الحكم الذي توصلت إليه بعد التشاور بين أعضائها. حيث يعد تاريخ إصدار حكم التحكيم الإلكتروني من أهم البيانات الشكلية التي يجب توافرها في هذا الحكم، وعلى الرغم من هذه الأهمية إلا أن هذا التاريخ يثير كثيراً من الجدل ويرجع ذلك إلى أن حكم التحكيم يصدر بطريقة إلكترونية عبر شبكة الأنترنت دون أن يكون هناك حضور مادي لهيئة التحكيم، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة تحديد الوقت الذي تم فيه إصدار حكم التحكيم.²

كما أن حكم التحكيم يصدر بأغلبية الآراء ويجب أن يكون مسبباً، إلا إذا اتفقا الأطراف على خلاف ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب التحكيم، كما يجب أن يشمل حكم التحكيم أسماء الخصوم، وعناوينهم، وأسماء المحكمين، وجنسياتهم، وصفاتهم، وصورة من اتفاق التحكيم، وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم، ومستنداتهم، ومنطوق الحكم، ومكان وتاريخ إصداره.

¹ - مسعودي يوسف، التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات المستهلك المبرمة عبر شبكة الأنترنت، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد: 01، جامعة أحمد درارية، أدرار، لسنة جوان 2017، 14..

² - بن حليمة ليلي وعشور سليم، خصوصية التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 197.

تقوم مؤسسة التحكيم بتسليم صورة من الحكم التحكيمي موقعة من المحكم أو المحكمين الذين وافقوا عليه خلال 30 يوما من تاريخ صدوره، ولا يجوز نشر حكم التحكيم الإلكتروني أو نشر أجزاء منه إلا بعد موافقة طرفي التحكيم¹.

أما عن موقف المشرع الجزائري من تحديد مهلة التحكيم فإننا نجد قانون التحكيم الدولي الجزائري الجديد لم يقم بتحديد مهلة التحكيم، وبذلك ترك الأمر لسلطان الإدارة، أو بالأحرى إلى نظام مراكز التحكيم في إطار الحكيم المؤسساتي، ومن جهة أخرى أجاز استئناف قرار إعطاء الصيغة التنفيذية²

لحكم تحكيمي دولي إذا فصلت محكمة التحكيم بناء على اتفاقية باطلة أو على أساس انقضاء مدة الإتفاقية، وهذا ما تنص عليه المادة 1/1056 من ق.إ.م.إ. على: " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الإتفاقية".

وبناء على ذلك يعتبر حكم التحكيم الإلكتروني وثيقة رسمية متى تم صدورها عن هيئة التحكيم، لذا تشترط كافة القوانين المنظمة للتحكيم صدور الحكم في الشكل الكتابي. وتشترط القوانين الوطنية إيداع حكم التحكيم الإلكتروني الخاص بالمنازعة لدى قلم كتاب المحكمة التي يوجد بها القاضي المختص بتنفيذه، ليحصل الحكم على صيغة الأمر بالتنفيذ³.

ب- إجراءات المداولة عبر الخط: حيث يتم إقفال باب المرافعة بانتهاء طرفي النزاع من تقديم المذكرات والوثائق والأدلة الشفهية والخطية واستنفاد كافة الفرص من قبلهما لإبداء الطلبات والدفع، وبذلك تجسد أول خطوة نحو بداية المداولات والتي تكمن في قيام المحكمين بتفحص ودراسة المستندات والأدلة الثبوتية المقدمة من الأطراف، ومناقشة كل ما قدمه الأطراف أثناء سير عملية التحكيم.

¹-حمادوش أنيسة، مرجع سابق، ص236.

²-بوديسة كريم، مرجع سابق، ص156.

³-حمادوش أنيسة، مرجع سابق، ص236.

وبالنسبة للمداولات في إطار التحكيم الإلكتروني فإنها لا تظهر أية إشكالية في التداول عن بعد، خاصة وأن الوسط الطبيعي الذي تجري فيه كافة إجراءات التحكيم هي شبكة الأنترنت، والتي تمكن المحكمين من إجراء المداولة عبر غرف المحادثة دون حضور مادي¹.

ففي حكم لمحكمة استئناف القاهرة المقرر بتاريخ 2008/5/6 حكمت المحكمة ببطان حكم التحكيم لثبوت صدوره بدون إتمام المداولة القانونية بين أعضاء هيئة التحكيم التي أصدرته، حيث كانت هيئة التحكيم قد قررت مد أجل التحكيم، وأبلغ هذا القرار للشركة المدعية، ومن ثم قامت هيئة التحكيم وبنفس اليوم بإصدار حكم التحكيم. ولم يثبت للمحكمة من ملف التحكيم المطعون ببطان الحكم الصادر فيه حيث أن اجراء المداولة المقررة قانونا قد تم بين أعضاء هيئة التحكيم قبل اصدار حكم التحكيم.

لذلك فمن المفروض أنه يجب على هيئة التحكيم الإلكتروني بعد الإنتهاء من العملية التحكيمية وانتهاء جلساتها بإقفال باب النقاش، تبدأ في إصدار حكم التحكيم الإلكتروني، بعد تشاور الهيئة (المحكمين) للتوصل إلى هذا الحكم، معنى ذلك أنه لا بد من وجود فترة زمنية تتم خلالها المداولة بين أعضاء هيئة التحكيم لإصدار ذلك الحكم.

كما أنه وفقا لنظام القاضي الافتراضي VMP والذي تم تأسيسه من قبل جمعية التحكيم الأمريكية فإنه يجب على هيئة التحكيم أن تقوم بإصدار حكمها في النزاع القائم بين الأطراف وذلك بعد دراسة ومداولة بين أعضائها لهذا النزاع ، وفي جانب آخر نص قانون المرافعات الفرنسي الجديد في المادة 1469 منه على أنه: "يصدر حكم المحكمين بعد مداولات سرية"².

ج- شرط التصويت بأغلبية الأصوات:

نصت المادة 33 فقرة 01 من قواعد اليونسترال للتحكيم على أنه: "في حالة وجود أكثر من محكم واحد تصدر هيئة التحكيم قرار التحكيم أو أي قرار آخر بأغلبية الأصوات".

¹ -بن حليمة ليلي وعشور سليم، خصوصية التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص197.

² - أحمد محمود المساعدة، مرجع سابق ص43.

كما جاء في نص المادة 24 من لائحة المحكمة القضائية على ضرورة توافر شرط الأغلبية وإذا تعذر ذلك يرجح صوت كبير المحكمين المتمثل في رئيس الهيئة التحكيمية.

كما وقد جاء في نص المادة 25 فقرة 01 من نظام غرفة التجارة الدولية CCI على أنه: "يصدر الحكم بالأغلبية في حالة تعدد المحكمين، وإذا لم تتوفر هذه الأغلبية يصدر الحكم منفردا بصوت الرئيس"¹.

ومن هنا نجد أن معظم التشريعات التنظيمية للتحكيم الإلكتروني تقر شرط الأغلبية في التصويت من أجل إصدار حكم التحكيم الإلكتروني².

د-إبلاغ حكم التحكيم الإلكتروني:

حرصت القواعد الدولية والوطنية على بيان كيفية إبلاغ حكم التحكيم، فوفقا للمادة 1/28 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس تتولى الأمانة العامة إبلاغ الحكم لصادر للأطراف في صورة النص الموقع من محكمة التحكيم.

وتضيف الفقرة الثانية من ذات المادة أنه يجوز للأطراف بناء على طلبهم استلام نسخا إضافية مطابقة للأصل تسلمها لهم الأمانة العامة.

هذا وقد تضمنت المادة 4/31 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 أنه: " بعد صدور الحكم تسلم نسخة موقعة من المحكم أو المحكمين"، وأوضحت المادة 5/26 من لائحة محكمة لندن للتحكيم الدولي أن: " يكون المحكم الفرد أو رئيس هيئة التحكيم مسؤولا عن تسليم قرار التحكيم إلى محكمة لندن للتحكيم الدولي، حيث تقوم بدورها بإرسال نسخ مصدقة إلى الأطراف شريطة أن تكون نفقات التحكيم قد سددت إلى محكمة لندن"³.

وفي هذا الإطار يرى البعض أنه من خلال تلك النصوص يثور التساؤل عن: مدى إمكانية استخدام مصطلحات " النص الموقع" أو " النسخة المطابقة للأصل"، و "الإبلاغ، و" التسليم في

¹ - رواحي أمينة، مرجع سابق، ص202.

² - مرجع نفسه ، ص202.

³ -عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص485.

شأن الحكم الإلكتروني؟"، ويقرر بأنه يمكن ترجيح تلك الإمكانية في إطار لائحة غرفة التجارة الدولية لاسيما إذا استندنا إلى نص المادة 2/3 من تلك اللائحة المتعلق بالإبلاغات أو الإخطارات التي تتم في مواجهة الأطراف فذلك النص يشير إلى إمكانية حدوثها بكل وسيلة اتصال تسمح بإقامة الدليل على الإرسال.

وتجدر الإشارة أنه يجب أن تتوفر بعض الشروط الضرورية اللازمة في حكم التحكيم الإلكتروني، والمتمثلة في:

- أن يكون الحكم مكتوبا حتى يعتبر صدوره.

- أن يتضمن أسماء المحكمين الذين أصدره وتاريخ ومكان صدوره وأسماء وألقاب أطرافه ومحال إقامتهم أو مراكز إداراتهم وعند الإقتضاء أسماء المحامين أو أسماء أي أشخاص آخرين يكونوا قد مثلوا الطرفين.

- يجب أن يكون حكم التحكيم موقع من المحكمين.

- وجوب أن يصدر حكم التحكيم حاسما وفاصلا للنزاع وفقا للقانون المطبق على موضوع وإجراءات التحكيم.

- ضرورة توافر التسبيب القانوني.

- نشر حكم التحكيم على الموقع الإلكتروني الخاص بالقضية وإعلام الأطراف بمحتواه¹.

رابعا: إنهاء إجراءات التحكيم الإلكترونية

يصدر حكم التحكيم الإلكتروني بعد مداوات تتم غالبا عن طريق الفيديوكون فرنس بعد تبادل الرسائل الإلكترونية بين المحكمين في حالة تعددهم، مراعين عند إصدارهم لحكمهم الآجال الزمنية المحددة لهم اتفاقا أو قانونا، كما يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر مد الميعاد ضمن المدة التي تسمح بها القوانين، هذا ويتضح لنا أن حكم التحكيم الإلكتروني لا ينتهي بمجرد صدوره ذلك أنه قد يحتاج إلى تسبيب أو تصريح أو اتخاذ تدابير وقائية مؤقتة وكما قد تنتهي إجراءات التحكيم بقرار التحكيم النهائي

¹-أسامة إدريس بيد الله، مرجع سابق.

أيضا بأمر من هيئة التحكيم وفقا لما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 32 من القانون النموذجي - الأونستيرال- إذ على هيئة التحكيم أن تصدر أمرا بإنهاء إجراءات التحكيم إذا سحب المدعي دعواه أو إذا اعترض على ذلك المدعى عليه واعترفت هيئة التحكيم أن له مصلحة في الحصول على تسوية نهائية للنزاع أو إذا اتفق الطرفان على إنهاء إجراءات التحكيم أو إذا وجدت هيئة التحكيم أن استمرار الإجراءات أصبح غير ضروري ومستحيلا لأي سبب آخر مما يفيد أنه أعطيت لهيئة التحكيم سلطة تقديرية واسعة¹، وعلى ذلك لا بد قبل إصدار حكم التحكيم من قفل باب المرافعة وإحالة القضية إلى الدراسة والتوصل بعد ذلك للحكم الفاصل للنزاع، وتتم إحالة النزاع للمداولة فيه إذا كانت هيئة التحكيم مؤلفة من أكثر من محكم واحد ولا حاجة إلى ذلك إذا كانت مكونة من محكم واحد².

هذا وتجدر الإشارة بأن اختصاص محكمة التحكيم الإلكتروني للنظر في النزاع محل التحكيم يتحدد فيما يلي:

-الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم الإختصاص أو بصحة العقد الذي يعد شرط التحكيم أحد بنوده طبقا للمادة الأولى من لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية لسنة 2004.

-تنبيه الخصوم إلى عدم إغفال القواعد القانونية الواجبة التطبيق التي قد ترتب لهم حقوقا أو تفرض عليهم التزامات مع مراعاة مواعيد سقوط الدفع.

-حق طلب معلومات وإيضاحات إضافية أو أدلة لم يسبق تقديمها ويثبت تأثيرها في الفصل في النزاع.

-تحديد مكان صدور حكم التحكيم بموافقة أطرافه.

¹-عبد الصبور عبد القوي علي مصري، مرجع سابق، ص140.

²- مرجع نفسه ، ص140.

خامسا: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

إن الثمرة الحقيقية للتحكيم تتمثل في الحكم الذي يصل إليه المحكمون، هذا الحكم لن يكون له من قيمة قانونية أو عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، فتنفيذ حكم التحكيم يمثل أساس ومحور نظام التحكيم نفسه، وتتحدد به مدى فاعليته كأسلوب لفض وتسوية المنازعات¹.

والجدير بالذكر فإن تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني لا يتميز بقواعد مختلفة عن تنفيذ حكم التحكيم التقليدي، لذا تنفذ الأحكام الصادرة عن المحاكم التحكيمية طواعية وبتراضي أطراف المنازعة، وفي الحالة العكسية يحتاج تنفيذ الحكم إلى أمر صادر من القضاء يقر بهذا الحكم ويكون بمثابة الصيغة التنفيذية له، وفي حالة تحديد مكان التحكيم، فإن الحكم الإلكتروني ستكون له جنسيته الخاصة، مثل أحكام التحكيم العادية².

وانطلاقا من كون التحكيم الإلكتروني نظاما خليطا لا يمكن سلخه عن أصله التقليدي، فالأصل أن يتم تنفيذ الحكم الإلكتروني بنفس الآلية التي يتم فيها تنفيذ حكم التحكيم التقليدي إن أمكن، ونظرا لاعتبارات يصعب معها اتباع نفس الآلية السابقة، فقد يتم تنفيذ الحكم الإلكتروني بطرق تتماشى مع خصوصية العالم الافتراضي.

1-التنفيذ الدولي لأحكام التحكيم الإلكتروني:

أ-تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني وفقا للإتفاقيات الدولية:

لقد اهتمت العديد من الإتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم بموضوع التنفيذ الدولي لأحكام التحكيم، فوضعت القواعد اللازمة لضمان تنفيذه:

-اتفاقية نيويورك لعام 1958*:

¹-نبيل زيد مقابلة، مرجع سابق، ص24.

²-حمادوش أنيسة، مرجع سابق، ص237.

*لقد انضمت الجزائر إلى إتفاقية نيويورك 1958 بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 05-11-1988.

تعتبر من أهم الإتفاقيات في مجال التحكيم الدولي التي لعبت دورا كبيرا في تطوير التحكيم الدولي، فقد جاءت لسد الثغرات التي عرفتتها اتفاقية جنيف 1927، وهي لا تتعلق إلا بمسألة واحدة من مسائل التحكيم الدولي وهي مسألة الإعتراف وتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي.

إن أحكام الإتفاقية تسري على قرارات التحكيم الصادرة عن هيئات التحكيم الخاصة والأحكام الصادرة من تحكيم مؤسسي من هيئات التحكيم الدائمة، هذا ما ورد النص عليه في المادة الأولى الفقرة الثانية، أما عن الفقرة الأولى من نفس المادة فقد نصت أنه تطبق بالنسبة لأحكام التحكيم الناشئة عن خلافات بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين الصادرة في أراضي دولة خلافا للدولة التي يطلب فيها الإعتراف بتلك القرارات وتنفيذها فيها، والتي لا تعتبر قرارات محلية محلية في الدولة المطلوب فيها التنفيذ.

هذه الأحكام الخاصة بالمنازعات الناشئة عن علاقات بين أشخاص طبيعية أو اعتبارية وسواء الناجمة عن علاقات تعاقدية أم غير تعاقدية في مجال الأعمال التجارية¹.

لقد قدمت اتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية تسهيلا ملحوظا لتنفيذ أحكام التحكيم فجعلت القاعدة هي نفاذ حكم التحكيم والإستثناء هو قبول الدليل على عدم نفاذه لسبب من الأسباب التي أوردتها الإتفاقية على سبيل الحصر².

وبمعنى آخر لا يجوز للسلطة المختصة في الدولة المطلوب إليها الإعتراف وتنفيذ الحكم رفض الإعتراف والتنفيذ إلا إذا قدم لها الخصم الذي يحتج عليه بالحكم الدليل على توافر واحدة أو أكثر من الحالات التي أوردتها المادة 05 من هذه الإتفاقية على سبيل الحصر لا المثال وهي كالتالي:

-إذا كان أطراف اتفاق التحكيم طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو كان الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف.

-إذا لم يخطر الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

¹-رواجي أمينة، مرجع سابق، ص 221.

²-خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 431.

-إذا فصل الحكم في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتحكيم إذا ما أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق.

-إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالفة لما اتفق عليه الأطراف أو وفقا لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

-إذا لم يصبح ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد الذي تم فيه أو بموجب قانونه صدر الحكم.¹

فضلا عن ذلك يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإيعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الإيعتراف أو التنفيذ من تلقاء نفسها إذا تبين لها:

-إما أن قانون بلد التنفيذ لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو أن في الإيعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في بلد التنفيذ.

-اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار لسنة 1965²:

لقد حرصت اتفاقية واشنطن لعام 1965 على ضمان الفعالية الدولية لأحكام التحكيم، حيث وضعت في المواد 53 و 54 منها نظاما مستقلا ومبسطا بشأن الإيعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن هيئات التحكيم المشكلة وفقا للاتفاقية.

إذ نصت المادة 54 على أن تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي صدر بناء على أحكام هذه الاتفاقية، تضمن تنفيذ الإلتزامات المالية الي يفرضها الحكم كما لو كان حكما نهائيا صادرا عن محكمة محلية، وعلى الدولة المتعاقدة والتي تتبع النظام الفيدرالي ضمان تنفيذ الحكم عن طريق محاكمها الفيدرالية.

¹ - رواحي أمينة، مرجع سابق، ص222.

² - المرسوم رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 والمتعلق بانضمام الجزائر لاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار، ج ر ع 07.

الملاحظ على هاته الإتفاقية أنها قد وضعت اجراء مبسطا للإعتراف بالحكم الصادر، إذ يكفي للإعتراف به وتنفيذه حصول أي طرف على نسخة من الحكم معتمدة من طرف السكرتير العام. كما لا يجوز الاعتراض على الإعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه على أساس الدفع المتعلق بالنظام العام فمن شأنه هدم كل ما تقدمت به الإتفاقية من أجل تثبيت دعائم حكم محكمة التحكيم في منازعات الإستثمار¹.

هذا وقد حددت الإتفاقية في المادة 52 على حالات لا يجوز فيها لأي من الطرفين عند توافر إحداها أن يطلب كتابة من الأمين العام لمراكز التحكيم إبطال الحكم أو وقف تنفيذه، وهي كالتالي:

- أن المحكمة لم تكن مكونة تكويننا سليما.
- أن المحكمة قد تجاوزت سلطاتها بشكل ملحوظ.
- أن تأثيرا غير مشروع قد وقع على أحد أعضاء المحكمة.
- أنه قد وقع تجاوز خطير لقاعدة أساسية من قواعد الإجراءات.
- أن الحكم قد أخفق في بيان الأسباب التي بني عليها.

-اتفاقية جنيف لسنة 1928:

تتعلق هذه الإتفاقية بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فهي ترمي إلى الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية في الدول المتعاقدة بالنسبة للقرارات الصادرة بناء على اتفاق التحكيم المكتوب وفقا لما جاء في بروتوكول جنيف 1923 والذي كان ينص على تنفيذ القرارات التحكيمية والتي تصدر في الدولة المراد التنفيذ فيها.

فورد في المادة الثانية من هذه الإتفاقية على الحالات التي يقبل فيها رفض الإعتراف والتنفيذ إذا تحقق القاضي من ذلك إلا أن شروط الإعتراف والتنفيذ مشددة، وهو ما أدى بالدول إلى التراجع عن الإنضمام إليها.

¹-خالد إبراهيم ممدوح، مرجع سابق، ص435.

من خلال ما سبق نجد أنه لا توجد صعوبة فيما يتعلق بتنفيذ القرار التحكيمي العادي إلا أن الصعوبة تكمن في تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني وهذا يرجع إلى سببين هما:

الأول: هو أن العالم الرقمي لا يميز بين الأصل والصورة¹.

والثاني: وجود بعض الصعوبات التي تتعلق بالتصديق على الوثائق الإلكترونية.

أما بالنسبة لتنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني الناجم عن تسوية المنازعات وفق قواعد منظمة الإيكان الخاصة بأسماء المواقع والعناوين الإلكترونية، فبعد أن يقوم المحكم بإرسال قراره المتضمن الفصل في النزاع إلى مركز الويبو للتحكيم والوساطة والذي يحيله بدوره إلى طرفي الخصومة والجهة التي تمسك السجل الإلكتروني وإلى ICANN، تتولى الجهة التي تمسك السجل تنفيذ قرار لجنة التحكيم في شأن النزاع والذي يتضمن عدم صحة دعوى المدعي وبقاء اسم الموقع مع من سجل باسمه، أو الحكم بعدم أحقيته باستخدام ذلك الاسم، كما قد يتضمن الحكم القضاء بشطب الموقع الإلكتروني أو إجراء تعديلات على العنوان لإجراء اللبس.

ب- بالنسبة للقانون الجزائري: قبل أن تنفذ أحكام التحكيم الأجنبية لابد من توافر بعض الشروط في طلب الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية، وهي كالتالي:

-الشروط الشكلية لطلب الإعتراف بالقرار التحكيمي الدولي وتنفيذه:

إن الإختصاص القضائي للنظر في طلب الإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي والإجراءات المتبعة لطلب ذلك، تعني تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في مسألة التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي الدولي، وهناك نوعان من الإختصاص: اختصاص مكاني واختصاص نوعي، ويظر ذلك جليا من خلال المادة 1051 من ق إ م إ².

أما عن إجراءات طلب الإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي، فعلى طالب التنفيذ أن يقوم بإيداع الوثائق التالية لدى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة، وتتمثل هذه الوثائق في أصل الحكم

¹- عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 493.

²- تنص المادة 1051 على أنه: " يتم الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي، وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي أصدرت أحكام التحكيم في دائرة إختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

أو نسخا منه مستوفية شروط صحتها مرفقا بأصل الإتفاقية التحكيمية أو بنسخ منها، هذا ما أكدته المادة 1052 ق إ م¹.

-الشروط الموضوعية للإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية: باستقراء نص المادة 1051 ق إ م إ يتبين لنا أن المشرع الجزائري اشترط من حيث الإعتراف بأحكام التحكيم شرطين أساسيين هما:

-إثبات الوجود المادي لهذا الحكم التحكيمي الدولي.

-أن الإعتراف بهذا الحكم التحكيمي الدولي لا يعارض النظام العام الدولي.

وعليه فإن إثبات وجود هذا الحكم يكون بتقديم الأصل الرسمي للحكم التحكيمي أو صورته الرسمية مستوفية الشروط المطلوبة للتصديق أشارت إلى ذلك المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك.

كما يمكن أن يقدم الوثيقة (أصل الحكم) مترجمة إذا كان الحكم التحكيمي قد صدر بلغة أجنبية، وتتم ترجمتها إلى اللغة العربية، تكون هذه الوثيقة مصادق عليها من قبل القنصلية.

المقصود بالنظام العام في نظر اتفاقية نيويورك هو النظام العام في الدولة التي ينفذ فيها حكم التحكيم، ومن ثم يتعين على القاضي الوطني في بلد التنفيذ ألا يسند رفضه إلا إذا تعلق الأمر بالمصالح الجوهرية الجديرة بالحماية والمعرضة للخطر.

فالقاضي الجزائري ملزم بمراقبة ما إذا كان الحكم لا يتعارض مع المفهوم المقرر والسائد في الجزائر حول النظام العام الدولي.

2-إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني:

إن مرحلة تنفيذ حكم التحكيم بصفة عامة تعد أهم مرحلة من مراحل العملية التحكيمية ككل، ذلك أنها هي من تقضي إلى فرز حقوق المتحاكمين المتخاصمين في النهاية، والتي قد تتم بطريقة اختيارية أو قسرية.

لقد تناول القانون الجزائري مسألة تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني من خلال المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ذلك أننا نجد أنه ينطلق من نصوص عامة سهلة التطويع ويمكن الإستفادة

¹-تنص المادة 1052 على: "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها".

منها وذلك في غياب قانون يتعلق بالتعاملات الإلكترونية ويستجيب لما تفرضه العولمة في إطار عقود التجارة الإلكترونية، وما يتبع ذلك من نظام قانوني يتعلق بالتوقيع الإلكتروني والتحكيم الإلكتروني.¹

ولذلك فإن ما يثير التعامل في الشكل الإلكتروني هو قضية الإثبات كقضية حاسمة، وقد تم ربطها بمبدأ التكافؤ الوظيفي، وذلك من خلال نصوص المواد 323 مكرر و323 مكرر 1 والمادة 327 من القانون المدني الجزائري.²

كذلك يجب أن يتوافر في حكم التحكيم شروط معينة حتى يتمتع بالصلاحيات القانونية أي القابلية للتنفيذ، وتتنحصر هذه الشروط في:

- أن يكون عقد التحكيم صحيحا، أي غير معيب ومستوفيا لجميع الشروط القانونية.
- يشترط صدور حكم التحكيم من محكمة مختصة وبناءا على إجراءات صحيحة.
- يشترط أن يكون حكم التحكيم نهائيا وقابلا للتنفيذ.
- يشترط عدم تعارض حكم التحكيم مع حكم سبق صدوره من المحاكم الوطنية.
- شرط المعاملة بالمثل في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والدولية.
- أن يكون حكم التحكيم مكتوبا وموقعا عليه من قبل المحكمين.
- أن يكون الحكم مستوفيا لجميع البيانات الضرورية الخاصة ببعض المعلومات الخاصة بالعملية التحكيمية بأكملها.³

أما عن اتفاقية نيويورك لعام 1958 فقد جاءت تعبيرا عن الإرادة الدولية المشتركة في تفعيل نظام التحكيم التجاري الدولي من خلال الإعراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها على أقاليم الدول التي

¹ -حنافي حاج، التحكيم الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، جامعة الجبيلي ليايس بسيدي بلعباس، 2016-2017، ص196.

² -انظر المواد 323 مكرر و323 مكرر 1 والمادة 327 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادر بتاريخ 30-09-1975، المعدل والمتمم.

³ -رواجي أمينة، مرجع سابق، ص228.

لم تصدر على أقاليمها، أي جميع الأحكام التي تصدر بالخارج ولو بالخضوع لأحكام القانون الجزائري مثلا، وبغض النظر عن كونها خاضعة لأي قانون كان.¹

وأخيرا نلخص إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني فيما يلي:

-إيداع حكم التحكيم لدى قلم كتابة المحكمة المختصة.

-انقضاء ميعاد رفع دعوى بطلان التحكيم الإلكتروني.

-استصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني.

-التقدم بعريضة إلى القاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ.

سادسا: حجية حكم التحكيم الإلكتروني والطعن فيه

ترتكز فكرة الحجية بالعمل القضائي، ويقصد بحجية الحكم ما يتصف به من قوة أو قرينة تمنع عرض ما فصل فيه من نزاع من جديد على القضاء إلا إذا كان ذلك عن طريق طعن يقره القانون، هذه الحجية ترتب أثرين هما: أثر إيجابي تتمثل في ان من صدر الحكم لصالحه أن يتمسك به دون أن يحتاج لأن يثبت من جديد حقه المخول له قانونا، والأثر الثاني وهو منع من صدر في حقه الحكم من أن يطالب به من جديد، وبالتالي يصبح الحكم إما قابلا للتنفيذ أو للطعن.²

فالملاحظ على التحكيم الإلكتروني نجد أنه توجد بعض أحكام التحكيم التي لا تتمتع بحجية الأمر المقضي به ومثال ذلك التحكيم الذي يجري وفقا للاتحة الموحدة لمنظمة الإيكان (ICANN) والتي تقرر تعليق تنفيذ حكم التحكيم على عدم قيام أحد الطرفين بالرجوع إلى المحاكم الوطنية خلال 10 أيام التالية لإعلامهم بحكم التحكيم الأمر الذي يعني عدم تمتع قرار التحكيم بقوة إلزامية في مواجهة أطراف الخصومة ويأخذ بهذا التوجه القضاء الأمريكي الذي يجيز للأطراف ليس فقط تحديد نطاق القوة الملزمة لحكم التحكيم بل استبعادها كليا، وعلى خلاف أحكام القضاء لا يجوز الطعن في أحكام التحكيم بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في القوانين الوطنية، وعلى ذلك يعد حكم

¹ - حنافي حاج، مرجع سابق، ص 197.

² - روابحي أمينة، مرجع سابق، ص 227.

التحكيم حكما نهائيا ولا ينال من نهائية أحكام المحكمين ما تقرره بعض القوانين من جواز الطعن فيها بالبطلان لأسباب محددة وذلك:

- لأن هذه الأسباب تتصل بصلاحيه الهيئة واختصاصها والضمانات الأساسية للتقاضي، والنظام العام في بلد مقر التحكيم أو بلد تنفيذ الحكم الصادر عن هيئة التحكيم، ومن ثم فهي ضروريات لأي حكم منه للخصومة إذا لم يستوفها لم يكن جديرا بالتنفيذ ولا حائزا للحجية التي لا قوام باعتباره حكما قضائيا إلا بها.

الأمر لا يختلف كثيرا فيما يتعلق بالتحكيم الإلكتروني حيث تنص المادة 25 من لائحة المحكمة القضائية على أن يعد التحكيم نهائيا ولا يجوز الطعن فيه بالإستئناف، وقد نصت الفقرة 6 من ذات المادة المشار إليها على أن يعتبر اتفاق الأطراف على إخضاع النزاع للتحكيم وفقا للائحة المحكمة القضائية، تنازلا منهم عن الطعن في الحكم بأي طريق من طرق الطعن، وهذا الحكم نفسه الذي يقره نظام القاضي الافتراضي هذا على خلاف نظام محكمة التحكيم القضائية أنه يجوز استئناف الأحكام الصادرة منها أمام المحكمة المختصة بالطعون في الأحكام الصادرة¹ من محاكم أول درجة، وعلى ذلك لا يستطيع الأطراف طلب تنفيذ الحكم إلا بعد أن يصبح الحكم نهائيا بفوات مواعيد الطعن بالإستئناف أو برفض الطعن.

سابعا: آليات تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني

تتعدد آليات التنفيذ الجبري التي يمكن لمجتمع التجارة الإلكترونية أن يوفرها لضمان تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني، وتشمل هذه الآليات، خدمات التعهد بالتنفيذ، وصناديق تمويل الأحكام، وربط مراكز التحكيم الإلكتروني بمصدري بطاقات الإئتمان، تنفيذ الحكم عن طريق المسجل².

نتعرض فيما يلي لهذه الآليات بشيء من الإيجاز:

1- خدمات التعهد بالتنفيذ: تفترض هذه الآلية وجود عقد بين طرفي العقد الإلكتروني وهما البائع والمشتري، وبين متعهد التنفيذ قبل إبرام عقد البيع، ويجب أن يتضمن العقد شرط تحكيم إلكتروني تحت مظلة أحد مراكز التحكيم الإلكتروني.

¹ - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، مرجع سابق، ص152.

² - مرجع نفسه، ص152.

ويلعب متعهد التنفيذ دورا هاما في إتمام الصفقة، وذلك من خلال قيامه بقبض واستلام ثمن البضاعة وإقراره بمطابقتها للمواصفات، فإذا أقر بذلك قام هذا المتعهد بتسليم البائع ثمن البضاعة، أما إذا أقر بعدم مطابقتها فإنه يقوم بالاحتفاظ بها لحين صدور قرار من مركز التحكيم الإلكتروني المرتبط به، بحيث يتولى تنفيذ هذا القرار عند تبليغه إياه سواء يدفع الثمن إلى البائع، أو يدفع جزء منه فقد، أو برده إلى المشتري.

2- صندوق تمويل الأحكام:

من خلال هذه الآلية يتم إنشاء صندوق لتمويل الأحكام يساهم فيه تجار السوق الإلكتروني، ويتولى الإشراف عليه وإدارته مركز تحكيم معتمد من قبلهم، ويضمن هذا الصندوق للمستهلكين حصوله على أموالهم التي يقضي بها المحكم مباشرة، ذلك لأن المركز يملك تنفيذ الحكم الصادر عنه من خلال الأموال المودعة في الصندوق.¹

3- ربط مراكز التحكيم الإلكتروني بمصدر بطاقات الائتمان:

تقوم هذه الآلية على إبرام مركز التحكيم الإلكتروني عقدا مع مصدري بطاقات الائتمان، ثم يبرم هذا الأخير عقد مع التاجر على أن يتضمن كلا العقدين شرطا يخول مصدر بطاقات الائتمان برد الثمن إلى حساب المستهلك عندما يتلقى قرارا تحكيميا يقضي بذلك من طرف مركز التحكيم.

ولا شك أن تنفيذ هذه الآلية في بلداننا العربية يحتاج بناء قاعدة قوية للتسويق الإلكتروني، حيث يقضي ذلك تشجيع التسويق الإلكتروني عبر المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.²

ثامنا: حفظ حكم التحكيم الإلكتروني

يقصد بحفظ حكم التحكيم إيداع أصل الحكم أو صورة منه في قلم كتاب المحكمة، حيث لا تثار أية مشكلة في ذلك بالنسبة للتحكيم العادي(التقليدي)، وهو أمر تشترطه العديد من قوانين التحكيم.

¹-عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص492.

²-مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص16.

فنصت لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس على حفظ حكم التحكيم الإلكتروني حيث تفرض بعض الصعوبات تكمن في ضمان الكمال بالنسبة لمحتوى الحكم والسماح ببقاء الحكم سرياً في حال رغب أطراف النزاع بذلك.

إن حفظ حكم التحكيم الإلكتروني يكون من خلال موقع القضية ذاتها على الأنترنت، من قبل هيئة التحكيم، والتي تطلب إيداع صورة من الحكم في قلم كتاب المحكمة، عندما يتطلب الأمر إصدار نسخة ورقية من الحكم لهذا الغرض، لأن بعض الدول لا تتعامل بالوثائق الإلكترونية.

وفيما يتعلق بنشر حكم التحكيم الإلكتروني نصت المادة 4/25 من لائحة المحكمة الإلكترونية على أن: "يكون الحكم منشوراً على موقع القضية"، الملاحظ على هذا النص أنه لا يواجه أي مشكلة تتعلق في حفظ أو تخزين الحكم لمدة طويلة.

ومن أجل التوصل إلى الحلول المناسبة بحفظ حكم التحكيم الإلكتروني كان قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر سنة 1996 قد تضمن شروطاً تتعلق بالإحتفاظ برسائل البيانات لا بد من توافرها لحفظ الوثائق الإلكترونية، حيث نصت المادة 10 من القانون المذكور أعلاه على أن: "عندما يقتضي القانون بالإحتفاظ بمستندات أو سجلات أو معلومات بعينها، يتحقق الوفاء بهذا المقتضى إذا تم الإحتفاظ برسائل البيانات، شريطة مراعاة الشروط التالية:

- 1- تيسر الإطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً.
- 2- الإحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت وأرسلت أو استلمت¹.
- 3- الإحتفاظ بالمعلومات إن وجدت والتي تمكن من استبانة منشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها².

¹- أحمد محمود المساعدة، مرجع سابق، ص 60 و 61.

²- مرجع نفسه، ص 61.

تاسعا: رسوم التحكيم الإلكتروني

تختلف رسوم التحكيم الإلكتروني حسب طبيعة ونطاق النزاع المعروض على هيئة التحكيم، وتختلف الرسوم أيضا من مركز تحكيم إلكتروني إلى آخر، حيث أوضحت لائحة مركز تحكيم ووساطة المنظمة العالمية للملكية الفكرية والتي يلتزم بها المحكمون بداية من تقديم طلب التحكيم ونهاية بالحصول على حكم التحكيم الإلكتروني، وتتنوع هذه الرسوم بين رسوم التسجيل، والرسوم الإدارية، ورسوم المحكمين،¹ ففي ما يتعلق برسوم التسجيل يتم تقديرها حسب المبلغ المتنازع عليه، فإذا لم يكن المبلغ غير محدد يتعين دفع 1000 دولار مع طلب التحكيم، ويتم دفع نفس المبلغ إذا كان موضوع النزاع ليس ماليا، وفيما يتعلق بالرسوم الإدارية فيلتزم بها المدعي، وتستحق هذه الرسوم خلال ثلاثين يوما من تاريخ إرسال طلب التحكيم، ويتم احتساب هذه الرسوم وفق جدول الرسوم المطبق وقت بدء التحكيم، وفي حالة التأخير عن أداء الرسوم الإدارية يمنح من تأخر عن أدائها مدة خمسة عشر يوما من تاريخ الإخطار الكتابي لأدائها، وإلا اعتبر راجعا عن ادعائه أو ادعائه المقابل أو عن الزيادة فيها، وفيما يتعلق برسوم المحكمين فإنها تحتسب على أساس مجموع مبلغ النزاع، وإذا كان هناك ادعاء مقابلا فإنه يضاف لمجموع مبلغ النزاع، وتشتمل تلك الرسوم الأتعاب والنفقات التي تطلبها فض النزاع، ويقوم المركز بتقدير رسوم هيئة التحكيم سواء أكانت الهيئة مكونة من ثلاثة أعضاء أو من عضو واحد بعد استشارته للمحكمين وأطراف النزاع إذا لم يكن موضوع النزاع ماليا وهو ما نصت عليه المادة 67 من لائحة مركز تحكيم ووساطة الويبو.²

عاشرا: آثار حكم التحكيم الإلكتروني

يترتب على صدور حكم التحكيم الإلكتروني عدد من الآثار بالنسبة لأطراف النزاع منها ما هو متعلق بحجية حكم التحكيم والطعن به وكيفية تنفيذ إصدار حكم التحكيم الإلكتروني وصولا إلى حفظ حكم التحكيم الإلكتروني وسنتناول هذه الآثار تباعا كما يلي:³

¹ -بن حليمة ليلي وعشور سليم، خصوصية التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 199.

² -عبد الصبور عبد القوي علي مصري، مرجع سابق، ص 150.

³ -أحمد محمود مساعدة، مرجع سابق، ص 52.

أ- حجية حكم التحكيم الإلكتروني

إن بمجرد صدور الحكم التحكيمي يحوز حجية الأمر المقضي به¹، وتبقى هذه الحجية ما بقي الحكم قائما، وتكون له هذه الحجية ولو كان يقبل الدعوى ببطلانه أو كانت هذه الدعوى قد رفعت بالفعل أو كان لم يصدر أمر بتنفيذه، فهذه الحجية هي نفس حجية أحكام القضاء فلا يجوز رفع الدعوى مرة أخرى بعد الفصل فيها تحكيميا سواء أمام محكمة الدولة أو أمام هيئة التحكيم.

وتثبت للحكم الإلكتروني هذه الحجية التي تترتب على جميع الأحكام التحكيمية والقضائية، مع مراعاة أنه توجد بعض الأحكام التحكيمية التي لا تتمتع بحجية الأمر المقضي به مثال ذلك التحكيم الذي يجري وفقا للاتحة الموحدة لمنظمة الأيكان ICANN، والتي تقرر تعليق تنفيذ حكم التحكيم على عدم قيام أحد الطرفين بالرجوع للمحاكم الوطنية خلال 10 أيام التالية لإعلانهم بحكم التحكيم، الأمر الذي يعني عدم تمتع القرار التحكيمي بقوة إلزامية في مواجهة أطراف الخصومة.

يأخذ بهذا التوجه القضاء الأمريكي الذي يجيز للأطراف ليس فقط تحديد نطاق القوة الملزمة لحكم التحكيم بل استبعادها كلية².

أما بالنسبة لنظام حكم القاضي الافتراضي الذي نشأ سنة 1996 والذي يرمي إلى إيجاد وسيلة سريعة ومحايدة وأقل تكلفة لحل المنازعات التي تقوم بين مستخدمي شبكات المعلومات عن طريق التحكيم، فإن القرار الصادر من المحكم يكون ملزما لأطراف التحكيم الذين يتعهدون باحترامه والقيام بتنفيذه³.

ب- الطعن في حكم التحكيم الإلكتروني

قرار هيئة التحكيم كما سبق ملزم وينفذ تلقائيا أو بناء على طلب كتابي إلى المحكمة المختصة مرفقا بصورة معتمدة من القرار الأصلي ولا يقبل الطعن فيه إلا عن طريق دعوى البطلان⁴.

¹- سيف الدين إلياس حمدتو، التحكيم الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية، العدد 3، جوان 2011، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، الجزائر، ص 91.

²-رواجي أمينة، مرجع سابق، ص 216.

³-مرجع نفسه، ص 216..

⁴-- سيف الدين إلياس حمدتو، مرجع سابق، ص 92.

فالتحكيم الإلكتروني لا يختلف كثيرا عن التحكيم التقليدي حيث تنص الفقرة 25 من لائحة المحكمة القضائية على أن: "يعد التحكيم نهائيا لا يجوز الطعن فيه بالإستئناف"، وقد نصت الفقرة 6 من نفس المادة على أن يعتبر اتفاق الأطراف على إخضاع النزاع للتحكيم وفقا للائحة المحكمة القضائية، تنازلا منهم عن الطعن في الحكم بأي طريق من طرق الطعن¹.

من خلال ما سبق نجد أن في حكم التحكيم الإلكتروني مسألة الطعن لها خصوصية ما يميزها، حيث أن كل نظام تحكيمي لكل مؤسسة تحكيم الكتروني مختلف فوجدنا أن المحكمة التحكيمية تقبل الطعن في الأحكام الصادرة عنها ولا تعطيهما الحجية والقوة الملزمة في حين أن منظمة الأيكان تعطي الحجية للأحكام الصادرة عنها ولا تجعلها قابلة للطعن بمجرد قبول الأطراف عرض النزاع عليها هذا في حالة وجود نصوص تنظم الطعن، أما إذا لم يكن لهيئة التحكيم الإلكتروني أي قواعد تنظم مسألة الطعن في مجال التحكيم الإلكتروني، فتتجم هناك صعوبة كبيرة في تحديد المكان الذي تم فيه هذا التحكيم.

¹ - رواحي أمينة، مرجع سابق، ص 218.

الفصل الثاني: الآليات الودية للفصل في المنازعات التجارية في التشريع الجزائري

إن التطورات السريعة تعد هي السمة الغالبة للأنشطة الاقتصادية في العصر الحالي، من خلال استخدام الوسائل الأكثر فعالية وسرعة في الحياة، وهو ما يخلق صدمات ونزاعات متعددة بين من يزاولون هذه الأنشطة، وبما أن عمل القضاء بشكل عام، يقوم على عنصر تحقيق العدالة التي يرتبط مفهومها بمجموعة من المفاهيم الأخرى كالحق والحرية والأخلاق، فهي برأي سقراط منح كل شخص حقه، فيما يرى أرسطو بأن العدالة هي ممارسة الفضيلة والسلوك المستقيم في علاقاتنا مع الآخرين، فيما تعرف لغة أنها التوسط في الأمر من غير زيادة ولا نقصان.

فيستند تحقيق العدالة على جهاز القضاء الذي كان الوسيلة الوحيدة لحل النزاعات، فالأصل أن المحاكم هي صاحبة الولاية العامة بالفصل في جميع المنازعات سواء المدنية أو التجارية وغيرها، إلا أن تطور المجتمعات وكثرة الدعاوى وبطء إجراءات التقاضي وتكاليفه الباهظة دفعت رجال القانون والمهتمين بمجال الاستثمار إلى اللجوء إلى وسائل أخرى بديلة لحل النزاعات بشكل ودي يضمن استمرار العلاقات ويرضي الطرفين حتى وإن كان هناك طرف رابح¹.

لذلك سنتناول في هذا الفصل الآليات البديلة عن التحكيم ودورها في تسوية النزاعات التجارية من خلال تقسيمه إلى ثلاث مباحث، حيث سنتطرق في (المبحث الأول) إلى الوساطة بنوعها التقليدية والإلكترونية، ثم سنتطرق في (المبحث الثاني) إلى الصلح، مع تخصيص (المبحث الثالث) لدراسة المفاوضات والتوفيق.

¹-عبد القادر رقاب، مرجع سابق، ص8.

المبحث الأول: الوساطة آلية بديلة ودية لتسوية المنازعات التجارية

تتسم الوساطة بتوخي العقلانية في العلاقات الإنسانية منذ القدم فلقد كانت لها الآثار الأولى في الحضارة اليونانية تأسيسا على فلسفة ذلك العهد التي كانت تهدف إلى بيان ما هو أصلح للفرد. ولم تغب الفكرة في الشريعة الإسلامية وفي التقاليد الراسخة في بعض البلدان العربية، وكفكرة حديثة في أوروبا بفضل بعض القضاة الفرنسيين في السبعينات، بالخصوص في القضايا العمالية، وذلك بعد أن لاحظ هؤلاء أن أحكامهم لا تفي بالحاجة¹. أو أنها ترتب آثار وخيمة على المستوى الإنساني، أو يصعب تنفيذها لأنها تقطع الحوار بين الخصوم ولذلك صدر قانون 8 فيفري 1995 لتكريس هذا الحل البديل. فالوساطة ليست كالصلح ولا كالتحكيم فالأول يبادر به القاضي والثاني يقوم به المحكم باتفاق مسبق وبطلب من الأطراف، لذلك تقاديا للخوض في الدعاوي القضائية التي يطول أمدها، أدرج المشرع الجزائري الوساطة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كطريق بديل لحل النزاعات، بل انه أدخل بموجب القانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022، تعديلا مس الوساطة أمام القسم التجاري حيث أصبحت إلزامية ولا تخضع لقبول الأطراف كما كان عليه الحال سابقا. لذلك فإن القضايا المرفوعة ابتداء من 17 يوليو 2022 (وهو تاريخ نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية) أمام القسم التجاري تخضع لزوما لإجراء الوساطة قبل الفصل فيها .

المطلب الأول: الوساطة التقليدية

تعتبر الوساطة القضائية وسيلة بديلة لحل النزاعات بعيدا عن القضاء وجلساته العلنية، وإجراءاته الطويلة والمعقدة، يتم من خلال إجراءات إختيارية سرية وسريعة سهلة وأقل مشقة، توفر شيء من الوقت والجهد على المتنازعين، وجزء من الأعباء على الهيئات القضائية، تقوم على محاولة التقريب بين المتخاصمين، تتم عبر تدخل طرف ثالث محايد يسمى بالوسيط القضائي الذي تكمن مهمته في التوسط وتقريب وجهات النظر بين المتخاصمين في القضايا المرفوعة أمامه لأجل الوصول إلى تسوية توافقية مرضية للجميع، ونظرا لأهميته وما له من مميزات وفوائد فقد بادر المشرع إلى

¹ - عبد الصدوق خيرة، الوساطة القضائية في التشريع الجزائري، دفاثر السياسة والقانون، العدد الرابع_ جانفي 2011، ص

استحدثته، حيث نظمه بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، واعتبره اجراء وجوبي يلزم القاضي عرضه في أول جلسة على الخصوم، كل هذا سنتناوله بالذكر في هذا المطلب وبالتفصيل.¹

الفرع الأول: الخصوصية المفاهيمية للوساطة القضائية والتفرقة بينها وبين النظم المشابهة لها

إن تطور المجتمع الجزائري في مختلف الميادين ولاسيما في التجارة والخدمات، وما نتج عن ذلك الحاجة إلى وجود آليات قانونية تمكن الأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع وفعال وعادل مع منحهم حرية لا تتوفر عادة في الجهات القضائية، التي أصبحت تعاني من عبء اكتظاظ القضايا وطول أمد الدعاوى القضائية.

هذه الآليات تميز بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد عن سابقه بنصه على الطرق البديلة لحل الخلافات، إلا أننا في هذا المطلب سنتطرق إلى الوساطة، هذه الوسيلة القانونية الجديدة على جهازنا القضائي رغم تجذرها في ثقافتنا في القانون 08_09² المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمرسوم التنفيذي رقم 100_09³ المؤرخ في 10 مارس 2009 تحت عنوان الوسيط القضائي.

وهو ما سنحاول التعرض له في هذا الفرع حيث سنتطرق (أولا) إلى مفهوم الوساطة القضائية من خلال تعريفها وخصائصها، أما (ثانيا) فسننتقل إلى تمييز الوساطة عن غيرها من الوسائل البديلة الأخرى لفض النزاع.⁴

أولا: مفهوم الوساطة القضائية وبيان أهمية الدور الذي ستلعبه الوساطة في حل النزاعات التجارية

لدراسة الوساطة القضائية تم تعريفها لغويا (1)، وفقهيا (2) وتشريعيا (3)، كما سيتم دراسة أهمية الدور الذي تلعبه هاته الوساطة في حل النزاعات التجارية (4).

¹ -حمه مرمرية، نظام الوساطة القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30_ عدد 3 ديسمبر 2019، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1، الجزائر، ص24.

² - القانون رقم 09_08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، السالف الذكر.

³ -المرسوم رقم 100-09 المؤرخ في 10 مارس 2009 المتعلق بتعيين الوسطاء القضائيين في الجزائر، ج ر ع 16، الصادرة بتاريخ 15 مارس 2009.

⁴ -جطي خيرة، الوساطة القضائية كآلية بديلة لحل النزاعات في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة دورية محكمة تصدر عن المركز الجامعي تسميلت، العدد 04 ديسمبر 2011، ص156.

1- التعريف اللغوي للوساطة القضائية:

الوساطة لغة مأخوذة من كلمة وسط (بفتح السين) ويقال وسط الشيء ما بين طرفيه كقوله قبضت وسط الحبل، أما الوسط (بسكون السين) فهو ظرف لا اسم له ومن ذلك جلست وسط القوم أي بينهم، وفي الحديث أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وسط القوم أي بينهم، ويقال وسطت القوم أي توسطتهم و وسوط الشمس توسطها السماء والتوسط من الناس: من الوساطة، والوسط (بفتح السين) من كل شيء: أعدله ومنه قوله تعالى "وكذلك جعلناكم أمة وسطا"¹ أي عدلا. والوسيط هو المتوسط بين المتخاصمين أي عمل الوساطة وأخذ الوسط بين الجيد و الرديء.²

2- التعريف الفقهي للوساطة القضائية:

عرفت الوساطة على أنها: "أسلوب من أساليب الحلول البديلة لفض النزاعات تقوم على توفير ملتقى للأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد، وذلك لمحاولة التوسط لحل النزاع".

أما المشرع الجزائري فعند سنه لقواعد الوساطة لم يقدم تعريفا لها وإنما ترك أمر تعريفها للفقهاء، وعليه يمكن تعريفها على أنها:

"وسيلة لحل النزاعات من خلال تدخل شخص ثالث نزيه وحيادي ومستقل يزيل الخلاف القائم، وذلك باقتراح حلول عملية ومنطقية تقرب وجهات نظر المتنازعين بهدف إيجاد صيغة توافقية وبدون ان يفرض عليهم حلا يصدر قرارا ملزما".

كما يمكن تعريفها أيضا على أنها:

"إحدى الطرق الفعالة لفض النزاعات بعيدا عن عملية التقاضي وذلك من خلال إجراءات سرية تكفل الخصوصية بين أطراف النزاع من خلال استخدام وسائل وفنون مستحدثة في المفاوضات بغية الوصول إلى تسوية ودية مرضية لجميع الأطراف".

¹ -سورة البقرة الآية 143.

² -الملودي العابد العمراني، الوساطة في التشريع المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبدالمالك السعدي، طنجة (المغرب)، السنة الجامعية: 2011-2012، ص26.

وتعتبر الوساطة إحدى الطرق الفاعلة لتسوية النزاعات بين الأشخاص بعيدا عن عملية التقاضي من خلال اجراءات سرية وسريعة يقوم بها شخص ثالث محايد تقوم على محاولة تقريب وجهات النظر بين أطراف النزاع بغية الوصول إلى هذه التسوية، وتتطلب الوساطة المشاركة المباشرة لأطراف النزاع ومحاميتهم في حال وجودهم، بحيث يعطي كل طرف الفرصة للتعبير عن وجهة نظره¹. بعد ذلك يقوم الوسيط بمساعدة الأطراف على تحديد حاجاتهم ومصالحهم الفعلية، ومساعدتهم على إيجاد الاهداف المشتركة.²

وعليه، فإن فكرة الوساطة جديدة على القانون الجزائري وليس على مجتمعنا الإسلامي العربي والقبلي، وسيلة اختيارية ورضائية تستلزم حوارا مفتوحا على قدم المساواة والقرار فيها ذاتي، فدور الوسيط يقتصر على تسهيل التواصل والحوار بين الأطراف وهي مفيدة وعملية للمتنازعين الذين يريدون حلا سريعا للنزاع القائم بينهم.

3- تعريف الوساطة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

لقد نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 944 منه حيث جاء فيها: "يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد".

يتضح من خلال التعريف أن الوساطة في هذا القانون تختلف عن التعريفات السابقة، حيث تكتسي الطابع القاضي وتكون مرتبطة بوجود منازعة ودعوى قضائية، فالوساطة هي أسلوب من أساليب التسوية البديلة للمنازعات، تقوم على أساس طلب القاضي من الخصوم محاولة حل النزاع خارج ساحة القضاء من طرف شخص آخر محايد بصفة سرية وبعيدة عن علنية الجلسات.

وقد جاء هذا التوجه من المشرع الجزائري استجابة لتوصيات اللجنة الأوروبية سنة 2002 بتبني الوسائل البديلة لتسوية النزاعات.

يتضح مما تقدم أن الوساطة هي فعلا طريق بديل مستحدث لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث ينطبق عليها وصف الإستحداث أكثر من الصلح.

¹-عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص79.

²-مرجع نفسه، ص79.

وحسب مقتضيات المادة 994 في فقرتها الأولى فالوساطة وجوبية حيث يتعين على القاضي الذي ينظر في النزاع أن يعرض هذا الإجراء على الأطراف كأصل عام، وفي حالة رفض الخصوم عليه ان يشير إلى ذلك في الحكم تحت طائلة البطلان.¹

4- أهمية دور الوساطة في تسوية النزاعات التجارية:

إن طبيعة النزاعات التجارية المعقدة والتي تتميز بتداخل مصالح العديد من الفاعلين وسيطرة العقلية الربحية لدى جل التجار تجعل من الوساطة الآلية الأكثر من غيرها قدرة واستجابة لمتطلبات المعاملات التجارية، ولعل كل باحث سيلاحظ التداخل الفريد بين آليات الوساطة ومتطلبات المعاملات التجارية، وهكذا فإذا كان العمل التجاري يتميز بخاصيتي السرعة والمرونة، وهما أمران مطلوبان أيضا في النزاع التجاري بشكل عام، فإن الوساطة تمكن مستعملها من التحكم في جميع آليات اشتغالها من ترتيب للوقت وتحديد للمكان وتنظيم لجلسات الوساطة، وكل هذه مميزات تستجيب لحاجيات التجار في شتى المجالات، وكيفما كان نوع نزاعهم.

هذا وإن كانت السمعة التجارية هاجس كل تاجر وشركة تجارية، فالحفاظ عليها ونشرها بالصورة المثلى يكون له انعكاس مباشر على ربحية ووضعية التاجر بصفة عامة، ولا شك أن خاصيتي السرية والخصوصية اللتان تميزان سريان عملية الوساطة وكل الآثار المرتبطة بها، تسهمان في الحفاظ على السمعة التجارية، فهاجس الوسيط دائما هو الحفاظ على سرية الوساطة حيث يحرص كل الحرص على أن تظل مختلف تفاصيلها حصرا على المتدخلين المباشرين فيها، كما أن خصوصيتها تجعل الوسيط حريصا على الحد من المتدخلين فيها اللهم إذا اقتضت الضرورة القصوى ذلك، فالمعني بالوساطة هم أطراف النزاع فقط، وهذه أمور ولا شك تساهم في الحفاظ على السمعة التجارية للتاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا حتى ولو كان يمر بظروف استثنائية من قبيل النزاع التجاري.

¹ -مانع سلمى، الطرق البديلة المستحدثة لحل النزاعات الإدارية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 26، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان 2012، ص34.

ثانيا: خصائص الوساطة القضائية

تتميز الوساطة عن التحكيم والقضاء بعدة خصائص و مميزات أهمها ما يلي:

1- السرية: من خصائص الوساطة أنها تكفل قدرا من الخصوصية والسرية أثناء تسوية النزاع، فالوسيط يجب ، يحفظ قدرا من السرية بين الأفراد والحرص على عدم تسرب كل ما يتعلق بالنزاع وشرط السرية يجب أن يكون في اتفاق الوساطة إذ يتعهد أطراف الاتفاق بأن يحافظوا على الوساطة وإجراءاتها في إطار من السرية والكتمان¹.

2- السرعة: لاشك أن العدالة البطيئة ظلم ناجز، والسرعة في حل النزاعات أصبح مطلب أساسي فرضته طبيعة العصر الذي نعيش فيه، ساهم في ذلك تطور الحياة المتنامي على كافة الأصعدة، وهو ما لم يعد متناسبا مع بطء القضاء في كثير من الأحيان في الفصل في النزاعات كون ذلك معوق كبير أمام الأفراد بل الدول في استمرار تقدمها ونموها ونهضتها ومن هنا كانت الوساطة وما توفره من سرعة في حل النزاعات بين الأفراد أو حتى الدول ملجأ للمتنازعين يحافظون من خلاله على أوقاتهم وأعمارهم ومصالحهم في ما هو مفيد ونافع، وسرعة حسم المنازعات بالوساطة أمر مشجع لعلاقات التجارة الدولية التي تتأثر بتقلبات سعر الصرف والبضائع، فالثقة في الوسيط والبحث عن حل للنزاع بالوساطة خير من ضياع الوقت أمام القضاء للوصول إلى الحق بكامله.²

ولأن الوساطة أحد أهم الوسائل البديلة التي تتميز بالسرعة في حل النزاع فمعظم الوساطة الناجحة ينتهي النزاع فيها في أيام معدودة أو مدة قصيرة لسرعة الإجراءات.

3- اللجوء إلى الوساطة أمر اختياري: إذ لا يمكن القيام بأي اجراء دون موافقة من أطراف النزاع، وأكثر من ذلك يمكنهم في أي وقت الإنسحاب من عملية الوساطة والعودة إلى القضاء³، ولعل هذه الميزة من أهم ما يشجع على اللجوء إلى الوساطة على اعتبار أن الأطراف لا يخشون فقدان الطرق القانونية الأخرى لحل النزاع إذا فشلت الوساطة. فاللجوء إلى الوساطة لا يعني ابعاد القاضي عن النزاع، بل يستمر في متابعة النزاع ومنه اتخاذ ما يراه مناسبا من تدابير في حل النزاع.

¹-محمد المكي، دور الوساطة في تسوية النزاعات "دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة مولاي اسماعيل، السنة الجامعية، 2016-2017، ص229.

²-عبد الرحمان محمد سليمان الجهني، الوساطة في حل المنازعات التجارية، مجلة جامعة شندي للبحوث والدراسات الشرعية والقانونية، العدد الثاني، ديسمبر 2020، ص 101.

³-حمه مرمرية، مرجع سابق، ص26.

4-تحقيق مكاسب مشتركة لطرفي النزاع: على اعتبار أن التسوية النهائية في الوساطة تكون قائمة على حل مرضي لطرفي النزاع تم التوصل إليه بإرادتهما الحرة، ويكون قائما على تحقيق مكاسبهما ومصالحهما المشتركة دون الاقتصار على الحقوق القانونية التي تعتمد عليها الأحكام القضائية.¹

5- وسيلة ودية وبديلة لتخفيف العبء عن القضاء: الوساطة نظام إرادي أساسه رضا طرفي النزاع باتفاق الوساطة، ويختار طرفا النزاع الوسيط لتسوية نزاع محدد بينهما بمجموعة من الحلول توافق مصالح طرفي النزاع في عملية وساطة تنتهي فور حصاد ثمرتها، وهي وسيلة للتعايش السلمي والعلاقات المتصلة بين طرفي النزاع بديلة عن القضاء الذي يوصف بقضاء العلاقات المنقطعة. فالوساطة وسيلة بديلة لتسوية المنازعات بطرق ودية واقتصاد في الوقت والنفقات والرسوم والأتعاب، فهي عدالة مريحة لطرفي النزاع بإصلاح ذات البين بالتراضي، فلا يكون فيها غالب أو مغلوب، فكلاهما خصمان رابحان، وتخفف العبء عن القضاء بالنظر إلى حل هذا النزاع من خلال الوساطة بدिला عن اللجوء إلى القضاء.²

6- تقوية مناخ الأعمال و الإستثمار: يعتبر الإستثمار دعامة أساسية للتنمية، لكونه يشكل بالإضافة إلى الطاقة الإنتاجية الزيادة في الثروات، لذا تساهم الوساطة بفضل مزاياها العديدة في توفير المناخ المناسب لتشجيع الإستثمار والمبادرة الحرة وإشاعة ثقافة التفاوض من أجل مواجهة متطلبات وإكراهات وتنافسية عولمة الإقتصاد، وخلق بيئة استثمارية جذابة ومشجعة على تحقيق مكاسب مشتركة لطرفي النزاع، قائمة على حل مرض للطرفين.³

يظهر هذا التكريس للوسائل البديلة كضامنة لتحسين منتج الأعمال من خلال اطمئنان المستثمر أو الصناعي أو التاجر للحلول التي تتبناها تلك الوسائل مادام الأطراف هم الذين يختارونها وينفذون ما ينتج عنه. أمر يسمح لهم بالإقبال على الدولة التي كرست تلك الوسائل ومن ثمة تطوير الإنتاج الوطني واستقطاب رؤوس الأموال، وهذه مسألة تعود بالفائدة على اقتصادها من خلال مساهمة تلك الإستثمارات في التنمية الوطنية الشاملة. فإذا أخذنا المشرع الجزائري على سبيل المثال، نجده قد

¹ - حمه مرمرية، مرجع سابق، ص 26.

² - عبد الرحمان محمد سليمان الجهني، مرجع سابق، ص 101.

³ - فاتحة الغلاي، دور الوساطة التجارية في الرقي بالتجارة والإستثمار في المغرب، مجلة منازعات الاعمال، العدد 16 سبتمبر 2016، جامعة ابن زهر بأكادير (المغرب)، ص 65.

كرس الوسائل البديلة في المنظومة القانونية المنظمة لنشاط الاستثمار والتجارة الدولية بموجب قانون إ م لغرض أساسي، وهو تشجيع الاستثمارات الأجنبية بغية اقدمه على السوق الجزائرية.¹

الفرع الثاني: تمييز الوساطة القضائية عن الطرق الأخرى في حل النزاعات التجارية

الوسائل البديلة لفض المنازعات خارج نطاق القضاء متشابهة ومتقاربة الخصائص والمميزات وتتصف بالسرعة والودية، من هذا المنطلق سأميز بين الوساطة القضائية وما يشابهها.

أولاً- الوساطة القضائية و الصلح

تختلف الوساطة عن الصلح في أن الأولى تكون بتعيين شخص محايد يقترب من المتخاصمين ويحاول إيجاد حل للنزاع المطروح، وعليه نجاح الوساطة يرتكز على الجهود التي يبذلها وعلى تنازل وتحكم كل طرف في مطالبه ثم يحرر محضرا يسمى محضر الوساطة.

أما الثاني أي الصلح فهو اجراء يتخذه طرفي الخصومة شخصيا ولوحدهما قصد وضع حد لخصومة، فيحرران محضرا يتضمن الحل الذي توصلا إليه.

ولكن الإثنين قد يكونان قبل اللجوء إلى العدالة أو بعدها وفي الحالة الأخيرة يصبح محضر الوساطة أو محضر الصلح سندا تنفيذيا.²

ثانيا: الوساطة و التحكيم

تختلف الوساطة عن التحكيم من حيث أنه يحق لطرفي النزاع الإنسحاب في أي مرحلة كانت عليها الوساطة في حين أنه في التحكيم يتمتع الطرفان بنفس الإمكانية في حالة اللجوء إلى التحكيم، ويعد هذا الفارق أمر منطقي بالنظر إلى الطابع الإلزامي للتحكيم سواء من ناحية الإجراءات أو من ناحية حكم التحكيم.³

¹-إرزيل الكاهنة، خصوصية تسوية المنازعات ذات الطابع الإقتصادي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 2، 2018، ص 24.

²-شريعة ولد شيخ، الطرق البديلة لحل النزاعات محاضر الصلح والوساطة كسندات تنفيذية وفق قانون الإجراءات المدنية والادارية الجزائري، المجلة النقدية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 116.

³-هشام البخفاوي، مرجع سابق، ص 387.

أما أوجه الإتفاق بينهما فتتمثل بأن هدفهما واحد وهو حسم النزاع بعيدا عن ساحات القضاء وكذلك تتم عبر تدخل طرف ثالث محايد من أجل حل النزاع، ويسمى المحكم في التحكيم، والوسيط في الوساطة، وأن المحكم أو الوسيط كلاهما من اختيار أطراف النزاع، وهو الذي يسعى لديهم ويتعرف على وجهة نظرهم، ويسمع أقوالهم، ويهيئ للوصول إلى حل ينهي الخلاف، بما يحفظ استمرار علاقاتهم مستقبلا.¹

الفرع الثالث: مبررات اللجوء إلى الوساطة لحل المنازعات التجارية

إن العلاقات التجارية غالبا ما تصاحبها تضارب بين مصالح التجار ونزاعات يتطلب حلها اللجوء إلى وسائل تراعي مصلحة جميع الأطراف المتنازعة، ومن بين هذه الوسائل توجد الوساطة إذ أن أسباب اللجوء إليها هي نفسها الأسباب التي تدفع بالأطراف المتنازعة في أي مجال باللجوء إليها، والمتمثلة أساسا في السرعة والمرونة والتكلفة القليلة بالمقارنة مع القضاء، لكن تبقى للوساطة خصوصيتها من حيث مبررات اللجوء إليها والمتمثلة في ضرورة الحفاظ على الروابط التجارية والعلاقات المالية بين التجار، والحفاظ أيضا على سرية النزاع، بحيث لا يطلع الجمهور على تفاصيل النزاع خصوصا من حيث نوع المعاملة ومقدار الأموال، سوى الطرف الوسيط الذي هو ملزم بكتمان السر المهني، كما أن الوساطة تقوم على مبدأ الرضائية في حل النزاعات مما يجعل منها وسيلة اتفاقية تستدعي التقيد بقواعد النظام العام التجاري.²

إن الحد والقضاء على المعاملات التجارية التي تمس بنظام المنافسة الشريفة والإحتكار الذي يؤدي إلى توسيع الفوارق بين القوت الإقتصادية، فلا يجوز لأي اتفاق وساطة مشترك بين التجار المتنازعين أن يمس بهذه القواعد ويخالفها تحت طائلة بطلانها.

فازدياد معدل التجارة واتساع سوقها نتيجة لزيادة وسهولة الاتصالات عبر الحدود وعم ملائمة التنظيمات القضائية والقوانين الوضعية سواء على الصعيد الداخلي أو الخارجي للفصل فيما ينشأ من نزاعات تجارية يجعل للوساطة دورا كبيرا كأحد البدائل للقضاء الرسمي في الدولة، لما توفره لأطراف

¹ - عبد الرحمان محمد سليمان الجهني، مرجع سابق، ص 102.

² - الملودي العابد العمراني، مرجع سابق، ص 93.

النزاع من سرية وخصوصية وتحرير من قيود القوانين الوضعية كما تم ذكره سابقا، فتكون الوساطة ملائمة للنزاعات التجارية للأسباب التالية:

1- قيام النزاعات التجارية بين التجار أو بمناسبة القيام بأعمال تجارية يريد أطرافها الاستمرار في هذه العلاقات، والوساطة تشكل أهم وسيلة لتحقيق ذلك.

2- إن مشكلة القضاء الرسمي الأساسية تتمثل في عدم قدرته على الفصل في النزاعات في وقت قصير، وهو عيب يضر بالمعاملات التجارية التي تعتمد على السرعة، حيث تشكل الوساطة ضمانا أساسية لتحقيق الفصل في النزاعات في وقت قصير.

3- يتيح نظام الوساطة تعيين وسيط لديه الخبرة الفنية ما يمكنه من مساعدة الأطراف في حل النزاع المعروض عليه دون الحاجة لانتداب الخبراء فالقاضي يراعي في اختيار الوسيط أن يكون على درجة من التخصص في موضوع النزاع.¹

4- طبيعة المعاملات التجارية تتطلب الفصل فيها بسرية وبأقل قدر ممكن من العلانية، حيث تعتمد النزاعات التجارية أساسا على الثقة، وعدم التشهير بالمشاكل، وهنا تحقق الوساطة للمعاملات التجارية السرية.

الفرع الرابع: إجراءات الوساطة وشروط انعقادها

سنعالج في هذا الفرع دور الأشخاص الموكول لهم اجراء الوساطة ألا وهما القاضي والوسيط، كما سنتوقف عند الوساطة من حيث طبيعة النزاع وكذا من حيث درجات التقاضي، لنصل إلى شروط انعقاد الوساطة بحيث لا يكفي عرضها من القاضي بل يجب قبولها من الأطراف المتخاصمة اللذين يبدون استعدادهم لقبول تدخل شخص أجنبي بينهم قصد الوصول إلى حل ودي.²

أولا: القاضي كطرف في الوساطة

استنادا إلى الفقرة 2 من نص المادة 995 من ق إ م إ، فإنه: "لا يترتب على الوساطة تخلي القاضي عن القضية ويمكنه اتخاذ أي تدبير يراه ضروريا في أي وقت"، فالقاضي يؤدي دورا مهما

¹-سوالم سفيان، مرجع سابق، ص 91-92.

²- شريفة ولد شيخ، مرجع سابق، ص 117.

وفعالا في عملية الوساطة عبر مختلف مراحلها يتجلى ذلك في العديد من السلطات التي خولها إياه
المشرع إما صراحة وإما ضمنا أهمها:

1- تعيين الوسيط القضائي و استبداله:

منحت الفقرة 2 من المادة 994 من القانون المذكور أعلاه صراحة للقاضي صلاحية تعيين
الوسيط القضائي، وذلك بالاطلاع على قائمة الوسطاء القضائيين المختصين اقليميا، بناء على جملة
من الاعتبارات كالخبرة المكتسبة والمؤهلات العلمية التي تمكنه من اختيار وسيط قضائي دون آخر.

كما يمكن للقاضي استبدال الوسيط القضائي لوجود مانع من الموانع المذكورة في نص المادة
11 من المرسوم التنفيذي رقم: 09-100 المتضمن تعيين الوسيط القضائي، وهي الموانع التي تحول
دون أداء الوسيط لمهامه وتمس بحياده واستقلاليتيه، أو قد يكون سبب الاستبدال بموجب أمر قضائي
مسبب وبنفس الكيفية التي صدر بموجبها أمر التعيين الأول¹.

والملاحظ أن تدخل القاضي لإستبدال الوسيط القضائي ليس محصورا مجاله في نص المادة
11 من المرسوم التنفيذي رقم 09-100 السالف الذكر، بل لعدة دواعي ومبررات جدية وهي كلها
حالات واردة علا سبيل المثال لا الحصر، ومن شأنه تعزيز التدخل الإيجابي للقاضي في مجال
الوساطة وتجنب أطراف النزاع تضييع الأجل المقررة للوساطة دون فائدة.

وقد خول القانون للقاضي سلطة تحديد أتعاب الوسيط القضائي، آخذا في عين الاعتبار
طبيعة النزاع والجهد المبذول، كما منح له أيضا سلطة افادته من تسبيق مالي إلى جانب تحديد
الأعباء المالية التي يتحملها كل طرف من أطراف النزاع بناء على الوضعية الإجتماعية².

وما تجدر الإشارة إليه أن دور القاضي تجاه الوساطة لا يقتصر فقط على الدور الرقابي
السابق، بل يمتد إلى الدور الرقابي اللاحق وذلك من خلال سلطة ممارسة الرقابة اللاحقة على
محضر اتفاق الوساطة³.

¹-محمد الطاهر بلموهوب، الوساطة القضائية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة
الدكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1، السنة الجامعية، 2016-2017، ص176.

²-ماجري يوسف، الوساطة القضائية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، جامعة الجزائر1، السنة
الجامعية، 2018/2019، ص260.

³-مرجع نفسه، ص260.

2- تحديد مدة الوساطة و تجديدها: أوجبت المادة 999 من ق إ م إ ان يتضمن الأمر القاضي بتعيين الوسيط تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته وكذا تاريخ رجوع القضية إلى الجلسة، هذه الآجال لا يمكن أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر حسب نص المادة 996 من القانون ذاته، والتي يمكن تجديدها لنفس المدة مرة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء وذلك بعد موافقة الخصوم.

3- رقابة مدى احترام الوسيط القضائي حدود المهمة المسندة إليه: للقاضي دور مهم في مراقبة مدى التزام الوسيط القضائي بالحدود التي رسمها له في الأمر القاضي بتعيينه، خاصة وأن المادة 995 من ق إ م إ أجازت تجزئة النزاع، كما له سلطة في تقدير مدى قابلية النزاع للتجزئة.

4- رقابة مدى مخالفة مضمون اتفاق الوساطة للنظام العام: فكما أن القاضي ملزم برقابة مدى قابلية النزاع للوساطة ابتداء، من خلال التأكد من أنه ليس من قضايا شؤون الأسرة ولا من قضايا العمالية ولا يتعلق بالنظام العام، فكذلك الشأن بالنسبة لمحضر اتفاق الوساطة حيث يقع على عاتق القاضي التأكد من عدم مخالفته للنظام العام، فإذا كان يتنافى ومصلحة اقتصادية أو اجتماعية أو يخالف قاعدة قانونية يكون باطلا ولا يصادق عليه القاضي.¹

ثانيا: الوسيط وتفعيل الوساطة القضائية

يسعى الوسيط القضائي إلى تسوية النزاع بين الطرفين بصورة ودية خلال المدة المحددة له قانونا، إذ هو العنصر الجوهرى في عملية الوساطة، ومن أجل بلوغ سعيه هذا عليه أن يتجنب سلطة فرض الحلول على الأطراف، فهو غير ملزم بالوصول إلى تسوية ذلك، إذ أن طبيعة التزام الوسيط بالسعي إلى تسوية النزاع هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة.

و يقوم الوسيط القضائي بدورين أساسيين و هما، أولا تلقي وجهات نظر أطراف النزاع وثانيا محاولة تقريبها من أجل الوصول إلى تسوية ودية للنزاع.

إن دور الوسيط القضائي جد مهم لإنجاح الوساطة فهدفه الأساسي مساعدة الخصوم على حل مشاكلهم تقاديا لصدور حكم قضائي باعتبار الوساطة حل بديل عن القضاء، فهدفه ليس الحكم في النزاع ولا إعطاء الحق لأحد الخصوم وإنما هو مسير لحالة نزاع من أجل إزالته وحله بالإستعانة

¹ - محمد الطاهر بلموهوب، مرجع سابق، ص 177.

بأطرافه، فهو مطالب بتهيئة شروط ملائمة وخلق ظروف تسمح للأطراف بالوصول إلى اتفاق بينهم يتلاءم مع رغباتهم وكل ذلك باحترام واجب النزاهة والحياد والاستقلالية والالتزام بالسرية.¹

1- كيفية وشروط تعيين الوسيط القضائي:

قبل ممارسة الوسيط لمهامه لابد من أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط والتي تختلف بحسب ما إذا كان الوسيط شخص طبيعي (أ)، أو شخص معنوي (ب).

أ- الوسيط شخص طبيعي: لقد حدد المرسوم التنفيذي 09-100² الذي أحالت إليها المادة 998 ق إ م الاعتبارات التي يجب أن يتسم بها الوسيط لأداء مهامه والتي تتجسد أساسا في:

-الإعتبارات الشخصية:

طبقا لأحكام المادة 3 من المرسوم التنفيذي 09-100 يتم انتقاء الوسيط القضائي من بين الأشخاص المشهود لهم بالنزاهة والكفاءة والمؤهلات التي تمكنهم من القدرة على حل النزاعات وتسويتها بالنظر إلى سمعتهم ومكانتهم الإجتماعية، كما يمكن اختياره كذلك من بين الأشخاص الحائزين على شهادات جامعية أو دبلوم أو تلقوا تكويننا متخصصا في المجال المثبت بموجب شهادة أو اعتراف يؤهلهم لتولي مهام الوساطة في نوع أو شكل معين من النزاع. كما أن الوسيط ليس رجل قانون بالضرورة ولا يطلب منه دراية بالتشريع والفقهاء وأحكام القضاء.

-الإعتبارات الموضوعية:

لا تكفي الإعتبارات الشخصية لترشيح الشخص لتولي وظيفة الوسيط بل يجب توفر مجموعة من الإعتبارات الموضوعية كانت قد حددتها المادة 998 ق إ م والتي أشارت إلى جملة من الإعتبارات بالإضافة إلى حسن السلوك والإستقامة والسمعة الطيبة ويجب أن تتوفر فيها ما يلي:

-أن لا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف.³

-أن لا يكون ممنوعا من ممارسته لحقوقه المدنية والسياسية.

¹ - ماجري يوسف، مرجع سابق، ص 263.

² - المرسوم رقم 09-100 المؤرخ في 10 مارس 2009، السالف الذكر.

³ - لحاق عيسى وسليمان النحوي، الوساطة القضائية كمبدأ إجرائي لحل المنازعات المدنية، مجلة آفاق علمية، المجلد 11 العدد 01 لسنة 2009، جامعة الأغواط، ص 62.

- أن يكون محايدا ومستقلا في ممارسته للوساطة.

بالإضافة إلى هذه الشروط الواردة في أحكام المادة المذكورة أعلاه يجب أن تتوفر في الوسيط كذلك الشروط المشار إليها في المرسوم التنفيذي 09-100 والتي تتمثل أساسا في:

- أن لا يكون قد حكم عليه بسبب خيانة أو جنحة باستثناء الجرائم غير العمدية.

- أن لا يكون ضابط عموميا وقد وقع عزله أو محاميا أو أي موظف تم عزله بموجب إجراء تأديبي نهائي.¹

- **الإعتبرات القانونية:** تتم وفقا للشكل التالي: أن يتقدم المعني بالأمر بطلب التسجيل في القائمة المعتمدة للوسطاء القضائيين لدى السيد النائب العام لدى المجلس القضائي الذي يقع في دائرة اختصاصه المترشح لإجراء تحقيق عن الملف ثم يحيله إلى لجنة الانتقاء لإبداء رأيها بقبول أو رفض ملف المترشح لتسجيل المعني ضمن قائمة الوسطاء القضائيين من أجل عرضه على الوزارة الوصية، إلى أن يتم تعيين المترشح كوسيط بموجب قرار من طرف وزير العدل حافظ الأختام و ثم تأدية اليمين القانونية من طرف الوسيط المعتمد.

كما يخص الوسيط القضائي بتكوين خاص في تقنيات الوساطة و أحكامها ومدلولها الذي يسمح له بإعادة ربط الاتصال والحوار بين الخصوم.

إلى أن يتم تكليفه من طرف القاضي مع ضرورة موافقة الخصوم مع أمر القاضي بنذب وسيط والذي هو أمر وجوبي في أول جلسة مع تحديد الأجل الممنوح له للقيام بمهامه والتاريخ المحدد لرجوع القضية للجلسة.²

ب- الوسيط شخص معنوي:

أمر الوساطة لا يقتصر على الشخص الطبيعي فحسب بل يمتد الأمر كذلك للشخص المعنوي بنفس الكيفية بمعنى تتوفر في الأشخاص القائمين على إدارة الشخص المعنوي نفس الشروط التي يجب أن تتوفر في الشخص الطبيعي السابقة الذكر، إذ في هذا الغرض يقوم رئيس الجمعية بتعيين

¹ - جطي خيرة، مرجع سابق، ص 161.

² - لحاق عيسى وسليمان النحوي، مرجع سابق، ص 64.

أحد أعضائها بتنفيذ الإجراء باسم الجمعية المذكورة ويخطر القاضي بذلك، وهو ما أكدته المادة 997 ق إ م إ،¹ حيث يجب أن تكون الجمعية متخصصة في مجال من مجالات النزاع.

وحسب ما هو مقرر قانونا والمعمول به قضاء، أنه بعد صدور الأمر القضائي المتضمن تعيين الوسيط القضائي سواء كان شخصا طبيعيا أو جمعية، يناط بكاتب ضبط المحكمة المختصة والصادر عنها أمر التعيين، تبليغ نسخة منه إلى الخصوم والوسيط القضائي.

2- مهمة الوسيط: يلعب الوسيط دورا أساسيا في تسهيل إبرام الصلح، ينهي النزاع بين الطرفين أو بين الأطراف، فهي تعتبر وسيلة للوصول إلى حلول مرضية لطرفي النزاع خاصة في مجال النزاعات التجارية، النزاعات البنكية سواء الفردية أو الجماعية.

وللوسيط أن يستمع إلى الأطراف، وأن يسعى إلى تقريب وجهات نظرهم لأجل تمكينهم من إيجاد حل للنزاع القائم بينهم، حيث يجوز له وفي سبيل ذلك وبعد موافقة الأطراف، الإستعانة بكل خبرة من شأنها توضيح النزاع، وتجدر الإشارة إلى أن الشاهد أو الخبير الذين يستعين بهم الوسيط لا يقومون بتأدية اليمين القانونية،² ولك لا اعتبار أن إجراءات الوساطة لا تعتبر إجراءات قضائية.

3- مهارات الوسيط: حتى تتحقق الغاية المرجوة من الوساطة، هناك جملة من المسائل الفنية وأساليب اتصال يتعين على الوسيط الإلمام بها تتمثل في الآتي:

أ- فن إعادة الصياغة المحايدة:

وهو أسلوب يجب أن يتبعه الوسيط أثناء إجراءات الوساطة، وذلك بإعادة صياغة العبارات التي يتلفظ بها الأطراف من أجل التعبير عن وجهة نظرهم بموضوع النزاع، وذلك بطريقة محايدة عن طريق استعمال الأطراف بقدرة الوسيط على حل النزاع وإدارة عملية التفاوض.

¹-انظر أحكام المادة 997 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ المعدل والمتمم، السالف الذكر.

²-عشوب محمد و رايس محمد، منظومة الوساطة في القانون المغربي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06- العدد 02- ديسمبر 2021، ص2054.

ب- فن الإعتذار والإعتراف: يقصد بالإعتذار في هذا المجال ذلك الأسلوب الذي يتبعه الوسيط مع أطراف النزاع من أجل تخفيف انفعالاتهم العاطفية وذلك باستعمال ألفاظ تحمل في طياتها طلب الوسيط من الطرف الذي يخاطبه التماس الأعذار للطرف الآخر بسبب تصرف بدر منه، أما الإعتراف فهو تسليم بواقعة معينة دون الإقرار بالخطأ والمسؤولية عن تلك الواقعة، ومن ثم فالإعتذار يقوم على اقرار من جانب المعتذر بخطأ منه، في حين أن الإعتراف يعبر عنه الوسيط، وفي كل الأحوال يجب على الوسيط أن يكون حريصا في استخدام هذه الفنيات في الأوقات والمواضع الملائمة حسب ظروف الحال.¹

ج- فن تحديد أولويات النزاع: بحيث يقوم الوسيط بتحديد المسائل الجوهرية للنزاع والأكثر أهمية ليتم التركيز عليها عند لقاءاته والمناقشة مع الأطراف.

و بصفة عامة حتى ينجح الوسيط في المهام المسندة إليه، يجب أن يتلقى تكويننا تطبيقيا في فن الوساطة وبالأساس التدريب على فن التفاوض وإدارة النزاع، كما يجب أن يتحلى بالعدل والحياد، والإنصات الجيد، مع التواصل السليم والواضح.

4- عملية الوساطة: بعد موافقة الوسيط لإجراء الوساطة يقوم باستدعاء الأطراف لأول لقاء، تنطلق عندها عملية الوساطة، وبياتر الوسيط المهمة المسندة إليه من تلقي وجهة نظر كل طرف في القضية وسماع كل من يمكن سماعه ومحاولة التوفيق بين وجهات النظر.

5- محضر الوساطة: عند انتهاء الوسيط من مهمته، ما لم تنته بأمر من القاضي تلقائيا أو بطلب من الخصوم يخطر الوسيط القاضي الأمر بالوساطة كتابيا بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه، وفي حالة ما إذا تم الإتفاق، فإن الوسيط يحرر محضرا يضمنه محتوى الإتفاق ويوقعه هو والخصوم طبقا لنص المادة 1003 من ق إ م إ التي جاء فيها: "عند انهاء الوسيط لمهمته، يخبر القاضي كتابيا بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه، وفي حالة الاتفاق يحرر الوسيط محضرا يضمنه محتوى الاتفاق ويوقعه والخصوم".

ولكي يتمتع محضر الوساطة بقيمة قانونية تؤدي إلى انهاء النزاع، يجب أن يتضمن محضر الوساطة شروطا شكلية وموضوعية نبينها فيما يلي:

¹-حمه مرمرية، مرجع سابق، ص28.

أ- **الشروط الشكلية:** كآية وثيقة رسمية تكرر اتفاقا وسلطة عامة، يجب أن تتضمن عددا من البيانات شأنها شأن الأحكام القضائية، بحيث يجب أن يتضمن محضر الوساطة ذكر المجلس القضائي التابعة إليه المحكمة المطروح أمامها النزاع، اسم المحكمة، الإشارة إلى الأمر الذي عين الوسيط، الإشارة إلى القسم المطروح أمامه النزاع، ورقم القضية تاريخ تأجيل القضية أو رجوعها إلى الجدول وصفة الأطراف مع ضرورة ذكر وثيقة رسمية تثبت الهوية كبطاقة التعريف الوطنية أو رخصة السياقة¹، توقيع الوسيط، مصادقة المحكمة عليه بواسطة الأمر الذي يرافقه دوما ولكن ما يلاحظ على المحاضر أن الوسطاء يحررون محاضر صلح وليس محاضر وساطة والحال أن الإجراءات مختلفين تماما.

ب- **الشروط الموضوعية:** إن الوساطة تمثل طريقا وديا لا حاجة فيه إلى استعمال القوة العمومية، بل بالعكس يتم التنفيذ بطريق ودي ولو اقتضى الأمر قيام محضر بتنفيذ الإتفاق وتحرير تنفيذ عن ذلك.

و لكن هذا يقتضي تطبيق اتفاق الوساطة ميدانيا، لذا يجب أن يتضمن محضر الوساطة شرطين أساسيين هما: ²

النقاط الأساسية المتفق عليها، والتي تكون متنوعة ومتباينة حسب تباين واختلاف النزاعات، وقد سبق القول أن عادة ما يتضمن الاتفاق تنازل كل طرف عن جزء من ادعاءاته إرضاء الطرف الآخر. وعليه يجب توضيح كل نقطة تم الاتفاق عليها، وهنا يبرز الدور الهام للوسيط في تبيان مهاراته في حل النزاع لأن الغموض والإبهام سيؤدي لا مجال إلى إشكال في التنفيذ، وهو ما سيؤدي إلى إعادة طرح النزاع من جديد على العدالة، أي الوصول إلى نتيجة معاكسة لأهداف الوساطة.

ولعل مراقبة القاضي لمختلف إجراءات الوساطة ومصادقة القاضي على محضر الوساطة إجراءات من شأنها الحد من المشاكل التي تحدث أثناء التنفيذ.

ج- **الطبيعة القانونية لمحضر اتفاق الوساطة:**

من الصعب تحديد الطبيعة القانونية لمحضر اتفاق الوساطة نظرا لطبيعته الخاصة، ولما كان اتفاق الوساطة شبيها باتفاق الصلح القضائي خاصة من حيث الهدف منهما وهو حسم النزاع بطريقة ودية، فيمكن الإستئناس بما ذهب إليه الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للصلح القضائي.

¹- شريفة ولد شيخ، مرجع سابق، ص 130.

²- مرجع نفسه، ص 130.

فباعتماد اتفاق الوساطة مبني أساسا على رضا الخصوم وخلق إرادتهما من العيوب، وهذا ما حرص عليه المشرع الجزائري حيث اشترط موافقة الخصوم على هذا الإجراء، قبل تعيين القاضي وسيطا لتلقي وجهات نظر كل واحد منهم، وفقا لنص الفقرة 2 من المادة 994 من ق إ م إ .

كما اشترطت المادة 999 من القانون ذاته أن يتضمن الأمر القاضي بتعيين الوسيط موافقة الخصوم، واشترطت المادة 1003 من هذا الأخير توقيع الخصوم على المحضر في حالة الإتفاق.

لهذا يمكن اعتبار اتفاق الوساطة عقدا بين خصمين، يترتب عليه ما يترتب على العقود من آثار فهو لا يحوز حجية الأمر المقضي به، ولا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن العادية وغير العادية، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 1004 من القانون المذكور أعلاه.

من جهة أخرى فإن اعتبار المشرع الجزائري محضر اتفاق الوساطة سندا تنفيذيا حسب نص المادة 1004 من ق إ م إ، جعل البعض يصنفه ضمن الأحكام القضائية¹، فهو من حيث الشكل يخضع للقواعد الخاصة بالأحكام كإفراغه في شكل مكتوب وتوقيعه من طرف القاضي، واكتسابه صفة السند التنفيذي بمجرد التصديق عليه من طرف القاضي المختص بموجب أمر قضائي مما يؤكد حقيقة اعتباره حكما قضائيا قطعيا².

وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة لاتفاق الوساطة، الذي يبدأ اختياريا بموافقة الخصوم على العرض الذي يقدمه القاضي المختص للنظر في النزاع من أجل إجراء وساطة، وينتهي بمحضر اتفاق يصادق عليه القاضي غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، واعتباره سندا تنفيذيا يمكن اعتباره محضر اتفاق الوساطة عقدا من حيث المضمون وحكما قطعيا من حيث الشكل.

6- رجوع القضية للجدول: ترجع القضية للجدول في التاريخ المحدد في أمر تعيين الوسيط القضائي، وفقا لنص المادة 1003 فقرة 3 من ق إ م إ والتي نصت على ما يلي:

"ترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقا"

¹ - محمد الطاهر بلموهوب، مرجع سابق ، ص185.

² - مرجع نفسه، ص185.

وفي حالة الاتفاق يحرر الوسيط محضرا يضمنه محضر الاتفاق ويوقعه الخصوم، ويودع المحضر لدى أمانة الضبط، ويتولى أمين الضبط مهمة استدعاء الوسيط والخصوم للجلسة، إما عن طريق البريد المضمن أو بتسليمه إليه عند حضوره إلى أمانة الضبط مقابل وصل استلام الاستدعاء،¹ مع العلم أن القضية لا تعتبر قد خرجت من الجدول بل أنها مؤجلة وبالتالي يقوم أمين الضبط بتمرير ملف القضية إلى الجلسة بعد استدعاء الأطراف ونفس الأمر إذا لم يتم الاتفاق على حل فإن القضية ترجع للجدول، ويتواصل فيها التقاضي بالإجراءات العادية.

7- مستقبل دور الوسيط في الجزائر:

الجزائر على غرار البلدان الأخرى تعرف أحيانا صعوبات على المستوى الداخلي من الناحية القانونية والتنظيمية ولكن هذا ما يسعى إليه المشرع الجزائري من مشاريع عديدة منها تحقيق العدالة وإزاحة الفوضى والبيروقراطية وتقريب العدالة من المواطن بشكل واضح وبسيط، أما بالنسبة للوسيط هناك عدة مسائل تبقى في الظل ويصعب تفسيرها من بينها:

أ- كيفية تسديد أتعاب الوسيط على الأقل في حالة لم يتوفق الوسيط في اتفاق يرضي الطرفين.

ب- رغم الطابع التقليدي الذي يغلب على الوساطة وعلى ثقافتنا في نفس الوقت، يمكن أن نقول للوساطة مستقبل كبير في المعاملات المالية والقضايا التجارية التي اتسع حجمها مع تزايد العلاقات التجارية وتطور القوانين المرتبطة بها.

ج- إن تبني المشرع الجزائري لهذه الطريقة البديلة لحل النزاعات ستساهم لا محالة في التخفيف من القضايا لا سيما أن الوساطة تتسم بالمرونة والتحضر.²

8- مصاريف الوساطة:

لم يشر قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى هذا الموضوع وترك ذلك للمرسوم رقم 09-100 حيث نص هذا الأخير في المادة 12 منه على أن الوسيط يتقاضى مقابل أتعاب يحدد مقداره القاضي الذي عينه ويرجع الأمر للخصوم لتحديد بكل حرية توزيع أعباء المصاريف وأتعاب الوساطة

¹ - عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 108.

² - عبد الصديق خيرة، مرجع سابق، ص 108.

وفي حالة اختلافهم يكون التوزيع بأنصاف متساوية ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك بالنظر إلى الحالة الإجتماعية للأطراف.

ويخضع تقدير أتعاب الوسيط إلى:

-طبيعة النزاع وتعقيداته.

-عدد جلسات الوساطة.

-مهمة الوساطة ثلاثة أشهر أم ستة أشهر في حالة تمديد المهمة وفقا لمقتضيات أحكام المادة 996 من ق إ م إ.

-المساعي المبذولة من قبل الوسي.¹

-المصاريف المنفقة في الوساطة.

9- حالات إخفاق الوساطة القضائية: قد يبذل الوسيط القضائي قصار جهده، وبمعية الأطراف للوصول إلى حل توافقي ولكن قد يعجز ويفشل للوصول إلى صياغة اتفاق التسوية النهائية في الآجال الممنوحة له فيلزم حينها بعد الإخطار القاضي بتحرير تقرير يبين فيه فشل أعمال الوساطة، لأسباب تعود إلى اختلاف وجهات نظر الأطراف وتباين مقترحاتهم.

أ- **عدم جدية الخصوم:** سبق القول أن للخصوم دور فعال في إنجاح الوساطة القضائية، عن طريق المسارعة إلى قبول عرض القاضي بإجرائها والإستعداد النفسي لتقديم تنازلات للطرف الآخر، وأول ما يترجم حسن نية الخصوم واستعدادهم لإنجاح هذه العملية هو حضورهم جلسات الوساطة واحترامهم الأطر العامة لسيرها، لأن عدم حضور الجلسات أو الحضور مع عدم الجدية يفقد الوساطة روحها وهو صنع الخصوم للاتفاق بأيديهم وبرضاهم.

ب- **فشل الوساطة بسبب شخص الوسيط:** للوسيط دور كبير في إنجاح عملية الوساطة عن طريق الإستعانة ببعض المهارات اللازمة في التواصل كحسن الاستماع وتفهم المشاعر، وإتاحة فرص متساوية للخصوم لعرض وجهات نظرهم، وإن اقتضى الأمر سماع كل شخص يقبل ذلك وفي سماعه

¹ - جطي خيرة، مرجع سابق، ص 163.

فائدة، غير أنه في كثير من الأحيان لا يتمكن الوسيط من تسهيل الاتصال بين الخصوم فتفشل المفاوضات، ويعود النزاع إلى نقطة البداية.

ج- فشل الوساطة بسبب انتهاء الآجال: حدد المشرع مهلة لإنهاء الوسيط مهمته تقدر بثلاثة أشهر، ونظرا لخصوصية بعض النزاعات وتعقيداتها وتعدد أطرافها قد تكون هذه المدة غير كافية، وقد أحسن المشرع صنعا حين نص في المادة 996 من ق إ م إ على إمكانية تجديدها مرة واحدة بطلب من الوسيط القضائي بعد موافقة الخصوم.

ويمكن القول أن هذه الآجال التي حددها المشرع للوسيط من أجل انجاز مهمته معقولة جدا وكافية، إذ توفر لدى الخصوم رغبة في التوصل إلى اتفاق ودي مشمولة بحسن النية، إلا إذا كان النزاع غير قابل للحل عن طريق الوساطة ويقتضي إعادة السير في الدعوى.¹

تجدر الإشارة أن فشل إجراء الوساطة لا يعدم حقوق الأطراف المتخاصمة ولا يخلق في وجهها باب القضاء بصفة نهائية، بل هو حق دستوري إذ بإمكانهم مواصلة الدعوى القضائية أمام نفس القاضي الذي أمر بالوساطة حسب الفرع الذي رفعت أمامه الدعوى منذ البداية (الفرع المدني، الفرع التجاري، الفرع العقاري.... إلخ)، متحليلين من كافة الالتزامات والاجراءات التي كانت في مرحلة الوساطة القضائية باستثناء الاتعاب الخاصة بالوسيط القضائي، حيث تظل الأطراف ملزمة بدفعها لأمانة ضبط المحكمة حتى يتحصل عليها الوسيط كجزء مهما كانت نتيجة الوساطة باعتبار ان الوسيط ملزم ببذل عناية وغير ملزم بتحقيق نتيجة.²

ثالثا: نطاق اللجوء إلى الوساطة

التعريف بنطاق اللجوء إلى الوساطة يقتضي التطرق إلى المبدأ العام (1)، والاستثناءات القانونية (2).

¹ - محمد الطاهر بلموهوب، مرجع سابق، ص 187.

² - عشبوش محمد ومحمد رايس، البدائل الإجرائية للدعوى المدنية في التشريع الجزائري: الوساطة القضائية نموذجا، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 13، العدد 28، نوفمبر 2021، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 557.

1- المبدأ العام: إن عرض الوساطة على الخصوم يكون في كل المواد المدنية والتجارية وغيرها وهذا يرجع بالأساس إلى المزايا والخصوصيات التي تتمتع بها الوساطة كوسيلة لحل المنازعات. وهو ما يضمن فاعلية هذا الإجراء.¹

2- الإستثناءات الواردة على للوساطة كإجراء بديل لحل النزاعات التجارية:

يدخل في إطار النزاعات العادية عدة قضايا يمكن حلها عن طريق إجراء الوساطة، وهذا مع الأخذ بعين الاعتبار ما تم إستثناءه بموجب المادة 1/994 من قانون إ م إ².

أ- قضايا شؤون الأسرة: نظم قانون إ م إ منازعات شؤون الأسرة بموجب نصوص خاصة وذلك في المواد 423 إلى 499 منه، وقد قام باستثناءها من النزاعات التي يمكن أن تحل بواسطة إجراء الوساطة ويرجع ذلك إلى أن بعض هذه القضايا تخضع لإجراء الصلح الوجوبي وهي المتمثلة في دعاوى الطلاق، أما البعض الآخر فيتعلق بالأشخاص كالنسب والأهلية والولاية على القاصر، فمعظم هذه القضايا ترتبط بالنظام العام الذي لا يمكن الإتفاق على مخالفته أو على تعديل أحكامه، ولأت الوساطة تنتهي باتفاق فإنه لا يجوز أن تمارس على هذا النوع من النزاعات.³

ب- استثناء القضايا العمالية من إجراء الوساطة القضائية: استثنى المشرع الجزائري القضايا العمالية من اجراء الوساطة القضائية، لوجود نص خاص يتعلق بهذا الإجراء في القانون رقم 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب،⁴ حيث تعد الوساطة في هذا النوع من القضايا اختيارية، تتم بعد فشل محاولات المصالحة، ونص عليها المشرع في المواد من 10 إلى 12 من نفس القانون السالف الذكر⁵، فالمشرع من خلاله قد أقر بنظام الوساطة احتراماً لإرادة

¹-سوالم سفيان، مرجع سابق، ص141.

²-تنص المادة 1/994 على أنه: "يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام".

³-زيري زهية، مرجع سابق، ص56.

⁴-القانون رقم 90-02 الصادر بتاريخ 06 فبراير 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب، ج ر ع 06، 1990.

⁵-محمد عشبوش و محمد رايس، مرجع سابق، ص551.

الأطراف المتنازعة، فخصها بالطابع الاتفاقي بينهم في اختيار شخص الوسيط بكل حرية، وأن يتم تعيينه باتفاق مشترك بين الطرفين دون تدخل أية جهة أو طرف لفرض وسيط معين عليهم.¹

ج- قضايا النظام العام: يقصد المشرع بذلك بعض العقود التي تكون مخالفة للنظام العام، وفي نفس الوقت منافية للأخلاق مثل القواعد الماسة بأمن الدولة أو الماسة بالأسرة أو القواعد الخاصة بحماية الأفراد لممتلكاتهم كون أن هذه المبادئ يقوم عليها المجتمع إذ لا يمكن أن تكون محلا للوساطة وذلك لتعلق حق الغير بها خاصة وأن الوساطة حسب نص المادة 1005 من قانون الاجراءات المدنية والادارية " يلتزم الوسيط بحفظ السر إزاء الغير"، فلا يمكن للغير العلم والاطلاع على مجريات عملية الوساطة وهو ما يتناقض مع مبادئها.²

الفرع الخامس: إعمال فكرة الوساطة القضائية في المنازعات ذات الطابع المالي

إن حسن اختيار الوسيط من طرف القاضي تمكنه من سهولة إعمالها عند طرح المنازعات المختلفة بشأنها والتي قد تكون معقدة، إما لموضوعها وإما لكونها تعتبر منازعات مستحدثة.

ومن هذا المنطلق قسمنا المطلب إلى عدة فروع وذلك للإلمام به من كل جوانبه، فخصت (أولا) لدراسة الوساطة القضائية في الميدان التجاري والذي يعتبر أهم عنصر في هاته الدراسة، كما تطرقت إلى الوساطة القضائية في المجال البنكي والتأمينات (ثانيا)، أما (ثالثا) فقد خصصته لدراسة الوساطة في بعض المنازعات المستحدثة كعقد الليزينغ وعقد نقل التكنولوجيا.³

أولا: الوساطة القضائية في الميدان التجاري

لقد أصبحت الوساطة موضوع العصر، فنحن نرى أن هناك مؤسسات جادة تعمل على موضوع الوساطة ويفكرون في فوائدها.⁴

بالرجوع إلى دليل الوساطة بمركز الوساطة والتحكيم بباريس هذا المركز الذي أنشأ بمساهمة فرقة التجارة والصناعة لباريس بالعلاقة مع آخرين بمحكمة التجارة لباريس واللجنة الوطنية الفرنسية

¹ - محمد عشبوش و محمد رايس، مرجع سابق ، ص551.

² - لحاق عيسى و النحوي سليمان، مرجع سابق، ص67.

³ -بتشيم بوجمعة، إعمال فكرة الوساطة القضائية في المنازعات ذات الطابع المالي، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، جوان 2015/ شعبان 1436، ص 481.

⁴ -مرجع نفسه، ص481.

لغرفة التجارة الدولية يمكننا أن نجد مراجع جيدة في ميدان التجارة، بحث عن نزاعات تجارية والتي يمكن للوساطة أن تلعب دورها، فلم يجد كلمة تجارية للوساطة، إذن فقد وجدنا أنه من المهم صياغة عبارات مثل الوساطة القبل تأسيسية أو الوساطة الودية والوساطة الإستشارية لتوضيح من التي هي غير قضائية.

توجد عدة ميادين مختلفة لاستعمال تقنيات الوساطة ما يعني الحاجة لفرز هذه الميادين عن بعضها.

إن الإنطباع الأول في الوساطة التجارية هي أننا نطبق على كل الإختلافات ذات الصيغة أو الطبيعة التجارية.

ومن الطبيعي البحث عن ما إذا كانت نفس الأسباب، هي التي كانت سببا في خلق المعالجة القضائية للنزاعات ذات الصيغة التجارية، وفي فرنسا جملة التحكيم التجاري لم تعد تستعمل كما تستعمل كلمة الوساطة التجارية، إنه وبدون شك فإن الأكثر استعمالا في النزاعات التجارية هو التحكيم سواء مؤسساتي أو متخصص في القانون الداخلي الفرنسي، فهو جائز في الموضوع التجاري، إننا نرى من المهم في النزاعات ذات الطبيعة التجارية أن الكلمة التجارية أصلا غير معروفة في البلدان التي ليس لها حدود في التحكيم مثلا الولايات الأمريكية، فإننا نتحدث عن التحكيم التجاري أو التحكيم البيئي أو التحكيم في الملكية الفكرية... إلخ، إذن هل للجمعية الأمريكية للتحكيم قوانين تحكم المواضيع السالفة الذكر، على العكس في اللغة الفرنسية إذا كنا نتحدث عن التحكيم التجاري قليلا فإننا نستعمل كلمة التحكيم التجاري الدولي.¹

إذا اتجهنا إلى ميدان تقنيات الوساطة، سنجد ما يوضح خصوصية الوساطة التجارية باستثناء الإنفتاح الكبير على المفاوضات، وعلى العكس أن ثمرة البحث في خصوصية "التجاري" في موضوع امكانية تطور الوساطة في بيئة المؤسسات التجارية، من المهم أيضا البحث في نفس هذه الخصوصية وما تعكسه اتجاه بعض عناصر الوساطة بصفة عامة.

¹ -بتشيم بوجمعة، النظام القانوني للوساطة القضائية "دراسة في القانون المقارن"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة تلمسان، الموسم الجامعي، 2011-2012، ص 65 و 66.

ثانيا: الوساطة القضائية في المجال البنكي والتأمينات

يبدو أن مجال الوساطة القضائية في هذا الميدان يبدو واسعا لما تقتضيه سرعة هذه المعاملات وتطبيقا لهذا المسألة وكمثال عن ذلك نجد هذه الفكرة مستخدمة في النظام البلجيكي، ضمن خصوصيات القطاع البنكي البلجيكي، مثلا أنه يتوفر على مصبحة خاصة بالوساطة " ombudsdient voor de financia sector وهي مصلحة مستقلة يترأسها 21 شخصا وهي مصلحة خاصة بالنسبة لقطاع البنوك والبورصة ما من شأنه أن يوفر من الشفافية والتناسق في اتخاذ القرار في منظومة خاصة، ممولة من قبل مؤسسات مالية إلى القطاع البنكي باعتبار عدد الملفات المطروحة أمام المصلحة والتي هي طرف فيها.¹

1- مبادئ العمل:

إن مبادئ العمل الخاصة بالمصلحة تركز على أربعة عناصر هي:

- أنها مصلحة في خدمة الشعب وعملها يكون ابتداءا من مرحلة انتظار الاستئناف.
- ان استقلالية المصلحة سواء بالنسبة للأشخاص سواء معنوية أو بالنسبة للزبائن.
- أن الوسيط هنا مفروض عليه سر المهنة فقبوله يكون عن طريق الامتحان في المواد القانونية.²
- أن رئيس مصلحة الوساطة المالية يحرر بصفة منتظمة تقريرا عن نشاطه.

2- حقل العمل:

إن تركيبة هذه المؤسسة ادى الى اعادة تنظيم مصالح رئيس مصلحة الوساطة وكان هذا سنة 2002، أما بالنسبة إلى حقل العمل فإن صلاحيات المصلحة قد توسعت وهي تعني الآن زيادة بزائن مؤسسات القروض التابعة للجمعية البلجيكية للبنوك، الشركات التابعة للإتحاد المهني للقروض، مؤسسات البورصة الأعضاء في الأوروناكست، والأعضاء في الجمعية البلجيكية لأعضاء البورصة.

يتعلق الأمر هنا بوسيط نزيه مستقل كل الاستقلالية عن القوانين التي تحكم بين الزبائن في إطار النزاعات من جهة ومن جهة ثانية مستقل كل استقلالية عن الجمعيات المالية والبنوك ومؤسسات

¹-علاء أباريان، مرجع سابق، ص125.

²- بتشيم بوجمعة، إعمال فقرة الوساطة القضائية في المنازعات ذات الطابع المالي، مرجع سابق، ص483.

البورصة، بعبارة أخرى هذه المصلحة لا تعني إلا الأشخاص المدينين فيما يخص الشكاوى بالنسبة إلى مصالحهم الشخصية، كما تعني هذه المصلحة الأشخاص المعنوية.¹

ثالثا: المنازعات المستحدثة

سنتكلم في هذا المقام عن المنازعات المستحدثة، والتي عرفت استخداما للوساطة القضائية كوسيلة لحل النزاعات ويتعلق الأمر بمنازعات عقد الليزينغ (1)، منازعات عقود نقل التكنولوجيا (2).

1- منازعات عقد الليزينغ:

يعتبر عقد الليزينغ من الناحية الفقهية من عمليات التمويل ذلك أن المنازعات الصناعية أو التجارية.... إلخ، تشكل أداة من أدوات الإنتاج وذلك بتقديم هذه الأدوات اللازمة لها، في حين اعتبره جانب آخر نظام مركب لتمويل الإستثمارات الإنتاجية.

ويتميز عقد الليزينغ أو ما يسمى بعقد الاعتماد الإيجاري بعدة خصائص نحاول التطرق لها وفق ما يلي:

أ- أنه من عقود الإعتبار الشخصي: فالمستأجر المستثمر لا بد من أن يكون محل ثقة للمؤجر ويترتب على ذلك بالنسبة للمستأجر المستثمر عدم جواز التنازل عن حقه في الإنتفاع أو إعادة تأجير الاصل المؤجر بدون الحصول على موافقة صريحة من المؤجر وفق المادة 39 من الأمر 09-96، كما لا يجوز له التنازل عن حقه في خيار التملك للغير، ومن الناحية العملية البنك أو المؤسسة المالية أو شركة الاعتماد الإيجاري لا تقبل بالتعاقد مع المستأجر المستثمر، إلا إذا توافرت في هذا الأخير عوامل الثقة التي تركز عليها المؤسسة الممولة في اختيار عملائها ولذلك تطلب المؤسسة الممولة من المستأجر تقديم الأوراق والمستندات المتعلقة بنشاطه للوقوف على مركزه المالي.²

ب- إحدى وسائل تمويل الاستثمار: إن الرغبة في التمويل هي المحور الأساسي الذي تدور حوله أحكام عقد الليزينغ، فالمؤجر لا يقوم بشراء المال من أجل تأجيره فقط كما هو الحال بالنسبة للإيجار

¹ - بنشيم بوجمعة، النظام القانوني للوساطة القضائية "دراسة في القانون المقارن"، مرجع سابق، ص 69.

² - كباهم سامي، عقد الاعتماد الإيجاري كآلية لتمويل الإستثمار، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد العاشر، المجلد الثاني، جوان 2018، ص 477.

العادي، بل للمستأجر دور في العقد، يتجلى من خلال قيامه بشراء المال بناء على طلب المستأجر الذي يختار هو المعدات المطلوبة وفقا لشروط حاجاته.

وقد ينشأ عنه منازعة أو أكثر تتعلق مثلاً ب:

-التخصيص السنوي لضريبة الأملاك والمصاريف.

-كفاية الصيانة.

_المسؤولية عن الاصلاحات.

كل هذه الخلافات قابلة للوساطة، وان استعمالها يسمح بحل النزاع بشكل أسرع وأقل كلفة، وقد يكون هذا الحل ببساطة حتى مع بدء النزاع في حالة مثل: إطالة أو تقصير مدة عقد الإيجار.

إن فعالية هذا الأسلوب في هذا المجال يكمن في طرح الأطراف بجميع أفكارهم، ويتوقف نجاح الوساطة في هذا المجال على قدرة ومهارة الوسيط من خلال جهوده الرامية إلى إيجاد أرضية مشتركة. وبعد ذلك تتجسد في تقاسم المصاريف الخاصة بالوساطة بما في ذلك أتعاب المحامي و الرسوم.

2- في مجال عقود نقل التكنولوجيا:

يقوم عقد التكنولوجيا على نقل المعارف والمهارات العملية مع التقيد بنتائج معينة تختلف من أسلوب إلى آخر وهي تقوم على أركان غير مألوفة في العقود المعروفة مما يصعب تحديد محلها تحديدا دقيقا وكذلك بالنسبة لسبب العقد فهو يتحدد من خلال عملية نقل التكنولوجيا ذاتها.

عادة ما ينشأ عن عقود نقل التكنولوجيا منازعات تتطلب اللجوء إلى الحلول البديلة، وفي مجال دراستنا فإن مجال الوساطة كمفهوم عام عرفته غرفة التجارة الدولية بباريس في هذا المجال حيث تقدم لجنة مشروع تسوية للطرفين¹.

تتميز هذه الإجراءات بكونها شكلية ويحرر الوسيط عند انتهاء عمله تقريرا ينتهي إلى اتفاق بين الأطراف أو إحالة النزاع للتحكيم أو الطرق القضائية.²

¹- بتشيم بوجمعة، النظام القانوني للوساطة القضائية "دراسة في القانون المقارن"، مرجع سابق، ص82.

²- مرجع نفسه، ص82.

الفرع السادس: تطبيقات عملية عن إجراءات الوساطة

في بادئ الأمر لا بد من معرفة أن مراكز حل النزاعات لا تنتشر في جل الأحيان النزاعات التي فصلت فيها وذلك مراعاة لخصوصيات كل من الأطراف، خصوصا إذا كانوا من أصحاب التجارة، وكذلك السرية التي تتمتع بها هذه الطرق، والحفاظ على السمعة التجارية للمتنازعين، بحيث هناك الكثير من النزاعات التجارية تم التوصل إلى تسوية جديّة عن طريق هذه الطرق وعلى رأسها الوساطة التي أصبحت اللب الأساسي في تسوية النزاعات التجارية، وهذه بعض الأمثلة التي تم حل النزاعات فيها عن طريق الوساطة، علما أن هذه الأمثلة لا تنتشر في الدوريات القانونية ولا المجالات لذا كانت هناك بعض الصعوبات في نشر هذه المعلومات لأنها تتطلب الكثير من السرية مع دفع بعض المصاريف الخاصة بالموقع عبر شبكة الأنترنت، وهذه بعض الأمثلة.

أولا: الوساطة في سياق نزاع البراءة

أبرمت شركة استشارات في مجال تقنيات التكنولوجيا حائزة على براءات الاختراع في ثلاث قارات عقدا مع مصنع، على أن يتم استغلال البراءة المستكشفة في إطار عقد استشارة مع هذه الأخيرة، نص الاتفاق على أن هذه البراءة لا تمنح ولا يمكن تحويلها إلى الغير و لا تباع إلا تحت ترخيص المصنع هدّدت الشركة الاستشارية عندما بدأ بيع المنتجات المصنعة خارج الاتفاق المبرم، فقا لادعاءات الشركة الاستشارية، أدرج الاختراع على براءة اختراع، لتقديم شكوى لانتهاك براءات الاختراع في جميع الدول التي تحتفظ بها براءات الاختراع¹.

و دخل الطرفين في مفاوضات على منح ترخيص براءات الاختراع بمساعدة خبراء من الخارج، لكنهم تمكنوا من الاتفاق على مبلغ الرسم، والملايين من الدولارات من التعويضات التي طلبتها الشركة نصيحة تفرق بكثير المبلغ الذي كانت الشركة المصنعة على استعداد لدفعه.

قمت الأطراف في النزاع إلى الوساطة بموجب قواعد "الويبو" للوساطة اقتراح مركز التحكيم والوساطة على الطرفين، وسطاء محتملين مع خبرة خاصة في مجال براءات الاختراع والتكنولوجيا

¹ -محمد نبهي ، الطرق البديلة لتسوية النزاعات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2011-2012، ص75.

المعنية، اختارت الأطراف احد الوسطاء الذين نظموا اجتماعا بعد يومين والتي وصلت إلى اتفاق تسوية، ليس فقد في مسألة الرسم، ولكنها شملت أيضا اتفاقا على عقود استشارية في المستقبل.

ثانيا: وساطة في التقاضي في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات

توصلت شركة في الولايات المتحدة لتطوير البرمجيات في اتفاق ترخيص مع مزود خدمات الاتصالات الأوروبية.

وتضمن العقد شرط تقديم كافة النزاعات في الوساطة لدى " الويبو"، التي اتبعت في حال حدوث تقصير من الاتفاق على إجراء التحكيم المعجل¹.

ثم بعد ذلك مشا الخلاف بين الطرفين حول مسألة ما إذا كان يحق للمرخص له للسماح لبعض الشركات التابعة لها بالوصول إلى البرنامج، وإذا كان عليه أن يدفع في اتصال مع الطرف الثالث رسوم الترخيص الطرف إضافية، وقدم النزاع إلى الوساطة.

مع الأخذ في الإعتبار المعايير التي وضعتها الأطراف، اقترح المركز العديد من المرشحين من ذوي الخبرة في ترخيص البرمجيات وعينت وسيطا وفقا لاختيارات الأطراف.

وعقدت جلسات الوساطة في مكان مناسب لكلا الطرفين، وضعت الأطراف برنامج الوساطة بشكل مقبول لهم على حد سواء، وتم حل الكثير من القضايا موضع النزاع، استنادا إلى بعض الخيارات المقدمة خلال عملية الوساطة.

ثالثا: الوساطة حول خلاف التعايش في العلامات التجارية

بعد نشوء خلاف بين شركتين ايطالية وشركة اسبانية، قدمت شركة من أمريكا الشمالية طلب للوساطة بموجب قواعد "الويبو" للوساطة بموجب عقد مبرم مع هذه الأطراف، وكان الغرض من الوساطة لمساعدة الطرفين لمنع الفوضى وتحويل علامات مماثلة على كل التي لها حقوق في استخدام كل مصنع من هذه العلامات وحددت اللغة الإيطالية كلغة لإجراءات التسوية، وتم الإتفاق على أن أي اتفاق تسوية مكتوب سيكون باللغتين الإيطالية والإنجليزية.

¹ - محمد نبهي ، مرجع سابق ، ص76.

وقدم المركز العديد من الوسطاء المحتملين للشركتين من ذوي الخبرة في قانون العلامات التجارية الذين يجيدون التكلم بطلاقة اللغة الإيطالية والانجليزية، اختارت الشركتين وسيطا إيطاليا ذا خبرة في مجال العلامات التجارية، بعدها عقد الوسيط أول لقاء بين الشركتين من خلال مكالمة هاتفية ومن خلالها حددت توقيت الوساطة وشروط هذا الأجراء.

بعد شهرين، نظم الوسيط في ميلانو اجتماعا استمر يومين مع الطرفين، وجرى اللقاء في جلسات مشتركة، في دورتين قصيرتين، بعد اليوم الثاني من الاجتماع، كانوا الأطراف قادرين على إعداد وتوقيع اتفاق التسوية التي تغطي جميع القضايا موضع نزاع بمساعدة الوسيط¹.

المطلب الثاني: الوساطة الإلكترونية

اتسع نطاق استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في إنجاز الأعمال القانونية وإبرام العقود وتنفيذها أحيانا، مما دفع أغلب المتعاملين إلى التفكير في تسوية منازعاتها باستخدام نفس تلك التقنيات بعيدا عن الاجراءات القضائية، تتمثل في الوساطة الإلكترونية، وتتم عن طريق الاستعانة بوسيط أو الإتصال بمراكز الوساطة الإلكترونية قصد الوصول لحل توافقي.

تعرف الوسائل البديلة اهتماما متزايدا على صعيد مختلف الأنظمة القانونية والقضائية، وما شهده العالم منذ أزيد من نصف قرن من حركة فقهية وتشريعية لتنظيم الوسائل البديلة نظرا لما تمثله في الحاضر من فعل مؤثر على صعيد التقاضي، مما فرض على البعض عدم تسميتها بالوسائل البديلة، ذلك أن كثرة اللجوء إليها أدت إلى تحولها في كثير من الأحيان إلى وسائل أصلية يفضل الأطراف اللجوء إليها مستفيدين من مزايا في سرعة حسم النزاع، والحفاظ على السرية وخفض التكاليف، إضافة إلى مرونتها من حيث الإجراءات المتبعة لحل النزاع.

ولدراسة هذا الموضوع اخترنا التقسيم الثنائي وذلك من خلال التطرق لمفهوم الوساطة الإلكترونية، من خلال تبيان تعريف الوساطة الإلكترونية، تمييزها عن الاجراءات المشابهة لها مع الاشارة إلى أهم خصائصها (الفرع الاول)، وإجراءات سير عملية الوساطة،² وذلك

¹ - محمد نهي، مرجع سابق، ص 76.

² -خلفي سمير، الوساطة الإلكترونية "الحل البديل لنزاعات عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الانسانية والاجتماعية، مجلد 13 عدد 4 جويلية 2021، ص 322.

بالتركيز على الشروط الواجب توفرها في الوسيط، سير عملية الوساطة وكيفية الإتصال بمراكز الوساطة الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإطار المفاهيمي للوساطة الإلكترونية كآلية بديلة لفض نزاعات التجارة الإلكترونية

تعتبر الوساطة الأساس الذي يقوم عليه نظام الطرق الودية، فهي المحرك والسبيل لإيجاد حل توافقي بين المتنازعين وأصبحت تبدو الوجه أو الصورة الأنسب للقضاء والعدالة، إذ يكون القرار فيها من صنع الأطراف ويقتصر دور الوسيط في المساعدة على تحديد النزاع وإزالة العقبات وتقريب وجهات النظر، ولقد تطورت هذه الوسيلة بتطور الفضاء المستخدم فيه وذلك لكي تتلاءم أكثر مع حل النزاعات المختلفة الناجمة عن عقود التجارة الإلكترونية، لذلك سنتناول في هذا المطلب تعريف الوساطة الإلكترونية (أولا)، وخصائص الوساطة الإلكترونية (ثانيا)، والشروط الواجب توافرها في الوسيط (ثالثا)، وتمييزها عن غيرها من الوسائل البديلة (رابعا)، وأخيرا مراكز الوساطة وشروط التسجيل فيها (خامسا).

أولا: تعريف الوساطة الإلكترونية كونها وسيلة لفض نزاعات التجارة الإلكترونية

من أجل إعطاء تعريف واضح وشامل للوساطة الإلكترونية، لا بد أن ننظر إليها من خلال تعريفين، التعريف الأول هو التقليدي منها، ومن ثم نتجه إلى التعريف الحديث، ثم بعد ذلك نستعرض بعد ذلك التعريف التشريعي لها.

1- التعريف الفقهي

لقد اختلف الفقه في تعريف الوساطة الإلكترونية، وانصب هذا الاختلاف على مدى اعتبار الوساطة الإلكترونية بديل عن الوساطة التقليدية أم هي امتداد لها¹.

¹ -ضريفي نادية ومقران سماح، الوساطة الإلكترونية كآلية لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04 العدد 02 لسنة 2020، ص 339.

أ- **التعريف التقليدي للوساطة:** يقصد بالوساطة التدخل في المفاوضات أو نزاع من قبل طرف ثالث مقبول من طرفي النزاع، ولا يملك أي سلطة أو يملك سلطة محدودة في اتخاذ القرار، ويعمل على مساعدة الأطراف المعنية على الوصول طوعا إلى تسوية مقبولة منهما.

وتقوم الوساطة على مقارنة أساسية هي (رابح - رابح) وبمفهومها التقليدي هي وسيلة غير قضائية من وسائل تسوية المنازعات، بصورة ودية تقتضي وجود طرف ثالث يسمى الوسيط، يعمل على تقريب وجهات النظر بين الطرفين المتنازعين، للوصول إلى اتفاق نهائي من خلال التوصيات غير الملزمة التي يقدمها الوسيط، وذلك عقب فشل المفاوضات الجماعية¹.

ويمكن تعريف الوساطة بأنها: "عبارة عن عملية تطوعية يوافق طرفا النزاع من خلالها العمل مع شخص محايد، لحل النزاع القائم بينهما، مع منح كامل السلطة للمتنازعين في قبول الوساطة أو رفضها، مع انصراف عمل الوسيط وبذل جهوده صوب نقاط الخلاف، واقتراح سبل الحل".

ب- **التعريف الحديث للوساطة الإلكترونية:** هناك مفهوم حديث للوساطة الإلكترونية نابع من تدخل أجهزة الاتصال الحديثة، ومنها شبكة الأنترنت، والذي يشير على أنه: "هي وسيلة لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية خاصة، والعقود الإلكترونية عموما، عبر استخدام الوسائل التكنولوجية وعلى رأسها شبكة الأنترنت، حيث يتم الإستعانة من قبل الأطراف المتنازعين بوسيط لا يقوم باتخاذ قرار لحل النزاع، ولكنه يساعدهم على إيجاد حل مقبول لكل منهما بشكل محايد"².

كما تعرف على أنها: "عملية تتم بشكل فوري ومباشر على شبكة الأنترنت، وتهدف إلى تسهيل التعاون والتفاوض بين أطراف النزاع، للتوصل إلى حل عادل يقبله أطراف النزاع".

من خلال التعريفات الفقهية السابقة يظهر لنا أن سبب انقسام الفقه في تحديد تعريف الوساطة، هو أن اتجاه رأى أن وسائل التسوية الإلكترونية للمنازعات ومنها الوساطة الإلكترونية تعبر عن نظام جديد ومستقل عن وسائل تسوية المنازعات التقليدية، إذ ترتب على استخدام وسائل تسوية المنازعات الإلكترونية ظهور العديد من الآليات الجديدة، في حين يرى الاتجاه الثاني وهو على

¹ -أزوا محمد ومسعودي يوسف، الوساطة الإلكترونية لتسوية منازعات المستهلك المبرمة بوسائل الكترونية، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد: 02، لسنة ديسمبر 2018، جامعة أحمد درارية، أدرار، ص146.

² -Karim Benykhlef, Fabien Gelin, Online Dispute Resolution, Lex Electronica, VOL , 10 n ⁰(Ete/Summer 2005), p45

النقيض من الاتجاه الأول أن الوساطة الإلكترونية باعتبارها أحد وسائل تسوية المنازعات الإلكترونية، هي امتداد للوساطة التقليدية، إذ أن الوساطة الإلكترونية نتجت عن تزاوج وسائل التسوية التقليدية مع وسائل تكنولوجيا المعلومات، يضاف إلى ذلك ان التطور قد أصاب كل شيء، وأساس هذا الرأي ان الآليات المستخدمة في تسوية المنازعات التقليدية (المفاوضات، الوساطة، التحكيم)، هي ذاتها الآليات التي تستخدم في تسوية المنازعات إلكترونيا، لكنها تتم عبر شبكة الأنترنت¹.

2- التعريف التشريعي:

بالنسبة لموقف التشريعات الوطنية من الوساطة الإلكترونية، فنلاحظ أنها لم تتطرق إليها باعتبارها أحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بشكل صريح، ولكن باستقراء النصوص القانونية للتشريعات الإلكترونية نجدها سمحت بإبرام العقد بوسائل إلكترونية، وكذلك تضمنت أن يتم التعبير عن الإرادة بطرق ووسائل إلكترونية، ولذلك يستنتج من هذه النصوص، أنها أجازت أن يتم تسوية المنازعات إلكترونيا وبالوسيلة نفسها التي تم انعقاد العقد بها.²

أما بالنسبة لموقف التشريعات الدولية فلم تضع تعريفا للوساطة الإلكترونية، إلا أن قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام 2002 عرفتها في المادة الأولى الفقرة الثالثة بأنها: " عملية يتم من خلالها حل النزاع وديا، سواء بالوساطة أو التوفيق، مع محاولة الوسيط الوصول لحل ودي للنزاع العقدي أو القانوني دون أن يملك سلطة إجبار المتنازعين على قبول الحل"، ويتم الإشراف على العملية مراكز الوساطة الإلكترونية التي تمنح كل الوسائل المادية والبشرية لإنجاح العملية قصد الوصول إلى حل يرضي الطرفين، وتضع تحت تصرفهم المواقع الإلكترونية التابعة للمركز قصد حسن سير العملية.³

¹-داود منصور، فعالية الوساطة الإلكترونية كآلية بديلة لحسم منازعات التجارة الإلكترونية(مركز الوساطة الإلكتروني Square Trade نموذجا)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السادس -العدد الثاني- سنة جوان 2021، ص942.

²-مرجع نفسه، ص942.

³-خلفي سمير، مرجع سابق، ص132.

ثانيا: خصائص الوساطة الإلكترونية و أنواعها

حققت الوساطة الإلكترونية نجاحا واسعا وإقبالا هائلا من قبل المتنازعين في مجال التجارة الدولية، باعتبارها وسيلة لتسوية النزاعات عن بعد، وحتى يلجأ المتنازعين إلى الوساطة بكل ثقة، دأبت مراكز الوساطة الإلكترونية على العمل من أجل توفير الثقة والأمان مع السرعة في فصل النزاعات المحالة إليها من قبل المتنازعين، غير أن هذه المميزات التي تتمتع بها الوساطة إلا أنها لا تخلو من بعض العيوب، كل هذا سنتعرف له في هذا الفرع بالذكر.

1- المزايا التي تتمتع بها الوساطة الإلكترونية:

-فعالية الأدوات المستخدمة منذ لحظة إحالة النزاع لحين فصله في عملية الوساطة الإلكترونية، وضمان تسجيل كل ما يجري بين المتنازعين من مناقشات في برنامج مشغل على شبكة الأنترنت، بدءا من مرحلة الإتصال الأولي بين طرفي النزاع حتى الإتفاق النهائي بينهما وتوفير قنوات اتصال آمنة وقاعدة بيانات متكاملة تشمل سير عملية الوساطة، وكيفية الإثبات وتقديم الطلبات، بالإضافة إلى أمثلة متعددة لأنواع القضايا، وتوفير قائمة بأسماء الوسطاء والدورات التي تلقوها والتي تؤهلهم لنظر النزاع، مع ترك حرية الاختيار للأطراف.

-تزويد طرفي النزاع بسائر الحلول الودية لفض النزاع مع إعطائهم الفرصة الكاملة للإطلاع على الحلول المقترحة، والسماح لهم بإبداء وجهة نظرهم وتعليقاتهم حولها.

-سرية البيانات المقدمة للوسيط من قبل المتنازعين وحفظها دون إفشاء، سواء كانت على شكل طلبات، وثائق وأدلة، مع صيانة العروض الخطية والشفوية الصادرة عن أي طرف أو وكيله، وعدم تقديم أي منها للقضاء، ما لم يسمح له طرفا النزاع صراحة بالنشر.

-إرسال رسائل إلكترونية لطرفي النزاع لإخطارهم بأوقات ومواعيد الجلسات، بالإضافة إلى توفير الجهد والوقت عند إجرائها عن بعد، حيث يتم التفاوض وتقديم المقترحات والأدلة والطلبات عن بعد، دون تكليف المتنازعين عناء الانتقال لمكان الجلسة، كما تعمل هذه الوسيلة على توضيح الرؤية أمام المتنازعين¹، من خلال تزويد كل طرف بنموذج العرض الذي قدمه الطرف الآخر والطريقة التي تتناسب في حل النزاع.

¹ - ضريفي نادية ومقران سماح، مرجع سابق، ص 341.

- إتاحة المجال للإطلاع على موقع المركز المتضمن خطوات نظر النزاع من خلال الوساطة كخطوة مبدئية صوب وضوح الرؤية لدى المتنازعين، وتشجيعهم على اللجوء للوساطة الإلكترونية كوسيلة بديلة لفض المنازعات.¹

- هي عملية قليلة التكلفة، حيث أن التكاليف المالية التي يتحملها الأطراف عند اللجوء للوساطة قليلة جدا، إذا ما قورنت بتكاليف حل النزاع قضائيا أو عن طريق التحكيم، وهي وسيلة من الوسائل الأكثر فعالية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، حيث تؤكد إحدى الدراسات أنه أكثر من 87% من منازعات التجارة الدولية قد تم تسويتها عن طريق الوساطة، كما وتشير الدراسات الأمريكية إلى أن 75% من منازعات العمل الدولية قد تم تسويتها عن طريق اللجوء إلى الوساطة.

- زد على ذلك أنها تتيح لطرفي النزاع حرية الانسحاب واللجوء للتقاضي حيث أن بإمكان أي منهما الانسحاب في أي لحظة من متابعة عملية الوساطة والعودة إلى التمسك بكافة الحقوق والدفع القانونية أمام القضاء دون أي تأثير لآليات الحل البديلة على اجراءات التقاضي فضلا عن أنها عملية تسمح للوسيط بتقييم المراكز القانونية للخصوم، وقد أكدت على هذا الحق للوسيط غالبية قوانين الوساطة كالمادة 6 الفقرة 4 من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي التي نصت على أنه: "يجوز للموفق أن يقدم في أي مرحلة من مراحل إجراءات التوفيق اقتراحات لتسوية النزاع". ونفس الشيء نجد بالنسبة للمادة 13 الفقرة أ من نظام الوساطة المعمول به من قبل المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) والتي أجازت للوسيط تسوية النزاع بالأسلوب الذي يراه مناسبا دون أن يملك سلطة في إلزام طرفي النزاع على قبوله.²

2- عيوب الوساطة الإلكترونية:

- أكثر عيوب عملية الوساطة الإلكترونية التي نوقشت شيوعا هي الافتقار إلى الدفء والتعاطف والألفة وغيرها من المواقف والتأثيرات التي تجعل الوساطة وجها لوجه ما هي عليه. بينما تبذل الجهود لشرح كيفية تعويض ذلك في الاتصال عبر الأنترنت، والاستفادة من بعض خصائص الإتصال عبر الأنترنت لتحقيق مكاسب على هذه العناصر.

¹ - ضريفي نادية ومقران سماح، مرجع سابق، ص 341.

² - سعاد قصعة، الوساطة الإلكترونية كوسيلة بديلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد التاسع - العدد الثامن عشر - الإصدار الثاني، ديسمبر 2020، ص 21.

-إن ميزة توفير الوقت و الجهد على المتنازعين في إجراء جلسات الوساطة عن بعد من خلال شبكة الأنترنت تواجه عقبة انتشار وفعالية الشبكة، ذلك أن اشتراط تحقيق هذه الميزة يتوقف على توافر شبكة قوية قادرة على تمكين المتنازعين من التواصل والوسيط من خلال صفحاتها الرقمية، وبالتالي إذا ما حال أي مانع ودون توفير الشبكة كانقطاع التيار الكهربائي أو الخلل في جهاز الحاسوب أو الخلل في الموقع الإلكتروني فسيكون فشل الوساطة الإلكترونية.

-الرسائل المنقولة عبر الأنترنت، وخاصة تلك التي يتم نقلها من خلال النص، عرضة للتفسير الخاطئ، وإساءة الإسناد والتسبب في تدهور الثقة.

-من الصعوبة بمكان الجزم بتوفير الأمان عبر الشبكات المفتوحة، بالرغم من قيام العاملين عبر شبكة الإنترنت في توفير جدران الحماية تعمل على الحيلولة دون انتهاك خصوصية المواقع الرقمية، إلا أنه بالرغم من جدران الحماية يبقى جانب الأمان على الشبكات المفتوحة من أكبر التحديات التي تواجه ذبوع الشبكة وانتشارها.¹

3- أنواع الوساطة الإلكترونية:

انطلاقاً من أن الوساطة هي عملية طوعية تتم بإرادة طرفي النزاع يلجأون من خلالها إلى طرف ثالث محايد أو إلى مؤسسات متخصصة تقوم بعملية الوساطة تحاول من خلالها الوصول إلى حل يحقق المساواة والعدل بين الأطراف المتنازعة، لأن كل طرف يقدم أفضل عرض لحل النزاع، عن طريق شخص محايد يحاول التقريب بين وجهات النظر، لذلك فهي في الغالب تنتهي إلى خلق مناخ ينتهي بالمصالحة كون الأطراف المتنازعة هي من وضعت القواعد الإجرائية لحل النزاع القائم بينهما، والوساطة الإلكترونية لا تختلف عن الوساطة التقليدية، إلا من حيث اعتمادها على الوسائل الإلكترونية على النحو المتقدم، ولذلك فإن أنواعها لا تختلف عن أنواع هذه الأخيرة والتي قسمت تقسيمات عديدة.

غير أن ما يهمنا في هذه الدراسة هو تقسيم الوساطة إلى نوعين بحسب الدور الذي يلعبه الوسيط في عملية الوساطة، فهي لا تخرج عن إحدى الصورتين:

¹ - داود منصور، مرجع سابق، ص 945.

أ- الصورة الأولى: الوساطة البسيطة

يسعى فيها الوسيط إلى التقريب بين وجهات نظر المتنازعين دون أن يكون له أي دور مؤثر في عملية الوساطة.

ب- الصورة الثانية: الوساطة الفعالة

و هي التي تقوم على الدور الإيجابي الذي يقوم به الوسيط بين طرفي النزاع فلا يكتفي بتقديم المقترحات ووجهات النظر، بل يقوم بالبحث عن حلول لتسوية النزاع وبيذل جهده لموافقة الطرفين عليها.

غير أنه في الواقع العملي يصعب تحديد نوع الوساطة، فقد تبدأ بسيطة، ثم تتحول إلى وساطة فعالة، كون أن الوسيط هو الذي يتحكم في عملية الوساطة وذلك حسب تقارب أو تباعد وجهات النظر بين طرفي النزاع خاصة وأن عملية الوساطة تتم في فترة زمنية محددة لا يمكن تجاوزها إلا في حالة وجود أسباب مقنعة ، وفي غياب مثل هذه الأسباب تغلق صفحة القضية الموجودة على موقع المركز بشكل آلي، إذا انتهت المدة التي يحددها المركز مسبقا للتواصل إلى تسوية نهائية للنزاع على أن هذه¹ المدة تختلف من مركز إلى آخر حيث حددها مثلا مركز (Square Trade) ب 14 يوما في حين قصرها مركز (Internet Neutral) على عشرة أيام فقط.

ثالثا: تمييز الوساطة الإلكترونية عن الإجراءات المشابهة لها

تعتبر الوساطة أكثر الإجراءات استعمالا وتطبيقا في القوانين المقارنة، سواء كان الأمر يتعلق بالعقود العادية أو العقود الإلكترونية، فالخصائص المميزة للوساطة جعلتها تحتل المراتب الأولى للوسائل البديلة لحل النزاعات المترتبة عن مختلف التصرفات القانونية مقارنة مع الوسائل البديلة الأخرى، فإلى جانب الوساطة الإلكترونية نجد المفاوضات المباشرة التي يصطلح عليها أيضا المشاورات أو المصالحة (1)، كما يعد التحكيم الإلكتروني بدوره من الوسائل البديلة لحل النزاعات الذي شبه في أغلب القوانين المقارنة بالوساطة (2).

¹ - أزوا محمد ومسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 149.

1- تمييز الوساطة الإلكترونية عن المفاوضات المباشرة: تعتبر المفاوضات أو التفاوض بصفة عامة آلية لتسوية النزاع القائم على الحوار المباشر بين الطرفين المتنازعين سعياً لحل الخلاف، ولا يحتاج التفاوض إلى أي طرف ثالث، بل يعتمد على الحوار بين الطرفين مباشرة، ويتم كل هذا باستعمال الوسائل الإلكترونية للإتصال، والتي غالباً ما يفضل الأطراف التفاوض باستعمال الأنترنيت التي هي من أحدث الوسائل الإلكترونية لمل تمتاز به من سهولة الاستعمال سواء بالكتابة فقط أو باستعمال الكتابة والصورة في آن واحد، وتكون المفاوضة المباشرة غالباً من تأطير أحد المراكز الخاصة بذلك.¹

تختلف المفاوضات المباشرة عن الوساطة أنها ثنائية، أي تتم بين طرفي النزاع فقط دون تدخل أي طرف أجنبي بينهما، والتي تتم من خلال الهاتف أو من خلال صفحة تابعة لموقع فض المنازعات الإلكترونية عبر الأنترنيت، وتتم عملية التفاوض بين طرفي النزاع كدرجة أولى قبل اللجوء إلى الوساطة الإلكترونية أو التحكيم الإلكتروني.

2- الفرق بين الوساطة الإلكترونية و التحكيم الإلكتروني: تتفق الوساطة الإلكترونية والتحكيم الذي يتعدى بواسطة الوسائل الإلكترونية الحديثة، بأن كل منهما يتناول المنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية كأصل، كما أن كلاهما قد طاله التطور وأصبح يتسم بالطابع الإلكتروني حتى يكون لهذه الوسائل القدرة على فصل المنازعات.²

وبالرغم من التشابه بينهما إلا أنهما يختلفان فيما بينهما في:

أ- من حيث العلاقة التي تربط الطرفين

يتعلق بالعلاقة التي تربط بين أشخاص تربط بينهم علاقة وثيقة ويعرف كل منهم الآخر معرفة جيدة، ومن أجل الحفاظ على هذه العلاقة وعدم إنهاؤها، فإنهم يتفقون على إخضاع علاقاتهم ومنازعاتهم لشخص ثالث يحدد أوجه الخلاف والقارب بين وجهات نظرهم، وذلك للتوصل إلى حل يلبي رغباتهم ويحظى بالتالي بقبولهم. أما في التحكيم فقد يحتفظ الطرفان بعلاقات تجارية مستمرة فيما بينهما وهذا يكون في القليل النادر، وقد لا يوجد بينهما علاقات سوى العلاقة الناشئة عنها انتزاع وهذا في الغالب الأعم والتي بإنهائها يذهب كل طرف إلى حال سبيله.

¹ - خليفي سمير، رجع سابق، ص 325.

² - داود منصور، مرجع سابق، ص 946.

ب- من حيث الدور الذي يلعبه الطرف المحايد: إن الوسيط الالكتروني تقتصر مهمته على مجرد تقديم اقتراحات وآراء للأطراف المتنازعة بشأن النزاع القائم بينهم حتى ولو خاض في تفاصيل النزاع مع أنه غير مطالب بذلك، كما يقوم الوسيط بتحفيز الأطراف على التفاوض وإجراء الاتصالات بينهم، وذلك بهدف الوصول إلى قرار يوافق عليه جميع الأطراف المتنازعة، فإرادة الأطراف هي التي تلعب دورا رئيسيا في إصدار القرار، فالوسيط هنا لا يملك أي سلطة لفرض التسوية ومن ثم قد تنتهي الوساطة الالكترونية بدون أي نتائج، بينما يتمتع المحكم بسلطة قضائية تمنحه القدرة على إصدار أحكام وقرارات ملزمة للطرفين.¹

ج- من حيث الإلزام: تختلف الوساطة الالكترونية عن التحكيم الالكتروني من حيث أنه يحق لطرفي النزاع الانسحاب في أي مرحلة كانت عليها الوساطة، في حين أنهما لا يتمتعان بنفس الإمكانية في حالة التحكيم، ويعد هذا الفارق أمرا منطقيًا للطابع الإلزامي للتحكيم سواء من ناحية الاجراءات أو من ناحية حكم التحكيم والطابع غير الإلزامي للوساطة.

رابعاً: الشروط الواجب توافرها في الوسيط

يشترط على الطرف الوسيط أن يتحلى بعدة صفات تسمح له بمسايرة عملية الوساطة الإلكترونية، فلا يمكن لأي وسيط غير مختص في مجال نزاع ما أن يقوم بدور الوسيط للبحث عن الحل المرضي للطرفين، بالإضافة إلى شروط أخرى حددها المشرع الجزائري في المادة 998 ق إ م إ.² كلها شروط تستلزم وجودها في شخص الوسيط ليكون ذلك الشخص الأمثل للوقوف مع الطرفين المتنازعين أثناء عملية الوساطة الإلكترونية، وهذه الشروط سنراها بالتفصيل فيما يلي:

1- الإختصاص: يعتبر الشرط الأساسي في تعيين الوسيط، فيجب أن يكون الوسيط متخصصا ومؤهلا تماما، مع تدريبه تدريباً جيداً يعينه على قيادة عملية الوساطة والتي يقتنع من خلالها طرفا النزاع بجدارته، وفي حال أن لم يكن أهلاً لذلك فعليه الاعتذار عن قبول النظر في النزاع أو عن الاستمرار فيه.

¹ - داود منصور، مرجع سابق ، ص946.

² - تنص المادة 998 على أنه: " يجب أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك و الإستقامة، وأن تتوفر فيهم الشروط الآتية:

- ألا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف، وألا يكون ممنوعاً من حقوقه المدنية، أن يكون مؤهلاً للنظر في المنازعة المعروضة عليه، أن يكون محايداً ومستقلاً في ممارسة الوساطة".

2- **الحياد:** وهي القاعدة التي من خلالها تم تعيينه ليكون الوسط بين طرفي النزاع ولا يفضل أي طرف على الآخر، فالحيادة هي عنوان للوساطة وعليه يتعين على الوسيط أن يقوم بقيادة وتحريك عملية الوساطة بحيدة تامة، فإن لم يتمكن من تحقيق ذلك فإن عليه الانسحاب في أي مرحلة من مراحل سير عملية الوساطة الإلكترونية.

3- **الإعلان عن أي مصلحة:** يتعين على الوسيط أن يكون واضحا وصريحا مع الأطراف ومركز الوساطة، ومن ذلك يجب أن يعلن عن أية مصالح فعلية محتملة له من النزاع المعروض عليه أو مع أي طرف في النزاع، بل إن عليه ابتداء رفض طلب تعيينه كوسيط إذا ما توافرت له أي مصلحة في النزاع، ما لم يمانع طرفا النزاع في تعيينه كوسيط بعد الإعلان.¹

4- **السرية:** تعتبر من أهم الخصائص التي تتميز بها الوساطة الإلكترونية، وفي أغلب الأحيان يلجأ الأطراف إلى الوساطة الإلكترونية من أجل هذه الميزة،² فانطلاقا من حماية وصيانة خصوصيات المتنازعين، فالوسيط يقوم بدور الحماية والمحافظة على كل ما يجري في عملية الوساطة، وما تم من خلاله من تبادل للوثائق والطلبات والتي تعتبر في هذه المرحلة سرية تامة، وهذا خلافا لما اتفق عليه الأطراف أو سمح له بالنشر تنفيذا للقانون.³

5- **الإعلان:** يقوم ال مركز المشرف على عملية الوساطة الإلكترونية بتقديم قائمة لأسماء الوسطاء مرفقة بكل ما يتعلق بخبرة ونشاطات الوسيط لاختيار الأحسن منهم، فالإعلان هو كل ما يتعلق بالوسيط من شخصية ومؤهل ات وخبراته العملية والدورات التكوينية التي قام بها، فالوسيط ملزم بأن يكون صريحا وصادقا وأمنيا في تصريحاته.

6- **الكفاءة:**⁴ يتم تعي ين الوسيط في أغلب الأحيان حسب نوع النزاع، وذلك للبحث عن الوسيط الذي يتمتع بالكفاءة العالية في ذلك المجال المطروح للحل، والتي يجب أن تكون تتناسب وتتاسب وعملية الوساطة، وهو ما يرجوه المتنازعين منها الوصول إلى حل مرضي لهما ينهيان به النزاع.

¹ - ضريفي نادية ومقران سماح، مرجع سابق، ص343.

² -خليفة سمير، مرجع سابق، ص135.

³ -نصت المادة 1005 من ق إ م إ على: "يلتزم الوسيط بحفظ السر إزاء الغير".

⁴ - أزوا محمد ومسعودي يوسف، مرجع سابق، ص151.

7- الشفافية: يجب أن تستمر في كل مراحل سير عملية الوساطة، مع تقديم توضيحات مدققة في كل مرحلة، حتى الرسوم والمصاريف، والنفقات، الخبرة الفنية، وجل الصعوبات التي واجهت أو قد تواجه سير عملية الوساطة، ليكونا طرفا النزاع أمام صورة حقيقية للعملية التي أقدمنا عليها لحل النزاع الناشب بينهما، وهو ما يحز في أنفسهما من ثقة وأمان في نجاح العملية.¹

خامسا: مراكز الوساطة وشروط التسجيل فيها

يعد السبب في ابتداء هذا الأسلوب، هو التشجيع على إحالة النزاع على الوساطة باعتبار أنه لا يتصور أن يتوصل الطرفان بمفردهما للحل، ومن بين هذه المراكز نظام الوساطة التابع للمنظمة الدولية لحماية الملكية الفكرية، وهو إجراء يتضمن كلا من الوساطة والتحكيم، وتبدأ مساعيه بموافقة الأطراف على اللجوء إليه، على أن يتم الاتصال بينهما بواسطة البريد الإلكتروني أو الهاتف أو المخاطبة، والتي تكون محددة المدة.

ظهر كذلك مركز أبحاث القانون العام بكلية الحقوق جامعة مونتريال بكندا بنظام المحكمة القضائية، يجري بمقتضاه استخدام الوساطة والتحكيم عبر وسائط إلكترونية في تسوية بعض المنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية، بالإضافة إلى مؤسسة On Line ombuds office وهي مكتب للوساطة أسس عام 1996 من قبل مركز يسمى Center for technology and dispute resolutin وهذا المركز تابع لجامعة Massachusetts الأمريكية، وهو يقدم أعمال الوساطة مجانا.

يعد مركز "SQUARE TRADE" من أشهر وأول المراكز المتخصصة في مجال حل المنازعات بطريق الوساطة الإلكترونية، وقد نظر المركز في الكثير من المنازعات الناشئة عن المعاملات التي تتم من خلال سوق البيع بالمزاد عبر الأنترنت "E-BAY" و الذي يعد أول موقع أمريكي للبيع بالمزاد العلني، وتحديد المنازعات التي تنشأ بين الشركة القائمة على المركز وبين المتعاملين بالمزاد بيعا أو شراء من خلال هذا السوق²، ومن أشهر المنازعات التي نشأت عن البيع بالمزاد عبر السوق المشار إليه نذكر قيام شركة "ROLAX SA" وشركة " MANUFACTUREDES MONTRES ROLEX S A " لإنتاج الساعات برفع دعوى ضد شركتي

¹ - خليفي سمير، مرجع سابق، ص136.

² - سعاد قصعة، مرجع سابق، ص21.

أخرى دون وجه حق¹. eBay GMBH et eBay International، وتأسست الدعوى على قيام الشركتين تحت اسم "رولكس" وأسماء

الفرع الثاني: إجراءات الوساطة الإلكترونية وآثارها

لقد شجعت معظم الدول والمؤسسات الكبرى على إحالة نزاعات التجارة الإلكترونية على الوساطة المؤسسية لما تملكه هذه الأخيرة من إمكانيات مادية وبشرية، وعليه سنركز في بحثنا هذا على كيفية سير إجراءات حلها أمام هاته المراكز، حيث سنتطرق إلى سير هاته الإجراءات (أولا)، ثم الجلسات الإلكترونية وكيفية انعقادها (ثانيا).

أولا: سير الإجراءات الإلكترونية للوساطة

تسري آلية الوساطة الإلكترونية عندما يقوم المدعي بإيداع طلب وساطة إلكترونية عبر تعبئة نموذج إلكتروني سري، وعلى مقدم الطلب أن يكون واضحا ودقيقا وعليه إيراد ملخص عن شكواه، وإذا قبل طلب الوساطة المقدم منه، يستلم جوابا إلكترونيا بالقبول مع رمز دخول، وكلمة سر تسمح له الولوج إلى قاعدة الوساطة الإلكترونية².

1- الإتفاق على الوساطة الإلكترونية:

إذا كان الأصل هو لجوء المتضرر عند نشوب النزاع إلى القضاء، فإن هذا الأمر يختلف عند اختياره للوساطة الإلكترونية لتسوية النزاع الناتج عن التجارة الإلكترونية، ولما كانت هذه الوسيلة الإلكترونية البديلة لتسوية المنازعات الإلكترونية أمرا استثنائيا عليه فلا يمكن التمسك به إلا باتفاق الأطراف صراحة، وهذا الاتفاق يتم عادة كشرط من شروط العقد أو باتفاق مستقل.

وعلى الرغم من الطابع الاختياري والرضائي للوساطة إلا أن إدراج الاتفاق عليها في العقد المبرم بينهم يلبسها طابع الإلزام، إذا في هذا الوقت لا يحق لأحد الأطراف العدول عنه واللجوء إلى وسيلة أخرى لتسوية النزاع قضائيا أو تحكيميا دون موافقة الطرف الآخر، وحتى القضاء يرجى النظر في الدعوى لحين بيان نتيجة التسوية، والذي يمكن أن يعتمد عليه كدليل للإثبات، إذ أن هناك فارق بين إلزامية الاتفاق على الوساطة الإلكترونية في حال إدراجه كبند في العقد المبرم بين الطرفين،

¹ - سعاد قصعة، مرجع سابق، ص 22.

² - داود منصور، مرجع سابق، ص 947.

وعدم إلزامية القرار الصادر من الوساطة الإلكترونية كوسيلة لتسوية النزاع الذي قد ينشأ بينهم، فعندها لا مفر من الرضوخ إليه بصرف النظر عن كون القرار الصادر من الوسيط ملزماً أم لا.¹

2- تقديم الطلب إلى مركز الوساطة:

وفقاً لحكم المادة الثالثة من قواعد الوساطة الصادرة عن المنظمة الدولية للملكية الفكرية (الويبو) فإن على كل من يرغب من طرفي النزاع تسوية نزاعه عن طريق اللجوء للوساطة الإلكترونية أن يقوم بتعبئة طلب الوساطة المعد مسبقاً من قبل المركز والمنشور على الموقع الإلكتروني التابع للمركز والذي يجب أن يتضمن البيانات التالية:

-أسماء طرفي النزاع وعناوينهم، الهاتف، الفاكس، البريد الإلكتروني أو أية وسائل اتصال أخرى ذات صلة بطرفي النزاع أو بمن يحتل الطرف مقدم طلب الوساطة.

-نسخة من اتفاق اللجوء للوساطة في حالة اتفاق الطرفين على تسوية النزاع عن طريق الوساطة.

-بيان ملخص عن موضوع النزاع وطبيعته.²

وعند استلام المركز للطلب يقوم المركز بإرسال تأكيد على مقدم الطلب يبلغه من خلاله أنه قد تم استلامه لطلب الوساطة كما ويقوم المركز بالاتصال بالطرف الآخر ويبلغه بذلك ويسأله فيما إذا كان يرغب بتسوية النزاع عن طريق الوساطة فإذا أجاب بالرفض تنتهي إجراءات الوساطة ويتم إبلاغ طالب الوساطة بأن عملية الوساطة أصبحت غير ممكنة أما إذا أفصح المجاوب عن رغبته بالمشاركة في عملية الوساطة عندئذ تبدأ عملية الوساطة ويتم تبليغ طالب الوساطة بذلك.

وفيما يتعلق بالمهلة الممنوحة للمجاوب لكي يرسل جواباً يبين فيه ما إذا كان يرغب في المشاركة بعملية الوساطة أم لا فقد حددتها بعض مراكز الوساطة كمركز الوساطة (square trade) ب(14) يوماً بحيث يترتب على انقضائها دون تقديم جواب يفيد الموافقة على عملية الوساطة انتهاء إجراءات الوساطة وإغلاق ملف القضية على أن يعاد فتح ملف القضية في أي وقت يبدي فيه المجاوب رغبته بالمشاركة في عملية الوساطة.

¹ - داود منصور، مرجع سابق، ص 947.

² - هند فائز أحمد، الوساطة في المنازعات الإلكترونية، مقال اطلع عليه يوم الثلاثاء 28 جوان 2022، على الساعة: 15:34، من الموقع: www.uobabylon.edu.iq.

كما وحدتها الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ب (30) يوما تبدأ من اليوم الذي أرسلت فيه الدعوة للمجاوب في اللجوء إلى عملية الوساطة لتسوية النزاع ما لم تتضمن الدعوة مدة أخرى أقل أو أكثر من مدة 30 يوما. وإذا كانت هذه هي الإجراءات التي يتبناها المركز عند تقديم طلب الوساطة من قبل أحد طرفي النزاع فإن الوضع يكون مختلفا حتما عند قيام طرفي النزاع بإرسال طلب اللجوء للوساطة معا، والذي يجب أن يتضمن البيانات الشخصية المشار إليها سابقا حيث سيكتفي المركز في هذه الحالة عند استلامه لطلب الوساطة بإرسال تأكيد إلى طرفي النزاع يخطرهما من خلاله باستلام طلب الوساطة وبالتاريخ المحدد لبدائية عملية الوساطة.¹

3- بدء الوساطة:

يقوم المركز بتزويد طرفي النزاع بقائمة أسماء الوسطاء ومؤهلاتهم، وبمجرد موافقة طرفي النزاع على الوسيط والإجراءات، يتم الانتقال إلى المرحلة الثانية للوساطة، ويتم في هذه المرحلة مناقشة الموضوع واستخراج نقاط الخلاف الجوهرية، وذلك بعد إرسال بريد إلكتروني متضمن اسم مرور من قبل الوسيط لكل من طرفي النزاع، يستطيع طرفي النزاع من خلاله الدخول إلى صفحة النزاع المعدة على موقع المركز، ليتمكنوا من حضور جلسات الوساطة لمناقشة طلباتهم والتداول معهم حول موضوع النزاع بهدف التوصل إلى حل وسط يقبله الطرفين.²

4- رسوم الوساطة الإلكترونية

إن الوساطة كوسيلة من وسائل تسوية المنازعات ليست مجانية وإنما تكون مقابل دفع رسوم معينة يتحملها طرفي النزاع لقاء قبول المركز نظر النزاع وتسويته عن طريق الوساطة وتشتمل رسوم الوساطة الإلكترونية على ثلاث أنواع من التكاليف³ يمكن إجمالها على النحو الآتي:
أ- رسوم التسجيل: وهي الرسوم التي يستوفئها المركز من طالب الإجراء أو التسوية عند قيد الطلب لدى المركز.

¹ - هند فائز أحمد، مرجع سابق.

² - سعاد قصعة، مرجع سابق، ص 25.

³ - أنظر المادة الأولى من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الفقرة السادسة منه.

ب- **المصاريف الإدارية:** وهي المبالغ المقررة تبعا لطبيعة النزاع وأداء فوضه وتغطي تكاليف المراسلات والإخطارات والتكاليف الإدارية اللازمة لفظ النزاع.

ج- **الأتعاب:** وهي المبالغ المقررة للوسيط في عملية الوساطة.¹

ونظرا لما تمثله الرسوم من أهمية لسير إجراءات الوساطة فقد حرصت مراكز الوساطة الإلكترونية على وضع أنظمة خاصة للرسوم تحدد مقدار ونوع الرسوم التي يستوفيها المركز عن عملية الوساطة ومن أمثلة هذه المراكز مركز الوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) ومركز الوساطة (square trade). على أن المصاريف الإدارية اللازمة لسير إجراءات الوساطة وأتعاب ومصاريف الوسيط وأية مبالغ أخرى تم دفعها عن لغرض التسوية لا يتحملها طالب الوساطة وحده وإنما يتم دفعها في نهاية الأمر مناصفة بين طرفي النزاع ما لم يتم الاتفاق بينهما على خلاف ذلك وتعتبر الرسوم والمبالغ السابقة بعد دفعها نهائية وغير قابلة للاسترداد ما لم تتوقف إجراءات تسوية النزاع لسبب يعود إلى المركز ولا يد لأطراف النزاع به لا من قرب ولا من بعيد.²

5- انتهاء عملية الوساطة:

أما بالنسبة لانتهاء عملية الوساطة فهي تنتهي بإحدى الحالتين الآتيتين:

- **الحالة الأولى:** توصل الوسيط إلى تسوية النزاع وديا بين الخصوم.

- **الحالة الثانية:** عدم توصل الوسيط إلى تسوية النزاع وديا بين الخصوم.

بالنسبة للحالة الأولى: فإذا توصل الوسيط إلى تسوية سلمية للنزاع وتمت المصادقة على اتفاق التسوية من قبل طرفي النزاع تنتهي عملية الوساطة في لحظة المصادقة على اتفاق التسوية. بحيث يعتبر هذا الاتفاق بعد المصادقة عليه ملزما وواجب النفاذ قانونيا وبمثابة حكم قطعي لا يخضع لأي طريق من طرق الطعن.

أما الحالة الثانية: فهي حالة عدم التوصل للتسوية الودية للنزاع حيث يندرج تحت هذه الحالة مجموعة من الأسباب التي يترتب على توافر احدها انتهاء عملية الوساطة ومن أمثلة هذه الأسباب

¹ - ضريفي نادية ومقران سماح، مرجع سابق، ص 347.

² - سعاد قصعة، مرجع سابق، ص 27.

ما ورد في المادة من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي من تعداد للحالات التي تحول دون التواصل إلى تسوية سلمية للنزاع وعلى النحو التالي:

-إصدار الموافق بعد التشاور مع طرفي النزاع إعلانا يبين فيه يوجد ما يسوغ القيام بمزيد من جهود التوفيق في تاريخ صدور الاعلان.

-إصدار طرفي النزاع إعلانا موجهها إلى الطرف الآخر أو الاطراف الأخرى والى الموفق في حالة تعينه يفيد بانتهاء إجراءات التوفيق في تاريخ صدور الإعلان.

عند انتهاء عملية الوساطة سواء كانت إيجابية أو سلبية، يرسل الوسيط فورا إخطارا مكتوبا إلى المركز يعلمه فيه بانتهاء الوساطة، ويقع على هذا الأخير واجب المحافظة على ما ورد في هذا الإخطار من معلومات، وأن لا يكشف لأي شخص عن وجود عملية الوساطة لديه أو عن نتيجتها، كما يجب عليه إعادة كل الوثائق والمستندات للأطراف والتي قدموها خلال عملية الوساطة، إلا في حالة استعمال المعلومات الخاصة بموضوع الوساطة في أية معطيات إحصائية ينشرها تكون متعلقة بنشاطه شرط أن لا يكشف عن هوية أطراف النزاع وهذا ما نصت عليه المادة 09 من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للمكية الفكرية الويبو.¹

ثانيا: الجلسات الإلكترونية للوساطة و آثارها

إن بموافقتي فريقتي النزاع على الوسيط والإجراءات، يتم الانتقال للمرحلة التالية من الوساطة، وهي مناقشة موضوع النزاع وإثارة نقاط الخلاف الجوهرية، وذلك بعد أن يقوم الوسيط بإرسال بريد إلكتروني لكل من طرفي النزاع، بالإضافة لتحديد ميعاد جلسات الوساطة، ليتم الانتقال للمرحلة قبل الأخيرة من الوساطة الإلكترونية في عقد جلسات الوساطة وبحث المدى الذي يمكن أن يذهب إليه المتنازعين في طلباتهما، ليقوم الوسيط بعدها بصياغة اتفاق التسوية النهائي وعرضه على المتنازعين للتوقيع عليه.

1- جلسات الوساطة الإلكترونية: إن الوساطة الإلكترونية، لا تقتصر على طرفي النزاع، إنما تتطلب تدخل شخص ثالث (وسيط)، يكون الوسيط دوما حكما شخصا طبيعيا وتوافرت فيه الشروط الحيدة

¹ - ضريفي نادية ومقران سماح، مرجع سابق، ص 349.

والنزاهة والإستقلالية، فهو مدعو من قبل أطرف النزاع لمساعدتهم على التوصل إلى اتفاق، والتواصل معهم.

وعليه يتم تعيين الوسيط وفق نظام square trade من قبل الأمانة العامة التي تقوم باختيار الوسيط استنادا إلى نوع النزاع وطبيعته وأيضا على الخبرة التي يمتلكها الوسيط واللغات التي يجيدها ولتتسجم مع لغة طرفي النزاع، إلا أن نظام square trade يسمح للأطراف الاتفاق على اختيار وسيط من قائمة تحوي على ما يقارب 150 وسيط،¹ وبعد الموافقة من كلا الطرفين على عملية الاختيار يبدأ الوسيط بتوضيح للطرفين آلية فض النزاع والطريقة التي يفضلونها لعقد جلسات الوساطة، إذ قد تكون إما عن طريق البريد الإلكتروني e-mail أو عن طريق غرفة المخاطبة من خلال غرفة الاجتماعات الإلكترونية les salles conférence électronique أو عن طريق اجتماع ثنائي مصور بالفيديو réunion vidéo، أو عن طريق رسائل الدعوى les message، بعد ذلك يبدأ الوسيط بدعوة الطرف الآخر بواسطة الآلية التي تم اختيارها إلى ولوج الموقع الإلكتروني بحيث يشرح له طلبات الطرف الآخر مقدم طلب الوساطة الإلكترونية، ويعتبر هذا الموقع المخصص للقضية، مكان للنقاش بين الأطراف، يدخل بعدها الوسيط الإلكتروني في اتصال مع المدعي بغية معرفة موضعه، وتوقعاته من استعمال خدمة الوساطة الإلكترونية، كذلك يفعل الوسيط مع المدعى عليه، بحيث يحاول معرفة طلباته ونواياه، فإذا كانت مطابقة مع طلبات المدعي، تكون الوساطة ممكنة يباشر بعدها الوسيطة بطرح الحلول على الأطراف لمناقشتها.

ويدلي كل فريق أمام الوسيط بوجهة نظره، إضافة إلى المعلومات المكملة كالبيانات المالية، التقارير والمستندات التي بحوزتهم، ويبقى الحل بين يدي أطراف النزاع، لكن الوسيط يقوم بمساعدتهم على التواصل، وبإجراء الحوارات والتشاور مع الأطراف، والعمل على تقسيم المشكلة إلى قضايا فرعية، وتحليل النزاع لمساعدة الأطراف على الوصول إلى تسوية مرضية للجانبين، ويتم تخزين جميع المعلومات المتعلقة بالقضية في صفحة خاصة محمية بكلمة سر، وذلك لمنح الأطراف المزيد من الثقة، ولدى square trade محرك اتصالات متطور يعمل على تذكير الأطراف المشاركة بجدول الجلسات لضمان تواصلهم مع الوسيط.

¹ Steve Abernethy ,Building Large-scale Online Dispute Resolution & Trustmark Systems, Proceedings of UNECE Forum on ODR2003,P14.

مع العلم أنه ومن خلال جلسات الوساطة يستطيع كل طرف تعديل طلباته أو بياناته التي قدمها للمركز أو التي أرفقها بطلب من الوساطة، وهذه العملية تتم بواسطة النقر على الخانة المخصصة له بعد الدخول إلى عنوان الموقع الإلكتروني الخاص بالمركز، ثم يقوم بإدخال العنوان البريدي وكلمة المرور الذي سبق وأن أرسله الوسيط والخاص بالنزاع المراد إجراء التعديل عليه، وفي نهاية هذه العملية تظهر قائمة على شاشة الحاسوب تتضمن القضايا وأرقامها ليقوم باختيار رقم القضية المطلوبة والدخول عليها بالنقر على الخانة الخاصة بها، وإجراء التعديل المراد القيام به، بعد ذلك ينقر على المفتاح الخاص مع إرسال نسخة للوسيط وعدد المتنازعين.¹

2- آثار جلسات الوساطة الإلكترونية:

بعد إنهاء جلسات الوساطة الإلكترونية وطرفي النزاع وتبادل المناقشات، فإذا توفقت الأطراف على نتيجة واحدة، يكون النزاع محلولا، ويصار عندها إلى تحضير اتفاق من قبل الوسيط الإلكتروني، بغية بتجسيد التوافق، ويرسل إلى الأطراف، وعند هذا الحد تعتبر القضية منتهية، ولكن إذا فشلت مساعي الوسيط في التواصل إلى نتيجة مرضية منتهية لطرفي النزاع وبهذا تكون النتيجة عدم التواصل لاتفاق فتنتهي الإجراءات دون التواصل إلى حل، وقد يحاول الأطراف تسوية النزاع عبر اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني عند شعورهم عدم جدوى الوساطة.

أ- تسوية النزاع نهائيا وفقا لمركز Square trade: عندما يتم التواصل بين الوسيط وطرفي النزاع إلى تسوية مقبولة لكلا طرفين نتيجة محاولات الوساطة الإلكترونية، ينبغي على الطرفين النقر على (قبول ضمن نافذة برامج منصة square trade)، وعلى الوسيط الإلكتروني بعد ذلك أن يكتب ما اتفق عليه المتفاوضون في اتفاق دائم يشهد على نيتهم ورضاهم وقبولهم في مستند يسمى (اتفاق التسوية).

عند انتهاء الوسيط الإلكتروني من إعداد اتفاقية التسوية، يقدم اتفاقية التسوية لكل الطرفين للتوقيع عليها. أما بعد التوقيع فلا يجوز لأي طرف الانسحاب منها لأنها أصبحت نهائية وملزمة للطرفين. وهذا وفق ما نص عليه قانون الأونيسترال بشأن التوفيق التجاري الدولي حيث أنه في حالة قيام أطراف النزاع بتنفيذ اتفاقية التسوية، فإن هذه الاتفاقية تكون ملزمة وفعالة ولكن تشريع الدولة قد يتضمن آلية يتم بموجبها تنفيذ اتفاقيات التسوية أو إحالتها لأحكام تنظم طريقة تنفيذها.

¹-سمير خليفي، مرجع سابق، ص138.

وما يلاحظ أن المركز يتيح للأطراف إعادة فتح القضية في المستقبل عندما لم يوفي طرف بالتزامه في القرار المتفق عليه، إلا أنه يجب أن يكون خلال اسبوعين من تقديم طلب الوساطة الأولى.¹

ب- **عدم التواصل لاتفاق وفقا لمركز Square trade**: إذا فشل الوسيط الإلكتروني في الوصول إلى تسوية ودية ووصل المتقاضين إلى طريق مسدود أو انسحاب أي منهم من إجراءات الوساطة دون أي أسباب لذلك، قبل التوقيع على اتفاقية التوفيق النهائية والملزمة، تعتبر الوساطة الإلكترونية منتهية وفقا لذلك، فالوسيط لا يتمتع بسلطة حسم النزاع، وإنما يحاول عبر شبكة الأنترنت الأخذ بيد الأطراف نحو الاتفاق، أي يكتفي الوسيط بمساندتهم ومساعدتهم على توضيح بعض أوجه الحل.

لقد ساهم التغيير الذي أحدثه استخدام وسائل الاتصال الحديثة في إبرام عقود أصبحت تنسم بالطابع الدولي بصورة مباشرة، وذلك نظرا لعالمية شبكة الأنترنت، وعدم خضوعها للقيود أو الحدود وخاصة في مجال المعاملات التجارية، مما سهل على المستهلك الحصول على السلع والخدمات التي يرغب فيها ودون التنقل من منزله أو حتى تحمل عناء السفر، بالدخول إلى الموقع الإلكتروني للمتدخل والتعرف على المنتجات واقتنائها بمجرد النقر على إشارة الموافقة واستخدام وسائل الدفع الإلكترونية.

ومن خلال هذه الدراسة تبين لنا الدور الكبير الذي تلعبه الوساطة الإلكترونية كآلية بديلة عن القضاء والتحكيم لحل منازعات التجارة المبرمة بوسائل الكترونية، وذلك لما تتميز به من سرعة في حسم النزاع ومرونة الاجراءات وخلوها من التعقيدات والتكاليف الباهظة، هذا بالإضافة إلى دورها في المحافظة على استمرار العلاقة الودية والتخفيف من التوتر بين الأطراف المتنازعة، حيث تقوم على فكرة حل النزاع من خلال طرف ثالث محايد يسمى الوسيط، يعمل على تسهيل الحوار بين المتنازعين وتقديم الحلول المبتكرة وبطريقة طوعية للوصول إلى حل النزاع عم طريق عدالة متأنية من إرادة طرفي النزاع، في عالم افتراضي ودون الحضور المادي برأي غير ملزم ينهي الخصومة بالتراضي يستمد² قوته التنفيذية من اتفاق الطرفين، فقرار التسوية غير قابل للتنفيذ بذاته إلا إذا أقره الخصوم، فهو يفتقر إلى الإلزامية، فبذلك له أثر أدبي وأخلاقي، قد يكون له الأثر في دفع الأطراف لحل النزاع والافتتاح بوجهة نظر الوسيط.

¹ - داود منصور، مرجع سابق، ص 951.

² - أزوا محمد ومسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 155.

المبحث الثاني: الصلح كآلية بديلة لتسوية النزاعات التجارية

الصلح هو عقد من العقود الرضائية، وهو نظام لتسوية نزاع قائم أو لتلافي نزاع وارد احتمال قيامه في المستقبل. وهو بذلك ينتج أثارا شبيهة بآثار الحكم القضائي بما يمكن القول معه أن الصلح يقع على حدود كل من قانون العقود والالتزامات وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولا شك أن للصلح مزايا عديدة، منها أنه لا يفض النزاع بالقوة بل يحله بالتراضي بين الأفراد، فضلا عن أنه يؤدي إلى استقرار السلام الجماعي ولهذا يقال بأن "صلحا سيئا خير من قضية ناجحة"، أو بأن "التصالح على ربع الحق خير من التقاضي عليه كله".

و قد يتطلب حل النزاع وحسمه كثيرا من التعقيدات، من حيث الإجراءات التي تتطلبها الدعوى، و قد يستغرق ذلك وقتا طويلا و تكاليف باهظة لإنهاء تلك الخصومة. ولذلك يستطيع الخصوم توقي ذلك النزاع بإنهائه صلحا، ينتج عنه تخفيف العبء بينهم وريح الوقت والتكاليف ومشقة الإجراءات.

وقد أقر القانون الجديد رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 إجراء متميزا يجب إتباعه قبل رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية المتخصصة. عملا بأحكام المادة 536 مكرر 4 الجديدة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإنه يسبق قيد الدعوى إجراء الصلح. يتم هذا الصلح بطلب من أحد الخصوم و يقدم إلى رئيس المحكمة التجارية المتخصصة الذي يعين خلال مدة خمسة أيام بموجب أمر على عريضة أحد القضاة للقيام بإجراء الصلح في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر، و يرجع لطالب الصلح تبليغ باقي أطراف النزاع بتاريخ جلسة الصلح عن طريق محضر قضائي¹.

¹-أحمد صالح علي، الطرق البديلة لحل المنازعات الصلح-الوساطة- التحكيم حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، دار الخلدونية، ب ط، الجزائر، 2021، ص11.

المطلب الأول: الصلح باعتباره وسيلة بديلة تقليدية لتسوية النزاعات التجارية

الصلح هو الحل الذي ينتهي إليه أطراف النزاع في شكل تفويض شخص من الغير في إجراء هذا الصلح، أو الاتفاق عليه من ذوي الشأن في شكل عقد يتنازل فيه أطرافه عن بعض الحقوق التي يدعونها في مقابل تضحية الأطراف الأخرى، وكل ذلك يتوقف على توافق إرادة الأطراف.

و عليه يمكن تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، تعريف الصلح وشروطه في (الفرع الأول)، ثم تمييزه عن النظم الأخرى (الفرع الثاني)، أما عن أنواع الصلح في القضايا التجارية فسننظر لها في (الفرع الثالث).¹

الفرع الأول: مفهوم الصلح وتحديد شروطه

الصلح وسيلة اتفاقية ودية لتسوية وإنهاء المنازعات المدنية والتجارية والمالية وغيرها، القائمة بالفعل بين أطراف هذه المنازعات، أو المحتمل قيامها في المستقبل.

فالصلح عقد لكنه ليس كباقي العقود، فهو من العقود ذات الوظيفة القضائية حيث يقضي على النزاع، وتلك من وظيفة القضاء، وهذه الطبيعة الأخيرة لا تجعله، مع ذلك يختلط بالوسائل القضائية. وسنتناول في هذا المطلب، تعريفه لغة وشرعا وفقها واصطلاحا.²

أولا: تعريف الصلح

لتعريف الصلح، يجب أن نتناول تعريفه لغة و فقها وكذا التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري.

1- تعريف الصلح لغة: لقد ورد العديد من المعاني للصلح في المعاجم العربية اختلفت وتباينت حيالها آراء علماء اللغة حيث جاء في "القاموس المحيط" الصلاح ضد الفساد كالصلوح صلح، كمنع وكرم وهو صلح بالكسر وصالح وصلاح. وأصلحه ضد أفسده وإليه أحسن، والصلح بالضم السلم ويؤنث. واسم جماعة وبالكسر نهر بميسان وصالحه مصالحة وصالحا واصطلاحا وصالحا وتصالحا اصطلاحا.

¹- عبد الحق حنان، الطرق البديلة لحل النزاعات الأسرية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون تخصص قانون أسرة، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية، 2020-2021، ص41.

²- أحمد صالح علي، مرجع سابق، 13.

فالصلح هو السبيل لإنهاء حالة الحرب وإتمام الخصومة، وقد يضاف فيقال هو صلح لي وهم لنا مصالchon، وأصلح إليه أي أحسن إليه، وأصلح إلى فلان في ذريته أو ماله أي جعلها سالحة. جاء في محكم التنزيل قوله تعالى: " وأصلح لي في ذريتي إني تبت إليك إني من المسلمين"¹.

والصلح في اللغة هو قطع النزاع وانهاء الخصومة، ويقال صلح الشيء صلاحا أي كان نافعا ومناسبا وأصلح ذات بينهما أو ما بينهما. أي أزال ما بينهما من عداوة وشقاق، والصلح هو الوئام و السلام. غير أن علماء اللغة انقسموا إلى فريقين:

-الفريق الأول: عرف الصلح بالسلم سواء كان بالفتح أو الكسر، وهذا هو رأي الأغلبية.

-الفريق الثاني: فرق بين السلم بالكسر والسلم بالفتح فقالوا أن السلم بالكسر معناه الإسلام.² واستدلوا بقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا ادخلوا في السلم كافة ولا تتبعوا خطوات الشيطان إنه لكم عدوا مبين"³.

2- تعريف الصلح في الإصطلاح:

لقد عرف الفقهاء الصلح بتعاريف تشترك في معناها ومقصدها، وترمي جميعها إلى رفع الخلاف وإزالة النزاع وذلك بالتوفيق بين الخصمين⁴، فقد عرفه الأحناف بأنه: عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة، وعرفه المالكية: حيث عرف ابن عرفة الصلح بأنه: انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه. وعرفه الشافعية بأنه: عقد يحصل به قطع النزاع. وعرفه الحنابلة بأنه: معاهدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين.

فالصلح يشكل بكل مفاهيمه المتداولة ويكل دلالاته اللفظية خارج دائرة القضاء طرقا شبه قضائية، يسميها باوند "بالعدالة الاجتماعية"، ويذكرها آبييل "بالعدالة الشكلية"، وينعتها سلزنريك "بالعدالة التفاوضية".

¹-سورة الأحقاف، الآية 15.

²- لكل منير، ماهية الصلح الجنائي وتمييزه عن الصلح الإداري والمدني، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 08مجلد01، جوان 2017، ص170.

³-سورة البقرة، الآية 108.

⁴- محمد الطاهر بلموهوب، مرجع سابق، ص75.

ونجد بعض الفقهاء وعلى رأسهم (باوند و آييل) عرفوا الصلح بأنه بمثابة نزول من الهيئة الاجتماعية عن حقها في الدعوى مقابل الشيء الذي قام عليه الصلح و قضى بأنه يرتب أثره بقوة القانون ما يتطلب من المحكمة إذا تم الصلح أثناء نظر الدعوى أن تحكم بانقضاء الدعوى.¹

3- الصلح في التقنين المدني الجزائري:

هو اتفاق حول حق متنازع فيه بين شخصين بمقتضاه يتنازل أحدهما عن ادعائه مقابل تنازل الآخر عن ادعائه أو مقابل أداء شيء ما.

و الصلح كما جاء في المادة 459 من القانون المدني الجزائري: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل".²

ويرى الدكتور بوسقيعة أحسن انه يمكن تعريف المصالحة أو الصلح بوجه عام، بأنها تسوية النزاع بطريقة ودية، حيث يكون بطريق التنازل المتبادل بين الطرفين.

وفي فرنسا عرفت المادة 2044 من القانون المدني الفرنسي، الصلح بأنه "عقد يحسم به المتعاقدان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا".

ورغم اتفاق كل من القانون الجزائري والقانون الفرنسي على جعل الصلح رافعا للنزاع بل مانعا لوقوعه أيضا، أي أنه يؤدي دورا مزدوجا، أحدهما علاجي، والآخر وقائي. إلا أنهما يفترقان في أن القانون الفرنسي قد أغفل عصرا جوهريا في التعريف وهو ضرورة وجود تنازل متبادل Concession réciproque، أو متقابل من كل من طرفي العقد عن جزء من حقوقه أو ادعاءاته. وهو استحقاق جوهرى في تعريف الصلح.

و قد عالج هذا العيب الفقه الفرنسي، الذي استقر على ضرورة وجود التنازل المتبادل كشرط لا غنى عنه لقيام الصلح.

¹ - لكل منير، مرجع سابق، ص 171.

² - لخزاري عبد الحق، الصلح القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الاحياء، المجلد 20، العدد 24، ماي 2020، ص 284.

أما في القضاء، فقد قضت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها لتعريف الصلح بأنه: "متى كان كل من المتعاقدين قد ترك جزء من حقوقه على وجه التقابل قطعاً للنزاع الحاصل بينهما فهذا العقد صلح" طبقاً لنص المادة 549 من القانون المدني.¹

ثانياً: أركان الصلح

عقد الصلح كغيره من العقود الرضائية لا ينعقد إلا بتوافر الأركان التي تشترطها جميع العقود ألا وهي الرضا المجمل والسبب، وما دام الصلح عقد يقوم به المعني شخصياً فلا ينعقد إلا إذا قام به الشخص ذاته أو بواسطة وكالة خاصة فضلاً على أنه لا ينعقد إلا بتوافر أركان خاصة به وهي وجود نزاع قائم أو محتمل الوقوع، وتنازل كل طرف عن جزء من ادعاءاته وتوفر النية لدى الأطراف في وضع حد نهائي للنزاع وهذا ما سنفصله ضمن العناصر الآتية:

1- الشروط العامة لانعقاد الصلح:

يعتبر الصلح عقد رضائي ينعقد بالإيجاب والقبول، وعليه يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها العقود من وجوب تطابق الإيجاب والقبول من حيث التعبير عن الإرادة ومتى يعتد بها وأثرها في حالة وفاة الموجب أو القابل. هذا وقد تكون اجراءات الصلح قصيرة أو طويلة، تشمل تفاصيل أم لا المهم هو² الاتفاق النهائي الذي يتم بين الطرفين والذي ينهي النزاع، ولما كان الصلح مسألة شخصية يقوم بها المعني شخصياً فيشترط القانون وكالة خاصة للموكل عليه ولا يجوز للمحامي أن يتصلح على حقوق موكله بدون توفر وكالة خاصة.³

بالإضافة إلى التراضي، يشترط تحديد محل الصلح تحديداً دقيقاً بمعنى يستوجب تحديد الحقوق المتنازل عنها من الطرفين تحديداً دقيقاً، تفادياً لوقوع أي لبس أو غموض في الصلح، وعليه يجب أن يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود معيناً أو قابلاً للتعيين، مشروعاً وغير مخالف للنظام العام.⁴

¹ - أحمد صالح علي، مرجع سابق، ص 16.

² - شريفة ولد شيخ، مرجع سابق، ص 97.

³ - مرجع نفسه، ص 98.

⁴ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 212 و 213.

نفس الشيء بالنسبة للسبب، الذي يجب أن يكون مشروعاً ولا يمكن للقاضي إثبات الصلح إلا بحضور الطرفين وهذا في حالة ما إذا تدخل القاضي بحيث يحرر محضراً يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع لدى أمانة ضبط الجهة القضائية.

أما فيما يخص الكتابة، فلم يشترط المشرع الجزائري كما فعل المشرع المصري¹ الكتابة أو الرسمية ولكن يفهم من قانون الاجراءات المدنية والإدارية أن الصلح يثبت بالكتابة لضرورة اشتراط محضر يوقع من الأطراف ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية.

2- شروط صحة الصلح:

تتعلق صحة الصلح بتوافر أهلية المتصالحين وخلو هذه الأهلية من العيوب، فبالنسبة للأهلية في عقد الصلح فتتص المادة 460 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يشترط فيمن يصالح أن يكون أهلاً للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح"، وهكذا فلا يجوز لعديم التمييز أن يجري صلحاً لانعدام الأهلية فيه، بالمقابل يجوز للراشد إجراء أي صلح مادام لم يحجر عليه بالطرق القانونية.

ولما كان تصرف المميز في أمواله جزئياً أو كلياً يتوقف على إذن القاضي طبقاً للمادة 84 من قانون الأسرة الجزائري، وتطبيقاً للمادة 450 من القانون المدني الجزائري فإنه لا يجوز للمميز أن يعقد صلحاً إلا بإذن من القاضي.²

أما بالنسبة لعيوب الرضا فيجب أن يكون الصلح خالياً من العيوب، فيجب أن يكون رضا المتصالحين خالياً من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال شأنه شأن جميع العقود، لأن في حالة ما إذا شب عيب من عيوب الإرادة رضا المتصالح يكون عقد الصلح قابلاً للإبطال لصالح من وقع ضحية العيب.

غير أن بالنسبة للغلط تنص المادة 465 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "لا يجوز الطعن في الصلح بسبب الغلط في القانون"، فنلاحظ ان هاته المادة تعتبر تأكيداً لقاعدة عدم الاعتذار بجهل القانون وخروجاً عن القاعدة العامة التي أسست إستثناءات على هذه القاعدة مفادها

¹-تنص المادة 552 من القانون المدني على أنه: "لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي".

²- شريفة ولد شيخ، مرجع سابق، ص 99.

جواز إبطال العقد لغلط في القانون وهو ما نصت عليه المادة 83 من ق م ج¹ ، هذا وترجع المادة 465 المذكورة إلى أنه يمكن للمتصالحين الرجوع القانون والتأكد من أحكامه قبل إجراء الصلح.

3- الشروط الخاصة بعقد الصلح:

عقد الصلح من العقود الملزمة للجانبين، حيث يلتزم كل طرف فيه اتجاه الآخر بالتنازل عما يدعيه ولا يقوم عقد الصلح بدون تنازل، بمعنى أن الصلح قطع للخصومة وإنهائها وديا، بناء على إرادة المتخاصمين.

أ-وجود نزاع قائم محتمل: باستقراءنا للمادة 459 من ق م ج نجد أن المشرع إشتراط وجوب توافر نزاع قائم أو محتمل، بمعنى أن يكون النزاع بين المتخاصمين جدي وليس هزلي كما لو لم يكن النزاع قائم أو محتمل مثال ذلك كما يتنازل المؤجر للمستأجر عن بعض الأجرة غير المتنازع عليها حتى يتمكن من دفع الباقي فهذا إبراء من دين مدني وليس صلحا بمفهوم المادة السالفة الذكر.

هذا ولا يشترط في النزاع أن يكون قائما وفعليا، فقد يكون صوريا أو محتملا ومع ذلك يجوز الصلح بشأنه طالما أن الصورية لا تخالف النظام العام والآداب كما لا يقصد بها الإضرار بالآخرين أو الاعتداء على حقوقهم.

ب-نية حسم النزاع: الشرط الثاني الذي أقره المشرع في المادة السالفة الذكر هو شرط نية حسم النزاع بمعنى أن يقصد الطرفان حسم النزاع بينهما إما بإنهائه إذا كان قائما وإما بتوقيه إذا كان محتملا، أما إذا لم تكن لدى الطرفين نية حسم النزاع فلا يعتبر العقد صلحا بمفهوم المادة 459 من ق م ج، مثال ذلك أن يتفق شخصان على استغلال عين بطريقة معينة قبل حسم النزاع من طرف المحكمة فهذا الاتفاق لا يعتبر صلحا لأنه لم يحسم النزاع.

ج-تنازل كل طرف عن جزء من حقه: اشتراط المشرع الجزائري نزول إرادة كل من المتصالحين على وجه التبادل عن الحق في مواجهة الآخر، فإن نزل أحدهما عن كل ما يدعيه على الحق ولم يتنازل الآخر عن شيء مما يدعيه لم يكن هذا صلحا وإنما تسليم بحق الخصم، كما لا يشترط أن يكون التنازل متعادلا من الجانبين فقد ينزل أحدهما عن جزء كبير من ادعائه ويتنازل الآخر عن بعض

¹-تنص المادة 83 من ق م ج على أنه: "يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82 مالم ينص القانون بغير ذلك".

ادعائه فإن ذلك يكون صلحا، فإذا أقر المدعى عليه بمبلغ الدين كله لكنه اتفق مع المدعي حين التسديد أن يدفع له جزءا بعد أجل ما، فإمهال المدعي له يعتبر تركا منه لجزء من حقه ويكون ذلك صلحا استلزم أن تصادق المحكمة عليه وذلك لتوافق الإرادتين على إنهاء النزاع تماما، وهذا ما يميز الصلح عن ترك الادعاء.¹

غير أن ذلك لا يشترط بالضرورة تعادل التنازل عن الحقوق فقد يتنازل أحدهما عن اليسير والآخر عن الكثير المهم هو حسم النزاع نهائيا.

الفرع الثاني: تمييز الصلح عن غيره من النظم الأخرى

إذا كانت غاية الصلح هو فض النزاع بصفة ودية، فإنه يتقارب في ذلك مع جملة من التصرفات القانونية كالتحكيم والوساطة، سنتطرق في هذا المطلب إلى تمييز الصلح عن غيره من النظم المشابهة له بغرض رفع الغموض واللبس الذي قد يشوب مختلف هذه العلاقات.

أولا: تمييز الصلح عن الوساطة القضائية

يعتبر الصلح أقدم وسيلة لجأ إليها الإنسان لتسوية النزاعات بعد عجزه أو اقتناعه بعدم جدوى العدالة الخاصة، التي كانت تتجلى في اقتصاص الشخص لنفسه وأخذ حقه بيده اعتمادا على القوة والبطش، ويحتل الصلح مكانة هامة في تراث وحضارة كل الشعوب والأمم السابقة، وهذا ما يفسر الاهتمام الكبير الذي أولته إياه كل الشرائع والرسالات السماوية وكذا كل القوانين الوضعية²، لأنه يقطع المنازعة ويضع حدا للخصومة ويؤدي إلى نشر المودة والوئام وإحلال الوفاق محل الشقاق ويقضي على العداوة والبغضاء.³

ورغم أن إجراء الصلح معروف في التشريع الجزائري قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من خلال العديد من النصوص منها نص المادة 459 من ق م ج، إلا أن تصدي المشرع لهذا الموضوع بموجب ق م إ يعطيه طابعا إجرائيا، ومن خلاله يتم التفرقة بينه وبين الوساطة.⁴

¹-عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص16.

²- محمد الطاهر بلموهوب، مرجع سابق، ص53.

³- مرجع نفسه، ص53.

⁴- مرجع نفسه، ص54.

1- أوجه التشابه بين الوساطة و الصلح:

تشابه الوساطة مع الصلح في عدة مسائل نبرز أهمها:

أ- كلاهما من الاجراءات المستحدثة ضمن الطرق البديلة لحل النزاعات والتي نظمها المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية والادارية.

ب- كلاهما يقومان على مبدأ الرضائية إذ لا يتحققان ولا يتجسدان إذا لم تتوافق إرادة الأطراف المتنازعة على قبول إعمالهما.

ج- كلاهما يعدان وسيلة حاسمة وسريعة للنزاع، ويؤديان إلى المحافظة على الروابط الودية بين الخصوم المتنازعة.

د- تلتقي الوساطة بالصلح في تخصيص النظامين بإمكانية تناول جزء من النزاع فقط وترك الجزء الآخر لحكم القضاء.

هـ- يشترط في كليهما أن يتوافر في طرفي النزاع أهلية التصرف في إبرام العقود.

ي- لا يجوز في كل من الوساطة والصلح أن يردا على المنازعات التي من شأنها المساس بالنظام العام والآداب العامة داخل المجتمع.¹

2- أوجه الإختلاف بين الوساطة و الصلح:

بالرغم من أن الوساطة والصلح طريقتان بديلان لحل النزاع يشتركان في عدة أوجه غلا أن هناك إختلاف شاسع بينهما تظهر فيما يلي:

أ- من حيث عرض كل منهما: طبقا لنص المادة 994 من ق إ م إ فإن القاضي ملزم بعرض إجراء الوساطة على الخصوم وليست له أية سلطة تقديرية في ذلك، إذ عليه أن يشير في الحكم الصادر في النزاع إلى أنه قام بما هو واجب عليه، لكن الخصوم رفضوا ذلك، دون أن يترتب على الإغفال أي بطلان لأن المشرع لم يتبع الإلزام بأي جزاء عن مخالفته.

وعلى خلاف ذلك فإن عرض الصلح على الخصوم يعد إجراء جوازيا، يعرضه القاضي أو يتصالح الأطراف تلقائيا وذلك طبقا لنص المادة 990 من ق إ م إ.

¹-ماجري يوسف، مرجع سابق، ص 29.

ب- من اعتبار محاضر الوساطة والصلح سندات تنفيذية: تختلف الوساطة القضائية عن الصلح من حيث أن محضر اتفاق الخصوم في الوساطة والموقع من طرفهم يشترط فيه القانون مصادقة القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن حتى يصبح سنداً تنفيذياً، وهذا ما نصت عليه المادة 1004 من ق إ م إ، أما محضر الصلح الموقع من طرف الخصوم والقاضي وأمين الضبط فيعد حسب المادة 993 من القانون نفسه سنداً تنفيذياً بمجرد إيداعه بأمانة الضبط.

ج- من حيث تنظيم مهنة الوسيط و المصلح: تختلف الوساطة القضائية عن الصلح في أن المشرع أسند مهمة الوساطة إلى شخص طبيعي أو جمعية حدد مهمته المرسوم التنفيذي رقم 09-100، أما مهمة¹ المصلح فلم يخصص لها نص، إذ يمكن للخصوم القيام بالصلح تلقائياً سواء بأنفسهم أو الإستعانة بطرف ثالث أو بسعي من القاضي.

ثانياً: تمييز الصلح عن التحكيم

يتفق العمل التصالحي أو التوفيقى مع التحكيم في أن كل منهما يستند إلى الإرادات الخاصة، كما يتفقا في أن كل منهما يؤدي إلى حسن النزاع. فكل من الصلح والتحكيم يستند على عقد يبرمه أطراف النزاع، فأساس كل منهما تصرف قانوني²، فعقد الصلح هو أساس العمل التصالحي وعقد التحكيم هو أساس حكم المحكم، ولذلك فإن كل من العمل التصالحي وحكم المحكم يتأثر بما يصيب العقد من عيوب، فبطلان عقد الصلح يؤدي إلى بطلان العمل التصالحي، وبطلان اتفاق التحكيم يؤدي إلى بطلان حكم المحكم وانعدامه.

- في الصلح يتنازل الطرفان عن كل أو جزء من الحق أما التحكيم فلا يقتضي بالضرورة ذلك.

- إن بين المحكم والقاضي المصالح اختلاف جوهري يكمن في طبيعة ولاية كل واحد منهما، فالقاضي يستمد ولايته من القانون وحده، أما المحكم على عكس ذلك فيستمد من إرادة الأطراف أنفسهم.

¹ - محمد الطاهر بلموهوب، مرجع سابق، ص 56.

² - عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 21.

-في التحكيم يكون احترام تام لمبادئ العقد فالعقد شريعة المتعاقدين ويكون هذا الاحترام مفروضا ليس على المتعاقدين فحسب ولكن يمتد حتى للقضاء، في حين أن الصلح أكثر مرونة لأنه يعتمد على نظم مبادئ العدالة والقسط.¹

الفرع الثالث: أنواع الصلح في القضايا التجارية

لقد عالج المشرع الجزائري مسألة الصلح في المادة التجارية كما هو الشأن في التقنين المدني وباقي القوانين الخاصة، بوضعه له نصوص وإجراءات خاصة به في التقنين التجاري لا سيما أحكام المواد 317 وما يليها من القانون التجاري.²

وقد عرف المشرع الجزائري الصلح في المسائل التجارية بمصطلح LE CONCORDAT، وقسمه إلى عدة أنواع، كما بين الإجراءات الواجب إتباعها والآثار المترتبة عنها، وهذا ما سنتناوله في النقاط التالية:

أولاً: الصلح الواقي بديل عن شهر الإفلاس

يعتبر الصلح الواقي من الإفلاس تسوية تتم عن طريق القضاء، مما يجعل منه وسيلة للإنقاذ بغية إيجاد الحلول الكفيلة بتجنيب الشركات المتعثرة شهر الإفلاس، لاسيما وأن هذا الأخير هو نظام قسوة وتهديد، مما يجعل من الصلح حلاً مثالياً لها وللدائنين على حد سواء.

1- تعريف الصلح الواقي من الإفلاس:

إن التجارة مهنة المضاربة، تعيش المنافسة بأخطارها، ومهما كان التاجر يقظاً وحريصاً، فقد تعثره أزمات اقتصادية من اليسير عليه أن يتجنبها فتضطرب أعماله، وقد يتوقف عن دفع ديونه لأسباب لا شأن له بها، مما يؤدي إلى شهر إفلاسه على الرغم من حسن نيته وعدم تقصيره أو تدليسه، لذا سلكت التشريعات نظام الصلح الواقي من الإفلاس، بهدف تمكين المدين حسن النية سيئ

¹-عروي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 21.

²-الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم، السالف الذكر.

الحظ من تجنب شهر إفلاسه، باتفاق يعقده مع أغلبية الدائنين، حيث ان رأي الأغلبية ملزم للأقلية بشرط أن يتم الاتفاق تحت إشراف القضاء¹.

فالصلح الواقي من الإفلاس هو عرض من الشركة المدينة تقدمه لدائنيها من أجل إما التنازل لها عن جزء من الديون أو منحها أجلا كافيا للوفاء بها أو الأمرين معا، وقد اختلفت التشريعات المقارنة حول فكرة الصلح الواقي من الإفلاس وتوقيته، حيث نص عليه المشرع المصري بموجب المادة 725 وما يليها من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 والمشرع القطري بموجب المواد 794 وما يليها من قانون التجارة رقم 27 لسنة 2006.

غير أن المشرع الجزائري لم ينص على الصلح الواقي من الإفلاس ولم ينظمه، حيث ترك للشركة المدينة التي تضطرب اعمالها الحرية في ابرام عقد أو اتفاق مع دائنيها وفقا للقواعد العامة للقانون لمنحها أجلا أو التنازل لها عن جزء من الديون حتى تتمكن من تجاوز مرحلة الخطر واستعادة عافيتها المالية² بشرط أن يتم ابرام هذا العقد قبل اعلان توقفها عن الدفع لأنها في هذه الحالة تغل يدها.

واكتفى المشرع الجزائري بالنص على عقد الصلح الذي ينتهي به الإفلاس والذي يتم تحت رقابة المحكمة بعد توقف الشركة التجارية عن الدفع وبعد صدور حكم بشهر افلاسها وتعيين وكيل متصرف قضائي للإشراف على تقليتها بالإضافة إلى تكوين جماعة الدائنين وتحقيق ديونهم، لتتمكن الشركة تحت اشراف القاضي المراقب من إبرام اتفاق صلح مع اغلبية دائنيها لقفل التفضيلة.

غير أن المشرع الجزائري وإن ساوى في مجال تطبيق نظام التسوية القضائية والإفلاس بين الشركات التجارية التابعة للقطاع الخاص، والشركات التجارية التابعة للقطاع العمومي، طبقا لنص المادة 217 من القانون التجاري³، إلا أنه استثنى المؤسسات العمومية الاقتصادية من تطبيق الأحكام الواردة في المادة 352 والتي تتيح للمحكمة بناء على طلب دائني الشركة المفلسة أو الوكيل

¹ -عمر فلاح العطين، الصلح الواقي من الإفلاس في القانون وموقف الفقه الإسلامي منه، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 1، 2013، ص 126.

² -طرايش عبد الغني، آليات انقاذ الشركات التجارية المتعثرة من التوقف عن الدفع في القانون الجزائري، الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، العدد 15، جانفي 2016، ص 167.

³ -أنظر المادة 217 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري الجزائري السالف الذكر.

المتصرف القضائي الإذن لهذا الأخير أن يبيع بطريقة جزافية أو بعض الأصول المنقولة أو العقارية للمؤسسة الإقتصادية العمومية المفلسة.

وخول في نفس الوقت للسلطات العمومية الحق في أن تتخذ تدابير تسديد مستحقات الدائنين، وقفل إجراءات التفليسة طبقا للمادة 357 من ق ت ج، وذلك بعد الوفاء بكل الديون المستحقة على المؤسسة العمومية الإقتصادية المفلسة¹.

2- شروط الصلح الواقي من الإفلاس:

من خلال تعريفنا للصلح الواقي من الإفلاس، وجدنا أن هناك شروطا يجب توافرها في هذا العقد، وهي (أ) شروط موضوعية للصلح الواقي، وشروط شكلية (ب)، استنتجناها من التعاريف السابقة.

أ- الشروط الموضوعية للصلح الواقي من الإفلاس:

تتمثل هاته الشروط الموضوعية في النقاط التالية:

-**الصفة التجارية:** عملا بنص المادة 544 من ق ت ج، يحدد الطابع التجاري لشركة إما بشكلها أو بموضوعها، كما تعد شركات التضامن، التوصية، ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة تجارية بحكم الشكل، بغض النظر عن موضوعها، ومن ثم يجوز لها في حالة التعثر المالي، السعي نحو عقد صلح مع دائنيها، طالما أنها متمتعة بالشخصية القانونية، ومن ثم استبعاد الشركات التالية:

-شركة المحاصة: حيث لا صلح مع الشركة بل مع الشريك الظاهر.

-الشركة الباطلة أو المنحلة: حيث ترى الأغلبية الفقهية أنه لا يجوز منحها صلحا، طالما أنها فقدت شخصيتها الاعتبارية، بالتالي لا يمكن التعاقد معها².

-الشركة المشطوبة: لا صلح معها، طالما أن لا فائدة ترجى منه.

¹ - طرايش عبد الغني، مرجع سابق، ص 167.

² - أحمد داود رقية، دور الصلح الواقي في تجنيد الشركان المتعثرة شهر الإفلاس "دراسة مقارنة"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الأول، جامعة عمار تليجي الأغواط، ص 27.

- الشركة في طور التكوين: طالما أنها لم تكتسب الشخصية المعنوية، فلا صلح، لكن في حالة ديون مرحلة التأسيس، فإن المتعهدين باسم الشركة مسؤولون بالتضامن عنها حسب نص المادة 549 من القانون السالف الذكر¹.

- أن تكون أعماله المالية مضطربة: بمجرد أن يشعر التاجر أن أعماله المالية قد بدأت تضطرب، يمكنه تقديم طلب بالصلح الواقي من الإفلاس، هذا ولا يجوز طلب الصلح الواقي من المدين في حالة اليسر التي تسمح له بمواجهة التزاماته، في حين يرى جانب أن مجرد الاضطراب لا يعني طلب الصلح الواقي، بل يجب أن يكون المدين مثقلا بالديون، ومتوقفا عن دفعها، بحيث لا يستطيع متابعة تجارته إن لم يسعف بأجال أو بالتنازل عن جزء من الديون.

- حسن نية التاجر وسوء حظ: سوء الحظ هو الوجه المقابل لحسن النية، والذي لا يمكن تداركه من قبل التاجر أي ظروف لم يتوقعها ولم يستطع تجنبها والتي ترجع إلى سبب أجنبي، الذي هو القوة القاهرة وفعل الغير وفعل المضرور (الدائنين). ليس لإرادة المدين حيلة حيالها، أي أن الاضطراب جاء بالرغم من حرص التاجر، ولظروف خارجة عن إرادته، ولا دخل له فيها كظرف تقلب الأسعار بسبب الظروف الاقتصادية، أو حصول اضطرابات، أو وجود قيود على الإستيراد والتصدير، أو نشوب حرب فجأة لم تكن في الحسبان، وفي هذه الحالة قد يترتب على تلك الظروف اضطراب أضعف ائتمانه، وحينئذ يحق له طلب الصلح ويجاب لهذا الطلب².

هذا ويعد الصلح مساعدة للشركة، التي تعثرت تجارتها بسبب ظروف غير متوقعة، خارجة عن إرادتها، أي أنها تنزل منزلة القوة القاهرة، بأن الخسارة التي منيت بها لم تكن بسبب الخطأ (تقصير أو إهمال)، فحسن النية يعني الإلتزام بالأمانة واتباع الأصول التجارية النزيهة، من ثم فحسن النية وسوء الحظ لا يفترضان، بل على الشركة أن تقيم الدليل عليهما³، من خلال التقرير المفصل المقدم، الذي يعد بالنظر إلى تصرفات القائمين على الإدارة، وللمحكمة سلطة واسعة في تقديرهما، عن طريق الإستعانة بالخبراء⁴.

¹-أنظر المادة 549 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري الجزائري السالف الذكر.

²- عمر فلاح العطين، مرجع سابق، ص 128.

³- أحمد داود رقية، مرجع سابق، ص 29.

⁴- مرجع نفسه، ص 29.

ب- الشروط الشكلية للصلح الواقي من الإفلاس:

تعد الشروط الشكلية بأنها تلك الإجراءات التي رسمها القانون للوصول إلى الصلح، وهذه الإجراءات تتسم بالسرعة والقصد في النفقات، حتى يفصل في أمر الصلح سريعاً، ومن غير أن يتحمل المدين مصروفات باهظة، لذلك فإن الشروط الشكلية للصلح الواقي تنقسم بين شروط متعلقة بطلب الصلح، وشروط متعلقة بالتصويت على الصلح.

- الشروط المتعلقة بطلب الصلح: تتفق مع بعض الشروط الموضوعية، مثل أن يكون المدين تاجراً، أي لا يزال يمارس أعمال التجارة، أما إذا اعتزل المدين التجارة فقد انتفت الحكمة التي أملت وجود نظام الصلح الواقي، ولكن يرى جانب أن هذا الشرط في غير مكانه، فالصلح العام يوجب معاملة التاجر الذي تتوافر فيه الشروط الثلاثة السابقة أن يستفيد من نظام الصلح الواقي حتى ولو اعتزل التجارة، طالما كان ملتزماً بالأمانة والنزاهة في معاملاته التجارية السابقة على الاعتزال حتى لا يسقط اعتباره بشهر افلاسه.

والشرط الآخر هو تقديم البيانات التي تؤكد ذلك وتسمح بقبول الصلح، ومنها الدفتر التجارية الإجبارية المنظمة حسب الأصول، حيث أن كل تاجر ملزم بمسك الدفاتر التجارية الإجبارية المنظمة.

- الشروط المتعلقة بالتصويت على الصلح الواقي: يعقد اجتماع الدائنين في اليوم المحدد، حيث يحضره الدائنون الذين دعوا إلى الاجتماع، ويحضر كذلك من لم يدع منهم إذا علم بالاجتماع عن أي طريق آخر، ويرأس القاضي الاجتماع، وتبدأ الجلسة بتلاوة تقرير المفوض، ثم يقوم المدين بتقديم مقترحاته النهائية وبعد الانتهاء من المداولات وإقرار الصيغة النهائية للصلح تعرض على الدائنين للتصويت عليها. ويشترك في التصويت الدائنون العاديون الذين قبلت ديونهم بصور نهائية أو مؤقتة، ولا يجوز للدائنين أصحاب حق الامتياز أو الرهون، أو التأمينات العقارية، أو غير العقارية، أن يشتركوا في التصويت إلا إذا تنازلوا عن تأميناتهم لاختلاف مصلحتهم عن مصلحة الدائنين العاديين¹.

3- آثار الصلح الواقي من الإفلاس:

- انقاذ ما تبقى من الشركة بتجنيبها الإفلاس.

- استعادة الحرية في إدارة التجارة: حيث ترفع يدي القاضي المنتدب والوكيل عن الإدارة والإشراف.

¹ - عمر فلاح العطين، مرجع سابق، ص 128.

-سريان الصلح على جميع الدائنين العاديين، حيث يلتزم بتحمل نتيجة الصلح كل الدائنين، سواء الذين لم يتقدموا بديونهم، تقدموا ولم تقبل، الذين تخلوا عن اجتماع جمعية الدائنين للصلح، والذين حضروا واقتنعوا ضد الصلح.

-وقف إجراءات التنفيذ الفردية طيلة فترة تنفيذ الصلح.

-سقوط آجال الديون ووقف سريان الفوائد بالنسبة للدائنين العاديين فقط.

-الالتزام بشروط الصلح التزاما نهائيا، أي بإيفاء الحصص المتفق عليها، في الآجال المعينة في العقد، أما في حال الإخلال في تنفيذ هذه الشروط، فيطلب فسخ الصلح، ويعلن إفلاس الشركة¹.

-إذا قبلت المحكمة طلب الصلح فتقضي بالمصادقة عليه يتعين أحد قضاتها للإشراف على الصلح وأميناً للصلح لمراقبة ومتابعة أعمال وإجراءات الصلح.

-توقف جميع الدعاوى ضد الشركة بعد تصديق المحكمة على اتفاق الصلح، إلى غاية انتهاء مدته².

-أما إذا رفضت المحكمة طلب الصلح أو أبطلته أثناء سريانه فيمكنها الحكم بشهر إفلاس الشركة متى توقفت عن الدفع.

يسري عقد الصلح على كل الشركاء المتضامنين، مالم يوجد اتفاق مع الدائنين بخلاف ذلك، كسريانه مثلا لصالح أحد الشركاء دون آخر³، والذي تتم مطالبته بكامل الدين في آجاله دون تأخير بخلاف الشريك المقبول في الصلح، والذي لا يطالب إلا بالنسبة المتفق عليها في عقد الصلح.

4- مضمون الصلح (إعادة هيكلة المالية للديون):

يتحدد بما صوت عليه، ويظهر في إحدى الصور التالية:

أ-الصلح مع تخفيض الديون (التنازل): حيث يستلم الدائنون نسبة معينة من ديونهم، يتم الاتفاق عليها بين المدين ودائنيه، على أن تبقى النسبة المتبقية من الديون كالتزام طبيعي على عاتق المدين

¹ - أحمد داود رقية، مرجع سابق، ص 31.

² - طرايش عبد الغني، مرجع سابق، ص 167.

³ -أنظر المادة 318 فقرة 2 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، السالف الذكر.

حسب المادة 334 من القانون التجاري¹، وفي هذا يكون للدائنين اشتراط وفاء المدين لحين ميسرة، لما تبقى من دينهم عند عقد الصلح.

ب-الصلح مع تأجيل الوفاء بالديون: عند اقتراح المدين لدفع جميع ديونه، شريطة منحه مهلا للوفاء مع إمكانية الاشتراط في عقد الصلح بتقسيم الوفاء بالديون².

5- ظروف الأخذ بنظام الصلح الواقي ومدى تغييرها:

أ-اعتبار الإفلاس كجزء يوقع على التاجر المتوقف عن الدفع.

ب-الإفلاس عار يلحق بالتاجر، حيث يصبح التاجر المفلس منبوذا في الوسط التجاري ويفقد الثقة التجارية، التي تشكل عنصرا أساسيا في تعاملاته وعلاقاته.

في ظل هذه الظروف، حرصت مختلف التشريعات على وقاية التاجر من الإفلاس، من خلال وسائل عديدة منها الصلح الواقي كما سلف بيانه.

ج-الصلح الواقي نظام مكثف الأحكام، مستغرق الشكليات: اعتبر نظام الصلح الواقي في بداية الأمر خطوة مهمة لاستقرار الشركات التجارية، إلا أنه بعد مدة طويلة من الأخذ به، أصبح بلا جدوى، بحاجة إلى إعادة نظر جدية وشاملة، لأسباب عديدة منها:

-تميزه بإجراءات معقدة وطويلة، كما أن معظم التقليسات لا تعطي بعد التصفية إلا نسبة ضئيلة من الديون، إلا ما ندر منها.

-التعاملات الواسعة للشركة التي تسعى وراء الحصول على الصلح، والعدد الكبير من الدائنين، فكم من الوقت يتوقع أن يستغرق تبليغ هؤلاء الدائنين، ومتى سيتم الإنتهاء من الإجراءات على ضوء ذلك؟

-اجتماع الدائنين المؤجل لعدة مرات وكذا مهل الطعن... إلخ، إجراءات قد تطول لعدة سنوات.

-سعي التاجر المتوقف المترتبة على الإفلاس اهتماما³.

-قيام إمبراطوريات تجارية عن الدفع إلى شهر إفلاسه بنفسه، بغية إهدار حقوق دائنيه والتخلص من الديون، لا سيما وأنه لم يعد يهتم بالآثار، اقتصادية عملاقة، عابرة للحدود أحيانا، قائمة على الدراسة

¹-أنظر المادة 334 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، السالف الذكر.

²-أنظر المادة 333 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، السالف الذكر.

³- أحمد داود رقية، مرجع سابق، ص 36.

العلمية، غير المستندة إلى شخص معين أو إلى الثقة التجارية بهذا الشخص، الذي تعثر لسوء حظه رغم حسن نيته، فيستفيد من الصلح الواقي لمساعدته على الاستمرار، بل إن هذه الفكرة أصبحت تثير السخرية، وأصبح السوق التجاري يتطلب وجود منشآت تجارية تتمتع بقدر من القوة الاقتصادية.

وفي ضوء الواقع الاقتصادي والاجتماعي الجديد، أصبحت النصوص القانونية المتعلقة بالصلح الواقي مختلفة عن هذا الواقع الجديد، لا سيما وأنه لم يطرأ عليها أي تغيير أو تطوير، ومن ثم متخلفة عن ملاحقة الواقع، لذلك ولغيره لم يستطع نظام الصلح الواقي غالباً اجتذاب التجار إليه، ولا تحقيق الأهداف المرجوة منه، بل أصبح قيد النصوص القانونية لا غير، حيث لا يلجأ إليه إلا نادراً، مما جعل من تلك النصوص مهملة، منعزلة ومهجورة، ومما يؤكد على ذلك ندرة الأحكام القضائية بذات الشأن في ظل الإعراض عن اللجوء إليه.

ثانياً: الصلح الإتفاقي

ويتم بمقتضى اتفاق بين المدين المفلس ودائنيه، ويشترط أن يوافق عليه الدائنون بالإجماع، وهذا الصلح يعتبر عقداً خاضعاً لأحكام العقود في القانون المدني. وبالتالي يقبل الفسخ إذا لم يف أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته، كما نصت على ذلك أحكام المادة 318 من القانون التجاري¹.

ويتزنب على ذلك، أن يكون لكل دائن إذا لم يقم المدين بدفع دينه له أن يرفع عليه الدعاوى الفردية تطبيقاً لأحكام القانون المدني، وقد اختلف الفقه الفرنسي حول القيمة القانونية لهذا الصلح إذا² حدث بعد الإفلاس لاسيما بعد صدور المرسوم المؤرخ في 30 / 05 / 1955، فكان الفقه قبل صدور هذا المرسوم يشكك في قيمة هذا الصلح القانونية وكانت المادة 507 / 01 من القانون التجاري الفرنسي تبدو في أحكامها مضادة له، بل إن المشرع الفرنسي رفض هذا الصلح في التصفية القضائية (المادة 16 من القانون 04 مارس 1889) الذي أدخل التصفية القضائية في القانون الفرنسي، فكان يجب ألا يقبل هذا الصلح في الإفلاس من باب أولى، غير أن القضاء كان يميل إلى قبوله في الإفلاس، وقد قوى هذا الاتجاه وألغيت المادة 507 / 01 من التقنين التجاري الفرنسي. التي كانت

¹-أنظر المادة 318 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري السالف الذكر.

²-أحمد صالح علي، مرجع سابق، ص28.

مضادة لهذا الصلح كما ألغيت المادة 16 من قانون 1889 الخاص بالتصفية القضائية بمقتضى مرسوم 1955 الذي أحل التسوية القضائية محل التصفية¹.

ثالثا: الصلح القضائي

تبدو أهمية هذا الموضوع و التي تتجلى في حماية الائتمان والحفاظ على استمرارية المشروعات الاقتصادية والحفاظ على مصالح وأموال الغير المتعامل معها. ونظرا للأثار الناجمة عن الإفلاس سواء ما تعلق منها بشخص المدين أو ما تعلق منها بالدائنين، والتي تؤدي إلى غل يده في التصرف عن أمواله ويحل محله وكيل التفليسة في إدارتها تمهيدا لقسمتها بين الدائنين، لجأ التجار الذين توقفوا عن ديونهم واستفادوا من تسوية قضائية أو كان إفلاسهم إفلاسا بسيطا إلى البحث عن آليات من خلالها يتوقى هذه الآثار، ومن أهمها الصلح القضائي، فهو يمثل فائدة للدائنين والمدين معا².

سوف نتطرق إلى في هذا الجزء في هذا الجزء إلى مفهوم الصلح القضائي (1)، ثم سأنتقل (2) إلى آثار الصلح القضائي حيث سنوضح آثار الصلح القضائي قبل التصديق عليه، ثم سنعالج كذلك آثار الصلح بعد التصديق على النحو الآتي:

1- مفهوم الصلح القضائي وانعقاده:

يعتبر الصلح القضائي من الطرق البديلة لعقوبة الإفلاس حيث تلجأ إليه كل الشركات التجارية الراغبة في بقائها في الساحة التجارية بعد أن اضطرت وضعيتها المالية ومنعت من إدارة أموالها والتصرف فيها فتسعى إلى إبرام عقد صلح قضائي بأن يتنازلوا عن جزء من الديون أو يمنحوا آجالا للوفاء أو الإلتين معا.

أ- تعريف الصلح القضائي:

لقد اقتبس المشرع الجزائري هذا النظام من القانون الفرنسي بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 20 /05 /1955 المتعلق بالتسوية القضائية، والذي يتمثل في تمكين المدين من الحصول على صلح

¹ - أحمد صالح علي، مرجع سابق، ص 29.

² -بحماوي الشريف، الصلح القضائي في نظام الإفلاس، مجلة الحقيقة، العدد 41، جامعة أدرار، 11/05/2017، ص 02.

مع دائنيه بغية الحفاظ على نشاطه التجاري لذلك يحاول الممثل القانوني للشركة تفادي شهر إفلاس الشركة بالاتفاق مع الدائنين على التنازل عن بعض ديونهم أو كلها أو حتى تأجيل ميعاد استحقاقها¹.

ولقد عرفه المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 317 قانون تجاري بأنه: "اتفاق بين المدين ودائنيه، الذين يوافقون بموجبه على آجال لدفع الديون أو تخفيض جزء منها".

ب- الطبيعة القانونية لعقد الصلح القضائي:

أثير خلاف فيما إذا كان الصلح القضائي عقدا بين المدين وأغلبية الدائنين، أم أنه حكم يستمد قوته من تصديق المحكمة عليه؟ أم أنه عقد ذو طبيعة خاصة؟

-**الصلح القضائي ذو طابع قضائي:** حيث ذهب رأي من الفقهاء على اعتبار الصلح القضائي ذو طابع قضائي، إذ يستمد قوته الإلزامية من حكم المحكمة بالتصديق عليه، ويفرض على الدائنين المعارضين أو الغائبين، كما يفرض على الدائنين الموافقين عليه. ولكن هذا الرأي لا يتفق مع كون الصلح مبنيا على اتفاق بين المدين والدائنين لا تستطيع المحكمة تعديله، مع أن الحكم القضائي يصدر في نزاع بين الخصوم لأن قرار التصديق لا يفصل في نزاع بل يكرس حلا توصل إليه المدين وأغلبية الدائنين، وهو يظل مشروطا حتى في حالة موافقة جميع الدائنين، ولو كان الصلح ناشئا عن حكم قضائي لما جاز إلغائه بعد إقراره².

-**الصلح القضائي ذو طبيعة مختلطة:** ذهب هذا الرأي إلى اعتبار الصلح القضائي عقدا بالنسبة للدائنين الذين وافقوا عليه وحكما قضائيا بالنسبة للدائنين الآخرين. إلا أن هذا الرأي غير سليم لتعارضه مع وحدة الصلح وعدم جواز تجزئته إلى عمليتين مختلفتين ينشأ عن أحدهما -أي العقد- جواز بطلان الصلح بسبب عيوب الإرادة أو فسخه لعدم تنفيذ شروطه.

وعن الأخرى أي -الحكم القضائي- عدم جواز الطعن فيه إلا بالطرق المقررة للطعن في

الأحكام³.

¹-سميرة قوش و بلقنيشي الحبيب، الصلح القضائي كآلية بديلة لحل نزاعات الإفلاس دراسة مقارنة الجزائر- مصر، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 09 العدد 01، جوان 2022، ص 197.

²- مرجع نفسه، ص 197.

³-السعيد بوقرة، الصلح القضائي في التشريع التجاري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية، 2004-2005، ص 9.

-الصلح القضائي عقد من نوع خاص: وذهب رأي إلى أن الصلح عقد من نوع خاص يبرم بين المدين وجماعة الدائنين ويقترن بتصديق المحكمة ويتميز بخاصيتين هما:

-أولهما: أنه لا يبرم بين المدين وكل دائن على انفراد، بل يبرم بين المدين وجماعة الدائنين.

-والثانية: أنه يتوقف في صحته على تصديق المحكمة عليه حماية لأقلية الدائنين والمصلحة العامة على أن تدخل القضاء لا يمنع من اعتباره عقداً.

وباجتماع هاذين العنصرين ينشأ الصلح كعملية واحدة وغير مجزئة، وهو يعتبر في ذات الوقت عقداً جماعياً يسري على الأقلية رغم معارضتها ويعتبر هذا الرأي هو الرأي الأرجح والأكثر انطباقاً على حقيقة الصلح القضائي، وهو الرأي الذي اعتمده القانون الجزائري في المادة 317 الفقرة الأخيرة والتي تنص على أنه: " عقد الصلح المنصوص عليه في المقاطع السابقة هو اتفاق بين المدين ودائنيه الذين يوافقون بموجبه على آجال لدفع الديون أو تخفيض جزء منها"، وبذلك يكون عنصر العقد في الصلح هو العنصر الأساسي حسب القانون الجزائري ولكنه عقد جماعي لا فردي لأن المادة 318 من ق ت ج¹ أكدت على أنه لا يقوم باتفاق الأغلبية العددية للدائنين شريطة أن يمثلوا الثلثين لجملة مجموع الديون.

غير أنه لا يكتسب قوة تنفيذه إلا بتصديق المحكمة عليه ولها أن تقرر التصديق أو ترفضه لأسباب ترجع لمخالفة أحكام القانون كعدم مراعاة قواعد المداولة والتصويت، أو إلى أسباب تتعلق بمصلحة الدائنين أنفسهم أو إلى أسباب تتعلق بالمصلحة العامة وتكون هذه الأسباب بحكم طبيعتها حائلاً دون الصلح وهذا ما أشارت إليه المادة 327 من القانون التجاري الجزائري².

هذا الرأي قد أخذ به الفقه والقضاء الفرنسي.

2- مضمون الصلح القضائي:

والمقصود به هي البنود التي تم الاتفاق عليها في محضر عقد الصلح والتي قدمتها الشركة المدينة ووافق عليها الدائنون والتي تعتبر في مصلحة الطرفين ويكون ذلك إما بتخفيض من قدر

¹-أنظر المادة 318 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري الجزائري السالف الذكر .

²- السعيد بوقرة، مرجع سابق، ص10.

الديون عن طريق التنازل عن جزء منها (أ) أو من خلال تقديم مهلة للوفاء عن طريق التأجيل (ب) أو عقد الصلح بشرط الوفاء عند الميسرة (ج).

أ-الصلح مع تخفيض من الديون:

صرح المشرع الجزائري بإمكانية تنازل الدائنين عن جزء من ديونهم بحيث يستلمون نسبة معينة منها، أما الأجزاء الأخرى من الدين والتي يستلموها تبقى على عاتق الشركة المدينة دينا طبيعيا إذ لا يعد هذا التنازل من قبيل التبرع بل هو قائم على المعارضة، وقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 334 الفقرة الأولى من ق ت ج حيث أنه يمكن أن يتضمن الصلح التنازل عن جزء تختلف أهميته عن الديون على أن هذا التنازل يبقى على المفلس التزاما طبيعيا، فالجزء المتنازل عنه يظل دينا طبيعيا في ذمة المدين.

ب-الصلح مقابل تأجيل الوفاء بالديون:

إن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 333 ق ت ج منح للمدين آجالا للوفاء بدينه وتدفع على شكل أقساط متتابعة حسب الاتفاق بين الدائنين والمدين وذلك مراعاة للمصلحة المتبادلة ويعد ذلك خروجاً على قاعدة وحدة الدين الذي يتم سداه مرة واحدة بعد فترة من الزمن¹.

ج-الصلح مقابل التنازل عن الأصول:

هذا الصلح أشارت إليه المادة 348 تجاري بنصها على أنه: "يجوز قبول صلح بتخلي المفلس عن الأصول كلها أو بعضها. وينتج ذلك نفس آثار الصلح البسيط كما يجوز إبطاله أو فسخه لنفس الأسباب. ومع ذلك لا ينهي هذا الصلح التخلي فيما يتعلق بالأموال المتروكة وتجري تسوية هذه الأموال طبقاً للمادة 349 والمواد التالية لها من هذا القانون. ويترك للمدين ما زاد على ديونه من الناتج عن بيع الأصول المتخلي عنها".

إذن هو صلح لا يمكن طلبه من المدين، بل يطلب من جماعة الدائنين²، بمقتضاه يتنازل المدين لدائنيه عن كل أو بعض أصوله، مقابل تنازلهم له عن ديونهم غير المسددة، مع ملاحظة أن

¹ - سميرة قدوش و بلقنيشي الحبيب، مرجع سابق، ص198.

² - تنص المادة 347 من القانون التجاري على أنه: "لا يقبل من المدين التاجر طلب الاستفادة بالتخلي عن المال".

تنازل المدين عن هذه الأموال لا يزيل غل يده عنها، كما أنها تباع بنفس الشكل الذي كانت ستباع فيه لو لم يحص التنازل عنها¹.

3- الهيئات المكلفة بالصلح القضائي لحل النزاعات التجارية:

تتولى مهمة الإشراف على اجراءات الصلح القضائي هيئات وأشخاص معينة أولها المتصرف القضائي الذي يحل محل المدين في التصرف في أمواله وثانيها القاضي المنتدب الذي له عدة مهام كتعيين المراقبين ويعين بدلية كل سنة قضائية بأمر من رئيس المجلس القضائي بناء على اقتراح رئيس المحكمة، وثالثهما فهي المحكمة المختصة والتي يكون لها اختصاص إقليمي وهو مكان اعلان الإفلاس أو التسوية القضائية واختصاص نوعي والذي يؤول إلى الأقطاب المتخصصة.

أ- المتصرف القضائي:

كان يسمى بوكيل التفليسة وصدور الأمر رقم 96-23 المؤرخ في 9 جويلية 1996 أصبح يطلق عليه بالوكيل المتصرف القضائي ويعين هذا الأخير من بين الأشخاص المسجلين في القائمة التي تعدها اللجنة الوطنية بموجب المادة 4 من الأمر السالف الذكر على خلاف ما كان عليه قبل التعديل حيث كان يعين وكيل التفليسة من بين كتاب الضبط للمحكمة وتحدد قائمة الوكلاء المتصرفين من قبل اللجنة الوطنية بقرار من وزير العدل وذلك بموجب المادة 5 من نفس الأمر.

وتعهد للوكيل المتصرف القضائي العديد من المهام منها وضع الميزانية للوضعية إذا لم يكن المدين قد قام بذلك وهذا طبقا لما جاء في نص المادة 256 ق ت ج، وجرّد أموال المدين وتقديم بيان موجز للقاضي المنتدب بوضعية المدين وهو ما أقرته المادة 275 من ق ت ج²، صف إلى ذلك القيام بالإجراءات التحفظية اللازمة لحفظ حقوق الشركة ضد مدينه كقطع التقادم وتسجيل الرهون الرسمية التي لم يقم المدين بها، وفي حالة إخلال الوكيل المتصرف القضائي بالأحكام القانونية أو التنظيمية المنظمة لمهامه فيتعرض لجزاء تأديبية تمثل في الإنذار والتوبيخ والمنع المؤقت لمدة لا تتجاوز سنة واحدة والشطب من قائمة المتصرفين القضائيين³.

¹ - بحماوي الشريف، مرجع سابق، ص 18.

² - سميرة قدوش و بلقنشي الحبيب، مرجع سابق، ص 200.

³ - مرجع نفسه، ص 200.

ب- القاضي المنتدب:

نصت المادة 235 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "يعين القاضي المنتدب في بدء كل سنة قضائية بأمر من رئيس المجلس القضائي بناء على طلب اقتراح من رئيس المحكمة ويكون القاضي المنتدب مكلفا بنوع خاص بأن يلاحظ ويراقب أعمال وإدارة التفليسة أو التسوية القضائية.....".

يقدم القاضي المنتدب للمحكمة وجوبا تقريرا لجميع النزاعات الناجمة عن التسوية القضائية أو الإفلاس.

ويجب التفرقة بين القاضي المنتدب والقاضي التجاري الذي يتأسس القسم التجاري والذي يصدر الحكم بالتسوية القضائية ويصادق على الصلح، حتى لا يقع تعارض بينهما، فيستحسن أن يكون القاضي المنتدب أحد قضاة المحكمة غير القاضي الذي يتأسس القسم التجاري بالمحكمة.

هذا وفي حالة نقل القاضي المنتدب إلى مجلس قضائي آخر، أو استقالته أو عزله أو في حالة عجزه بسبب المرض أو وفاته، فإنه يستبدل بقاضي آخر من نفس المحكمة

كما تسري على القاضي المنتدب القواعد الخاصة بالرد والتنحي الخاصة بالقضاة والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المواد من 201 إلى 204 من ق إ م إ).

أما عن مهام القاضي المنتدب فهي عديدة ومتنوعة وقد وردت النصوص عليها في مواد مختلفة نذكر هذه الاختصاصات فيما يلي:

-الفصل خلال ثلاثة أيام في كل مطالبة تقدم ضد أي عمل قام به الوكيل المتصرف القضائي المادة 239 من ق ت ج¹.

-يقوم القاضي المنتدب بتعيين مراقب أو اثنين من بين الدائنين كما يقوم بعزلهما وذلك بناء على رأي أغلبية الدائنين وهذا ما نصت عليه المادتان 240 و 241 من ق ت ج.²

-كما له سلطة بحث واسعة، فهو يجمع كافة العناصر والمعلومات التي يراها مجدية، وله بصفة خاصة سماع المدين المفلس أو المقبول في التسوية القضائية وكذا مندوبيه ومستخدميه ودائنيه أو أي

¹ - السعيد بوقرة، مرجع سابق، ص 52.

² -مرجع نفسه، ص 52.

شخص آخر يفيد، وفي حالة وفاة المدين فله الحق أن يستمع لورثته أو من ينوب عنهم، كما يجوز له تعيين خبير من أجل إعداد تقرير حول بعض المسائل التي تخرج عن اختصاصه من أجل تقديمه أمام المحكمة شريطة تبليغه للأطراف المعنية للاطلاع عليه ومناقشته ولهم الحق في إبداء ملاحظات حوله.

-يقوم القاضي المنتدب بدعوة الدائنين المقبولة ديونهم من أجل الصلح وهذا ما نصت عليه المادة 317 من القانون التجاري الجزائري.

أما عن أوامره فقد أوجب المشرع له إيداعها بكتابة ضبط المحكمة وتجاوز المعارضة خلال عشرة أيام من حصول الإيداع ولا يمكن الطعن في الأحكام التي تفصل فيها المحكمة بالنسبة للطعون الواردة على الأوامر الصادرة من القاضي المنتدب في حدود اختصاصاته.

ج- المحكمة:

استثنى المشرع الجزائري القضايا المتعلقة بالإفلاس والتسوية القضائية ومنح اختصاصها النوعي للأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم وهذا طبقا لنص المادة 32/7 من ق إ م إ، أما بالنسبة للاختصاص المحلي فإنه يؤول للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية أو مكان المقر الإجتماعي للشركة وذلك طبقا لنص المادة 40 من ق إ م إ¹.

المطلب الثاني: الإجراءات الواجب اتباعها في الصلح في القضايا التجارية

تنص المادة 317 من القانون التجاري على إجراءات واجبة الإتباع في الصلح القضائي منها:

الفرع الأول: انعقاد الجمعية والإتفاق على مضمون الصلح.

يعد اجتماع الدائنين للصلح في التسوية القضائية أول اجتماع يجمع بين الدائنين، ويتم استدعائهم بمقتضى المادة 314 من القانون التجاري الجزائري²، والتي يفهم منها أنه في خلال ثلاثة أيام من اقفال القائمة النهائية للديون وإن كانت هناك منازعة رفعت عن دين ما، فتكون هذه المدة

¹ - سميرة قدوش و بلقنيشي الحبيب، مرجع سابق، ص 201.

² -تنص المادة 314 على أنه: "في مدى الثلاثة أيام التالية لإقفال كشف الديون أو إن كان ثمة نزاع ففي مدى ثلاثة أيام من القرار الصادر من المحكمة تطبيقا للمادة 287، يقوم القاضي المنتدب بإستدعاء الدائنين المقبولة ديونهم ويكون ذلك بإخطارات تنشر في الصحف المختصة بالإعلانات القانونية أو مرسلة إليهم فرديا من طرف وكيل التفليسة".

ثلاثة أيام من تاريخ الفصل في المنازعة، غير أن القانون لم يرتب البطلان على عدم مراعاة هذه المدة.

والدائنين المقبولة ديونهم يستدعون من طرف القاضي المنتدب بإخطارات تنشر في الصحف المختصة بالإعلانات القانونية أو يتم استدعائهم من طرف الوكيل المتصرف القضائي، برسائل يوجهها لهم بصورة فردية مع الإشارة أن هذه الجمعية الهدف منها هو إبرام صلح مع المدين.

ولا يدعى إلى هذا الإجتماع إلا الدائنون الذين قبلت ديونهم ولو قبولاً مؤقتاً، ويجوز لكل دائن أن ينيب عنه وكيلاً خاصاً لحضور الإجتماع شريطة أن يقدم الوكيل مستندات وكالته وهذا ما نصت عليه المادة 315 من ق ت ج.¹

وفي بداية الجمعية يعرض الوكيل المتصرف القضائي تقريراً عن حالة التفليسة والإجراءات التي نفذت والأعمال التي تمت، كما يقدم المدين إقتراحاته، وفي النهاية يحرر القاضي المنتدب محضراً يشير فيه لما حصل في الجمعية وما قرره كما يمكنه أن يؤجل إجتماع الجمعية إلى تاريخ لاحق إذا ما إقتضت ذلك مصلحة جماعة الدائنين.²

الفرع الثاني: التصويت على الصلح التجاري و الأغلبية المطلوبة

لم يشترط المشرع الجزائري للحصول على الصلح موافقة جميع الدائنين بل اكتفى بموافقة الأغلبية في الوقت ذاته، أراد أن يكون الصلح وفق ضمانات فاستلزم أغليبتين إحداها عددية والأخرى تتعلق بالديون فالنسبة للأغلبية العددية فيشترط فيها نصف عدد الدائنين المقبولين للتصويت على الصلح زائد واحد وليس للدائن الا صوت واحد ولو تعددت ديونه وإذا ناب شخص واحد عن جملة دائنين في التصويت على الصلح كان له عدد الاصوات بقدر عدد الدائنين الذين يمثلهم.

أما عن أغلبية الديون فيجب أن يكون الدائنون الذين يوافقون على الصلح حائزون على ثلثي مجموع الديون التي تأيدت و لا تحسب الديون المضمونة برهن أو امتياز أو اختصاص للحصول على هذه الأغلبية نتيجة التصويت على الصلح.

¹ -أنظر المادة 315 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري السالف الذكر.

² -عبد الكريم عروي، مرجع سابق، ص 37.

وقد أقر المشرع الجزائري في نص المادتين 323 و 324 من ق ت ح المعارضة لجميع الدائنين الذين كان لهم حق المشاركة في الصلح أو الذين حصل إقرار بحقوقهم عند ابرامه على أن تكون المعارضة مسببة وفي حدود ثمانية أيام التالية ليوم التوقيع على محضر الصلح¹، وتتضمن المعارضة إعلانات للحضور أمام المحكمة في أول جلسة على أنه إذا ثبت للمحكمة أن المعارضة كانت تعسفية جاز لها الحكم بغرامة لا تتجاوز 5000 دج وتوقف المحكمة الفصل في المعارضة إذا اعترضتها مسألة تخرج عن اختصاصها لتحديد ميعادا قصيرا يرفع فيها المعترض المسألة الأولية أمام القضاء المختص².

الفرع الثالث: التصديق على الصلح

لا يكون الصلح نافذاً أو منتجا لآثاره إلا إذا صادقت عليه المحكمة التي أصدرت الحكم بقبول المدين في التسوية القضائية، ويهدف التصديق إلى التحقق من مراعاة الشروط والإجراءات المقررة قانونا لعقد الصلح، كما يهدف إلى حماية مصالح أقلية الدائنين التي لم توافق على الصلح والغائبين والدائنين الذين وافقوا على الصلح بناء على شروط مغرية عرضها المدين بطرق الغش.

يقدم طلب التصديق على الصلح بموجب استدعاء من طرف من يهيمه التعجيل وهذا ما نصت عليه المادة 325 ق ت ج، والتي تنص على ما يلي: " يخضع الصلح للتصديق عليه من طرف المحكمة وتكون متابعة التصديق بناء على طلب الطرف الذي يهيمه التعجيل ولا يكون للمحكمة الفصل فيه إلا بعد فوات ميعاد الثمانية أيام المحددة في المادة 323 ق ت ج".

ويجوز تقديم الطلب من المدين أو الوكيل المتصرف القضائي وهو الوضع الغالب أو من أحد الدائنين أو من طرف الورثة إذا توفى المدين³.

وفي جميع الأحوال يجب على القاضي المنتدب وقبل الفصل في أمر التصديق على الصلح أن يقدم للمحكمة تقريرا على وضعية المدين وعن مميزات التسوية القضائية وقبول الصلح وهذا ما نصت عليه المادة 326 من ق ت ج، ولا يحق للمحكمة أن تعدل في شروط عقد الصلح من تلقاء نفسها بل تكتفي بالتصديق عليه أو رفضه.

¹ - سميرة قدوش و بلقنيشي الحبيب، مرجع سابق، ص 203.

² - مرجع نفسه، ص 203.

³ - السعيد بوقرة، مرجع سابق، ص 70.

الفرع الرابع: آثار الصلح التجاري و انقضاؤه

متى أصبح التصديق على الصلح نهائيا أنتج كافة آثاره، وترد هذه الآثار إلا أن الصلح يترتب عليه انتهاء الإفلاس بالنسبة للمستقبل، كما يترتب عليه التزام المدين بتنفيذ بنود ما تم الاتفاق عليه وهو ما يسري أثره أيضا بالنسبة لجماعة الدائنين، إلا أن هناك أسباب قد تمنع استمرارية ذلك وهذا ما يتجلى في حالات البطلان والفسخ، وفيما يلي نعرض في هذه الآثار وأسباب انقضاء الصلح التجاري على الوجه الآتي:

أولا: آثار الصلح القضائي

ثانيا: انقضاء الصلح القضائي¹

أولا: آثار الصلح القضائي (الصلح البسيط)

نشير في البداية أن الصلح القضائي أو ما يسمى بالصلح البسيط في القانون التجاري لا يتسم بالصفة الشخصية، فهو يسري على من وقعوه وعلى من رفضوه على حد سواء إذ تدعن الأقلية لرأي الأغلبية وهو ما نصت عليه المادة 330 من القانون التجاري الجزائري بقولها: "التصديق على الصلح يجعله ملزما لكافة الدائنين سواء كانت قد حققت ديونهم أم لا"، كما تشير الفقرة الثانية من نفس المادة إلى أن الصلح لا يسري بالنسبة للدائنين المرتهنيين رهنا عقاريا أو الممتازين بالإضافة إلى الدائنين الذين ترتبت ديونهم أثناء مدة التسوية القضائية أو الإفلاس².

ويرتب الصلح القضائي آثارا بالنسبة للمدين المفلس، وكذا بالنسبة للدائنين والديون من جهة أخرى.

1- آثار الصلح القضائي بالنسبة للمدين يعتبر المدين هو أول المستفيدين من عقد الصلح فبمجرد التصديق على الصلح ينتج آثاره والتي تتمثل في إنهاء حالة الإفلاس بجميع آثارها وهو ما سنوضحه كالاتي:

¹ - شهرزاد بشارة، عقد الصلح في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية: 2016-2017، ص 141.

² - مرجع نفسه، ص 141.

أ- انتهاء غل اليد:

يترتب على المصادقة على الصلح انتهاء حالة الإفلاس فتعود الشركة إلى إدارة أموالها والتصرف فيها وينتهي غل اليد على أن عودة المدين لإدارة أمواله لا يكون إلا بالنسبة للمستقبل ولا ينسحب أثره إلى الماضي حيث تزول عنه كل القيود وتعود الشركة إلى إدارة أموالها ومتابعة نشاطها والتصرف فيها وهذا وفقا لما جاء به المشرع الجزائري في المادة 332 ق ت ج¹، لكن هذه الحرية ليست مطلقة فالتصرفات التي تقوم بها الشركة على سبيل التبرع ولا يحتج بها على دائنيها حتى ولو كان المتبرع له حسن النية وهذا ما جاء بنص المادة 192 الفقرة 3 من القانون المدني الجزائري وكذلك الأمر بالنسبة للتصرفات التي يشوبها غش أو كان المتصرف له عالما بالغش بمعنى سيء النية طبقا للمادة 192 من القانون نفسه، إلا أنه وحفاظا على حقوق الدائنين تقوم المحكمة المختصة إما بالإبقاء على أمين الصلح أو تقوم بتعيين مراقب أو أكثر من بين الدائنين من أجل الاطلاع على مدى حسن نية المدين في تنفيذ شروط الصلح المتفق عليها.

زيادة على ذلك فقد فرض على المدين حظر بيع أو رهن عقاراته أو ترتيب حقوق عينية تبعية قبل الوفاء بجميع التزاماته الناشئة عن الصلح². يحظر على المدين التخلي عن قسم من موجوداته بطريقة غير التي تستلزمها طبيعة تجارته ما لم يوجد اتفاق مخالف في عقد الصلح. كما يلتزم المدين بتنفيذ شروط الصلح الواقي وذلك بوفائه بديونه في آجالها المحددة طبقا لما اتفق عليه في عقد الصلح.

ب- حرمان المدين من طلب صلح جديد:

لا يمكن للمدين طلب الحصول على صلح جديد أثناء تنفيذ الصلح الواقي فالصلح على صلح لا يجوز وذلك لمحاولة النزول عن الحد الأدنى المقرر قانونا للإبراء من جزء من الديون، وهو ما نص عليه المشرع المصري في نص المادة 728 من القانون التجاري³.

¹-أنظر المادة 332 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري الجزائري السالف الذكر .

²- سميرة قدوش و بلقنيشي الحبيب، مرجع سابق، ص 204.

³- مرجع نفسه، ص 204.

2- آثار الصلح القضائي بالنسبة للدائنين:

من خلال نص المادة 330 من القانون التجاري الجزائري¹، يلاحظ أن المشرع الجزائري يلزم كل دائني المفلس بمحتوى الصلح بل أخضع فئة معينة منهم وهي الوارد ذكرها.

أ- الدائنون الذين يسري عليهم الصلح:

يتضح من نص المادة السالفة الذكر وبعد التصديق على الحكم، واكتسابه لقوة الشيء المقضي فيه يلتزم بشروط هذا الصلح الدائنون العاديون والدائنون أصحاب الإمتيازات العامة الذين تقدموا في التفليسة أو لم يتقدموا أو قبلت ديونهم أو لم تقبل، وافقوا على الصلح أو رفضوه، وسواء كانت ديونهم تجارية أو مدنية واستثنى من ذلك الدائنون المرتهنون وأصحاب حق الاختصاص والامتياز الخاص إلا إذا تنازلوا عن تأمينهم، كذلك الدائنون الذين نشأت ديونهم بعد شهر الإفلاس والذين تعاملوا مع المفلس فتبقى علاقتهم مع المفلس غير نافذة في مواجهة الدائنين رغم كونها صحيحة من الناحية القانونية، وكذلك الدائنون الذين نشأت ديونهم بعد الحكم بشهر الإفلاس والذين تعاملوا مع وكيل التفليسة.

إذن حتى يرتب الصلح آثاره يجب أن يكون الدين المستحق للدائن عاديا، وغير مضمون بأي تأمين، وأن يكون هذا الدين قد نشأ بسبب صحيح قبل صدور حكم الإفلاس إذ أن العبرة بتحديد الأسبقية تتحدد بتاريخ التصرف أو الفعل الذي نتج عنه الدين، وليس بتاريخ الحكم الذي قضى به، في حالة النزاع بشأنه².

ب- انحلال جماعة الدائنين:

تتكون جماعة الدائنين بحكم القانون إثر صدور حكم الإفلاس، ويترتب على الصلح القضائي انحلالها أيضا بحكم القانون لانتهاء العلة من بقائها، فتفقد شخصيتها المعنوية وتزول الرابطة التي كانت تجمع بين الدائنين، فقد أصبح لا خوف عليهم على الدائنين من عدم المساواة بعد أن أبرموا الصلح مع المفلس وأصبحت التزاماته واضحة محددة في مواجهتهم.

¹-تنص المادة 330 ق ت ج على أنه: " التصديق على الصلح يجعله ملزما لكافة الدائنين سواء حققت ديونهم أم لا. غير أنه لا يمكن الاحتجاج بالصلح قبل الدائنين ذوي الامتياز والمرتهنين عقاريا الذين لم يتنازلوا على تأمينهم ولا قبل الدائنين الذين نشأ حقهم أثناء مدة التسوية القضائية أو الإفلاس".

²- شهرزاد بشارة، مرجع سابق، ص143.

فيستعيد بذلك كل دائن حقه في إقامة الدعوى، والاجراءات الفردية، فيطالب بالنصيب المتفق عليه في عقد الصلح عند حلول أجله، وقد قررت المادة 335 من ق ت ج بقاء الرهن الرسمي الممنوح قانونا لجماعة الدائنين، من أجل ضمان الوفاء بحصص المصالحة، وأن قيد هذا الرهن تنحصر آثاره في مبلغ تقدره المحكمة في حكم التصديق، وللمندوب المكلف بتنفيذ المصالحة الأهلية في منع رفع اليد عن القيد¹.

ج- انتهاء مهام الوكيل المتصرف القضائي:

تنتهي مهمة الوكيل المتصرف القضائي بمجرد أن يصبح حكم التصديق على الصلح محتسبا لقوة الشيء المقضي فيه و يتوجب عليه تقديم حسابا بذلك بحضور القاضي المنتدب وإذا لم يسحب الممثل أوراقه والمستندات التي يسلمها للوكيل المتصرف القضائي بقي هذا الأخير مسؤولا عنها مدة السنة اعتبارا من تاريخ تقديم الحساب ويقوم القاضي المنتدب بتحرير محضر بذلك لتتوقف مهامه عند هذا الحد.

د- بقاء الرهن الرسمي الممنوح لجماعة الدائنين:

رغم غلق الإجراءات فلقد نص المشرع الجزائري على بقاء الرهن الرسمي الممنوح لجماعة الدائنين ضمانا للوفاء بحصص المصالحة على أن أثر قيد الرهن العقاري ينحصر في مبلغ تقدره المحكمة في حكم التصديق وللمندوب المكلف بتنفيذ المصالحة الأهلية في منح رفع اليد عن القيد وإذا ثار أي نزاع بخصوص الحساب المقدم من الوكيل المتصرف القضائي يقوم القاضي المنتدب بإحالته للمحكمة المختصة للفصل فيه.

هـ- تعيين مندوبين لتنفيذ مضمون عقد الصلح:

لضمان تسديد الديون المتفق عليها في الصلح حسب المدد المحددة يمكن للمحكمة تعيين مندوبين للقيام بذلك في حكم الصلح مع تحديد مهمتهم التي سيقومون بها².

¹ - شهرزاد بشارة، مرجع سابق ، ص143..

² - سميرة قدوش و بلقنشي الحبيب، مرجع سابق، ص 206.

3/ آثار الصلح بالنسبة للإلتزامات التي اشتمل عليها الصلح:

منذ صدور الحكم بالتصديق على الصلح تنشأ آثار منها ما يتعلق بالإلتزامات التي اشتمل عليها الصلح ومنها ما يتعلق بطبيعة الديون ومنها ما يتعلق بمبدأ المساواة بين الدائنين.

1- الإلتزامات التي اشتمل عليها عقد الصلح:

يهدف الصلح مع المدين، إلى اعطائه بعض التسهيلات لتمكينه من الوفاء بديونه، بعد أن أبدى استعداداه في ذلك لجمعية الدائنين، وتتمثل هذه التسهيلات عادة بإبراء المدين من جزء من ديونه أو بمنحه آجالا للوفاء بهذه الديون أو كلاهما معا، ولكن ينبغي الا يمس ذلك طبيعة الديون، وكذا مبدأ المساواة بين الدائنين، وقد يتضمن الصلح أيضا شروطا يضمن للدائنين الوفاء بكامل ديونهم عند رجوع المدين إلى حالة ميسورة.

2- عدم تأثير الصلح على طبيعة الديون:

لا يترتب على عقد الصلح تجديد الدين الأصلي بمجرد الإبراء من جزء منه، أو منح آجال للوفاء به، لأنه لا ينشأ عن موافقة الدائنين على الصلح أو تصديق المحكمة عليه أي تغيير في سبب الدين، وعلى هذا الأساس يظل الدين محتفظا بطبيعته الأصلية التجارية أو المدنية، كما أنه يخضع لطرق التنفيذ العادية والتقدم الخاص به دون أن تتحول مدة هذا التقدم-إذا كان هذا التقدم قصيرا- إلى تقدم عادي لأن حكم التصديق على الصلح ليس من الأحكام المعلنة أو المقررة للدين والتي ترتب عليها مثل هذا الأثر، إلا أن الإلتزامات الواردة في عقد الصلح تكتسب قوة أكبر مما كان عليه الدين الأصلي، إذ أنها لا تخضع مثله لجميع أسباب البطلان¹.

3- مراعاة الصلح لمبدأ المساواة:

يعتبر مبدأ المساواة بين الدائنين من أهم الدعائم التي يرتكز عليها عقد الصلح، بأنصبة أكبر أو في آجال أقصر بالنظر لطبيعة ديونهم أو لأهميتها، فيقع باطلا ويتعين على المحكمة عدم التصديق عليه.

هذا وقد أجاز الخروج على مبدأ المساواة وذلك بحق استيفاء الدين بالأفضلية أو الحصول على امتياز آخر للدائنين المرتهنين أو الممتازين الذين يتنازلون عن تأميناتهم الخاصة للتمكين من

¹ - السعيد بوقرة، مرجع سابق، ص 83.

الإشتراك في المداولة والتصويت على الصلح وضمان إقراره، أو للدائنين الذين يقدمون المواد اللازمة للاستمرار في استثمار المؤسسة التجارية.

ويكون الخروج على مبدأ المساواة جائزا كذلك إذا وافق عليه جميع الدائنين غير المستفيدين من الامتياز، أو إذا كانت لا تترتب عليه زيادة في الأعباء على الدائنين بل يشكل عبئا على الغير فقط كالكفالة المعطاة من الغير لضمان الوفاء بأنبصة بعض الدائنين.

ومن هنا يمكن اجمال هاته الآثار في النقاط التالية:

-إنهاء التسوية القضائية، واستقرار العلاقات نهائيا بين المدين ودائنيه طبقا لشروط الصلح، بحيث لا يجوز تعديلها بعد الصلح¹.

-انحلال جماعة الدائنين من بعد أي بالنسبة إلى المستقبل ودون أثر رجعي.

-يلتزم بتحمل نتيجة الصلح كل هؤلاء الدائنين الذين لم يتقدموا بديونهم والذين تقدموا بديونهم ولم تقبل، والدائنين الذين تخلفوا عن اجتماع جمعية الدائنين للصلح، وكذلك من حضروا واقتنعوا ضد الصلح².

ثانيا: انقضاء الصلح القضائي

إن الصلح القضائي عقد كسائر العقود تنائي الأطراف يتم بين المفلس ودائنيه، يلزم طرفيه بما احتواه من شروط، ومن البديهي أن الصلح القضائي ينقضي بتمام تنفيذه، إلا أنه قد تظهر ظروف تمنع من استمراره، كما إذا اقتضى الحال بطلان الصلح أو فسخه، مما يتعين علينا معرفة حالتها انقضاء عقد الصلح وما قد ينشأ عنها من آثار.

وتجدر الإشارة أنه بالرغم من الطبيعة التعاقدية لعقد الصلح، فإنه لا يخضع لقواعد الإبطال والفسخ المقررة في النظام التعاقدية، فالرقابة القضائية المطبقة على إبرامه وأهمية العقد بالنسبة لمستقبل المؤسسة، والعدد الضخم من الأشخاص الذين يهمهم اختتام الإجراءات، يفسر استبعاد القانون العدي³.

¹-أنظر المادة 330 من الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري السالفة الذكر.

²-أحمد صالح علي، مرجع سابق، ص30.

³- شهرزاد بشارة، مرجع سابق، ص144.

1/ انقضاء الصلح بالبطلان:

الصلح باعتباره عقداً فهو يخضع من حيث المبدأ لأسباب البطلان وفقاً للقواعد العامة وذلك في حالة اكتشاف عيوب تحول دون استمراره.

إلا أن الصلح القضائي باعتباره عقد ذو طبيعة مختلطة ويخضع لتصديق المحكمة التي تضمن سلامته من بعض العيوب مما جعل المشرع أخضع بطلان الصلح لتوافر بعض الأسباب دون سواها وسوف نتعرض في هذا الفرع لهاته الأسباب¹.

و رغبة من المشرع وقصد تقليص وتقادي حالات البطلان قدر الإمكان، ولأن الوصول إلى الصلح لا يكون إلا بعد اتباع إجراءات طويلة، فقد قصره بموجب المادة 341 والمادة 342 من القانون التجاري الجزائري على حالات معينة، فيقرر الإبطال إذا إما لإخفاء الأموال أو المبالغة في الديون أو للحكم على المفلس بعقوبة الإفلاس الاحتمالي بعد التصديق على الصلح، ولا يكون لهذا الإبطال أثر رجعي كما أن أثره يتمثل في تحويل التسوية القضائية إلى الإفلاس.

أ- أسباب الإبطال:

لم يخضع المشرع الجزائري الصلح للأسباب العادية لبطلان العقود، نظراً للضمانات التي تحيط بتكوينه والتصديق عليه من طرف القضاء، ولذلك اعتبر الصلح باطلاً لسببين فقط ذكرتهم المادتين 341 و 342 ق ت ج، وهما²:

- إخفاء الأموال والمبالغة في الديون:

بمقتضى نص المادة، فإن الغش والخداع لا يكون سبباً كافياً لإبطال الصلح البسيط، على الرغم من كونه من العيوب التي تعيب الإرادة إلا إذا تمثل إحدى صورتين:

- إخفاء المفلس لأمواله، بمعنى أن يكون المدين قد أخفى جانباً من أمواله بغية حمل الدائنين على قبول أنصبة ضئيلة من الأموال الظاهرة.

- مبالغة المفلس في الديون المطلوبة منه، ويهدف المفلس من خلالها إلى إيهام الدائنين بكثرة عددهم وضخامة ديونهم مما يدفعهم إلى التساهل في شروط الصلح.

¹ - السعيد بوقرة، مرجع سابق، ص 88.

² - بحماوي الشريف، مرجع سابق، ص 19.

وعلى ذلك فإن الصلح ميزة ينبغي أن لا يحصل عليها إلا المفلس الصادق الذي كان إفلاسه لأسباب خارجة عن إرادته، إخفاء قسم من أموال المفلس أو المبالغة في تقدير الديون المطلوبة أو اختلاق ديون غير موجودة، تفسد تقديرات الدائنين الذين صوتوا إلى جانب الصلح¹.

-الحكم على المفلس بعقوبة الإفلاس بالتدليس بعد المصادقة على الصلح

يبطل الصلح متى حكم المفلس بعقوبة الإفلاس بالتدليس بعد التصديق على الصلح. وهو ما أكدته المادة 341 من ق ت ج بقولها: "يلغى الصلح إما للتدليس أو مبالغة في النتائج عن إخفاء الأموال أو المبالغة في الديون وإذا اكتشف التدليس بعد التصديق على الصلح".

ويقع البطلان هنا بقوة القانون، ويجوز للمحكمة أن تتخذ التدابير التحفظية التي تراها، ويوقف العمل بهذه التدابير بمجرد صدور أمر أو حكم بعدم المعارضة أو حكم بالإعفاء من التهمة².

ب- آثار البطلان:

إذا ما أبطل الصلح، فإن المدين يعود إلى حالة التسوية القضائية من جديد وتستأنف الإجراءات بعدما توقفت بسبب الصلح، وهي تلك الإجراءات التي تصاحب عادة فتح التقلية بعد الحكم بإبطال الصلح، والتي تضمنتها المادة 245 من ق ت ج³، فأوجب على المحكمة أن تعين في الحكم الصادر بالبطلان قاضي منتدب ووكيلا للتقلية، وأجاز للوكيل أن يقوم بوضع الأختام على أموال المدين، ويقوم بجرد الأوراق المالية والأسهم، على أساس القائمة القديمة ومعرفة القاضي الذي وضع الأختام، كما يقوم بتحرير قائمة وميزانية تكميلية إذا اقتضى الأمر ذلك.

وتقرر المادة 345 من ق ت ج⁴، عدم بطلان ما أجراه المدين من أعمال بعد حكم التصديق، وقبل إبطال أو فسخ الصلح إلا ما جرى منه تدليسا بحقوق الدائنين وهذا طبقا للمادة 103 من القانون المدني الجزائري، وهذه الأخيرة تقضي في حالة بطلان العقد أو إبطاله، بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، فإن كان ذلك مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل.

¹ - شهرزاد بشارة، مرجع سابق، ص 146.

² - بحماوي الشريف، مرجع سابق، ص 19.

³ - أنظر المادة 245 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري الجزائري، السالف الذكر.

⁴ - أنظر المادة 345 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري الجزائري، السالف الذكر.

وتجدر الإشارة أن المادة 337 من القانون التجاري الجزائري، قد خولت المحكمة في أي وقت أثناء قيام التسوية القضائية بشهر إفلاس المدين إذا ما أبطل الصلح، حيث جاء فيها : "تقضي المحكمة في أي وقت أثناء التسوية القضائية بشهر الإفلاس، وذلك :
-إذا أبطل الصلح".

فإذا ما أبطل الصلح المبرم بين المدين وجماعة الدائنين، ترجع الأمور إلى ما كانت عليها سابقا قبل انعقاد عقد الصلح، وتغل يد المدين عن إدارة أمواله من جديد وتعود جماعة الدائنين طبقا لنص المادة 346 من ق ت ج، والتي تحل محل المدين المفلس وتتحول العلاقة التي كانت بين المدين ودائني الجماعة وجماعة الدائنين، ويعود حق الأفضلية لدائني الجماعة في استيفاء حقوقهم قبل جماعة الدائنين¹.

فقد جاء في نص المادة 346 من ق ت ج ما يلي: "تعود للدائنين السابقين على الصلح حقوقهم بأكملها في مواجهة المدين وحده ولكنهم لا يدرجون ضمن جماعة الدائنين إلا بالنسب التالية:

1-ديونهم كاملة، إذا كانوا لم يقبضوا شيئا من ديونهم.

2-جزء من ديونهم الأصلية مناسب لشطر الحصة الذي لم يستوفوه إن كانوا قد قبضوا جزء من حصتهم.

وتطبق أحكام هذه المادة في حالة افتتاح تفليسة أو تسوية قضائية ثانية دون أن يسبق هذا إبطال أو فسخ الصلح".

إذ أن إبطال الصلح يمنع من منح المدين صلحا جديدا، ذلك لأن إبطال الصلح حالة من الحالات التي تقضي فيها المحكمة بتحول التسوية القضائية إلى إفلاس مما يجعل الدائنين في حالة اتحاد.

2/ انقضاء الصلح بالفسخ

الصلح باعتباره عقدا فهو ينقضي بتنفيذ بنوده، إلا أنه قد تطرأ ظروف تحول دون تنفيذه، كما في حالة وقوع المدين في عجز، ففي هذه الحالة يكون عقد الصلح قابلا للفسخ.

¹ - شهرزاد بشارة، مرجع سابق، ص 147.

لذا سوف نتعرض إلى الأسباب التي تؤدي إلى فسخ عقد الصلح، والآثار التي تترتب على فسخ عقد الصلح في النقاط التالية¹.

أ- أسباب فسخ عقد الصلح

إذا لم يتم المدين بتنفيذ شروط الصلح، فيجوز لأي دائن أن يطلب فسخ الصلح، وللمحكمة السلطة التقديرية في تقدير مدى إخلال المدين بتنفيذ التزاماته وما إذا كان هذا الإخلال يؤدي إلى الفسخ.

وقد يترتب الفسخ على عدم وفاء المدين بالأنصبة المقررة في عقد الصلح في المجال المعينة لها، أو عدم تقديم الضمانات التي تعهد بها، أو حتى على عدم تنفيذ تعهده بالمساعدة على بيع الأموال وتسوية النزاعات، التي تعترض هذا البيع، أو على وفائه بنصيب دائن قبل حلول الأجل المعين في عقد الصلح مما يعد إخلالا بمبدأ المساواة بينهم.

والمحكمة لا تحكم بفسخ عقد الصلح إلا بوجود إخلال هام يبرر هذا الفسخ، فمثلا إذا كان المدين قد أرسل حوالة بريدية بالنصيب المقرر في عقد الصلح قبل حلول الأجل المعين فيه ولكن لم يستلمها الدائن إلا بعد حلول الأجل، وهذا ما نصت عليه المادة 340 من ق ت ج، حيث نصت على ما يلي: "إذا لم يتم المدين بتنفيذ شروط الصلح، فيجوز رفع طلب بفسخه إلى المحكمة التي صادقت عليه في مواجهة الكفلاء أن كانوا أو بعد استدعائهم قانونا.

وللمحكمة أن تتولى القضية تلقائيا وتحكم بفسخ الصلح ولا يترتب على فسخ الصلح إبراء الكفلاء المتدخلين لضمان تنفيذه كليا أو جزئيا".

وقد جاء هذا الحكم تطبيقا للمبدأ العام الذي يقضي بالنسبة للعقود المتبادلة التي يدخل في عدادها عقد الصلح، بأن عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزاماته يجعل هذا العقد قابلا للفسخ طبقا للمادة 1/119 من القانون التجاري الجزائري².

فلاحظ أنه في مثل هذه العقود على الرغم من جواز طلب الفسخ لكلا الطرفين، إلا أنه يصعب أن يتصور طلبه من طرف المدين، لكون الصلح في مصلحته، فضلا عن كونه الأكثر التزاما

¹ - السعيد بوقرة، مرجع سابق، ص 93.

² - أنظر المادة 1/119 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري الجزائري، السالف الذكر.

في عقد الصلح، وعلى ذلك يجوز طلب الفسخ لعدم تنفيذه التزامه كعدم الوفاء بالأنصبة في مواعيدها كما أشرنا سابقا.

هذا ويجوز لكل دائن على انفراد رفع دعوى الفسخ دون الحاجة لإدخال الدائنين الآخرين في الدعوى، ويجب إدخال الكفلاء الضامنون للتنفيذ¹.

كما قد يتضمن عقد الصلح بندا يقضي بإلغاء الصلح حكما في حالة عدم التنفيذ دون صدور حكم بذلك ولكن الإلغاء لا يرد في هذه الحالة إلا بعد توجيه إنذار للمدين بوجوب التنفيذ².

ب- أثر الفسخ:

ينجر عن فسخ الصلح فتح الإجراءات من جديد، مثلما هو الأمر في حالة الإبطال، والتخفيض المتفق عليه في الصلح يعتبر كأن لم يكن، والكفلاء لا يتحللون من التزاماتهم طبقا للفقرة الرابعة من المادة 340 ق ت ج، وذلك على النقيض مما هو مقرر في حالة الإبطال، على أساس أن الكفلاء قد ضمنوا التنفيذ، وأن عدم التنفيذ هو سبب فسخ الصلح، والقول عكس ذلك يتناقض مع مضمون التزام الكفيل.

هذا وتجدر الإشارة بالنسبة للأثر الرجعي، فإنه كما أشرنا عليه سابقا بصدد الحديث عن البطلان، أن إعادة فتح الإجراءات يجري دون أثر رجعي، فالأموال التي استلمها الدائنون تبقى في ملكيتهم فيما إذا قبضوها فعلا، والتصرفات التي أجراها المدين بعد المصادقة على الصلح وقبل فسخه، تبقى صحيحة، إلا إذا كانت مغشوشة وتمت بقصد الإضرار بحقوق الدائنين.

وكأثر للصلح كذلك، تعود للدائنين السابقين على الصلح، حقوقهم بأكملها في مواجهة المدين وحده، ولكنهم لا يدرجون ضمن جماعة الدائنين، إلا بالنسب التالية:

- ديونهم كاملة إن لم يقبضوا شيئا منها.

- جزء من ديونهم الأصلية متطابقا مع شطر الحصة التي لم يستوفوها إن كانوا قبضوا جزء من حصتهم، ويطبق هذا المقتضى في حالة افتتاح النقليسة أو تسوية قضائية ثانية دون أن يسبق هذا

¹ - بجموي الشريف، مرجع سابق، ص 20.

² - السعيد بوقرة، مرجع سابق، ص 94.

إبطال أو فسخ الصلح، وفي هذه الحالة الأخيرة تضم جماعة الدائنين الثانية، الدائنين القدامى والجدد، وهو ما أكدته المادتين 345 و346 من القانون التجاري الجزائري¹.

من خلال دراسة موضوع الصلح توصلنا إلى أنه عقد يهدف من وراءه المدين إلى عودته على رأس ماله والتصرف في أمواله، ويجنب الدائنين الدخول في إجراءات الإفلاس التي عادة ما تستغرق وقت وتتطلب إجراءات معقدة. لذلك تدخل المشرع بنصوص آمرة لحماية الدائنين وتقرير مبدأ المساواة بينهم، باشتراطه أغلبية مزدوجة للموافقة عليه، فضلا عن مصادقة المحكمة عليه لكي يحوز الشيء المقضي فيه².

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

ولتحقيق الغاية المنشودة من طرف المشرع في إدخال الصلح والوساطة كطرق بديلة في حل النزاعات استوجب ذلك المشاركة الإيجابية للفاعلين في العمل القضائي والقانوني بدءا من القاضي الموكله له مهمة عرضها على الأطراف من حيث تحفيز الأطراف على قبولها واللجوء إليها من خلال تذكيرهم بنتائجها الإيجابية من حيث ربح الوقت وبساطة إجراءاتها وغياب القيود القانونية عليها وحثهم على الاتفاق بالتراضي والإقناع في حسم النزاع³.

¹ - شهرزاد بشارة، مرجع سابق، ص 148.

² - بحماوي الشريف، مرجع سابق، ص 22.

³ - عبد الكريم عروي، مرجع سابق، ص 116.

المبحث الثالث: المفاوضات والتوفيق آليتان بديلتان عن التحكيم لتسوية النزاعات التجارية

للتوفيق والمفاوضات التجارية أهمية كبيرة كأساليب ودية بديلة في تسوية المنازعات التجارية، خاصة وأن أطراف هذه التجارة تشترك علاقتهم بصورة مستمرة وفي تزايد مضطرد يوما بعد الآخر، وهو ما يساعد على تحقيق تقدم ملحوظ في الدور الذي تساهم به تلك الوسائل في تسوية المنازعات، الأمر الذي يؤثر بدوره على تنمية وتطور الحركة التجارية ولا سيما التجارة الدولية من خلال المحافظة على العلاقات الدولية بين أطرافها، ويساعد على زيادة أوامر الود واستمرار العلاقات والمحافظة على روح التعاون والتكامل بينهم.

المطلب الأول: المفاوضات آلية بديلة لحل النزاعات التجارية

يعبر عن المفاوضات أحيانا بمصطلح المشاورات، إضافة إلى مصطلح المصالحة، وهي من بين الطرق الودية لتسوية المنازعات الناتجة عن عقود التعاون الاقتصادي عامة والتجارة الدولية خاصة، وتعتبر من أفضل الوسائل لحل الخلافات التي من خلالها يسعى الأطراف مباشرة لحل المشكل المطروح، مع إمكانية نجاحها أو فشلها وذلك حسب ارادة الأطراف¹.

الفرع الأول: المفاوضات التقليدية

زيادة على الوساطة والصلح والتوفيق هناك المفاوضات كوسيلة ودية مكملة للحلول الأخرى في فض النزاعات التجارية.

و تعرف المفاوضات على أنها آلية ووسيلة مباشرة بين الأطراف لحل الخلافات العالقة بينهم بتبادل الحوار والآراء والطلبات وإكمال الحوار للخروج بحل يرضي الطرفين، وأفضل تعريف أعطي للمفاوضات هي التشاور والتواصل بقصد الإقناع، ويتم ذلك عندما تكون العلاقات بين الطرفين في غاية التآزم والنزاع في حالة تصعيد يصعب معها إحضار الأطراف وجها لوجه، وتشكل المفاوضات ركنا أساسيا في الطرق الودية والحلول البديلة في مرحلة ما قبل الوساطة، وظهرت عملية التفاوض منذ وقت بعيد على شكل المساومة حيث يسعى كل طرف إلى تحقيق أقصى منفعة من الصفقة المتفاوض عليها نظير أدنى مقابل، ثم تطورت هذه الفكرة بحيث لم تصبح مجرد مساومة وإنما عملية لها

¹-خليفة سمير، مرجع سابق، ص124.

مقوماتها الأساسية لعدم احتياجها إلى مظاهر وشكليات لإنهاء الخلاف القائم بل مجرد تعيين المكان والزمان حفاظا على المساواة والأهداف النبيلة وراءها، بحيث يجب على المتنازعين في حال وجود خلاف، العمل على محاولة حله عن طريق التفاوض على مختلف المستويات لتجنب التحكيم أو القضاء قبل أن يمضي وقت طويل.

أولاً: مفهوم التفاوض و عناصره

سنحاول في هذا الجزء وضع تعريف لعملية التفاوض، كما أننا سنقوم بتحديد عناصرها وذلك من أجل توضيح دورها كآلية فعالة في تسوية المنازعات التجارية.

1- تعريف المفاوضات

المفاوضات أو التفاوض هو جزء أصيل من حياة الإنسان يعرف لغة بأنه: تفاوض (ف و ض) (ف ع ل) تفاوض يتفاوض تفاوضا فهو متفاوض تفاوض الفريقان: تداولاً تباحثاً.

أما تعريفها اصطلاحاً فتعرف بأنها آلية النزاع القائم على الحوار المباشر بين الطرفين المتنازعين سعياً لحل الخلاف، ولا يحتاج التفاوض إلى أي طرف ثالث، بل يعتمد على الحوار بين الطرفين مباشرة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تمثيل المتنازعين بواسطة محامين أو وكلاء لهم، إذ لا يغير ذلك من طبيعة التفاوض مادام الوكلاء يملكون سلطة اتخاذ القرار عن موكلهم¹.

المفاوضات كوسيلة من وسائل تسوية المنازعات هي إجراء يتمثل في قيام الأطراف المتنازعة بدراسة مشتركة لطبيعة النزاع، وتبادل وجهات النظر بشأنه بهدف الوصول إلى تسوية مناسبة له.

وتقدم المفاوضات عدة امتيازات، فمن جهة تعتبر المشاورات الوسيلة الأكثر سرعة لحل الخلافات فهي تتدخل في مرحلة لا زال فيها النزاع التجاري لم يبلور بعد نهائياً وهذا يستجيب تماماً مع خصوصيات طبيعة النزاعات التجارية ومن جهة ثانية تعتبر المشاورات الوسيلة الأكثر قبولاً وتفضيلاً من طرف الحكومات، فهي تشمل الأسلوب الوحيد لحل النزاع الذي لا يتضمن تدخلاً للغير².

¹ - محمد نبي، مرجع سابق، ص 36 و 37.

² - سارية النور عثمان حسن، الوسائل البديلة في تسوية المنازعات التجارية، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القوانين، جامعة النيلين، ص 32.

2- عناصر التفاوض:

التفاوض هو موقف تعبيرى حركى قائم بين طرفين أو أكثر حول قضية من القضايا يتم من خلاله عرض وتبادل وتقريب ومواءمة وتكييف وجهات النظر واستخدام كافة أساليب الإقناع للحفاظ على المصالح القائمة، أو للحصول على منفعة جديدة بإجبار الخصم على القيام بعمل معين، أو الامتناع عن عمل معين في إطار علاقة الارتباط بين أطراف العملية التفاوضية تجاه أنفسهم أو اتجاه الغير.

أ-الموقف التفاوضي:

يعد التفاوض موقف ديناميكي أي حركى يقوم على الحركة والفعل ورد الفعل ايجابيا وسلبيا وتأثيرا أو تأثرا، والتفاوض موقف مرن يتطلب قدرات هائلة للتكيف السريع والمستمر وللمواءمة الكاملة مع التغيرات المحيطة بالعملية التفاوضية.

ب-أطراف التفاوض:

يتم التفاوض بالعادة بين طرفين، وقد يتسع نطاقه ليشغل أكثر من طرفين نظرا لتشارك المصالح وتعارضها بين الأطراف المتفاوضة، ومن هذا فإن أطراف التفاوض يمكن تقسيمها أيضا إلى أطراف مباشرة، وهي الأطراف التي تجلس فعلا إلى مائدة التشاورات وتباشر عملية التفاوض، وإلى أطراف غير مباشرة وهي الأطراف التي تشكل قوى ضاغطة لاعتبارات المصلحة أو تلك التي لها علاقة قريبة أو بعيدة بعملية التفاوض.

ج-موضوع التفاوض:

لابد أن يدور حول موضع معين يمثل محور العملية التفاوضية وميدانها الذي يتبارز فيه المتفاوضون، وقد تكون القضية، قضية انسانية عامة، أو قضية شخصية خاصة وتكون قضية اجتماعية، أو اقتصادية أو سياسية أو اخلاقية أو تجارية.....إلخ، ومن خلال القضية المتفاوض من شأنها يتحدد الهدف التفاوضي، وكذا غرض كل مرحلة من مراحل التفاوض¹، بل والنقاط والأجزاء

¹-إبراهيم بن فرج، فض النزاعات في إطار منظمة التجارة العالمية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 41-2003، ص130.

والعناصر التي يتعين تناولها في كل مرحلة من المراحل والتكتيكات والأدوات والاستراتيجيات المتعين استخدامها في كل مرحلة من المراحل.

د- الهدف التفاوضي:

لا تتم أي عملية بدون هدف أساسي تسعى على تحقيقه أو الوصول إليه وتوضع من أجل الخطط والسياسات فبناء على الهدف التفاوضي يتم قياس مدى تقدم الجهود التفاوضية في جلسات التفاوض وتعمل الحسابات الدقيقة، وتجري التحليلات العميقة لكل خطوة¹.

ثانيا: الإلتزامات الناشئة عن عملية التفاوض

يترتب على الدخول في المفاوضات بصفة عامة التزامات على كل من الطرفين وتتمثل هذه الإلتزامات في الإلتزام بالاستمرار في التفاوض والإلتزام بالإعلام، ويمثل الإلتزام بالاستمرار بالتفاوض التزاما بالقيام بعمل، وليس التزاما بتحقيق نتيجة فهذا الإلتزام لا يعني بالتوصل إلى اتفاق، ويعد هذا الإلتزام نتيجة مترتبة على أن كل طرف يدخل في المفاوضات وهو راغب في حل النزاع، وهو ما يعطي الطرف الآخر الثقة والطمأنينة تقديم مبرر لانسحابه إلا أن القضاء لا يعد الغياب المبرر لانسحاب من التفاوض دليلا على سوء نية المنسحب².

أما الإلتزام بالإعلام فهو نتيجة منطقية لمبدأ حسن النية في المعاملات، والتي يوجب على كل طرف أن يطلع الطرف الآخر على كافة الظروف التي تحيط بالنزاع، وهو ما قرره غرفة التجارة الدولية بباريس إذ قضت في حكمها الصادر في عام 1981 بأنه: "لا يمكن تمسك المتعاقد بعدم جواز التحكيم بحجة أن هذا الشرط لم يصدر به مرسوم حكومي، ما دام المتفاوض قد نكل عن إعلام الطرف الآخر بهذا الشرط"، فضلا عن هذه الإلتزامات الرئيسية التي تتولد عن عقد التفاوض كآلية لفض المنازعات بطريقة ودية هناك التزامات فرعية أخرى قد تختلط بالإلتزامات الرئيسية في مجال عقد التفاوض في العقود الدولية بصفة عامة عند إبرام العقد وقبل نشوب النزاع كما هو الحال في الإلتزام بالتعاون في التشاور والمشاركة في إعداد سيناريو أو جدول المفاوضات، والإلتزام بحظر المفاوضات الموازية، والإلتزام بالحفاظ على سرية المعلومات.

¹ - إبراهيم بن فرج، مرجع سابق، ص 131 و 132.

² - سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 266.

وفي هذا الإطار يمكن أن نشير إلى الكثير من الإتفاقيات الدولية والجهوية والثنائية والمتعددة الأطراف، التي أبرمتها أو انضمت إليها الجزائر والتي كرست الحل الودي لحل النزاع الإستثماري بصفة الزامية أو اختيارية، وتحديد نوعية الآلية أو دون تحديدها، حيث نصت على أنه في حالة نشوب نزاع بين الدولة المضيفة للاستثمار ومستثمر تابع لدولة متعاقدة أخرى يتم تسويته بالطرق الودية المعروفة المشاورات أو المفاوضات أو التوفيق، وقد تضمنت الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في مجال الحماية المتبادلة للاستثمارات الأجنبية أسلوب التفاوض والتشاور لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدولة المتعاقدة ومستثمر الطرف المتعاقد الآخر¹، كذلك تضمن نفس الاتفاقيات المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول المتعاقدة فيما يخص تفسير أو تطبيق الاتفاقية المبرمة بين الطرفين.

كذلك الإتفاق المبرم مع إيطاليا وإسبانيا ورومانيا والأردن، والذي نص على أن يسوى الخلاف بتراضي أو الاستشارة أو بالطرق الدبلوماسية بين الطرفين خلال مدة ستة (6) أشهر من تاريخ رفع الطلب الكتابي، وفي حالة فشل التسوية بالتراضي يتم اللجوء إلى الاختيار بين الآليات الأخرى القضائية الداخلية أو آلية التحكيم الخاص أو المؤسسي.

وبالتالي يمكن القول أنه في حالة استخدام آلية المفاوضات لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، فإذا توصل الطرفان إلى حل النزاع، فلا حاجة لاستخدام الآليات الأخرى، ويثبت هذا الحل في محرر مكتوب، وذلك درءا للمنازعة في المستقبل، لكن في حالة فشل المتفاوضين في التوصل لحل النزاع، ففي هذه الحالة يجوز لهم اللجوء إلى الآليات الودية أو القضائية الأخرى.

¹ نصت المادة 08 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وسويسرا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمار والموقع ببيرون في 30-11-1004، على أنه: "1- يتم تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين طرف متعاقد ومستثمر الطرف المتعاقد الآخر، قدر الإمكان عن طريق المشاورات بين الأطراف المعنية.

2- إذا لم تأتي المشاورات بحل في مدة ستة أشهر ابتداء من تاريخ الإشعار بطلب الشروع فيها، يمكن للمستثمر إحالة النزاع إما على السلطات القضائية المختصة للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الاستثمار وإما على التحكيم الدولي، وفي الحالة الأخيرة يمكن للمستثمر الخيار بين: "...، ج ر ج د ش ع: 45 الصادرة بتاريخ 29-07-2005، ص15

ثالثا: اجراءات التفاوض وآثاره

التفاوض بصفته وسيلة من الوسائل الودية لحل النزاعات التجارية الدولية فقد يتطلب هذا مجموعة من الخطوات والخصائص الواجب توافرها لكي يحقق التفاوض مبتغاه لا بد من المرور بمجموعة من الخطوات والمراحل:

1-تحديد وتشخيص القضية التفاوضية، وهي أولى خطوات العملية التفاوضية حيث يتعين معرفة وتحديد وتشخيص القضية المتفاوض بشأنها ومعرفة كافة عناصرها وعواملها المتغيرة ومركزاتها الثابتة، وتحديد كل طرف من أطراف القضية والذين سيتم التفاوض معهم، وتحديد الموقف التفاوضي بدقة لكل طرف من أطراف التفاوض ومعرفة ماذا يرغب او يهدف من التفاوض ومن ثم¹.

2-تهيئة المناخ للتفاوض إن هذه الخطوة هي خطوة مستمرة وممتدة تشمل وتغطي كافة الفترات الأخرى التي يتم الاتفاق النهائي عليها وجني المكاسب الناجمة عن عملية التفاوض².

وفي هذه المرحلة يحاول كل من الطرفين المتفاوضين خلق جو من التجاوب والتفاهم مع الطرف الآخر بهدف تكوين انطباع مبدئي عنه واكتشاف الاستراتيجية التي سوف يسير على مداها في المفاوضات وردود أفعاله أمام مبادرتنا وجهودنا التفاوضية.

3-قبول الخصم للتفاوض وهي عملية أساسية من عمليات وخطوات التفاوض لقبول الجلوس إلى مائدة المفاوضات، ومن ثم تتجح المفاوضات أو تكون أكثر سيرا خاصة مع اقتناع الطرف الآخر أن التفاوض هو الطريق الوحيد.

4-التمهيد لعملية التفاوض الفعلية والاعداد لها تنفيذيا وتشمل اختيار أعضاء فريق التفاوض إعدادهم وتدريبهم للتفاوض ووضع الاستراتيجيات التفاوضية واختيار السياسات التفاوضية المناسبة لكل مرحلة من مراحل التفاوض وحتى التفاوض على أجندة المفاوضات، وما تتضمنه من موضوعات أو نقاط أو عناصر سيتم التفاوض بشأنها واولويات تتناول كل منها بالتفاوض واختيار مكان التفاوض وتسهيل كافة التسهيلات الخاص به³..

5.بدء جلسات التفاوض الفعلية.

¹ - سارية النور عثمان حسن، مرجع سابق، ص 35.

² -مرجع نفسه، ص35.

³ - إبراهيم بن فرج، مرجع سابق، ص136

6. الوصول إلى اتفاق ختامي وتوقيعه¹.

رابعاً: تطبيقات عملية لآلية المفاوضات في تسوية منازعات عقود الإستثمار الأجنبي المباشر

عملت آلية المفاوضات على تسوية كبرى قضايا منازعات الاستثمار الأجنبي، ونذكر على سبيل المثال: النزاع بين دولة مصر وشركة بوابة الكويت القابضة وهي شركة استثمارية ذات أسهم تمتلك فيها شركة الاسكندرية للأسمدة نسبة 59.82%، حيث نشب نزاع بين الطرفين على إثر إجراء قامت به الدولة المصرية المتمثل في رفع أسعار الغاز الطبيعي والتميز في تحديد أسعاره بين شركات الأسمدة، وكذا القيام بتحويل مشاريع الاستثمارية للمناطق الحرة إلى مشاريع استثمارية داخلية، مما ترتب هذه الإجراءات ضرراً للشركة الكويتية، والتي قامت في سنة 2011 برفع دعوى تحكيمية ضد دولة مصر، أما المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأكسيد، وذلك للمطالبة بتعويضات مالية عن الأضرار التي أصابها قدرها 2.2 مليار دولار، غير أن الحكومة المصرية دخلت في مفاوضات مع الشركة الكويتية المستثمرة وأسفرت عن حل النزاع ودياً دون دفع أي تعويضات عن طريق اللجنة الوزارية لفض منازعات الاستثمار، والتي قامت بالتفاوض مع الشركة الكويتية، حيث بموجبه قامت الشركة الكويتية بتنازل عن كافة مبالغ التعويضات المطالب بها بموجب الدعوى التحكيمية المرفوعة أمام الأكسيد².

خامساً: مزايا وعيوب المفاوضات

رغم أن المفاوضات تعتبر من أكثر الآليات ملائمة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، نظراً لمزاياها العديدة التي توفرها والتي تتناسب مع هذا النوع من المنازعات، التي تجنب طرفيها المرور إلى القضاء أو التحكيم، إلا أن ذلك لا يمنع من توفرها على بعض العيوب والمساوئ التي قد تحد من فعاليتها أحياناً، وهو ما سنتطرق له كالتالي:

1- مزايا المفاوضات:

- المفاوضات آلية فعالة وبسيطة في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، إذ تعتمد على الإتصال المباشر بين طرفي النزاع دون الحاجة إلى تدخل أي طرف آخر،

¹ - إبراهيم بن فرج، مرجع سابق، ص 136

² - سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 268.

- تعمل المفاوضات إذا ما نجحت في تسوية النزاع الاستثماري على تلافي الأضرار بالعلاقة الإستثمارية بين الطرفين، وضمان التواصل والتعامل بينهما،
- تبقى المفاوضات كآلة لتسوية المنازعات، الأثر القوي في نفوس أطراف النزاع، على خلاف اللجوء إلى آليات أخرى التي قد تعمق الخلافات،
- تمتاز المفاوضات كآلية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي بالبساطة، بعيدا عن الشكليات والقواعد الموضوعية التي تنقيد بها الآليات الأخرى،
- تسهم المفاوضات في توجيه أطراف النزاع نحو الآلية المناسبة إذا لم تتجح في تسوية النزاع، فقد يتفق الأطراف على اللجوء إلى التوفيق أو الوساطة، أو طي مسألة من النزاع بشكل نهائي وعرض مسائل أخرى على التحكيم نظرا لخصوصيتها أو لطبيعة النزاع،
- تعتبر المفاوضات طريقا لبقاء واستمرار الاستثمارات الأجنبية،

2-عيوب المفاوضات:

- يعتبر التفاوض غير مجدي إذا رأى الأطراف أن هناك مسائل مبدئية معرضة للخطر،
- لا ينتظر أن تسفر المفاوضات عن تسوية تقود الأطراف إلى حل كافة خلافاتهم دفعة واحدة، إنما ينتظر منها على الأقل أن تحمل كل طرف من النزاع على الاعتراف بادعاءات ومطالب الطرف الآخر، لذا فإن المفاوضات لا تسفر في الغالب عن حل جذري للنزاع الاستثماري، بقدر ما تسفر عن حل وسط،
- تخلو المفاوضات من وجود طرف ثالث محايد يقوم بطرح الحلول، ويحاول اقناع الأطراف بالتسوية،
- قد تفشل المفاوضات في تسوية النزاع نتيجة للضغوط السياسية الداخلية، التي سترمي بها الدولة المضيفة بتهمة الضعف والاضرار بالمصلحة الوطنية¹، وتمنعها بالتالي من تقديم التنازلات رغم اقتناعها بذلك، وتفضيل الدفع بالنزاع إلى التحكيم للفصل فيه بقرار حاسم وملزم، تجنباً لهذه الضغوط مع علمها المسبق بصدور الحكم التحكيمي لصالح المستثمر الأجنبي.

¹-رقاب عبد القادر، مرجع سابق، ص315.

الفرع الثاني: المفاوضات الإلكترونية آلية بديلة مستحدثة في فض النزاعات التجارية

تعد التجارة الدولية الأساس الذي تعتمد عليها الدول في تطوير اقتصادها الوطني، وهذه التجارة يتم تنفيذها عن طريق العقود التجارية الدولية، وفي ظل التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية والأعمال وازدياد العلاقات الإقتصادية والتجارية وتبادل الاستثمارات وانتقال رؤوس الأموال وكثرة إبرام العقود الدولية، فضلا عن ذلك أن هذه العقود أصبحت تتحى منحى آخر نتيجة التطور الحاصل في مجال التكنولوجيا والاتصالات واستخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود التجارية الدولية، فظهر ما يعرف بالتجارة الإلكترونية والتي تتم كافة إجراءاتها ابتداء من مرحلة التفاوض على العقد ونهاية بتسوية النزاع وتنفيذ العقد في عالم إفتراضي إلكتروني لا يتطلب الحضور المادي لأطراف النزاع¹.

ونتيجة لكثرة العقود التجارية وتشابكها سواء على مستوى التجارة الدولية التقليدية أو الإلكترونية وكثرة المنازعات حولها، دفع التجار ورجال الأعمال وأصحاب المشاريع والشركات للبحث عن سبل أخرى لتسوية منازعاتهم تكون أقل تكلفة وأكثر سرعة ومرونة، بعيدا عن اللجوء إلى القضاء العادي والذي يتميز بطول إجراءاته وتعقيده والذي لا يتلاءم مع التجارة الدولية ورغبة التجار، لذلك اتجه التفكير بالبحث عن وسيلة مرنة بسيطة غير معقدة لا قضائية وحتى تحكيمية تتماشى مع التطور الحاصل في مجال التجارة الإلكترونية، وحتى الدول المتقدمة مثل اليابان وأمريكا والصين وغيرها... والذي يتميز النظام القضائي فيها بالسهولة، وأصبحت تشجع على اللجوء إلى وسائل بديلة تكون أكثر تطورا وقادرة على تسوية النزاع بصورة سريعة، لذلك ظهرت المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية².

وتتميز المفاوضات الإلكترونية بفعالية في تسوية منازعات التجارة الدولية، وذلك لسهولة إجراءاتها وقلة تكلفتها إن لم تكن مجانية، كذلك أن تسوية النزاع يتم عن طريق التجاور والمناقشة بحيث يتوصل الطرفان إلى تسوية ودية مرضية للطرفين، دون أن يكون هنالك قرار ملزم يفرض على الأطراف، يضاف إلى ذلك كله أن جميع إجراءات المفاوضات الإلكترونية تتم عن طريق الأنترنيت وعدم الحضور المادي لأطراف النزاع، فضلا عن ذلك هنالك مراكز إلكترونية متخصصة لتسوية

¹ - علاء آباريان، مرجع سابق، ص 60.

² - مرجع نفسه، ص 60.

النزاع عن طريق المفاوضات الإلكترونية توفر صفحات خاصة على مواقعها تتميز بالسرية والأمان، يمكن لأطراف النزاع استخدامها دون دفع أي مبالغ مالية، وهو ما يعطيها ميزة مقارنة بالمفاوضات التقليدية والتي تتطلب الحضور المادي لأطراف النزاع.

و لتوضيح هذا الموضوع أكثر ارتأينا البحث فيه أكثر، فقمنا بتقسيم هاته الدراسة إلى ، (أولاً) عن مفهوم المفاوضات الإلكترونية، في حين سنخصص الثاني لأنواع المفاوضات الإلكترونية وطرق إدارتها¹.

أولاً: مفهوم المفاوضات الإلكترونية باعتبارها وسيلة لتسوية النزاعات في عقود التجارة
للمفاوضات الإلكترونية أهمية وفعالية في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، كونها تمثل وسيلة للتداول والمناقشة بغية الوصول إلى اتفاق معين بين أطراف النزاع، كذلك لا يتطلب الحضور المادي لأطراف النزاع، وإنما يكون تسوية المنازعات عن طريق الوسائل الإلكترونية المعروفة والمتمثلة بالفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني والهاتف وغيرها من الوسائل الإلكترونية الأخرى، لهذا سنوزع هذا العنصر إلى (1) لتعريف المفاوضات الإلكترونية، في حين سنخصص (2) لخصائص المفاوضات الإلكترونية².

1- تعريف المفاوضات الإلكترونية و أهميتها: تعتبر المفاوضات المباشرة أو التفاوض بصفة عامة آلية لتسوية النزاع قائم على الحوار المباشر بين الطرفين المتنازعين سعياً لحل الخلاف، ولا يحتاج التفاوض إلى أي طرف ثالث، بل يعتمد على الحوار بين الطرفين مباشرة، ويتم كل هذا باستعمال الوسائل الإلكترونية للاتصال، والتي غالباً ما يفضل الأطراف التفاوض باستعمال الأنترنت التي هي من أحدث الوسائل الإلكترونية وأكثرها طلباً، لما تمتاز به من سهولة الاستعمال سواء بالكتابة فقط أو باستعمال الكتابة والصورة في آن واحد، وتكون المفاوضات المباشرة غالباً من تأطير أحد المراكز الخاصة بذلك، أي اتصال الأطراف فيما بينهما من خلال صفحة تابعة لموقع فض المنازعات الإلكترونية، يعد أن يقوم المركز بتزويد كل من المتفاوضين باسم مرور يسمح لهما من خلاله الدخول

¹-علاء عبد الأمير موسى، المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل كلية القانون، المجلد7، العدد 4، 31 ديسمبر 2015، ص517.

²-مرجع نفسه، ص517.

لصفحة النزاع والتفاوض بعدها على موضوع النزاع بغية التوصل لحل يفضان فيه النزاع، وهذا دونما أدنى تدخل من المركز، سواء تم حل النزاع أو فشلا في ذلك¹.

و قد عرفت أيضا بأنها: "حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة، بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين لإبرامه في المستقبل".

فضلا عن كل ذلك فقد عرفت بأنها: "وسيلة من وسائل تسوية المنازعات تتم بين أطراف النزاع مباشرة دون تدخل طرف ثالث، فهي عبارة عن تبادل وجهات النظر بين طرفي النزاع من أجل الوصول إلى تسوية نهائية لهذا النزاع".

يبدو من التعاريف السابقة أنها تطرقت إلى التفاوض العادي باعتباره أحد وسائل التسوية البديلة للمنازعات والذي يتم خارج الأنترنت، إذ يتم من خلال لقاء مباشر بين طرفي النزاع أو من ينوب عنهم ودون الحاجة لتدخل طرف ثالث.

ولكن التطور الحاصل في مجال الاتصالات والوسائل الإلكترونية وظهور الشبكة العالمية للأنترنت، أصبحت الوسائل التقليدية لتسوية المنازعات أكثر تعقيدا مقارنة بوسائل التسوية الإلكترونية، وأصبح بالإمكان أن تتم هذه المناقشات والمحاورات وتبادل الأفكار والآراء عن طريق الوسائل الإلكترونية².

فيعد التفاوض الإلكتروني نظام من الأنظمة التي اهتمت إليها مراكز الوساطة والتحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن التعاقدات عن بعد والتي وجدت إقبالا كبيرا من قبل المتعاقدين عبر الأنترنت، ولقد عرف الفقه المفاوضات الإلكترونية بأنها: "أسلوب يساعد الأطراف على تسوية النزاع بطريقة مرضية لهما عن طريق وجهات النظر وإزالة العقبات التي نجم عنها النزاع من خلال الإتصالات الثنائية المباشرة بينهما وباستخدام أنظمة تقنية عالية لنقل المعلومات وتخزينها، وآليات إدارة جلسات المفاوضات عن طريق شبكة الأنترنت والأقمار الصناعية".

¹ - سمير خليفي، مرجع سابق، ص 126.

² - علاء عبد الأمير موسى، مرجع سابق، ص 518.

في حين جانب من الفقه عرفها بأنها: "التحاور والمناقشة بواسطة إلكترونية لتبادل الآراء والأفكار والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل إتفاق معين حول مصلحة أو تسوية مشكلة ما"¹.

ومن هنا نجد أن أهمية التفاوض تزداد في عقود التجارة الإلكترونية في ظل عجز الطرق التقليدية عن إيجاد حلول تتلاءم وظروف التجارة الإلكترونية وما تتطلبه من سرعة في إنجاز الصفقات بطرق ودية يرتضيها جميع الأطراف، وإذا كان التفاوض في التجارة التقليدية يتم شفاهة عن طريق الاتصال المباشر بين أطراف التعاقد من خلال عقد اجتماعات يحضرها أطراف النزاع، فإنه أصبح يتم بطريقة إلكترونية عن طريق تبادل رسائل البريد الإلكتروني أو عبر شبكة الأنترنت أو بواسطة أحد المراكز المختصة، ويعتبر التفاوض أبسط أنواع الوسائل البديلة لحل المنازعات إلكترونياً حيث يهدف إلى توفير مساحة يلتقي فيها الأطراف للوصول إلى اتفاق، ولا يحتاج إلى أي طرف ثالث بل يعتمد على حوار بين الطرفين مباشرة، إلا أنه لا يغير ذلك من طبيعة التفاوض ما دام الوكلاء يملكون سلطة اتخاذ القرار من موكله.

وتكمن أهميته كذلك في أنه وسيلة للتفاهم وتقريب وجهات النظر بين الأطراف، حيث تلعب دوراً وقائياً بالنسبة لمرحلة العقد والحد من أسباب النزاع في المستقبل، وكذلك معرفة كل طرف بظروف العملية التعاقدية ومجال حقوقه والتزاماته، غير أن أهمية التفاوض تظهر بصورة خاصة في العقود التجارية أو الصناعية التي يمتد تنفيذها لفترة زمنية طويلة، ومن ناحية كونه وسيلة فعالة لإعادة التوازن العقدي للتعبير عن المشقة أو الأزمة التي يمر بها العقد نتيجة تغير الظروف التي أبرم في ظلها².

و خلاصة القول أن المفاوضات الإلكترونية بعدها أحد وسائل تسوية المنازعات الإلكترونية، هي ليس بديل عن المفاوضات التقليدية وإنما هي امتداد لها، وذلك نتيجة التطور الحاصل في مجال الاتصالات، وما يميزها هو أنها تتم عبر شبكة الأنترنت لغرض السرعة في حسم منازعات عقود التجارة الدولية.

¹-خير الدين فايزة، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات الإدارية-الصفقات العمومية في الجزائر، حوليات جامعة الجزائر، 1، المجلد 36-العدد 02، 2022، ص43.

²-عبد الصبور عبد القوي علي مصري، مرجع سابق، ص45 و46.

2- خصائص المفاوضات الإلكترونية:

لاقت المفاوضات الإلكترونية والتي تستخدمها مراكز التسوية على شبكة الأنترنت كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية عن بعد نجاحا واسعا واقبالا هائلا من قبل المتنازعين، وذلك للفعالية في تسوية منازعاتهم، مع المحافظة على علاقاتهم مع الشركاء في العمل بنفس الوقت، ويؤيد ذلك إحدى الدراسات التي قام بها مركز square trade، والتي أعلن من خلالها أن ما نسبته 80% من مجموع منازعات التجارة الدولية التي تم التفاوض حولها عن طريق هذا المركز قد تم حلها عن طريق المفاوضات الإلكترونية المباشرة.

أ- السرعة في فض النزاع:

إن الميزة الأساسية للمفاوضات الإلكترونية، هي الوصول لحل سريع يؤدي إلى عدم إصابة حركة التجارة الدولية والتبادل السلعي بين الأطراف المتنازعة في النشاط التجاري بالشلل، وأن إجراءات الفصل في الدعاوى أمام المحاكم المعتادة تستغرق غالبا عدة أشهر أو ربما عدة سنوات، ولذلك فإن الحلول البديلة للمنازعات تؤدي إلى اختصار عملية الفصل في المنازعات، بعد معرفة جميع إجراءات الوسائل البديلة لتسوية المنازعات-ومنها المفاوضات الإلكترونية-تجري عبر الوسائل الإلكترونية¹.

ولذلك تزداد أهمية التفاوض الإلكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية، وفي ظل عجز الطرق التقليدية على إيجاد حلول تتلاءم وظروف التجارة الإلكترونية وما تتطلبه السرعة في إنجاز الصفقات.

وتترواح المدد التي من خلالها يتم حسم النزاع عن طريق المفاوضات الإلكترونية عن طريق مراكز التسوية الإلكترونية، إذ تنص لائحة مركز (web médiate) على أنه ينبغي الفصل في النزاع خلال 45 يوما، بينما تنص لائحة مركز (settle online) على أن الفصل بالنزاع عن طريق المفاوضات الإلكترونية يجب أن يكون خلال 90 يوما من تقديم الطلب من قبل طرفي النزاع إلى مركز التسوية الإلكترونية.

فضلا عن ذلك فإن مركز التسوية الإلكتروني يعطي ثلاث جولات لتسوية المنازعة من خلال المفاوضات الإلكترونية، الجولة الأولى للمفاوضات لمدة 30 يوما، فإذا انتهت دون تسوية تبدأ الجولة

¹ - علاء عبد الأمير موسى، مرجع سابق، ص523.

الثانية ومدتها 15 يوما، ثم الجولة الثالثة ومدتها 15 يوما أيضا، كما تنص لائحة المركز المذكور آنفا، بأنه لأطراف النزاع الحق بتحديد مدة إجراء المفاوضات من أجل حسم النزاع. ومن هذا نجد أن المفاوضات قد قيدت بمدة زمنية معينة، حيث أنه على الأطراف أن ينهيا فيها مفاوضاتهم إيجابا أو سلبا، وهي المدة التي حددتها بعض المراكز بثلاثين يوما كما أشرنا سابقا، وبانتهائها يتم غلق صفحة التفاوض الكترونيا، مع امكانية تمديدتها عند تقديم مبرر جدي¹.

ب- الإقتصاد في التكلفة:

إن لجوء أطراف النزاع إلى مراكز التسوية الإلكترونية، واختيار المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لفض منازعاتهم، لا يترتب عليه انتقال أطراف النزاع من مكان لآخر، وإنما تكون كافة المحاورات والمناقشات تجري عبر الشبكة العنكبوتية للاتصالات وعبر الوسائل الإلكترونية المعروفة، وأن أطراف النزاع يكونوا على اتصال مباشر عبر كاميرات الفيديو المربوطة بالحاسوب، وهذا يؤدي بالنتيجة إلى تقليل نفقات التقاضي لحسم وتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مقارنة باستخدام وسائل تسوية المنازعات التقليدية، التي تتطلب الحضور المادي للأطراف وانتقالهم من مكان لآخر مما يترتب عليه الزيادة في النفقات.

وهناك من يرى أن المفاوضات الإلكترونية بعدها أحد وسائل تسوية المنازعات في عقود التجارة الدولية والمبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، والتي توفرها مراكز التسوية الإلكترونية للأطراف المتنازعة ومنهم البائعين، يعطي المزيد من الثقة للمشرين، الأمر الذي يمكن معه اعتبارها وسيلة مهمة من وسائل التسويق وجذب العملاء².

ج- فعالية إجراءات مراكز التسوية الإلكترونية:

إن هذه الميزة تشمل كافة وسائل تسوية المنازعات الإلكترونية، وليست قاصرة لوحدها على المفاوضات الإلكترونية، وتكمن هذه الفعالية أن مراكز التسوية الإلكترونية تستخدم بشكل تدريجي الآليات الخاصة بتسوية منازعات التجارة الدولية، فعلى سبيل المثال يقوم مركز التسوية الإلكترونية بالاتصال بين الطرفين والتفاوض بين أطراف النزاع للوصول إلى تسوية النزاع، يتم الانتقال إلى آلية أخرى أكثر الزام وهي التحكيم، كذلك نجد أن مركز التسوية الإلكترونية لفض منازعات التجارة الدولية عن طريق المفاوضات والوساطة والتحكيم، ينص في لائحته أنه في حالة فشل أطراف النزاع في

¹-خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص216 و217.

²- علاء عبد الأمير موسى، مرجع سابق، ص523.

الوصول إلى اتفاق عن طريق المفاوضات خلال المدة المتفق عليها، يقوم المركز بتعيين وسيط يحاول مساعدتهم والتدخل لتسوية المنازعات.

فضلا عن ذلك أن مراكز التسوية الالكترونية تشترط على اطراف النزاع قبل بدء المفاوضات الالكترونية بإيداع ضمان مالي محدد، إذ يكون هذا المبلغ المالي أساس في تسوية المنازعة، غذ يقوم المركز بدفع هذا المال لأطراف النزاع عند الوصول على قرار معين حول تسوية المنازعة.

خلاصة القول أن المفاوضات الالكترونية هي الاجراءات غير القضائية والتي تمارسها المراكز الالكترونية من أجل الوصول إلى تسوية معينة للنزاع، وتعد من أفضل وسائل تسوية المنازعات¹، إذا أنها تمتاز بالمرونة وتضييق شقة الخلاف بين الاطراف المتنازعة والوصول إلى تسوية معينة ودية يرضى بها أطراف النزاع دون ان يكون هناك قرار ملزم للطرفين.

ولهذه الاجراءات خصوصيتها، إذ تمارس وتتم عبر شبكة الاتصالات الدولية(للأنترنت)، يضاف إلى ذلك ان جميع المحاورات والمناقشات تكون الكترونية، وذلك منذ لحظة بدء المفاوضات، أي أنها لا تحتاج إلى التواجد المادي لأطراف النزاع، وهو ما يضيفها عدة خصائص تتميز بها، بدءا من السرعة في تسوية منازعات العقد الإلكتروني التجاري، واختصار الزمن وتقليل النافقات ، إذا ما تم مقارنتها بوسائل تسوية المنازعات التقليدية، والتي تتم في الوسط العادي دون استخدام الانترنت، وتحتاج إلى الحضور المادي لأطراف النزاع².

والجدير بالذكر أن عملية التفاوض تتم بين طرفي النزاع كدرجة أولى قبل اللجوء إلى الوساطة الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني، مما يجعل النزاع في أغلب الأحيان يتم حله بواسطة المفاوضات قبل اللجوء إلى الوسائل الأخرى³.

ثانيا: أنواع المفاوضات الإلكترونية وطرق إدارتها

إذا كان ما يميز المفاوضات الإلكترونية عن التقليدية، هو استخدام الوسائل الإلكترونية، إلا أن استخدام هذه الوسائل يحتاج إلى برامج ومواقع إلكترونية، تمكن أطراف النزاع من التحاور والتواصل والمناقشة عبر شبكة الأنترنت من أجل التوصل إلى تسوية معينة، ومن أجل ذلك ارتأينا

¹ - علاء عبد الأمير موسى، مرجع سابق، ص 524.

² - مرجع نفسه، ص 524..

³ - سمير خليفي، مرجع سابق، ص 127.

تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الأول خصصناه لأنواع المفاوضات الإلكترونية، والثاني لطرق إدارة المفاوضات الإلكترونية.

1- أنواع المفاوضات:

تزداد أهمية التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية في ظل عجز الطرق التقليدية عن إيجاد حلول تتلاءم وظروف هذه التجارة وما تتطلبه من سرعة وإتقان في إنجاز المعاملات والصفقات، لذلك يتم اللجوء إلى التفاوض الإلكتروني عن طريق تبادل رسائل البريد الإلكتروني أو عبر شبكة الأنترنت أو بواسطة أحد مراكز المتخصصة¹.

وتعتمد مراكز التسوية الإلكترونية هذه الآلية تبعا لنوع التفاوض الإلكتروني الذي ينقسم إلى نوعين: أولهما التفاوض الآلي وثانيهما التفاوض بمساعدة جهاز الكمبيوتر، وسوف نتعرض لهما بشيء من التفصيل².

أ- التفاوض الآلي La Négociation Automatisée

إن التفاوض الآلي يعرف بطريقة حل المنازعات، قوامه الخروج بمصالحة خارج القضاء دونما حاجة لتدخل شخص ثالث وذلك عبر عروض رقمية، متتالية ومقابلة.

وهي تمر بعدة مراحل وصولا إلى اتفاق بين الفرقاء مستندا إلى توازن إتفاقي عبر برنامج معلوماتي، وذلك بأن يقوم كل فريق بإدخال عدة عروض رقمية عمياء إلى البرنامج الذي هو برنامج معلوماتي، يعالج بذلك الاقتراحات الرقمية وي طرح الحلول للخلاف إذا كانت العروض ضمن فاصل معين، وهي تقنية بحثت تضيق أمامها النقاط القانونية التي من الممكن إثارتها.

هذا ويمكن إيجاد تصنيف قانوني للتفاوض الآلي من خلال الأساس القانوني وكذا الطبيعة القانونية للتفاوض الآلي، بحيث أنه يمكن إجمال جملة من الخصائص التي يتصف بها ونبدأها بالمرونة، فالسرعة، وتقليله لنفقات التقاضي، وبتفاديه المواجهة المادية للفرقاء بشخصهم. ويتطلب

¹-أزوا محمد، الآليات القانونية لتسوية منازعات عقود المستهلك الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص المعمق، جامعة أحمد درارية، أدرار، 2020-2021، ص186.

²-مرجع نفسه، ص186.

ذلك بلا شك مضاعفة الجهود الدولية لأجل أكبر حماية قانونية لهاته الأدوات التقنية، بما يضمن حدا مقبولا منها وثقة أكبر .

أما الطبيعة القانونية فهي طبيعة تَوَطَّر لها منظمة الأمم المتحدة من خلال تقريرها حول التجارة الإلكترونية والتطور، وهي عملية قوامها أن ننتجتها هي مبلغ مالي متنازع فيه يمكن إيجاد¹ معالجة له ضمن إطار نظام قانوني يوافقه وهو التأمين كنموذج صالح لهذا النوع من الأنظمة-أنظمة تبادل العروض معلوماتيا- خاصة وأن خلافاته تعني مبلغا من المال كتعويض واجب الدفع على خلاف بالنسبة للأنظمة التقليدية عالية الكلفة.

وتتم هذه العملية على خطوتين:

الخطوة الأولى: يقوم فيها كل طرف بتقديم عروضه إلى الحاسب الآلي مباشرة، وذلك من موقع الكتروني يتبع كل طرف، بحيث لا يجب أن يعلم أي طرف عن العرض الذي قدمه الطرف الآخر ولا يتم إرسال العرض.

الخطوة الثانية: فيقوم الحاسب الآلي بإجراء مقارنة حسابية بين العروض، ثم يختار حلا توفيقيا يكون وسطا بين العرضين، أو يبحث عم إيجاد حل وسط بين العروض المقدمة، ويضع الكمبيوتر حلا للمنازعة بين الطرفين².

ب- التفاوض بمساعدة جهاز الكمبيوتر la Négociation en Lige Assistée par

هذا النوع من المفاوضات يدعى بالمفاوضات المساعدة أو المعاونة، حيث يتم التفاوض بينهما مباشرة عبر جهاز الكمبيوتر من شبكة الأنترنت، ودون استخدام أي برنامج خاص للتسوية أو تقديم أي حلول للتسوية كما هو الحال في التفاوض الآلي، فهنا دور جهاز الكمبيوتر لن يكون سوى وسيلة اتصال بين طرفي النزاع لتبادل مقترحات التسوية، عن طريق تبادل الرسائل والحلول عبر البريد الإلكتروني، أو باللقاء الافتراضي المباشر على الأنترنت من خلال الفيديو كونفرنس.

¹-حنافي حاج، التحكيم الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، جامعة الجبيلي ليايس بسيدي بلعباس، الجزائر، 2016-2017، ص62.

²- حسين فريجة، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل المنازعات، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 20، العدد 02، 2010، ص51.

يعتبر من أشهر مراكز التسوية الذي حقق نجاحا في استخدام طريقة التفاوض بمساعدة الكمبيوتر (square Trade) ، الذي يقدم خدمات مجانية في هذا المجال، ويقتصر دور هذه المراكز في تقديم وسيلة الاتصال فقط¹.

مما سبق يتبين لنا أن التفاوض بمساعدة الكمبيوتر، هو الطريق الأكثر فعالية في تسوية المنازعات الالكترونية في مرحلة المفاوضات لكونه يعتمد على المشاورات المباشرة بين المتدخل والمستهلك يناقشون من خلاله جميع المسائل التي من شأنها حل النزاع، بعملية تقديرية من جهاز آلي-التفاوض الآلي- يعكس حقيقة المعاملة، كما يتميز بالتسوية المجانية، مما يخفف على المستهلك الكثير من الأعباء باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

والتفاوض الإلكتروني بمساعدة الآلة هو على حالتين:

-**الحالة الأولى:** وفيها و فيها يقوم مورد الخدمة بالإتصال بالتاجر حامل الختم الذي يعبر عن أن محتوى الموقع من جميع الخدمات والمنتجات مطابقة لمعايير وشروط محددة مسبقا، لدعوته إلى المشاركة في آلية التفاوض بمساعدة الآلة، ويكون على هذا الأخير أن يبدي موجبات دعوته حسب ختم الثقة والتي يكون قد قام بتوقيعها مسبقا.

-**الحالة الثانية:** وهي أن يضع التاجر علامة على موقعه يظهر فيها بوضوح إمكانية رفع القضية على مركز التفاوض بمساعدة الآلة الشابكة، هذا وتتطلب آلية التفاوض بمساعدة الآلة، مشاركة جميع الفرقاء المتنازعين يأتي ذلك تحت طائلة البطلان².

كما أن النظام العام الدولي يتطلب أن تأتي مشاركة صحيحة من أي عيب رضائي، وأن تتضمن موضوعا وسببا محددتين مطابقين له³.

¹-أزوا محمد، مرجع سابق، ص189.

²- حنافي حاج، مرجع سابق، ص62.

³- مرجع نفسه، ص62.

2- طرق إدارة المفاوضات الإلكترونية:

تعرف طرق أو نظم إدارة المفاوضات الإلكترونية بأنها: "الوسائل الإلكترونية التي تستخدمها مراكز التسوية الإلكترونية من أجل استقبال وحفظ طلبات ومستندات أطراف النزاع، دون أن يكون لهذه الوسائل أي دور في تحديد المحاورات والمناقشات.

وكان من نتيجة التطور الهائل في تكنولوجيا التبادل الإلكتروني للبيانات، ظهور الحاجة إلى البحث عن وسيلة لحفظ وتخزين محاورات وأراء أطراف النزاع بشكل ملفات إلكترونية، يمكن الرجوع إليها عند الحاجة في حالة حصول نزاع بين أطراف التجارة الدولية، ولذلك نجد أن مراكز التسوية الإلكترونية للمنازعات عن طريق المفاوضات الإلكترونية، أوجدت لنفسها آليات معينة، تتمكن من خلالها إدارة النزاع بين أطرافه من خلال استقبال وحفظ الطلبات، يضاف إلى ذلك أن هناك مواقع وبرامج إلكترونية يتمكن من خلالها أطراف النزاع من إدارة النزاع وحفظ المناقشات على أوعية إلكترونية، تسمى السجلات الإلكترونية، ولذلك سنقسم هذا الفرع إلى عنصرين هما:

أ- إدارة المفاوضات الإلكترونية عن طريق السجل الإلكتروني:

يعد السجل الإلكتروني من الأمور المهمة التي يجب مراعاتها في مجال تسوية منازعات التجارة الدولية عن طريق المفاوضات الإلكترونية، إذ يعتبر وسيلة فعالة لعصرنة الرقابة الاقتصادية، وهذا ما جسده الاتفاقية الموقعة بين كل من مركز السجل التجاري وبيريد الجزائر¹.

كما يعتبر وسيلة لحفظ المعلومات المتبادلة بين أطراف النزاع وتوثيق البيانات المدونة فيه، وكلما كانت طريقة الحفظ منظمة وكاملة وآمنة، كان للسجل الإلكتروني الموثوقية والمصادقية التي يتم الإعتماد عليها في تسوية النزاع.

أما بخصوص قانون المعاملات الإلكترونية الأمريكي الموحد في مادته 7/2، فإنها نصت على ما يأتي: "السجل الإلكتروني هو السجل الذي يتم إنشاؤه أو تكوينه أو إرساله أو إستلامه أو تخزينه بوسائل إلكترونية".

¹ -نخلة طواهرية، السجل التجاري الإلكتروني كآلية لإرساء قواعد الحوكمة الإلكترونية، مجلة ابن خلدون للإبداع والتنمية، المجلد 01-العدد01- 2019، 51.

ولقد قامت الجمعية الفرنسية للتوحيد القياسي (A.F.O.R) في 1998/1/4، بوضع آلية تخص السجلات الإلكترونية أطلق عليها آلية أفنور للسجل الإلكتروني، وتتضمن هذه الآلية بوضع نظام آمن للحفاظ على المعلومات المدونة في هذا السجل، وكذلك إلزام المؤسسات والمنشآت التجارية بالقيام بالفحص الدوري والمنظم لأنظمة السجلات الإلكترونية.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن معيار أفنور ذو خصائص تنظيمية، وهو ما يعني أنه ليس له صفة الإلزام القانوني، وإنما هو إلتزام أدبي.

وخلاصة القول: فإن السجل الإلكتروني يعد من أهم وسائل حفظ مناقشات ومحاورات أطراف النزاع من أجل الوصول إلى تسوية معينة، كذلك امكانية الرجوع إلى هذه الملفات والمستندات عند الحاجة، وللمعلومات الموجودة في هذا السجل الإلكتروني الحجية القانونية وهذا ما أقرته أغلب التشريعات الوطنية، كذلك يتميز السجل الإلكتروني بالأهمية على اعتبار أنه لا يحتاج إلى حيز مكاني مقارنة بالسجلات الورقية، وكذلك يصعب تغيير المعلومات المدونة فيه لاستخدام التشفير المناسب، يضاف إلى ذلك تفادي المشاكل الناتجة عن استخدام السجلات الورقية وضياعها واتلافها وإحراقها¹.

ب- إدارة المفاوضات الإلكترونية عن طريق مراكز التسوية الإلكترونية:

يمكن تعريف إدارة المفاوضات الإلكترونية عن طريق المراكز الإلكترونية "عبارة عن أنظمة وبرامج الكترونية متوفرة على موقع مراكز التسوية، يستخدمها أطراف النزاع بتبادل الطلبات والمستندات وحفظها من خلال صفحة خاصة مزودة برقم سري، دون أن يكون للمركز أي دور في تسوية النزاع.

ومن المراكز التي تستخدم هذا النوع من إدارة المفاوضات الإلكترونية، هو نظام (NET case)، والذي يدار من خلال الكمبيوتر والتابع لغرفة التجارة الدولية بباريس (ICC)، ويسمح لأطراف التفاوض الإلكتروني أن يرسلوا مستنداتهم وملفاتهم وكافة الاقتراحات والآراء فيما بينهم، باستخدام الشبكة العالمية للإنترنت، فضلا عن ذلك أن موقع (NET case) يخصص لأطراف النزاع صفحة خاصة على

¹ - علاء عبد الأمير موسى، مرجع سابق، ص 532.

موقعه، ويزودهم برقم سري لا يمكن لغير أطراف النزاع معرفته، من أجل أن تسير المفاوضات بأمان، وكذلك قيام الأطراف بتبادل الآراء عن طريق البريد الإلكتروني الخاص بهم.

وخلاصة القول ان إدارة النزاع إلكترونيا عن طريق مواقع مراكز التسوية الإلكترونية، يكون من خلال قيام هذه المراكز بتهيئة صفحات خاصة لأطراف النزاع مزودة بأرقام سرية، لا يمكن لغير أطراف النزاع الدخول إليها، إذ يقوم أطراف النزاع بتبادل الآراء والمقترحات وحفظها، والرجوع إليها عند الحاجة، ولا يتدخل مركز التسوية الإلكترونية بتسوية النزاع مطلقا، سواء تم تسويته أم لا.

ثالثا: تمييز المفاوضات الإلكترونية عن غيرها من الوسائل المشابهة لها

إن المفاهيم السابقة للمفاوضات الإلكترونية، والتي ركزت على مبدأ الرضائية، ودور هاتاه الأخيرة في حل النزاع بين الأطراف المتنازعة، قد يؤدي إلى وجود تشابه بينها وبين النظم القانونية المشابهة لها لاسيما التحكيم الإلكتروني والوساطة الإلكترونية¹.

1- الفرق بين المفاوضات الإلكترونية والوساطة الإلكترونية:

التفاوض هو أسلوب لحل النزاع بين طرفين أو أكثر حيث يعدلون مطالبهم ليحققوا توافقا مقبولا، وهو وسيلة لتعديل توجهات الأطراف من تحقيق نتائج مثالية إلى نتائج ممكنة.

والمفاوضات تتم بين طرفي النزاع مباشرة ودون تدخل الوسيط أو مركز الوساطة، وتتم إجراءاتها فيما يلي: بعد أن يتفق طرفي النزاع على تسوية نزاعهما من خلال وسيلة التفاوض المباشر يقومون بإبلاغ مركز الوساطة بذلك، حيث يقوم المركز بتزويد كل من المتفاوضين بكلمة مرور تسمح لهما بالدخول إلى الصفحة الخاصة بنزاعهما الموجود على الموقع الإلكتروني التابع للمركز، بعدها يتم التفاوض على موضوع النزاع بين أطراف النزاع وحدهم بهدف التوصل إلى حل يرضي الطرفين، وذلك خلال 30 يوما الممنوحة لهم من طرف صفحة الاتصال التابعة للمركز وإلا يتم غلق القضية بصفة آلية.

وإذا شعر الطرفين أن مدة 30 يوم غير كافية لحل النزاع يجوز لهما طلب تمديدتها إلى وقت مناسب كما أشرنا سابقا. وبالتالي تلعب المفاوضات المباشرة دورا بارزا في تسوية المنازعات التجارية

¹-منصور داود، مرجع سابق، ص945.

الإلكترونية، حيث أنها تعطي لطرفي النزاع فرصة حل النزاع بأنفسهما دون أي تدخل من جهة ثالثة، وتختلف الوساطة عن المفاوضات من النواحي التالية:

- في المفاوضات المباشرة يجري الاتصال بين طرفي النزاع مع بعضهم البعض من خلال صفحة إلكترونية عبر الأنترنت وهي صفحة النزاع التابعة لمركز الوساطة¹.

- إذا لم يستطع طرفي النزاع تسوية نزاعهما أثناء مرحلة المفاوضات يجوز لهما طلب تمديد من المركز في أي وقت، وتكون إجراءات المفاوضات مجانية.

الجدير بالذكر أن المفاوضات الإلكترونية تختلف عن الوساطة الإلكترونية أنها ثنائية، أي تتم بين طرفي النزاع فقط دون تدخل أي طرف أجنبي بينهما، والتي تتم من خلال الهاتف أو من خلال صفحة تابعة لموقع فض المنازعات الإلكترونية عبر الأنترنت²، وتتم عملية التفاوض بين طرفي النزاع كدرجة أولى قبل اللجوء إلى الوساطة الإلكترونية أو التحكيم الإلكتروني، مما يجعل النزاع في غالب الأحيان يتم حله بواسطة المفاوضات قبل اللجوء إلى الوسائل الأخرى.

2- تمييز المفاوضات الإلكترونية عن التحكيم الإلكتروني:

إن الفارق الأساسي بين المفاوضات الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني يكمن في جريان إجراءات حل المنازعة عن طريق المفاوضات دون تدخل شخص ثالث، في حين أن التحكيم يخضع منازعات الطرفين إلى شخص محكم تكون له سلطة إصدار حكم التحكيم، ويضاف إلى ذلك أن المحكم في التحكيم الإلكتروني غالبا ما يطبق وهو في سبيله إلى حل المنازعات قواعد قانونية، أما بالنسبة للمفاوضات الإلكترونية فغالبا ما يتم اللجوء فيها إلى حلول عرفية غير مستمدة من قواعد قانونية محددة وإنما تستقى من مجرد إجراء مقارنات حسابية بين طلبات كل طرف للتوصل كل وسط بينهما، وعى ذلك فإن المفاوضات الإلكترونية غالبا ما تنتهي باتفاق يوقعه الطرفان، في حين إن التحكيم ينتهي بحكم تحكيم يكون ملزما للطرفين.

ومن جانب آخر فإن التفاوض والتحكيم الإلكتروني يتفقان في ضرورة التراضي والموافقة على اللجوء لهذه الوسيلة أو تلك من طرفي المنازعة، فرضا للطرفين يشكل أساس مشترك بين النظامين،

¹- لـخـذاري عبد الحق وآيت حمودة كهينة، العدالة البديلة لتسوية الخلافات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية الوساطة نموذجاً، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد 5 العدد 1، مارس 2020، ص 84.

²- سمير خليفي، مرجع سابق، ص 325.

ويضاف إلى ذلك أن النظامين يستوفيان من خلال الرجوع إلى استخدام آليات الاتصال الحديثة، وعمامة بما أن بعض المفاوضات قد تصل إلى طريق مسدود، نظرا لتباعد وجهات النظر واختلاف المصالح يجد المتفاوضين أنفسهم غير قادرين على السير قدما في عملية التفاوض¹. الأمر الذي يدعوا إلى تدخل طرف ثالث وسيط يقرب وجهات النظر ويساعد الأطراف المتفاوضة على الوصول لحل مقبول وهو ما يضطرهم إلى اللجوء التحكيم الإلكتروني، وهو ما يعاب على التفاوض².

فالمفاوضات الإلكترونية تختلف عن التحكيم الإلكتروني في أن الحكم الصادر في التحكيم يكون ملزما للطرفين على خلاف المفاوضات التي تسعى إلى تسوية المنازعة فيما يتوافق مع إرادة الطرفين حيث تصل بالأطراف إلى تسوية النزاع بطريقة مرضية للطرفين بتقريب وجهات النظر وإزالة العقبات التي أثمرت عنها المنازعات³.

رابعا: إجراءات التفاوض الإلكتروني

لإتمام طلب التفاوض أمام المراكز المتخصصة على الأطراف المتنازعة القيام بالإجراءات

التالية:

1- تقديم طلب التفاوض للمركز: تبدأ عملية التفاوض من خلال إرسال أحد أطراف النزاع طلبا إلى المركز يعلن فيه عن رغبته في إيجاد حل لفض النزاع القائم بينه وبين الطرف الآخر من خلال المفاوضات الإلكترونية، ويحتوي الطلب المقدم للمركز على (الاسم، العنوان، رقم الهاتف، البريد الإلكتروني لكل من طرفي النزاع)، مصحوبا بملخص عن الموضوع وأسباب النزاع.

يقوم المركز بمراجعة ودراسة النزاع بعد استلامه من أحد أطرافه، ثم يقوم بإخطار الطرف الآخر عن رغبة مقدم الطلب في التفاوض معه مباشرة حول موضوع النزاع القائم بينهما وسؤاله إذا كان يريد التفاوض معه أم لا، مع إعطائه مدة زمنية معينة للجواب، فإذا أعلن المجاب عن قبول التفاوض فإن العملية تستمر، أما إذا كان جوابه الرفض أو أنه لم يرد الجواب للمركز تنتهي مباشرة عملية المفاوضات المباشرة⁴.

¹ - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، مرجع سابق، ص 46 و47.

² - مرجع نفسه، ص 46-47.

³ - حنان أوشن، دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 15 العدد 02، جامعة تيزي وزو، 2020، ص 128.

⁴ - سمير خليفي، مرجع سابق، ص 128.

2- سير عملية التفاوض الإلكتروني:

يتطرق المركز في مرحلة ثانية بعد تسلمه الجواب إذا كان الطلب مقدم من طرف واحد، أو تسلمه طلب التفاوض إذا كان مقدما من قبل الطرفين معا بإرسال إخطار إلى المتنازعين يتضمن اسم المرور خاص بكل طرف، والذي من خلاله يسمح لهما بالدخول للصفحة الخاصة بنزاعهما، والتي أعدت خصيصا لهما على الموقع الإلكتروني التابع للمركز، والذي يتميز بإحاطته بالسرية الكاملة من خلال توفير قنوات آمنة يجري الاتصال من خلالها، مع الأخذ بعين الاعتبار أن المدة الممنوحة لهما للإتصال والتفاوض من خلال صفحة الاتصال التي وفرها المركز هي 30 يوما.

تعمل العديد من المراكز على تعميم استعمال المفاوضات المباشرة لحل النزاعات عن بعد، ومنها مركز وساطة Internet Neural والذي اعتبر المفاوضات المباشرة خطوة هامة قبل التطرق للوساطة عند فشلها، وهذا ما يرغب المتنازعان اللجوء للمركز وطلباً للتفاوض بينهما من خلال المركز،¹ حيث نصت المادة 04 من قواعد إجراءات المركز على أنه: "بمرور 10 أيام عمل من

اجتماع المتفاوضين دون تمكنهما من حل النزاع القائم بينهما بالمفاوضات المباشرة، فإنه يتعين عندها على المتفاوضين أو ممثليهما بإحالة النزاع للمركز لحله بالوساطة"²، وهو نفس الاتجاه الذي ذهبت إليه المنظمة العالمية للتجارة، عندما أسست هيئة متخصصة لفض المنازعات الناشئة عن أعضائها، والتي يبدأ عملها عندما تفشل المفاوضات بين المتنازعين في حل النزاع.

لاقت هذه الطريقة في فض المنازعات إقبالا واسعا، لما لمسها المتنازعين من توفير للوقت والمال، وخصوصا للعاملين في حقل التجارة الإلكترونية، والذين تتجاوز أعمالهم الحدود الجغرافية التقليدية، فالمراكز تقوم بتقديم الخدمات بلا مقابل، وتضع كل أشكال الاتصال عبر قنوات المركز للأطراف وهذا بغض النظر عن نتيجة التفاوض.³

¹ -- سمير خليفي، مرجع سابق، ص 128.

² -- لقد تم تحديد مهلة 10 أيام الممنوحة للمتفاوضين طبقا للمادة 03 من ذات القانون، والتي تنص على أنه يجب عقد اجتماع بين المتفاوضين عبر الهاتف Téléphone Conférence، لمدة 10 أيام، وفي سابقة من نوعها أقام بنك فنلندا المركزي نظاما خاصا لفض أي نزاع سواء مع العملاء أو مع أي من البنوك الأخرى إلكترونيا، عندما أسس نظام في عام 2000، حيث يجري الاتصال مع البنك من خلال شبكة الأنترنت في حال أن وقع نزاع والعمل على حله من خلال المفاوضات المباشرة، أنظر في ذلك محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 23.

³ -- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 224.

المطلب الثاني: التوفيق كأسلوب ودي بديل في تسوية المنازعات التجارية

إن التوفيق التجاري ذا أهمية كبيرة في عملية تسوية منازعات التجارة خاصة وأن أطراف هذه التجارة علاقتهم متشابكة ومستمرة وفي تزايد مضطرد يوميا تلو الآخر، وهو يساعد على تحقيق تقدم ملحوظ في الدور الذي تساهم به في تسوية تلك المنازعات الأمر الذي بدوره يؤثر على تنمية وتطور حركة التجارة الدولية من خلال المحافظة على العلاقات الودية بين أطرافها، ويساعد على زيادة أوامر الود واستمرار العلاقات والمحافظة على روح التعاون والتكامل بينهم.

الفرع الأول: التوفيق التقليدي

على الرغم من تكريس الاتفاقيات الدولية لهذه الوسيلة من سبل تسوية المنازعات، إلا أنها لم تتصدى لوضع تعريف لها، فلقد اكتفت هذه المعاهدات بتبيان وسائل تسوية المنازعات الدولية، سواء أكانت ودية أم قضائية، ثم أغلقت أو تجنبنا وضع تعريف للأولى تاركة عبء الأمر على الفقه¹.

أولاً: تعريف التوفيق و أهميته

بالرغم من تكريس الاتفاقيات لهذه الوسيلة كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية، إلا أنها لم تتطرق لوضع تعريف لها، فقد اكتفت هذه لمعاهدات بتبيان وسائل تسوية المنازعات، سواء كانت ودية أم قضائية، لذلك كان لزاما علينا البحث عن تعريف التوفيق كأسلوب ودي لتسوية منازعات التجارة الدولية (1)، ثم البحث عن أهميته في تسوية المنازعات التجارية (2).

1- تعريف التوفيق:

التوفيق في اللغة: مصدر وفق، حاول التوفيق بين الخصمين: إصلاح ذات بينهما، وفق فلان بين شيئين: وافق، لام بينهما وجعلهما منسجمين، وفق الشيء ما لاعمه، وقد وافقه موافقة ووافقا وافق معه وتوافقا².

¹-سارية النور عثمان حسن، الوسائل البديلة في تسوية المنازعات التجارية، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القوانين، جامعة النيلين، 2018، ص39.

²-أيسر عصام داؤد وريان هاشم حمدون، التوفيق والصلح كأساليب ودية لتسوية المنازعات التجارية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 2-العدد 2، لسنة 2017، ص237.

أما في الاصطلاح القانوني فقد عرف بأنه: (اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق الموفق أو الموفقين الذين يقع عليهم اختيار الأطراف، على أن يتولى هذا الموفق تحديد مواضع النزاع ويقدم مقترحاته التي قد تحظى بقبول الأطراف أو لا تلقى منهم قبولا، فهو لا يصدر قرارات وإنما يقدم مقترحات يظل أمرها معلقا على قبول الأطراف فإذا لم تفلح المحاولة، كان باب النقاضي متاحا لأطراف النزاع)¹.

كما عرف القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي في أحكامه التوفيق بأنه: "أي عملية، سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو تعبیر آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين (الموفق) مساعدتهما في سعيها إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعها الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل النزاع على الطرفين".

ويشبه إجراء التوفيق الصلح، وفي هذا الإطار عرفت المادة 459 من القانون المدني الجزائري الصلح بأنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقعان نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"².

2- أهمية التوفيق في تسوية المنازعات التجارية:

يشغل التوفيق التجاري أهمية كبيرة في تسوية المنازعات التجارية حيث تشترك العلاقات التجارية بين أطرافها وتتزايد يوم تلو الآخر، وهو ما يساعد على تحقيق تقدم في الدور الذي يساهم به في تسوية المنازعات التي من الممكن أن تنور، الأمر الذي يؤثر بدوره على تنمية وتطوير الحركة التجارية عبر الحفاظ على العلاقات الودية بين أطرافها واستمرار العلاقات التجارية، وقد أصبح للتوفيق دورا بارزا وواضحا في حسم المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية في الآونة الأخيرة على الرغم من أنه يعد من أقدم أساليب حل الخلافات في تاريخ البشرية، ومن أبرز خصائص ومميزات تفعيل وسيلة التوفيق كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية كونه يهدف إلى تقريب وجهات النظر، مع تعزيز قيم التسامح والعفو بين الأطراف المتنازعة، فضلا عما يتمتع به الموفق من خبرة، فقد تتطلب بعض المنازعات وجود خبرة في موضوع النزاع لبعض المنازعات التجارية فمن الممكن أن يقوم الموفق بحل

¹ - أيسر عصام داؤد وريان هاشم حمدون، مرجع سابق، ص 237.

² - سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 273.

النزاع عبر تقريب وجهات نظر الفرقاء بالسرعة المطلوبة نظرا لما يتمتع به من خبرة في هذا المجال، هذا إضافة إلى تخفيف العبء عن المحاكم وتقليص مدد التقاضي.

ثانيا: خصائص التوفيق

يستخلص مما تم سرده من تعريفات أهم الخصائص التي يمتاز بها التوفيق عن غيره من وسائل فض المنازعات، وهي كالتالي:

1- أن التوفيق طريق ودي لفض وتسوية المنازعات:

إن التوفيق طريق ودي لتسوية ما يثور بين الأطراف من منازعات وما يعوق علاقاتهم من مشاكل تحول دون تمام تنفيذها أو استمرارها، فالتوفيق لا يعد على خلاف التحكيم، وسيلة قضائية يرتكن إليها لحسم ما يثور بين الأطراف من منازعات، وإنما أحد الوسائل التي يضع فيها القرار من خلال الأطراف أو برضاؤهم، فإن كان التوفيق يهدف شأنه في ذلك شأن كافة الوسائل الحديثة في تسوية المنازعات الناشئة بين الأطراف فإنه يتميز بكونه طريقا وديا لفضها¹.

2- تقتضي وسيلة التوفيق اتفاق مسبق يبرم بين طرفي النزاع، واتخاذ سبيلا لحسم نزاعهما:

التوفيق طريق ودي رضائي يتم دون تدخل من القضاء، وينبغي الحفاظ دوما على الود والاتصال بين الفرقاء، والتوفيق هو طريق اتفاقي، لا يوجد بغير اتفاق أطراف النزاع، وهم الذين اتفقوا-سواء قبل حدوث النزاع أم بعده-على اتخاذ التوفيق أوليا لحسم نزاعهم، لذا ذهب البعض إلى أن التوفيق بهذا المعنى هو الأصل الذي تنص عليه الشروط التعاقدية ولوائح هيئات ومراكز التوفيق والتحكيم، فإذا اتفق أطراف النزاع في صلب العقد أو ورقة مستقلة على تنظيم إجراءات التوفيق، أو لدى إحدى مراكز التوفيق وشرعوا بالفعل في عملية التوفيق، فهم على هذا النحو ينفذون شرطا تعاقديا يسوون بموجبه نزاعهم.

3- يقتضي التوفيق تدخل شخص من الغير، خارج أطراف النزاع:

يتضح من التعريفات السابقة للتوفيق، بأن العنصر الأساسي الذي تعول عليه تلك الوسيلة الودية هو تدخل شخص من الأعيان، أما لدراسة أوجه الخلاف بين أطراف النزاع، وبيد مساعيه

¹ - سارية النور عثمان حسن، مرجع سابق، ص 40.

للتقريب بين وجهات النظر المتباينة وتقديم المساعدة وتبادل المعلومات والوثائق من أجل إيجاد ارضية مشتركة للتفاهم حول تسوية النزاع.

ويراعى أنه في إطار التوفيق، لا يملك الموفق - طبقا ارتاه البعض - امكانية الانفراد بتقرير الحل أو فرضه عليهم، فالغير الذي يقوم بالتوفيق هو شخص محايد يقتصر عمله على الوصول بالأطراف إلى نقطة التقاء دون أن يمتد لإصدار قرار أو حكم ملزم للطرفين. فالموفق لا يقوم بعمل قضائي، لذا فإن ما يصدر عنه لا يرقى إلى مرتبة الأحكام أو القرارات الملزمة.¹

ثالثا: أنواع وصور وأشكال اتفاق التوفيق

يمكن التمييز بين عدة أنواع وصور وأشكال من اتفاق التوفيق وذلك من خلال النقاط الثلاثة

الآتية:

1- أنواع التوفيق:

يمكن التمييز بين اتفاق التوفيق الرضائي الخاص، واتفاق التوفيق المؤسسي واتفاق التوفيق القضائي، **فالتوفيق الخاص** هو الذي يحدده وينظمه الأطراف أنفسهم، دون تدخل من هيئة أخرى، مع الإشارة إلى قواعد التوفيق التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي اليونيسترال لعام 1980 بصيغتها المعدلة سنة 1986 و 2006 تعد نموذجا جيدا لقواعد التوفيق الخاص، أما **التوفيق المؤسسي** فاجراءاته وأحكامه تنظم وتدار عن طريق إحدى الهيئات أو المراكز المتخصصة، والتي غالبا ما تكون مؤسسات تحكيمية مثل: مركز الوساطة والمصالحة التابع بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، أما **التوفيق القضائي** فهو عكس التوفيق الرضائي والاتفاقي الذي يهيمن عليه مبدأ سلطان الارادة ويتم خارج ساحات قضاء محاكم الدولة، في حين أن التوفيق القضائي يقوم به القاضي بمبادرة منه أو الموفق الذي يختاره قاضي الموضوع أو يختاره الخصوم ولا يتدخل هذا الأخير في إجراءاته، وإن كان يجوز لهم المبادرة بطلب إجراء التوفيق من قاضي الموضوع، والذي لا يجوز له طبقا للتشريعات المنظمة للوساطة القضائية، أن يلزم أطراف النزاع الدخول في مساعي

¹ -مرورة محمد محمد العيسوي، التوفيق كآلية فاعلة لتسوية المنازعات التجارية والاستثمار، مجلة روح القوانين، العدد الرابع والتسعون، أبريل 2021، ص311.

التوفيق لأن ذلك يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة الذي يسري على اتفاق أطراف النزاع على تسويته بالتوفيق¹.

2- صور اتفاق التوفيق:

يمكن ان نميز بين التوفيق الشفوي والكتابي فاتفاق التوفيق الشفوي، هو الذي يخلق نزاعا جديدا نظرا لصعوبة إثباته وإنكاره من جانب أحد أو بعض أطراف النزاع، لذلك التوفيق كإحدى الآليات الودية المهمة لفض منازعات عقود الاستثمار والعقود التجارة الدولية، ونظرا لطبيعته الرضائية فسيلتزم أن يكون مكتوبا، وهو ما يعرف باتفاق التوفيق المكتوب، وقد اكدت على ذلك لائحة الوساطة والتوفيق لدى الغرفة العربية للتحكيم والتسوية الودية للمنازعات لعام 2013، حيث نص البند الرابع من المادة 72 على أنه: "يجب أن يكون الاتفاق على التوفيق أو المصالحة مكتوبا، سواء في محرر رسمي، أو في محرر عرفي أم في محضر تم تحريره لدى هيئة التحكيم أو إحدى المحاكم التي كانت تنظر النزاع"².

و نستخلص مما سبق أن التوفيق يجب أن يكون مكتوبا وذلك لتجنب الخلافات وتوفير حماية لأطراف النزاع.

3- أشكال اتفاق التوفيق:

يأخذ اتفاق التوفيق صورتان هما:

أ- **شرط التوفيق:** هو اتفاق أطراف العقد، على اللجوء إلى التوفيق لتسوية ما قد ينشأ من منازعات مستقبلا، سواء ورد هذا الاتفاق ضمن شروط أو بنود عقد معين، ام ورد في صورة اتفاق مستقل ملحق بذلك العقد.

ويتضح مما سبق أن شرط التوفيق يكون دائما قبل وقوع النزاع، فهو يندرج في صلب العقد عند إبرامه أو في ملحق له، وقد حرص القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الذي أعدته لجنة اليونسيتال عام 2002، الإشارة إلى شرط التوفيق في إطار البند رقم 8 من المادة الأولى منه، إذ

¹ - مروة محمد محمد العيسوي مرجع سابق، ص 311.

² - سي فضيل الحاج، ، مرجع سابق، ص 274.

ينص ذلك البند على أن: "....يطبق هذا القانون بصرف النظر عن الأساس الذي يجري التوافق بناء عليه، بما في ذلك اتفاق الطرفين سواء تم التوصل عليه قبل نشوء النزاع...."¹.

ب- مشاركة التوفيق: هي نوع من الاتفاق على اللجوء إلى التوفيق، الذي يتم التراضي عليه بعد نشوب النزاع بين طرفيه.

و يجب أن ان تتضمن تلك المشاركة بيانا بموضوع التوفيق على نحو دقيق، أي تحديد المسائل التي سيتناولها التوفيق.

ويمكن الإشارة كذلك إلى الصورة الحديثة لإتفاق التوفيق وهي اتفاق التوفيق بالإحالة، والتي تتضمنها العقود النموذجية وليس الأصلية وذلك بقيام أطراف النزاع بالإحالة على هذه العقود المعروفة في علاقاتهم التجارية، والتي تتضمن بند تسوية المنازعة عن طريق التوفيق.

رابعاً: اجراءات التوفيق وآثاره

تبدأ اجراءات التوفيق بالاتفاق على احالة النزاع القائم بين الفرقاء على التوفيق كوسيلة ودية لحل النزاع لاختيار طرف ثالث (الموفق) كمحاولة لتقريب وجهات النظر للوصول لحل للنزاع، من ثم إذا ما وصل الموفق لحل مرضي لأطراف النزاع أنتج التوفيق آثاره، ومن هنا سنحاول في هذا العنصر بيان اجراءات التوفيق (1)، ومن ثم سنتناول الآثار القانونية للتوفيق كوسيلة ودية لحل النزاع في العقود التجارية (2).

1- اجراءات التوفيق:

يعد اتفاق الطرفين على التوفيق أمراً لازماً لعرض البدء بإجراءاته، حيث يهيمن مبدأ سلطان الإرادة على اجراءات التوفيق، غير أن التوفيق وحسب ما سبق الإشارة إليه يأخذ عدة أنواع وأشكال وصور، لهذا فإجراءات التوفيق تختلف من حيث كون التوفيق حر رضائي أو مؤسساتي ومن حيث كذلك كون التوفيق قضائي²، حيث في هذه الحالة الأخيرة يفترض أن النزاع عرض على القضاء- سواء قضاء محاكم الدولة أو قضاء هيئات التحكيم- ووافق أطرافه، سواء بمبادرة منهم أو من قاضي

¹ - مروة محمد محمد العيسوي، مرجع سابق، ص 323.

² - سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 282.

الموضوع لتسوية ذلك النزاع بأية وسيلة، مما يقلص مبدأ سلطان الإرادة في تنظيم إجراءاته من خلال تنظيمها من طرف القانون أمام القضاء.

أما عن طلب التوفيق المقدم من قبل الأطراف فيجب أن يتضمن وصفا للخلاف ومطالب الأطراف علاوة على تضمينه لاسم الموفق الذي اختاره الأطراف وتحديد الأتعاب المقررة له، ويمكن التمييز في هذا الصدد بين نوعين أساسيين للتوفيق وهما:

التوفيق المؤسسي يتم تنظيم إجراءاته وإدارته بإحدى المؤسسات أو المراكز المتخصصة، والتي غالبا ما تكون إحدى المؤسسات أو المراكز التحكيمية، ومنها على سبيل المثال المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، ومن أمثلة المنازعات المتعلقة بعقود الإستثمار والتي تم تسويتها عن طريق التوفيق المؤسسي نذكر قضية (بوروسيب) بين مجموعة من الشركات الأوروبية ووزارة الأشغال العامة والموارد المائية المصرية. أما التوفيق الخاص (الرضائي) فيتم تنظيمه وإدارته وفقا لما يحدده أطراف النزاع أنفسهم من دون مساعدة من أي مؤسسة أخرى¹، وبالتالي يمكن القول أن التوفيق الرضائي هو توفيق خاص يتم فيه الاتفاق بين أطراف النزاع على الدخول في مساعي من أجل تسوية النزاع وديا خارج نطاق لوائح المراكز أو الغرف المعنية بالتوفيق. عن طريق اختيار موفق أو أكثر، ويحددون مهام الموفق وإجراءات التوفيق كافة حتى نهايتها، وهو ما يعني أن أطراف النزاع يتمتعون بحرية كاملة في اختيار الموفق².

ويؤدي الموفق مهمته بإبداء المقترحات لأطراف النزاع وصولا إلى حل يرضيهم، وينبغي عليهم تزويد الموفق بالبيانات والوثائق التي تساعد في أداء مهمته مراعيًا بذلك مبادئ العدالة والإنصاف والحيادة وهي المرحلة الثانية لإجراءات التوفيق، أما المرحلة الثالثة في إجراءات التوفيق فتتمثل في انتهاء الموفق بإصدار تقرير يتضمن نتائج مهمته محددة لأوجه الخلاف والمقترحات الخاصة بشأن تسويتها، ويكون التقرير في إحدى صورتين، فإما أن تؤدي إجراءات التوفيق إلى حل النزاع القائم، وفي هذه الحالة يحزر محضرا بما تم التوصل إليه ويوقع عليه الطرفين والموفق تجنبا لحصول نزاع مستقبلي في موضوع النزاع القائم، أو أن يفشل الموفق في حل النزاع، ويبقى النزاع قائما، ويمكن لأطراف النزاع اللجوء إلى أساليب أخرى لحل نزاعهم أو اللجوء للقضاء.

¹ - أيسر عصام داؤد وريان هاشم حمدون، مرجع سابق، ص 243.

² - سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 282.

2- آثار التوفيق:

بعد انتهاء اجراءات التوفيق يتوصل الموفق إلى اتفاق مكوب لتسوية النزاع، فبعد موافقة الأطراف عليه يصبح ملزما لهما وواجب النفاذ، ذلك أن هذه الوسيلة قد حققت الهدف من اللجوء إليها، أو أن يفشل الموفق في محاولة التوفيق بين أطراف المنازعة وحينها يجب عليه (الموفق) تحرير محضر يثبت فيه فشل محاولة التوفيق بين أطراف النزاع، كما وقد لا يرغب أطراف النزاع في استمرار اجراءات التوفيق ففي هذه الحالة وجب عليهما اعلان موقفهم بذلك مع الالتزام بعدم الافصاح والمحافظة على أسرار اطلعوا عليها أثناء محاولة تسوية النزاع وعدم استغلال هاته المعلومات كوسيلة للنيل من الخصم الآخر¹.

كما ذهب جانب من الفقه إلى أنه ليس ثمة شك في الطبيعة التعاقدية لاتفاق التوفيق، ولذا يعد عقدا من عقود القانون الخاص، يخضع شأنه شأن غير للقواعد التي تنظم العقد.

كذلك يرى البعض أن التوفيق هو الأصل الذي تنص عليه الشروط التعاقدية، ولوائح هيئات ومؤسسات التوفيق، فإذا اتفق الأطراف في صلب العقد أو في ورقة مستقلة على تنظيم اجراءات التوفيق، أو لدى إحدى هيئات أو مراكز التوفيق، ودخلوا بالفعل في عملية التوفيق، فهم ينفذون شرطا اتفاقيا يسوون به منازعاتهم².

خامسا: التوفيق كآلية لتسوية منازعات عقود الإستثمار الأجنبي

يحرص أطراف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر على الاستعانة بالوسائل والآليات الودية لفض النزاع القائم بينهما أو تجنب وقوعه في المستقبل، مع العلم أن هذه الآليات هي متعددة وتشكل بما يعرف بمجموعة الحل التفاوضي ومنها التوفيق، وفي هذا الصدد ومن أجل تحسين العلاقة بين المستثمر وحماية مصالح الطرفين، لجأت الدول النامية والمتقدمة عبر المؤسسات الدولية وكذا التشريعات الوطنية المقارنة، والاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف الإقليمية والجهوية إلى تنظيم هذه الآليات، حيث باتت تشكل مصادر مهمة لها.

¹ - أيسر عصام داؤد وريان هاشم حمدون، مرجع سابق، ص243.

² - مروة محمد محمد العيسوي، مرجع سابق، ص318.

1- الإعتداد بنظام التوفيق في إطار الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر:

تفضل جل الإتفاقيات الدولية الثنائية التي أبرمتها الجزائر لتشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة مع مختلف دول العالم في أوروبا وأمريكا، وآسيا وأفريقيا والدول العربية، وكذا اتفاقات الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار والشركات المختلطة، الحلول الودية ومنها التوفيق أو المصالحة، والتي تهدف فيها الدول المضيفة للشركات الأجنبية المستثمرة إلى تحقيق التنمية، وبدفعها ذلك حاجتها الدائمة إلى تطوير اقتصادها، علما أن العقد المبرم بين طرف أجنبي وطرف وطني، يثير الكثير من المشاكل، حتى قبل إبرامه، وذلك لتخوف الأجنبي من القضاء الوطني وعدم تنفيذ المتعاقد الوطني المضيف للاستثمار لالتزاماته.

الأمر الذي تطرح معه كيفية تسوية المنازعات التي تنثر بين هاذين المتعاقدين، وهما إما الشركة الأجنبية المستثمرة أو فرع من فروعها والدولة كطرف ثاني أو إحدى هيئاتها، سواء كان العقد إداريا أو كان العقد يخضع للقواعد العامة أي القانون المدني، والتي عادة ما تتم تسويتها كذلك بالطرق الودية قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم للفصل في النزاع¹.

كما أن معظم الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار تفضل الجل الودي الرضائي وتعطي عدة خيارات للمستثمر الأجنبي المتعاقد في المفاضلة بين هذه الحلول الودية، بحيث يكون الوديع مختص بالفصل بين كل نزاع ينشأ، بشأن تفسير أو تطبيق اتفاقية الاستثمار أو لعدم تنفيذ عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي التابع للدولة التي هي طرف في اتفاقية دولية للاستثمار المبرمة مع الجزائر. و في هذا الإطار نجد سبيل المثال نجد اتفاق الإستثمار المبرم بين الدولة الجزائرية والتونسية المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار، يقر التسوية الرضائية، حيث نصت المادة 8 الفقرة الأولى منه على أنه: " تتم تسوية كل نزاع ينشأ بين الطرفين المتعاقدين فيما يتعلق بتفسير هذا الاتفاق أو تطبيقه قدر الإمكان بالطرق الدبلوماسية"،

¹ - سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 280.

كما نصت المادة 09 الفقرة الأولى من نفس الاتفاق على أنه: "تتم تسوية كل نزاع متعلق باستثمار ينشأ بين الطرف المتعاقد ومستثمر الطرف المتعاقد الآخر، بقدر الإمكان بالتراضي"¹.

كذلك ما جاء في المادة 08 الفقرة الأولى من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، إذ نصت على أنه: "كل خلاف يتعلق بالاستثمارات بين أحد الطرفين والمتعاقدين ومواطن أو شركة من طرف المتعاقد الآخر، يسوى ويقدر المستطاع بتراضي الطرفين المعنيين"².

2- الإعتداد بالتوفيق لتسوية الخلافات الناتجة عن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر:

يمكن أن نشير إلى عدة أمثلة عملية لعدة قضايا تم تسويتها عن طريق آلية التوفيق سواء الرضائي الحر أو المؤسساتي، ومن ذلك (قضية يوروسيب)، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن كون الدولة المصرية عن طريق وزارة الموارد المائية قامت بإبرام عقد مع مجموعة من الشركات الأوروبية يوروسيب بتاريخ 02 مارس 1998، وذلك بأن تقوم بتصميم وتنفيذ وبناء وتوريد وإنشاء واختبار وصيانة مشروع بإحدى المدن المصرية، طبقا لسعر محدد في العقد.

ثم بعد ذلك نشأ نزاع خلال فترة تنفيذ العقد، وقد أدرج في بنود العقد وذلك بموجب المادة 67 على أنه وفي حالة حدوث خلاف بين الطرفين يتم اللجوء إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وقد تم رفع دعوى أمامه من طرف الشركة الأوروبية لمراجعة سعر المشروع وتمديد مدته، وقامت الوزارة المصرية برفع دعوى مضادة وطلبت التعويض على غرامة التأخير.

فقام مدير المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بإجراء التوفيق بينهما، وبعد عدة جولات من الجلسات بين الموفق وطرفي النزاع لمراجعة الحسابات وتصفية الخلافات بينهما، عقد الموفق جلسته الأخيرة مع طرفي النزاع وبعد ذلك تم توقيع اتفاقية التسوية بتاريخ 14 مارس 1999.

¹-المادتان 8 و9 من اتفاق الاستثمار المبرم بين الدولة الجزائرية والتونسية المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار، الموقع في تونس بتاريخ 16 فبراير 2006، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 06-404 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006، ج ر ج د ش ع 77 الصادرة بتاريخ 19-11-2006.

²-المادة 08 الفقرة الأولى من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، والموقع عليها بالجزائر بتاريخ 13 فبراير 1994، والمصادق عليها بموجب الرسوم الرئاسي رقم: 94-01 المؤرخ في 02 يناير 1994، ج ر ج د ش ع 1 الصادرة بتاريخ 02 جانفي 1994.

الفرع الثاني: التوفيق الإلكتروني ودوره في تسوية النزاعات الإلكترونية

يعتمد التوفيق في محتواه إلى تقريب وجهات النظر، وهذا ما جعل أغلب التشريعات المقارنة تشبه بالوساطة إلى حد الترادف بين المصطلحين، وقد استخدمت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) هذان الإصطلاحان باعتبارهما مترادفين وهذا في القانون النموذجي الذي أصدرته بشأن التوفيق التجاري الدولي، غير أنه يبقى المعنى بين المصطلحين مختلف، بحيث يعمل التوفيق على جمع الأطراف المتنازعة ومساعدتهم في توفيق أوجه الخلاف بينهم والتصالح، بينما يعمل الوسيط على اقتراح شروط تسوية النزاع وللأطراف الحق في قبولها أو العدول عنها والبحث عن طريق آخر لفض النزاع القائم بينهما¹.

تعمل بعض المراكز ومؤسسات التحكيم الخاصة والعامة على عرض اقتراحات التوفيق على الأطراف المتنازعة²، وذلك مع احترام خصوصية عملية التوفيق والعمل على تبسيطها وانقاذها على وجه السرعة دون تكاليف باهظة، كما أن أي موفق يتم تعيينه من الممكن أن يقوم بدور يجاوز مجرد تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة، ويبقى للأطراف الحرية في الاتفاق على أن يقوم الموفق بعرض حلول للنزاع ليقوموا باختيار الحل الأنسب لهما، أو أن يقوم باقتراح حل يقره الأطراف المتنازعة ويتفقوا عليه، إلا أنه ليس له بطبيعة الحال اقتراح تسوية الحل أو حكم ملزم، فذلك يعتبر تجاوزا لمهمة الموفق.

يستخلص من كل هذا أن التوفيق نظاما إراديا محضا ابتداء وانتهاء ، لذا يكون رأي لجنة التوفيق أو الموفق غير ملزم لأطراف النزاع، وبالتالي قد لا ينتهي التوفيق إلى إنجائه في كل الأحوال.

أولا: مفهوم التوفيق الإلكتروني

يعتبر التوفيق الإلكتروني من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات التجارية، وهو بصفة عامة عبارة عن عملية إجرائية يقوم بمقتضاها أطراف النزاع بالإستعانة بشخص أو هيئة من الغير لمساعدتهم بطريقة محايدة، بالتشاور معهم والتعرف على وجهات نظرهم، باقتراح أفضل الحلول الودية، دون فرض رأي أو إصدار قرار ملزم.

¹ -سمير خليفي، مرجع سابق، ص 140.

² -DIESSE Francion, Travaux des organisation international, « Droit de commerce international », Revue de Droit des Affaires Internationales, n 8, 1999, p , 935.

1- تعريف التوفيق الإلكتروني:

بمقتضى اتفاق التوفيق، يقع على عاتق أطراف العقد إحالة ما يثيره من منازعات في المستقبل على أشخاص محددین في العقد بغرض التخفيف من وطأة الشقاق والتوصل إلى حل مناسب للنزاع.

وهناك تعريف آخر للتوفيق الإلكتروني فهو يدل: " على أنه عبارة عن عملية إجرائية بموجبها يقوم أطراف النزاع بالإستعانة بشخص من الغير أو لجنة لمساعدتهم بطريقة محايدة ومستقلة وبدون فرض رأي أو قرار ملزم في الوصول إلى تسوية ودية للنزاع القائم بينهم سواء أكان هذا النزاع ناشئ عن عقد -اتفاق مشروع- أو أي علاقة قانونية أخرى وهذه العملية في محتواها تختلف من حالة لأخرى رغم صدور قانون نموذجي عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بهدف تنسيق القواعد القانونية الوطنية التي تحكم التوفيق وصولاً للتسوية الملائمة وفق كل حالة على حدة"¹.

و التوفيق الإلكتروني كالوساطة الإلكترونية، تتم تسوية النزاع من خلاله باستخدام الوسائل الإلكترونية بتدخل شخص ثالث يسمى الموفق، يقوم بالتوفيق بين المتنازعين عن طريق تقديم مقترحات غير ملزمة وبدون التواجد المادي.

وقد عرفته المادة الأولى في فقرتها الثالثة من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوفيق التجاري الدولي أنه: "أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين (الموفق)، مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين".

فالتوفيق ينصب حول محاولة التقريب بين وجهات نظر الطرفين المتنازعين قصد الوصول إلى حل مرض لكلا الطرفين.

¹ - أزوا محمد، مرجع سابق، ص 193.

2- خصائص التوفيق الإلكتروني:

تمنح بعض المنظمات صفة الوساطة على التوفيق الإلكتروني باعتبارهما يقومان على مبادئ وإجراءات مترادفة¹، إلا أنه يبقى للتوفيق بعض الخصائص تميزه عن غيره من الوسائل البديلة لحل النزاعات، ومنها:

-تسعى عملية التوفيق إلى تقريب وجهات النظر بين الأطراف، دون اقتراح لتسوية الحل أو الحكم بصفة ملزمة بين الأطراف، فيتميز التوفيق بالسطحية في معالجة الخلاف القائم².

-يسبق التوفيق كل من الوساطة والتحكيم، حيث تسعى أغلب مراكز التحكيم الإلكتروني على عرض فكرة التوفيق على الأطراف لتقريب وجهات نظرهم قبل اللجوء إلى الوساطة أو التحكيم الإلكتروني.

-يتحمل أطراف النزاع المصاريف القضائية مقابل استفادتهم من العملية التوفيقية، سواء بالنسبة لموفق الوحيد أو لجنة التوفيق، وتشمل هذه المصاريف الرسوم التي تحددها المراكز المتخصصة لذلك، وأتعاب الموفقين التي تحددها لجنة التوفيق، كما هو الشأن في التوفيق الساري في المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار.

-يقوم الموفق بعد نهاية العملية التوفيقية بتحرير محضر نهائي، سواء في حالة التوصل إلى اتفاق (محضر تسوية)، أو في حالة السلب ويتم التعليق بذلك، وللاطراف الحرية في مواصلة الإجراءات، عكس الوساطة التي تفرض اللجوء إلى التحكيم-في بعض المراكز- عند فشل مساعي الوساطة³.

ثانيا: تمييز التوفيق الإلكتروني عما يشابهه من وسائل بديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية

الوسائل البديلة لحل النزاعات هي الطرق الغير قضائية لحل النزاع والفصل فيه خارج المحكمة، ويفضل العديد من المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية طرق التقاضي البديلة باعتبارها أكثر خبرة للتعامل مع مسائل التجارة الإلكترونية والتقنية المعقدة والمستجدة وتفسير البنود العقدية

¹-من بينها المنظمة العالمية للملكية الفكرية التي تستخدم المصطلحين مترادفين، باعتبار أنه لا يترتب عن التفرقة بين الوساطة والتوفيق نتائج قانونية محددة، إذ أن تدخل الوسيط والموفق يتم برضا الطرفين، إلا أنه تبقى مرحلة التوفيق سابقة على مرحلة الوساطة، أنظر في ذلك: -سمير خليفي، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص143.

²-خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص224.

³-سمير خليفي، مرجع سابق، ص143 و144.

خاصة في رخص الملكية الفكرية وعقود نقل التكنولوجيا وعقود الخدمات التقنية وما تنتجه من ثقة بكفاءة الجهة التي تولى البث في النزاع.

1- التمييز بين التوفيق الإلكتروني والوساطة الإلكترونية:

مما سبق يتضح لنا أن التوفيق الإلكتروني ينتشبه كثيرا مع الوساطة الإلكترونية، غير أن المتمعن في الأمر يكتشف أنهما مختلفان، بحيث أن الموفق دوره مقتصر على تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة، دون اقتراح أي حلول للتسوية، بينما عمل الوسيط هو أوسع من ذلك فهو يستغرق عمل الموفق حيث تكون لديه القدرة على التدخل بطريقة فعالة وإيجابية من خلال المناقشات والآراء والحلول التي يقدمها للأطراف، غلا أنهما يتفقان في عدم قدرتهما على إنهاء النزاع غلا إذا اتفق الأطراف على ذلك وأقروه¹.

فالتوفيق هو طريق ودي لفض المنازعات عن طريقه يستطيع الخصوم بأنفسهم أو بمساعدة شخص من الغير الإجتماع والتشاور للوصول إلى حل منهي للنزاع يرضى عنه الطرفين، فإذا نجح الخصوم في التوصل إلى هذا الحل فإنهم يحررون محضرا رسميا موقعا من الخصوم ومن الشخص المختار للتوفيق بينهم.

2- التمييز بين التوفيق الإلكتروني والتحكيم الإلكتروني:

والفارق الجوهرى الذي يمكن استخلاصه بين التوفيق والتحكيم، هو أن التوفيق هو أسلوب يمكن اعتماده في المنازعات بتدخل أي طرف كان في نزاع قائم بين طرفين للتقريب بينهما من أجل تسوية النزاع الذي ثار بينهما كحل يستند إلى إرادة الطرفين ولا يكون تنفيذه إلا باتفاقهما، فجوهر الأمر هو أن الحل المقترح من الموفق لا يكون إلا بعد رضا الطرفين به، بينما الحكم الذي يقترحه المحكم يكون ملزما لهما، فالموفق هو في استشارة مستمرة للخصوم من أجل التعرف على وجهات النظر بينهما للوصول إلى أفضل الحلول، وقد نجد أن هناك أوجه شبه وهناك أوجه اختلاف بين عمل الموفق وعمل المحكم، فنقاط الشبه بينهما أن عملهما يخضع لمبدأ الغيرية بمعنى كلاهما من الغير وخضعا لإختيار الأطراف مع إحترامهما لمبدأ الوجاهية، أما نقاط الإختلاف هو أن الموفق يبحث عن تقريب وجهات النظر بينما المحكم يبحث دراسة المسائل في واقعها لا علاقة له بالقانون، وفي جميع

¹ - أزوا محمد، مرجع سابق، ص 194.

الأحوال يبحث الموفق عن حل سواء رضي به الأطراف أم لا، أما المحكم فملزم أن يأتي بنتيجة في نهاية المطاف.

كما وتجدر الإشارة إلى أن الموفق قد يكون اختياريًا، كما ويمكن أن يكون إجباريًا، ومن أوجه التشابه التي هي بين التحكيم الإلكتروني والتوفيق الإلكتروني يمكن أن نجمل النقاط التالية¹:

-الغيرية بالنسبة للموفق وهو القائم بالعملية التوفيقية، أو بالنسبة للمحكم وهو القائم بالعملية التحكيمية.
-يكونان نتيجة لاختيارهما من المتنازعين.

-يتما بواسطة الأدوات الإلكترونية التي تمنحها الشبكة.

أما ما يمكن أن نجمله لأوجه الاختلاف بينهما هي النقاط الآتية:

-أن الموفق قوام عمله هو التقريب بين الفرقاء والتخفيف من وطأة الشقاق بينهما دون أن يكون لذلك طابع قضائي ملزم، على عكس التحكيم الذي يتمتع بالطابع القضائي الحاسم للنزاع الفاصل لموضوع الحق فيه لصاحبه.

-إن قرار التوفيق في شأن النزاع لا يمنع الفرقاء الإلتجاء إلى القضاء، أما قرار التحكيم فإنه يمنعهم من ذلك.

-ينزل الموفق الوقائع بحسب خبرته بأراء الفرقاء ومعرفته بميولاتهم الشخصية، أما المحكم فإن تنزيله الوقائع يكون حسب القانون بغية أن يأتي حكمه متمتعًا بالحجية القضائية².

¹ - حنافي حاج، مرجع سابق، ص 67.

² -أول إجراء من آليات تسوية النزاع عن طريق التوفيق على مستوى المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، تتمثل في تقديم عريضة من أحد أطراف النزاع مكتوبة ومرفقة ب 05 نسخ توجه إلى الأمين العام، ويشترط في العريضة أن تكون مستوفية للشروط المنصوص عليها في المادة 28 من الاتفاقية.

-المادة 28 من اتفاقية واشنطن عام 1965 والتي انضمت إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 1995/01/21، المتضمن الموافقة على الاتفاقية المتضمنة تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر ع 07 لسنة 1995، وصادقت عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 1995/10/30، المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر ع 66، لسنة 1995.

ثالثا: سير عملية التوفيق الإلكتروني و انتهائها

يفتضي من أطراف النزاع في إجراء عملية التوفيق الاتفاق على جملة من القواعد الإجرائية، تسهل عملية أو مهمة التوفيق من الشخص القائم على سير العملية، وعادة يوصي الأطراف بأن يحيلوا في هذا الشأن على مجموعة قواعد منسقة يختارونها في إنجاز عملية التوفيق، ومن هذه القواعد على سبيل المثال ما صدر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي من قواعد خاصة بتنظيم عملية التوفيق، أي أنه إذا ثار نزاع بهذا العقد فإن أطرافه يرغبون في السعي إلى تسويته وديا عن طريق التوفيق، على أن يتم التوفيق وفق قواعد الأونسيترال للتوفيق السارية في تاريخ نشوء النزاع¹.

يجري نظام التوفيق الإلكتروني بنفس الوسائل المخصصة لكل من المفاوضات المباشرة والوساطة، أين يحاول الموفق تقريب وجهات النظر بين الطرفين عن طريق اقتراح جملة من الحلول على الطرفين، ويبقى في اتصال دائم مع الطرفين ويعرض مسعى كل طرف على الآخر، ويتم إخطار كل طرف بكل مستجدات العملية، بحيث يجعلهم يشتركون معه في إيجاد تسوية مناسبة لحكم النزاع، أو على الأقل يحيطهم علما بالقرار الذي سوف يتخذه في هذا الشأن، ولأطراف الحق في قبول اقتراح الموفق، أو الرفض، كما لأطراف الحق في الإنسحاب أثناء عملية التوفيق، يبقى أن أي قرار يصدره الموفق لا يكتسب أية صفة إلزامية بالنسبة للأطراف².

هذا وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون النموذجي بشأن التوفيق التجاري على أن الطرف الذي وجه الدعوة لطرف آخر من أجل الاحتكام إلى التوفيق من حقه أن يعتبر أن هذه الدعوة مرفوضة إذا ما تخلف الطرف الآخر عن قبول تلك الدعوة خلال ثلاثين يوما من يوم ارسال الدعوة أو بعد انقضاء المهلة الزمنية المحددة في الدعوة، فقد أتاحت قواعد الأونسيترال للأطراف الاتفاق على خلاف 30 يوما من أجل إتاحة أقصى قدر من المرونة واحترام مبدأ استقلال الطرفين من التقيد بالإجراء المراد إتباعه في بدء إجراءات التوفيق³.

¹ -خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص224 و225.

² -سمير خليفي، مرجع سابق، ص145 و146.

³ - تنص المادة 40 من القانون النموذجي بشأن التوفيق التجاري الدولي لعام 2002: "أ- تبدأ إجراءات التوفيق، المتعلقة بنزاع كان قد نشأ، في اليوم الذي يتفق فيه طرفا ذلك النزاع على المشاركة في إجراءات التوفيق.
ب- إذا لم يتفق الطرف الذي دعا طرفا آخر إلى التوفيق قبولا للدعوة في غضون 30 يوما من اليوم الذي أرسلت فيه الدعوة، أو في غضون مدة أخرى محددة في الدعوة، جاز للطرف أن يعتبر ذلك رفضا للدعوة إلى التوفيق".

خلال سير عملية التوفيق يستوجب على الموفق وأطراف النزاع أن يتعاونوا على فهم بؤر النزاع بين الطرفين وأسبابها وظروفها وكل ما أدى إلى عدم توصل الطرفين إلى اتفاق، والبحث عن السبل التي من شأنها أن تعين الطرفين على التغلب على المسائل الراهنة وتسوية النزاع.

وحتى تنجح عملية التوفيق ينبغي للأطراف الخوض في المسائل الحساسة والسرية لهم، إلا أن هذا الأمر يجب أن يصطدم بنظام قانوني تتوافر فيه ضمانات توفر القدر اللازم من الحماية عن إفشاء هذه الأسرار، وهذه الضمانات هي محور نظام التوفيق.

أما عن كيفية انتهاء عملية التوفيق الإلكتروني فإننا نجد المادة 11 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوفيق التجاري الدولي مع دليل اشتراعه واستعماله لسنة 2002 تنص على: " **تنهى إجراءات التوفيق:**

(أ) بإبرام الطرفين اتفاق تسوية، في تاريخ إبرام الاتفاق، أو

(ب) بإصدار الموفق، بعد التشاور مع الطرفين، إعلانا يبين أنه لا يوجد ما يسوغ القيام بمزيد من جهود التوفيق، في تاريخ صدور الإعلان، أو

(ج) بإصدار الطرفين إعلانا موجهها إلى الموفق يفيد بإنهاء إجراءات التوفيق، في تاريخ صدور الإعلان، أو

(د) بإصدار أحد الطرفين إعلانا موجهها إلى الطرف الآخر أو الأطراف الأخرى وإلى الموفق، في حال تعيينه، يفيد بإنهاء إجراءات التوفيق، في تاريخ صدور الإعلان¹.

باستقراء المادة 11 في فقرتها الأولى عند إدراج مصطلح "إبرام" وليس "توقيع"، وذلك من أجل فتح المجال أكثر من أجل التسوية في شكل غير المستند الموقع، مما يفتح المجال أكثر لتبادل الاتصالات الإلكترونية والشفوية، كما يمكن أن تنتهي عملية التوفيق بواسطة الموفق أو هيئة التوفيق بعد التشاور مع الأطراف عند تعذر الاستمرار في إجراءات التوفيق لعدم جدية الأطراف أو لأي سبب آخر، ويدخل ضمن هذه الحالة عندما يتم التخلي ضمنا من سلوك الطرفين لإجراءات التوفيق كأن يرفض أحد الأطراف التشاور مع الموفق.

¹-أنظر المادة 11 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوفيق التجاري الدولي مع دليل اشتراعه واستعماله لسنة 2002.

الخاتمة

ختاما، يمكن القول أن تسوية المنازعات التجارية عن طريق مختلف الآليات القضائية وغير القضائية يعتبر من الموضوعات ذا الأهمية البالغة والتي أدت بنا إلى دراستها بكثير من التفصيل. هذه الأهمية هي ما جعلت المشرع الجزائري باستحداث محاكم تجارية متخصصة ، كحلقة ضمن سلسلة الإصلاحات التشريعية التي باشرتها الجزائر مطلع العقد الأخير من القرن الماضي، وذلك بغية تطوير مناخ التجارة والأعمال ومنح أكبر ثقة للمستثمر الأجنبي الراغب بالاستثمار في الجزائر، وبالتالي الاستفادة من إمكانية ضخ رؤوس أموال مهمة تعين الاقتصاد الوطني على النهوض من جديد.

كما تظهر أهمية موضوع الدراسة في قيام المشرع الجزائري إلى إدخال الطرق البديلة لحل المنازعات التجارية مؤخرا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك لسقوط عمل القضاء في الكم الهائل من القضايا المحلية والدولية، هذا الحل الذي تبنته مراكز حل النزاعات التجارية لما تتمتع به من خصوصيات ومزايا.

وعليه ومن خلال دراستنا فقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وسنركز فيها وبعيدا عن تكرار النتائج والتوصيات التي اعتمدت في الدراسات الأخرى على ما جاء في القانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 المنشور في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 17 يوليو 2022 من تعديلات هامة على قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هذه التعديلات مست أساسا تنظيم و تسيير الجهات القضائية التجارية، واختصاصاتها، كما كرست الصلح والوساطة كبديل قبلي لحل المنازعات التجارية

وعليه فإن أهم النتائج التي تم التوصل إليها:

1/ فيما يتعلق بالقضاء التجاري:

1-1 من حيث الهيكلية والتشكيلة: ألغى القانون الجديد من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المؤرخ في 12 يوليو 2022 الأقطاب المتخصصة وأنشأ إلى جانب الأقسام

التجارية جهات قضائية جديدة على شكل محاكم تجارية متخصصة تختص في المنازعات التي كانت سابقا من اختصاص الأقطاب المتخصصة، وعليه بموجب القانون الجديد فإن المنازعات التجارية أصبحت من اختصاص جهتين قضائيتين مختلفتين: القسم التجاري الموجود لدى كل المحاكم والمحكمة التجارية المتخصصة .

-القسم التجاري يتشكل من قاض فرد و يختص بالفصل في جميع القضايا التجارية باستثناء القضايا التي تدخل في اختصاص المحكمة التجارية المتخصصة.

-الجهة القضائية الجديدة المنشئة بموجب المادة 536 مكرر 2 الجديدة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أي المحكمة التجارية المتخصصة المشكلة من قاض و أربعة مساعدين لديهم رأي تداولي وليس رأي استشاري فقط.

-من خلال ما سبق إذا كانت الجزائر قد اختارت مبدأ التخصص كما سبقت الإشارة إلى ذلك. فإن تجربته في هذا المجال استقت من القانون الفرنسي، الذي يعد المصدر المادي والتاريخي للتشريع الجزائري في كل ما يخص منظومة المال والأعمال، لكن مع ميزة خاصة، تتمثل أساسا في أنه اعتمد القاضي النظامي عوض القاضي المنتخب.

-لقد أخذت بعض الدول بمبدأ ازدواجية القضاء عند إنشاءها للمحاكم التجارية، وذلك بإسنادها مهام القضاء بهذه المحاكم لهيئة قضائية مشكلة من الحرفيين الممارسين كما رأينا، ودولا أخرى مزجت بين القضاة النظاميين والقضاة المنتخبين من بين فئة التجار والمقاولين.

-كما أن هناك دول أسست تجربتها في القضاء التجاري، على النظامين معا، وذلك بالأخذ بعين الاعتبار مرحلة التقاضي. حيث يعتمد القضاء المنتخب في تكوين الهيئة لدى المحاكم التجارية من الدرجة الأولى، بينما يسند النظر للقضاة النظاميين في المحاكم التجارية من الدرجة الثانية.

-أمّا الجزائر، فقد اختار الركون إلى تجربة القضاء الموحد والاعتماد على سلك القضاة النظاميين في تطعيم محاكمه التجارية الجديدة بالقضاة الذين سيتكفون بمهام النظر والفصل في المنازعات التجارية التي ستختص به تلك المحاكم، إن على مستوى القسم التجاري أو على مستوى المحاكم التجارية.

1-2 من حيث الاختصاص النوعي:

-تكون المحاكم التجارية المتخصصة مختصة للبت دون سواها في بعض المنازعات التي كان بعضها يدخل سابقاً في اختصاص الأقطاب المتخصصة، ويتعلق الأمر بمنازعات الشركات التجارية لا سيما تلك المتعلقة بالشركاء ، وحل وتصفية الشركات ، والإفلاس والتسوية القضائية ، ومنازعات البنوك والمؤسسات المالية مع التجار، والمنازعات البحرية ، والنقل الجوي، ومنازعات التأمينات المتعلقة بالنشاط التجاري وكذا المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية.

-وبموجب المادة 536 مكرر الجديدة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإن المنازعات التي تكون البنوك والمؤسسات المالية طرفاً فيها مع التجار تكون وحدها من اختصاص المحكمة التجارية المتخصصة، وهذا ما يستثني منازعات هذه المؤسسات مع غير التجار التي تبقى من اختصاص القسم التجاري أو القسم المدني للمحكمة، وبالنسبة لمنازعات التأمينات وتطبيقاً لنفس المادة فإن المحكمة التجارية المتخصصة تكون مختصة فقط بالنسبة للتأمينات المتعلقة بالنشاط التجاري، وأما التأمينات الأخرى التي ليس لها الطابع التجاري كالتأمين على المركبات أو التأمين على الأشخاص و الممتلكات فإنها تبقى من اختصاص القسم المدني للمحكمة.

1-3 النيابة العامة ضمن المحكمة التجارية المتخصصة:

-حسب المادة 536 مكرر 7 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه يمثل النيابة العامة لدى المحكمة التجارية المتخصصة وكيل الجمهورية لدى المحكمة التي تتواجد بدائرة اختصاصها وفقاً للحكام المنصوص عليها في هذا القانون ولا سيما المادتين 259 و 260 منه.

-إن اختصاص النيابة العامة لدى المحاكم التجارية سيثير ردود أفعال كثيرة، بسبب الغموض وعدم وضوح الرؤية الذي اعتري توجهات واختيارات واضعي النصوص، بخصوص تحديد الاختصاص، من جهة، وطبيعة المهام الموكولة لهذا الجهاز أثناء نظر المنازعات التجارية من جهة أخرى. كما أن الممثلين لهذا الجهاز وهم وكلاء الجمهورية لم يتأقلموا بعد مع خصوصية المهام الموكولة إليهم بمقتضى النصوص، والتي لا يمكن بناتا فصلها عن السياق والرغبة في تبني تجربة جديدة على مستوى الأخذ بمنهج القضاء المتخصص، محرومة فيه من الحق في المتابعة باسم حماية المجتمع.

-إذا كانت الاختصاصات الجنائية للنياحة العامة لدى المحاكم التجارية قليلة إن لم نقل منعدمة - ما لم تتغير النصوص - فإن اختصاصاتها التجارية المحضة واسعة تضمن حقها في أن تراقب سير عجلة الاقتصاد الوطني وتساهم في تصحيح اعوجاجه.

1-4 من حيث الإختصاص الإقليمي:

-بمقتضى المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 23-53 الموافق 14 جانفي 2023، والذي يحدد دوائر الإختصاص الإقليمي للمحاكم التجارية المتخصصة، فإنه يحدد عدد المحاكم التجارية المتخصصة بإثنتي عشر (12) محكمة عبر كامل التراب الوطني، (بشار - تامنغست - الجلفة - البليدة - تلمسان - الجزائر - سطيف، عنابة، قسنطينة، مستغانم، ورقلة، وهران).

-هذا المرسوم، قد تبنى تقطيعا قضائيا، ومبرر ذلك هو تصريح وزير العدل حافظ الأختام، عبد الرشيد طبي بقوله " أن من أجل تقريب العدالة من المواطن ومراعاة للتوزيع الجغرافي العادل تم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 23-53 تحديد دوائر الإختصاص الإقليمي للمحاكم التجارية المتخصصة، باستحداث 12 محكمة تجارية متخصصة عبر كامل التراب الوطني وفي المدن التي تعتبر أقطابا تجارية وصناعية".

2/ فيما يتعلق بالآليات البديلة للفصل في المنازعات التجارية

1-2 الصلح

-أقر القانون الجديد إجراء متميزا يجب إتباعه قبل رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية المتخصصة عملا بأحكام المادة 536 مكرر 4 الجديدة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإنه يسبق قيد الدعوى إجراء الصلح، ويتم هذا الصلح بطلب من أحد الخصوم ويقدم إلى رئيس المحكمة التجارية المتخصصة الذي يعين خلال مدة خمسة أيام بموجب أمر على عريضة أحد القضاة للقيام بإجراء الصلح في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر، ويرجع لطالب الصلح تبليغ باقي أطراف النزاع بتاريخ جلسة الصلح عن طريق محضر قضائي.

2-2 الوساطة:

-الجديد الذي أدخله قانون 12 يوليو 2022 (المادة 534 الجديدة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية) هو أن الوساطة أمام القسم التجاري أصبحت إلزامية ولا تخضع لقبول الأطراف كما كان عليه الحال سابقا. لذلك فإن القضايا المرفوعة ابتداء من 17 يوليو 2022 (و هو تاريخ نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية) أمام القسم التجاري تخضع لزوما لإجراء الوساطة قبل الفصل فيها. - ما الذي دفع المشرع إلى جعل الوساطة إلزامية في القضايا التجارية على الرغم من أن مسألة إلزامية الوساطة في القضايا التجارية هي محل جدل فقهي ؟ إذا كان إجراء الوساطة الإجباري سيخفف من حجم القضايا المعروضة على المحاكم، فإنه سيترتب عليه بلا شك تكاليف كبيرة للمتقاضين كونهم هم الذين سيتحملون أتعاب الوسطاء علما أن الوساطة ليست من تقاليدنا القضائية وأن المكلفين بالوساطة كثير ما تنقصهم الخبرة و التكوين الملائمين.

-أما عن إجراءات الوساطة فبمجرد تعيينه من رئيس المحكمة التجارية المتخصصة، يحرر القاضي- الوسيط الذي بإمكانه الإستعانة بأي شخص يراه مناسبا لمساعدته في إجراء الصلح الذي ينتهي بتحرير محضر يوقعه القاضي مع أطراف النزاع و أمين الضبط.

-ولم ينص القانون الجديد على أحكام خاصة تنظم آثار محضر الصلح الذي يحرره القاضي- الوسيط الذي عاين فيه الإتفاق الذي وقع بين أطراف النزاع. لذلك فإن الأحكام العامة التي تحكم الوساطة هي التي تطبق كون القاضي- الوسيط عين بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية المتخصصة فإن محضر الصلح المتضمن بنود الإتفاق يتم المصادقة عليه من طرف هذا الأخير و يودع بأمانة ضبط المحكمة و يحوز حينئذ طابع السند التنفيذي تطبيقا لأحكام المادة 600-8 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

-وبالعكس ففي حالة فشل الصلح، يحرر القاضي- الوسيط محضر عدم الصلح و يرجع حينئذ للطرف الذي له مصلحة رفع الدعوى أم المحكمة التجارية المتخصصة عن طريق إيداع عرضة افتتاح دعوى تكون مرفقة بمحضر عدم الصلح، وتتص المادة 536 مكرر 4 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديدة على أن عرضة افتتاح الدعوى غير المصحوبة بمحضر عدم الصلح تكون غير مقبولة، وعدم القبول هذا هو من النظام العام تقضي به المحكمة التجارية

المتخصصة من تلقاء نفسها، ويكون الأمر كذلك في حالة ما إذا رفعت الدعوى مباشرة إلى المحكمة التجارية.

*التوصيات:

1/ فيما يخص القضاء التجاري:

إن حداثة المحاكم التجارية المتخصصة تجعلنا عاجزين على تقييمه وتحديد أهم نقاط الإصلاحات الواجب اتباعها من أجل تحسينها وأداء دورها في تدعيم مناخ الأعمال والاستثمار، وعليه يمكن تقديم بعض التوصيات:

- لا بد من دعم القضاء المتخصص بقوانين إجرائية خاصة توفر البساطة في إجراءات التقاضي أمامه بما يوفر السرعة في حسم القضايا المعروضة عليه.

- تحديد اختصاصات النيابة العامة في المحاكم التجارية المتخصصة.

- إنشاء محكمة تجارية استئنافية في المجلس القضائي تنظر بالطعون المقدمة ضد أحكام المحكمة التجارية المتخصصة.

- تبني نظام "القاضي المقرر" بحيث يتم تسميته من قبل رئيس المحكمة التجارية المتخصصة، وتكون مهمته تحضير الدعوى وتهيئتها، وأن يقوم بجميع إجراءات التحقيق في الدعوى، وأن يوكل إليه أيضاً صلاحية السير في إجراء الصلح بين الأطراف وعرضه عليهم وتسوية النزاع ودياً.

- إعداد برامج تدريبية متخصصة في القوانين التجارية، وفي المعاملات التجارية الحديثة، وجعل هذه البرامج إلزامية للتعيين كقضاة في المحكمة التجارية المتخصصة، حتى نصل إلى معدل الدقة والسرعة في التقاضي تحقيقاً للعدالة المنشودة من وراء إنشاء محاكم تجارية متخصصة في الجزائر.

2/ فيما يخص الآليات البديلة للفصل في المنازعات التجارية

- دعوة كل الفاعلين في الحياة التجارية من إدارة ووزارة التجارة والغرف التجارية، وهيئات قضائية، للعمل على زرع ثقافة تسوية المنازعات التجارية بالطرق البديلة للتسوية القضائية، لاسيما طريق التحكيم التجاري لما يوفره من ضمانات تخدم استقرار الحياة التجارية.

-دعوة المشرع الجزائري لاعتماد محاكم إلكترونية والعمل على تنظيمه تنظيمًا قانونيًا، أمام اتساع رقعة المعاملات التجارية الإلكترونية.

-تشجيع اللجوء إلى هذه الطرق البديلة لحل المنازعات سوف يؤدي حتماً إلى تحسين مناخ الأعمال في الجزائر وتعزيز جاذبيته وذلك بعقد ملتقيات وأيام تحسيسية من طرف الجهات المخولة بذلك قصد التعريف بها خصوصاً لأطراف علاقة تجارية سواء من قريب أو بعيد.

- لا بد من تأطير ووضع مناهج دراسية و أكاديمية تهتم بهذه الطرق وخصوصاً الوساطة التي هي الوسيلة الأكثر شيوعاً في النزاعات التجارية لاعتبار أنها تساهم في فض الكثير من النزاعات ودياً بإنشاء مراكز وهيئات متخصصة إقليمياً و دولياً تقوم بالتنسيق لعملية التوسط مع احترام النظم العامة والآداب العامة، وخاصة بالنسبة للعلاقات التجارية الدولية والمحلية.

قائمة المراجع

القرآن الكريم

أولاً: المراجع باللغة العربية

1-الكتب:

أ-الكتب العامة:

- 1- حلو أبوحلو و عباس كريم، الوجيز في شرح القانون التجاري الأردني، ط2، عمان، 2002، ص 91 وما بعدها؛ قانون التجارة الأردني رقم 1966/12 المواد 6-8.
- 2- سمير عالية، أصول القانون التجاري(المدخل-الأعمال التجارية-التجار...)، المؤسسة الجامعية للنشر، بيروت-لبنان، ط2، 1996.
- 3-أحمد محرز، شرح القانون التجاري الجزائري، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980.
- 4-أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، "الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية"، المجلس الأعلى للثقافة، الطبعة الأولى، القاهرة، 2003.
- 5-خالد روشو، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري 08-09، دار الخلدونية، ب ط، الجزائر.
- 6-سعيد يوسف البستاني، قانون الأعمال و الشركات (القانون التجاري العام-الشركات-المؤسسة التجارية...)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
- 7-شادلي نور الدين، القانون التجاري ، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2003.
- 8-طرايش عبد الغني، اليات انقاذ الشركات التجارية المتعثرة من التوقف عن الدفع في القانون الجزائري، الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، العدد 15، جانفي 2016.
- 9-عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية رقم 08-09، المؤرخ في 23 أفريل 2008، منشورات البغدادي، الطبعة الثانية، 2009..
- 10- عبد الرحمان بريارة، شرح قانون إ م إ على ضوء القانون رقم 08-09 المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13، ط5، ج2، بيت الأفكار، 2022.
- 11-عبد الرحيم عنتر عبد الرحمان، التنظيم القانوني للملكية الفكرية-دراسة مقارنة-، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2015.

- 12- عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، ط1، مكتبة القانون والإقتصاد، المملكة العربية السعودية، 2013.
- 13- عبد الكريم الطالب، الشرح العلمي لقانون الإجراءات المدنية، الطبعة السادسة، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش، 2012.
- 14- علي البارودي، محمد سيد الفقي، القانون التجاري الاعمال التجارية - التجار- الاموال التجارية- الشركات التجارية - عمليات البنوك و الاوراق التجارية ، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية دار المطبوعات الجامعية، 1999 .
- 15- عمر زودة، الإجراءات المدنية والادارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار بلقيس، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2023.
- 16- عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 17- فتاك علي، مبسوط القانون التجاري في مقدمة القانون التجاري، نظرية الأعمال التجارية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2004.
- 18- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري -الأعمال التجارية-التاجر-الحرفي، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، 2003.
- 19- فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، ب ط.
- 20- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني(النظرية العامة للإلتزامات)، دار الهدى للطباعة والنشر، ب ط، الجزائر، 2012.
- 21- محمد فوزي سامي، مبادئ القانون التجاري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1997.
- 22- نجيم أهنوت، الوجيز في القانون التجاري، مطبعة مكتبة الأنوار، الطبعة الأولى، 2020.
- 23- نورة غزلان الشنيوي، دراسة في قانون المسطرة المدنية المغربي، الطبعة الثانية، مطبعة الورود انزكان، 2013.
- 24- هاني محمد دويدار، القانون التجاري اللبناني، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1995.

ب-الكتب المخصصة:

- 1-إبراهيم رضوان الجعير، بطلان حكم المحكم، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009.
- 2-أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1981.
- 3-أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الخامسة، بدون سنة نشر.
- 4-أحمد صالح علي، الطرق البديلة لحل المنازعات الصلح -الوساطة- التحكيم حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، دار الخلدونية، ب ط، الجزائر، 2021.
- 5-أكثم خولي ، أخلفيات التحكيم وآدابه ، ط1 ، المكتبة القانونية ،دمشق ،.2008
- 6-جيم أهنتوت، الوجيز في القانون التجاري، مطبعة مكتبة الأنوار، الطبعة الأولى، 2020.
- 7-حفيفة السيد حداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- 8-حلو أبو حلو ، القانون التجاري الجزائري(الأعمال التجارية و التاجر)،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،.1992
- 9-خالد إبراهيم ممدوح، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 10-خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، مصر،.2002
- 11-الرومي محمد أمين، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، الإسكندرية، 2006.
- 12-سلطان عبد الله محمود الجوازي، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت-لبنان، 2010.
- 13-شحاتة عريب شلقامي، إشكالات اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015.
- 14-طيب قبائلي وكريم تعويلت، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بلقيس، ب ط، الجزائر، 2020.

- 15-عاشور مبروك ، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم ، الطبعة الثانية ، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة ، 1998.
- 16- عبد الحميد الأحديب، التحكيم: أحكامه ومصادره، ج1، مؤسسة نوفل، بيروت، 1990.
- 17- عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، ط1، مكتبة القانون والإقتصاد، المملكة العربية السعودية، 2013.
- 18- عبد اللطيف بو العلف، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1981. ص 101 و 102.
- 19- عبد اللطيف بو العلف، الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي، دراسة في القانون المغربي المقارن، الطبعة الأولى، دار الأفاق المغربية الرباط ، 2011
- 20- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني(ماهيته، إجراءاته، وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامة التجارية وحقوق الملكية الفكرية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- 21- عكاشة عبد العال، المفترضات و الشروط الذاتية في المحكم ، ط1 ، المكتبة القانونية ،دمشق ، 2003 .
- 22- علاء آبريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت-لبنان، 2008.
- 23- عمر بن سعيد، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر، المجلد1، العدد 2: جويلية، 2014، جامعة خنشلة، الجزائر.
- 24- عمر بن سعيد، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر، المجلد1، العدد 2: جويلية، 2014، جامعة خنشلة، الجزائر.
- 25- عمر فلاح العطين، الصلح الواقي من الإفلاس في القانون وموقف الفقه الإسلامي منه، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 1، 2013.
- 26- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- 27- مأمون الكزيري و إدريس العلوي العبدلاوي، شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي، الجزء الأول، الأحكام- طرق الطعن- التحكيم، المطبعة و مكان الطبع غير مذكورين.

28-محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

29-محمد فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، الأردن، 2008.

30-محمد ليبيا ومحمد إبراهيم نقاسي، محاكم القضاء التجاري في المملكة العربية السعودية، العدد الخامس والثلاثون-الجزء الأول.

31-مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995م.

32-مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، طبعة 2010، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

33-منير عبد المجيد، التنظيم القانوني لتنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.

34-نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

35-نجيم أهتوت، الوجيز في القانون التجاري، مطبعة مكتبة الأنوار، الطبعة الأولى، 2020.

36-هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995.

2-المقالات والمجلات:

1-مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995م.

2-أسامة أبو الحسن مجاهد- خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، "الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية"، المجلس الأعلى للثقافة، الطبعة الأولى، القاهرة، 2003.

3-إبراهيم بن فرج، فض النزاعات في إطار منظمة التجارة العالمية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 41-2003.

4-رامي محمد علوان، المنازعات حول العلامة التجارية وأسماء مواقع الأنترنت، مجلة الشريعة والقانون-العدد الثاني والعشرون-ذو القعدة 1425هـ يناير 2005.

5-حورية لشهب، النظام القانوني للعقود التجارية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد الثاني عشر، نوفمبر 2007، جامعة محمد خيضر بسكرة.

6-خليل بوعلام، اجراءات التقاضي في المنازعات البحرية في القانون الجزائري والمعاهدات الدولية، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، السداسي الاول، 2008.

- 7- آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 6، العدد2، الإمارات العربية المتحدة، جمادي الأولى 1430- يونيو 2009.
- 8- لحاق عيسى وسليمان النحوي، الوساطة القضائية كمبدأ إجرائي لحل المنازعات المدنية، مجلة آفاق عامية، المجلد 11 العدد 01 لسنة 2009، جامعة الأغواط.
- 9- مصطفى ناطق صالح مطلوب، التحكيم التجاري الإلكتروني، مجلة الرافدين للحقوق-المجلد11، العدد 39، سنة 2009.
- 10- بريش عبد القادر وحمدى معمر، دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الإقتصاد الجديد، العدد 02، جانفي 2010.
- 11- حسين فريجة، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل المنازعات، إدارة، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 20، العدد 02، 2010.
- 12- جطي خيرة، الوساطة القضائية كآلية بديلة لحل النزاعات في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة دورية محكمة تصدر عن المركز الجامعي تسمييلت، العدد 04 ديسمبر 2011
- 13- عبد الصدوق خيرة، الوساطة القضائية في التشريع الجزائري، دفاثر السياسة والقانون، العدد الرابع_ جانفي 2011.
- 14- مانع سلمى، الطرق البديلة المستحدثة لحل النزاعات الإدارية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 26، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان 2012.
- 15- مروان محمد أبو فضة وماهر موسى درغام، التحكيم التجاري الدولي، ورقة عمل مقدمة إلى اليوم الدراسي المعنون "التحكيم المالي في المنازعات التجارية-مشكلات وحلول"، الجامعة الإسلامية، غزة فلسطين، 18 مارس 2012.
- 16- عمر فلاح العطين، الصلح الواقي من الإفلاس في القانون وموقف الفقه الإسلامي منه، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 1، 2013.
- 17- نبيهة بومعزة، مقال بعنوان: الطبيعة القانونية لإتفاقية التحكيم في القانون الجزائري، التواصل في الإقتصاد والإدارة والقانون، العدد 35-سبتمبر 2013، عنابة.
- 18- عمر بن سعيد، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر، المجلد1، العدد 2: جويلية، 2014، جامعة خنشلة، الجزائر.

- 19- محمد بن عبد العزيز الخليفي وعماد عبد الكريم قطان، استحداث محاكم تجارية متخصصة في دولة قطر: دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، 15-04-2014.
- 20- مراد يسعيد، قواعد روتردام 2008: أسس جديدة للنقل البحري الدولي، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد 1، سنة 2014، الصادرة عن جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان.
- 21- بتشيم بوجمعة، إعمال فكرة الوساطة القضائية في المنازعات ذات الطابع المالي، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، جوان 2015/ شعبان 1436.
- 22- أيمن رمضان الزيني، "المحاكم الاقتصادية ودورها في تشجيع الاستثمار"، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العلمي الثاني للقانون والاستثمار المنعقد بطنطا، مصر، خلال الفترة من 29-30 أبريل 2015.
- 23- أحمد محمود المساعدة، التنظيم القانوني لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12/ العدد 02-2015، جامعة المجموعة المملكة العربية السعودية، مقال نشر بتاريخ 10-11-2015.
- 24- عبد الرحمان عثمانى، الوظيفة التنفيذية للورقة التجارية في القانون الجزائري (الشيك والسفتجة)، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد الرابع جوان 2015.
- 25- عبد الرحيم عنتر عبد الرحمان، التنظيم القانوني للملكية الفكرية-دراسة مقارنة-، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2015.
- 26- علاء عبد الأمير موسى، المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل كلية القانون، المجلد 7، العدد 4، 31 ديسمبر 2015.
- 27- حسام مهني صادق عبد الجواد، "خصوصيات القضاء الإقتصادي المصري دراسة نقدية تحليلية مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي"، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون تفهنا الأشرف، دقهلية، مصر، المجلد 18، العدد 4، 31 أوت 2016.
- 28- شعران فاطمة، مقال بعنوان: اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني ديسمبر 2016، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف.

- 29-فاتحة الغلاي، دور الوساطة التجارية في الرقي بالتجارة والإستثمار في المغرب، مجلة منازعات الاعمال، العدد 16 سبتمبر 2016، جامعة ابن زهر بأكادير (المغرب).
- 30-طرايش عبد الغني، آليات انقاذ الشركات التجارية المتعثرة من التوقف عن الدفع في القانون الجزائري، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والانسانية، العدد 15، جانفي 2016.
- 31-علي ملحم، مقال بعنوان: دراسة تحليلية في التحكيم الالكتروني، مجلة جامعة البعث، المجلد38-العدد، 16جامعة دمشق، 2016.
- 32-وردة بن بوزيد، النظام القانوني للإثبات في المواد التجارية، مجلة العلوم القانونية والسياسية- عدد13-جوان 2016.
- 33-يوسف مسعودي، التحكيم التجاري الدولي كآلية لحل منازعات التجارة الدولية، مجلة المعيار، العدد 16، ديسمبر 2016.
- 34-نبيل صالح العرياوي، اتفاق التحكيم، دفاقر السياسة والقانون، العدد الخامس عشر- جوان 2016.
- 35-مسعودي يوسف، التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات الإستهلاك المبرمة عبر شبكة الأنترنت، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد: 01، جامعة أحمد درارية، أدرار، لسنة جوان 2017.
- 36-نبيل ونوغي، منازعات الملكية الفكرية وطرق تسويتها، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور المجلد 2، العدد2، 2017/06/01، ، الجلفة.
- 37-لكحل منير، ماهية الصلح الجنائي وتمييزه عن الصلح الإداري والمدني، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 08مجلد01، جوان 2017.
- 38-نسيمة أمال حيفري، مقال بعنوان: التحكيم الإلكتروني ودوره في حل المنازعات الناتجة عن التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم السياسية والقانون، العدد الثاني مارس 2017،الصادرة عن المركز الديمقراطي العربي، جامعة محمد بن أحمد، وهران2-الجزائر.
- 39-هجيرة تومي، التحكيم الالكتروني كتجربة لتطوير آليات التحكيم، مجلة صوت القانون، العدد السابع، الجزء الثاني، 2017.

- 40- هشام البخفوي، مقال بعنوان: الوسائل البديلة التقليدية والمستحدثة لحل النزاعات التجارية، مجلة صوت القانون، العدد الثامن-السنة 2017.
- 41- عبد الحق كوريتي، إثبات اتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة الشؤون القانونية والقضائية، العدد الثاني، 2017.
- 42- بحماوي الشريف، الصلح القضائي في نظام الإفلاس، مجلة الحقيقة، العدد 41، 05/11/2017.
- 43- حمادوش أنيسة، خصوصية التحكيم الإلكتروني في حل المنازعات التجارية الإلكترونية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 48 ديسمبر 2017، المجلد ب، ص.ص 229-241، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2017.
- 44- أيسر عصام داوود وريان هاشم حمدون، التوفيق والصلح كأساليب ودية لتسوية المنازعات التجارية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 2-العدد 2، لسنة 2017.
- 45- ارزيل الكاهنة، خصوصية تسوية المنازعات ذات الطابع الإقتصادي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، 2018.
- 46- ازوا محمد ومسعودي يوسف، الوساطة الالكترونية لتسوية منازعات الاستهلاك المبرمة بوسائل الكترونية، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد: 02، لسنة ديسمبر 2018، جامعة أحمد درارية، أدرار.
- 47- محمد نذير ضبعي، ضمانات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 5-العدد 2-ديسمبر 2018، جامعة أم البواقي-الجزائر.
- 48- كباهم سامي، عقد الإعتماد الإيجابي كآلية لتمويل الإستثمار، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد العاشر، المجلد الثاني، جوان 2018.
- 49- عائشة غنادرة، الطعن بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في الأحكام القضائية الإدارية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09-العدد 03، ديسمبر 2018.
- 50- حاج بن علي محمد ومغربي قويدر، نحو قضاء تجاري متخصص، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 09 جانفي 2018، جامعة عباس لغرور، خنشلة.

- 51- ليلي بن حليمة، تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي، مجلة آفاق للعلوم، المجلد 04-العدد الثالث عشر-سبتمبر 2018، جامعة زيان عاشور-الجلفة، الجزائر.
- 52- الهوارية عنصر، التحكيم الدولي كآلية لحل النزاعات في مجال قانون التجارة الدولية، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، العدد 7، أبريل 2018، جامعة وهران محمد بن حمد.
- 53- محمد حودي، إجراءات التحكيم الإلكتروني في العقود التجارية الدولية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الخامس-العدد 01 جانفي 2019، جامعة عمار تليجي، الأغواط-الجزائر.
- 54- يسين شامي، انقضاء الخصومة بغير حكم فيها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 046 العدد 07، جوان 2019.
- 55- نخلة طواهرية، السجل التجاري الإلكتروني كآلية لإرساء قواعد الحوكمة الإلكترونية، مجلة ابن خلدون للإبداع والتنمية، المجلد 01-العدد 01-2019.
- 56- جلييلة بن عياد، التنظيم القانوني للحقوق المجاورة لحق المؤلف، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد العاشر العدد الأول، 02-12-2020.
- 57- حنان أوشن، دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 15 العدد 02، جامعة تيزي وزو، 2020،
- 58- رغد فوزي عبد الطائي، "فلسفة القضاء المتخصص (محكمة اليوم الواحد نموذجاً) دراسة مقارنة"، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، كلية القانون، العراق، المجلد 13، 31 ماي 2020.
- 59- لخذاري عبد الحق، الصلح القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الاحياء، المجلد 20، العدد 24، ماي 2020.
- 60- ضريفي نادية ومقران سماح، الوساطة الإلكترونية كآلية لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04 العدد 02 لسنة 2020.
- 61- سعاد قصعة، الوساطة الإلكترونية كوسيلة بديلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد التاسع-العدد الثامن عشر-الإصدار الثاني، ديسمبر 2020.
- 62- عبد الرحمان محمد سليمان الجهني، الوساطة في حل المنازعات التجارية، مجلة جامعة شندي للبحوث والدراسات الشرعية والقانونية، العدد الثاني، ديسمبر 2020.

- 63-فتحي كمال دريس، الإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي التجاري الدولي في الجزائر تطبيقا لقواعد اتفاقية نيويورك وقانون الاجراءات المدنية والادارية 08-09، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 17-العدد 02، 2020، جامعة الوادي- الجزائر.
- 64-محمد ليبيا، محمد إبراهيم نقاسي، "محاكم القضاء التجاري في المملكة العربية السعودية"، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر كلية الشريعة و القانون-طنطا، مصر، المجلد الخامس والثلاثون، العدد 1، مارس 2020.
- 65-لياس بروك، مطبوعة بيداغوجية بعنوان الافلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2019-2020.
- 66-مروة محمد محمد العيسوي، التوفيق كآلية فاعلة لتسوية المنازعات التجارية والإستثمار، مجلة روح القوانين، العدد الرابع والتسعون، أبريل 2021.
- 67-صونية بن طيبة، "الأمن القضائي كآلية لدفع عجلة التنمية في مجال الاستثمار"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة منتوري قسنطينة، المجلد 6، العدد 2 ، 2021/06/22.
- 68-عباس عبد القادر، التحكيم التجاري الدولي وآثاره، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مقال اطلع عليه يوم: 2021/06/16، على الساعة 22:35.
- 69-حورية سويقي، مطبوعة بيداغوجية تتضمن محاضرات في مقياس الأوراق التجارية الافلاس والتسوية القضائية، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2020م-2021م.
- 70-خليفة سمير، الوساطة الالكترونية "الحل البديل لنزاعات عقود التجارة الالكترونية"، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الانسانية والاجتماعية، مجلد 13 عدد 4 جويلية 2021.
- 71-داود منصور، فعالية الوساطة الإلكترونية كآلية بديلة لحسم منازعات التجارة الإلكترونية (مركز الوساطة الإلكتروني Square Trade نموذجاً)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السادس -العدد الثاني- سنة جوان 2021.
- 72-سارة بلقاسمي وداود منصور، دور القاضي في حل نزاعات الشركات التجارية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 14 - 03، 2021-09-25، جامعة زيان عاشور الجلفة.

- 73- عشبوش محمد ومحمد رايس، البدائل الإجرائية للدعوى المدنية في التشريع الجزائري: الوساطة القضائية نموذجاً، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 13، العدد 28، نوفمبر 2021، جامعة محمد خيضر بسكرة.
- 74- ماهر محسن عبود الخيكاني، فعالية المحكمة التجارية العراقية في تسوية المنازعات التجارية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث لسنة 2021.
- 75- النحوي سليمان و بوفاتح أحمد، دور التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات الإستهلاك الإلكتروني، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد الخامس العدد الأول، 2021.
- 76- طاهي محمد الطيب، الطلب القضائي على ضوء المادة 25 من ق إ م إ، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35-العدد 01، 2021
- 77- خير الدين فايزة، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات الإدارية-الصفقات العمومية في الجزائر، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 2 مجلد 36، 2022.
- 78- فاطمة زعزوعة ونجاة زعزوعة، التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد الثامن العدد 01، ماي 2022.
- 79- يمينة مومن، الإجراءات البديلة لحل منازعات التجارة الدولية، مجلة نوميروس الأكاديمية، المجلد الثالث-العدد الأول 2022.
- 80- رشيد دحماني، التحكيم كآلية بديلة لحل النزاعات (دراسة تحليلية ونقدية)، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 7، العدد 1، جوان 2022.
- 81- سميرة قدوش و بلقنيشي الحبيب، الصلح القضائي كآلية بديلة لحل نزاعات الإفلاس دراسة مقارنة الجزائر- مصر، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 09 العدد 01، جوان 2022
- 82- عبد الله مسعودي، سقوط الخصومة وترك الخصومة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس-العدد الأول، 2022.
- 83- عثمانى مرابط حبيب، محاضرات في نظام الافلاس والتسوية القضائية موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص محاسبة ومالية، جامعة الجلفة، الجزائر، 2021-2022.

- 84- عمر بن الزويبير، الصفة والمصلحة كشرط لقبول الدعوى المدنية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد السادس-العدد الثاني، 2022.
- 85- حنان مازة وسعيد بوقرور، النظام القانوني للمحكمة التجارية المتخصصة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 9/العدد 1، 2023.
- 86- محمد بركات، عوارض الخصومة في ظل القانون 08-09، مجلة الفكر، العدد الثامن، جامعة محمد خيضر بسكرة.
- 87- نعيمة علوش، الأساس القانوني للمنافسة غير المشروعة في الجزائر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس.
- 88- هدى زوزو، أنواع الدفوع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة المنتدى القانوني، العدد السادس، جامعة محمد خيضر بسكرة.
- 89- هند عبد القادر سليمان، مقال بعنوان: دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، جامعة المرقب بالجمهورية الليبية.
- 90- عبد العزيز مقولجي، شروط قبول الدعوى، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السادس.
- 91- شهرزاد بن الصغير، منازعات النقل البحري بين إشكالية تحديد صفة التقاضي وتنوع الجهات القضائية، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد السادس.
- 92- شريفة ولد شيخ، الطرق البديلة لحل النزاعات محاضر الصلح والوساطة كسندات تنفيذية وفق قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، المجلة النقدية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- 93- حفيظة بوترفاس، محاضرات الملكية الصناعية، لطلبة السنة أولى ماستر، تخصص قانون أعمال.
- 94- بن مسعود شهرزاد، محاضرات في مقياس القانون التجاري، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة.
- 95- أحمد داود رقية، دور الصلح الوافي في تجنب الشركات المتعثرة شهر الإفلاس "دراسة مقارنة"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الأول، جامعة عمار تليجي الأغواط.

3-المقالات المنشورة على شبكة الانترنت:

1-أسامة إدريس بيد الله، مقال بعنوان: التحكيم الإلكتروني (ماهيته وإجراءاته)، اطلع عليه يوم 20/07/2020، على الساعة 11.40، منشور على الموقع الإلكتروني: -arab-lefpedia.com 2010/04..

2-بوشير محند أمقران، الجديد في طرق الطعن في أحكام القضاء المدني في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة النقدية، مقال اطلع عليه يوم: 21-09-2022، على الساعة: 17:05، منشور على الموقع: www.asjp.cerist.dz.

3-ينظر القانون النموذجي الصادر عام 1985 على شبكة الانترنت على الموقع الإلكتروني [http://www.jus.uio/im/un/.arbitration.model law 1985 -doc.](http://www.jus.uio/im/un/.arbitration.model%20law%201985-doc)

4-محمد محمود عبد الله علي بازي، "القضاء التجاري، النشأة والتطور-المشكلة والحلول" ، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر القضائي الفرعي الأول، لأمانة العاصمة ومحافظات صنعاء والجوف والمحويت ومأرب المنعقد في صنعاء للفترة من 21 إلى 22/09/2003، اطلع عليه يوم: 24 سبتمبر 2022، على الساعة 09:19، منشور على الموقع:

https://rqeep.blogspot.com/2018/03/blog-post_2.html

5-حسن فتوح، المحاكم العادية والمتخصصة في القانون المغربي، منشور على صفحة الأستاذ بتاريخ 12 نوفمبر 2014 ، اطلع عليه يوم 25-09-2022، على الساعة 10:55، صفحة الفيس بوك:

https://www.facebook.com/1031695133523404/posts/1037194239640160/?locale=ar_AR

6-عبد الرحيم بحار، دور القضاء التجاري في تشجيع الاستثمار وصون حقوق المستثمرين، مقال اطلع عليه يوم: 24-09-2022، على الساعة 09:49، المغرب، منشور على الموقع: <http://m.marocdroit.com>

7-محمود سردو، مداخلة بعنوان: المحاكم التجارية المتخصصة في مواجهة تطور المعاملات التجارية، اطلع عليها يوم 4-3-2023، على الساعة 14:45، منشور على الموقع:

www.courdeaindefla.mjustice.dz

8-نورة بوطاهر، أنس الأعرج، اختصاص المحاكم التجارية في النزاعات الناشئة بين الشركاء في شركة تجارية، منشور بتاريخ 27 يناير 2019، مقال اطلع عليه يوم: 25-09-2022، على الساعة 16:38، منشور على الموقع:

https://anibrass.blogspot.com/2019/01/blog-post_52.html

9-براهيمي محمد، تنظيم واختصاص المحاكم التجارية المتخصصة، مقال اطلع عليه يوم 7 فيفري 2023 على الساعة 11:54، منشور على الموقع:

<https://www.brahimi-avocat.com/pages/billets-en-langue-arabe/-/1.html>

10-عرض حول الدعاوى التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية، مجلة القانون والأعمال الدولية، مقال اطلع عليه يوم 11 سبتمبر 2022، على الساعة 11:01، منشور على الموقع التالي:

<https://www.droitentreprise.com> .

12-الإفلاس والتسوية القضائية، مقال اطلع عليه يوم 03مارس 2023 على الساعة 21:52، منشور على الموقع: www.fecg.univ-bouirq.dz.

13-حفيظة بوترفاس، محاضرات الملكية الصناعية، لطلبة السنة أولى ماستر، تخصص قانون أعمال، مقال اطلع عليه يوم 17/09/2022، على الساعة 18:57. منشور على الموقع: elearn.univ-tlemcen.dz

14-عبد الصمد حوالف ويوسف رحمان، الأساليب التقنية والآليات القانونية لتلافي أو حل منازعات عقود التأمين، مقال اطلع عليه يوم 5-9-2022، على الساعة 12:40، منشور على الموقع: www.asjp.cerist.dz

15-كمال داود، الطلبات والدفع القضائية، مقال اطلع عليه يوم: 20-09-2022، على الساعة: 13:45، منشور على الموقع: virtuelcampus.univ-msila.dz

- 16-بوشير محند أمقران، الجديد في طرق الطعن في أحكام القضاء المدني في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة النقدية، مقال اطلع عليه يوم: 21-09-2022، على الساعة: 17:05، منشور على الموقع: www.asjp.cerist.dz.
- 17-حرير أحمد، دور قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية ومدى مساهمة التشريع الجزائري له، مقال اطلع عليه يوم: 23-06-2021، على الساعة 08:11، على الموقع www.asjp.dz.
- 18-حسام مهني صادق عبد الجواد، خصوصيات القضاء الاقتصادي المصري دراسة نقدية تحليلية مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، مقال اطلع عليه يوم 26-09-2022، على الساعة 09:04، منشور على الموقع: <https://ifslt.journals.ekb.eq>
- 19-حسن فتوح، المحاكم العادية والمتخصصة في القانون المغربي، مقال اطلع عليه يوم 25-09-2022، على الساعة 10:55، منشور على الموقع <https://ar-ar.facebook.com>
- 20-حسين فريحة، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل المنازعات، إدارة، العدد 39، مقال اطلع عليه يوم 13 جويلية 2021، على الساعة 22:07، على الموقع: www.asjp.cerist.
- 21-خيرة صافة، محاضرات في مقياس القانون التجاري موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس، مقال اطلع عليه يوم: 19-09-2022، على الساعة 09:47: منشور على الموقع: <https://moodle.univ-tiaret.dz>
- 22-ربيعة بن عزوز، الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية القضائية، محاضرات قدمت لطلبة السنة الثالثة، قانون خاص، مقال اطلع عليه يوم: 13-09-2022، على الساعة 15:54، منشور على الموقع elearn.univ-tlemcen.d
- 23-شريف محمد غنام، مقال بعنوان: حماية العلامة التجارية عبر الأنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، اطلع عليه يوم: 26/08/2020، على الساعة: 15:27، منشور على الموقع الإلكتروني: www.osamabahar.com.
- 24-صفاء اسماعيل وسمي، مقال بعنوان: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، اطلع عليه يوم 11/09/2020، على الساعة 18:44، منشور على الموقع: <http://abu.edu.iq>
- 25-الطلبات والدفع، مقال اطلع عليه يوم: الثلاثاء 20-09-2022، على الساعة: 15:19، منشور على الموقع:

Cdn-cms.f-static.com

26-عباس عبد القادر، التحكيم التجاري الدولي وآثاره، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مقال اطلع عليه يوم: 2021/06/16، على الساعة 22:35.

27-عبد الرحيم بحار، دور القضاء التجاري في تشجيع الإستثمار وصون حقوق المستثمرين، مقال اطلع عليه يوم: 2022-09-24، على الساعة 09:49، منشور على الموقع: <http://m.facebook.com>

28-عمار طهرات، فعالية حماية حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة في الجزائر، مقال اطلع عليه يوم: 2022-09-17 على الساعة 23:37، منشور على الموقع: e-biblio.univ-mosta.dz

29-كمال داود، الطلبات والدفع القضائية، مقال اطلع عليه يوم: 2022-09-20، على الساعة: 13:45، منشور على الموقع: virtuelcampus.univ-msila.dz

30-محمد ابراهيم، المحاكم العادية والمتخصصة في القانون المغربي، مقال اطلع عليه يوم: 2022-09-10، على الساعة 10:35، منشور على الموقع: <https://m.facebook.com>

31-محمد محمود عبد الله علي بازي، القضاء التجاري، مقال اطلع عليه يوم: 2022 سبتمبر 24، على الساعة 09:19، منشور على الموقع: <http://qawaneen.blogspot.com>

32-مقال بعنوان: التحكيم الإلكتروني ماهيته وإجراءاته، اطلع عليه يوم: 2020/07/16، على الساعة: 12.28، منشور على الموقع: <http://www.marocdroit.com>

33-نبيل زيد مقابلة، مقال بعنوان: التحكيم الإلكتروني، رابطة المحكمين العرب، مقال اطلع عليه يوم 2020/8/24، على الساعة 12:39، منشور على الموقع الإلكتروني: <http://sa-arbitrators.org/2011/03/29/2085432623>.

34-نورة بوطاهر وأنس الأعرج، اختصاص المحاكم التجارية في النزاعات الناشئة بين الشركاء في شركة تجارية، مقال اطلع عليه يوم: 2022-09-25، على الساعة 16:38، منشور على الموقع: <https://boubidi.blogspot.com>

35-هند فائز أحمد، الوساطة في المنازعات الإلكترونية، مقال اطلع عليه يوم الثلاثاء 28 جوان 2022، على الساعة: 15:34، من الموقع: www.uobabylon.edu.iq

36-يتوجي سامية، عنوان المقال: **التحكيم الإلكتروني**، عرض مقدم في إطار الدراسة النظرية لمقياس التحكيم الدولي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008-2009، ص4، مقال اطلع عليه يوم 10-12-2019، على الساعة 10:35، منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.lawjo.net/vp/attachment.php?attachmentid=966&d=1270056425>.

4-الرسائل العلمية:

أ-رسائل الدكتوراه:

1-أزوا محمد، الآليات القانونية لتسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص المعمق، جامعة أحمد درارية، أدرار، 2020-2021، ص186.

2-إيمان زكري، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017.

3-بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية تخصص قانون أعمال، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015،

4-بوقرط أحمد، اتفاق التحكيم في منازعات عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق تخصص قانون مدني معمق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018-2019

5-تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017/05/17

6-حنافي حاج، التحكيم الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، جامعة الجبيلي ليايس بسيدي بلعباس، الجزائر، 2016-2017.

7-عبد الحق حنان، الطرق البديلة لحل النزاعات الأسرية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون تخصص قانون أسرة، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية، 2020-2021

8-عبد القادر رقاب، الآليات البديلة لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق تخصص القانون العام المعمق، جامعة زيان عاشور بالجلفة، السنة الجامعية 2019-2020.

- 9- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.
- 10- ماجري يوسف، الوساطة القضائية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية، 2018/2019، ص.260.
- 11- محمد الطاهر بلموهوب، الوساطة القضائية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1، السنة الجامعية، 2016-2017.
- 12- محمد المكي، دور الوساطة في تسوية النزاعات "دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة مولاي اسماعيل، السنة الجامعية، 2016-2017.
- 13- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011./2012.
- 14- الملودي العابد العمراني، الوساطة في التشريع المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبدالمالك السعدي، طنجة (المغرب)، السنة الجامعية: 2011-2012.
- 15- سفيان سولم ، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق تخصص قانون خاص، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013-2014.

ب- رسائل الماجستير:

- 1- بتشيم بوجمعة، النظام القانوني للوساطة القضائية "دراسة في القانون المقارن"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة تلمسان، الموسم الجامعي، 2011-2012.
- 2- بكير أبي اسماعيل، التحكيم الداخلي وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015.
- 3- بلغانم سميحة، دور التوثيق الإلكتروني في تحقيق فعالية التحكيم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص قانون أعمال، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2017./09/14.
- 4- بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012-06-20.

- 5-بيان إسحاق القواسمي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، قدمت هذه الدراسة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، جامعة بيرزيت-فلسطين، 2007، ص 39.
- 6-حسام عبد اللطيف، دور المحكم في إجراءات التحكيم الداخلي، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الحقوق في جامعة النهريين، سنة 2007.
- 7-حسان بقة، الأمن القانوني للإستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون عام، جامعة عبد الرحمان ميرة، 15-12-2010، بجاية.
- 8-رجاء نظام حافظ بني شمس، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني "دراسة مقارنة"، أطروحة قدمت لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.
- 9-روابي أمينة، التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مذكرة لإتمام متطلبات نيل شهادة الماجستير تخصص القانون الدولي والعلاقات السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم: 2016-2017
- 10-زهية زيري، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والادارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، 2015.
- 11-سارية النور عثمان حسن، الوسائل البديلة في تسوية المنازعات التجارية، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القوانين، جامعة النيلين، 2018.
- 12-سامية عباس، التزامات الشاحن في عقد النقل البحري، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1، 2011-2012.
- 13-السعيد بوقرة، الصلح القضائي في التشريع التجاري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية، 2004-2005، ص 9.
- 14-سليمة قشي، التحكيم الداخلي في العقود الإدارية، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل-الجزائر، 2015.
- 15-شهرزاد بشارة، عقد الصلح في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية: 2016-2017.
- 16-الصيد أحمد، تسوية منازعات عقود الإستهلاك، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2014-2015.

- 17- طاهر حدادن، دور القاضي الوطني في مجال لتحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فلاح قانون التنمية الوطنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 04 جويلية 2012.
- 18- عبد الله سعيد عبد الله بن رشيد الكتبي، التنظيم القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني في دولة الإمارات العربية المتحدة، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الإمارات العربية المتحدة، نوفمبر 2018
- 19- عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية "الصلح والوساطة القضائية"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1، 2012/06/03.
- 20- عزيزة بوريشة، الأحكام الجزائرية لإفلاس الشركات التجارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة وهران، 2012-2013.
- 21- فتيحة قريقر، القابلية للتحكيم، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2009.
- 22- قويد عطال، الآلية القضائية لتقويم المؤسسات العامة الاقتصادية المتعثرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الاعمال، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 15-04-2018.
- 23- كميلة أعراب، تنفيذ عقد النقل البحري للبضائع في القانون الجزائري والإتفاقيات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016-06/26.
- 24- محمد عبده حاتم سعيد، فصل الشريك وأثره على شركة التضامن (دراسة مقارنة)، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، مايو 2010.
- 25- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الإستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة 1، 2013-2014.
- 26- نبيهة بومعزة، مقال بعنوان: الطبيعة القانونية لإتفاقية التحكيم في القانون الجزائري، التواصل في الإقتصاد والإدارة والقانون، العدد 35-سبتمبر 2013، عنابة.
- 27- النحوي سليمان و بوفاتح أحمد، دور التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات الإستهلاك الإلكتروني، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد الخامس العدد الأول، 2021.

28-الهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2009.

29-يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، 2007، ص.73
5-النصوص القانونية:

1-القانون رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول إلى غاية 1962/12/31 ما عدا ما يخالف السيادة الوطنية، ج. ر العدد 20، المؤرخة في 1963/01/11

2-المرسوم رقم 63-489 المؤرخ في 1963/12/31، المتضمن إنشاء الشركة الوطنية للملاحة البحرية، ج ر ع 06..

3-الأمر رقم 66-154 مؤرخ في 1966/06/08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدل ومتمم، ج.ر عدد47، صادر بتاريخ 1966/06/09(ملغى).

4- المرسوم رقم 72-60 المؤرخ في 6 صفر عام 1392 الموافق ل 21 مارس سنة 1972، يتعلق بسير المحاكم في المسائل التجارية.

5-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر. عدد 78، الصادر بتاريخ 30-09-1975، المعدل والمتمم.

6-الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 سبتمبر 2015..

7-الأمر رقم 76-08 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتضمن القانون البحري، ج ر 29 سنة 1977، المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05، المؤرخ في 25 يونيو 1998، ج ر ع 47 الصادرة في 27 يونيو 1998.

8-القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر سنة 1985.

9-القانون رقم 90-02 الصادر بتاريخ 06 فبراير 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب ، ج ر ع 06، 1990.

- 10- القانون رقم 90-22 المؤرخ في 27 محرم عام 1411 الموافق ل 18 غشت سنة 1990، يتعلق بالسجل التجاري، ج ر ع 36، (غير ملغاة). والذي عدل بالأمر رقم 96-07 المؤرخ في 10 يناير 1996.
- 11- المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25/04/1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08/06/1966، يتضمن قانون الاجراءات المدنية، ج.ر. عدد 27، صادر بتاريخ 27/04/1993. (ملغى).
- 12- المرسوم رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 والمتعلق بانضمام الجزائر لاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار، ج ر ع 07.
- 13- الأمر 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق ل 20 غشت سنة 2001، والمتعلق بتطوير الاستثمار، ج. ر عدد 47 المؤرخة في 22 غشت 2001. الملغى بالأمر 06-08 المؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يعدل ويتمم الأمر 01-03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001، والمتعلق بتطوير الإستثمار.
- 14- الأمر 03-06 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق 19 يوليو 2003، المتعلق بالعلامات، ج ر ع 44.
- 15- الأمر 03-07 المؤرخ في 19 جمادى الأولى الموافق 19 يوليو 2003، المتعلق ببراءات الاختراع، ج ر ع 44.
- 16- القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بشروط الممارسات والأنشطة التجارية.
- 15- القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المؤرخ في 23 جوان 2004، ج ر عدد 41.
- 17- القانون رقم 05-07 المؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 الموافق ل 18 أبريل 2005 المتعلق بالمحروقات، ج. ر عدد 50، المؤرخ في 12 جمادى الثانية 1426 الموافق ل 19 يوليو 2005، والمعدل بموجب الأمر رقم 06-10 المؤرخ في 03 رجب عام 1427 الموافق ل 29 يوليو سنة 2006، يعدل ويتمم القانون رقم 05-07، ج. ر عدد 48، الصادر بتاريخ 30 يوليو 2006.
- 18- القانون رقم 06-04 الصادر بتاريخ 20/02/2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 الصادر بتاريخ 25/01/1995، المتضمن قانون التأمينات.

- 19-القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25-02-2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 21، الصادرة بتاريخ 23-04-2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق 12 يوليو سنة 2022.
- 20-المرسوم رقم 09-100 المؤرخ في 10 مارس 2009 المتعلق بتعيين الوسطاء القضائيين في الجزائر، ج ر ع 16، الصادرة بتاريخ 15 مارس 2009.
- 21- المرسوم التنفيذي رقم 23-52 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1444 الموافق 14 جانفي سنة 2023، يحدد شروط وكيفيات اختيار مساعدي المحكمة التجارية المتخصصة، ج ر العدد 02.
- 22- المرسوم التنفيذي رقم 23-53 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1444 الموافق 15 جانفي سنة 2023، يحدد دوائر الإختصاص الإقليمي للمحاكم التجارية المتخصصة، ج ر العدد 02.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

- 1-BEttto jean-Georgers , FRY Jason, HENRY Marc, KLEIMAN ELIE et Philippe, « Nouvelles tendances de l arbitrage international », RDAI, n⁰3, 2006,
- 2-BEttto jean-Georgers , FRY Jason, HENRY Marc, KLEIMAN ELIE et Philippe, « Nouvelles tendances de l arbitrage international », RDAI, n⁰3, 2006.
- 3-BONNECARRERE (PH) , LABORDE-LACOSTE (M),Droit Commercial, Recueil Sirey, troisième édition, 1951.
- 4-DAVID Rene, l'arbitrage dans le commerce international,2 eme Edition LGDJ,Paris 1982.
- 5-DIESSE Francion , Travaux des organisation international, « Droit de commerce international », Revue de Droit des Affaires Internationales, n 8, 1999.
- 6-DIESSE Francion , Travaux des organisation international, « Droit de commerce international », Revue de Droit des Affaires Internationales, n 8, 1999.
- 7-Karim Benyekhlef, Fabien Gelinat, Online Dispute Resolution, Lex Electronica, VOL , 10 n⁰2(Ete/Summer 2005),
- 8-Lionel Bochurbpberg , internet et commerce electronique, Delmas, 1999.
- 9-Mahiou Ahmed :L'arbitrage en Algérie, Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques.volume XXVILL,Décember, 1989 , .
- 9-MEBROUKINE Ali, « L'arbitrage commercial international en Algérie », In Le débat juridique au Maghreb : de L'étatisme a' l'E'tat de droit, Etudes en L'honneur de Ahmed MAHIOU, Editions publisud-Iremam, Paris 2009.
- 10-R-Rodiere , Traite général de droit maritime , affrètement et transport, Tom 2 , les contrats de transport de marchandises, éd . Dalloz , paris, 1968.
- 11-Save Abernethy ,Building Large-scale Online Dispute Resolution & Trustmark Systems, Proceedings of UNECE Forum on ODR2003,

12 -jean-francois poudret. Sébastien besson. Droit compare de l'arbitrage international. Bruylant. 2002..

الفهرس

	الإهداء
	الشكر
	قائمة المختصرات
9-1	مقدمة
172-10	الباب الأول : الآليات القضائية للفصل في المنازعات التجارية في التشريع الجزائري
119-12	الفصل الأول: التنظيم القانوني للقضاء التجاري الجزائري
26-13	المبحث الأول: القضاء التجاري المتخصص في ظل النظام القضائي الجديد
23-13	المطلب الأول : القضاء المتخصص كآلية فعالة لحل المنازعات التجارية
16-13	الفرع الأول: مفهوم القضاء المتخصص
14	أولاً: التعريف بالقضاء المتخصص وتشكيلته
16-15	ثانياً: التمييز بين القضاء المتخصص و القضاء الاستثنائي والقضاء الخاص
21-16	الفرع الثاني: مزايا القضاء التخصصي و عيوبه
19-16	أولاً: مزايا القضاء المتخصص
21-19	ثانياً: عيوب القضاء المتخصص
23-21	الفرع الثالث: أهمية التخصص القضائي
22-21	أولاً: أهمية التخصص بالنسبة للقاضي
23-22	ثانياً: أهمية التخصص القضائي بالنسبة للعدالة
	المطلب الثاني: القضاء التجاري المتخصص إصلاح للمنظومة القضائية لمسايرة التحولات
26-23	الدولية والداخلية (تجربة المحاكم التجارية الفرنسية)
25-24	الفرع الأول: تأسيس المحاكم التجارية الفرنسية
26-25	الفرع الثاني: سلبات القضاء التجاري المتخصص في فرنسا
40-27	المبحث الثاني: التنظيم الهيكلي للقضاء التجاري في الجزائر
29-27	المطلب الأول: القسم التجاري وتشكيلته

28-27	الفرع الأول: القسم التجاري
29-28	الفرع الثاني: القسم التجاري من التشكيلة الجماعية إلى التشكيلة الأحادية
40-29	المطلب الثاني: المحكمة التجارية المتخصصة وتشكيلتها
30-29	الفرع الأول: المحكمة التجارية المتخصصة
40-30	الفرع الثاني: تشكيلة المحكمة التجارية المتخصصة
35-30	أولا: التشكيلة في القانون المقارن
40-35	ثانيا: تشكيلة المحكمة التجارية المتخصصة في القانون الجزائري
119-41	المبحث الثالث: التنظيم الوظيفي للقضاء التجاري الجزائري
45-41	المطلب الأول: الإختصاص الإقليمي للقضاء التجاري الجزائري
43-42	الفرع الأول: الإختصاص الإقليمي للقسم التجاري
42	أولا: المبدأ العام
43-42	ثانيا: الإستثناءات الواردة على المبدأ العام
45-43	الفرع الثاني: الإختصاص الإقليمي للمحكمة التجارية المتخصصة
81-45	المطلب الثاني: الإختصاص النوعي للقضاء التجاري الجزائري
81-46	الفرع الأول: الإختصاص النوعي للقسم التجاري
52-47	أولا: المعيار الشخصي (التاجر)
81-52	ثانيا: المعيار الموضوعي (الأعمال التجارية)
119-81	الفرع الثاني: الإختصاص النوعي للمحكمة التجارية المتخصصة
93-82	أولا: المنازعات المتعلقة بالشركات التجارية
102-93	ثانيا: المنازعات المتعلقة بالإفلاس و التسوية القضائية
107-102	ثالثا: منازعات حقوق الملكية الفكرية
116-108	رابعا: منازعات التجارة البحرية
119-117	خامسا: منازعات التأمينات المتعلقة بالنشاط التجاري
159-120	الفصل الثاني: التنظيم القانوني للتقاضي أمام القضاء التجاري
152-121	المبحث الأول: نظام التقاضي أمام القضاء التجاري

المطلب الأول: رفع الدعوى وانعقاد الخصومة.....	121-131
الفرع الأول: تعريف الدعوى.....	122-123
الفرع الثاني: خصائص الدعوى القضائية.....	123-124
الفرع الثالث: شروط قبول الدعوى القضائية.....	124-131
أولاً: الصفة شرط متصل بصاحب الحق.....	124-127
ثانياً: إلزامية توفر المصلحة في رافع الدعوى.....	127_128
ثالثاً: دور القاضي في مراقبة توافر شرطي الصفة والمصلحة.....	128-129
رابعاً: الإذن.....	129-130
خامساً: جديد القانون في شروط قبول الدعوى.....	130
سادساً: استبعاد الأهلية من شروط قبول الدعوى.....	131
المطلب الثاني: تحضير الدعوى.....	131-152
الفرع الأول: عريضة الدعوى.....	132-135
أولاً: البيانات الأساسية الواجب ذكرها في عريضة افتتاح الدعوى.....	132-134
ثانياً: التكاليف بالحضور.....	134-135
الفرع الثاني: استعمال الدعوى (الطلبات والدفع).....	136-140
أولاً: الطلب القضائي.....	136-140
ثانياً: وسائل الدفاع أو الدفع.....	140-144
الفرع الثالث: الخصومة القضائية.....	144-152
أولاً: انقضاء الخصومة بطريق الصلح.....	145-147
ثانياً: انقضاء الخصومة أصلاً بسبب السقوط و التنازل.....	147-149
ثالثاً: العوامل الموقفة للخصومة.....	150-152
المبحث الثاني: التنظيم القانوني لأحكام المحاكم.....	153-172
المطلب الأول: الأحكام القضائية.....	153-159
الفرع الأول: الأحكام القضائية من حيث مضمونها التنفيذي.....	153-154
أولاً: أحكام تقريرية أو الأحكام الكاشفة.....	154

154	ثانيا: أحكام منشئة
154	ثالثا: أحكام الإلزام
155	الفرع الثاني: الأحكام القضائية من حيث طبيعة موضوعها
155	أولا: الأحكام المدنية
155	ثانيا: الأحكام التجارية
155	ثالثا: الأحكام الجنائية
156-155	الفرع الثالث: أحكام من حيث حضور أو غياب الخصوم
156	أولا: الأحكام الحضورية
156	ثانيا: الأحكام الغيابية والأحكام المعتبرة حضوريا
157-156	الفرع الرابع: الأحكام القضائية من حيث الحجية المترتبة عليها
156	أولا: الأحكام القطعية
157	ثانيا: الأحكام غير القطعية
159-158	الفرع الخامس: من حيث قابلية الحكم للطعن
161-159	المطلب الثاني: المداولة والنطق بالحكم
159	الفرع الأول: المداولة
161-160	الفرع الثاني: النطق بالحكم
162-161	المطلب الثالث: تصحيح وتفسير الحكم القضائي
161	الفرع الأول: تصحيح الحكم القضائي
162-161	الفرع الثاني: تفسير الحكم القضائي
172-162	المطلب الرابع: نظام الطعن في الأحكام والقرارات التجارية
164-163	الفرع الأول: طرق الطعن العادية
172-164	الفرع الثاني: طرق الطعن غير العادية
169-164	أولا: الطعن بالنقض
171-169	ثانيا: إعتراض الغير الخارج عن الخصومة
172-171	ثالثا: في إلتماس إعادة النظر

- الباب الثاني: الآليات غير القضائية في المنازعات التجارية في التشريع الجزائري.....173-
- الفصل الأول: الآليات شبه قضائية للفصل في المنازعات التجارية في التشريع الجزائري.....175-
- المبحث الأول: التحكيم التجاري التقليدي177-259
- المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم التجاري.....177-190
- الفرع الأول: ماهية التحكيم التجاري.....177-179
- أولاً: تعريف التحكيم التجاري لغة واصطلاحاً178
- ثانياً: التعريف الفقهي للتحكيم التجاري.....178
- ثالثاً: تعريف المشرع للتحكيم179-180
- الفرع الثاني: مزايا اللجوء إلى التحكيم كآلية لتسوية النزاعات التجارية وعيوبه180-182
- أولاً: مزايا التحكيم التجاري.....181
- ثانياً: عيوب التحكيم التجاري.....182
- الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم وتمييزه عما يشابهه183-188
- أولاً: الطبيعة القانونية للتحكيم.....183-184
- ثانياً: التحكيم وما يميزه عن بعض الأنظمة المشابهة له في حل النزاعات التجارية.184-
- 188
- الفرع الرابع: أنواع التحكيم التجاري.....188-190
- أولاً: التحكيم الخاص188
- ثانياً: التحكيم المؤسسي189
- ثالثاً: التحكيم الإختياري والتحكيم الإجباري.....189
- رابعاً: التحكيم الداخلي (الوطني)، والتحكيم الدولي189-190
- المطلب الثاني: التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الداخلي.....190-132
- الفرع الأول: اتفاق التحكيم التجاري.....190-197
- أولاً: تعريف اتفاق التحكيم التجاري وصوره.....190-193
- ثانياً: شروط صحة اتفاق التحكيم.....193-195
- ثالثاً: آثار اتفاقية التحكيم195-197
- الفرع الثاني: هيئة التحكيم التجاري.....197-205

- أولاً: اختيار المحكم 203-197
- ثانياً: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع..... 205-203
- الفرع الثالث: الخصومة التحكيمية..... 217-205
- أولاً: سريان الخصومة التحكيمية..... 213-206
- ثانياً: عوارض الخصومة التحكيمية وانقضاؤها 217-213
- الفرع الرابع: حكم التحكيم التجاري..... 232-217
- أولاً: مفهوم حكم التحكيم التجاري..... 221-217
- ثانياً: صدور الحكم التحكيمي 230-221
- ثالثاً: تنفيذ حكم التحكيم 232-230
- المطلب الثالث: التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية منازعات العقود التجارية. 259-232
- الفرع الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي..... 242-232
- أولاً: تعريف التحكيم التجاري الدولي و تحديد طبيعته 238-233
- ثانياً: تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر من النفور إلى التكريس 241-238
- ثالثاً: مصادر التحكيم التجاري الدولي..... 242
- الفرع الثاني: تنظيم التحكيم التجاري الدولي..... 252-242
- أولاً: تشكيل محكمة التحكيم 243-242
- ثانياً: إجراءات تعيين المحكمين 244-243
- ثالثاً: الخصومة التحكيمية الدولية..... 252-244
- الفرع الثالث: مسألة الإعراف والتنفيذ لحكم التحكيم التجاري الدولي 259-252
- أولاً: شروط الإعراف بحكم التحكيم الدولي في الجزائر 256-254
- ثانياً: شروط الإعراف بالحكم التحكيمي وفقاً لأحكام اتفاقية نيويورك 257-256
- ثالثاً: الطعن في الأمر الصادر بشأن الإعراف أو التنفيذ 259-257
- المبحث الثاني: التحكيم التجاري الإلكتروني 260-341
- المطلب الأول: الإطار القانوني للتحكيم التجاري الإلكتروني..... 260-291
- الفرع الأول: ماهية التحكيم التجاري الإلكتروني 285-261
- أولاً: مفهوم التحكيم التجاري الإلكتروني..... 267-261

ثانيا: مزايا وعيوب ومعوقات التحكيم الإلكتروني في فض النزاعات الإلكترونية.....-268	275
ثالثا: نطاق تطبيق التحكيم الإلكتروني.....285-275	
الفرع الثاني: مراكز التحكيم الإلكتروني (مصادر أحكام التحكيم الإلكتروني)..... 291-286	
أولا: الإتحاد الأوروبي..... 287-286	
ثانيا: المنظمة العالمية للملكية الفكرية..... 288-287	
ثالثا: القاضي الافتراضي..... 288	
رابعا: المحكمة الإلكترونية..... 290-289	
خامسا: نظام تسوية منازعات أسماء الدومين..... 291-290	
المطلب الثاني: الإطار الإجرائي للتحكيم الإلكتروني..... 341-291	
الفرع الأول: إبرام إتفاق التحكيم الإلكتروني..... 311-291	
أولا: مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني وصوره..... 296-292	
ثانيا: شروط صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 309-297	
ثالثا: آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 311-310	
الفرع الثاني: إجراءات التحكيم الإلكتروني..... 341-311	
أولا: دعوى التحكيم الإلكتروني..... 317-312	
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني..... 319-317	
ثالثا: حكم التحكيم الإلكتروني..... 325-320	
رابعا: إنهاء إجراءات التحكيم الإلكترونية..... 326	
خامسا: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني..... 334-327	
سادسا: حجية حكم التحكيم الإلكتروني والطعن فيه..... 336-335	
سابعا: آليات تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني..... 337-336	
ثامنا: حفظ حكم التحكيم الإلكتروني..... 338-337	
تاسعا: رسوم التحكيم الإلكتروني..... 339-338	
عاشرا: آثار حكم التحكيم الإلكتروني..... 341-339	
الفصل الثاني: الآليات الودية للفصل في المنازعات التجارية في التشريع الجزائري..... 474-342	

- المبحث الأول: الوساطة آلية بديلة ودية لتسوية المنازعات التجارية.....343-392
- المطلب الأول: الوساطة التقليدية.....343-372
- الفرع الأول: الخصوصية المفاهيمية للوساطة القضائية والتفرقة بينها وبين النظم المشابهة لها.....344-350
- أولاً: مفهوم الوساطة القضائية وبيان أهمية الدور الذي ستلعبه الوساطة في حل النزاعات التجارية.....344-347
- ثانياً: خصائص الوساطة القضائية.....348-350
- الفرع الثاني: تمييز الوساطة القضائية عن الطرق الأخرى في حل النزاعات التجارية350-351
- أولاً: الوساطة القضائية و الصلح.....350
- ثانياً: الوساطة و التحكيم.....351
- الفرع الثالث: مبررات اللجوء إلى الوساطة لحل النزاعات التجارية.....351-352
- الفرع الرابع: إجراءات الوساطة وشروط انعقادها.....353-365
- أولاً: القاضي كطرف في الوساطة.....353-355
- ثانياً: الوسيط وتفعيل الوساطة القضائية.....355-364
- ثالثاً: نطاق اللجوء إلى الوساطة.....364-365
- الفرع الخامس: إعمال فكرة الوساطة القضائية في المنازعات ذات الطابع المالي 366-370
- أولاً: الوساطة القضائية في الميدان التجاري.....366-367
- ثانياً: الوساطة القضائية في المجال البنكي والتأمينات.....367-368
- ثالثاً: المنازعات المستحدثة.....368-370
- الفرع السادس: تطبيقات عملية عن إجراءات الوساطة.....370-372
- أولاً: الوساطة في سياق نزاع البراءة.....371
- ثانياً: وساطة في النفاضي في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.....371-372
- ثالثاً: الوساطة حول خلاف التعايش في العلامات التجارية.....372
- المطلب الثاني: الوساطة الالكترونية.....723-392
- الفرع الأول: الإطار المفاهيمي للوساطة الالكترونية كآلية بديلة لفض نزاعات التجارة الالكترونية.....373-384

- أولاً: تعريف الوساطة الإلكترونية كونها وسيلة لفض نزاعات التجارة الإلكترونية....-374-
375
- ثانياً: خصائص الوساطة الإلكترونية و أنواعها376-380
- ثالثاً: تمييز الوساطة الإلكترونية عن الاجراءات المشابهة لها380-382
- رابعاً: الشروط الواجب توافرها في الوسيط382-383
- خامساً: مراكز الوساطة وشروط التسجيل فيها384
- الفرع الثاني: إجراءات الوساطة الإلكترونية وآثارها385-392
- أولاً: سير الإجراءات الإلكترونية للوساطة385-389
- ثانياً: الجلسات الإلكترونية للوساطة و آثارها389-392
- المبحث الثاني: الصلح كآلية بديلة لتسوية النزاعات التجارية.....394-432
- المطلب الأول: الصلح باعتباره وسيلة بديلة تقليدية لتسوية النزاعات التجارية.....394-417
- الفرع الأول: مفهوم الصلح وتحديد شروطه394-400
- أولاً: تعريف الصلح394-397
- ثانياً: أركان الصلح397-400
- الفرع الثاني: تمييز الصلح عن غيره من النظم الأخرى400-403
- أولاً: تمييز الصلح عن الوساطة القضائية.....400-402
- ثانياً: تمييز الصلح عن التحكيم.....402-403
- الفرع الثالث: أنواع الصلح في القضايا التجارية.....403-417
- أولاً: الصلح الواقي بديل عن شهر الإفلاس.....403-410
- ثانياً: الصلح الإتفاقي.....410_411
- ثالثاً الصلح القضائي411_417
- المطلب الثاني: الإجراءات الواجب اتباعها في الصلح في القضايا التجارية418-432
- الفرع الأول: انعقاد الجمعية والاتفاق على مضمون الصلح.....418
- الفرع الثاني: التصويت على الصلح التجاري و الأغلبية المطلوبة.....419
- الفرع الثالث: التصديق على الصلح.....419-420
- الفرع الرابع: آثار الصلح التجاري و انقضاؤه420

- أولاً: آثار الصلح القضائي (الصلح البسيط) 420-425
- ثانياً: انقضاء الصلح القضائي 426-432
- المبحث الثالث: المفاوضات والتوفيق آليتان بديلتان عن التحكيم لتسوية النزاعات التجارية ... 433-474
- المطلب الأول: المفاوضات آلية بديلة لحل النزاعات التجارية 433-457
- الفرع الأول: المفاوضات التقليدية 433-434
- أولاً: مفهوم التفاوض و عناصره 434-436
- ثانياً: الإلتزامات الناشئة عن عملية التفاوض 436-437
- ثالثاً: اجراءات التفاوض وآثاره 438-439
- رابعاً: تطبيقات عملية لآلية المفاوضات في تسوية منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر 439
- خامساً: مزايا وعيوب المفاوضات 439-440
- الفرع الثاني: المفاوضات الإلكترونية آلية بديلة مستحدثة في فض النزاعات التجارية 441-456
- أولاً: مفهوم المفاوضات الإلكترونية باعتبارها وسيلة لتسوية النزاعات في عقود التجارة 442-447
- ثانياً: أنواع المفاوضات الإلكترونية وطرق إدارتها 447-453
- ثالثاً: تمييز المفاوضات الإلكترونية عن غيرها من الوسائل المشابهة لها 453-455
- رابعاً: إجراءات التفاوض الإلكتروني 455-456
- المطلب الثاني: التوفيق كأسلوب ودي بديل في تسوية المنازعات التجارية 457-474
- الفرع الأول: التوفيق التقليدي 457-466
- أولاً: تعريف التوفيق و أهميته 457-458
- ثانياً: خصائص التوفيق 459-460
- ثالثاً: أنواع وصور وأشكال اتفاق التوفيق 460-462
- رابعاً: اجراءات التوفيق وآثاره 462-464
- خامساً: التوفيق كآلية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي 464-466
- الفرع الثاني: التوفيق الإلكتروني ودوره في تسوية النزاعات الإلكترونية 467-469

أولاً: مفهوم التوفيق الإلكتروني.....	469-471
ثانياً: تمييز التوفيق الإلكتروني عما يشابهه من وسائل بديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية.....	465-467
ثالثاً: سير عملية التوفيق الإلكتروني و انتهائها.....	469
الخاتمة.....	471-477
قائمة المراجع.....	479-503
الفهرس.....	505-515
الملخص.....	516

الملخص باللغة العربية:

كثيرا ما تنشأ منازعات بين التجار، سواء كانوا وطنيين أم أجنب، أثناء تنفيذ إلتزاماتهم التعاقدية، يقتضي حين الفصل فيها مراعاة مميزات الحياة التجارية وبالخصوص مبدأي السرعة والإلتئمان، مع تطبيق الأعراف التجارية، ولهذا كان لابد من تخصيص قضاء مستقل للفصل في المنازعات التجارية بواسطة قضاة متخصصين وبمساعدة تجار لهم دراية بالأعراف التجارية. وهو ما أدى بالمشرع الجزائري أن يقوم بتخصيص قضاء يتولى الفصل فيها دون سواها، حيث استحدث محاكم أسند لها صلاحية الفصل في تلك المنازعات التجارية، أطلق على تسميتها بالمحاكم التجارية المتخصصة. كما و أدرج المشرع الجزائري طرقا بديلة لحل تلك النزاعات التجارية، ذلك لما تحته هاته الطرق من اهتمام متزايد على صعيد مختلف الأنظمة القانونية والقضائية، وما توفره من مرونة وسرعة في البت والحفاظ على السرية وما تضمنه من مشاركة الأطراف في إيجاد الحلول لنزاعاتهم.

الكلمات المفتاحية: -المنازعات التجارية، القضاء التجاري، المحكمة التجارية، الطرق الودية، التحكيم التجاري.

Abstract in English :

Disputes often arise between merchants, whether they are national or foreign, during the implementation of their contractual obligations. When adjudicating them, it is necessary to take into account the advantages of commercial life, especially the principles of speed and credit, with the application of commercial norms, and for this it was necessary to allocate an independent judiciary to adjudicate commercial disputes by specialized judges. And with the help of traders familiar with the customs of the trade. This led the Algerian legislator to allocate a judiciary to adjudicate them exclusively, as he created courts that were assigned the power to adjudicate in those commercial disputes, calling them specialized commercial courts.

The Algerian legislator also included alternative methods for resolving these commercial disputes, because these methods occupy increasing attention at the level of various legal and judicial systems, and the flexibility and speed they provide in deciding and maintaining confidentiality, and the participation of the parties in finding solutions to their disputes.

Keywords : Commercial Disputes, Commercial Judiciary, Commercial Court, Friendly Ways, Commercial Arbitration.

Résumé en français :

Des litiges surviennent souvent entre commerçants, qu'ils soient nationaux ou étrangers, lors de l'exécution de leurs obligations contractuelles. Lors de leur jugement, il est nécessaire de prendre en compte les avantages de la vie commerciale, en particulier les principes de rapidité et de crédit, avec l'application des normes commerciales, et pour cela, il était nécessaire d'attribuer un pouvoir judiciaire indépendant pour trancher les litiges commerciaux par des juges spécialisés. . Et avec l'aide de commerçants familiarisés avec les coutumes du commerce. Cela a conduit le législateur algérien à allouer un pouvoir judiciaire pour les juger exclusivement, puisqu'il a créé des tribunaux qui se sont vu attribuer le pouvoir de statuer sur ces litiges commerciaux, les qualifiant de tribunaux de commerce spécialisés.

Le législateur algérien a également prévu des modes alternatifs de résolution de ces litiges commerciaux, car ces modes occupent une place croissante au niveau des différents systèmes juridiques et judiciaires, et la souplesse et la rapidité qu'ils procurent pour trancher et maintenir la confidentialité, et la participation des parties à la recherche des solutions à leurs différends.

Mots clés : Contentieux Commerciaux, Justice Commerciale, Tribunal de Commerce, Voies Amiables, Arbitrage Commercial.